



# ANNALS

DE

L'ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ  
DE CATALUNYA

VIII

Curs Acadèmic 2018-2019

Amb el suport de



Generalitat de Catalunya  
**Departament  
de Justícia**

Hi col·labora:



Obra Social "la Caixa"

© Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Dipòsit Legal: B. 50686-2007

Impressió: Offset Derra S. L.

# Índex



## ÍNDIX

### PRESENTACIÓ

Lluís Jou i Mirabent, President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya .....	9
----------------------------------------------------------------------------------------------------	---

### MEMBRES DE L'ACADÈMIA

(de l'1 d'octubre de 2018 al 30 de setembre de 2019) .....	15
------------------------------------------------------------	----

### CURS ACADÈMIC 2018-2019

#### COMUNICACIONS

<i>Sobre una sentència de l'Audiència Provincial de Girona de 17 de setembre de 2018 (15-1-2019)</i> Tomás Giménez Duart .....	21
<i>Els principis processals en les actuacions arbitrals (5-2-2019)</i> Maria Eugènia Alegret Burgués .....	27
<i>Sobre la «noció» d'Acadèmia (19-2-2019)</i> Josep-D. Guàrdia i Canela .....	39
<i>Reduir una Església a un ús profà no indecorós (26-3-2019)</i> Lluís Martínez Sistach .....	51
<i>Ajuntament de Barcelona: drets de tanteig i retracte (9-4-2019)</i> Tomás Giménez Duart .....	55
<i>Dret a la pròpia imatge i drets patrimonials derivats de la seva explotació (7-5-2019)</i> Eudald Vendrell Ferrer .....	63
<i>Concepción contextual de la buena fe contractual. Artículo 1.258 del Código Civil (28-5-2019)</i> Pablo Salvador Coderch / Tomás Gabriel García-Micó .....	67

#### NECROLÒGIQUES

<i>In memoriam i homenatge a l'Hble. Sr. Agustí M. Bassols i Parés</i> Núria de Gispert i Català .....	95
<i>Agustí Bassols: una normalització gairebé reexida</i> Lluís Jou i Mirabent .....	103

<i>Lloança del Dr. Josep M. Font i Rius</i>	
Josep-Enric Rebés i Solé .....	107

## ACTES ESPECIALS

<i>El traslado del domicilio social de las sociedades mercantiles. Comunicación al X Congreso de las Academias Jurídicas de Iberoamérica</i>	
Francesc Tusquets i Trias de Bes .....	115
<i>X Congrès d'Acadèmies Jurídiques Iberoamericanes (Madrid, 22-24 de novembre de 2018). Crònica del Congrés i presentació dels treballs</i>	
Josep-D. Guàrdia i Canela .....	125
<i>Una visión panorámica de la evolución del derecho civil de Cataluña (1980-2018)</i>	
Lluís Jou i Mirabent .....	129
<i>Sobre la inviolabilidad del «Domicilio constitucional»</i>	
Agustín Luna Serrano .....	139
<i>Una lloança pública a la doctora Alegria Borrás. X Premi Puig Salellas</i>	
Lluís Jou i Mirabent .....	151
<i>Paraules d'agraïment amb motiu de l'entrega del Premi «Puig Salellas 2018»</i>	
Alegria Borrás Rodríguez .....	159

## SESSIÓ DE CLOENDA

<i>Dret i innovació tecnològica. El cas Uber versus taxi. Discurs d'ingrés</i>	
Joaquín Tornos Mas .....	169
<i>Contestació</i>	
Francesc Tusquets i Trias de Bes.....	241
<i>Discurs de cloenda de la sessió pública i solemne de recepció com a acadèmic de número del professor Joaquim Tornos</i>	
Lluís Jou i Mirabent.....	251

## MEMÒRIA D'ACTIVITATS

<i>Memòria de les activitats de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Curs 2018/2019</i>	
Francesc Tusquets i Trias de Bes .....	257

# Presentació





## UN CURS MÉS

per

LLUÍS JOU I MIRABENT

*President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*

Desembre de 2019

Oferim en aquest volum al món acadèmic el conjunt de treballs presentats al llarg del curs 2018-2019 de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya per les persones que la integrem.

Amb els *Annals*, iniciats fa més de deu anys essent president Robert Follia, l'Acadèmia es proposa deixar constància escrita de les comunicacions presentades pels seus membres a les sessions ordinàries i quan s'escau a les públiques, amb la finalitat de divulgar-les i de facilitar-ne la consulta. És cert que els treballs més rellevants, els discursos d'ingrés que llegeixen els acadèmics quan entren a formar-ne part de ple dret, es publiquen en opuscles ad hoc i que, en general, tots es publiquen en format electrònic al nostre web [www.ajilc.cat](http://www.ajilc.cat). També és cert que algunes intervencions i les memòries es divulguen per mitjà de la *REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA*, però presentar-los al món de la recerca aplegats en els volums que conformen els *Annals* és una via principal amb la qual a més de divulgar-los complim amb una obligació de transparència i donem compte a la societat de la nostra tasca ordinària i regular.

Després d'algunes vacil·lacions pel que fa al format i a la presentació sistemàtica dels volums, enguany els *Annals* queden circumscrits als treballs llegits dins del curs 2018-2019, tot i que hi mancarà el discurs d'ingrés d'Antoni Cumella publicat al volum VII que seguia, encara, un criteri de tancament d'any natural. En el futur mirarem de fer-ho així. No és només la lògica acadèmica la que ens fa adoptar aquesta decisió, sinó també les exigències de control pressupostari de la despesa fixades pel Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya, mercès al qual podem oferir aquesta publicació i al qual agraïm el suport. Per això en queden fora alguns treballs llegits a finals de 2019 o començament de 2020 que haurien estat especialment indicats de publicar, com és ara el llegit per Josep D. Guàrdia i Canela ja dins del curs 19-20 amb *Algunes reflexions amb ocasió del LX aniversari del Tribunal Europeu dels Drets Humans* que s'esqueia el 20 d'abril.

El lector trobarà en aquest volum la memòria d'activitats del curs i em fa goig subratllar, com vaig tenir ocasió de fer el 18 de juny de 2019 quan el professor Tornos va llegir el seu discurs d'ingrés, que el curs 2018-2019 va ser un curs afortunat.

El vam iniciar el 25 d'octubre amb una sessió solemne en la qual vam rebre un nou acadèmic de número, el registrador de la propietat senyor Antoni Cumella Gaminde. Entremig vam celebrar sessions pràcticament cada quinze dies per presentar comunicacions, analitzar novetats legislatives o jurisprudencials o recordar el professor Josep M. Font Rius o el conseller Agustí Bassols Paré, que ens havien deixat el curs precedent. Vam participat al Congrés d'Acadèmies Iberoamericanes celebrat a Madrid el mes de novembre de 2018 i vam tancar-lo amb el discurs d'ingrés del professor Joaquim Tornos i Mas. A més, vam elegir dos nous acadèmics, el magistrat Antonio Recio Córdova i l'advocada i professora Pilar Fernández-Bozal. Finalment, també amb l'ajut del Departament de Justícia i amb la col·laboració de la Universitat Pompeu Fabra, vam iniciar l'elaboració d'un petit diccionari de la tradició jurídica catalana que coordina el professor Josep Capdeferro i comprendrà, inicialment, unes curtes bio-bibliografies dels trenta-sis juristes que donen nom a les nostres medalles acadèmiques. Les biografies s'aniran penjant al nostre web i més endavant ens farà goig de publicar-les també en paper.

Les medalles que ostenten els nostres acadèmics porten el nom de juristes catalans diversos, de temps diferents i d'actituds polítiques contraposades que tenen en comú haver deixat un gra de sorra en la configuració del nostre Dret històric i actual: entre d'altres, Guillem de Vallseca, Tomàs Mieres, Jaume Callís, Jaume Càncer, Sant Raimon de Penyafort, Joan Pere Fontanella o Jaume de Marquilles, per esmentar-ne alguns del nostre període clàssic, però també Vives i Cebrià, Falguera, Duran i Bas, Pella i Forgas, Borrell i Soler, Martí Miralles o Roca Sastre per esmentar-ne dels segles XIX i XX. Com sempre, en valorar la història d'un país, d'una institució o d'una matèria cal observar-la sencera, admetent que hi ha moments daurats i moments de plom, obres que enorgulleixen i obres que cal qüestionar. Aquest diccionari hi contribuirà. Perquè l'Acadèmia vol ser un lligam de continuïtat entre la tradició jurídica catalana de sempre i el món del Dret d'avui, entre la tradició clàssica, l'exaltació del XIX, el pragmatisme del XX i la renovació cada cop més desacomplexada dels nostres dies. Un lligam que reflecteix, també, la diversitat de procedències, la pluralitat d'idees, la multiplicitat de camps d'estudi i d'especialitat jurídica dels nostres membres, tots estatutàriament arrelats a Catalunya.

Al llarg del curs 2018-2019, dos dels nostres acadèmics, Guàrdia i Gay, van aportar sengles reflexions, que publiquem, sobre què és una acadèmia i quin és el seu paper. Ho destaco perquè no volem deixar de pensar en el què aportem i podem aportar a la Catalunya actual, tan diferent de la de 1840, quan vam ser instituïts pel Col·legi d'Advocats o al 1954, quan després del parèntesi repressiu de la immediata postguerra, vam ser reconeguts com a corporació de dret públic. Un debat que tenim obert en el si del Consell Interacadèmic de Catalunya juntament amb la resta d'acadèmies catalanes.

Sabem que en el sentit actual del concepte d'institució de recerca no ho som. Sabem que no tenim els mitjans ni l'energia per entomar determinats projectes tot i que en podem intuir la necessitat o utilitat. Sabem que el món d'avui corre a un ritme accelerat, que tot d'una es veu avocat a deturar-se en sec, al qual no podem respondre. També sabem que podem contribuir al progrés i a la millora de la nostra legislació amb l'anàlisi de propostes legislatives, i perquè no, d'altres d'abast més ambiciós tendents a la configuració de nous conceptes jurídics. Sabem, per fi, que ser admesos a l'Acadèmia és un reconeixement col·lectiu dels mèrits que hem fet en la nostra vida professional que no ens atorga el poder polític, com si fos una condecoració, sinó un conjunt de professionals de prestigi que s'honoren i ens honoren de formar-ne part, de manera que l'experiència, la distància i l'objectivitat ens dona una mirada de conjunt sobre la realitat de cada un dels camps acadèmics que ens ocupen.

Estem orgullosos de continuar aprenent cada dia els uns dels altres, de mantenir viva la curiositat per les novetats del Dret, d'aportar consell a qui el demana, de saber per estudi, per experiència i per reflexió que el Dret, el Dret de veritat, és una branca de coneixement i de cultura que va molt més enllà de conèixer la lletra petita d'una llei circumstancial. I afirmem que la llei és un simple instrument del poder i de la política i que exigeix, quan s'aplica, modulació al cas concret, templança, prudència i humanitat.

Confio que els treballs que presentem siguin de l'interès de les persones que fan recerca amb qui modestament els volem compartir, que aportin coneixement i incitin a la reflexió.



Membres de l'Acadèmia de  
Jurisprudència i Legislació  
de Catalunya

Curs 2018-2019



## MEMBRES DE L'ACADÈMIA

(1.10.2018 – 30.09.2019)

### JUNTA DE GOVERN

President:	Lluís Jou i Mirabent
Vicepresidenta:	Ma Eugènia Alegret Burgués
Censor:	Joan Egea Fernández
Tresorer:	Antonio Cumella Gaminde
Secretari:	Francesc Tusquets Trias de Bes
Vicesecretari:	Vacant

### ACADÈMICS DE NÚMERO

Lluís Puig Ferriol	Josep-Joan Pintó i Ruiz
Encarna Roca Trias	Josep-D. Guàrdia Canela
Robert Follia Camps	Felip Tallada d'Esteve
Juan Córdoba Roda	Alegria Borrás Rodríguez
Rafael Jiménez de Parga Cabrera	Enric Brancós Nuñez
Josep-E. Rebés Solé	Joan Josep López Burniol
Elias Campo Villegas	Agustín Luna Serrano
Eugeni Gay Montalvo	Núria de Gispert Català
Joan Egea Fernández	Ma. Eugenia Alegret Burgués
Lluís Jou i Mirabent	José Juan Ferreiro Lapatza
Pau Salvador Coderch	Francesc Tusquets i Trias de Bes
Lluís Martínez Sistach	Antonio Cumella Gaminde
Joaquim Tornos Mas	

### ACADÈMICS HONORARIS

Ignacio Sancho Gargallo	Francisco Soto Nieto
-------------------------	----------------------

### ACADÈMICS ELECTES

Enric Argullol i Murgadas	Ma. José Magaldi Paternostro
Eudald Vendrell i Ferrer	Miquel Tarragona i Coromina
Ferran Badosa i Coll	Tomás Giménez Duart
Antonio Recio Córdoba	Pilar Fernández-Bozal

---

\* Es troben pendents de declarar les vacants corresponents als acadèmics numeraris Víctor Reina Bernáldez (+2018), Josep Ma. Font i Rius (+2018) i Agustí Bassols i Parés (+2018), per defunció.





CURS ACADÈMIC  
2018-2019



# Comunicacions



## SOBRE UNA SENTÈNCIA DE L'AUDIÈNCIA PROVINCIAL DE GIRONA DE 17 DE SETEMBRE DE 2018

per  
TOMÁS GIMÉNEZ DUART  
*Acadèmic electe de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*  
15 de gener de 2019

Fa uns mesos, a la sortida d'una xerrada sobre la gent gran amb una amiga magistrada, aquesta em feia la següent observació: *els notaris no fan tot el bé que cal els testaments de la gent gran*. Afegia que, per exemple, en els testaments en els que mitjançava una causa de desheretament, es limitaven a recollir tal causa, així: *per absència de relació familiar continuada exclusivament imputable al fill/a d'acord amb l'art. 457-17.e del CCC*; o, en l'àmbit del dret comú, *per maltractament psicològic* (ex art. 853, 2a CCE, segons interpretació jurisprudencial). Però, em deia, no es recull el motiu, per la qual cosa, en cas d'impugnació pel desheretat, com la causa ha de ser provada pel/els hereu/s, els tribunals es troben, davant la manifestació del testador, amb què el desheretat aporta a judici dotzenes de *twits*, de *whatsaps* o de *mails* que «demostren» quant volia a son pare o a sa mare; tot això a banda la declaració de testimonis, més o menys induïts, i d'haver-se presentat en l'enterrament el fill o filla amb cara de gran consternació.

Afegia la magistrada que la prova de la causa del desheretament és el motiu en la que la mateixa es basa, per la qual cosa, com per definició el/el testador/a ja no pot declarar en judici, és fonamental que es reculli en el testament el perquè d'aquella absència de relació familiar o d'aquell maltractament; per exemple: «... perquè des de fa anys no ha vingut a veure'm»; o «... em van operar, vaig estar un mes ingressada, i no es va dignar a interessar-se, ni llavors ni després»; o «... ni tan sols no m'ha permès conèixer els meus néts».

I és que, efectivament, no és el mateix el testament d'una persona de 40, 50 o 60 anys, sense problemes de salut, que el d'una altra persona amb aquests problemes, o de 90 anys d'edat. En el primer cas, amb la fórmula usual «té, segons el meu parer, capacitat bastant», és suficient; però, en el segon cas, cal reforçar o justificar molt més el judici de capacitat, sobretot quan es tracta de testaments que, pel seu contingut, cal intuir podran ser discutits.

Puix bé, em venen al cap totes aquestes consideracions arran la recent sentència de l'Audiència provincial de Girona de 17 de setembre de 2018 que serà objecte de comentari en aquesta xerrada.

L'objecte de litigi va ser el següent: Una senyora atorgà un testament a l'abril de 2016 en el qual, revocant un testament anterior de 2004 (en el que havia instituit hereus els seus tres fills) nomenava com hereu únic el seu fill Nazario; setmanes després s'inicià un procediment d'incapacitació de la testadora i, segons el dictamen previ del forense, emès al juny de 2016, se li aprecia «un deteriorament cognitiu greu».

Doncs bé, l'Audiència, confirmant la sentència del jutjat d'instància, no només anul·la el testament per manca de capacitat de la testadora, sinó que, a més, confirmant també la decisió de primera instància, declara indigne de succeir a Nazario per *haber induït a la causant de forma maliciosa (doncs no podia ignorar la deficiència mental de la seva mare) a ... modificar el seu testament, incidint, per tant, en causa d'indignitat conforme a l'article 412-3.g del Codi civil de Catalunya.*

Fins ací, la sentència de l'Audiència de Girona no deixa de ser més o menys normal, però vegem les proves en què es basa i la incidència que en les mateixes va tenir l'actuació notarial.

La primera prova, òbviament, és l'informe del metge forense emès poques setmanes després d'atorgar-se el testament. Però coadjuven i confirmen el criteri de l'Audiència les següents consideracions que transcriu literalment, no sense abans aclarir que, segons sembla, la testadora no podia signar, per la qual cosa, a l'efecte de suplir la seva signatura, van comparèixer també dos testimonis.

Diu així la sentència: «No deixa de sorprendre que, en l'atorgament del testament, com es desprèn de l'interrogatori del demandat i de la prova testifical, aquell (l'hereu instituit) va estar present, fins i tot, en el control previ sobre la capacitat que va fer el Notari. És clar que el Sr. Nazario, com fill i com a beneficiari del testament, no podia estar present a l'acte del seu atorgament. I inclús els testimonis tampoc no haurien d'estar presents en el moment previ del seu atorgament quan el notari ha d'apreciar la capacitat del testador. I tal apreciació de capacitat no pot consistir simplement en què el testador li indiqui a favor de qui desitja atorgar testament, sobretot si el beneficiari està present, sinó d'apercebre's de tenir suficient capacitat per comprendre la transcendència que té tal acte jurídic.

*El recurrent s'equivoca en incidir que és suficient amb què el testador manifesti a favor de qui atorga testament, sense que el notari li dirigeixi la seva voluntat, doncs això és clarament insuficient.*

És cert, que el notari no va declarar i que no podem assegurar en els termes exactes en els que el notari va apreciar la capacitat de la Sra. Consuelo, però a la vista de la declaració testifical semblaria que tal apreciació la va fer (el notari) en presència del fill i dels testimonis, circumstància que no s'estima d'acord amb un correcte procedir.»

És obligat reconèixer que els jutges resolen sempre el cas concret i que els guarniments dialèctics que acompanyen la sentència no deixen de ser *obiter dicta*. Possiblement, en el litigi de la sentència de l'Audiència de Girona, l'argumentació hagués estat una altra si no hagués mediat la circumstància de què el testament es va atorgar a l'abril i poc després, al juny, l'informe previ del metge forense en un procediment d'incapacitació certifica el «deteriorament cognitiu greu».

Deteriorament, aquest sigui de passada, que va poder no existir en el dia i hora de l'atorgament però que, com no es va citar a declarar al notari, mai no se sabran les circumstàncies concretes que el van portar a autoritzar-lo.

Però el que més para l'atenció és l'afirmació continguda en la sentència que «*fins i tot els testimonis tampoc no haurien d'estar presents en el moment previ del seu atorgament quan el notari ha d'apreciar la capacitat del testador*». I crida l'atenció aquesta asseveració perquè el cert és tot el contrari: clar que els testimonis poden estar presents en aquella primera fase! No només poden, sinó que «han d'estar presents» quan, per exemple, coadjuven amb el notari en apreciar la capacitat del testador, com succeeix en l'atorgament per incapacitat en interval lúcid, cas en el que la pròpia llei «exigeix al notari» la designa de dos facultatius que prèviament li reconeguin ... i no ha d'autoritzar «*sinó quan aquests responguin de la seva capacitat*» (art. 665 CCE). Més clar és encara l'art. 421-9.2 CCC en exigir que els facultatius certifiquin que el testador «*té en el moment de testar suficient capacitat i lucidesa per fer-ho*». Per no citar els casos de l'interpret del llenguatge dels signes o, simplement del traductor de llengua estrangera.

Perquè, com pot el notari apreciar la capacitat i voluntat del testador si no l'entén? Una altra cosa és que, en el cas concret de la sentència, el tribunal desconfiés dels testimonis, possiblement proposats pel propi hereu. Mes, què cal fer en aquests casos? I, sobretot, cal preguntar-se: per què els jutges demanen un «grau plus» de capacitat al testador, si resulta que el testament és el negoci de disposició patrimonial que, segons la llei, exigeix «menys capacitat»?

No sorprengui a ningú aquesta afirmació, perquè un menor de només quinze anys o un incapacitat mai no podran, per si mateixos, vendre un immoble i, en canvi, aquell mateix menor o aquell «boig en interval lúcid» (com deia abans l'art. 665 CCE) sí poden testar amb les cauteles legals oportunes.

Nogensmenys, aquesta sentència esdevindrà molt útil als notaris per desfer-se de l'hereu «agressiu», perquè sempre cabrà advertir-li: *miri vostè el que li passà al Nazario!* I donar-li acte seguit una fotocòpia de la sentència. Però, bromes a banda, també cal extreure algunes lliçons d'importància de la resolució de l'Audiència de Girona.

Vegem-les.

## CONCLUSIONS A DEDUIR DE LA SENTÈNCIA

1. No tots els testaments, ni tan sols els més senzills (*institueixo hereu el meu fill*) són iguals, per la qual cosa no s'ha d'utilitzar sempre la mateixa forma ritual en la seva autorització, sobretot pel que fa al judici de capacitat. Si es tracta de testador en el que conflueixen circumstàncies especials (edat, malaltia, dificultat d'expressió ...) no convé utilitzar la fórmula habitual «*té segons el meu parer capacitat suficient*»; és procedent alguna cosa més, per exemple: «*m'he reunit a soles amb el testador, el qual m'ha sabut exposar els motius d'aquesta la seva última voluntat*». I, si es recullen succintament aquells motius, encara millor.

2. Per als jutges, el testament, des del punt de vista del seu atorgament davant notari, consta de dues fases: la d'elaboració i la d'atorgament/autorització.

a) En la primera fase, la d'esbrinament de la voluntat del testador i apreciació de la seva capacitat, el notari ha d'estar a soles amb el testador i, digui el que digui la sentència, també amb els testimonis «que no siguin de mera signatura»; aquests poden estar també presents, però, si el notari sospita de possibles captacions de voluntat, millor que no l'estiguin.

b) A la segona fase, en la signatura o atorgament pròpiament dit, han d'assistir només el testador i els testimonis, i no l'hereu; amb les excepcions de pur sentit comú, per exemple: els dos cònjuges van junts al notari a atorgar testament l'un a favor de l'altre.

3. *No ha d'estar mai present en l'autorització l'hereu instituït amb clar desequilibri a favor seu*. Per a mi és la conclusió més important que es dedueix d'aquesta sentència.

4. Tota disposició testamentària extravagant (en el sentit d'inhabitual) convé causalitzar-la; per exemple: *manifesta el testador que la raó d'haver instituït hereu només al seu fill NN i no als altres tres és perquè ...* Evidentment, torna a dir-ho, això serà així quan es tracti de testador en aparent situació de vulnerabilitat; per exemple, si la testadora, entrada en anys, ha vingut al despatx acompanyada per la filla que, oh casualitat!, és l'afavorida pel testament.

5. El fet que la persona vulnerable vagi acompanyada pel seu advocat o que l'atorgament es produeixi en clínica, no eximeix del deure del notari de cerciorar-se de la voluntat del testador, reunit a soles amb el mateix i fent-ho constar així en el propi testament. Deuria ésser present l'advocat? Entenc que sí pot estar present, sobretot si així ho vol el testador.

Evidentment, tot el que s'ha dit es refereix, molt en especial, als casos —fàcilment apreciables— en els que s'intueix que poden haver impugnacions *post mortem*, bé sigui per les circumstàncies personals del testador (compte amb els testadors de molta edat!), o pel contingut inhabitual de la voluntat, o per qualsevol altre motiu.



Deixa per a millor ocasió l'anomalia que suposa que al notari, amb gran probabilitat, se li condemni a indemnitzar en un judici posterior, sobre la base d'uns fets «provats» en un judici anterior (com el del cas exposat) en el que no ha pogut ser part.

En canvi, si el testament recull les vicissituds concurrents al temps de l'atorgament, com a mínim haurà de ser citat el notari per destruir la presumpció de veracitat que empara les seves manifestacions en l'instrument públic per ell autoritzat.

Així que, ja per a acabar, em permet un consell final adreçat als notaris i, òbviament, també als advocats que hi col·laboren: *que es redactin amb molta cura les últimes voluntats de les persones vulnerables, fent constar, si escau, «els com i els perquè de la voluntat, al màxim possible».*

Moltes gràcies.



# ELS PRINCIPIS PROCESSALS EN LES ACTUACIONS ARBITRALS

per

MARIA EUGÈNIA ALEGRET BURGUÉS

*Magistrada del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.*

*Acadèmica de número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*

5 de febrer de 2019

## SUMARI

*Els principis processals en les actuacions arbitrals*

1. *Inaplicació de la LEC 1/2000 en les actuacions arbitrals*
2. *Principis d'igualtat, audiència, defensa i contradicció*
3. *Principis a què ha de subjectar-se el laude*
4. *Article 24 del CE i actuacions arbitrals*
5. *Principis processals que no operen en les actuacions arbitrals*
6. *Conclusions*

### 1. INAPLICACIÓ DE LA LEC 1/2000 EN LES ACTUACIONS ARBITRALS

Inicialment ha de recordar-se ja que la Llei d'arbitratge 60/2003, de 23 de desembre (LA) no remet a la Llei d'enjudiciament civil 1/2000 (Llei d'enjudiciament civil) per regular les actuacions arbitrals entenent com a tals la successió d'actes que duu a terme l'àrbitre amb les parts abans de pronunciar el laude.

Fins i tot la LA evita d'anomenar el títol V *procediment* o *procés*, i titula la regulació sota la rúbrica «*De la substanciació de les actuacions arbitrals*».

No resulta la LEC 1/2000 aplicable a l'arbitratge de forma directa, ni tampoc subsidiària, ja que l'article 4 de la LEC es refereix a altres ordres jurisdiccionals.

Tal com indica l'exposició de motius de la LA, la Llei d'arbitratge parteix també del principi d'autonomia de la voluntat en aquesta matèria, i estableix com a únics límits a l'actuació dels àrbitres el dret de defensa de les parts i el principi d'igualtat, que s'erigeixen en valors fonamentals de l'arbitratge.

Garantit el respecte a aquestes normes bàsiques, les regles que sobre el procediment arbitral s'estableixen són dispositives i resulten, per tant, aplicables només si les parts no han acordat res directament o per la seva acceptació d'un arbitratge institucional o d'un reglament arbitral.

L'article 25 de la LA, en el número 1 diu a aquest efecte que:

*«1. D'acord amb el que disposa l'article anterior, les parts poden conve-  
nir lliurement el procediment al qual s'han d'ajustar els àrbitres en les seves  
actuacions.*

*2. Si no hi ha acord, els àrbitres poden dirigir, amb subjecció al que disposa  
aquesta Llei, l'arbitratge de la manera que considerin apropiat. Aquesta potestat  
dels àrbitres comprèn la de decidir sobre admissibilitat, la pertinència i la utilitat  
de les proves, sobre la seva pràctica, fins i tot d'ofici, i sobre la seva valoració.»*

D'altra banda, la funció de la demanda i de la contestació a què es refereix l'article 29, diu l'EM de la llei, no és sinó la d'il·lustrar els àrbitres sobre l'objecte de la controvèrsia, sens perjudici d'al·legacions ulteriors.

El procediment arbitral, fins i tot si no hi ha acord de les parts, es configura amb gran flexibilitat, d'acord amb les exigències de la institució. En suma, la LA regula uns tràmits mínims, l'esquema procedimental és molt menys rígid que el desenvolupat en les lleis processals que es caracteritza per la seva imperativitat per als jutges i pel principi de preclusió, que no opera de la mateixa manera en l'arbitratge.

La potestat dels àrbitres comprèn la de decidir sobre admissibilitat, pertinència i utilitat de les proves, sobre la seva pràctica, fins i tot d'ofici, i sobre la seva valoració.

La llei tampoc no estableix pròpiament requisits de forma i contingut dels escrits d'al·legacions de les parts.

El procediment pot portar-se així en forma principalment oral o escrita, concentrada en una o diverses audiències, amb al·legacions i mitjans de prova a cadascuna, segons els tràmits pactats o segons el que estableix el reglament de la institució que ho administra, pot existir interrogatori de la part pròpia a més de la contrària, preguntes i repreguntes immediates, etc.; el còmput per a la presentació d'escrits, si no es pacta una altra cosa, serà el civil i no pas el processal, que exclou els dies inhàbils, possibilitats d'impugnació de les decisions de l'àrbitre en forma immediata o per escrit, etc.

Com després ja veurem, no són aplicables els preceptes de la LEC en matèria d'aclariment o correcció del laude, ja que la regulació pròpia de la LA tendeix que sigui l'àrbitre mateix qui corregeixi en la mesura del que sigui possible les actuacions irregulars per tal d'evitar una eventual anul·lació del laude, la qual —no ens n'oblidem— no comporta una retroacció de les actuacions per a la seva esmena, sinó la necessitat de sotmetre's les parts a un nou procediment arbitral.

Tal com diu l'STSJC de 27.7.2015, l'àrbitre pot donar al procediment arbitral el curs que estimi pertinent sempre que es respectin els principis bàsics de l'article 24 de la LA, que actuen en bona mesura com alguns dels drets reconeguts a l'empara de l'art. 24 de la CE.

## 2. PRINCIPIS D'IGUALTAT, AUDIÈNCIA, DEFENSA I CONTRADICCIÓ

Segons l'article 24.1 de la LA sota la rúbrica: *Principis d'igualtat, audiència i contradicció*, s'han de tractar les parts amb igualtat i donar-se a cadascuna d'elles oportunitat suficient de fer valer els seus drets.

Així, són tres els principis que es deriven d'aquesta norma:

a) *Principi d'igualtat*. Les actuacions arbitrals han d'estar presidides pel respecte al principi d'igualtat, cosa que és tant com dir que l'àrbitre ha d'actuar amb neutralitat respecte de les parts, amb desinterès pel que fa al *thema decidendi*, i amb independència, amb absència de vincles de subjecció que puguin posar en qüestió fundadament la seva objectivitat. Ha de vetllar perquè les parts puguin desplegar els mateixos mitjans de defensa mantenint una posició equivalent durant les actuacions, oferint a ambdues les mateixes oportunitats o el mateix tracte en el moment d'al·legar i provar.

b) *Principi d'audiència i defensa*. El procediment arbitral ha de propiciar la compareixença de les parts (verificant la correcció de les citacions i comunicacions per qualsevol mitjà de comunicació ordinari o telemàtic amb constància als efectes de prova en especial de la primera comunicació, la que posen en coneixement l'existència del procés, indagant en forma raonable tots els possibles domicilis si no se'l troba en el facilitat per la part instant) i el principi de defensa que ha de permetre les parts defensar en forma efectiva els seus interessos, presentant les al·legacions i mitjans de prova que estimin necessàries, encara que el principi de postulació no és exigit a l'article 30.2 de la LA.

c) *Principi contradictori*. Exigeix que les parts puguin actuar en forma contradictòria, cosa que implica que hagin de conèixer les al·legacions de la part contrària i els seus mitjans de defensa. Ambdues coses han de poder ser qüestionades a través de contraal·legacions i d'altres mitjans de prova que puguin contrarestar les del contrari, tot això amb el límit del principi de bona fe i, en matèria d'al·legacions, del que disposa l'article 29.2. [«Llevat que hi hagi un acord en contra de les parts, qualsevol d'aquestes pot modificar o ampliar la seva demanda o contestació durant el curs de les actuacions arbitrals, llevat que els àrbitres ho considerin improcedent per raó de la demora amb què s'hagi fet.»], de manera que s'evitin les maniobres dilatòries.

### *Conseqüències de l'incompliment d'aquests principis*

Els estableix amb claredat l'article 41.1 lletres, b), d) i f) de la LA quan diu que són causes d'anul·lació del laude:

b) Que no se li ha notificat degudament la designació d'un àrbitre o de les actuacions arbitrals o no ha pogut, per qualsevol altra raó, fer valer els seus drets.

d) Que la designació dels àrbitres o el procediment arbitral no s'han ajustat a l'acord entre les parts, llevat que aquest acord fos contrari a una norma imperativa d'aquesta Llei, o, a falta de l'esmentat acord, que no s'han ajustat a aquesta Llei.

f) Que el laude és contrari a l'ordre públic, ja que des del punt de vista de l'ordre públic processal, ha d'entendre's compreses totes aquelles infraccions greus que atemptin contra els principis abans exposats i que causin efectiva indefensió a qualsevol de les parts.

Amb tot, per poder disposar la nul·litat del laude no n'hi ha prou amb qualsevol infracció de normes procedimentals. La infracció ha de ser greu i haver causat indefensió material o real.

Així ens hem pronunciat en diverses sentències. *Ad exemplum* STJC de 40/2013, de 6 de juny, en què vam dir que «no toda irregularidad procedimental es susceptible de invalidar el laudo ya que: a) debe haber sido denunciada en el propio procedimiento arbitral, si fuese posible y b) debe causar efectiva indefensión material.»

En d'altres, per contra, l'STSJC de 16 de juny de 2014, vam anul·lar el laude precisament per no haver-se respectat el principi d'igualtat i contradicció. Així, vam dir que malgrat la gran flexibilitat i l'absència de formalitats especials que es predica del procediment arbitral, s'exigeix també l'observança d'uns tràmits mínims sostrets tant a l'autonomia de les parts com dels àrbitres amb respecte als principis d'audiència, contradicció i igualtat. El tribunal arbitral no va respectar el principi de contradicció i d'igualtat d'armes entre les parts quan va ometre el trasllat de l'escrit presentat per una de les parts amb què aportava nova documentació i, per tant, nova prova, a l'altra part de manera que impedia que pogués fer al·legacions o contraproves.

En el mateix sentit l'STSJ de Madrid de 26.4.2017.

### 3. PRINCIPIS A QUÈ HA DE SUBJECTAR-SE EL LAUDE

Pel que fa al laude pròpiament dit, són principis que han de ser obligatòriament respectats, el de congruència i el de motivació.

En el procediment arbitral el principi de congruència pot examinar-se des de diferents perspectives.

En sentit ampli són tres els criteris de la correlació:

1) La correlació del procés arbitral amb el conveni arbitral

El conveni arbitral és el que determina en abstracte l'objecte de l'ulterior procediment arbitral atès que les parts no poden excloure la jurisdicció amb caràcter absolut, ja que això suposaria una renúncia a la jurisdicció, inadmissible *a priori* i amb caràcter general. L'objecte ha de delimitar-se en funció d'una determinada relació jurídica encara que ho pugui ser en tota la seva amplitud. Així es dedueix de l'article 9 de la LA.

2) Correlació entre les actuacions de les parts i la conducta de l'àrbitre en el procés.

3) Correlació entre el laude i les pretensions ja concretades de les parts.

És aquesta última la que afectaria el principi de congruència.

L'EM de la LA destaca que:

*«Aquí no entren en joc les regles pròpies dels processos judicials quant a requisits de demanda i contestació, documents que s'han d'adjuntar o preclusió.»*

A partir d'aquests principis es configura l'article 29 de la LA, que en el número 2 diu que *«llevat que hi hagi un acord en contra de les parts, qualsevol d'aquestes pot modificar o ampliar la seva demanda o contestació durant el curs de les actuacions arbitrals, llevat que els àrbitres ho considerin improcedent per raó de la demora amb què s'ha fet.»*

La demanda explicarà els fets que serveixin per identificar la pretensió actuada. Els fets han de ser coherents amb la relació jurídica objecte del conveni arbitral i que hagi resultat controvertida, ja que la congruència tant pot entendre's teòricament com la necessària correlació entre les facultats de resolució que es van reconèixer a l'àrbitre en el conveni arbitral com pel que fa a les concretes pretensions actuades en el procediment una vegada sorgit el conflicte, encara que el primer supòsit és més propi de la inarbitrabilitat que pot ser perquè la matèria no sigui disponible o bé perquè no hagi estat realment disposada per les parts en el conveni arbitral.

La contestació contindrà les excepcions que el demandat desitgi oposar, així com la reconvenió que pretengui realitzar i sigui admissible.

Tanmateix, a diferència del procés judicial, les parts poden fixar els terminis o termes en què poden ser realitzades al·legacions i, si no hi ha pacte sobre això, qualsevol d'elles pot modificar o ampliar la seva demanda o contestació durant el curs de les actuacions arbitrals llevat que els àrbitres ho considerin improcedent per raó de la demora amb què s'haguessin fet.

En el procés judicial la *causa petendi* no pot ser alterada perquè així ho imposa l'article 412 de la LEC. La introducció de nous fets en el procés, que faculta l'article 286, queda circumscrita en el procés judicial a l'existència de nous fets que donin suport, integrin o complementin els ja adduïts en el procés amb la mateixa *causa petendi* però no poden servir per alterar l'objecte del procés sumant o substituint l'anterior pel nou.

Aquesta opció del legislador per raons, sens dubte, d'economia processal i escurçament dels processos, no és acollida en la mateixa forma en el procediment arbitral, que permet, com ja hem vist, excepte acord en contra de les parts, que qualsevol d'elles pugui modificar o ampliar la seva demanda o contestació durant el curs de les actuacions arbitrals, llevat que els àrbitres ho considerin improcedent per raó de la demora amb què s'hagués fet.

Això permet que en el procediment arbitral les parts vagin guardant algunes cartes que només posaran en joc en funció del desenvolupament del procés. Tanmateix aquesta activitat té dos límits:

- a) Que l'àrbitre la impedeixi perquè estimi que produirà demora en la resolució de la controvèrsia, cosa que de fet passarà si es pretén una variació substancial del procés, i
- b) Que respecti el principi de contradicció i igualtat d'oportunitats entre les parts.

D'aquesta manera, el principi de congruència que ha de mantenir el laude pel que fa al que han pretès les parts resulta més complex en el procediment arbitral perquè la configuració objectiva del procés és progressiva i haurà de deduir-se de les últimes al·legacions o peticions realitzades per les parts i sotmeses a contradicció.

En sentit estricte l'àrbitre no pot resoldre sobre qüestions no sotmeses a la seva decisió per les parts. Aquest principi no és a la LA formulat en sentit positiu com en l'article 218 de la LEC, sinó que la seva contradicció és motiu o causa d'impugnació judicial del laude.

Una altra diferència entre la Llei d'arbitratge i la LEC és el tractament diferent legal dels excessos o extralimitacions del laude en relació amb els de la sentència.

L'article 215 de la LEC faculta el jutge ordinari a corregir la incongruència omissiva però no li permet que resolgui per si mateix la incongruència *extra petita*.

Normalment això haurà de fer-se en virtut del recurs que escaigui contra la sentència, ja que és la forma normal de reparar els defectes processals greus de conformitat amb el que estableix l'article 227.1 de la LEC. Si la sentència fos ja ferma, com seria la dictada per un tribunal superior, llavors escauria interposar un incident de nul·litat d'actuacions per vulneració de principis constitucionals segons l'article 228 de la LEC.

Precisament com que el laude es dicta en un procés d'instància única, vol donar-se l'oportunitat a l'àrbitre de reparar per si mateix l'extralimitació del laude, donant-li competència perquè elimini els pronunciaments que no va haver d'emetre, bé perquè no van poder ser objecte d'arbitratge, bé perquè no va ser sotmès per les parts a la seva decisió.

És per això que la LA permet en l'article 39 que l'àrbitre mateix posi remei a:

- a) la falta d'exhaustivitat del laude per haver deixat de pronunciar-se sobre alguna de les pretensions de les parts, també coneguda com a incongruència omissiva;
- b) la incongruència *extra petita* o extralimitació del laude per haver resolt sobre qüestions no plantejades per les parts o no susceptibles d'arbitratge.

En el primer cas completarà el laude amb el degut pronunciament omès; en el segon deixarà sense efecte els pronunciaments relatius a les qüestions excedides i es mantindrà la resta sempre que puguin separar-se de les altres.

El segon requisit que exigeix la LA és el de la motivació.



Segons l'article 37 de la LA, «*El laude sempre ha de ser motivat, llevat que es tracti d'un laude pronunciat en els termes convinguts per les parts*». Es tracta d'una norma no dispositiva sinó imperativa que ha de complir-se tant en el laude de dret com en el d'equitat.

L'àrbitre o si s'escau la institució administradora de l'arbitratge no exerceixen, *stricto sensu*, la funció jurisdiccional, però sí una funció pública de resolució de conflictes tutelada per la Llei: la funció de laudar és d'interès públic perquè subvé al mateix fi i té la mateixa força que les decisions dictades en l'acompliment de la funció jurisdiccional. A això es refereix el Tribunal Constitucional, i amb ell la generalitat de la jurisprudència i de la doctrina, quan qualifica l'arbitratge «d'equivalent jurisdiccional».

Tradicionalment s'ha dit respecte de les sentències judicials que l'exigència de motivació compleix diverses finalitats: d'una banda, exterioritzar les reflexions racionals que han conduït a la decisió, potenciant la seguretat jurídica, permetent a les parts en el procés conèixer i convèncer-se de la correcció i justícia de la decisió, evitant l'arbitrarietat i, d'una altra, garantir la possibilitat de control de la resolució pels tribunals superiors mitjançant els recursos que escaiguin, inclosa l'empara.

Encara que aquesta última finalitat no tingui cabuda en el procediment arbitral en la mesura que el laude no és susceptible de recurs d'empara i tampoc no escau una revisió per part dels tribunals pel que fa al fons de l'assumpte en tractar-se d'un procés d'instància única, sempre quedarien les altres abans esmentades.

D'aquesta manera s'incompliria el deure de motivació quan el laude:

- a) no contingués cap motivació;
- b) l'efectuada fos insuficient mitjançant apreciacions genèriques estereotipades, sense atendre al cas concret, i
- c) en els supòsits en què la motivació fos aparent i confusa o incoherent de manera que, en realitat, no es poguessin conèixer les raons de la decisió adoptada.

A aquest efecte poden ser consultades les STSJ de Madrid de 12.4.2018 o STSJC de 20.11.2017.

#### *Conseqüències de l'incompliment d'aquests principis*

Si no es respecten aquests principis el laude pot ser anul·lat en virtut del que disposa l'article 41.1 de la LA, segons el qual escau estimar l'acció de nul·litat del laude quan:

- c) els àrbitres hagin resolt sobre qüestions no sotmeses a la seva decisió;
- f) que el laude és contrari a l'ordre públic en el seu vessant processal ja que la motivació és una norma imperativa de la LA de la qual no pot prescindir-se.

En concret, pel que fa a la incongruència, la LA distingeix aquesta causa de la causa d'inarbitrabilitat establerta en la lletra e) de l'article 41.1 [«Que els àrbitres han resolt sobre qüestions no susceptibles d'arbitratge»], cosa que no passava en l'article 45 de la Llei de 1988, en què ambdues causes es regulaven conjuntament.

La llei es remet, per tant, a la regulació específica de l'article 29 LA, per la qual cosa, per determinar si existeix o no existeix incongruència, caldrà atendre també a l'eventual modificació o ampliació de la demanda admesa.

L'article 41.1.c) de la LA planteja dos dubtes:

El primer, si la incongruència pel que fa a l'element subjectiu de l'acció pot ser denunciada a través d'aquesta via. Estimo que això és possible, potser no tant a l'empara de la causa examinada com, en qualsevol cas, a través de la infracció de l'ordre públic processal lletra f) de l'article 41.1 LA.

El segon sorgeix pel que fa a la incongruència omissiva, ja que la llei només es refereix al supòsit que els àrbitres *hagin resolt sobre qüestions no sotmeses a la seva decisió*.

El fet de no pronunciar-se l'àrbitre sobre determinades qüestions plantejades no és establert en la Llei d'arbitratge com a causa d'anul·lació del laude, a diferència de la Llei uniforme en matèria d'arbitratge propiciat pel Consell d'Europa l'any 1966.

L'explicació pot trobar-se en el fet que cal relacionar tal omissió (a més de per la seva similitud amb la llei model en què tampoc no es té en compte) amb el que disposa l'article 39 de la LA, que permet que les parts, amb notificació a l'altra, sol·licitin als àrbitres:

- a) *La correcció de qualsevol error de càlcul, de còpia, tipogràfic o de naturalesa similar.*
- b) *L'aclariment d'un punt o d'una part concreta del laude.*
- c) *El complement del laude pel que fa a peticions formulades i no resoltes en el laude.*

En aquest cas l'àrbitre té un termini superior per resoldre sobre el que ha sol·licitat.

D'aquesta manera, la incongruència omissiva no constitueix formalment un motiu d'anul·lació del laude perquè la part pot sol·licitar el complement.

La llei presumeix que l'àrbitre respondrà. Si no ho fa, estimo que no existeix cap inconvenient per denunciar l'omissió per la via de la infracció de l'ordre públic processal que el mateix TC relaciona amb la infracció dels principis fonamentals. O bé reconduint la impugnació a l'absència de motivació quan hagi d'entendre's desestimada la pretensió.

Estimo que si les parts no demanessin l'aclariment o complement o bé si, sol·licitada l'esmena, l'àrbitre no respongués i no es pretengués la nul·litat del

laude per manca de motivació o infracció de l'ordre públic, seria aplicable el que disposa l'article 43 LA, és a dir, la producció d'efectes de cosa jutjada sobre totes les qüestions que van ser plantejades per les parts fossin o no fossin resoltes per l'àrbitre.

Entendre-ho d'una altra manera, és a dir, que podria sol·licitar-se un nou arbitratge per tractar novament sobre la qüestió omesa, podria constituir, en cas d'emetre's un nou laude, una vulneració de l'ordre públic en què necessàriament es troba integrat el principi de seguretat jurídica.

#### 4. ARTICLE 24 DEL CE I ACTUACIONS ARBITRALS

L'arbitratge constitueix una renúncia transitòria a la jurisdicció dels tribunals, raó per la qual el TC en repetides resolucions ha admès la seva constitucionalitat sobre la base del principi de llibertat i autonomia de la voluntat.

La STC 1/2018, d'11 de gener, resumeix la doctrina en el sentit següent:

*«El derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el artículo 24 CE se refiere a una potestad del Estado atribuida al poder judicial, consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por jueces y tribunales...*

*Ha de partirse de la idea de que la configuración del arbitraje como vía extrajudicial de resolución de las controversias existentes entre las partes es un "equivalente jurisdiccional", dado que las partes obtienen los mismos resultados que accediendo a la jurisdicción civil, es decir, una decisión al conflicto con efectos de cosa juzgada (por todas, SSTC 15/1987, de 6 de febrero, y 62/1991, de 22 de marzo). La exclusividad jurisdiccional a que alude el artículo 117.3 CE no afecta a la validez constitucional del arbitraje, ni vulnera el artículo 24 CE. En relación con el sometimiento de controversias al arbitraje, este Tribunal ha reiterado que, si bien el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) tiene carácter irrenunciable e indisponible, ello no impide que pueda reputarse constitucionalmente legítima la voluntaria y transitoria renuncia al ejercicio de las acciones en pos de unos beneficios cuyo eventual logro es para el interesado más ventajoso que el que pudiera resultar de aquel ejercicio...*

*Una vez elegida dicha vía, ello supone tan sólo que en la misma ha de alcanzarse el arreglo de las cuestiones litigiosas mediante la decisión del árbitro y que el acceso a la jurisdicción —pero no su 'equivalente jurisdiccional' arbitral, SSTC 15/1989, 62/1991 y 174/1995— legalmente establecido será sólo el recurso por nulidad del Laudo Arbitral.»*

Si l'arbitratge per definició exclou la intervenció judicial (article 7 de la LA), és, a dir, l'accés a la jurisdicció excepte per a l'acció d'anul·lació, no serà possible en principi aplicar el principi de tutela judicial efectiva consagrat en l'article 24

del CE a les actuacions arbitrals, així com els múltiples drets que sota el seu mandat es reconeixen.

Ho proclama el Tribunal Constitucional (TC) en la interlocutòria 179/1991, de 17 de juny, en el qual va estimar que l'arbitratge quedava exclòs de les garanties de l'article 24 del CE. De la mateixa manera en la STC 9/2005, de 17 de gener, no admet el recurs d'empara contra la decisió de l'àrbitre, sinó només contra la decisió del jutge que resol la demanda de nul·litat de laude arbitral.

Per tant, com diu aquesta última Sentència, el dret a la imparcialitat de l'àrbitre i la prohibició de la indefensió en l'arbitratge no són garanties derivades amb el caràcter de drets fonamentals de l'article 24 del CE, amb unes exigències que només regeixen per a la jurisdicció dels tribunals, sinó de la legalitat ordinària, ex LA.

Una altra qüestió diferent —que pot plantejar-se— és si pel que fa a aquelles garanties que la legislació exigeix en el procediment arbitral coincidents amb les exigibles en el procés jurisdiccional (contradicció, audiència, defensa, congruència, motivació, etc.) pot aplicar-se la doctrina del TC elaborada en relació amb les segones, sobretot tenint en compte que el TC ha proclamat amb escreix que l'arbitratge és un «equivalent jurisdiccional», o, el que és el mateix, produeix pel que fa als seus resultats els mateixos efectes que una sentència judicial ferma.

Entenc que en raó a l'analogia, en la mesura en què través de l'arbitratge es dirimeixen qüestions litigioses o controvertides com a *funció parajurisdiccional* (ITC 20.7.1993), és possible assolir aquesta conclusió, és a dir, que la doctrina dels tribunals, singularment del TC, pel que fa als principis de contradicció, audiència, defensa, congruència o motivació, exigibles igualment en el procediment arbitral, no pot diferir de la que en relació amb els mateixos principis s'ha anat establint pel que fa a l'actuació dels tribunals.

Ho ha entès de la mateixa manera el TS, Sala 1a, en la S 1286/2016, de 17 de març, pel que fa a la llibertat d'expressió dels advocats com a integrant del dret de defensa, quan diu que: «*No cabe predicar restricciones mayores a la libertad de expresión de los Letrados que ejercen el derecho fundamental de defensa de sus clientes en los procedimientos arbitrales: el Tribunal Constitucional ha calificado el arbitraje de «equivalente jurisdiccional» (por todas, STC 142/2014, de 11 de septiembre).*»

Amb tot, admeto que la qüestió no és incontrovertible, ja que bona part dels autors que tracten aquesta qüestió sostenen una altra cosa.

## 5. PRINCIPIS PROCESSALS QUE NO OPEREN EN LES ACTUACIONS ARBITRALS

De conformitat amb el que s'ha anat sostenint, són principis que no operarien en les actuacions arbitrals els següents.

*El principi de preclusió* d'al·legacions, sens perjudici del que l'àrbitre estableixi per no demorar la resolució del conflicte.

*La forma* dels escrits presentats, que no està subjecta a cap prescripció o formalisme, i el mateix pel que fa al laude arbitral.

*La forma i mode de practicar-se les proves*, que la determinarà el Reglament de la cambra arbitral si està sotmesa la controvèrsia a arbitratge institucional o bé les parts, l'àrbitre mateix o sinó la LA.

*El principi de publicitat*, ja que en el cas de l'arbitratge, ex article 24.2 de la LA, està sotmès al principi de confidencialitat.

*El principi de gratuïtat*, en la mesura en què als jutges i tribunals els remunera l'Estat i qui se sotmet a arbitratge ha de saber que existeix obligació de retribuir l'àrbitre pels serveis prestats, llevat que aquest renunciï a cobrar-los.

*El principi de postulació processal*, ja que no s'ordena res sobre això en la LA.

## 6. CONCLUSIONS

1. Els principis a què han de sotmetre's les actuacions arbitrals i el laude que dicti l'àrbitre són aquells exigits com a llei fonamental per la llei d'arbitratge, avui dia Llei 60/2003, de 23 de desembre, sense que sigui aplicable ni directament ni de forma supletòria la LEC 1/2000.

2. L'incompliment dels principis exigibles en el procediment arbitral si produeixen indefensió està sancionat amb la nul·litat del laude segons l'article 41 de la LA.

3. No són d'aplicació directa les garanties que empara l'article 24 del CE en el procediment arbitral.

4. Pot ser aplicable (en la mesura que l'analogia no pugui ser exclosa) pel que fa als principis aplicables en les actuacions arbitrals que la LA estima imperatius, la doctrina constitucional i la doctrina legal, desenvolupada amb relació als mateixos principis exigibles en els procediments judicials.



## SOBRE LA «NOCIÓ» D'ACADÈMIA

per

JOSEP-D. GUÀRDIA I CANELA

*Acadèmic de número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.*

*Vicepresident 1r de la Comissió Executiva de la*

*«Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas Iberoamericanas»*

19 de febrer de 2019

### I. ESCAIENÇA, PROPÒSIT I DELIMITACIÓ D'AQUESTA COMUNICACIÓ

En ocasió de la presentació davant d'aquesta Acadèmia de la comunicació<sup>1</sup> informant sobre el X Congrés de la «Conferencia permanente de las Academias Jurídicas Iberoamericanas», celebrat a Madrid els passats dies 22 al 24 de novembre de 2018, vaig donar compte del debat que s'havia originat en el si del Consell de Presidents i Delegats entorn als requisits mínims que havien de presentar les Acadèmies que es volguessin incorporar a la Conferència<sup>2</sup>. I vaig informar també que havia rebut l'encàrrec de formular un document de treball sobre aquest tema. Amb posterioritat<sup>3</sup> va semblar d'interès que procedís a presentar aquí el document de treball esmentat, per tal que pogés ser debatut per tots els membres de la nostra Corporació. Darrerament s'ha presentat la necessitat d'efectuar un pronunciament sobre una Acadèmia concreta i aquest comunicant va ser designat ponent de la proposta de resolució corresponent que, per tractar la mateixa qüestió de l'anàlisi d'un cas concret, s'adjunta com Annex.

M'interessa remarcar que el propòsit que anima aquesta comunicació no és el d'efectuar un treball ample i profund sobre el «concepte» i la «naturalesa

---

<sup>1</sup> Es tracta de la comunicació presentada a la sessió ordinària de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya de 18 de desembre de 2018 amb el títol: «X CONGRÉS D'ACADEMIES JURÍDIQUES IBEROAMERICANES (Madrid, 22-24 de novembre de 2018). Crònica del Congrés i presentació dels treballs».

<sup>2</sup> La qüestió se suscità amb motiu de la sol·licitud d'incorporació a la Conferència permanent d'Acadèmies jurídiques iberoamericanes, de l'Acadèmia del Col·legi d'Advocats de Pichincha, província a la qual pertany la capital de la nació, Quito. En relació amb aquesta petició algunes Acadèmies manifestaren alguns dubtes pel fet de tractar-se d'una Acadèmia estretament vinculada i dependent del Col·legi d'Advocats.

<sup>3</sup> Sessió ordinària de 5 de gener de 2019.

jurídica» de les Acadèmies<sup>4</sup>, sinó molt més modestament, ajudar a configurar els elements distintius i d'intensitat variable, d'allò que possibilita que a una determinada i concreta entitat la puguem considerar subsumida en la «noció» d'Acadèmia<sup>5</sup>.

L'índole d'aquesta comunicació fa que prescindeixi de l'exposició de la normativa —pràcticament inexistent— sobre les Acadèmies, de la seva evolució històrica, de la seva natura, de la seva major o menor vinculació amb altres entitats i —en la necessitat de referir-me a països molt diversos, encara que tots ells de l'àrea geogràfica iberoamericana— de les diferències que poden donar-se en funció de la legislació territorial que les hi sigui d'aplicació<sup>6</sup>.

De tota manera cal assenyalar que, des dels inicis de la Conferència d'Acadèmies jurídiques iberoamericanes, la preocupació per l'essència de les Acadèmies ha estat constant. En un primer moment, els Congressos proposaven el tractament de, al menys, tres temes: un de dret privat, un de dret públic i un altre relatiu a les Acadèmies<sup>7</sup>. Tot i que darrerament aquest plantejament s'ha modificat, hi ha, però, materials importants a ser tinguts en compte, encara que no es pot dir que s'hagi arribat a conclusions definitives.

En aquesta línia cal remarcar una excepció. Al II Congreso de las Academias Jurídicas Iberoamericanas —Madrid 1994— el Fòrum primer va elaborar unes Conclusions, de les quals, com a coordinador vaig ser el redactor que deien textualment:

---

<sup>4</sup> En els darrers anys la doctrina administrativa espanyola s'ha ocupat bastant del tema de les Acadèmies. Sense ànim d'exhaustivitat, esmentaré: Leopoldo TOLIVAR ALAS «Sobre la *naturaleza y régimen jurídico de las academias*», *Homenaje al Profesor Dr. D. Ramón Martín Mateo*, Valencia, 2000; Antonio PAU PEDRÓN «*Las Reales Academias en el sistema jurídico español*» *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid, 2009; Noelia DE MIGUEL SÁNCHEZ «*Las academias y su configuración jurídica*», Barcelona, 1999, i «*Reflexiones en torno a la Ley 5/1997, de 18 de diciembre, de academias en el ámbito del Principado de Asturias*», RAP 1999; José CABRERA RODRÍGUEZ «*El derecho fundamental a la libertad de investigación científica [Art. 20.1.b) CE] como principio organizativo. El caso de las Reales academias*», RAP 2014. Encara més properament, José-Luis MARTINEZ LÓPEZ-MUÑOZ «*Estatuto jurídico de las Academias científicas territoriales*». *Revista Jurídica de Castilla y León*, 2018.

<sup>5</sup> Utilitzo, doncs la paraula «noció» en forma analògica a la seva accepció de «coneixement elemental». Així doncs el meu propòsit és establir els trets elementals de les Acadèmies.

<sup>6</sup> He procurat conèixer totes les informacions a les quals he pogut arribar, especialment les publicades a Internet. No obstant, hi ha moltes Acadèmies de les quals no tinc cap informació, llevat de la que hagi pogut obtenir de forma oral en les successives reunions. La mostra, tot i amb tot, em sembla suficient.

<sup>7</sup> Especialment importants foren els treballs presentats al II Congrés d'Acadèmies Jurídiques Iberoamericanes, Madrid 1996, el Fòrum primer del qual, vaig tenir l'honor de coordinar, i que es va dedicar al tema. «Naturaleza jurídica de las Academias». Foren aquests: José-Luis LOPEZ MOSTEIRO, «*Naturaleza jurídica de las Academia*»; José-Luis MEILAN GIL «*Naturaleza y régimen jurídico de las Reales Academias*»; José-Luis MERINO HERNANDEZ «*Notas a la ponencia sobre naturaleza jurídica de las Academias*»; José Domingo RAY «*Misión de las Academias*»; i Hildegard RONDO DE SANSO. «*Consideraciones sobre la naturaleza jurídica y el alcance de las Academias*». Totes elles figuren a Llibre del Congrés, editat per la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación i la Fundación Ramón Areces. Madrid 1998.



«Las Academias Jurídicas Iberoamericanas, reunidas en Congreso, en Madrid:  
Primero. Felicitan a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación por haber dedicado uno de los foros del Congreso, al estudio de la naturaleza jurídica y misión de las Academias.

Segundo. Se sienten continuadores de la tradición académica clásica que va desarrollándose a lo largo de la historia.

Tercero. Se reconoce manifestación de una realidad cultural que se concreta en el espacio y el tiempo, en función de distintos condicionamientos.

Cuarto. Constatan que son elementos que definen su personalidad:

A) Realidad de una Asociación o persona moral de base asociativa, constituida por un “*numerus clausus*” de juristas.

B) Finalidad de contribuir al progreso de la ciencia jurídica por medio del estudio, la investigación, la enseñanza y la difusión de la cultura jurídica. Ejerce asimismo la función de consulta mediante informes a los poderes públicos emitidos espontáneamente o a solicitud de aquellos.

C) Reconocimiento o aprobación en variadas formas por el Estado que declara su interés público y en su caso les atribuye carácter de ente público no estatal.

Quinto. Proclaman su autonomía manifestada en sus estatutos, libremente elaborados, que el poder público puede aprobar o rechazar, sin que en ningún caso pueda intervenir en su contenido.

Afirman también su autonomía de funcionamiento y económica, sin perjuicio de rendir las cuentas que correspondan.

Sexto. Entienden contrario a su instituto toda intervención administrativa, sin perjuicio el control jurisdiccional, como exigencia del principio de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimamente reconocidos por las leyes.

Séptimo. Expresan su decidida voluntad de intercambiar entre todas ellas, información sobre sus Estatutos, su carácter, las singularidades de su respectiva naturaleza jurídica, sus actividades y sus publicaciones».

Probablement per l'excés d'ambició dels objectius, no es va aprofundir en aquest tema que restà obert. Ara —com deia— la qüestió es posa en uns termes molt senzills i funcionals. Es busca resposta a la pregunta de quins són els elements mínims que ha de presentar una Acadèmia per a la seva incorporació a la Conferència d'Acadèmies Jurídiques Iberoamericanes.

## II. EL «DECÀLEG» DELS ELEMENTS CONSTITUTIUS D'UNA NOCIÓ GENERAL D'ACADÈMIA

En una primera versió, aquests elements podrien ser:

1. Les Acadèmies són *agrupacions* de persones físiques.

2. Integrades majoritàriament o fonamentalment per *doctors o llicenciats en dret* o persones amb un grau universitari similar en matèria jurídica.

3. Que s'hagin distingit, amb *prestigi reconegut* en la seva comunitat jurídica, en l'estudi, el conreu o la pràctica del dret: professors universitaris del grau més elevat, advocats, magistrats i jutges, fiscals, notaris, registradors de la Propietat i professionals afins.

4. Amb un *número tancat* i limitat de membres, que s'anomenen i renoven per cooptació.

5. Amb projecció en un àmbit territorial determinat que constarà en les seves normes organitzatives.

6. Constituïdes de manera *independent o autònoma*, encara que mantinguin alguna estreta vinculació amb alguna altra organització universitària o jurídica similar, especialment si aquesta darrera ha estat la seva fundadora. *S'assimilen a elles aquelles Acadèmies que fins i tot integrades en un ens superior, no obstant tinguin Reglaments propis i independents d'aquest col·lectiu, que les capaciti per a elegir els seus propis òrgans de funcionament.* A ser possible, dotades de personalitat jurídica pròpia.

7. Reunides per a uns *fins precisos i determinats*: l'estudi i la investigació del dret i de les ciències que li són auxiliars o afines; el foment i la difusió de la cultura jurídica i la col·laboració amb el poder legislatiu per a la reforma i progrés de les lleis, el poder executiu i el poder judicial d'un determinat Estat, que ha de ser necessàriament de dret.

8. Han *d'haver estat reconegudes (expressament o tàcitament) com a tals pel respectiu Estat o circumscripció territorial on s'enquadren* (abans: «de formar part, d'alguna manera, de l'Administració institucional o corporativa. I, en aquest sentit, han de ser reconegudes com a tals pel respectiu Estat»<sup>8</sup>).

9. La seva *estructura i règim de govern* han de ser autènticament democràtics.

10. Han de regir-se per uns *Estatuts* o per la legislació general que les hi sigui aplicable.

### III. ALGUNS COMENTARIS A CADASCUN D'AQUESTS ELEMENTS

#### 1. *Condició personal dels membres*

Entenem que el substrat de les Acadèmies és necessàriament la persona física. Les Acadèmies són agrupacions de persones físiques. Tenen base associativa. Responen a les característiques de les «*universitates personarum*». I aquest fet és

---

<sup>8</sup> El text en lletra itàlica dels punts 6 i 8 foren modificats amb posterioritat a la primera redacció, per tal de fer-los més flexibles.

rellevant per tal d'evitar l'eventual constitució d'Acadèmies formades per altres Acadèmies. Fa relativament poc temps vàrem tenir una experiència negativa al respecte<sup>9</sup>. No neguem la possibilitat i fins i tot la conveniència de que les Acadèmies es relacionin i vinculin. No, però, creant un altre ens amb el nom d'Acadèmia. Hi ha alguns precedents de constitució d'un ens o òrgan, agrupant amb major o menor intensitat totes o algunes de les Acadèmies d'un territori. En ocasions el nom atribuït ha estat el d'Institut o de Consell<sup>10</sup>, però mai el d'Acadèmia.

## 2. *Grau universitari dels membres*

Les persones que integren l'Acadèmia han de ser doctors o llicenciats o disposar d'un grau similar. Tractant-se d'Acadèmies jurídiques, la titulació òbviament ha de ser en dret. El títol pot haver estat obtingut en qualsevol Universitat reconeguda com a tal, sigui estatal o privada, pertanyent al mateix àmbit territorial que l'Acadèmia o a un altre diferent. El fet que les Acadèmies siguin jurídiques<sup>11</sup> no obsta a que entre els seus membres hi hagi titulats d'altres disciplines universitàries vinculades al dret, com poden ser les ciències polítiques, morals, socials, econòmiques, etc.

## 3. *Prestigi reconegut*

Els membres de les Acadèmies Jurídiques han de ser persones que s'hagin distingit en l'estudi, el conreu o la pràctica del dret. I han de gaudir d'un reconegut prestigi. Totes les professions jurídiques poden —i fins i tot convé— que hi estiguin representades. En el cas de membres que no ostentin la condició de juristes, el prestigi s'haurà de predicar de la professió que exerceixin. Ni resulta exigible ni s'impedeix que algunes persones físiques puguin ser Acadèmics per raó del càrrec<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> Es va voler crear per llei una anomenada Acadèmia de Catalunya, com «estructura d'Estat». La idea, configurada des de la bona fe més gran, no va passar d'una fase preparatòria i va ser rebutjada per la pràctica totalitat de les Acadèmies amb seu a Catalunya.

<sup>10</sup> És el cas de l'«Instituto de España» o de l'«Instituto de Reales Academias de Andalucía» o, si es vol, del «Consell Interacadèmic de Catalunya».

<sup>11</sup> No totes les Acadèmies de la «Conferencia» són estrictament jurídiques i algunes tenen una denominació més àmplia. Les espanyoles, en general, es denominen Academias de Jurisprudencia y Legislación; totes menys la d'Astúries que es limita a «Jurisprudencia». Algunes encapçalen el seu nom amb la qualificació de «Real». Entre les americanes, però, tenim: les argentines —Córdoba i Buenos Aires— que es titulen «de Derecho y Ciencias Sociales»; les de Mèxic, Nicaragua i Puerto Rico utilitzen el mateix nom que les espanyoles —Jurisprudencia y Legislación—; la de Colòmbia, el redueix a només «Jurisprudencia»; la de Xile es diu «de Ciencias Sociales, Políticas y Morales»; les de Veneçuela i Paraguai «de Ciencias Políticas y Sociales»; la de Bolívia, «de Ciencias Jurídicas»; les de Costa Rica, Honduras i Perú, «de Derecho»; l'única, de moment, d'Equador. «del Colegio de Abogados de Pichincha» i la de Brasil, «das Letras Jurídicas».

<sup>12</sup> Recordem que en el nostre cas aquesta fou una qüestió històricament molt debatuda, en relació amb el Degà de l'ICAB. Finalment s'adoptà la solució que figura a l'article 18 dels Estatuts —dret d'assistència i veu a les reunions, però no condició de membre—. A València el Degà és automàticament membre de número i President de l'Acadèmia.

#### 4. *Exigència de numerus clausus*

Probablement és l'element que d'una manera més clara diferencia les Acadèmies de les Associacions en general<sup>13</sup>. I, d'altra banda, diferencia les Acadèmies del nostre entorn i les de l'àmbit anglosaxó. El nombre de membres pot ser —i de fet és— molt variable. Normalment ve determinat per la norma de constitució o pels Estatuts. Evidentment, el nombre de membres és canviant en el temps per tal d'adequar-se als serveis que presta l'Acadèmia i als seus destinataris. Encara que en el moment de la constitució els membres poden ser designats per l'ens o òrgan constituent, posteriorment el sistema d'elecció hauria de ser, per regla general, la cooptació.

#### 5. *Àmbit territorial determinat*

Cal que la normativa que regeix cada Acadèmia fixi el seu àmbit territorial de competència<sup>14</sup>. No és exigible que només hi pugui haver una Acadèmia en cada Estat. I tampoc és exigible que els membres siguin originaris o resideixin en el territori de l'Acadèmia<sup>15</sup>.

#### 6. *Independència i autonomia. Personalitat jurídica*

Es podria pensar que la personalitat és una exigència «*sine quan non*» per a que es pugui considerar que estem en presència d'una Acadèmia. A més seria un element molt fàcil de constatar, ja que habitualment la personalitat jurídica s'acredita mitjançant algun tipus de registre. No podem oblidar, però, que algunes Acadèmies, com històricament la nostra, en principi eren Associacions<sup>16</sup>. Encara n'hi ha algunes, a casa nostra, que essent associacions, utilitzen el nom d'Acadèmia<sup>17</sup>.

---

<sup>13</sup> La nostra Acadèmia pot constituir una manifestació preclara de la transició d'un *numerus apertus* a un *numerus clausus* de membres. El 1840 el nombre d'associats era il·limitat. Durant l'època de la II República i sota la Presidència d'Amadeu Hurtado (1934-1937) es procedí a designar uns Acadèmics de mèrit que probablement haurien integrat el *numerus clausus* de membres de l'Acadèmia, al qual sembla que es volia anar. Per aquest motiu, quan en 1954, l'Acadèmia es reconstituí sota el principi de *numerus clausus* de membres, es cridà a formar-ne part a tots els Acadèmics de mèrit de l'etapa precedent.

<sup>14</sup> També en aquesta matèria hi ha notable diversitat. Algunes Acadèmies són d'àmbit estatal; altres, no. A Argentina hi ha dues «Academias Nacionales» —Buenos Aires y Córdoba—; a Equador està vinculada al Col·legi d'Advocats d'una determinada província —Pichincha—. A Espanya, generalment coincideixen amb les Comunitats Autònomes Astúries, Aragó, Catalunya, Extremadura, Galícia, Illes Balears i Múrcia; en algunes Comunitats —Andalusia— n'hi ha dos —Sevilla i Granada (que expressament fixa com a territori el de l'antiga Audiència Territorial integrada per les províncies de Jaén, Màlaga, Almeria i Granada)— una altra és d'àmbit estrictament provincial —Valladolid—. El País Basc no té formalment Acadèmia jurídica.

<sup>15</sup> Algunes Acadèmies ni es plantegen la qüestió en els seus Estatuts. Altres adopten diferents fórmules sobre la base de la nacionalitat dels membres o de la seva residència.

<sup>16</sup> La majoria de les Acadèmies de Jurisprudència i Legislació d'Espanya varen néixer a redós dels principals Col·legis d'Advocats. Amb el pas del temps, algunes adquiriren personalitat jurídica pròpia, mentre que resulta dubtós en altres casos —València—.

<sup>17</sup> És el cas, per exemple de la prestigiosa *Acadèmia de Ciències Mèdiques i de la Salut de Catalunya i Balears* fundada el 5 d'abril de 1878 que compta amb un número elevadíssim d'associats.

I en l'àmbit iberoamericà n'hi ha més d'una que no tenen, en aquest moment, personalitat jurídica<sup>18</sup>. Per totes aquestes raons l'exigència de personalitat jurídica s'ha suavitzat col·locant el focus sobre la seva independència o autonomia, insistint en el fet que han de ser de la major amplitud possible. En tot cas, però, sembla també exigible una voluntat de duració indefinida, és a dir una continuïtat en el temps, que hauria de consignar-se expressament als Estatuts, amb la previsió de les eventuais conseqüències de la seva dissolució.

### 7. *Finalitats*

Amb diferents formulacions, les línies generals de les finalitats són gairebé sempre les mateixes i sobre elles no hi sol haver debat. Es podrien agrupar en: a) l'estudi i la investigació del dret i ciències afines; b) la docència; c) el foment i la difusió de la cultura jurídica, i d) el desplegament d'alguna funció pública. Els Estatuts solen enumerar també les activitats de les Acadèmies i aquestes concreten i desenvolupen llurs finalitats. Cal remarcar que el desplegament de funcions públiques sol esmentar-se especialment quan l'Acadèmia té o espera tenir la condició d'Administració pública corporativa o institucional.

### 8. *Reconeixement*

En un primer moment es pensava que per a ser Acadèmia, en la plenitud del terme, calia ostentar la condició de Corporació de Dret Públic o, al menys, formar part d'alguna manera de l'Administració institucional o corporativa. Aquesta condició, no obstant, és més pròpia de les Acadèmies erigides d'acord amb l'ordenament jurídic espanyol. Per aquest motiu, finalment es suavitzà el text i ara es parla només d'un cert «reconeixement» per part de l'Administració competent, que podrà ser tàcit quan, per exemple, es vingui a admetre algun dels efectes que s'han derivat del fet de la pertinença de les Acadèmies a l'Administració corporativa. Així, per exemple, la competència dels tribunals de la jurisdicció administrativa per resoldre algunes qüestions (com les controvèrsies en matèria d'eleccions), o l'atribució d'un caràcter oficial específic (com per exemple donar informes o dictàmens de caràcter oficial) o siguin objecte d'inscripció en un registre *ad hoc* o tinguin un règim específic de finançament *et cetera*.

### 9. *Estructura i govern democràtics*

Aquest és un requisit que sol ser present en totes les Acadèmies i que també respon a les exigències de les persones jurídiques de base associativa. Constitueix, però, una garantia cara al futur. I la possibilitat d'excloure del món de les Acadè-

---

<sup>18</sup> La de Perú sembla que no ostenta personalitat jurídica; la de la província de Pichincha és una secció del Col·legi d'Advocats.

mies a aquelles que no s'ajustin a aquest principi, justifica que sigui establert com a criteri essencial d'allò que entenem per Acadèmia.

#### 10. *Estatuts i règim jurídic*

Les Acadèmies han de tenir una norma pròpia i privativa, normalment denominada «Estatuts». No desmereix la seva autonomia que hagin de ser aprovats pels poders públics, en la forma prevista en cada ordenament jurídic. Al contrari, aquest reconeixement pot resultar fonamental per la consideració com Acadèmia. A vegades, especialment quan l'autonomia és menor, se la denomina «Reglament». En aquesta normativa ha de quedar establert el règim jurídic de l'entitat, especialment si no hi ha una norma legal o reglamentària que l'estableixi. Els capítols dels diferents Estatuts de les actuals Acadèmies ens proporcionen una bona relació enunciativa de les matèries que han de contenir els estatuts: disposicions generals (personalitat, naturalesa, fins, mitjans i domicili), organització i composició, condició de membres, procediment d'accés a la condició de membres, règim, jurídic, sessions, publicacions i concursos, règim econòmic, reformes estatutàries i extinció de l'Acadèmia.

### IV. CONCLUSIÓ

Com deia al principi, no he volgut definir estrictament les Acadèmies ni fixar la seva naturalesa jurídica ni donar criteris rígids de qualificació. El propòsit és més modest i pràctic: establir uns criteris que, aplicats amb la deguda flexibilitat, serveixin d'instruments per discernir quan ens trobem davant la presència d'una Acadèmia susceptible d'incorporar-se a la «Conferència permanente de Academias Jurídicas Iberoamericanas». En qualsevol cas, si d'aquesta manera podem contribuir entre tots a perfilar la «noció d'Acadèmia» ens podrem sentir doblement satisfets.

### PROPUESTA DE RESOLUCIÓN

Sobre la sol·licitud de la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha (Ecuador) para incorporarse a la Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas Iberoamericanas.

#### *Antecedentes*

1. Después de una serie de gestiones efectuadas por representantes de la Conferencia Permanente se contactó con la Academia del CAP.

2. La Acadèmia del CAP, con ocasión de los preparativos del X Congreso de Academias Jurídicas Iberoamericanas celebrado en Madrid los días 22 al 25 de noviembre de 2018, solicitó su incorporación a la Conferencia permanente.

3. En la reunión del Consejo de Delegados celebrada en Madrid el día 23 de noviembre, el Presidente de la Conferencia permanente sometió a la consideración de los Delegados la propuesta de integración provisional en la Conferencia de la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha (Ecuador), sin perjuicio de que en un determinado plazo presenten las solicitudes y documentación precisas. Por unanimidad se aprobó esta propuesta presidencial.

4. No obstante esta aprobación unánime, hubo intervenciones que cuestionaron la integración definitiva por entender que la expresada Academia no reunía la totalidad de los requisitos exigidos para considerar que una determinada Academia pueda integrarse en la Conferencia permanente.

5. La Academia del CAP ha formulado su petición de incorporación y acompañado la documentación correspondiente.

6. Se halla en fase de estudio por parte de la Conferencia un documento en el que se fijarán los elementos que deben concurrir en una Academia concreta, para poder adherirse a esta organización.

### *Consideraciones*

*Primera.*- La Academia del Colegio de Abogados de Pichincha (CAP), según resulta de su Reglamento, fue creada a finales del siglo XIX, aun antes de la conformación del Colegio de Abogados del mismo territorio y fue en su tiempo una entidad de consulta de las funciones del Estado. En la actualidad es un organismo interno de carácter científico-jurídico, encargado del estudio del Derecho y de la Jurisprudencia.

La Academia del CAP ha presentado copia certificada de su Reglamento interno aprobado en sesión del Directorio del Colegio de 19 de abril de 2016. En este Reglamento se establece sus «Características» (art. 1º), sus «Finalidades» (art. 2º); «las categorías de miembros» (art. 3º); los «requisitos para ser miembro de número» (art. 4º); «la cooptación de miembros de número» (art. 5º); los «organismos de la Academia» (art. 6º); los «miembros del Directorio» (art. 7º) y una «Disposición general» (art. 8º) que remite a la Asamblea general para cualquier actuación o decisión no contemplada en el Reglamento.

*Segunda.*- A la vista del expresado Reglamento certificado, no cabe duda de que nos hallamos en presencia de una agrupación de personas físicas en quienes deben concurrir unos requisitos de reconocido prestigio o notable relevancia en el ámbito de su territorio. Hay un *numerus clausus* de 24 miembros elegidos por el Directorio del Colegio pero que utilizan el sistema de cooptación en caso de separación, renuncia o fallecimiento durante su mandato, que es en principio vitalicio. La Academia tiene unas finalidades que vienen a coincidir con las que son habituales en estas entidades. En su historia ha funcionado como entidad de consulta estatal y en la actualidad ofrece servicios de indudable interés público, entre



los que se destaca su colaboración en la mejora de la legislación formal y material. Su estructura y régimen de gobierno se corresponden con el sistema democrático. Y se rige por el Reglamento del que se ha dado repetida cuenta.

Hay que tener presente, por otro lado, que esta Academia «es un organismo interno» del Colegio de Abogados (art. 1º del Reglamento) que los primeros miembros de número son nombrados por el Directorio del Colegio de Abogados (art. 3 a) y que fue este órgano de gobierno quien aprobó su Reglamento. La Academia no ostenta personalidad jurídica propia sino que actúa mediante la del Colegio de Abogados.

*Tercera.*- Así las cosas, resulta evidente que la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha reúne numerosas características de las que habitualmente concurren en el concepto de Academia que utiliza esta Conferencia permanente. Y, al propio tiempo no ostenta algunas otras sobre cuya naturaleza, entidad y valor procede ahora pronunciarse. Previamente, sin embargo, hay que dejar expresamente consignado que la Conferencia permanente de Academias jurídicas iberoamericanas constituye un organismo que, desde su creación en Granada en 1994, se ha venido inspirando en principios de libertad, flexibilidad y subsidiariedad. Y estos mismos principios deben ser aplicados a la decisión que se tome sobre la incorporación de las nuevas Academias que espontáneamente lo soliciten.

La Academia del CAP ciertamente no ostenta personalidad jurídica propia e independiente. Esta, sin embargo, no ha sido una «*conditio sine qua non*» para acceder a la Conferencia permanente, como lo acredita el hecho de que otras Academias tampoco la ostentan.

De lo que se trata es de averiguar si en su estructura y funcionamiento goza de la «independencia necesaria» para integrarse en la organización de las Academias jurídicas iberoamericanas. Para abordar la cuestión hay que tener presente que la mayoría de las Academias jurídicas nacen, bien de las Universidades, bien de los Colegios de Abogados. Se ha dicho que son hijas de estas Instituciones, que nacen ya con propósito de emancipación y, en su caso, de alcanzar la plena capacidad jurídica y de obrar.

*Cuarta.*- Del análisis de los preceptos del Reglamento, efectuado conforme a los principios antes expuestos, se llega a la conclusión de que, al menos según el tenor literal de los mismos, concurren en la Academia del CAP, elementos suficientes para considerar que, aun sin tener personalidad jurídica propia, goza de un canon de independencia suficiente, respecto del Colegio de Abogados, al que históricamente precedió y que modernamente la ha conformado.

En efecto, la Academia puede tomar iniciativas para el cumplimiento de sus finalidades (art. 2); designa por cooptación a los miembros de número (art. 4); nombra a los miembros correspondientes y honorarios (art. 3 b y c); dispone



de una Asamblea general con amplias atribuciones (art. 6) que es expresión de la voluntad colectiva de la institución; y se reconoce al Presidente de la Academia la titularidad sobre ella (art. 7 i.) aunque la representación legal la ostenta el Presidente del Colegio.

Ello no obstante, es cierto que existen algunos puntos de la estructura y funcionamiento de la Academia que podrían ser mejorados. Así: i) alguna expresión del Reglamento —singularmente la de organismo «interno»— pueda considerarse más o menos afortunada; ii) convendría resolver la aparente contradicción del número de miembros de número —24 y 21— de los arts. 3 a) y 6 a; iii) probablemente resultaría oportuno que se manifestase expresamente su propósito de alcanzar plena independencia, sin perjuicio de una estrecha vinculación con el Colegio; y iv) resultaría apropiado que se incorporase al Reglamento o Estatutos futuros, elementos distintivos de las Academias tradicionales, como la obligatoriedad y los plazos del discurso de ingreso y la posibilidad de una mayor apertura a juristas no necesariamente pertenecientes al Colegio.

Y por todo ello, la Comisión Ejecutiva de la Conferencia Permanente de Academias Jurídicas Iberoamericanas, por escritos que se han archivado oportunamente y sin necesidad de sesión, ha tomado esta

#### DECISIÓN

Aprobar con carácter definitivo, pero sujeto a la ratificación por el Consejo de Delegados de esta Conferencia permanente, la incorporación de la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha.

Acuerdo adoptado por aprobación sin reunión, al haberse recibido las correspondientes respuestas por escrito, en Madrid, febrero de dos mil diecinueve.



# REDUIR UNA ESGLÉSIA A UN ÚS PROFÀ NO INDECORÓS

per

LLUÍS MARTÍNEZ SISTACH

*Acadèmic de número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.*

*Arquebisbe emèrit de Barcelona.*

*Jutge del Tribunal Suprem de la Signatura Apostòlica*

26 de març de 2019

## UNA REALITAT ACTUAL QUE CREIX

A finals de novembre de 2018, s'ha celebrat a Roma un Congrés Internacional organitzat per la Comissió Pontifícia per a la Cultura, la Conferència Episcopal Italiana i la Pontifícia Universitat Gregoriana, sobre la realitat creixent de temples que es queden sense culte, especialment a Europa occidental, Estats Units i Canadà. El Papa Francesc, en el seu Missatge al Congrés indica que «el congrés se celebra oportunament en aquests dies». Es tracta, certament, d'un encontre molt oportú i molt actual.

El Cardenal Christoph Schönborn, arquebisbe de Viena, es preguntava fa uns anys què fer davant d'aquesta realitat actual. Pensem en Alemanya que de l'any 2000 al 2017, han estat 500 les esglésies catòliques tancades. Un altre país és Holanda on els catòlics consideren que en els propers deu anys les dues terceres parts de les 1600 esglésies es tancaran.

El Papa Francesc, en el seu Missatge, sintetitza les causes actuals d'aquesta realitat i l'actitud que hem de tenir els cristians, tot dient: «La constatació que moltes esglésies, necessàries fins fa uns anys, ara ja no ho són degut a la manca de fidels i de clergat, o a una distribució diferent de la població en les ciutats i en les àrees rurals, ha de ser considerada per l'Església no com una ansietat, sinó com un signe dels temps que ens invita a la reflexió i ens obliga a adaptar-nos» (Missatge del Papa Francesc, de 29 de novembre de 2018). I el Papa afegeix que es tracta de béns eclesiàstics que «no tenen valor absolut» i quan és necessari han de posar-se al servei «del major bé del ser humà i especialment dels pobres».

El can. 1214 es refereix a què és una església. La norma estableix que «amb el nom d'església hom entén un edifici sagrat destinat al culte diví, al qual els fidels tenen dret d'acudir per exercir-hi el culte diví, principalment públic».

L'antic dret canònic establí el rígid principi segons el qual, una vegada l'església havia estat dedicada al culte, ja no podia ser destinada mai més a usos profans (cf. IV, *Regula Iuris*, 51).

El Codi de Dret Canònic de 1917 va introduir una mitigació a aquell principi del dret antic, atorgant al Bisbe diocesà la facultat de destinar una església a un ús profà no indecorós, a condició que aquesta església ja no fos apte per al culte diví i la seva reparació no fos possible per manca de recursos econòmics (cf. can. 1187).

El Codi de 1983 promulgat pel Papa Sant Joan Pau II, en el can. 1222 §1 reproduïx la disciplina del Codi Pío Benedictí de 1917. Tanmateix el §2 d'aquest can. 1222 estableix el següent: «Quan altres causes greus aconsellin que una església no sigui destinada mai més al culte diví, el Bisbe diocesà, després d'escoltar el consell presbiteral, pot reduir-la a un ús profà no reprovable, amb el consentiment d'aquells que legítimament hi mantinguin drets i mentre això no porti cap perjudici per al bé de les ànimes». Per tant, s'han ampliat les causes greus o motius pels quals es pot reduir una església a un ús profà.

Es tracta sempre d'una causa greu, no essent suficient una causa justa ni tampoc s'exigeix que sigui gravíssima. És més, podria semblar que la gravetat d'aquestes «altres causes greus» ha de ser la mateixa que la pròpia del §1 del can. 1222. Daneels opina que aquesta interpretació és exagerada per les següents raons: 1) En el §2 del can. 1222 es tracta de «causes greus» i no de «causes gravíssimes», mentre que en §1 es tipifica una causa gravíssima; 2) El §2 parla només d'«altres causes greus» i no d'altres «mateixes causes greus»; 3) En el §2 es tracta només de causes greus que «aconsellen» («suadeant») que una església no es dediqui mai més al culte diví, i no de causes que ho «exigixen»; 4) en el §2 venen assenyalats diversos requisits, especialment la consulta prèvia al Consell Presbiteral que no es mencionen en el §1 del can. 1222 (cf. F. Daneels, *soppressione, unione di parrocchie e riduzione ad usop profano*, a *Ius Ecclesiae* 10 (1998) 126).

Però, ¿quines són aquestes «altres causes greus» del can. 1222 §2? El legislador no les ha explicat, la doctrina encara no ha donat masses elements i la jurisprudència del Tribunal Suprem de la Signatura Apostòlica es va fent sobre aquesta norma canònica. Interpretar o discernir quines són aquestes causes és molt important perquè la seva existència o no en un cas concret, fa que la decisió del Bisbe diocesà de reduir una església a ús profà sigui legítima o no.

S'observa que la doctrina i la jurisprudència en tractar d'aquestes causes greus gairebé no surten del context del can. 1222 §1, que contempla la necessitat de reformar materialment una església i la manca de mitjans econòmics per realitzar-ho. Recentment, en una causa al Tribunal Suprem de la Signatura Apostòlica de la qual he estat ponent, s'ha plantejat si el bé pastoral o el bé de les ànimes és una de les altres causes greus que permeten al Bisbe diocesà reduir una església a un ús profà no indecorós, per tal d'aplicar un pla pastoral en una parròquia que té tres esglésies i calia remodelar-ho. La sentència del Col·legi de Judges es pronuncià positivament.

A la reforma del Codi de Dret Canònic de 1917, en el primer *Schema* de la reforma es va proposar una norma molt àmplia: «Si l'Ordinari del lloc considera que contribueix molt al bé de les ànimes que una església no es dediqui més al culte públic, la pot reduir a l'ús profà, amb el conteniment d'aquells que legítimament reivindiquin uns drets». El segon *Schema* de reforma del Codi, aquest text de projecte de norma es va canviar per identificar-la amb el text del can. 1222 §2 promulgat l'any 1983.

Certament, el can. 1222 §2 promulgat no emprà els termes «bé de les ànimes» com figuraven en el text del primer *Schema* de reforma, però els termes emprats en el can. 1222 §2 promulgat «altres causes greus» no exclou que entre les «altres causes greus» hi hagi el «bé de les ànimes» o el bé pastoral.

Considero que entre aquestes «altres causes greus» del can. 1222 §2 avui trobem la realitat de moltes diòcesis del món en què els seus bisbes amb els organismes diocesans programen plans pastorals per respondre millor a les necessitats eclesials i pastorals de la nostra societat secularitzada i canviant i així poder realitzar adequadament la missió evangelitzadora de l'Església.

En aquest sentit, el Papa Sant Pau VI va afirmar que «el deure d'evangelitzar tots els homes constitueix la missió essencial de l'Església... Evangelitzar és, en efecte, la gràcia i la vocació pròpia de l'Església, la seva identitat més profunda. Existeix per evangelitzar». (*Evangelii nuntiandi*, 14). Aquest és el fonament de la norma del can. 1752, última norma del Codi de Dret Canònic: «... tenint en compte la salvació de les ànimes, que ha de ser sempre la llei suprema de l'Església».

Així, el Papa Francesc, en el seu document programàtic *Evangelii gaudium*, de 24 de novembre de 2013, estableix això: «Cada Església particular, porció de l'Església catòlica sota el guiatge del seu bisbe, també és cridada a la conversió missionera... De cara a fer que aquest impuls missioner sigui cada vegada més intens, generós i fecund, exhorto també cada Església particular a entrar en un procés decidit de discerniment, purificació i reforma». (N. 30).

Considero que aquestes paraules del magisteri de l'Església que s'han reproduït ajuden a una major comprensió del contingut de l'expressió «altres causes

greus» del can. 1222 §2, contribueixen a la seva interpretació i faciliten la seva aplicació.

El bisbe diocesà ha d'escoltar al consell presbiteral a tenor del can. 1222 §2 per evitar que prengui arbitràriament la decisió de reduir una església a un ús profà. La norma és sàvia, atesa també la naturalesa i competència del consell presbiteral. Segons el can. 495 §1, el consell presbiteral, que existeix a cadascuna de les diòcesis, és «un grup de sacerdots que com el senat del Bisbe representa el presbiteri, amb la missió d'ajudar el Bisbe en el govern de la diòcesi segons la norma del dret, per tal de promoure al màxim el bé pastoral de la porció del poble de Déu que li ha estat encomanada». Així podem dir que si el consell presbiteral que coneix l'església que es pensa reduir a l'ús profà, que coneix també el pla pastoral concret aprovat pel bisbe diocesà i que cerca el bé pastoral de la diòcesi, si atorga el seu consell favorable —i especialment si és unànime— contribueix encara més a que la motivació del bé pastoral que mou al bisbe diocesà a prendre aquella decisió és una causa greu exigida pel can. 1222 §2.

A més podem afegir que per tal que el bisbe diocesà pugui autoritzar la venda d'un bé eclesiàstic com és una església, necessita consentiment de dos organismes diocesans: el Col·legi de Consultors i el Consell diocesà d'afers econòmics. Respecte del primer, és un organisme constituït només per sacerdots i que ha de valorar la dimensió pastoral de present i de futur del bé eclesiàstic que el vol alienar. Si aquest organisme dóna el seu consentiment —i especialment si aquest és unànime, confirma encara més que el bé pastoral que es pretén és una causa greu exigida pel can. 1222 §2.

## AJUNTAMENT DE BARCELONA: DRETS DE TANTEIG I RETRACTE

per

TOMÁS GIMÉNEZ DUART

*Acadèmic electe de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*  
9 d'abril de 2019

L'article 33 CE diu:

1. *Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.* 2. *La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.* 3. Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes.

L'article 53 CE diu:

Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. *Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades*, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

El Tribunal Constitucional ha dit:

*El artículo 33 de la Constitución prohíbe toda operación de deslegalización de la materia o todo intento de regulación del contenido del derecho de propiedad privada por reglamentos independientes o «extra legem», pero no la remisión del legislador a la colaboración del poder normativo de la Administración para completar la regulación legal y lograr así la plena efectividad de sus mandatos, remisión inexcusable, por lo demás, cuando, como es caso arquetípico de la propiedad inmobiliaria, las características naturales del bien objeto de dominio y su propia localización lo hace susceptible de diferentes utilidades sociales, que pueden y deben traducirse en restricciones y deberes diferenciados para los propietarios y que como regla general solo por vía reglamentaria pueden establecerse (STC 112/2006, de 5 d'abril, amb cita de les SSTC 37/1987, de 26 de març i 170/1989, de 19 d'octubre).*

L'article 158 del T.R. de la Llei d'Urbanisme de Catalunya, de 3 d'agost de 2010, deia:

*Previsió de reserves de terrenys*

1. El planejament urbanístic general pot preveure reserves de terrenys de possible adquisició, referides a qualsevol classe de sòl, per constituir o ampliar els patrimonis públics de sòl i d'habitatge.

2. A les reserves de terrenys de possible adquisició, previstes pel planejament urbanístic general és aplicable, si escau, el que estableix l'article 114.

L'article 158 de la Llei d'Urbanisme de Catalunya diu ara, a partir del Decret Llei 5/2019, de 5 de març, de mesures urgents per millorar l'accés a l'habitatge (DOGC 7-març):

*Dret legal d'adquisició preferent*

«1. L'Administració de la Generalitat té el dret legal d'adquisició preferent sobre les transmissions oneroses que afectin:

a) Els sòls de titularitat privada reservats a l'ús d'habitatge de protecció pública pel planejament urbanístic.

b) Els habitatges arrendats quan, d'acord amb la legislació sobre arrendaments urbans, es transmetin conjuntament amb la resta d'habitatges o locals que formin part del mateix immoble.»

«2. El dret de tanteig a què fa referència l'apartat 1 es pot exercir mitjançant l'Institut Català del Sòl en el supòsit de la lletra *a*, i mitjançant el departament competent en matèria d'habitatge, o les entitats de dret públic amb personalitat jurídica pròpia competents en aquesta mateixa matèria, en el supòsit de la lletra *b*.»

L'article 159 de la Llei d'Urbanisme de Catalunya diu ara, a partir del DECRET LLEI 5/2019, de 5 de març:

*Àrees destinades al patrimoni públic de sòl i d'habitatge*

«1. *Es poden delimitar àrees de sòl per a adquirir béns i drets determinats que hi són compresos amb la finalitat d'integrar-los en el patrimoni públic de sòl i d'habitatge.* Entre altres finalitats del patrimoni, aquestes àrees poden comprendre terrenys destinats a l'ús d'habitatge que tinguin la condició de solar, amb la finalitat de construir-hi habitatges de protecció pública o de destinar els que hi siguin construïts a aquest règim de protecció, encara que el planejament urbanístic no reservi específicament al règim de protecció pública l'ús d'habitatge a què els destina.

«2. *El projecte de delimitació de les àrees a què fa referència l'apartat 1, aprovat separatament o com a part d'un pla urbanístic, ha d'especificar la finalitat concreta que justifiqui l'adquisició del sòl, avaluar-ne la sostenibilitat econòmica i establir:*

«a) El sistema d'adquisició mitjançant l'expropiació forçosa o en exercici del dret real de tanteig que es constitueixi respecte de les transmissions oneroses, incloses les transmissions d'accions o participacions socials



de societats mercantils l'objecte de les quals estigui vinculat directament o indirectament a l'activitat immobiliària.

«b) El termini màxim per a iniciar el procediment d'expropiació, que no pot ser superior a sis anys, o la durada màxima del dret real de tanteig, que no pot ser superior a dotze anys.

«c) La relació de béns i drets afectats per l'expropiació forçosa o, en el cas del dret de tanteig, *la identificació dels terrenys que formen part de l'àrea* amb indicació dels carrers, polígons, sectors o paratges afectats.»

«3. Són administracions competents per a aprovar separatament els projectes de delimitació d'àrees destinades al patrimoni públic de sòl i d'habitatge les que ho siguin per a constituir aquest patrimoni.

«4. *Són tràmits essencials del procediment d'aprovació dels projectes de delimitació* d'àrees destinades al patrimoni públic del sòl i d'habitatge el d'informació pública i, en el cas d'expropiació forçosa, el *d'audiència dels titulars dels béns i drets afectats.*

«5. *La constitució del dret real de tanteig a què fa referència l'article 158 i l'apartat 2 d'aquest article pot ser inscrit en el Registre de la Propietat* d'acord amb la legislació en la matèria i implica el de retracte si les persones propietàries dels béns i drets afectats no respecten les condicions per a l'exercici del dret de tanteig. És aplicable el dret civil de Catalunya als aspectes del dret real de tanteig i del dret de retracte no regulats en aquesta Llei o, pel que fa al supòsit de la lletra b de l'apartat 1 de l'article 158, dels regulats en la legislació sobre arrendaments urbans.

«6. *Poden ser beneficiaris dels drets de tanteig i retracte a què fa referència l'apartat 5, quan es tracta de terrenys destinats a l'ús d'habitatge, l'Institut Català del Sòl, els ajuntaments i els promotors i subjectes que preveu l'article 15.4 de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge.*

L'article 172 del T.R. Llei Urbanisme diu:

*Delimitació d'àrees*

1. *Als efectes de constituir o incrementar el patrimoni municipal de sòl i d'habitatge i de facilitar el compliment dels seus objectius, els ajuntaments poden delimitar àrees* en les quals les transmissions oneroses queden subjectes a l'exercici dels drets de tanteig i retracte, que correspon al mateix ajuntament, a les entitats urbanístiques especials o a l'administració actuant. *Aquestes àrees es poden delimitar en les zones d'influència d'actuacions urbanístiques d'iniciativa pública* als efectes d'evitar l'especulació i afavorir els reallotjaments.

2. *En la delimitació de les àrees a què es refereix l'apartat 1 s'han de concretar els tipus de finques* la transmissió de les quals resta subjecta a l'exercici dels drets de tanteig i retracte, que poden ésser els terrenys sense edificar, tant els que

són solars com els que no ho són, i els terrenys amb edificacions ruïnoses o totalment desocupades. La delimitació d'àrees es pot referir també a sòl classificat com a no urbanitzable, als efectes del que estableix l'article 160.5.d.

3. L'acord de delimitació de les àrees a què es refereix l'apartat 1 pot declarar-ne la subjecció a l'exercici dels drets de les transmissions d'habitatges en construcció o construïts, sempre que les persones transmissores els hagin adquirit de la part promotora. En el cas d'habitatges construïts, cal també que la transmissió es projecti o es perfeccioni abans que no hagi transcorregut un any des de l'acabament de l'edifici.

4. Si l'àmbit delimitat d'una àrea ha estat prèviament integrat, en tot o en part, dins les previsions d'un programa de rehabilitació, el corresponent acord de delimitació pot establir que l'exercici dels drets de tanteig i retracte comprèn fins i tot les finques edificades d'acord amb l'ordenació aplicable, tant si la transmissió es projecta i es verifica en conjunt com si es fa de manera fraccionada, i tant si és en règim de propietat horitzontal com si no ho és.

5. El termini màxim de subjecció de les transmissions a l'exercici dels drets de tanteig i retracte és de sis anys a comptar de la data d'aprovació del projecte de delimitació de l'àrea.

6. Les persones propietàries de béns afectats per les delimitacions d'àrees a què es refereix aquest article han de notificar la decisió d'alienar-los de conformitat amb el procediment que sigui establert per reglament.

7. La manca d'acreditació d'haver-se notificat segons el reglament l'alienació de béns afectats per delimitacions d'àrees impedeix la inscripció en el Registre de la Propietat de la transmissió efectuada.

L'article 173 del T.R. Llei Urbanisme diu:

*Garanties de compliment de les limitacions dels règims de protecció pública d'habitatges*

Amb vista a garantir el compliment efectiu de les limitacions sobre preus màxims de venda dels *habitatges subjectes a qualsevol règim de protecció pública*, mentre sigui vigent la qualificació corresponent, el conseller o consellera de Política Territorial i Obres Públiques i *els ajuntaments poden delimitar àrees* en les quals tant les primeres com les ulteriors transmissions oneroses d'habitatges quedïn subjectes a l'exercici dels drets de tanteig i de retracte, d'acord amb el que estableix l'article 172, a l'exercici del dret de venda a carta de gràcia o a qualsevol altra garantia regulada per la legislació aplicable.

L'article 174 del T.R. Llei Urbanisme diu:

*Procediment de delimitació d'àrees*

1. *La delimitació de les àrees a què fan referència els articles 172 i 173 es pot fer directament en el planejament urbanístic, i també mitjançant el procediment de*

*delimitació de polígons* en desplegament del que determini el planejament urbanístic. Les persones propietàries afectades han d'ésser notificades individualment i s'han de complir els requisits establerts per la legislació hipotecària.

2. *L'acord de delimitació de l'àrea s'ha d'inscriure en el Registre de la Propietat* mitjançant la corresponent certificació emesa pel secretari o secretària de l'ajuntament o de la comissió territorial d'urbanisme competent. A aquests efectes, l'acord ha d'incloure una descripció de les finques afectades que sigui suficient per fer-ne la identificació registral.

L'article 15 de la LLEI 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, diu:

*Declaració d'àrees subjectes als drets de tanteig i retracte amb relació als objectius dels plans locals d'habitatge*

1. *Els municipis*, per a complir els objectius dels plans locals d'habitatge i l'exigència d'incrementar el parc d'habitatges vinculats a polítiques socials que estableix l'article 73, per a facilitar la conservació i rehabilitació d'edificis i per a evitar l'expulsió d'ocupants o altres processos especulatius, *poden delimitar àrees en què es puguin exercir els drets de tanteig i retracte* a favor de l'Administració pública sobre edificis plurifamiliars sencers usats principalment com a habitatge i àrees en què es puguin exercir els drets de tanteig i retracte a favor de l'Administració pública sobre habitatges concrets. Aquests drets de tanteig i retracte s'estenen a la transmissió d'accions o participacions socials de societats mercantils l'objecte de les quals estigui vinculat directament o indirectament a l'activitat immobiliària i que siguin propietàries d'algun dels dits edificis o habitatges.

2. *El Pla territorial sectorial d'habitatge*, en funció de la importància de l'activitat immobiliària o de necessitats socials especials, *pot proposar una delimitació d'àrees de tanteig i retracte* per a les finalitats a què fa referència l'apartat 1 o pot delimitar-les directament, d'acord amb els municipis afectats.

Als efectes de la *transmissió dels habitatges adquirits en un procés d'execució hipotecària o mitjançant compensació o pagament de deute amb garantia hipotecària*, les àrees de tanteig i retracte poden coincidir amb les àrees de demanda residencial forta i acreditada delimitades en els plans locals d'habitatge, en el Pla territorial sectorial d'habitatge o, mentre aquestes no estiguin delimitades, amb les que preveu l'annex del Pla per al dret a l'habitatge.

3. *Per a definir les possibles àrees subjectes als drets de tanteig i retracte, el municipi, o el Pla territorial sectorial d'habitatge, n'ha de justificar adequadament les raons.* Els plans locals d'habitatge poden contenir la definició de les dites àrees.

4. Els drets de tanteig i retracte poden ésser exercits per l'Administració pública sia per compte propi, sia a favor dels promotors a què fa referència l'article 51, sia a favor dels subjectes a què fa referència l'article 87.3.

5. L'Administració, si exerceix el dret de tanteig a favor de tercers, pot fixar unes condicions respecte a l'ús i la dedicació de l'immoble que assegurin que la seva destinació estigui vinculada a les polítiques socials d'habitatge del municipi. Aquestes condicions poden consistir a exigir que una part de l'immoble es destini a habitatges amb protecció oficial o vinculats a polítiques socials, més enllà dels percentatges màxims de reserva que estableixen l'article 17 i el Decret legislatiu 1/2005, del 26 de juliol, pel qual s'aprova el text refós de la Llei d'urbanisme.

6. *En les àrees subjectes als drets de tanteig i retracte, no es poden fer transmissions a cap títol si l'immoble que es pretén transmetre es destina a habitatge o, en el cas d'edificis sencers, a un ús principal d'habitatge i no compleix ni pot complir, amb les obres de rehabilitació pertinents, les condicions d'habitabilitat exigides legalment.*

7. Si els ens locals afectats no actuen, el departament competent en matèria d'habitatge ha de subrogar les tasques municipals a què fa referència aquest article, sens perjudici que altres departaments i organismes de la Generalitat competents en matèria d'urbanisme i política de sòl, en funció dels plans i programes d'actuació corresponents, assumeixin també, en tot o en part, les accions empreses. Els immobles obtinguts per mitjà de l'exercici dels drets de tanteig i retracte s'han de posar al servei de les polítiques locals d'habitatge.

8. *La delimitació de les àrees, les garanties i el procediment s'han de regir pel que estableix la legislació urbanística general, sens perjudici, si convé, de la possibilitat d'establir una única pròrroga, per un màxim de sis anys, en el termini de durada dels drets de tanteig i retracte que estableixi la dita legislació, si les circumstàncies, que s'han d'acreditar en l'expedient, ho aconsellen.*

9. *Si la delimitació de l'àrea subjecta als drets de tanteig i retracte coincideix amb tot el terme municipal, no cal que constin en l'expedient la relació de les finques afectades i de llurs propietaris ni la indicació dels carrers, polígons, sectors i paratges afectats.*

L'article 2.2. de l'Edicte de 14 de desembre de 2018, sobre un acord de la Subcomissió d'Urbanisme del municipi de Barcelona (DOGC 20-DES) diu:

2. *Aquesta Modificació del Pla general metropolità, d'acord amb l'article 15.9 de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, sotmet directament a drets de tanteig i retracte, en tot el terme municipal, segons el que preveuen els articles 15.1 de la Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, i els punts 1 i 2 de l'article 172 del Decret legislatiu 1/2010, de 3 d'agost, les transmissions dels immobles següents:*

- a) *Els edificis plurifamiliars sencers utilitzats principalment com a habitatge.*
- b) *Els terrenys sense edificar, ja siguin solars o parcel·les en qualsevol classe de sòl.*

- c) *Els terrenys amb edificacions ruïnoses o totalment desocupades.*
- d) *Els habitatges buits sotmesos a l'impost sobre els habitatges buits, regulat a la Llei 14/2015, de 21 de juliol.*

3. Les finques resultants de projectes de reparcel·lació aprovats definitivament no estan sotmeses a drets de tanteig i retracte fins que no hagi transcorregut un termini de cinc anys de la inscripció en el Registre de la Propietat de l'aprovació del projecte de reparcel·lació.

4. *Els drets de tanteig i retracte sobre habitatges o edificis provinents d'execucions hipotecàries o de procediments de compensació o de pagament de deute amb garantia hipotecària es regulen per la legislació específica aplicable.*



# DRET A LA PRÒPIA IMATGE I DRETS PATRIMONIALS DERIVATS DE LA SEVA EXPLOTACIÓ

A propòsit de la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona, Secció 1<sup>a</sup>,  
Ponent Sra. Montolio Serra, de 22 de maig de 2018

per

EUDALD VENDRELL FERRER

Acadèmic electe de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya  
7 de maig de 2019

## 1. SUPÒSIT DE FET: CAS «ANTONIO MIRÓ»

Es tracta del litigi derivat de l'ús comercial del nom, imatge, signatura i altres signes distintius del conegut dissenyador de moda Antonio Miró, per part d'una societat que va adquirir la del propi dissenyador, quan aquest se'n va apartar, i en funció dels acords concrets de la transmissió de tots els actius societaris.

El Sr. Miró va interposar demanda, fonamentada en l'article 18.1 CE i la Llei Orgànica 1/82, sobre protecció civil dels drets de la personalitat i concretament la seva imatge i nom; en els termes que s'expliquen detalladament en el Fonament de Dret Primer de la Sentència, amb la petició de cessació en el que considera intromissió il·legítima en els seus esmentats drets i una compensació econòmica derivada d'aquesta explotació.

La Sentència de Primera Instància va desestimar la demanda, i la resolució que comentem va confirmar aquesta decisió.

## 2. FONAMENT ESSENCIAL DE LA SENTÈNCIA

El Fonament de Dret Segon estableix: *«Com amb reiteració ha mantingut el TC, el dret a la pròpia imatge emparat per l'article 18.1 CE no es pot confondre amb el dret de tota persona a l'explotació econòmica, comercial o publicitària de la seva imatge, encara que en ocasions l'explotació comercial incontestada, o fins i tot en determinades circumstàncies la consentida, pot afectar al seu dret constitucional».*

I afegeix: *«Distingeix d'aquesta manera el TC, a fi i efecte de delimitar l'àmbit objectiu del dret fonamental a la pròpia imatge, entre el seu aspecte moral, relaci-*

*onat amb la dignitat de la persona i la seva explotació comercial que queda exclosa d'aquell àmbit de protecció».*

Aplicant aquestes bases, la Sentència de l'Audiència analitza i valora les circumstàncies concretes del cas, per arribar a la decisió confirmatòria.

### 3. L'ANOMENAT «MERCAT DELS DRETS D'IMATGE»

El present cas és paradigmàtic d'aquesta realitat, cada vegada més estesa i tecnificada, que es pot definir com el conjunt de transaccions per les que la titularitat o el control sobre l'explotació econòmica dels atributs o elements característics i distintius de la identitat humana, són objecte d'intercanvi.

Alguns exemples, més antics, i alguns més recents d'aquesta problemàtica, són la STC 231/1988 «*Cas Paquirri*» i el problema que es va plantejar respecte a l'existència de societats dedicades a la gestió i explotació dels drets d'imatge, especialment dels esportistes d'elit i personatges anomenats «*mediàtics*»: com publicava la revista Expansión l'any 2014 sota el títol «*Los negocios de los jugadores de la Roja*».

En el primer cas, que responia al recurs d'empara de la vídua del «*torero*» per l'emissió d'un vídeo sobre la seva mort en el curs d'una «*corrida*», el TC va comprovar que una de les pretensions incloses en la demanda es fonamentava en que la comercialització no autoritzada d'aquest vídeo no podia prosperar perquè es tractava de drets d'un difunt que s'extingeixen per la seva mort, ja que «*son personalísimos y ligados a la misma existencia del individuo... y la personalidad civil se extingue por la muerte de las personas*», segons l'article 32 CC; per la qual cosa va ser desestimada; i en segon lloc, que és el que més ens importa ara, el Tribunal diu que la pretensió «*versaba sobre la explotación comercial... por lo que el derecho a la imagen que se invoca, si bien es protegible según la Ley 1/1982 y es susceptible de poseer un contenido patrimonial, pero el interés patrimonial no puede ser objeto de tutela constitucional*».

Després d'aquesta distinció, en la STC 81/2001 «*Cas Emilio Aragón*» es consolida la doctrina que distingeix entre «*el derecho constitucional a la propia imagen y el derecho de toda persona a la explotación económica, comercial o publicitaria de su propia imagen*» i que aquesta es situaria fora de l'àmbit dels drets fonamentals de l'article 18.1 CE i no gaudiria de protecció constitucional ni, per tant, per la via del recurs d'empara; i va reiterar aquesta distinció en la STC 156/2001.

Com posen de relleu alguns autors, aquest nou dret patrimonial d'imatge seria la institució encarregada d'ordenar el conjunt dels interessos jurídics relacionats amb els atributs o elements distintius de la personalitat que no es protegeixen mitjançant el dret fonamental a la pròpia imatge.



Però certament ha existit, incloent la doctrina del TC, una certa confusió: en la determinació de que aquesta qüestió no correspon a la jurisdicció constitucional, sinó a la legalitat i jurisdicció ordinàries, la posició dels Tribunals no és del tot clara, en la mesura que alguns d'aquests pronunciaments que han afirmat que la LO 1/1982 protegeix el dret patrimonial, coexisteixen amb altres pels que s'exclou aquest dret del seu àmbit.

En aquest punt, la Sentència que comentem es fonamenta en diverses resolucions més recents del Tribunal Suprem que es refereixen a situacions que en realitat parteixen d'un incompliment del contracte sobre l'explotació comercial de la pròpia imatge o quan no s'havia aconseguit un acord econòmic per autoritzar l'explotació de la imatge, o dit d'altra manera, en el control dels aspectes econòmics de la seva utilització.

#### 4. EL CONSENTIMENT O AUTORITZACIÓ COM A INSTRUMENT DE DISPOSICIÓ DELS DRETS FONAMENTALS DE LA PERSONALITAT

Tot i que aquests drets es qualifiquen, per la doctrina, el propi ordenament i la jurisprudència com a «*irrenunciables...indisponibles...intransmisibles*» la realitat social ens demostra que formen part d'un mercat de base contractual i que permeten, mitjançant el consentiment o autorització de la pròpia persona, difondre i posar a disposició pública els esmentats drets.

Així doncs, el problema es trasllada als límits d'aquest consentiment, a l'examen de les clàusules contractuals i a qüestions d'excés en l'exercici dels drets, i de possibles incompliments d'obligacions contractuals.

En conseqüència, la resolució d'aquests conflictes, tal com diu la Sentència comentada, ha de respondre a una valoració cas per cas, dels fets, els contractes i les seves conseqüències; però sempre a través d'un procediment judicial civil ordinari i no per la via de la protecció constitucional; i és per això que el qui subscriu comparteix aquesta doctrina de l'Audiència Provincial de Barcelona.

Com a proposta per avançar en la seguretat en relació a aquest tipus de situacions, diríem que l'elevada quantia dels interessos econòmics en joc per l'explotació dels atributs, especialment la imatge, de determinades persones, obliga als agents que participen en aquest mercat a crear estructures jurídic-econòmiques que moltes vegades s'inspiren en els models de la propietat intel·lectual; seria bo doncs, que existeixi una resposta normativa coherent i respectuosa amb els drets de les dues parts (pensem concretament en el penediment o voluntat de revocar el consentiment) que permeti una protecció jurídica eficient, com succeeix en altres legislacions.

Com diu la doctrina (Carles Vendrell, *El Mercado de los Derechos de Imagen*, Thomson Reuters, 2014): «*El derecho patrimonial de imagen es de este modo,*

*la institución jurídica sobre la cual debe quedar encuadrada, en el ordenamiento español, la transferencia de titularidades sobre la explotación de los atributos o elementos característicos de la personalidad. Las singularidades de esta institución jurídica exigen precisar las líneas generales sobre las que se construye su régimen dispositivo y transmisivo».*

També com apunta Massaguer (en el seu tractat sobre el contracte de llicència): *«Se trata de configurar como objeto de negocios jurídicos de carácter patrimonial, tales negocios transmisivos, partiendo de la atipicidad del derecho, en tanto que no se integre en una ordenación legislativa expresa».*

# CONCEPCIÓN CONTEXTUAL DE LA BUENA FE CONTRACTUAL Artículo 1.258 del Código Civil

por

PABLO SALVADOR CODERCH

*Acadèmic de número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*

TOMÁS GABRIEL GARCÍA-MICÓ

*Universitat Pompeu Fabra*

28 de mayo de 2019

## 1. CONCEPCIÓN CONTEXTUAL DE LA BUENA FE CONTRACTUAL

Los autores de este artículo defendemos una concepción contextual de la buena fe contractual, apegada al contrato mismo, a su naturaleza, a la ley y a los usos.

En el derecho español de contratos, la fuente primaria sobre la buena fe contractual es el artículo 1.258 del Código Civil de 1889:

«Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley».

La tesis defendida en este trabajo es normativa, pero está positivamente fundada en el artículo citado. De acuerdo con ella, la buena fe, entendida como deber de corrección de la conducta de las partes de un contrato<sup>1</sup>, ha de ser máximamente coherente con el texto del contrato mismo (o con los actos concluyentes que lo perfeccionan, si el contrato es tácito), con su naturaleza (tipo y causa concreta, modo de contabilización), con los usos (interpretativos y normativos) del sector del tráfico en el cual se inserta el contrato y con la ley que lo regula (tanto imperativa como dispositiva).

---

<sup>1</sup> Así y por todos, Ángel CARRASCO PERERA, *Tratado del abuso de derecho y del fraude de ley*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 140. Una paralela concepción contextual de la buena fe se incluía ya en el artículo 57 del Código de Comercio de 1885.

La buena fe contextual es, así, claramente interpretativa, normalmente integradora, y solo excepcionalmente correctora. Está integrada por el contrato concreto y por su tipo abstracto (si es típico), por las pautas del tráfico contractual y por la ley. En la buena fe contractual, la integración es recíproca, porque la buena fe integra tanto el contrato, tanto como ella es integrada por él.

La tesis de la buena fe contextual se entiende no solo por aquello que incluye, sino —muy señaladamente— por todo lo que excluye.

En la historia contemporánea, ha habido concepciones perversas de la buena fe contractual y de las cláusulas generales. Una muy notoria fue la propagada por la Alemania nacionalsocialista, y en cuya virtud, el texto de la ley y de los contratos se subordinaban a la sana conciencia del pueblo interpretada por sus dirigentes no elegidos por nadie<sup>2</sup>.

Una segunda expansión de la buena fe contractual, menos dramática y, valga la redundancia, concebida con buena fe, entiende que aquella puede expandirse hasta coincidir con la equidad, prescindiendo de los textos, es decir del contrato y de la ley, así como de los usos<sup>3</sup>.

En el artículo 3.2 del Código Civil, la equidad es un fundamento de decisión distinto a la ley y, por ello precisamente, el artículo establece que las resoluciones

---

<sup>2</sup> Bernd RÜTHERS, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*, 7. Aufl., Heidelberg, 2012. El autor ilustra varios ejemplos de perversión del derecho con base en una reconstrucción nacionalsocialista del principio de buena fe (*Treu und Glauben*) con el objeto de limitar los derechos de personas judías (véanse páginas 229 y ss. 3, «Treu und Glauben» als politische Kampfklausele zur Beseitigung bestehender Vertragsansprüche»). Klaus ANDERBRÜGGE, *Völkisches Rechtsdenken. Zur Rechtslehre in der Zeit des Nationalsozialismus*, Berlin, Duncker & Humblot, 1978. Jens MEIERHENRICH, *The Remnants of the Rechtsstaat. An Ethnography of Nazi Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018. Michael Stolleis «Recht im Unrecht. Studien zur Rechtsgeschichte des Nationalsozialismus», en Frank DIETMEIER, *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, Vol. 155, núm. 2, 2008, pp. 121-122. *Das Rechte (Un)recht*, 2015. Heinrich LANGE, *Wesen und Gestalt des Volksgesetzbuch*, 1943. Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, «Prólogo», en José Luis CARRO (Trad.), *El principio de buena fe*, Editorial Civitas, Madrid, 2ª reimpresión, 1986, pp. 11 y 12. Dirk LOOSCHELDERS y Dirk OLZEN (en su comentario al § 242 del BGB en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einföhrungsgesetz und Nebengesetzen*, B.2 *Recht der Schuldverhältnisse* 241-243 *Treu und Glauben*, Sellier, De Gruyter, Berlín, 2015, pp. 372-373) describen bien la tentativa de disolución del derecho civil del BGB en un *Volksgesetzbuch* en el cual, el ejercicio de todos los derechos subjetivos habría de regirse por la buena fe y por los principios reconocidos de la vida comunitaria del pueblo y siempre partiendo de que el bien de la comunidad habría de prevalecer sobre el provecho o beneficio privados. Parecidamente, Justus Wilhelm HEDEMANN, heraldo del nuevo y nonato *Volksgesetzbuch*, había escrito en 1933 *Die Flucht in die Generalklauseln: eine Gefahr für Recht und Staat*, Mohr Siebeck, Tübingen. En la doctrina procesal española, Juan MONTERO AROCA, *I principi politici del nuovo proceso civile spagnolo*, Nápoles, 2002, pp. 100-102 ha advertido del potencial vaciamiento del derecho procesal objetivo mediante la utilización expresa de un principio de buena fe al servicio de concepciones del Estado totalitario. Manuel CACHÓN CADENAS, «La buena fe en el proceso civil», *Justicia*, 2005, p. 15 ha puesto también de manifiesto la dificultad de cohonestar una interpretación amplia del principio de buena fe con las garantías constitucionales del proceso y el principio de legalidad en el derecho sancionador.

<sup>3</sup> Johannes FRIESECKE, «Comentario al § 242 BGB», en Otto PALANDT, *Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen*, 78. Auflage, C.H. Beck, München, 2018, pp. 264-276.

de los tribunales solo podrán descansar en la equidad cuando la ley misma expresamente lo permita. En cambio, la buena fe contractual es contextual, aparece junto con el contrato, los usos y la ley. Ocurre que, tratándose la buena fe de un principio general del derecho, no se contraponen a su tenor, pero es aplicable autónomamente. La equidad, en suma, podría operar, si el artículo 3.2 del Código Civil no lo impidiera, al margen de la ley. La buena fe en cambio, lo hace junto con ella. Hay arbitrajes de derecho y arbitrajes de equidad, pero no hay un *tertium genus* de arbitrajes de buena fe<sup>4</sup>.

Otra concepción similar, e igualmente disolvente de la buena fe contractual, es la de quienes, partiendo de la tradición romanista, llegan a calificar la buena fe como un *flatus vocis*, como una máscara, como una fachada que oculta la realidad de una jurisprudencia, de un *case law*, que no solo complementa el ordenamiento jurídico, sino que es fuente primaria de derecho<sup>5</sup>. No es nuestro sistema, no es *civil law*.

## 2. LA BUENA FE COMO PRINCIPIO GENERAL DEL DERECHO

En el Código Civil, el de buena fe es un principio general del derecho (artículo 7.1, en relación con el artículo 1.1 del Código Civil)<sup>6</sup>. Por lo tanto, la primera cuestión que hay que tratar en el marco de la concepción defendida en este trabajo es cómo un principio general que es, pacíficamente, fuente autónoma del derecho ha de entenderse en sede contractual, siempre en coherencia con el contrato, el tráfico y la ley.

En efecto, si la buena fe es un principio general y estos son fuentes del derecho en defecto de la ley y costumbre, difícilmente podría sostenerse que la buena fe también debería ser autónoma. Y, aún más claramente, en el artículo 1.258 del Código Civil se parte por hipótesis de la existencia de un contrato válido y eficaz. Dado el presupuesto anterior, el contenido de la buena fe en el caso concreto se di-

---

<sup>4</sup> En la exposición de motivos de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, y en ausencia de acuerdo entre las partes sobre el tipo de arbitraje al que someterán su controversia, se presupone que estas han acordado resolverlo «sobre la base de los mismos criterios jurídicos que si hubiere de resolver un tribunal» (motivo VII), cuestión que se mantiene en el artículo 34.1 de la Ley: «Los árbitros sólo decidirán en equidad si las partes les han autorizado expresamente para ello». Cfr. Disposición Adicional Única de la Ley («Esta ley será de aplicación supletoria al arbitraje a que se refiere la Ley 26/1984, de 19 de julio, general de defensa de consumidores y usuarios, que en sus normas de desarrollo podrá establecer la decisión en equidad, salvo que las partes opten expresamente por el arbitraje en derecho») y el artículo 33.1 Real Decreto 231/2008 («El arbitraje de consumo se decidirá en equidad, salvo que las partes opten expresamente por la decisión en derecho»).

<sup>5</sup> Por ejemplo, Martijn HESSELINK, «Chapter 18. Good Faith», en Arthur HARTKAMP, Martijn HESSELINK, Ewoud HONDIUS, Carla JOUSTRA & Edgar DU PERRON (Eds.), *Towards a European Civil Code*, 2ª ed., Kluwer Law International, The Hague/London/Boston, 1998, pp. 305, 307.

<sup>6</sup> Ya Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, p. 139.

lucida siempre en el contexto del contrato (de su contenido y naturaleza) y de la ley, así como de acuerdo con los usos del tráfico. En el artículo 1.258 del Código Civil, la buena fe es contextual (con el contrato y con la ley) y consonante con los usos del tráfico. De nuevo hay que recalcar que el juez está vinculado por la ley y por el contrato, no decide autónomamente en contra de ninguno de ellos, y si aparentemente lo hace así, muy excepcionalmente, es porque el contrato ha perdido su base o esta se ha alterado mucho más allá de aquello que las partes pretendieron conseguir al celebrarlo o de aquello que razonable y previsiblemente habrían pretendido. De nuevo, la buena fe contractual es contextual y no se confunde con la equidad.

La distinción anterior es importante, pues si el contrato es válido y eficaz, el principio de buena fe permite modularlo, pero no prescindir de él. De nuevo, salvo casos absolutamente excepcionales sobre los que volveremos luego como, por ejemplo y para referirnos a otra circunstancia histórica, la modificación o terminación de contratos de tracto sucesivo de larga duración en un entorno de hiperinflación, de catástrofe política y económica, de desastre jurídico. El fracaso del Estado lo es también, e inevitablemente, de su derecho. Pero, nótese bien, estas son circunstancias sobrevenidas, exorbitantes e imprevisibles que permitirán al juez modificar excepcionalmente el contenido del contrato y, en un caso extremo, declararlo extinguido pero, originariamente, el contrato era válido.

Si, en cambio, el contrato es contrario a la ley imperativa, entonces es nulo, y su nulidad solo permite matizaciones desde la buena fe subjetiva, de una o de ambas partes contratantes. Pero la buena fe objetiva no sana la nulidad, pues el artículo 1.258 del Código Civil no opera en caso de nulidad del contrato. Parecidamente, si el contrato ha sido celebrado solo por el engaño de una parte que indujo a la otra a contratar, pues entonces hubo dolo inicial y el contrato puede ser anulado a instancias del contratante engañado. Otro ejemplo: si el contrato es nulo simplemente porque las partes expresamente han resuelto no excluir «la responsabilidad procedente del dolo» (artículo 1.102 CC) o cuando la obligación condicional sea nula porque «el cumplimiento de la condición dependa de la exclusiva voluntad del deudor» (artículo 1.115 CC), la relación entre ellas no es jurídica, no las vincula, sino que simplemente es una relación social, como sucede cada día en la vida real. Lo mismo ocurre cuando las partes, de buena fe, excluyen la justiciabilidad de su relación: expresamente no quieren que jueces y tribunales intervengan en ella en ningún caso pero, entonces, tampoco ha lugar a la aplicación del artículo 1.258 del Código Civil, sino una mera relación social sujeta a criterios o pautas ajenas al derecho de los contratos.

Por último, la exigibilidad de la buena fe en las negociaciones precontractuales y las consecuencias asociadas a su ausencia para el negociador de mala fe, también, y por hipótesis, excluyen la existencia de un contrato válido y eficaz.

Así, y en una primera conclusión, aunque el principio de buena fe es muy amplio, la buena fe contractual del artículo 1.258 del Código Civil es contextual,

coherente con el texto y naturaleza del contrato, con el texto de la ley y con las prácticas reales del tráfico<sup>7</sup>.

### 3. BUENA FE CONTEXTUAL Y CONCEPCIÓN ROMANISTA DE BUENA FE

En la doctrina española del último tercio del siglo XX influyó mucho la reconstrucción romanista que, una década después de acabada la Segunda Guerra Mundial, había realizado Franz WIEACKER<sup>8</sup>. Esta concepción es canónica en la doctrina española<sup>9</sup> pero, llevada al extremo, desnaturaliza la función de la jurisprudencia, tal como la entendemos en el *Civil Law* continental y, más específicamente, en el artículo 1.6 del Código Civil, pues la acerca al *praetor* romano o al *case law* angloamericano. En este trabajo defendemos que la buena fe contractual es contextual y, que no habilita al juzgador, ni al árbitro de derecho, para prescindir del tenor del contrato el cual, por hipótesis es válido y eficaz.

WIEACKER, quien en 1955 reaccionaba tácitamente<sup>10</sup> contra sus propios excesos de una generación antes, recurrió, para el rescate del derecho, a la ayuda de la gran tradición romanista. Pero, al cabo, se vio obligado a retroceder, pues los sistemas judiciales del *Civil Law* continental europeo no reproducen la función y la posición del derecho honorario, del pretor romano, ni la del juez del *Common Law*. Así, en primer lugar, y con base en un texto de Papiniano, las funciones de la buena fe son tres: interpretar, suplir y corregir el derecho escrito («*iuris civilis iuvandi, supplendi o corrigendi gratia*»)<sup>11</sup>. No obstante, y a diferencia del derecho honorario romano, la interpretación del principio de buena fe no puede fundamentar un estado de cosas en el cual, y en palabras de WIEACKER, «el juez revista soberanamente un *dare oportere* civil con una acción, ni, a la inversa, [...] que dé una *actio* honoraria a un *debere* no reconocido civilmente»<sup>12</sup>. Por ello, el autor volvía sobre sus pasos y contrarrestaba una concepción expansiva de la buena fe mediante la utilización de categorías y subcategorías concretas fundamentadas en doctrinas bien establecidas en cada derecho nacional.

---

<sup>7</sup> La diferenciación entre el principio general de buena fe del artículo 7.1 del Código Civil, y la buena fe contractual del artículo 1258 del Código Civil ha sido vista por la doctrina más perspicaz: CARRASCO (2016, pp. 80 y ss. y 142).

<sup>8</sup> Franz WIEACKER, *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1955.

<sup>9</sup> Paradigmáticamente MIQUEL (1995, pp. 841-842).

<sup>10</sup> Rütters vio bien cómo dos obras de referencia de la historia del derecho y de la metodología de la ciencia jurídica, Franz WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit*, Vandenhoeck und Ruprecht, Göttingen, 1ª ed., 1952 y Karl LARENZ, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Springer, Berlin, 1ª ed., 1960, orillaban toda mención a la época nacionalsocialista. RÜTTERS (1997, p. 94).

<sup>11</sup> D. 1.1.7.1.

<sup>12</sup> Véanse las páginas 50 y 51 de la traducción al español de WIEACKER.

El *officium iudicis*, cuando el «juez [...] se limita a concretar el proyecto previamente establecido y planificado en la regulación legal» (p. 51).

La *exceptio doli*, cuando el «juez actúa con mayor libertad y *praeter legem*, cuando exige a las partes que en el ejercicio o defensa de sus derechos se comporten de manera justa». Esta potestad del juez de actuar *praeter legem* se concreta cuando la cuestión litigiosa se centra en el ejercicio de los derechos de forma contraria a los actos propios (*venire contra factum proprium*), o en la falta de un «interés propio duradero» (p. 63: «*dolo agit qui petit quod statim redditurus est*», o cuando el derecho en cuestión ha sido adquirido «de mala fe» (p. 66) o, finalmente, cuando se halla frente a una «[a]cción legal claramente inocua y desconsiderada» (p. 70).

Y, para terminar, la categoría que más critica WIEACKER, la «creación judicial innovadora», cuando se realiza una «aplicación del 242 [...] contra legem» (p. 51). En este caso, el juzgador se aleja completamente del texto del contrato y de la propia ley para crear, *de facto*, una situación ajena a la prevista en la letra del contrato. De hecho y en esta sede WIEACKER intenta aclarar, en la nota 94 de su libro que «aquí no se predica carta blanca para la jurisprudencia, sino, al contrario, se *desaconseja* una prematura creación judicial del derecho».

Una de las razones por las cuales en este trabajo se defiende la concepción contextual de la buena fe es que, dado que esta se ciñe al tenor del artículo 1.258 del Código Civil, no se ve luego en la necesidad de emprender en un viaje de vuelta. Dicho de otro modo, no exponemos una concepción expansiva de buena fe para luego vernos obligados a retroceder.

En cambio, la concepción neorromanista de la buena fe discurre por un camino que luego desanda: primero expande el concepto de buena fe de modo que la función judicial incluiría amplias facultades de arbitrio más allá del texto del contrato y, no solo este, sino de la misma ley, para luego retroceder y limitar una concepción expansiva de la buena fe por el procedimiento de reconducirla a categorías y subcategorías de desarrollos jurisprudenciales bien establecidos en cada jurisdicción. En cambio, en la concepción contextual de la buena fe contractual, el juzgador se ciñe al texto del contrato, a su naturaleza, a los usos y a la ley, no se aparta de ellos sino que es coherente con su conjunto. La corrección es excepcional y precisa del apoyo independiente de una categoría o subcategoría de doctrina jurisprudencial bien justificada (como paradigmáticamente, la cláusula *rebus sic stantibus* o la *exceptio doli generalis*).

#### 4. CONNOTACIONES DE LA BUENA FE CONTRACTUAL

En la mejor doctrina española es fundamental la voz *Buena fe* que el profesor José María MIQUEL GONZÁLEZ redactó en 1995. En ella, las connotaciones de la buena fe son:



«honestidad, fidelidad, lealtad, consideración o respeto a la confianza suscitada en la otra»<sup>13</sup>.

La buena fe contractual es entendida aquí como un deber de conducta correcta y coherente. Otras connotaciones del concepto contextual de la buena fe se asocian con las connotaciones de las expresiones «comprensión y consideración», «cooperación y colaboración», «compasión y contención», «continuidad y credibilidad».

## 5. LA BUENA FE CONTRACTUAL COMO BUENA FE OBJETIVA

Se distingue clásicamente entre buena fe objetiva y buena fe subjetiva<sup>14</sup>. En este trabajo nos sumamos a esta concepción dual de la buena fe. La buena fe objetiva es un canon de conducta que se concreta en deberes de corrección y coherencia que aquí calificamos, repetidamente, como contextuales con el contrato y la ley, así como con los usos del tráfico. Más allá del contrato, el referente de la buena fe objetiva se halla en el artículo 7.1 del Código Civil: «Los derechos deberán ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe.»

En cambio, la buena fe subjetiva es un «hecho del espíritu que caracteriza a quien incumple una norma o lesiona un derecho sin conciencia», así como también como «un estado de la conciencia, un hecho espiritual que se refiere a un defecto jurídico y produce en muchas ocasiones una consecuencia favorable, que sin ella no tendría lugar»<sup>15</sup>. Integra supuestos de hecho adquisitivos en propiedad y otros derechos reales, paradigmáticamente en el artículo 34 LH, o en la usucapión (1.950 del Código Civil), o en los efectos de la posesión, etc.; o modula las

---

<sup>13</sup> José María MIQUEL GONZÁLEZ, «Buena fe», en Alberto MONTOYA MELGAR (Dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 831 y ss. También del mismo autor, «Comentario al artículo 7.º 1», en Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 38.

<sup>14</sup> José María MIQUEL GONZÁLEZ (1991, p. 40) critica los planteamientos que han tratado de unificar las facetas objetiva y subjetiva de la buena fe como «intentos [...] bien intencionados» que «están condenados de antemano a permanecer en las alturas de la vaguedad y de la abstracción, en un plano, por tanto, pobre en información, que no aporta los desarrollos necesarios para la aplicación fundada del principio». En efecto, buena fe objetiva y subjetiva son conceptos distintos. Tratar de hacerlos converger en uno solo sería un error. Asimismo, en el prólogo de la traducción al castellano de la obra de Franz WIEACKER, Luis Díez-PICAZO, trata la cuestión de la buena fe, y diferencia entre la buena fe como concepto técnico-jurídico —entendido como elemento configurador del supuesto de hecho delimitador de una u otra institución jurídica—, del principio general de buena fe, entendido como estándar de comportamiento exigible a los integrantes de una comunidad jurídica y del cual emanan normas técnicas de obligado cumplimiento [DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1986, pp. 11 y 12)].

<sup>15</sup> José María MIQUEL GONZÁLEZ (1995, pp. 834, 836).

consecuencias de la nulidad como sucede con el matrimonio nulo (artículo 78 del Código Civil), etc.

La buena fe objetiva se encuentra primordialmente en el derecho de las obligaciones y de los contratos (artículo 1.258 y 7.1 CC), mientras que la buena fe subjetiva se centra, aunque no exclusivamente, en la posesión, propiedad y en los derechos reales.

## 6. BUENA FE Y DILIGENCIA

Se distingue, a veces<sup>16</sup>, pero no siempre, entre buena fe y diligencia. En buena fe contractual, y en el marco de la concepción contextual de la buena fe contractual aquí defendida, la distinción es clara: una de las partes del contrato puede ser torpe, puede actuar desafortunada o desacertadamente, o puede simplemente olvidarse de cumplir. Pero torpeza no es sinónimo de mala fe, por lo menos no la primera vez. Que ello es así resulta del artículo 1.107 (I) del Código Civil el cual distingue entre el incumplidor que ha de responder más o menos según sea de buena fe o de mala fe. El primero es en el Código Civil y su artículo 1.101, un deudor negligente; y el segundo es, de acuerdo con el mismo artículo, un deudor doloso.

La discusión sobre buena fe y diligencia y, en particular, sobre si al menos un mínimo de diligencia no habría de estar presente en la conducta del agente para que esta fuera calificada de buena fe ha tenido lugar tradicionalmente en la exégesis del artículo 34 de la Ley Hipotecaria («LH»), es decir, en materia de buena fe subjetiva y no de buena fe objetiva contractual. Y en esta sede ha habido autores de nota que han defendido que el tercero hipotecario, para ser considerado de buena fe, ha de comportarse con un mínimo de diligencia. Así VALLET DE GOYTISOLO y LACRUZ BERDEJO<sup>17</sup>. Más fundadamente, ROCA SASTRE, SANZ FERNÁN-

---

<sup>16</sup> Escribe MIQUEL GONZÁLEZ (1995, p. 837-838): «El inconveniente de definir la buena fe subjetiva desde un modelo de conducta diligente es que ignora la gran variedad de situaciones en que es relevante la buena fe y la valoración de las diferentes circunstancias de cada supuesto de hecho. [...] [B]uena fe y diligencia son conceptos diversos, cuya involucración impide la comprensión de algunos preceptos del CC y no concuerda con sus definiciones de la buena fe. [...] Mas también debe distinguirse entre negligencia en el cumplimiento de una obligación o en el cumplimiento de una carga. [...] La negligencia en el cumplimiento de propias obligaciones constituye sin duda una cierta falta de honradez y a pesar de ello el CC incluye dentro del deudor de buena fe a un deudor negligente, aunque no sólo a él (artículo 1.107). El incumplimiento de una carga en puridad se traduce en consecuencias desfavorables para el sujeto que no las observa y no entraña falta de honradez».

<sup>17</sup> Juan VALLET DE GOYTISOLO, *Estudios sobre Derecho de las Cosas*, Madrid, 1973, p. 363. José Luis LACRUZ BERDEJO y Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, *Derecho Inmobiliario Registral*, Civitas, Madrid, 1984, p. 185. José Manuel GARCÍA GARCÍA, *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*, t. II, Civitas, Madrid, 1998, pp. 299-355. Y más comedidamente, Luis Díez PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. 2, Civitas, Madrid, 2012, p. 379. Antonio PAU PADRÓN,

DEZ y, en nuestros días, GARCÍA GARCÍA han puesto de manifiesto que la buena fe en el artículo 34 LH es independiente de la idea de culpa. Buena fe es «simple desconocimiento de la inexactitud registral»<sup>18</sup>. Ocurre, sin embargo, que quien se encuentra en circunstancias tales en las cuales su ignorancia es absolutamente implausible, difícilmente podrá ser considerado de buena fe: quien actúa voluntaria y sistemáticamente con desconsideración manifiesta de la verdad o falsedad de su creencia, quien se sitúa en autopuesta de ignorancia, acaba comportándose de mala fe. En cualquier caso, la buena fe contractual del artículo 1.258 del Código Civil es buena fe objetiva y, por lo tanto, ajena al foco de la discusión sobre buena fe y diligencia. Como hemos señalado en el párrafo anterior, la torpeza —la negligencia— no es incompatible con la buena fe: la primera vez<sup>19</sup>.

## 7. SOBRE LA APLICABILIDAD DE OFICIO Y LA IMPERATIVIDAD DE LA BUENA FE

Tradicionalmente se ha defendido que el principio de buena fe es aplicable de oficio por los tribunales y, casi consiguientemente, que es imperativo. En el derecho comparado, la expresión reciente más lograda de esta tesis es la del codificador francés de 2016, el cual ha llevado al artículo 1.104 del *Code civil* francés a decir:

« Les contrats doivent être négociés, formés et exécutés de bonne foi.  
Cette disposition est d'ordre public. »

Sin embargo, alguna sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo —como la de 14 de marzo de 2011 (RJ 2011, 2769)— ha negado que la buena fe sea aplicable de oficio. Una tesis que, de generalizarse, arrastraría con ella la de su imperatividad. Sin embargo, y como ha visto bien Ángel CARRASCO, esta doctrina «sólo es aceptable si se entiende en el sentido de que el juzgador no

---

*Esbozo de una teoría general de la oponibilidad*, Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 2001, pp. 121-122.

<sup>18</sup> GARCÍA GARCÍA (1998, p. 313).

<sup>19</sup> Fuera del ámbito de la buena fe en el derecho de contratos, esto es, del que es objeto de este trabajo, el artículo 4.1 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal reputa desleal «todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe». Y a continuación, el subpárrafo segundo establece que «[e]n las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores». En el texto, buena fe se contrapone a mala fe, pues «contrario» a «las exigencias de la buena fe» es solo la conducta de mala fe, no la negligente, como corrobora el mismo texto del artículo cuando se refiere a prácticas «honestas» del mercado. De nuevo la negligencia no es compatible con la deshonestidad.

está obligado a construir o reconstruir los hechos de los que, una vez acreditados, hubiera de resultar *vi legis* una calificación sancionada por el artículo 7 CC»<sup>20</sup>.

En punto a esta cuestión, conviene distinguir. Ya hemos apuntado que, en la concepción aquí defendida de la buena fe contextual, esta es graduable por las partes con los límites del derecho imperativo (y, más generalmente, con los límites del artículo 1.255 del Código Civil: moral y buenas costumbres). Si lo anterior es correcto, el tribunal habrá de estar a lo dispuesto por las partes mismas y resolver de acuerdo con lo alegado y probado. No cabría pues, y como escribió el magistrado Jesús Corbal en su ponencia de la STS, 1ª, 14.3.2011 (Roj: STS 1489/2011; MP: Jesús Eugenio Corbal Fernández), reconstruir los hechos en casación<sup>21</sup>.

«El planteamiento expuesto no había constituido el fundamento de la oposición a la demanda, [...] Y, en cualquier caso, lo que es más relevante si cabe, no constituyó el fundamento del recurso de apelación de los demandados aquí recurridos [...].

Por otra parte, dicho planteamiento no es un mero argumento o razón que justifica la decisión, sino que supone introducir en el proceso una cuestión con sustantividad propia que exige la alegación de parte, y no cabe introducir de oficio, porque no es de orden público y excede del ámbito del «iura novit curia». Con la apreciación sorpresiva efectuada se altera el componente jurídico del debate, y se crea indefensión para la contraparte, a la que no le fue factible alegar ni probar una conclusión diferente de la adoptada por el juzgador. [...] la denuncia de la falta de ésta corresponde a la parte afectada [...]. Al no haberlo hecho así, es claro que se han infringido los principios de rogación del art. 216 LEC y de la congruencia [...], con vulneración además del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 LEC al introducirse en el proceso un elemento sorpresivo y «ex novo», determinante de indefensión.»

### 7.1. *La buena fe en la Directiva 93/13 y en la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*

En segundo lugar, ramas enteras del ordenamiento jurídico postulan la aplicabilidad de oficio y la imperatividad del principio de buena fe contractual. Uno

---

<sup>20</sup> CARRASCO PERERA (2016, p. 81).

<sup>21</sup> En la sentencia, el Tribunal Supremo conoce de un recurso extraordinario por infracción procesal y de un recurso de casación. La cuestión legal era si los administradores de la sociedad filial podían ser condenados como responsables de la deuda derivada de un préstamo impagado concedido por la sociedad matriz a su filial participada al 98%.

de los supuestos más destacables es el derecho de los consumidores<sup>22</sup>. Así, el artículo 3.1 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (en lo sucesivo, la «Directiva 93/13» o la «Directiva») dice:

«1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato.»

Parecidamente, el artículo 4.1 de la Directiva refuerza el carácter material y contextual del análisis de la naturaleza abusiva: este habrá de considerar «la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato», así como «todas las circunstancias que concurran en su celebración, así como todas las cláusulas del contrato, o de otro contrato del que dependa».

En su transposición al ordenamiento jurídico español, el legislador español adoptó la misma concepción del carácter abusivo de una cláusula establecida por la Directiva 93/13. Así el artículo 82.1 del TRLGDCU dice que:

«Se considerarán cláusulas abusivas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente [...] que, en contra de las exigencias de la buena fe causen [...] un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato».

Como en la Directiva, la buena fe se erige como primaria para controlar la condición abusiva de una cláusula contractual. Sin embargo, el legislador español va más allá de la Directiva, pues precisa en el artículo 65 del TRLGDCU que los contratos celebrados con consumidores «se integrarán<sup>23</sup>, en beneficio del consumidor, conforme al principio de buena fe objetiva<sup>24</sup> y, similarmente, el artículo 80.1 TRLGDCU incorpora una lista de los requisitos de validez que deben cumplir las cláusulas no negociadas individualmente (las «condiciones generales de la

---

<sup>22</sup> La imperatividad de las disposiciones de protección del consumidor tiene su reflejo más evidente en el artículo 6.1 de la Directiva 93/13, pues se penaliza la naturaleza abusiva de una cláusula contractual —entre otras razones, por su contrariedad a las exigencias de la buena fe— con la no vinculación del consumidor a la misma (en el caso del derecho español, su nulidad).

<sup>23</sup> Véase como el legislador emplea el termino en imperativo («integrarán»), en vez de otros tiempos verbales que expresarían, no obligatoriedad, sino posibilidad (podrán integrarse, por ejemplo).

<sup>24</sup> En contratos con consumidores celebrados electrónicamente o a distancia, el artículo 98 TRLGDCU establece una exigencia de buena fe contractual idéntica a la de la cláusula general del artículo 65: «el empresario [...] deberá respetar, en particular, el principio de buena fe en las transacciones comerciales».

contratación», en la LCGC) y, concretamente, en su subapartado c) se vuelve a revivir la buena fe<sup>25</sup>.

«1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente [...] aquéllas deberán cumplir los siguientes requisitos:

[...]

c) Buena fe y justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes, lo que en todo caso excluye la utilización de cláusulas abusivas.»

Finalmente, las cláusulas que «determinen la falta de reciprocidad en el contrato, contraria a la buena fe [...] en perjuicio del consumidor y usuario» son consideradas nulas de pleno derecho de conformidad con el artículo 87 del TRLDGCU.

## 7.2. *La apreciación de oficio de la buena fe en las relaciones entre consumidores y empresarios*

El TJUE, desde su sentencia de 27 de junio de 2000, dictada sobre los asuntos acumulados C-240/98, C-241/98, C-242/98, C-243/98 y C-244/98 (Océano Grupo Editorial, S.A. y Salvat Editores, S.A.)<sup>26</sup> estableció que los tribunales pueden examinar y apreciar de oficio la condición abusiva de una cláusula (y ello incluye, necesariamente, la consideración al principio de la buena fe):

«la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo [...] para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva [...]».

La sentencia del asunto Océano y la jurisprudencia posterior dejan clara la posibilidad de que el juez nacional aprecie o examine de oficio el carácter abusivo de una cláusula. No obstante, no podrá realizarse este control cuando se trate de

---

<sup>25</sup> La imperatividad de la buena fe en derecho del consumo es destacada por Reinhard ZIMMERMANN, *The New German Law of Obligations – Historical and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, Oxford, 2005. Puede consultarse la solvente traducción de Esther ARROYO I AMAYUELAS, *El nuevo derecho alemán de obligaciones – Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, Bosch, Sabadell, 2008, pp. 231, 240 y 257.

<sup>26</sup> En el caso, las compradoras demandantes habían suscrito con las demandadas y vendedoras en el procedimiento principal un contrato de compraventa a plazos de una enciclopedia; el cual incluía una cláusula de atribución de competencia jurisdiccional a los Tribunales de Barcelona, ciudad que era el domicilio social de las vendedoras, pero donde no residía ninguna de las compradoras. La cuestión legal que se planteó al TJUE era la conformidad con el derecho comunitario de tal cláusula de atribución de competencia jurisdiccional.

cláusulas que se refieran «a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra, siempre que dichas cláusulas se redacten de manera clara y comprensible» (artículo 4.2 de la Directiva 93/13). Este límite fue analizado por la Sala Cuarta del TJUE en su sentencia de 30 de abril de 2014, en el asunto C-26/13 (Kásler y Káslerné Rábai)<sup>27</sup>:

«42. Toda vez que el artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13 establece una excepción del mecanismo de control del fondo de las cláusulas abusivas previsto en el sistema de protección de los consumidores que establece esa Directiva, esta disposición debe ser objeto de interpretación estricta.

43. Esta incluye, en primer término, las cláusulas relacionadas con “el objeto principal del contrato”».

Más recientemente la Gran Sala del TJUE ha resuelto una cuestión prejudicial formulada por el Tribunal Supremo sobre el alcance de la nulidad de una cláusula contractual abusiva: en la sentencia de 26 de marzo de 2019, dictada sobre los asuntos acumulados C-70/17 y C-179/17 (Abanca Corporación Bancaria, S.A. y Bankia, S.A.)<sup>28</sup> el TJUE ha resuelto que declarar la nulidad solo parcial de una cláusula abusiva es contrario a derecho comunitario, pues solamente podría el juzgador nacional integrar la cláusula con lo estipulado con la ley cuando el contrato no pudiera subsistir sin la mencionada cláusula:

«Los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE [...] deben interpretarse en el sentido de que, por una parte, se oponen a que una cláusula de vencimiento anticipado de un contrato de préstamo hipotecario declarada abusiva sea conservada parcialmente mediante la supresión de los elementos que la hacen abusiva, cuando tal supresión equivalga a modificar el contenido de dicha cláusula afectando a su esencia, y, por otra parte, no se oponen a que el

---

<sup>27</sup> En este asunto la cuestión legal era si una cláusula relativa al tipo de cambio aplicable a los pagos efectuados por los prestatarios para la amortización de un préstamo referenciado en una divisa extranjera (francos suizos, cuando la moneda funcional de los prestatarios era el forinto húngaro) e incorporada en un contrato de préstamo hipotecario suscrito por los demandantes prestatarios con una entidad financiera era conforme con el derecho comunitario.

<sup>28</sup> Fernando GÓMEZ POMAR (2019), «¿Qué hacemos con los créditos hipotecarios impagados y vencidos? El Tribunal Supremo ante la sentencia Abanca del TJUE», *InDret* 2/2019: «La Sentencia Abanca resuelve sendas cuestiones prejudiciales planteadas en relación con los arts. 6 y 7.1 de la Directiva 93/13 por la Sala 1ª del Tribunal Supremo y por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Barcelona y relativas a las cláusulas de vencimiento anticipado por impago de mensualidades debidas en dos contratos de préstamo hipotecario para adquisición de vivienda, uno por importe de 100.000 euros y a 30 años, el otro por importe de 188.000 euros y a 37 años.»



juez nacional ponga remedio a la nulidad de tal cláusula abusiva sustituyéndola por la nueva redacción de la disposición legal que inspiró dicha cláusula, aplicable en caso de convenio entre las partes del contrato, siempre que el contrato de préstamo hipotecario en cuestión no pueda subsistir en caso de supresión de la citada cláusula abusiva y la anulación del contrato en su conjunto exponga al consumidor a consecuencias especialmente perjudiciales».

La salvedad relativa al objeto principal del contrato, al *bargain* entre las partes, vuelve a poner de manifiesto la naturaleza contextual de la buena fe contractual pues las partes mismas determinan cuál es el objeto principal del contrato, a salvo de la heterointegración que realizará el juez al amparo de la buena fe.

Después de su sentencia de 2010, el TJUE ha seguido manteniendo el principio de apreciación de oficio del carácter abusivo de las cláusulas<sup>29</sup>, e igualmente por la Sala Primera del Tribunal Supremo en múltiples sentencias, véase, por ejemplo, la de 9 de mayo de 2013 (Roj: STS 1916/2013; MP: Rafael Gimeno-Bayón Cobos)<sup>30</sup>:

«111. La posibilidad de la intervención del juez, incluso de oficio, se revela así como una herramienta imprescindible para conseguir el efecto útil de la Directiva 1993/13. [...]

113. Precisamente, por tratarse de una intervención de oficio, no necesita que el consumidor presente una demanda explícita en este sentido [...].».

Más allá del derecho de los consumidores (artículo 1 TRLGDCU), en el derecho general de los contratos, el alcance del principio de buena fe es modulable por las

---

<sup>29</sup> Algunos ejemplos de sentencias del TJUE que lo ratifican son la del asunto C-473/00, de fecha 21 de noviembre de 2002 (Cofidis), en el cual se discutía si la imposición de un plazo de preclusión para la apreciación de la abusividad de una cláusula penal inserta en un contrato de crédito al consumo era conforme con el derecho comunitario; C-168/05, de 26 de octubre de 2006 (Mostaza Claro), sobre la conformidad con el derecho comunitario de una cláusula compromisoria incorporada en un contrato de abono a una línea de telefonía móvil; C-243/08, de 4 de junio de 2009 (Pannon GSM Zrt.), que versaba sobre la conformidad con el derecho comunitario de una cláusula de sometimiento expreso a los tribunales del domicilio de Pannon inserta en un contrato de abono a una línea de teléfono móvil; C-484/08, de 3 de junio de 2010 (Banco Español de Crédito), en la cual se preguntaba si un juez nacional podía apreciar de oficio la naturaleza abusiva de una cláusula de interés de demora del 29% incluida en un contrato de préstamo hipotecario; C-415/11, de 14 de marzo de 2013 (Mohamed Aziz), sobre la conformidad con el derecho comunitario de las disposiciones españolas en materia de ejecución hipotecaria que no permitían suspender dicho procedimiento, ni cuando se observaba que la cláusula que había motivado la ejecución era —o podía ser— abusiva; y C-488/11, de fecha 30 de mayo de 2013 (Asbeek Brusse y de Man Garabito), sobre la conformidad con el derecho comunitario de una cláusula de declaración de mora por un solo impago, de una demora del 1% mensual y una pena contractual de 25 € por día de impago, incorporadas en un contrato de arrendamiento de vivienda por remisión a las condiciones generales del *Raad voor Onroerende Zaken* (Cámara de la Propiedad de Holanda).

<sup>30</sup> En este caso se discutía si las cláusulas suelo incorporadas en contratos de préstamo hipotecario suscritos por los demandantes con múltiples entidades financieras eran o no abusivas.



partes. Así estas pueden pactar que se reservan toda información privada relacionada con el objeto del contrato en el cual y, por ejemplo resuelvan vender y comprar una cosa «*as it is*». Las partes pueden incluso quedarse más acá del principio de buena fe cuando, también por ejemplo predeterminan que las relaciones que entablan no van a ser en ningún caso jurídicamente vinculantes, es decir, no van a ser contractuales<sup>31</sup>.

Incluso en el ámbito de una negociación contractual, las partes pueden finalizarla con un acuerdo de cuya nulidad sean conscientes y, como consecuencia de ello, pongan expresamente de manifiesto que ninguna de ellas podrá excepcionar posteriormente el abuso de la nulidad formal del contrato en el futuro, aunque tal abuso conforme una categoría específica de la apreciación del principio de la buena fe que, en circunstancias normales, limitaría la alegación de la nulidad.

Y ya en el ámbito específico del artículo 1.258 CC, es decir, en presencia de un contrato válido y eficaz, las partes pueden especificar que el entendimiento de sus cláusulas deberá ser estricto y que, por ejemplo, deberá excluir la consideración de cualesquiera circunstancias posteriores a su celebración, incluso de aquellas que, normal e históricamente, serían atendibles por exigencias de buena fe (como una alteración sobrevenida, imprevisible y extraordinaria de las circunstancias). En la práctica, tales disposiciones se podrán entender como una modificación típica del contrato, por ejemplo, una tal que se refuerce la asunción de riesgos de una parte hasta convertirlo en un contrato aleatorio o de seguro.

En todo caso, los ejemplos anteriores ilustran cómo la buena fe contractual es contextual, que está ceñida al contrato y a sus circunstancias, y que desde este punto de vista es modulable con sujeción únicamente a los límites genéricos de los artículos 1.255 y 1.275 del Código Civil. El que la buena fe contractual sea modulable, el que sea contextual no resta ni un ápice a su característica de contractual: en ningún caso sería justificable un comportamiento penalmente típico o ilícito, por contrario a la ley imperativa, a la moral y a las buenas costumbres. No cabe el duelo por contrato.

## 8. BUENA FE PROCESAL

En el proceso, el principio de buena fe procesal (artículos 11 LOPJ y 245 LEC, se citan), es claramente aplicable de oficio según señala la doctrina<sup>32</sup>, pese al

---

<sup>31</sup> Pablo SALVADOR CODERCH, *Relaciones de complacencia en el entorno digital. Discurso de ingreso como Académico de Número en l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, Barcelona, 2015.

<sup>32</sup> M<sup>a</sup> del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, «Comentario al artículo 7 del Código Civil», en Manuel ALBALADEJO GARCÍA y Silvia DÍAZ ALABART (Dirs.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, EDERSA, Madrid, 1992, p. 897. M<sup>a</sup> Nélida TUR FAÜNDEZ, *La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 55.

posicionamiento de un sector minoritario contrario a tal apreciabilidad de oficio, en virtud del principio dispositivo que debe regir las actuaciones en el proceso civil. La doctrina mayoritaria señala:

«[R]especto de la relación jurídico-procesal, el juez puede apreciar la actuación maliciosa de la parte en todos aquellos actos que se deriven de su propia intervención procesal sin necesidad de que la parte contraria alegue nada [...].

Y, en segundo lugar, respecto de la relación jurídico-material, el juez también podrá apreciar de oficio la actuación maliciosa de la parte cuando concurren dos requisitos: que los hechos susceptibles de calificarse como atentatorios a la buena fe hayan sido oportunamente alegados por alguna de las partes, y que esta alegación forme parte del planteamiento o enfoque jurídico de quien será beneficiado por la apreciación de la mala fe [...]. En este caso, no es relevante que el litigante expresamente haya citado el artículo 7.1 CC, 11 LOPJ o 247 LEC, para que el juez aprecie de oficio los efectos derivados de una actuación atentatoria a la buena fe en virtud de la regla *iura novit curia* recogida en el artículo 218.1.II LEC [...]»<sup>33</sup>

Y desde un punto de vista material, la misma regla vendría exigida por el Código Civil (artículos 1.305 y 1.306), cuya consecuencia procesal es que a un tribunal hay que acudir con las manos limpias (*nemo auditur*).

Sin embargo, el principio de buena fe contractual no habilita al juzgado para reconstruir un nuevo contrato sobre el celebrado por las partes, el cual por hipótesis, es válido y obliga.

## 9. ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO (*LAW AND ECONOMICS*) Y BUENA FE CONTRACTUAL

La incorporación del análisis económico del derecho a la dilucidación y análisis de la buena fe contractual ha tenido lugar mayormente en este siglo XXI y se debe a autores que trabajan en entornos fronterizos del *Civil Law* y el *Common Law*, como Ejan MACKAAY, profesor emérito de la Universidad de Montreal, o Hans-Bernd SCHÄFER, quien lo ha sido de la Universidad de Hamburgo y de la *Bucerius Law School*. Ambos han puesto énfasis en que la exigencia de buena fe propia de los códigos civiles del *Civil Law* y luego en el *Common Law* mis-

---

<sup>33</sup> Joan PICÓ I JUNOY, *El principio de la buena fe procesal*, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 2013, pp. 137-138.

mo: artículo 7 CISG<sup>34</sup>, o en la *lex mercatoria* del artículo 1.7 de los Principios Unidroit<sup>35</sup>, persigue la conducta oportunista de una parte contractual —aquella que, como bien definió Oliver WILLIAMSON en 1975 consiste en la «búsqueda del interés propio mediante el engaño»—<sup>36</sup>.

La utilización del principio de buena fe, escriben MACKAAY y SCHÄFER, permite reducir los costes de transacción, y particularmente, los gastos incurridos por las partes en precaverse recíprocamente de la mala fe de la otra; también posibilita incrementar el beneficio conjunto del contrato concebido como instrumento de creación de riqueza; y, por último, dificulta que una parte consiga una redistribución a su favor de los beneficios del contrato que resulte manifiesta y gravemente injusta.

Para el análisis económico, la explotación grave de una parte por la otra se ve facilitada en los entornos contractuales caracterizados por una asimetría estructural de información a favor de la parte que obtiene la ventaja excesiva. Esta ha de ser suficientemente conspicua, es decir ha de superar una proporción (*threshold*) que es relativa a cada circunstancia contractual concreta.

El análisis económico del derecho es consciente de que el concepto de buena fe facilita ampliar la discrecionalidad del juez o del árbitro, favorece el activismo judicial e ignora que los jueces —menos los árbitros profesionales— no siempre están bien informados de las circunstancias del contrato concreto (casi nunca lo están tan bien como las partes, fuera del derecho del consumo) o de las pautas o usos de la contratación en los sectores del tráfico relevantes —aunque la especialización creciente de la segunda instancia judicial en España contrarresta esta objeción—<sup>37</sup>.

El análisis económico del derecho de la buena fe contractual también ha puesto de manifiesto cómo su alcance se acota mediante el recurso a categorías o subcategorías<sup>38</sup> que la presuponen, como ocurre en el artículo 7 del Código Civil

---

<sup>34</sup> «(1) In the interpretation of this Convention, regard is to be had to its international character and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith in international trade.»

<sup>35</sup> (1) Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. (2) The parties may not exclude or limit this duty.»

<sup>36</sup> «self-interest seeking with guile». Véase Oliver E. WILLIAMSON, *Markets and Hierarchies: Analysis and Anti-trust Implications: A Study in the Economics of Internal Organization*, Free Press, New York, 1975, p. 255.

<sup>37</sup> Ejan MACKAAY & Violette LEBLANC, «The Law and Economics of Good Faith in the Civil Law Contract», en 2003 *Conference of the European Association of Law and Economics*, Nancy, France, 18-20 September, 2003. Ejan MACKAAY, «The Economics of Civil Law Contract and of Good Faith», en *Symposium in honour of Michael J. Trebilcock*, Toronto, 1-2 October, 2009. Ejan MACKAAY, «Good Faith in Civil Law Systems – A Legal-Economic Analysis», *Cirano Scientific Series 2011s-74*, Montréal, 2011. Hans-Bernd SCHÄFER & Hüseyin Can AKSOY, «Good Faith», en *Encyclopedia of Law and Economics*, Springer Science & Business Media, New York, 2015, p. 1.

<sup>38</sup> A este respecto, y como bien apuntan SCHÄFER / AKSOY (2015, p. 3), las subcategorías del principio general de buena fe son, entre otras: «culpa in contrahendo; contract with protective

español, en el cual la referencia al abuso de derecho sigue a la buena fe. El abuso del derecho es social o institucional<sup>39</sup>, mientras que la buena fe es individual y concreta, pues se predica de actos de ejercicio de un derecho.

Exactamente lo mismo, una explicación general del principio de buena fe seguida de un elenco de categorías y subcategorías que la concretan, lo encontramos, en las antípodas del análisis económico, en los grandes comentarios y tratados secularmente elaborados por la doctrina alemana sobre el BGB y su parágrafo 242<sup>40</sup>. Esta doble aproximación, desde el análisis económico y doctrinal, es fecunda por lo independiente, pues se lleva a cabo prácticamente del mismo modo desde dos ámbitos muy distintos y tradicionalmente poco interrelacionados, como son el análisis económico del derecho y la dogmática civil alemana, aunque hasta en Alemania la integración del discurso económico en el jurídico es creciente<sup>41</sup>.

## 10. EL CONTEXTO DE LA BUENA FE OBJETIVA EN EL ARTÍCULO 1.258 DEL CÓDIGO CIVIL

En el artículo 1.258 del Código Civil la buena fe contractual, es decir, la conformidad de la conducta de las partes con exigencias de corrección, coherencia y credibilidad, es contextual:

### 10.1. *Contrato válido y eficaz*

En el artículo mencionado, la buena fe parte de un contrato válido y eficaz y que, además y en principio, es inmediatamente exigible, pues el texto dice, literalmente, «obligan». Sin embargo, hay que entender que se refiere también a un contrato meramente vinculante, pues, por ejemplo, puede incluir obligaciones suspensivamente condicionadas. Esta distinción es básica para entender qué es buena fe contextual: si las obligaciones contractuales están sujetas a condición suspensiva, los efectos del contrato son meramente vinculantes y el alcance de la buena fe contractual se centra en los actos o comportamientos conservativos (artículo 1.121 del Código Civil). El deudor todavía no está obligado, la obligación

---

effects for a third party; liability for breach of trust; adaptation of the contract to changed circumstances (clausula rebus sic stantibus); side obligations from a contract (breach of which constitutes a case of breach of contract); obligation to contract; principle of trust in formation, interpretation, and gap filling of legal transactions; misuse (abuse) of rights; and forfeiture.»

<sup>39</sup> CARRASCO (2016), págs. 507-509.

<sup>40</sup> FRIESECKE (2018), Dirk LOOSCHELDERS & Dirk OLZEN, «Comentario al § 242 BGB», en STAUDINGER, J. von *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*, B.2 Recht der Schuldverhältnisse 241-243 Treu und Glauben, Sellier, De Gruyter, Berlín, 2015, pp. 339-735. KRÜGER (2018).

<sup>41</sup> HeIn KÖTZ, *Vertragsrecht*, 2. Auflage, Mohr Siebeck Lehrbuch, Tübingen, 2012, p. 266.

no ha nacido, pero si su comportamiento o conducta tienden a frustrar la conservación del derecho eventual de su acreedor, este podrá accionar ex artículo 1.121 del Código Civil con todas aquellas consecuencias que razonablemente se entiendan derivadas del principio de buena fe (igualmente: artículo 115 de la LH). La distinción entre vinculación y obligación, entre validez y eficacia, está implícita en el artículo 1.258 del Código Civil, dada la expresión «desde entonces», es decir, desde la perfección del contrato.

En cambio, si el contrato es nulo, o simplemente si todavía no se ha perfeccionado, las exigencias de la buena fe se ciñen a las derivadas de la aplicación de la doctrina de la culpa *in contrahendo*, la cual no es objeto de este trabajo<sup>42</sup>.

En tercer lugar, el artículo 1.258 del Código Civil incorpora el principio espiritualista del derecho español de contratos (artículos 1.254 y 1.278 del Código Civil), el cual excluye o minimiza la relevancia de los requisitos formales en presencia de consentimiento contractual. Las partes pueden modular cualesquiera exigencias adicionales para considerar perfeccionado el contrato, pero si no lo hacen, es claramente contrario a la buena fe ampararse en pretendidas irregularidades que no afectaron a la manifestación de un consentimiento libre y recíproco.

## 10.2. *La buena fe contractual es contextual al contrato mismo*

En el artículo comentado, la buena fe no opera primariamente para corregir el contenido del contrato, no actúa «en vez del contrato», sino que lo hace conjuntamente con él o, en el artículo más claramente, de modo complementario, como fuente de interpretación del contrato. Además, hay en el artículo una distinción implícita entre aquello que ya ha sido expresamente pactado, en su caso, y aquello que no lo ha sido ya. En el primer ámbito, la buena fe es primariamente interpretativa; y, como ya hemos señalado repetidamente a lo largo de este trabajo, lo expresamente pactado puede precisamente ceñir grados más o menos intensos de exigencia de la buena fe (las partes pueden, por ejemplo, haber pactado facultades de denuncia o desistimiento *ad nutum*, al criterio libérrimo de una o de ambas, incluso intempestivas; cfr. artículo 1.705 y 1.706 del Código Civil). En cambio, si el contrato se formó tácitamente, por actos concluyentes, no existe lo expresamente pactado o cuando, habiendo contrato expreso, su inevitable incompletud es integrada por la buena fe. En ambos casos, la buena fe integra el alcance de tales actos concluyentes en el contrato y colma las lagunas o insuficiencias de lo pactado en el contrato expreso pero incompleto. Además, en defecto de pacto expreso o en ausencia de su tenor, el alcance del principio de buena fe es más fuerte que en su presencia, pues entonces aquella deja de ser contextual,

---

<sup>42</sup> Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 119-137.

aunque, y como veremos, el juez carezca de un arbitrio absoluto pues, también en ausencia de pacto expreso, la naturaleza del contrato, los usos y la ley, limitan la imaginación judicial. Afortunadamente.

### 10.3. Buena fe contextual como coherencia

En el artículo 1.258 del Código Civil, en tanto que objetiva, la buena fe es corrección, pero, además, es coherencia con el contrato y el texto no ampara resoluciones que integren el contenido del contrato pero que sean incongruentes con el contrato mismo. Utiliza la palabra «consecuencia», es decir, «[h]echo o acontecimiento que se sigue o resulta de otro», «[i]lación o enlace del consiguiente con sus premisas» (acepciones 1ª y 4ª del DRAE) que se pretende hacer derivar de la buena fe con las premisas en las cuales se sigue el contrato mismo. Se ve ahí cómo la alegación de la buena fe difícilmente puede contradecir lo pactado. Solo en casos extremos, en contratos de tracto sucesivo y de larga duración objetos de una alteración exorbitante, imprevisible o extraordinaria de las circunstancias (cláusula *rebus sic stantibus*), o en casos manifiestos e intolerables de *exceptio doli*, por ejemplo, es admisible la alteración aparente del principio de congruencia. Es más, en tanto en cuanto el contrato se ha celebrado sobre una base, teniendo en cuenta tales o cuales circunstancias y su evolución previsible, su adaptación o terminación por exigencias de la buena fe no sería incongruente con el contrato mismo. Del mismo modo un contrato normalmente vinculante no puede excluir la prestabilidad del dolo. Mas el juzgador habrá de explicitar cuál es la categoría o subcategoría que incorpora y modula la doctrina general de la buena fe y que considera aplicable al caso. Este acoplamiento lo hemos ido viendo a lo largo de este trabajo, particularmente en el derecho de los consumidores, en el cual la referencia a la buena fe hace se formula siempre junto con expresiones tales como «justo equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes» [artículo 80.1.c) TRLGDCU], «desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato» (artículo 82.1 TRLGDCU) y «falta de reciprocidad en el contrato» (artículo 87 TRLGDCU). El género de la buena fe se concreta en la especie.

### 10.4. La naturaleza del contrato: tipo, causa y contrato concreto

«Naturaleza», en español, es una expresión ambigua, pero en este trabajo su sentido contextual propio más probable es «especie, género o clase» (10ª acepción en el DRAE)<sup>43</sup>. La articulación y alcance de la buena fe contextual en los con-

---

<sup>43</sup> Una sencilla búsqueda en el Código Civil permite ver que en su texto aparecen 63 referencias al término de «naturaleza», de las cuales 7 se incluyen en los títulos de diversos Capítulos del Código Civil. Las 56 referencias restantes se encuentran mayoritariamente concentradas en sede contractual (artículos 1.257, 1.258, 1.286, 1.483, 1.495, 1.555.2, 1.558, 1.608, 1.655, 1.680,

tratos se delimita de acuerdo con la clase o tipo de contrato de que se trate, con su causa y, en particular, con su causa concreta. A la consideración jurídica propia del análisis doctrinal, se suma la consideración económica y contable, cuyos criterios básicos aparecen en el Plan Nacional de Contabilidad<sup>44</sup>. La referencia a este no es extravagante, pues la relevancia del plan resulta naturalmente del principio de unidad del ordenamiento jurídico, así como de criterios normativos razonables aplicados por leyes generales como por ejemplo es el caso del artículo 13 de la ley tributaria. En parecido orden de ideas, los deberes de lealtad son típicos de las relaciones de gestión de asuntos o intereses ajenos, pero mucho menos intensos en la compraventa y, en un contrato de juego, se ciñen a las exigencias de juego limpio o *fair play*. Como se puede ver de nuevo, la buena fe es contextual.

Influye también el contrato concreto, la ordenación concreta que las partes han previsto y aquí, de nuevo, hay que hacer mención a las disposiciones sobre buena fe de nuestro derecho de consumo, en las cuales su exigencia se asocia al equilibrio prestacional o, más cercanamente, al artículo 1.289.1 *in fine* del Código Civil.

Finalmente, la buena fe contractual es también sistemática en cuanto para su dilucidación no solo hay que atender a cada cláusula del contrato, sino a aquello que resulte de su conjunto, de modo que las cláusulas ambiguas en el sentido «más adecuado para que produzca efecto» (artículo 1.284 CC).

### 10.5. Buena fe y usos

La referencia a los usos en el artículo 1.258 CC ha de ponerse en relación con el artículo 1.3, párrafo 2º CC y con el artículo 1.287 CC. En la doctrina se ha discutido si los usos del artículo 1.258 CC son interpretativos, además de integrativos, o incluso normativos, equivalentes a la costumbre, que es fuente de derecho<sup>45</sup>.

---

1.705, 1.707, 1.719 y 1.800 del Código Civil). También en el derecho general de obligaciones (artículos 1.100.2, 1.104, 1.118, 1.120, 1.122, 1.128, 1.148, 1.151 y 1.174 del Código Civil), en sucesión por causa de muerte (artículos 9.8, 796, 823, 956, 959, 1.047 y 1.061 del Código Civil) y el derecho de filiación (artículos 9.4, 108, 112 y 180.4 del Código Civil). Las restantes menciones a la «naturaleza» son residuales. Concretamente, las hallamos en sede de asociaciones de interés público (artículo 36 del Código Civil) adopción (artículo 175.5 del Código Civil), el uso adecuado a la «naturaleza» de los bienes muebles (artículo 337.II del Código Civil), la comunidad de bienes (artículo 396 del Código Civil), las aguas como bienes de dominio público (artículo 407.4 del Código Civil) y de dominio privado (artículo 408.2 del Código Civil), la posesión (artículo 456 del Código Civil), el usufructo (artículo 485 del Código Civil), la ocupación (artículos 610 y 617 del Código Civil), las donaciones (artículo 620 del Código Civil), el régimen económico-matrimonial de la comunidad de gananciales (artículos 1.356 y 1.385 del Código Civil), la fianza (artículo 1.843) y la concurrencia y prelación de créditos (artículo 1.928 del Código Civil).

<sup>44</sup> Real Decreto 1514/2007, de 16 de noviembre. En él pueden verse, por ejemplo, para la permuta la norma 2ª, 1.3; para el arrendamiento la norma 8ª, para los ingresos por venta la norma 14ª, 2; o para las donaciones la norma 18ª.

<sup>45</sup> Luis Díez-PICAZO, «Comentario al artículo 1 CC», en Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEON, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Co-*



El artículo 1.258 CC no distingue entre unos y otros; cuáles sean los relevantes para modular la buena fe en los casos concretos dependerá de las circunstancias de cada uno de ellos. En algunos, se tratará de usos normativos (es decir, de costumbre en sentido estricto)<sup>46</sup> y su tratamiento será parejo al que la buena fe contractual tiene con la ley, con la única e importante salvedad de que en el sistema español de fuentes, la costumbre es *praeter legem*, no *contra legem*<sup>47</sup>. Un

---

*mentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 7 afirma el carácter de «fuente secundaria del ordenamiento jurídico español» a la costumbre pues estas «normas jurídicas de carácter consuetudinario [...], aquellas que, cualquiera que sea su origen [...] poseen real eficacia, por su efectiva implementación y observancia, durante largo tiempo» y solo se aplican «“extra” o “praeter legem”». Así lo establece claramente el artículo 1.3: “sólo regirá en defecto de ley aplicable”» (Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 1 CC», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO [Coord.], *Comentarios al Código Civil*, 4ª edición, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 22). Luis Díez-PICAZO, en el «Comentario al artículo 1.258 CC» afirma, apoyándose en DE CASTRO, que «[l]os usos aludidos en el art. 1258 son los que la doctrina ha llamado usos del tráfico o usos de los negocios, que DE CASTRO definía como el modo normal de proceder en el mundo de los negocios», usos que integran el contrato «de un modo objetivo y con independencia de la voluntad de los otorgamientos. No rige porque se presume que las partes quisieron o hubieran querido lo que es habitual querer, sino como un criterio independiente de tal voluntad» (T. II, p. 438).

<sup>46</sup> Citando a la doctrina mercantilista, Díez-PICAZO pone de manifiesto «la dualidad de los usos, separando usos normativos y usos interpretativos», siendo el primer tipo aquel que «representa una rama del Derecho objetivo que se impone como tal a la voluntad de las partes», por lo que es «independiente de la voluntad de las partes» mientras que los segundos «representan siempre el contenido típico de un contrato». También Calixto DÍAZ-REGANÓN GARCÍA-ALCALÁ, «Comentario al artículo 1258 CC», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4ª edición, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 1506 pone de manifiesto el debate doctrinal entre usos normativos y usos interpretativos destacando que «[u]na doctrina autorizada defiende que la distinción entre usos normativos y usos interpretativos «ex» artículo 1.3 no afecta a la interpretación del artículo 1287; que este precepto no distingue dos tipos de usos o dos usos de diferente naturaleza (el interpretativo en su primer inciso y el normativo en el segundo), sino dos funciones susceptibles de ser desempeñadas por los usos y que nada obsta para que un uso normativo cumpla una función interpretativa». El autor cita los trabajos de Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, T. I, Civitas, Madrid, 1996, p.408 y Ángel M. LÓPEZ Y LÓPEZ, «Comentario al artículo 1287», en Manuel ALBALADEJO y Silvia Díez ALABART (Dirs.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XVII, vol. 2º, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1995, pp. 62-64.

<sup>47</sup> Véase en esta misma línea a Luis Díez-PICAZO, «Comentario al artículo 1 CC», en Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEON, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 7: «No son admisibles las llamadas costumbres contra legem o costumbres que establecen o disponen lo contrario de lo ordinario o lo dispuesto por la ley». En este mismo sentido, Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario al artículo 1 CC», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4ª edición, Cizur Menor, Aranzadi, 2013, p. 22: «La costumbre no puede ser contraria ni a la ley (STS 2 abril 1993 [RJ 1993, 2985]), ni a la moral social dominante, ni al orden público (art. 1.3)». Luis Díez-PICAZO, «Comentario al artículo 1 CC», en Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis Díez-PICAZO Y PONCE DE LEON, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH (Dirs.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 7, dice que una excepción a la prohibición de la costumbre *contra legem* es «en los Derechos civiles especiales de determinadas regiones o comunidades autónomas, pues el art. 149.1.8 de la Constitución, les reserva el establecimiento de sus propias fuentes del derecho, por lo que es posible que en ellas la existencia de costumbres contra ley, como ocurre, singularmente, en el Derecho foral de Navarra según su Compilación».



límite inferior al concepto amplio de usos para modular la buena fe connotado por el artículo 1.258 CC es el modo o práctica propios y exclusivos de las partes en sus relaciones contractuales si son repetidas porque la práctica bilateral no basta, en principio, para configurar un uso. Mucho menos, la práctica exclusivamente individual de una de las partes la cual no ha de extrapolarse sin más a la relación contractual bilateral, pues el contrato se interpretará o se integrará con los usos o prácticas usuales y no necesariamente con los modos de hacer de una de las partes, los cuales, de nuevo, no tienen por qué haberse tenido en cuenta en el contrato concreto del cual se trate. La insistencia en la contextualidad de la buena fe se constata también en el caso en el cual las partes se acomodan a un código de buenas prácticas. Cuál sea su alcance específico dependerá de la naturaleza del código, por ejemplo, de que se haya establecido por mandato legal, de que sea una práctica profesional impulsada por la industria o el gremio profesional, o de que sea incluso un acuerdo marco de las relaciones entre las partes. No cabe generalizar pero el principio de buena fe es también consonante con los usos.

#### 10.6. Buena fe y ley

En este trabajo hemos venido defendiendo que el de buena fe, como tal principio, es fuente de derecho y se aplica en defecto de ley, pero antes que ello y según el artículo 1.258 CC el principio mismo se entiende e integra coherentemente con la ley, tanto con la imperativa, como con la dispositiva. Por así decirlo, los autores de este trabajo defendemos una posición que trata de asumir las cualidades del debate entre Hart y Dworkin, entre el derecho positivo y los principios, entre el pedigrí y el contenido: el principio de buena fe integra el derecho positivo sin confundirse con él ni desplazarlo<sup>48</sup>.

La anterior no es la posición de la doctrina dominante española la cual restringe el alcance de la expresión «ley» del artículo 1.258 CC a la ley dispositiva, pues, se afirma, la ley imperativa se aplica sin más, por su condición de tal, con independencia de cualquier disposición privada. Sin embargo, el principio de buena fe no es ninguna disposición privada<sup>49</sup>. Además tal interpretación no re-

---

<sup>48</sup> El debate empezó con la publicación por Ronald DWORKIN en 1967 del artículo «The Model of Rules I», *University of Chicago Law Review*, n° 35, pp. 14-46. En él criticaba la posición positivista que HART había expuesto en su conocida obra de 1961, titulada *The Concept of Law*. Para un análisis del debate y sus consecuencias, véase Scott J. SHAPIRO (2007), «The «Hart-Dworkin» Debate: A Short Guide for the Perplexed», *Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Working Paper n° 77.

<sup>49</sup> Calixto DÍAZ-REGAÑÓN GARCÍA-ALCALÁ, «Comentario al artículo 1.258», en Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4ª edición, Cizur Menor, Aranzadi, 2013. Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, «Integración contractual (Derecho Civil)», en Alfredo MONTOLYA MELGAR (Dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, p. 3639. Luis DÍEZ-PICAZO,

sulta del texto específico del artículo 1.258 CC, el cual habla de «consecuencias que [...] sean conformes a la ley» y la exigencia de conformidad se predica primariamente (*rectius*: necesariamente) de la ley imperativa. Además el artículo 3.2 del Código Civil establece que «la equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas», sin distinguir también entre normas imperativas y dispositivas. Y si la equidad, la cual es más laxa que la buena fe objetiva, modula la aplicación estricta de la ley, con mayor razón podrán hacerlo las exigencias que, en el caso concreto, el juzgador entienda derivadas de la buena fe. En la doctrina alemana es pacífico que el derecho imperativo no está excluido del principio de integración establecido por el § 242 del BGB<sup>50</sup>.

No tendría mucho sentido dejar de modular el principio de buena fe en cada contrato al margen de su conformidad con el derecho imperativo (*ius cogens*), mucho menos en una concepción que asume integrar principios con derecho positivo sin confundir sus orígenes, pues los principios tienen mucho que ver con la moral social y no se confunden con el derecho positivo (véase artículo 1.255 CC). Ciertamente es que, a la postre, como en el artículo 1.4 CC se establece que «los principios generales se aplicarán en defecto de la ley», la doctrina dominante tiene a su favor la subsidiariedad de esta fuente del derecho en el sistema del Código Civil. Pero ello, apuntamos aquí de nuevo, no sería coherente con el inciso final del mismo artículo 1.4 CC que dice «sin perjuicio de su carácter informador del ordenamiento jurídico» y no lo sería tampoco con la concepción integradora del debate Hart-Dworkin asumida en este trabajo. «Informador», de «informar», es, en este contexto, «[f]undamentar, inspirar» (3ª acepción del DRAE) e, incluso, «[d]ar forma sustancial a algo» (4ª acepción del DRAE). En la concepción del artículo 1.258 CC hay, por así decirlo, un ir y venir entre el principio de buena fe y la ley imperativa y dispositiva casi como si se tratara, en expresión feliz de José María MIQUEL, «de un ordenamiento paralelo», coherente. Y esta reflexión nos lleva al último epígrafe de este trabajo.

### 10.7. Buena fe y normas sociales

Las consideraciones anteriores nos llevan a un último apunte sobre la relación entre el principio de buena fe contractual y las normas sociales (*social norms*).

---

«Comentario al artículo 1258 CC», en Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Luis DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Rodrigo BERCOVITZ y Pablo SALVADOR CODERCH (Dir.), *Comentario del Código Civil*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 462. Juan ROCA GUILLAMÓN, «Comentario al artículo 1258 CC», en Manuel ALBALADEJO GARCÍA y Fernando REGLERO CAMPOS (Dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XVII, vol. 1º A, Edersa, Madrid, 1993, p. 462.

<sup>50</sup> Por todos, véase Wolfgang KRÜGER, «Comentario al § 242 BGB», en Franz JÜRGEN SÄCKER, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 8. Auflage, C.H. Beck, München, 2018, p. 135 (nº 75, letra c). Todas las normas se modulan de acuerdo con la buena fe contractual, también las imperativas.

Las normas sociales son los cánones y pautas de conducta no establecidos por el Estado o, por lo menos, que no son aplicados por el Estado y sus órganos<sup>51</sup>. El principio de buena fe es, así, el mecanismo al cual recurren los contratantes o, en su caso, los mediadores, los árbitros o los tribunales para interpretar o integrar el texto del contrato según cánones de conducta que la comunidad asume que en el caso concreto resultaban exigibles. Según la concepción dominante, unilateralmente dworkiana, las normas sociales podrían ser directa e inmediatamente aplicables. En la concepción que hemos defendido y fundamentado en este trabajo la buena fe es contextual, no es independiente del contrato, sino que se aplica con respeto a su texto, su contenido, su naturaleza y, por supuesto, la ley. En el artículo 1.258 CC la idea rectora es que la buena fe se aplica además, no en vez, del contrato.

## 11. CONCLUSIÓN

Buena fe es una expresión recurrente en los textos de derecho privado español y su sentido cabal en cada uno de ellos está en función de cada uno de estos mismos textos. En algunos es buena fe objetiva; en otros, buena fe subjetiva. En el artículo 1.258 CC la buena fe es contextual: interpreta e integra un contrato válido y eficaz. Incluso cuando excepcionalmente lo corrige o lo termina, ello ocurre porque una doctrina específica sitúa al juzgador en el momento de la celebración del contrato y en contemplación de las circunstancias que constituyen la base del negocio. Pero esto es excepcional. En la inmensa mayoría de los casos la buena fe contractual no es ningún comodín, sino que es contextual.

---

<sup>51</sup> Eric A. Posner, *Law and Social Norms*, Harvard University Press, Harvard, 2002.



# Necrològiques



## IN MEMORIAM I HOMENATGE A L'HBLE. SR. AGUSTÍ M. BASSOLS I PARÉS

per

NÚRIA DE GISPERT I CATALÀ

*Acadèmica de número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*

29 de gener de 2019

(Salutacions protocol·làries)

Vull, en primer lloc, agrair a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, i a l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, i en especial al seu president i a la seva degana, l'Excm. Sr. Lluís Jou i Mirabent i l'Excm. Sra. Eugènia Gay i Rosell, l'encàrrec de pronunciar aquestes paraules necrològiques de l'Hble. Sr. Agustí M. Bassols i Parés. Ha estat per a mi un alt honor i una enorme satisfacció rebre aquest encàrrec, perquè molts de vostès coneixen la relació de feina i d'amistat que em va unir amb el conseller Bassols i la seva família durant més de 35 anys.

Vull agrair també a la seva família per les dades més personals que m'han subministrat per tal d'escriure aquestes paraules; i, finalment, a l'acadèmic i amic Hble. Sr. Josep D. Guàrdia, el qual gaudia també d'una gran amistat amb en Bassols, pels consells rebuts, sempre tan ponderats i adients.

Fill de Florinda Parés i de Claudi Bassols, l'Agustí M. Bassols va néixer a Barcelona el 17 de juny de 1924 i va morir el 25 d'abril de 2018, a l'edat de 93 anys. I ho va fer en el si d'una família de Barcelona; profundament cristiana i d'educació cívica i catalana. El seu pare i el seu avi, metges de prestigi reconegut. Va tenir un germà, en Ramon, també metge, i tres germanes: la Maria, la Montserrat i la Núria. Ell no va seguir l'ofici patern. Ja des de ben petit deia que seria advocat.

La seva biografia i, per això, la seva trajectòria cívica i professional han estat molt marcades pel que li ha tocat viure: la Guerra Civil, la llarga nit franquista, la Transició i el procés pel Dret a decidir, amb les seves derivacions insospitades.

Per això, podem afirmar que, tot i defugir la primera línia mediàtica, l'Agustí ha estat actor públic català en un període d'excepció: la segona meitat del segle XX i aquests inicis de Mil·lenni.

Fa molts anys el conseller Bassols m'explicava un episodi familiar de la Guerra civil que el va impactar molt: el seu pare, un reconegut pediatre, curava persones amagades per les amenaces de mort dels «incontrolats». Al març de 1938 va ser delatat, detingut i dut a la txeca de Vallmajor, del Servei d'Informació Militar, i després fou tancat a la presó Model, on els seus dos fills anaven un cop per setmana a portar-li roba i menjar. I un dia sense cap explicació el pare va tornar a casa. No hi hagué un desenllaç fatal, per sort, però aquella situació crítica familiar pesaria com una gran llosa de silenci.

En aquells mateixos dies o setmanes, Manuel Carrasco i Formiguera, amic del pare, va morir assassinat després d'un judici sumaríssim a Burgos. Cal fer memòria d'aquells temps, amb els seus silencis, tan eloqüents i l'empremta que hi van deixar, tot i que no la manifestessin.

El conseller Bassols va estudiar a l'Escola Virtèlia, que va ser, durant la Barcelona de la postguerra, un gran centre de formació, d'irradiació cristiana, d'educació cívica i catalana i focus de resistència contra el nacionalcatolicisme.

I, l'any 1946, es va llicenciar en Dret per la Universitat de Barcelona.

Mai explicava que ell també va ser perseguit i apallissat, junt amb Josep Carrasco, fill d'en Carrasco i Formiguera. Al curs 1942-1943, tots dos eren estudiants de Dret a la UB. I l'Agustí se la jugava com el seu pare, combatent el franquisme amb les eines que tenien, amb petits actes de propaganda i de sabotatge, aprenent la llengua i la història del país en pisos clandestins... Aquesta part de la seva història l'he coneguda gràcies a un article de l'escriptor Francesc Canosa.

L'any 1951 juntament amb el seu amic i company de partit Anton Cañellas va creuar la frontera andorrana per assistir, a Nantes, al Congrés del Moviment Republicà Popular, esdevingut trobada de les democràcies cristianes europees de l'època.

En tornar, els hi esperava un Consell de Guerra, desactivat per mediació de l'abat de Montserrat Aureli Maria Escarré. Però Bassols no va parar i sempre estaria vigilat per la policia.

Es va casar amb la Rosa Pascual Graneri; en broma havia dit, i crec que ho repetia sovint, que s'havia casat amb l'única dona de Sabadell que no tenia fàbrica.

Van tenir cinc filles i un fill: la Maria Lourdes, la Montxi, la Cristina, l'Agustí, la Rosa i l'Elena. Al moment del seu traspàs tenia 16 nets. Va ser un culer integral; en els darrers anys també molt ben acompanyat per la Rosa. I com a bon culer, passava de l'eufòria al fatalisme sense solució de continuïtat. Havien seguit les Champions per mitja Europa i com bon culer tenia el seu seient al Barça, on anava cada setmana a patir i remugar.

Junt amb la Rosa van viatjar molt, van recórrer mig món i els darrers viatges els feien, quan volien fer una celebració, amb tota la família. Jo els hi vaig copiar aquesta idea i, no fa gaire, el meu marit i jo vam anar de creuer amb els quatre nets grans.



Era un home molt familiar i sempre que podia i estava relaxat parlava de les seves nenes i del fill, l'Agustí, l'únic que li va seguir en la professió i amb qui va compartir despatx molts anys. Se sentia orgullós dels seus fills, dels seus estudis, de les seves feines i els trobava a tots super intel·ligents. Se sentia estimat i deia de la Rosa que ho havia fet molt bé com a mare i esposa, ja que la casa i tot el que comporta rodaven al seu entorn.

He tingut la sort que després de treballar plegats durant molts anys, hem mantingut una relació d'amistat amb ell, la Rosa i tota la família. La seva mort, encara que esperada, per la seva edat i la seva salut precària, ens va colpir a molts. Li hem d'agrair, però, el gran llegat que ens ha deixat, curull de lliçons professionals i de vida, de records, d'empremes vitals... Ha estat una persona que, sota una façana seriosa, fins i tot dura, amagava un tarannà proper, cordial, afable, que tots nosaltres hem tingut el goig de constatar i gaudir.

Per tal de resumir la vida intensa i pluridisciplinar viscuda pel conseller Bassols, dels anys plens i fecunds de dedicació a un país i a la seva gent, al dret i a la justícia, podem recórrer els mèrits adduïts per atorgar-li, merescudament, la Creu de Sant Jordi, al 2010: «la seva sostinguda trajectòria de servei a Catalunya, tant pel que fa a la seva dedicació professional com a l'actuació en defensa de la llengua i la cultura catalanes», i el fet d'haver estat «impulsor de la modernització del dret civil català, especialment en el període de la recuperació democràtica».

Però voldria ressaltar, en aquest punt, que l'Agustí M. Bassols fou un advocat i polític en majúscules, dues facetes de servei al bé comú travessades per un fil roig, insubornable i exigent: el de la sobirania de Catalunya entesa com a fita i com a esperó.

Per això no ens pot sorprendre que, fent justícia a una trajectòria, una vegada retirat de la vida política, i compromès amb el moviment per l'autodeterminació de Catalunya i la seva independència, impulsés, l'any 2009, amb altres juristes una associació anomenada —precisament!— «Sobirania i Justícia», l'objectiu de la qual era promoure les actuacions necessàries per assolir la independència de Catalunya, i que la presidís durant dos anys, abans de passar el relleu a en Quim Torra, actual president de la Generalitat de Catalunya.

Així doncs, hi conflüen, com a leitmotiv de la seva trajectòria, SOBIRANIA i JUSTÍCIA, amb un sentit profund i exigent de MILITÀNCIA que relligava aquests dos ideals en un catalanisme conseqüent que ho impregnava tot.

Va ser un home del seu temps, amb conviccions profundes, sense concessions, sense contemporitzar, però amb un sentit pràctic i proactiu de la seva vocació per servir el dret i la justícia: 'feia coses', i al llarg dels anys les va fer sovint des d'instàncies de Govern, però també en la quotidianitat, la resistència cívica o la pràctica professional. Ara bé, això no ens ha de portar a menystenir la seva faceta reflexiva, intel·lectual, acadèmica, que li va portar, per exemple, a obtenir el seu doctorat 'cum laude' per la UB a l'any 1997, amb la tesi titulada «La col·lació en el Dret civil de Catalunya».

La seva dedicació molt especial a la defensa de la cultura i de la llengua catalanes el va portar, entre d'altres fites, a ser soci fundador d'Òmnium Cultural l'any 1961 a formar-ne part de la Junta directiva (1967-1977); a tenir un paper cabdal en el Primer Congrés de Cultura Catalana, (1975-1977), com a vicepresident del seu Comitè Executiu; i a presidir el Patronat de la Muntanya de Montserrat (gairebé els mateixos anys que va ser conseller de Justícia i Governació), és a dir, durant deu anys.

I, finalment, he de parlar de l'etapa política, com a conseller del Govern de la Generalitat durant 10 anys (1982-1992) i dels 15 anys que va ser membre del Consell Consultiu (1994 a 2009), el qual va presidir cinc anys, del 2000 al 2004, entrant més a fons en la profusa feina en defensa del nostre Dret i en el seu desenvolupament, que va impulsar i del qual podem dir que va ser l'ànima que ens ha portat on som avui: a tenir el Codi Civil gairebé complet.

Col·legiat al 1947, l'Agustí M. Bassols va exercir l'advocacia, amb una gran professionalitat, intensament, durant més de mig segle, amb la interrupció pel seu nomenament com a conseller de Justícia, l'any 1982, quan va substituir el meu pare, advocat i degà d'aquest Col·legi d'Advocats, acadèmic i primer conseller de Justícia de la Generalitat recuperada, al 1980. La vocació li venia de lluny: als 7 anys l'Agustí M. Bassols ja tenia clar que volia ser advocat, quan fos gran.

L'Agustí M. Bassols va defensar constantment la nostra llengua i el nostre dret, com a dues realitats indissolublement unides en què es manifesta la nacionalitat catalana.

Per aquesta consciència de catalanitat, Bassols va participar activament en les tasques col·legials. No ho va fer a l'inici de la seva col·legiació: ell mateix deia que el col·legi que va conèixer acabat de llicenciar era un de molt diferent, es vivia un ambient de postguerra; el català estava prohibit i, a més, Madrid imposava la Junta de Govern.

L'any 1960, les Corts espanyoles van aprovar la Compilació del Dret civil de Catalunya; i l'any 1961, sota els auspicis d'en Ramon M. Roca Sastre, va col·laborar en un curs adreçat als advocats, juntament amb Josep Joan Pintó Ruiz. Va impartir les dues classes assignades en català.

Quan començaren a canviar les circumstàncies polítiques, es va apropar al Col·legi, durant el deganat d'en Josep Maria Pi i Sunyer (1957-1962), jurista i advocat de mentalitat oberta. Pi i Sunyer gaudí d'una gran popularitat per la seva bonhomia, humor i anecdotari subtil. Seva és aquella conclusió a què va arribar com a catedràtic de dret quan no volia suspendre ningú: «La vida i el públic ja ho faran en el moment oportú».

La col·laboració amb el Col·legi va créixer arran de l'organització del Congrés de Cultura Catalana (1975-1977), promogut pel mateix Col·legi. En acabar el Congrés, en Pintó Ruiz li va demanar que formés part de la seva candidatura a degà; i en va formar part de la Junta de Govern del 1978 al 1982.

L'any 1965 va escriure a la Revista Jurídica de Catalunya un article titulat «De les reserves». Per coherència, el féu en català, quan encara havien de passar molts anys fins que, a la Revista, s'hi incorporés de manera normalitzada la nostra llengua.

Fou un dels promotors de la Secció de Dret Lingüístic, de la qual va ser designat president; participà en totes les iniciatives relacionades amb el nostre Dret i intervingué en el segon Congrés Jurídic Català.

Va acabar aquesta col·laboració col·legial presidint la Comissió de Defensa de la Cultura Catalana, responsabilitat que va deixar al 1982, en ser nomenat conseller de Justícia.

Pel que fa a la seva activitat acadèmica, a l'any 1990, precisament succeint un advocat en exercici i acadèmic, l'enyorat Francesc Segura de Luna, l'Agustí M. Bassols fou elegit acadèmic de la Reial Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, en la sessió ordinària celebrada el 8 de maig de 1990.

El seu nom havia estat proposat per Ignasi de Gispert, Miquel Casals i Josep D. Guàrdia. Li va correspondre el setial acadèmic de Ramon Coll i Rodés, «jurista, professor i polític», com el va qualificar Carles Obiols, jutge just i eminent jurista.

Dos anys després, el 1992, va llegir el discurs d'ingrés, titulat «Vers la codificació del Dret civil català. La reforma prèvia de 1984», que va ser respost, brillantment, per l'acadèmic Josep D. Guàrdia, qui va insistir que calia proclamar que la defensa —moltes vegades aferrissada, perquè la situació ho reclamava— de la nostra llengua i del nostre dret va ser el nord constant de l'actuació de l'Agustí M. Bassols.

L'acadèmic Agustí Maria Bassols va llegir la contestació al meu discurs d'ingrés a l'Acadèmia, que vaig titular:

«Poder judicial i Administració de Justícia: llums i ombres dels Estatuts d'autonomia de 1979 i 2006», en la sessió plenària del 13 de març de 2008. No podia ser una altra persona, perquè el seu mestratge com a polític i com a home de Dret m'ha acompanyat sempre.

En aquest punt vull fer referència a alguns dels aspectes que apuntava en Bassols sobre la Justícia. Deia que:

«la Justícia (en majúscula), una virtut excelsa, mai no serà prou ponderada. Juntament amb la llibertat, la igualtat i el pluralisme polític, ha estat proclamada a l'article 1 de la Constitució com un dels valors superiors de l'ordenament jurídic de l'Estat.

No obstant aquest solemne pronunciament, i malgrat que l'Administració de Justícia constitueix un servei públic de primer ordre, essencial i imprescindible, el seu funcionament és absolutament deficitari i, si bé el mal ve de lluny, especialment per raó de la seva lentitud, ha arribat darrerament a uns mínims inacceptables.

Quan el Tribunal Suprem necessita set anys per resoldre un recurs de casació i, el poble, amb motiu d'una enquesta pública realitzada el 1996, situa l'Administració de Justícia a l'últim lloc, pel que fa al funcionament, està tot dit respecte de la crítica situació creada, que caldria superar decididament, en un Estat que pretén ser de Dret.»

I, si em permeten l'incís, estic convençuda que, si es fes avui una enquesta similar, el rebuig seria molt més gran i més greu.

Entrant en el contingut del discurs, Bassols fa referència a «La perjudicial incidència de la Llei Orgànica del Poder Judicial de 1985, en relació amb la coneguda “clàusula subrogatòria”, establerta per l'article 18 de l'Estatut del 1979, que queda totalment desvirtuada i debilitada.

I abonant aquesta opinió, Bassols cita el Dictamen 103, de 12 d'agost de 1985, del Consell Consultiu, del que fou ponent un eminent acadèmic, aleshores president del Consell, el recordat Dr. Francisco Fernández de Villavicencio.

En les fonamentades conclusions d'aquest dictamen, va estimar contraris a la Constitució i que vulneraven l'Estatut, no res menys que 178 articles de la Llei Orgànica en qüestió, amén de moltes altres disposicions addicionals i transitòries».

Bassols va ser un acadèmic que procurava no fallar mai a les sessions de l'Acadèmia, se situava sempre en el mateix lloc i, tot i les seves dificultats auditives, escoltava amb atenció i interès les intervencions dels altres, fins i tot en els darrers temps, mentre la vellesa li ho va permetre.

Pel que fa al seu activisme polític, convindria destacar, una vegada i una altra, que el conseller Bassols va ser una persona compromesa amb Catalunya, amb el seu autogovern i amb la defensa de la nostra identitat nacional, al llarg d'una trajectòria política que va abastar des de la militància clandestina a les joventuts d'UDC a principis dels anys quaranta del segle passat, fins al paper simbòlic que va assumir en la creació de Demòcrates de Catalunya al 2015.

Agustí M. Bassols es va afiliar a Unió Democràtica de Catalunya a principis dels anys quaranta. Per ell, Unió era un partit que reunia totes les condicions: catalanista, defensor de la persona i la comunitat (seguint la doctrina del personalisme comunitari), de la justícia social i del principi de subsidiarietat.

A proposta d'Unió, i com a militant d'aquest partit, va ser escollit diputat al Parlament de Catalunya per Convergència i Unió en les dues primeres legislatures del Parlament recuperat (1984-1988) i va ocupar les carteres de Justícia, Governació i, altra vegada, Justícia des de l'agost de 1982 fins el desembre del 1992. Van ser anys de molta feina, que vaig viure de ben a prop, com a secretària general del Departament. Era molt treballador, amb cert caos creatiu i amb bon criteri, no exhibia gens de grandiloqüència i de gestualitat, tan presents en la política i en els afers públics, i desplegava tones de tenacitat.

Com a conseller de Justícia, l'Agustí M. Bassols va contribuir decisivament en la reconstrucció de l'autogovern català en uns àmbits tan sensibles

com són el Dret i la Justícia. Per això fou especialment merescuda la Medalla d'Honor de la Generalitat de Catalunya pels serveis excepcionals a la justícia que rebé el dia 1 de desembre de 2014, en el marc de la celebració del Dia de la Justícia, juntament amb els altres consellers de Justícia de les nou legislatures.

En nom de tots ells, hi vaig pronunciar unes paraules, on vaig poder referir-me especialment al meu pare i al conseller Bassols, per destacar que n'havia pogut rebre, de tots dos, «el testimoni d'un sentit profund, gairebé reverencial, de la justícia, vinculada a la dignitat de les persones i dels pobles, i també la convicció de la centralitat de la justícia en tota societat democràtica i avançada que vulgui veure confluir d'una manera harmònica i creativa la llibertat i la seguretat en un clima de convivència».

El pas del conseller Bassols pel Departament de Justícia va ser intens i profund. Va ser un ferm defensor del Dret civil català i n'impulsà la codificació. La comunitat jurídica catalana coincideix en afirmar que, gràcies al seu impuls, disposem avui d'un Codi Civil de Catalunya propi i quasi complet, que, des del Govern català, es va concebre com una veritable estructura d'Estat.

Va impulsar també la transferència de les presons catalanes. El nostre Govern, que creia fermament que Catalunya era una nació, insistia en assumir totes les competències i serveis possibles, i així engrandir el nostre autogovern. Li deien, amb afecte, el «conseller penitenciari» creia en la seva funció social i va implementar una política de reinserció moderna i allunyada de les que s'han dut a terme en la resta de l'Estat. (Desgraciadament, molts hem pogut constatar darrerament aquesta realitat.)

A partir de l'any 1994 fins el 2009, va ser membre del Consell Consultiu, òrgan que va presidir durant els anys 2000 al 2004. Va participar, essent ponent i/o fent-hi vot particular, en 19 dictàmens, entre els quals la ponència conjunta que va emetre el Dictamen núm. 269, d'1 de setembre de 2005, sobre l'Estatut d'autonomia de Catalunya.

La coherència personal de la seva trajectòria el podien fer incòmode. En tot cas, les seves idees sobiranistes el van portar a mantenir destacades discrepàncies amb la direcció del partit. Aquest desmarcatge i distanciament es va iniciar cap als anys noranta, essent definitiu el 2015.

Va presidir la Comissió avaluadora de la consulta d'Arenys de Munt; va ser un dels sis impulsors del Manifest a favor d'una Conferència Nacional del Sobiranisme, al 12 d'abril de 2010; i va ser fundador del partit Demòcrates de Catalunya, l'any 2015.

Quan Bassols es confessava políticament i només ho feia en moments importants, recordaré sempre que em deia: «La situació de Catalunya mai s'arreglarà bé, per un defecte, per un pecat original: la Transició política va ser una trampa que no va permetre fer un canvi de dalt a baix.

I que mentre els més joves no ho tinguéssim així de clar cada vegada aniríem a pitjor». Defensava que s'havia d'haver apostat per una veritable ruptura amb el Règim.

Deia que les estructures de l'Estat espanyol eren molt fortes i que cap Gobierno del Estado, del color que fos, voldria canviar-les. I això m'ho deia a mitjans dels vuitanta, quan res era sospitós i poca gent, molt poca, defensava la independència de Catalunya.

Quantes vegades he pensat en els darrers temps en aquestes paraules, que inicialment jo trobava exagerades!

Va ser un catalanista de cap a peus, independentista declarat i defensor d'un Estat propi per a Catalunya.

Sense cap ombra i fins el final de la seva vida, va ser fidel als seus principis i aplaudia les iniciatives preses després de l'aprovació del malaguanyat Estatut del 2006 i la Sentència del TC del 2010.

Va votar a la consulta del 9N, al 2014, i va estar al costat de totes les manifestacions que es convocaven. En aquells moments se sentia feliç perquè veia la llum després del llarg túnel de la Transició. Li hauria agradat votar l'1 d'Octubre del 2017. Però la seva precària salut li ho va impedir. I ara, sens dubte, estaria exigint als polítics que no fessin ni un pas enrere.

Benvolguda degana, benvolgut president de l'Acadèmia, acadèmics, advocats, senyores i senyors,

Així era l'Agustí M. Bassols, aquest militant de la paraula, del dret, de la democràcia, aquest humanista que va resistir amb perseverança la injustícia i l'opressió i que, per això, i per la seva coherència vital, ens ha deixat una petjada inesborrable.

Aquesta persona entranyable, aquest home de profundes conviccions —i especialment en allò que creia (la Justícia, el Dret i Catalunya)— mereix la nostra estimació i el nostre record perennes, i que, seguint el seu mestratge, perseverem en l'exigència i en l'autoexigència d'un Dret i d'una Justícia al costat de la societat i al seu servei, tenint ben presents aquelles paraules d'Albert Camus que ben bé podrien descriure el sentit de la militància cívica del conseller Bassols:

«Si l'ésser humà fracassa a l'hora de conciliar la justícia i la llibertat, fracassa en tot.»

Moltes gràcies, advocat i acadèmic exemplar! Descansa en pau, conseller, amic i mestre!

## AGUSTÍ BASSOLS: UNA NORMALITZACIÓ GAIREBÉ REEXIDA

per

LLUÍS JOU I MIRABENT

*President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.*

*Notari de Barcelona*

*Acte in memoriam 29 de gener de 2019*

Els estatuts de l'Acadèmia preveuen que en faltar un dels seus membres s'encomani a un dels que el sobreviuen una lloança pòstuma amb la finalitat de recordar-ne la personalitat, valorar-ne l'obra científica, rememorar l'activitat acadèmica i adreçar-li un record corporatiu i personal.

A la primera sessió tinguda després de la mort d'Agustí Bassols, succeïda tot just fa nou mesos, vam acordar d'encomanar aquesta tasca a Núria de Gispert, que hi tingué tanta relació professional i política com acabem de constatar. Gràcies, senyora de Gispert, per haver acceptat l'encàrrec i haver-lo acomplert amb tanta passió i tanta proximitat.

Gairebé sempre la sessió de lloança pòstuma és una sessió ordinària a la qual, si podem, convidem els familiars més directes del company que ens ha deixat. En el cas d'Agustí Bassols ha calgut fer-ho en sessió pública en atenció a la dimensió col·lectiva que li atorguen els més de vuit anys que exercí com a conseller de Justícia en dues etapes, en un moment que en podem dir fundacional de la nova Generalitat. D'altra banda, El Col·legi de l'Advocacia va considerar la conveniència de retre-li un homenatge i ens suggerí d'organitzar-lo conjuntament, gest que vam acceptar i que des d'aquí agraeixo.

Agustí Bassols va néixer el 1924. El mateix any que el meu pare, el mateix que Josep M. Puig Salellas a qui succeixo en la medalla acadèmica. Em portava, doncs, més de trenta anys i era, evidentment, d'una generació anterior a la meva. Per això en tinc una visió en certa manera distant per molt que ell fos una persona extraordinàriament propera.

Fou nomenat conseller de Justícia el 24 d'agost de 1982, en substitució del tan respectat com veterà Ignasi de Gispert. Llavors jo encarava la darrera fase de la preparació de les oposicions a notari i per mi el nou conseller era un desconegut, com ho era pel gran públic malgrat el seu bagatge a l'Òmnium, al Congrés de Cultura Catalana i al Col·legi d'Advocats.



El vaig veure per primer cop a les Jornades de Tossa de Mar just aprovat el text refós, en versió oficial catalana, de la Compilació de 1960 amb la Llei del Parlament de 1984 que l'adaptava als principis constitucionals, llei que ell mateix havia tirat endavant.

Hi vaig tenir el primer tracte personal amb ocasió de la Llei de censos de 1990 en la redacció de la qual, per invitació del seu director general Antoni Castella, una bona i gran persona que no puc deixar de recordar amb tendresa i agraïment, vam participar tres professionals llavors joves: el professor Mirambell, el registrador Quintana i jo mateix.

I vaig tenir ocasió d'establir-hi un cert grau de confiança a partir de 1991 amb ocasió de la tramitació del Codi de Successions i de la redacció del Manifest en defensa del Dret civil de Catalunya que ell va promoure per fer palès el rebuig del món jurídic català a la visió reduccionista de la competència de la Generalitat en matèria de Dret civil que sostenien els aparells de l'Estat i que s'havia manifestat, una vegada més en el recurs d'inconstitucionalitat contra la Llei de filiacions de 1991.

Agustí Bassols era una persona planera, col·loquial, murri, amb més aire de pagès que d'intel·lectual i amb un posat proper que, segons com, recordava el de Josep Pla. Em semblava pacient i era extraordinàriament realista, tant, que és a ell a qui s'atribueix la dita que l'única cosa que un té segura quan el designen conseller és que un dia serà ex conseller... La formació com a advocat també el devia marcar força: l'interès del seu client, en el seu cas el nostre Govern, era molt superior al seu, i potser per això feia seves de bon grat idees d'altres i no semblava gaire adelerat per protagonismes personals ni titulars de diaris.

Però, quina és l'obra d'Agustí Bassols que el fa mereixedor d'un record públic especial? Doncs haver estat un home de govern que amb tacte i valentia va resultar immune al cafè per a tothom.

D'una banda va assumir els traspassos en matèria penitenciària, efectius des de l'1 de gener de 1984, malgrat la gran dificultat que comportava i la valoració de costos a la baixa que se'n va fer, conscient que no sempre el temps juga a favor i que governar és triar. Era un ara o potser mai. I fou llavors i si no hagués estat per ell hauria estat mai perquè cap altre govern autònom té competències en la matèria. Per algú que veia en la política un servei als conciutadans, no hi havia res de més social que acceptar el repte de la lluita per a la rehabilitació i reintegració dels presos que sempre són els més marginats entre els marginats.

D'altra banda, i sobretot, va treballar sense defallences per desenvolupar el Dret civil de Catalunya fent-li superar el marge formal tan limitat que tenia a la Compilació i aprofitant, precisament, la força expansiva d'aquella llei aprovada en temps difícils. Per algú que veia en la política un servei al país, no hi havia gairebé res tan nacional com reforçar un dels tradicionals trets d'identitat col·lectiva amb tanta transcendència quotidiana.



Feu seva, doncs, la màxima del President Macià: Fer Lleis nostres en llengua nostra. La llavor que va plantar ha anat fructificant en l'obra dels seus successors, Xicoy, Isaac, de Gispert, Guàrdia, Vallès, Tura, Bozal, Gordó, Mundó i Capella que, des d'opcions polítiques i visions personals diverses han mantingut la mateixa línia fins arribar a l'actual Codi Civil, extens i arrelat.

El 1982, però, la majoria dels professionals de Dret mai no haurien admès una expansió tal. Se sentien més còmodes amb una legislació única per a tot l'estat com encara ara n'hi ha molts que pensen que en matèria d'obligacions i contractes elaborar unes normes pròpies és un caprici. En conjunt, respectaven el Dret civil de Catalunya, però, sobretot els pertanyents a cossos estatals, consideraven que expandir-lo els generava dificultats afegides quan venien a exercir a Catalunya. Aquesta actitud se sumava als recels de l'Estat que maldava per limitar les nostres competències en la matèria a simples modificacions del text compilat. Calia valor, i sobretot tranquil·litat, per assumir la tasca de desenvolupar ambiciosament el Dret civil, i Bassols la va assumir.

La va emprendre amb discreció i murrieria en un procés que el professor Mirambell va qualificar anys enrere com «l'altra normalització», la del Dret privat, a la qual Bassols va aplicar criteris semblants als de la «normalització lingüística». Un procés que va ser acceptat i compartit pels professionals, els polítics i la ciutadania perquè fou:

- Participatiu, perquè va cridar a elaborar els avantprojectes de llei a professionals de procedències diverses i formacions variades.

- Consensuat, perquè consultà els avantprojectes als col·legis professionals i, sobretot, als partits de l'oposició, i sempre va procurar que, en tramitar-los al Parlament, aconseguissin en conjunt el suport de tots els grups per molt que en el temps que fou conseller el Govern tenia majoria absoluta a la Cambra.

- Despolititzat, perquè no en feu obertament un actiu de partit.

- Progressiu, perquè tingué la paciència que cal quan no s'està davant d'una obra de lluïment momentani sinó de transformació social a termini mitjà i va anar plantejant objectius parcials: primer lleis sectorials, després codis sectorials... la qüestió era no deixar d'avançar.

- I tossut, perquè no s'arrugà amb els recursos d'inconstitucionalitat ni les altres dificultats.

Agustí Bassols ha estat afortunat com pocs polítics d'aquest país: ha vist com la tasca que va iniciar gairebé està culminada i com tots els seus successors l'han continuada seguint si fa no fa la seva metodologia fins a arribar al Codi Civil actual, la Llei primera del qual és de 30 de desembre de 2002, quan feia deu anys que havia deixat la conselleria, i la darrera que s'ha aprovat i està vigent de 15 de febrer de 2017, un any abans de la seva mort.

El Codi se sustenta en una síntesi acceptable de tradició i modernitat, que és una eina de reforçament de la identitat col·lectiva i de cohesió social i

que dona resposta a les necessitats d'avui. El podem qualificar sense exagerar gaire:

– Com una construcció col·lectiva que ens permet fer aportacions amb veu original al conjunt de codis civils més moderns.

– Com un instrument de solució dels problemes del dia a dia de tota la ciutadania i adaptat a les seves necessitats d'avui.

– Com una manifestació de la nostra manera pròpia de concebre la llei, sempre sota els principis

- de llibertat civil, perquè s'admet tot el que la llei no prohibeix en contraposició a aquella concepció que entén que el que la llei no regula no és possible,

- de llibertat individual, perquè fa una opció clara per la llibertat de testar, l'acceptació plena de les unions estables en parella i els règims de separació de béns,

- de propietat privada limitada per la seva funció social i concebuda com a un instrument per a fer efectius el dret a l'habitatge, a un urbanisme digne, a la preservació del paisatge del paisatge i de la natura, a la conservació del patrimoni cultural, al respecte als animals i a la llibertat d'empresa,

- de bona fe i d'honradesa en els tractes, que fa seu tant el pacta sunt servanda dels romans com el pactisme tan arrelat a la nostra tradició medieval,

- d'interdicció de la mala fe, perquè proscriu l'ús de la llei per a objectius que la llei no pretén,

- de responsabilitat pels actes propis,

- d'equitat, perquè incorpora a la interpretació de les normes les idees de proporció, racionalitat, solidaritat i pietat.

Agustí Bassols ha estat membre de la nostra Acadèmia al llarg de 28 anys. Hi va entrar el 1990, i el maig de 1992, dins del termini reglamentari malgrat les seves responsabilitats, va llegir el discurs d'ingrés sobre el tema *Vers la codificació del Dret civil català*. La reforma prèvia de 1984, ho fou fins a la seva mort, i fins poc abans assistia amb regularitat a les nostres sessions.

L'Acadèmia, que des de l'any 1840, ha fet de l'estudi i la defensa del Dret Civil de Catalunya una de les seves raons de ser, s'honora d'haver tingut entre els seus membres el conseller que va posar la llavor de la renovació del nostre Dret i per això, avui, juntament amb el Col·legi de l'Advocacia de Barcelona que ens acull amb generositat, li ha volgut retre aquest homenatge públic amb motiu de la lectura reglamentària de la lloança pòstuma.

Moltes gràcies, Agustí Bassols, per la llavor que vas plantar, la feina que vas fer i el record que ens has deixat. I moltes gràcies a tots vostès que avui ens han volgut acompanyar per recordar-lo.

## LLOANÇA DEL DR. JOSEP M. FONT I RIUS

per

JOSEP-ENRIC REBÉS I SOLÉ

*Acadèmic de número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*

5 de març de 2018

He d'agrair a l'Acadèmia i en particular al seu president Lluís Jou l'encàrrec de la lloança del Dr. Font Rius que jo vaig acceptar per raons personals, en haver estat col·laborador a la càtedra d'Història del Dret sota la seva direcció durant setze anys, ja que des de qualsevol altre punt de vista la meua intervenció, hagués pogut semblar pretensiosa ateses les grans qualitats que el Dr. Font Rius tenia. La producció històrico-jurídica del Dr. Font Rius és extraordinària com també són remarcables els diversos homenatges que per diverses circumstàncies, i des de diferents institucions ha anat rebent justificadament en distints formats des de la seva jubilació. Per tant, espero de tots vostès, i molt en particular dels dos fills que ens acompanyen, els doctors Tomás i Josep Maria Font Llovet respectivament catedràtics de Dret Administratiu i de Matemàtiques, comprensió i benevolència per la incorporació de referències personals, algunes fins i tot repetides.

Em vaig sentir sempre atret per la personalitat del Dr. Font Rius, la seva competència, el seu rigor, la seva dedicació docent que traspuaven respecte i bondat. Durant els anys que va estar amb mobilitat limitada, jo no vaig perdre en cap moment la relació i contacte, ja en forma d'alguna visita o en altres ocasions a través del telèfon. Quan es parlava de la seva edat adoptava una actitud com si es tractés del compliment d'una obligació resignadament satisfactòria. Jo sentia per a ell un gran afecte que era compartit, quan penso que l'última vegada que vaig parlar amb ell em va dir: Rebés, la nostra és una relació quasi familiar. Efectivament, jo ho sentia així mateix.

Com és evident, jo no puc fer cap mena d'aportació que no sigui bàsicament la de donar fe d'un exemple de vida, fer alguna consideració general i subscriure el que diversos historiadors han qualificat com el millor estudiós dels drets locals del segle XX (Peláez).

El Dr. Font Rius va néixer a Barcelona el 12 d'abril de 1915, i morir el 5 d'abril de 2018; és a dir quan li faltaren sis dies per el seu 103 aniversari. Va ser alumne brillant del Col·legi de Jesuïtes del carrer Casp, i es llicencià en Dret a la

Universitat de Barcelona. Va ser alumne de Galo Sánchez i deixeble de Luis García de Valdeavellano —que, per cert, com recordava el president Guàrdia també va ser membre de la nostra Acadèmia—. Així el Dr. Font sentia per ells un gran afecte. Tots dos eren grans historiadors; i García de Valdeavellano gran mestre de formació germànica i del qual el Dr. Font Rius se'n sentia deixeble i li agraià també que l'ajudés a la superació dels localismes. Però ni un ni l'altre (Galo Sánchez ni Valdeavellano) pròpiament no es van integrar a l'estudi del Dret català. En una ocasió, ja ho he explicat en altre moment, vaig acompanyar al Dr. Font a Madrid i vàrem fer una visita al Dr. Valdeavellano. He de confessar que aquella visita em va impressionar. Els dos mestres es tenien un afecte i un respecte recíproc considerables. Mentre ells parlaven jo estava embadalit mirant i escoltant, alhora que em passaven pel cap historiadors com Costa, Hinojosa, Sánchez Albornoz. Era conscient que tenia el privilegi, que no es tornaria a produir, d'estar davant de dos grans mestres.

L'any 1945 va concórrer de forma brillant a les oposicions a càtedra d'història general del dret espanyol que va guanyar amb el número 1. Font Rius va ser catedràtic de les universitats de La Laguna l'any 1945, i al cap de pocs mesos ho va ser de la de Múrcia, a rengló seguit de València i finalment de Barcelona des de 1954, —que era el destí que desitjava—, i on es va jubilar l'any 1985. Al seu costat va créixer un grup d'estudiosos entre els quals no puc deixar de citar el Dr. Tomàs de Montagut, catedràtic d'Història del Dret i deixeble més directe i excel·lent del Dr. Font. El Dr. Font Rius va ser degà de la facultat entre els anys 1958 i 1965; i també secretari de la Junta d'Obres de la Universitat. Després de la seva jubilació va ser anomenat degà honorari i professor emèrit.

La producció científica del Dr. Font ha estat molt extensa, tant que els treballs essencials es situen en els 200 (vegi's, preferentment per fer-se una idea, l'estudi de Peláez («Josep Maria Font Rius, el mejor historiador del Derecho en España durante el siglo xx») la «Bibliografía de Josep M<sup>a</sup> Font Rius» d'Isabel Juncosa editada per la Biblioteca del Col·legi d'Advocats de Barcelona); així com també la Bibliografia de Josep M<sup>a</sup> Mas i Solench. Això no obstant, hem de remarcar com a obres encara més singulars els: *Orígenes del regiment municipal de Catalunya*, Barcelona 1945; *Instituciones medievales españolas*, Barcelona 1949; *Cartas de población y franquicia de Catalunya*, Barcelona, primer volum amb dos toms, 1969, i segon volum 1963-83; *Franquicias urbanas medievales de la Cataluña Vella*, Barcelona 1960. Obres que són i seguiran sent de consulta obligada, *El procés de formació de les costums de Tortosa*, Barcelona 1973; *Jaume I i la municipalitat de Barcelona*, Barcelona 1977; *Estudis sobre els drets i institucions locals en la Catalunya medieval*, Barcelona 1985. Va formar part de l'equip director de la continuació de l'obra inacabada de Raimon d'Abadal «Catalunya Carolingia».

En ocasió del funeral que tingué lloc a la parròquia de Sant Ildefons, el Dr. Tomàs Font en nom de la família va pronunciar unes paraules que em sembla

oportú de reproduir, encara que sigui parcialment, ja que recullen com era el Dr. Font Rius i que jo no sabia dir millor: «...aquesta vida (referint-se a la del seu pare) pot ser no té molt d'extraordinari: és la trajectòria normal d'un professor universitari, d'un historiador, que va dur a terme la seva feina, ras i curt, això sí amb la màxima competència i dedicació... el més significatiu de la seva vida no és què va fer, sinó com ho va fer. I això és el que val la pena recordar, i agrair. El seu tarannà es podria resumir dient que el pare era jesuïta de formació, benedictí de professió i franciscà de vocació.»

«Primer, jesuïta de formació, ordre, mètode, disciplina, autoexigència... eren qualitats molt seves... Segon, benedictí de professió, posant en pràctica el lema monacal *ora et labora*, és a dir treballant moltíssim, sempre estudiant i ensenyant, sense descuidar les obligacions familiars o socials i alhora “posant en un lloc central de la seva vida la fe cristiana. Una fe profunda, sincera, viscuda, arrelada en el fons de la seva ànima... un esforç per endinsar-se en la comprensió del misteri, en el qual creia apassionadament, però no cegament...” I, finalment, franciscà de vocació. Se sentia especialment proper a l'espiritualitat i al tarannà franciscans, a la seva senzillesa i ingenuïtat, la seva pobresa, la complaença en les coses petites, l'absència d'ostentació. Senzill i planer, sense ni un bri de vanitat, generós i bondadós». Sempre disposat a donar el consell quan se li demanava, tant de l'àmbit de la història del dret com de qualsevol altre.

El Dr. Font Rius reunia en grau molt remarcable les característiques indicades, la qual cosa va fer que fos una persona simultàniament a més d'estimada i imparcial molt respectada de manera natural, sense necessitat de recórrer a cap mena de formulisme per guardar distàncies. En les classes el respecte era total, fins i tot quan hi havia alguna circumstància que hagués permès una altra actitud. Exemple: un dia arran de l'explicació del llibre del Consolat de Mar ens va exposar el règim jurídic de les naus que no porten gat (Cap. LXVIII). Doncs bé, al dia següent un company de curs va ficar un gat a classe. Hi va haver el natural divertiment general, però no una gresca monumental, que hagués estat natural. El Dr. Font es va limitar a dir-me (com a delegat de curs que era) que tragués aquell gat de classe, cosa que vaig fer, començant l'explicació tot seguit com si res.

A mi em semblava que la tasca de les classes li prenia molt de temps al Dr. Font, per la qual cosa em vaig atrevir a insinuar-li una reordenació de l'activitat docent de forma que aquesta l'alliberés de les classes, cosa que podríem fer bàsicament els professors. I així podria dedicar-se més tranquil·lament a la investigació. Li va semblar fora de lloc i un incompliment de les seves obligacions acadèmiques. Tinguin en compte que la funció docent anava acompanyada d'una determinada litúrgia que consistia en complir estrictament amb la preparació, els horaris i els calendaris, sense que existís cap excusa per no donar les classes ni el seminari de les tardes quan es feia. L'exemple el començava donant el Dr. Font, que es tancava al despatx del seminari amb prohibició de que ningú el molestés

durant els 20 o 25 minuts que eren sagrats per la preparació de la classe. Per fer això s'ajudava d'un quadern en el qual hi deixava notícia de la classe donada el dia anterior i les seves incidències, costum que, com es poden imaginar, jo vaig seguir des de les primeres classes que vaig donar.

En una altra ocasió vaig plantejar una altra iniciativa que tampoc va reeixir. El Dr. Font Rius explicava molt bé i les seves lliçons magistrals eren esplèndides la qual cosa permetia prendre uns bons apunts. Això va donar lloc a l'existència d'uns apunts de càtedra de molta qualitat que si bé no tenien la paternitat formal de l'autoria del Dr. Font Rius era públic que ell els havia repassat, cosa que mai va negar. Les classes, aquests apunts, el «Programa-Guia i el Textos jurídics constituïen el material per seguir i aprovar l'assignatura. En resum, atesa l'existència d'aquest material li vaig proposar, de forma insistent, que per què no feia un manual atès que una bona part de la feina ja estava feta. La resposta va ser immediata i rotunda que “de manuals ja n'hi han i que fer-ne un altre no tenia cap interès”». Mai més vàrem tornar a parlar d'això. He de remarcar que el programa guia no era el clàssic programa de l'assignatura sinó una orientació metodològica.

La vocació professional del Dr. Font Rius era la docència i la investigació en un grau de molta intensitat que fa difícil determinar quina era la seva preferència. Tant és així que en una entrevista que li varen fer a La Vanguardia (Elena Lorente) va dir que «entre investigar i ensenyar no sabia què triar». Malgrat això sempre m'havia semblat que la vocació més remarcable era més aviat la docent. Només calia veure i escoltar com feia i com vivia les classes. Qualsevol que hagués estat alumne d'ell podria coincidir amb la qualitat del catedràtic.

El Dr. Font Rius va rebre un homenatge en la sessió d'aquesta Acadèmia de 14 de desembre de 2010, amb motiu de la celebració dels 50 anys de la seva elecció com acadèmic de número que tingué lloc el 29 de gener de 1960. Per aquesta circumstància l'Acadèmia el va proclamar president honorari. En aquesta sessió el president Guàrdia va remarcar la seva important aportació a les tasques de l'Acadèmia que aquí reitero: participació que va tenir en un cicle de conferències de l'Acadèmia sobre la «Compilació del Dret Civil de Catalunya». També la participació en la constitució del Patronat de la 'Càtedra Duran i Bas' de la qual fou nomenat director i en la Càtedra Consolat de Mar. Va publicar a la Revista Jurídica de Catalunya «*Las Fuentes históricas de la Compilación*», i «*Els costums de Catalunya Rosselló i Cerdanya*», respectivament dels anys 1960 i 1967. Ratifico també el meu record de la destacada participació que tingué al II Congrés Jurídic Català, del qual en formà part de la Comissió organitzadora, així com membre del «Comitè d'Actes culturals complementaris»; presentant una important exposició bibliogràfica que ofería una visió històrica del nostre dret, i que en puc donar fe atès que jo n'era el secretari d'aquest Comitè.

A Tortosa va tenir lloc una sessió solemne de l'Acadèmia en la qual el parlament portava el títol «*El procés de formació de les Costums de Tortosa*». A la inau-

guració pública del Curs 74-75, amb el parlament inaugural sobre «*La projecció de Sant Ramon de Penyafort en la societat catalana del seu temps*». El curs 83-84 el Dr. Font va presentar una comunicació a l'Acadèmia amb motiu del *VII centenari de la publicació de Recognoverunt proceres* i el 1991 en féu una altra sobre *Aspectes de dret privat continguts en les ordinacions municipals històriques de Catalunya*. El 1998 va presentar una comunicació i el mateix any va contestar a la recepció de l'acadèmic Fernández Izal amb «*L'arbitratge dual considerat com a pacte: una relíquia del passat o bé una possibilitat de futur*».

Una vida amb aquesta plenitud es culmina amb un seguit de mereixements, investidures i distincions que no fan altra cosa que reconèixer la feina feta. En aquest sentit el Dr. Font Rius va ser nomenat Doctor Honoris Causa per les universitats de Bordeus, 1962, i Montpeller, 1964. Fou nomenat el 1960 membre de la Reial Acadèmia de les Bones Lletres de Barcelona i de la nostra Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Va ser nomenat membre corresponent de la Real Academia de la Historia i membre numerari de l'Institut d'Estudis Catalans en la secció Històrico-Arqueològica.

Va rebre un seguit de premis: així el Premio Menéndez y Pelayo de Investigación; el Premi Ciutat de Barcelona d'Investigació, 1969; Medalla Narcís Monturiol de la Generalitat de Catalunya, 1983; Premio Nacional de Historia, 1984; Creu de Sant Jordi de la Generalitat, 1987; Medalla d'Or de la Ciutat de Barcelona al mèrit científic, 1994; Premi de la Fundació Catalana per a la recerca, 2002. Degà Honorari de la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona. Catedràtic emèrit. President del «Comitè, de la Generalitat de Catalunya, per a l'edició de textos jurídics catalans». I, es va constituir de la mà del Dr. Montagut a la Universitat Pompeu Fabra el «Seminari d'Història del Dret Català Josep M<sup>a</sup> Font Rius».

Algú podria pensar que tantes distincions havien estat més o menys busques. Res més lluny de la realitat. El Dr. Font no va perseguir mai cap distinció. Una anècdota il·lustra el que dic. En motiu de l'atorgament de la Medalla d'Or de la Ciutat de Barcelona el vaig felicitar al sortir del Saló de Cent. Jo li vaig dir «Dr. Font deu estar molt content per aquesta distinció i ell amb molta modèstia em va dir que millor seria buscar investigadors joves, per tal que els hi servís d'estímul, ja que ell tenia la carrera feta».

Vull afegir, encara, una consideració addicional. El Dr. Font, per alguns, donava la imatge de ser una mica despistat i de certa aparent fragilitat. Ni una cosa ni l'altra. Les classes eren formidables i preparades al mil·límetre, com recordava, amb motiu de la defunció, no fa gaire Francesc de Carreras a la Vanguardia. Mai vaig tenir la sensació de cap improvisació ni de dir una cosa per una altra o una mera resposta per treure's l'alumne del davant, ni cap distracció. Era un home meticulós. El que és veritat és que no perdia el temps per la Facultat, circumstància que quedava compensada per la seva disponibilitat pels alumnes que era total dins els horaris establerts, que es respectaven al peu de la lletra. Per tant, com



hem dit de distret res de res. Tenia una qualitat més i és la de que escoltava amb atenció totes les consultes per exòtiques que fossin.

No fa massa en ocasió d'un dinar de promoció un company parlant dels professors i coincidint tots en les magnífiques classes del Dr. Font Rius va dir que li semblava que tenia un aspecte de certa debilitat. No tenien ni idea. Ell es coneixia, com pocs, tot Catalunya ja que l'havia espardenyat tota, és a dir que l'havia recorregut completament. Expressió que ell havia heretat de Duran i Sanpere cercant les cartes de població i documentació històrica dels pobles. Si a això tenim present que als 95 anys celebrava els 25 anys de la seva jubilació en plenitud de facultats, i morí a punt de fer-ne 103 anys, de debilitat poca. Era un home fort.

Respecte del temperament tampoc no tenia res de fràgil, el que succeïa és que tenia molt bon caràcter i una imatge bondadosa i discreta, però això no li feia modificar els límits del seu criteri. En alguna Junta de Facultat vaig tenir l'oportunitat de veure i constatar que el Dr. Font no cedia a qüestions que ell veia diferent. A més això ho feia sense exaltar-se ni enfrontar-se, era serè i tranquil encara que una mica patidor. Ell no compartia el criteri i prou. En definitiva, tenia corda però amb uns límits infranquejables que no alterava.

Acabo. De la mà dels seus fills hem deixat constància d'un pare exemplar, de la seva profunda fe cristiana i de la gran estimació pel nostre país. I, nosaltres hem tingut la sort de tenir per company un mestre amb unes virtuts notables; de qui sap, ensenya i estima amb el convenciment que ho fa amb total dedicació. Un home bo i molt senzill; que com tothom devia rebre en algun moment alguna contrarietat, però tot i així jo no vaig ser mai testimoni de cap crítica ni de cap ressentiment per part seva. La vida ha estat merescudament generosa amb ell com ho acredita la companyia i col·laboració que sempre va tenir de la seva esposa Marta Llovet, i l'orgull de tenir els dos fills catedràtics que ens han acompanyat.

Jo en record de la proposta que l'any 1983 va fer el Dr. Font Rius per a que jo ingressés, ara m'agradaria proposar (seguint les normes estatutàries) el seu fill Dr. Tomás Font Llovet per al seu ingrés a aquesta Acadèmia.

Gràcies.



# Actes Especials



EL TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL  
DE LAS SOCIEDADES MERCANTILES  
Comunicación al X Congreso de  
las Academias Jurídicas de Iberoamérica  
Sección 3ª Globalización y Derecho Mercantil

por

FRANCESC TUSQUETS I TRIAS DE BES  
*Académico de número y Secretario de la  
Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.  
Abogado, profesor titular de Derecho Mercantil*

I. *Introducción*

1. *El domicilio como elemento identificador de las personas físicas y jurídicas*
2. *El principio del domicilio real*

II. *El traslado del domicilio social*

1. *El traslado del domicilio dentro del territorio nacional*
2. *El traslado del domicilio social al extranjero*
3. *El traslado internacional del domicilio social dentro de la UE*

III. *Conclusión*

I. INTRODUCCIÓN

1. *El domicilio como elemento identificador de las personas físicas y jurídicas*

El nombre y el domicilio constituyen elementos identificadores de las personas físicas pero también de las jurídicas, y por tanto de las sociedades mercantiles.

Ni el Código de Comercio (en adelante C. de C.) ni el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante LSC) contienen una definición del domicilio social, si bien numerosas normas mercantiles se refieren al mismo.

En primer lugar, como ya se ha dicho, cumple el domicilio social una función identificadora. Por este motivo el art. 24 del C. de C. exige, con carácter general, que los empresarios individuales, las sociedades y las entidades sujetas a

inscripción obligatoria en el Registro Mercantil hagan constar en toda su documentación, pedidos y facturas el domicilio, el municipio y los datos identificadores de su inscripción registral.

Por otro lado, el domicilio debe necesariamente constar, por ejemplo, en los títulos de las acciones de las sociedades anónimas (art. 114.1.a) LSC), en la memoria de las cuentas anuales (arts. 260 y 261 LSC), etc.

Además, y muy especialmente el domicilio social es una mención que obligatoriamente debe constar en los estatutos de las sociedades mercantiles (arts. 23 LSC y 120 RRM).

## 2. *El principio del domicilio real*

La normativa societaria no exige de forma expresa que el domicilio social sea único. Ello no obstante, la doctrina es unánime en este sentido<sup>1</sup>, con fundamento en la seguridad jurídica y en la función del domicilio como criterio de atribución de la competencia judicial, que resultaría incompatible con una pluralidad de domicilios.

Obviamente la exigencia de un único domicilio social es perfectamente compatible con el establecimiento de sedes secundarias, como por ejemplo las sucursales.

Ahora bien, la fijación de este domicilio único de las sociedades mercantiles no es discrecional, puesto que el ordenamiento jurídico español sigue el principio de domicilio real.

En este sentido, el art. 9.1 LSC requiere que el domicilio social, fijado dentro del territorio español, coincida con el lugar donde se encuentre el centro de la efectiva administración y dirección de la sociedad, o bien de su principal establecimiento.

Son por tanto dos, y solamente dos, los criterios entre los que pueden optar los estatutos: el de la sede administrativa o el de la productiva.

La sede administrativa estará donde radique el poder de decisión, mientras que la productiva deberá ser la de la explotación más importante de la sociedad.

Consiguientemente este principio de domicilio real con sus dos criterios de sede administrativa o productiva impide un domicilio social meramente formal.

Y en el supuesto de que, bien en los estatutos fundacionales o en posteriores modificaciones se fije un domicilio social que no coincida con ninguno de los dos criterios (sede administrativa o sede productiva), será de aplicación el art. 10 LSC, que establece que en caso de discordancia entre el domicilio registral y el real, los terceros podrán considerar cualquiera de ellos.

---

<sup>1</sup> Vid. LUCINI MATEO, A. «Domicilio», en AAVV (P. Prendes, R. Martínez-Echevarría, R. Cabanas, directores), *Tratado de Sociedades de Capital*, Tomo I, Cizur Menor, 2017, pp. 100 y ss.

Tal facultad de elección que la norma atribuye a los terceros es válida a todos los efectos, tanto mercantiles como procesales<sup>2</sup>.

Vale la pena señalar que el criterio de dirección y administración efectiva de la sociedad rige también para fijar el domicilio fiscal (art. 48 de la Ley General Tributaria).

## II. EL TRASLADO DEL DOMICILIO SOCIAL

En un mundo globalizado, el traslado del domicilio social reviste especial importancia.

Ahora bien, conviene distinguir, pues es distinta su normativa, entre el traslado del domicilio dentro del territorio nacional español y el traslado internacional del domicilio, y en este caso cabe diferenciar si se produce o no dentro de la UE.

### 1. *El traslado del domicilio dentro del territorio nacional*

Como ya se ha avanzado, el domicilio social es una de las menciones que necesariamente debe constar en los estatutos sociales.

Por consiguiente, cualquier cambio de domicilio constituye una modificación estatutaria.

Y las modificaciones estatutarias corresponden al órgano que representa la voluntad de los socios, es decir la junta general (art. 285 LSC).

Si esto es así en toda modificación estatutaria, con mayor razón, si cabe, cuando la misma consiste en el traslado del domicilio social, puesto que el domicilio social determina el lugar de cumplimiento de derechos y obligaciones; y por tanto el cambio del domicilio social afecta a los derechos de los socios.

A título de ejemplo citaré algunas normas:

—La junta general se celebra en el término municipal donde la sociedad tenga su domicilio. Si en la convocatoria no figura el lugar de celebración, se entenderá que la junta ha sido convocada para su celebración en el domicilio social (art. 175 LSC).

—En el domicilio social tienen los socios el derecho de examinar el texto íntegro de las propuestas de modificaciones estatutarias, así como de los informes elaborados por administradores y auditores (art. 287 LSC).

—En el domicilio social pueden los socios de las sociedades limitadas que representen al menos el 5 por 100 del capital, examinar por sí o juntamente con

---

<sup>2</sup> De esta opinión LUCINI MATEO, *loc. cit.*, p. 113.

expertos contables, los documentos que sirvan de soporte y de antecedentes de las cuentas anuales (art. 272.3 LSC).

—En el domicilio social se paga el dividendo (art. 276.2 LSC).

Ahora bien, como excepción al principio general de competencia de la junta general para las modificaciones estatutarias, tradicionalmente la legislación societaria permitía que el traslado de domicilio dentro del mismo término municipal lo pudiera acordar el órgano de administración (art. 285.2).

La menor trascendencia y prácticamente nula afectación respecto de los derechos de los socios y terceros que comporta un cambio de domicilio dentro del mismo término municipal, debe permitir que sea el órgano encargado de la gestión de la sociedad el que pueda acordar dicho cambio.

Ello no obstante, recientes reformas legislativas han atribuido también al órgano de administración la competencia para trasladar el domicilio social dentro de todo el territorio nacional español.

En efecto, primero fue la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, cuya disposición final primera modificó el art. 285.2 de la LSC, sustituyendo las palabras *término municipal* por *territorio nacional*.

Y para evitar dudas interpretativas, el 6 de octubre de 2017 se aprobó el Real Decreto Ley 15/2017, de medidas urgentes en materia de movilidad de operadores económicos dentro del territorio nacional, que da nueva redacción al citado art. 285.2 en los términos siguientes:

*«2. Por excepción a lo establecido en el apartado anterior el órgano de administración será competente para cambiar el domicilio social dentro del territorio nacional, salvo disposición contraria de los estatutos. Se considerará que hay disposición contraria de los estatutos solo cuando los mismos establezcan expresamente que el órgano de administración no ostenta esta competencia.»*

Queda por tanto claro que, el órgano competente para trasladar el domicilio social dentro del territorio nacional español es el de administración, salvo que los estatutos de forma expresa le nieguen tal competencia<sup>3</sup>.

La exposición de motivos del RD Ley justifica la reforma, entre otras razones en la necesidad de favorecer la movilidad geográfica de las empresas españolas, y en la exigencia de garantizar el principio constitucional de libertad de empresa.

Ciertamente la modificación de la norma permite que el acuerdo de traslado del domicilio social pueda adoptarse con gran celeridad.

---

<sup>3</sup> Sobre la modificación del art. 285.2 LSC puede verse el trabajo de L. FERNÁNDEZ DEL POZO, «Cambio de domicilio social: comentario al nuevo artículo 285.2 LSC», *La Ley Mercantil* n.º 40, 1 octubre 2017, pp. 1 a 17.

En efecto, el órgano de administración puede reunirse de forma inmediata mientras que la junta general de las sociedades anónimas debe ser convocada con una antelación de un mes y la de las sociedades limitadas de quince días (art. 176.1 LSC).

Sin embargo, no cabe la menor duda de que el referido RD Ley se dictó para que, atendidas las circunstancias especialísimas que se dieron en Cataluña en el mes de octubre de 2017, los bancos y otras empresas pudieran trasladar el domicilio social a otro lugar dentro del territorio nacional español<sup>4</sup>.

Es evidente que las circunstancias llevaron a ello, pero esta norma, dictada para resolver un problema concreto, permanecerá muy probablemente en nuestro ordenamiento.

Hay precedentes, la Ley de 26 de julio de 1922, de suspensión de pagos, promulgada para evitar la quiebra del Banco de Barcelona, tuvo 80 años de esplendorosa vigencia.

Por tanto los socios de las sociedades de capital son y serán las víctimas de la situación referida, ya que habrán perdido la oportunidad de participar en la decisión importante de fijar el domicilio social de la sociedad, que es —ya se ha dicho— uno de sus signos identitarios<sup>5</sup>.

Estos recientes cambios normativos comentados van además en contra de los principios del movimiento del *Corporate Governance*, que pretende limitar el excesivo poder que se concentra en los administradores y directivos de las sociedades.

Y en este sentido la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, modificó la LSC precisamente para incorporar los principios de gobierno corporativo, con el objetivo de ampliar las facultades de la junta general.

## 2. *El traslado del domicilio social al extranjero*

Muy distinta es la normativa relativa al traslado del domicilio social al extranjero, en la cual tienen los socios unos derechos que, como se ha visto, han perdido en el cambio de domicilio dentro del territorio nacional.

En efecto, en primer lugar, cabe destacar que la operación consistente en el traslado al extranjero del domicilio social de una sociedad española, se halla regulada en el Título V, art. 92 y siguientes de la Ley 3/2009, de 3 de abril, de modificaciones estructurales.

---

<sup>4</sup> Vid. TUSQUETS TRIAS DE BES, F., «*El Traslado del domicilio de les societats mercantils*», RJC, 2017, pp. 935 y ss.

<sup>5</sup> TUSQUETS TRIAS DE BES, *loc. cit.* p. 942.

Tal operación puede definirse como el traslado del domicilio social de una sociedad mercantil española al extranjero, con cambio de la ley reguladora de la sociedad y adopción de un tipo societario del Estado de destino, conservando su personalidad jurídica<sup>6</sup>.

De acuerdo con la normativa citada pueden trasladar su domicilio social al extranjero todas las sociedades mercantiles, incluidas por tanto las sociedades colectivas y las comanditarias simples, que tengan la nacionalidad española y estén inscritas en el Registro Mercantil.

No obstante cumplir dichos requisitos, quedan excluidas las sociedades que se encuentran en periodo de liquidación y las que estén en concurso.

El procedimiento a seguir para llevar a cabo la operación de traslado del domicilio social al extranjero es análogo al establecido para las restantes operaciones de modificación estructural previstas en la Ley 3/2009; aunque sea dudoso que el traslado al extranjero constituya propiamente una modificación estructural análoga a las restantes operaciones reguladas en la referida ley (transformación, fusión, escisión y cesión global de activo y pasivo)<sup>7</sup>.

El proceso consta de tres fases, una primera preparatoria, otra de decisión y, por último, su ejecución.

La fase preparatoria consiste en que los administradores de la sociedad deben redactar dos documentos relevantes: el proyecto de traslado y el informe explicativo de dicho proyecto.

El proyecto de traslado debe indicar, como mínimo, los datos de identidad de la sociedad que se traslada, el nuevo domicilio social, los estatutos y la nueva denominación, en su caso, para después del traslado, el calendario del traslado, así como los derechos previstos para protección de socios, acreedores y trabajadores (art. 95.2 Ley 3/2009).

Dicho documento ha de ser firmado por todos los administradores, y en caso de faltar la firma de alguno de ellos debe indicarse la causa, por ejemplo, por ausencia, enfermedad o incluso por discrepancia con el contenido del proyecto de traslado.

Un ejemplar del proyecto debe ser presentado para su depósito en el Registro Mercantil.

Requiere además la norma (art. 96), que los administradores confeccionen un informe que explique y justifique de forma adecuada y detallada el proyecto

---

<sup>6</sup> Vid. S. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, «*La futura Directiva sobre transformación transfronteriza. Propuestas para un proceso complejo*», *Diario La Ley*, n.º 9048, Sección Tribuna, 25 de septiembre de 2017.

<sup>7</sup> Se ha defendido no obstante que al trasladar el domicilio social al extranjero se produce una transformación al cambiar de tipo social y por tanto de ley reguladora. En este sentido ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, *loc. cit.*



de traslado, en cuanto a sus aspectos jurídicos y económicos y sus consecuencias para socios, acreedores y trabajadores.

Es importante destacar que la decisión de trasladar el domicilio social al extranjero a diferencia, como se ha visto, del traslado de domicilio dentro del territorio nacional español, compete exclusivamente a la junta general.

Pero, además, en caso de sociedades anónimas, la junta debe constituirse con el quórum reforzado previsto en el art. 194 LSC, y en caso de sociedades limitadas, el acuerdo debe adoptarse con la mayoría legal reforzada del art. 199.b LSC.

Es decir, quiere el legislador que el acuerdo de trasladar el domicilio social al extranjero sea adoptado no por los administradores sino por los socios, pero además con los quóruns y mayorías reforzados previstos en la legislación societaria para los acuerdos societarios más relevantes.

Y por si ello no fuere suficiente, la convocatoria de la junta que debe debatir sobre el traslado del domicilio social al extranjero, se somete a reglas especiales respecto de los medios de publicidad, plazo de antelación e información a suministrar en la convocatoria.

Por otra parte, se concede a los socios que han votado en contra del acuerdo de traslado el derecho de separación, mediante la cesión de sus acciones o participaciones por su valor razonable.

Nótese que únicamente tienen derecho de separación los socios que han votado en contra, no los ausentes o los que se han abstenido como ocurre en los supuestos de causas de separación previstos en el art. 346 LSC.

Por tanto, interesa destacar que la reforma legislativa comentada en el epígrafe anterior, ha conducido a una situación de desequilibrio en la protección de los derechos de los socios, ya que ésta ha desaparecido en el caso del traslado del domicilio dentro del territorio nacional, mientras que se mantiene en el traslado internacional.

Y esta diferencia de trato que se otorga a los derechos de los socios en el traslado de domicilio dentro del territorio nacional, se ve agravada por la configuración del Estado español, con 17 Comunidades Autónomas, puesto que el traslado de domicilio de una Comunidad a otra también llevará consigo importantes cambios normativos que afectarán a la sociedad y a los socios.

Por otra parte, en el traslado internacional del domicilio, se reconoce a los acreedores, cuyos créditos hayan nacido antes de la publicación del proyecto de traslado, el derecho de oposición.

Por último, el acuerdo de traslado internacional del domicilio social debe elevarse a escritura pública y presentarse en el Registro Mercantil español que corresponda.

Y el registrador mercantil, previa calificación, expide certificación acreditativa del cumplimiento de todos los trámites requeridos, y se procede al cierre registral de la hoja abierta a la sociedad.

No podemos sin embargo olvidar que deben cumplirse también los requisitos que pueda exigir el ordenamiento jurídico del domicilio de destino, y la eficacia del traslado queda condicionada a la inscripción de la sociedad en el correspondiente registro del nuevo domicilio.

En efecto, hay que tener en cuenta que, para el Estado de destino, la operación de traslado comporta necesariamente reconocer una entidad que no se ha constituido siguiendo sus normas y que además trae consigo una serie de vínculos y relaciones jurídicas creadas al amparo de otro régimen jurídico<sup>8</sup>.

### 3. *El traslado internacional del domicilio social dentro de la UE*

La necesidad de cumplir para el traslado internacional del domicilio social, no sólo los requisitos exigidos por el Estado de origen sino también los requeridos por la legislación del Estado de destino, ha provocado más de un problema incluso en los traslados transfronterizos realizados dentro de la UE.

Como es bien sabido, el art. 54 del Tratado de Funcionamiento de la UE, respecto de la libertad de establecimiento, equipara las personas físicas nacionales de un Estado miembro con las sociedades constituidas de acuerdo con la legislación de un Estado miembro, cuya sede social, administración central o centro de actividad principal se encuentra dentro de la UE.

Y el art. 49 del mismo Tratado prohíbe restricciones a la apertura de agencias, filiales y sucursales en el territorio de otro Estado miembro y garantiza la posibilidad de constituir y gestionar sociedades en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales.

Sin embargo, dicha norma no se refiere expresamente al traslado del domicilio social de un Estado miembro a otro.

Ello no obstante, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE ha ido ampliando el perímetro de la libertad de establecimiento y por consiguiente de la prohibición de restricciones, para incluir formas de ejercicio no mencionadas específicamente en el ya mencionado art. 49<sup>9</sup>.

Así ha ocurrido con el traslado del domicilio social de un Estado miembro a otro, en las sentencias de los casos *CARTESIO*, *VALE* y *POLBUD*.

Pero, aunque la jurisprudencia del TSJE haya admitido el traslado de sede social en un Estado miembro a otro no existe una regulación de dicha operación.

---

<sup>8</sup> ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, «*El traslado internacional de domicilio social: novedades jurisprudenciales y legislativas*», *El Notario del Siglo XXI*, n° 80, julio-agosto 2018, pp. 144-148.

<sup>9</sup> Vid. A. LUCINI MATEO, «*El traslado internacional del domicilio social dentro de la UE, a debate en el IV Congreso Notarial Europeo*», *El Notario del Siglo XXI*, n° 75, septiembre-octubre 2017, p. 62.

Como ha sido destacado<sup>10</sup>, desde hace ya más de veinte años se viene tratando en la UE sobre la conveniencia de regular el traslado internacional de sede social, y se han producido dos recomendaciones del Parlamento Europeo en 2009 y 2012, y recientemente el Informe por iniciativa propia de 13 de junio de 2017.

Pero no se ha dictado todavía una Directiva que regule la cuestión con carácter general de este tipo de operaciones de traslado de domicilio social de un Estado miembro a otro, tratando cuestiones como la tutela de socios, acreedores y trabajadores, así como los aspectos fiscales y administrativos de la operación.

Se trata de una cuestión sin duda compleja, teniendo además en cuenta que en la UE coexisten Estados que siguen, a efectos de establecer la nacionalidad, la doctrina de la constitución (*incorporation*) y otras la de la sede real (*real seat*).

Esperemos que los problemas se vayan solventando, y en la próxima legislatura del Parlamento Europeo —en ésta ya no va a ser posible— se dicte la esperada Directiva.

### III. CONCLUSIÓN

En un mundo globalizado no cabe dudar de la importancia de una adecuada regulación del traslado del domicilio social, que facilite la operación, pero al propio tiempo garantice los derechos de socios y terceros.

Y en este sentido, el ordenamiento español, contiene una completa regulación sobre el traslado internacional del domicilio social. Sin embargo, la reforma legislativa operada en octubre de 2017, como consecuencia de determinada situación político-económica, ha privado a los socios de sus derechos en los traslados de domicilio dentro del territorio nacional español.

Una vez más las razones económicas —aunque en este caso de peso— se han impuesto a las jurídicas.

No se han seguido por tanto las recomendaciones del maestro de mercantilistas D. Joaquín Garrigues, quien en su clásico *«Nuevos hechos, nuevo derecho de sociedades anónimas»* escribió: *«No conviene, sin embargo, exagerar la preponderancia económica en la legislación de sociedades, confundiendo el aspecto económico con el jurídico, porque el objeto de la ciencia jurídica son siempre normas, no las leyes económicas y naturales»*.

---

<sup>10</sup> Vid. ÁLVAREZ ROYO-VILLANOVA, *«La futura Directiva ...»*, cit. p. 16.



X CONGRÉS D'ACADÈMIES JURÍDIQUES  
IBEROAMERICANES  
(Madrid, 22-24 de novembre de 2018)  
Crònica del Congrés i presentació dels treballs

per  
JOSEP-D. GUÀRDIA I CANELA  
*Membre de número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.*  
*Vicepresident 1r de la Comissió Executiva de la*  
*«Conferencia Permanente de las Academias Jurídicas Iberoamericanas»*  
18 de desembre de 2018

Els passats dies 22 al 24 de novembre de 2018 va tenir lloc a Madrid el X Congrés de la «Conferencia permanente de las Academias Jurídicas Iberoamericanas»<sup>1</sup>.

En aquesta ocasió els temes del Congrés s'havien assenyalat amb notable anticipació. Foren aquests sis:

1. Estado de Derecho: defensa frente al populismo y la corrupción
2. El desarrollo del derecho en el marco del desarrollo tecnológico
3. Derecho mercantil y globalización
4. El derecho civil en Iberoamérica: Interconexiones entre los diversos países
5. Los derechos humanos y su efectiva tutela estatal
6. Público y privado en el Derecho

El Congrés fou convocat per la «Conferencia permanente de las Academias Jurídicas Iberoamericanas» i organitzat per la «Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España». La Presidència d'honor del Congrés correspongué al Rei d'Espanya, Felipe VI. El Consell d'Honor el configuraren diverses personalitats. Els Presidents d'aquells dos organismes, Rafael Navarro Valls i José Antonio

---

<sup>1</sup> L'any 2019 es commemorarà el XXV aniversari de la constitució d'aquesta agrupació d'Acadèmies que s'ha desenvolupat a través dels successius Congressos que han estat: I Granada (1994), II Madrid (1996), III Córdoba -Rep. Argentina- (1998), IV València (2000), V Saragossa (2005), VI Bogotà (2007), VII A Coruña (2010), VIII Santiago de Xile (2012), IX Asunción (2016) i X Madrid (2018). Reitero que tots estem d'acord, però, en considerar com a precedent inicial el Congrés que es celebrà a Madrid entre el 25 d'octubre i el 10 de novembre de 1892.

Escudero López, respectivament, ostentaren la presidència de la reunió<sup>2</sup>. I actuà com a òrgan col·legiat per resoldre les qüestions que es poguessin plantejar durant el desenvolupament del Congrés, una representació de la RAJIL de Espanya i de la Comissió Executiva de la Conferència permanent<sup>3</sup>.

En el Congrés hi hagué una nodrida representació —Presidents i Delegats— de la majoria de les Acadèmies espanyoles<sup>4</sup> i americanes<sup>5</sup>. També hi participaren molts Acadèmics de número i Acadèmics corresponents i associats (en aquests dos darrers casos, només de la RAJiLE)<sup>6</sup>.

En el mateix moment en què es fixaren els temes congressuals, ja s'havia decidit que cada Secció fos dirigida per una Mesa integrada pel Ponent del tema (P), el Coordinador de les comunicacions (C) i el Moderador (M) que dirigia els debats. Foren aquests:

—Secció primera. Leopoldo Tolivar Alas (P), Gabriel Ruan Santos (C) i Josep-D. Guàrdia Canela (M)

—Secció segona: Manuel González-Meneses García-Valdecasas, Alejandro Sánchez Redonet i Daniel Tejada Benavides (P), Luis María Cazorla Prieto (C) i Manuel Pizarro Moreno (M)

—Secció tercera: Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (P), Antonio Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos (C) i Ramiro Moreno Baldivieso (M)

—Secció quarta: Carlos Cárdenas Quirós (P), José-Antonio Moreno Ruffinelli (C) i Encarnación Roca Trias (M)

---

<sup>2</sup> Un fulletó que comprèn els òrgans del Congrés, el temari, les seccions, les Acadèmies participants i el programa es troba a la Secretaria de la nostra Acadèmia.

<sup>3</sup> D'aquest òrgan col·legiat en vaig formar part com a Vicepresident 1r de la Conferència permanent.

<sup>4</sup> A més dels ja designats i de molts membres de la RAJiLE, assistiren: José-Luis Merino Hernández (President Aragó), Leopoldo Tolivar Alas (President Astúrias), Gabriel Garcías Planas (President Balears), Lluís Jou Mirabent (President Catalunya), Francisco La Moneda Díaz (President Extremadura), José Antonio García Caridad (President Galícia), Rafael López Cantal (President Granada), Victorio Magariños Blanco (Sevilla), Antonio Sotillo Martí (València), María Luisa Segoviano Astaburuaga (Presidenta Valladolid). De l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya també participaren en el Congrés: Francesc Tusquets Trias de Bes, Agustín Luna Serrano i Eugeni Gay Montalvo. També de les altres Acadèmies espanyoles participaren molts Acadèmics de número.

<sup>5</sup> Entre els Presidents i representants de les Acadèmies americanes, assistiren: Julio I Altamira Gigena (President Còrdoba, Argentina), Jorge Reinaldo Vanossi (President Buenos Aires), Ramiro Moreno Baldivieso (President Bolívia), José-Luis Cea Egaña (President Chile), Fernando Sarmiento (President Colòmbia), Sergio Zavala Leiva (Honduras), Bernardo Fernández del Castillo (President Mèxic), Karlos Manuel Navarro Medal (President Nicaragua), José Antonio Moreno Ruffinelli (President Paraguai), Carlos Cárdenas Quirós (President Perú), Antonio Ramón García Padilla (President Puerto Rico) i Gabriel Ruan Santos (President Venezuela). També assistí amb caràcter provisional Hernán Rivadeneyra Játiva (President Ecuador). Foren igualment molts els Acadèmics de número d'Iberoamèrica que assistiren al Congrés.

<sup>6</sup> La Secretària executiva del Congrés, Maria Morandeira Caridad m'ha facilitat un llistat omnicomprensiu dels Acadèmics assistents, que he dipositat a la Secretaria i que es pot considerar com Annex a aquesta comunicació. En total foren 295 els inscrits, tot i que alguns posteriorment s'excusaren, més uns quaranta acompanyants.

—Secció cinquena: Jorge-Reinaldo Vanossi (P), Luis Martí Mingarro (C) i José-Luis Cea Egaña (M)

—Secció sisena: Tomàs-Ramón Fernández Rodríguez (P), Alfredo Montoya Melgar (C) i Cesáreo Rocha Ochoa (M)

Com he indicat abans, el Ponent de cada sessió elaborà un text que presentà oralment a l'inici de la sessió. A continuació, el Coordinador sintetitzà les nombroses comunicacions presentades i donà pas a la seva exposició verbal per part dels autors. Posteriorment s'obrí un debat entre els assistents. Finalment la Mesa efectuà un resum conclusiu del desenvolupament de la sessió que elevà a l'òrgan de coordinació.

Per part de la nostra Acadèmia es presentaren les següents comunicacions:

—A la secció quarta, del President Sr. Jou sobre el tema: «*Una visión panorámica de la evolución del Derecho civil de Cataluña (1989-2018)*»

—A la secció tercera, del Secretari Sr. Tusquets sobre el tema: «*El traslado del domicilio social de las sociedades mercantiles*»

—A la secció cinquena, del Sr. Luna Serrano sobre el tema: «*La inviolabilidad del 'domicilio constitucional'*»

que seran presentades en aquesta mateixa sessió i el text de les quals s'adjuntarà a l'Acta de la reunió.

Tots els altres materials estan a disposició dels senyors acadèmics, tant en format digital com en format paper, en el cas que resulti necessari. Com Annex a aquesta comunicació, s'adjunta un llistat amb el nom dels comunicants i el títol de la seva comunicació<sup>7</sup>.

El Congrés es desenvolupà amb tota normalitat i sense cap tipus d'incidència. La sessió inaugural fou presidida per S.M. el Rei, acompanyat del President del Tribunal Constitucional i de la Ministra de Justícia. El mateix dia s'inaugurà oficialment l'extensió de la seu de la RAJiL a l'edifici contigu que li ha estat cedit. Els participants pogueren assistir a la reunió de totes les seccions, llevat de la tercera —mercantil— i la quarta —civil— que es desenvoluparen simultàniament. El divendres 23 s'efectuà una visita al «Real Monasterio de San Lorenzo de El Escorial» i es celebrà un dinar a la seu del «Real Centro Universitario Escorial-María Cristina». La sessió de clausura comptà amb la presència del secretari d'Estat de Justícia, Manuel Dolz Lago.

---

<sup>7</sup> La secció 1 va comptar amb 14 comunicacions; la secció 2, amb 11; la secció 3, amb 11; la secció 4, amb 7; la secció 5, amb 24; i la secció 6, amb 11. Al darrer moment, algunes comunicacions que es solapaven entre dues seccions, foren redistribuïdes. En tot cas, el resum és que es produïren 6 ponències i 78 comunicacions.

Coincidint amb el Congrés es va celebrar una reunió del Consell de Delegats al qual assistiren els Presidents de les Acadèmies que hi eren presents, els delegats que en el seu cas els representaven i els membres de la Comissió organitzadora del Congrés i la Comissió Executiva de la Conferència permanent. A més dels temes de tràmit, es varen aprovar definitivament diversos canvis de nom respecte dels que figuraven als Estatuts, la consideració d'un projecte d'Institut per a temes arbitrals i l'estudi d'una Associació reconeguda oficialment. També s'acordà efectuar una declaració pública sobre la situació política de Veneçuela, a proposta del president d'aquesta Acadèmia i se'm confià l'encàrrec de redactar una Nota sobre els elements conceptuals mínims que havien de reunir les Acadèmies que es volguessin incorporar a la Conferència.

Es parlà del lloc de realització del pròxim Congrés. S'acordà provisionalment que, si és possible se celebri a San Juan de Puerto Rico en el període que determini l'Acadèmia organitzadora, previsiblement l'any 2021 o 2022.

El balanç general del Congrés em sembla, com sempre, força satisfactori. Com ja he significat en alguna altra ocasió, la relació entre els acadèmics presents va ser magnífica. La «Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España» ens va tractar amb una gran amabilitat i esplèndida generositat. És de justícia reconèixer-ho així i manifestar la corresponent gratitud al seu President, José Antonio Escudero, al President de la Fundación pro Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Luis María Cazorla Prieto i a tots els altres Acadèmics de número que van contribuir a que el Congrés fos un èxit.

El Congrés va servir com instrument privilegiat per a intensificar el coneixement i els contactes entre Acadèmies i entre Acadèmics. A punt de commemorar el XXV aniversari de la primera trobada, molts tenim el convenciment de que cal que aquesta iniciativa no es perdi i que l'obra iniciada per la presidència d'Eduardo Roca Roca i seguida per la de Luis Moisset de Espanés, ambdós ja no entre nosaltres, continuï durant l'actual mandat de Rafael Navarro Valls.

Convé fer cada dia més forta la Conferència permanent com a òrgan estable de contacte entre totes les Acadèmies, s'ha de persistir en l'intercanvi d'informació que ara facilita el Butlletí i cal procurar la celebració continuada de Congressos que permetin el retrobament dels assistents habituals, la participació d'un número cada vegada més elevat d'acadèmics i, en definitiva la intensificació de les relacions entre els membres de les Acadèmies Jurídiques d'un i l'altre costat de l'Atlàntic.



# UNA VISIÓN PANORÁMICA DE LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA (1980-2018)

por

LLUÍS JOU I MIRABENT

*Presidente de la Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.  
Notario de Barcelona*

Para Dolors Fenosa

## I. INTRODUCCIÓN

Presento esta comunicación a la sección 4 del Congreso, dedicada al estudio de las interconexiones entre el Derecho Civil de los diversos países de Iberoamérica, con el propósito de aportar una visión panorámica y más bien divulgativa de la evolución interna de uno de los Ordenamientos Jurídicos integrados en el conjunto, el catalán. En lo que se refiere al Derecho Civil, España es desde siempre un estado plurilegislativo en el que conviven diversos ordenamientos, fruto de la pluralidad histórica y social de las nacionalidades y regiones que la integran, pluralidad que la Constitución de 1978 reconoce y ampara. De hecho, la Constitución se fundamenta en la triple pluralidad de las gentes de España: la ideológica, la territorial y la cultural y lingüística según resulta, precisamente de sus tres primeros artículos, y el Derecho civil, reflejo de la diversidad cultural y territorial, tiene un papel destacado en el desarrollo de dicha pluralidad<sup>1</sup>.

## 2. UN DERECHO HISTÓRICO

En honor al académico recientemente fallecido, el catedrático de Historia del Derecho Josep Ma Font Rius, iniciaré la exposición subrayando que tras las inva-

---

<sup>1</sup> He escrito sobre esta materia en Jou i Mirabent, Lluís. *El Dret català, entre la Compilació i el Codi*. Olot. Miquel Plana editor, 2003. Publicado también en Revista de Catalunya. Barcelona, Revista de Catalunya. Mayo de 2004 y en Jou i Mirabent, Lluís, *Derechos históricos, Compilación y Código Civil: una misma legitimidad* en La Notaria, (Barcelona) 2010.3 (otoño).

siones de los siglos v y viii los estados cristianos peninsulares evolucionaron bajo dos patrones distintos: el de Castilla/León y Portugal, que conformaron estados unitarios, y el de la Corona de Aragón, que se configuró como una confederación de estados que al final del siglo xv se extendían, bajo una sola corona, por el Este de la Península Ibérica, el Sur de la Itálica y las Islas Baleares, de Cerdeña y de Sicilia, incluyendo Malta. Cada uno de estos estados contaba con sus propias instituciones y con su Derecho. En virtud de la Concordia de Segovia de 1475 la unión dinástica producida por el matrimonio de Isabel y Fernando mantuvo entre los reinos de Castilla y Aragón el sistema catalano-aragonés de modo que, a pesar de que desde 1517 quedaron bajo una sola corona (que entre 1580 y 1640 incluyó a Portugal), hasta 1716 subsistieron las distintas instituciones legislativas y de gobierno.

El Derecho Civil propio de Cataluña estaba constituido por recopilaciones de costumbres (los Usatges), las leyes de las Cortes catalanas (1281-1716) y los privilegios y costumbres locales que se heterointegraban con los Derechos canónico y romano, declarados supletorios por este orden en 1599 que lo completaban de una manera integral<sup>2</sup>. Conservado por el Decreto de Nueva Planta en 1716 tras la llamada Guerra de Sucesión, y de nuevo por el Código Civil español en 1889, una de las grandes obras del estado liberal, fue parcialmente codificado por la Compilación de 1960<sup>3</sup> sin dejar de formar un sistema jurídico completo que recurría al Derecho supletorio para todo cuanto no había quedado compilado.

La Compilación modificaba el sistema de fuentes del Derecho catalán, que pasó a ser: a) la Compilación, el Capítulo del Código Civil que regulaba la forma y los efectos personales del matrimonio y la Ley de censos de 1945; b) las leyes civiles españolas de ámbito sectorial o especial; c) la costumbre general o local y d) el Código Civil español, aunque la aplicación de éste no era automática porque antes había que tener en cuenta la tradición jurídica catalana encarnada en las leyes antiguas, la costumbre y la doctrina de los autores, todo ello sobre la base de lo que Roca y Sastre<sup>4</sup> llamó la «Iuris continuatio». A mi entender, la «iuris continuatio» ideada por Roca Sastre es mucho más que una construcción práctica que

---

<sup>2</sup> Los Derechos Canónico y Romano fueron supletorios en Cataluña, en la práctica, desde el siglo xiii como cristalización escrita de la equidad en una evolución lenta que merecería otra comunicación.

<sup>3</sup> Ley de 21 de julio de 1960. Estaba integrada por 344 artículos, la gran mayoría de considerable extensión, que regulaban extensamente el Derecho de sucesiones, presidido por el principio de la libertad civil aplicada a la de testar, con una legítima corta, así como la donación, el régimen de la separación de bienes, los contratos entre esposos, especialidades sobre la compraventa, el usufructo, las servidumbres, la enfiteusis, las pensiones periódicas, la accesión, la usucapción y la prescripción. En lo no regulado, regía como supletorio el Código Civil pero siempre tomando en consideración la tradición jurídica catalana. La Compilación facilitó la aplicación cotidiana del Derecho propio e incentivó su estudio, sobre todo a partir de la Cátedra Duran y Bas de la Universidad de Barcelona.

<sup>4</sup> ROCA SASTRE, Ramon M. *Estudios de Derecho civil especial de Catalunya*. Barcelona, Bosch editorial, 1983. páginas 1-16.

permitía seguir alegando el Derecho histórico. En realidad, la «*iuris continuatio*» es una construcción política que legitimó la existencia de la Compilación no en su aprobación por las Cortes franquistas y la sanción del dictador sino en los Derechos históricos de Catalunya, de los cuales la Compilación es «una expresión no novatoria». Así pues, la legitimidad de la Compilación resulta de las leyes de las Cortes catalanas suprimidas en 1716. Una tal interpretación encontraría apoyo aún hoy, sin necesidad de violentarla en lo más mínimo, en la Disposición adicional primera de la Constitución.

### 3. COMPETENCIA LEGISLATIVA PLENA

La Constitución de 1978 (artículo 149.8) reconoció a las Comunidades autónomas que en aquel año contaban con Derecho civil propio<sup>5</sup> la competencia exclusiva para la conservación, modificación y desarrollo del Derecho Civil con algunas excepciones que siempre corresponderán al Estado. En virtud de dicho reconocimiento, el Estatuto de Autonomía de 1979, como el de 2006<sup>6</sup>, atribuyó al Parlamento de Cataluña la competencia exclusiva en materia de Derecho Civil. La existencia de Compilación, es decir, de Derecho civil preexistente a la Constitución, era el requisito indispensable para la atribución de la competencia en la materia. No era un límite. El límite es, solo, aquello que la propia Constitución establece<sup>7</sup>.

Sin embargo, la formulación de la Constitución, sintácticamente complicada, textualmente ambivalente y políticamente atormentada, facilitó una interpretación restrictiva que defendía que la competencia autonómica se limitaba en todo caso a la modificación y conservación de la Compilación. Lo que en el espíritu constitucional debía ser la base de la competencia legislativa, contar con la Compilación, es decir, con sistema jurídico civil propio, corría el riesgo de convertirse en un límite para esta competencia de la mano de los intérpretes formados en el espíritu del estado unitario.

---

<sup>5</sup> A saber: Catalunya, Aragón y las Islas Baleares, Navarra, País Vasco y Galicia. Obsérvese que Valencia, a pesar de haber formado parte de la Corona de Aragón no contaba en 1978 con Derecho Civil compilado. Por ello, a pesar de haber legislado en la materia, en especial en relación con los arrendamientos rústicos históricos (Ley 6/1986, de 10 de diciembre, declarada constitucional en STC 121/1992, de 28 de diciembre), y el régimen económico matrimonial (Ley 10/2007, de 20 de marzo) el Tribunal Constitucional, en Sentencia 82/2016, de 28 de abril, declaró la inconstitucionalidad de esta última precisamente por falta de competencia de la Generalitat valenciana.

<sup>6</sup> Artículos 9.2 y 129 respectivamente.

<sup>7</sup> A saber: las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, las relaciones jurídico-civiles relativas a las formas del matrimonio, la ordenación de los registros y de los instrumentos públicos, las bases de las obligaciones contractuales, las normas para resolver los conflictos de leyes y la determinación de las fuentes del Derecho, de conformidad, en este último caso, con las normas de los derechos civiles de las autonomías con Derecho civil propio. Dejando al margen estas materias, la competencia de la Generalitat es plena.

Los juristas catalanes, entre muchos otros Encarna Roca, Lluís Puig Ferriol<sup>8</sup> y Ferran Badosa desde el ámbito universitario, y Josep M. Puig Salellas y Lluís Roca-Sastre desde el notarial, interpretaron la Constitución en el sentido que el Parlamento catalán podía legislar sobre todas las materias civiles no reservadas expresamente al Estado en el último inciso del punto 8 del artículo 149 de la Constitución. Un Congreso celebrado en Zaragoza en otoño de 1981 con la participación de juristas de las llamadas «regiones forales» estableció las bases de una interpretación autonomista ajustada a la letra y al espíritu del texto constitucional<sup>9</sup>. También las Jornadas de Derecho catalán en Tossa de Mar, que se celebran cada dos años desde 1980 con el apoyo de nuestra Academia, contribuyeron a consolidar una interpretación autonomista que, por otra parte, es ampliamente compartida por los juristas catalanes.

#### 4. UN PROCESO LEGISLATIVO PROGRESIVO, CONSENSUADO EN CATALUÑA Y DISCUTIDO POR EL ESTADO

El primer gobierno de Jordi Pujol<sup>10</sup> fue prudente y en la I Legislatura solo se aprobó, por unanimidad en el Parlamento, la Ley 13/1984, de 20 de marzo de reforma de la Compilación, que introdujo en el sistema de fuentes el concepto de autointegración, estableció la igualdad del hombre y la mujer y los hijos matrimoniales, no matrimoniales y adoptivos, suprimió las limitaciones de disponer para los casos de segundas nupcias, introdujo pequeños cambios en el régimen de la sucesión intestada (con llamamiento a la Generalitat) y adecuó otros aspectos secundarios<sup>11</sup>. En la II Legislatura (1984-1988), en concreto el 25 de mayo de 1987,

---

<sup>8</sup> ROCA TRIAS, Encarna. *El Derecho civil catalán en la Constitución de 1978*. Barcelona, Revista Jurídica de Catalunya. 1979. págs. 19 y siguientes; PUIG FERRIOL, Lluís i ROCA TRIAS, Encarna. *Fundamentos del Derecho civil de Catalunya*. Tomo I. *Introducción al Derecho civil de Catalunya*. Barcelona. Bosch editorial. 1980; BADOSA COLL, Ferran, *L'àmbit del Dret civil català*. En *Materials de les II Jornades de Dret Català a Tossa...* Barcelona. 1982. ROCA TRIAS, Encarna. *L'estructura de l'Ordenament civil espanyol*. Discurso de ingreso en la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña... Barcelona, Academia... 1982. Badosa Coll, Ferran (dir) y Marsal Guillaumet, Joan (Coord) *Manual de Dret Civil català*. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2003.

<sup>9</sup> La cuestión afectaba a otras comunidades autónomas con Derecho propio. Sin embargo fue Cataluña, por la mayor intensidad del sentimiento de lo singular y la existencia de un sistema de partidos políticos propio, la que lideró el proceso.

<sup>10</sup> Jordi Pujol, político catalanista que cumplió prisión durante el franquismo solo por haber promovido que se entonara el Cant de la senyera en presencia de Franco, fue presidente de la Generalitat entre mayo de 1980 y diciembre de 2003 elegido en seis elecciones consecutivas, tres de ellas con mayoría absoluta. Sus gobiernos fueron esenciales para desarrollar el Estatuto de Autonomía y reforzar la identidad catalana.

<sup>11</sup> El 19 de julio del mismo 1984 se promulgó el Decreto legislativo 1/1984, por el que se aprobaba el Texto Refundido de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña.

se aprobaron tres leyes<sup>12</sup>. La de mayor trascendencia, la de Sucesión intestada, fue impugnada por el Gobierno español ante el Tribunal Constitucional con el argumento de que la Generalitat se había excedido en sus competencias porque en la Compilación solo cuatro artículos la regulaban. El Estado, prisionero de sus cuerpos jurídicos de élite, hacía suya la argumentación de que las competencias de la Generalitat no debían pasar del texto de la Compilación.

Esta impugnación detuvo durante tres años el proceso de actualización del Derecho civil que sólo avanzó con la Ley 6/1990, de 16 de marzo, de Censos, y la Ley 13/1990, de 9 de julio, de la Acción negatoria, las inmisiones, las servidumbres y las relaciones de vecindad, que derogaron un buen número de artículos de la Compilación y desarrollaron a su margen la regulación de instituciones contenidas en ella. Otras leyes siguieron vaciando de contenido la Compilación que quedó progresivamente reducida en extensión al tiempo que crecían las leyes especiales que la modernizaban y desarrollaban. Así, la Ley 40/1991, de 30 de diciembre, o Código de Sucesiones de Cataluña, la más extensa aprobada por el Parlament, «sustituyó» hasta 214 artículos de la Compilación y la Ley 7/1991, de 27 de abril de 1991, de Filiaciones, reguló íntegramente esta institución y derogó otros 2 artículos compilados<sup>13</sup>. Esta segunda Ley, la de Filiaciones, fue igualmente impugnada por el Gobierno español ante el Tribunal Constitucional<sup>14</sup>. La impugnación causó el rechazo general del mundo jurídico catalán según se constató en un unitario Manifiesto en defensa del Derecho Civil de Cataluña promovido por las instituciones jurídicas de Cataluña, entre las primeras nuestra Academia, en noviembre de 1991. La presión política, el cambio de mayorías en las Cortes Generales<sup>15</sup> y un mejor entendimiento entre los gobiernos de Cataluña y del Estado propiciaron la retirada de los dos recursos citados.

A partir de este momento en Cataluña se trabajó con el objetivo de elaborar tres códigos: el de Sucesiones, el de Familia y el de Derecho patrimonial, de manera que en el futuro se pudieran refundir en un Código único<sup>16</sup>. Siguiendo este plan se aprobaron la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges; la Ley

---

<sup>12</sup> Las tres recibieron el apoyo de todos los grupos parlamentarios.

<sup>13</sup> Poco después se sumaron la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de garantías posesorias sobre cosa mueble; la Ley 37/1991, de 30 de diciembre, sobre medidas de protección de menores desamparados y de adopción, y la Ley 39/1991, también de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares. Una cuarta, la Ley 29/1991, de 13 de diciembre, de modificación de la Compilación en materia de venta a carta de gracia optó por modificar unos pocos artículos compilados.

<sup>14</sup> Recurso 1805/91 planteado el 9 de agosto de 1991. El Gobierno del Estado desistió en enero de 1992.

<sup>15</sup> El PSOE había perdido la mayoría absoluta en las elecciones de octubre de 1989.

<sup>16</sup> BASSOLS I PARÉS, Agustí. *Vers la codificació del Dret civil català. La reforma prèvia de 1984*. Discurs d'ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència. Barcelona, Academia de Jurisprudència y Legislación de Cataluña. 1992.

12/1996, de 29 de julio, de la potestad del padre y de la madre y la Ley 10/1996, de 29 de julio, de alimentos entre parientes<sup>17</sup>.

Entre tanto el Tribunal Constitucional había aceptado la competencia de los parlamentos autónomos para legislar en materia de Derecho civil entendiendo que si bien el punto de conexión eran las compilaciones la nueva legislación civil de las regiones con Derecho propio se podía desarrollar a partir de las normas preexistentes, compiladas o no, y después a partir de la base más amplia que podía surgir de las nuevas normas, de manera progresiva, ser nuevamente ampliada. Así se pronunció el Tribunal en sus sentencias 88/1993, de 12 de marzo, que resolvió el recurso presentado por el Estado contra la Ley de las Cortes de Aragón 3/1988, de 25 de abril, sobre equiparación de los hijos adoptivos; y 156/1993, de 6 de mayo, que resolvió el recurso del Estado contra el Decreto legislativo de las Islas Baleares 79/1990 de 6 de septiembre, que aprobaba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil de dichas Islas. El Tribunal, que no había entrado a resolver los recursos contra leyes catalanas por haberlos retirado el Gobierno del Estado, vino a inclinarse por la interpretación autonomista del desarrollo del Derecho Civil, tomando las compilaciones como base de la competencia legislativa autonómica, pero no como límite.

Contando ya con un Código de Sucesiones y varias leyes en materia de familia, se inició la tramitación de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia que incorporó la regulación de los efectos patrimoniales del matrimonio y de la separación, el divorcio y la nulidad matrimonial, y se completó con la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, heterosexuales y homosexuales, una ley pionera que fue imitada luego por muchos parlamentos autónomos españoles y por los de otros países. El gobierno español se abstuvo de impugnar dichas leyes<sup>18</sup> a pesar de la enorme distancia que existía entre su contenido y el de la Compilación. El contencioso sobre los límites de la competencia autonómica en materia de Derecho Civil parecía cerrado. Poco después se aprobó la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua<sup>19</sup>.

En el año 2000 la Generalitat optó por institucionalizar el consenso político y profesional que había presidido la elaboración de la normativa civil en los veinte años anteriores, siempre bajo el principio de la participación académica y profesional en su redacción técnica. Esta institucionalización se llevó a cabo con la creación

---

<sup>17</sup> Debe destacarse que el Gobierno catalán se ganó la complicidad de los operadores jurídicos encargando la redacción de los anteproyectos de ley a profesores y otros juristas de prestigio y procurando el consenso de los grupos parlamentarios.

<sup>18</sup> El Gobierno español del PP recibía apoyo parlamentario en Madrid de los diputados catalanes de Convergència i Unió, que gobernaba en Cataluña a su vez con apoyo del PP, según el llamado «Acuerdo del Majestic» que permitió la investidura de JM Aznar.

<sup>19</sup> Se trata de situaciones de convivencia de dos o más personas en una misma vivienda que comparten con voluntad de permanencia pero sin *afectio maritalis*, cosa frecuente en personas mayores ligadas por vínculos de parentesco o amistad.

del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña<sup>20</sup>, un órgano consultivo del Gobierno en la materia al que se encomendó la tarea de elaborar un Código Civil<sup>21</sup>. El Observatorio, cuya dirección se confió al catedrático Miquel Martín, se organizó, hasta 2004, en una Comisión de codificación y las secciones de Sucesiones y familia, de Derecho patrimonial y de Armonización. La más activa fue la de Derecho patrimonial, presidida por el catedrático Antoni Mirambell, ya que Sucesiones y Familia ya estaban codificados. Producto de su tarea en los años 2000 y 2001 se aprobaron hasta seis leyes civiles, todas en materia de Derecho Patrimonial<sup>22</sup>.

El Observatorio se propuso construir un Código Civil propio y completo, recopilando de manera armonizada y en lo menester puesta al día toda la legislación aprobada y elaborando las normas que correspondían a materias pendientes. Para facilitar la tarea se optó por un «código abierto», con una metodología que permitía aprobar por separado los diferentes libros, títulos y capítulos, sin que ello afectara la sistemática del Código ni la numeración de sus artículos. La Ley 29/2002, de 30 de diciembre, o primera Ley del Código Civil de Cataluña, estableció su estructura y sistemática fijando que estará formado por seis libros. Cada libro se dividirá en títulos y estos en capítulos, que pueden estar divididos en secciones y subsecciones. Por lo que respecta a la numeración de los artículos, cada uno lleva dos números separados por un guión. El primero está integrado por tres cifras que indican respectivamente el libro, el título y el capítulo, lo que en el fondo limita a 9 los títulos de cada libro y los capítulos de cada título. El segundo corresponde a la numeración continua que, empezando por el 1, se atribuye a cada artículo dentro del capítulo.

Sin embargo, los cambios políticos en las Cortes generales y en el Parlamento de Cataluña producidos el año 2000 propiciaron que se reabriera la conflictividad competencial en la materia, ya que el Gobierno del Estado impugnó la Ley ante el Tribunal Constitucional<sup>23</sup> generando, empero, una nueva reacción de las instituciones jurídicas catalanas a imagen de la de 1991<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> Decreto 13/2000, de 10 de enero. Completado por el Decreto 190/2000, de 29 de mayo, y reestructurado por el Decreto 266/2004, de 27 de abril, de regulación de los órganos del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña.

<sup>21</sup> En cierto modo se recuperó el *modus operandi* de la Generalitat republicana de 1932-1936, en que los anteproyectos de leyes civiles eran elaborados por la Comisión Jurídica Asesora, equivalente del Consejo de Estado.

<sup>22</sup> Ley 6/2000, de 19 de junio, de pensiones periódicas; Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación; Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, servidumbre y adquisición voluntaria preferente; Ley 23/2001, de 31 de diciembre, de cesión de finca o de edificabilidad a cambio de construcción futura; Ley 25/2001, de 31 de diciembre, de la accesión y la ocupación; Ley 19/2002, de 5 de julio, de derechos reales de garantía.

<sup>23</sup> Obsérvese que la tarea legislativa del Parlamento catalán en relación con el Código ha entrado en conflicto con el Estado esencialmente cuando éste ha sido gobernado por el Partido Popular, (hasta abril de 2004 y desde diciembre de 2011 y mayo de 2018).

<sup>24</sup> Un nuevo manifiesto se presentó públicamente en octubre de 2003.



## 5. EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

Los seis libros del Código catalán son:

a) Libro primero, relativo a las disposiciones generales, que incluye las disposiciones preliminares y la regulación de la prescripción y de la caducidad. Fue aprobado por la ya citada Ley 29/2002, de 30 de diciembre. El Gobierno del Estado planteó contra ella el recurso de inconstitucionalidad 2099/2003, si bien desistió de él<sup>25</sup> según Auto del Tribunal Constitucional de 3 de noviembre de 2004.

b) Libro segundo, relativo a la persona y la familia, que incluye la regulación de la persona física, las materias comprendidas en el Código de familia y las leyes especiales en este ámbito. Se introdujo en el Código por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo<sup>26</sup>.

c) Libro tercero, relativo a la persona jurídica, que incluye la regulación de las asociaciones y las fundaciones. Fue aprobado por la Ley 4/2008, de 24 de abril, del Libro tercero del Código Civil de Cataluña<sup>27</sup>.

d) Libro cuarto, relativo a las sucesiones, que incluye la regulación de las materias contenidas en el Código de sucesiones y en otras leyes especiales en este ámbito. Fue introducido por la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro cuarto. A ella se adicionaron unos pocos artículos en virtud de la Ley 10/2017, de 27 de junio, de voluntades digitales<sup>28</sup>.

e) Libro quinto, relativo a los derechos reales, que incluye la regulación de esta materia aprobada por el Parlament. Fue aprobado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro quinto<sup>29</sup>. Su contenido se vio ampliado por la Ley 19/2015, de 29 de julio, de incorporación de la propiedad temporal y de la

---

<sup>25</sup> Tras el cambio de Gobierno operado en las elecciones de marzo de 2004.

<sup>26</sup> El Gobierno del estado planteó discrepancias competenciales en relación con el artículo 211.1 que establecía que la personalidad civil se obtenía con el nacimiento sin necesidad de vivir 24 horas fuera del seno materno, como establecía desde 1889 el Código español. Las discrepancias derivaron en un acuerdo en la comisión bilateral Estado-Generalitat en virtud del cual ésta reconocía la competencia del Estado para regular las condiciones básicas de igualdad entre la ciudadanía y el Estado modificaba en Código Civil español en el sentido que había previsto la Ley catalana, lo que efectivamente se operó en la Ley estatal 20/2011, de 31 de marzo.

<sup>27</sup> Podría, en el futuro, incorporar la regulación de las cooperativas o de las mutualidades, sobre las que la Generalitat tiene competencias, aunque no exclusivas. No se planteó ninguna cuestión competencial sobre dicho Libro aprobado por el Parlamento catalán sobre la base de las leyes 5/2001, de 2 de mayo, de fundaciones, y 7/1998,7, de 3 de junio, de asociaciones, aprobadas previamente en virtud de su competencia exclusiva en estas materias.

<sup>28</sup> No se planteó tampoco ninguna cuestión competencial en relación con el Libro cuarto. Sin embargo se ha planteado recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 10/2017, de 27 de junio, a pesar de su poca trascendencia. Se trata del recurso 4751/2017, presentado el 26 de octubre de 2017.

<sup>29</sup> No se planteó cuestión alguna contra esta ley de 2006 a pesar de la gran extensión de la regulación del derecho de propiedad, directa o indirecta, de los modos de adquisición y extinción de los derechos reales, así como de la donación y de los distintos derechos reales en cosa ajena.



propiedad compartida. Esta última fue impugnada por el Gobierno del Estado ante el Tribunal Constitucional en el recurso 2465/2016 si bien este ha desestimado el recurso en la Sentencia 95/2017, de 6 de julio<sup>30</sup>.

f) Libro sexto, relativo a las obligaciones y los contratos, que incluye la regulación de estas materias, comprendidos los contratos especiales y la contratación que afecta a los consumidores, aprobada por el Parlament. Solo una parte de dicho Libro ha sido aprobada por la Ley 3/1917, de 15 de febrero, que aprueba la sistemática del Libro VI, que estructura en tres títulos, el de las disposiciones generales, el de los tipos contractuales y el de las fuentes de las obligaciones no contractuales. Además, aprueba alguno de sus títulos, en concreto los que regulan la compraventa, la permuta, el mandato, los arrendamientos rústicos y otros contratos agrarios y las pensiones, sean vitalicias o perpetuas, configurándose esta última como contrato de financiación. La Ley fue impugnada por el Gobierno del estado en el Recurso de inconstitucionalidad 2557/17 en junio de 2017, si bien el Tribunal Constitucional levantó la suspensión de vigencia en Auto de 3 de octubre de 2017, por lo que entró en vigor, según estaba previsto, el 1 de enero de 2018.

Debe significarse, para terminar con esta panorámica, que con frecuencia las leyes posteriores que han aprobado libros del Código han modificado artículos de Libros ya aprobados. Así sucedió en especial en las que aprobaron los libros segundo y sexto. Por otra parte la Ley 6/2015, de armonización del Código Civil de Catalunya, introdujo pequeños cambios en varios artículos de los libros aprobados al efecto de mejorar la redacción técnica o armonizar el contenido de algunas normas<sup>31</sup>.

En definitiva, hay que subrayar que hoy por hoy está plenamente vigente la totalidad del Código Civil salvo cuatro artículos menores relativos a las llamadas voluntades digitales, y solo una parte del Libro sexto está pendiente de Sentencia del Tribunal Constitucional.

---

<sup>30</sup> La sentencia es simplemente desestimatoria si bien en sus fundamentos jurídicos introduce el concepto de la «reserva de foralidad» ligada al contenido de las antiguas compilaciones. A pesar de ello, vista la extensión que han alcanzado el Derecho catalán y el resto de ordenamientos, en especial los de Aragón, Galicia y País Vasco) en relación con las compilaciones precedentes no es previsible una reconsideración general de la doctrina mantenida hasta la actualidad. Sobre dicha sentencia puede verse IZQUIERDO GRAU, Guillem, *La Constitucionalidad de la propiedad temporal* en REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA, (Barcelona) 2017-4 pg. 957-976.

<sup>31</sup> Por otra parte, la Ley 5/2015, de 13 de mayo, redactó de nuevo de manera íntegra el Título quinto del Libro quinto, que regula en esencia la Propiedad horizontal, introduciendo modificaciones en el régimen anterior, sobre todo en relación con la forma de adoptar acuerdos por la comunidad de propietarios.

## 6. EL DESPLAZAMIENTO DEL DERECHO DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

En lo relativo a las fuentes, el artículo 111.1 del Código, siguiendo lo que establecía la Compilación de 1960, indica que el Derecho civil de Cataluña está constituido por el Código, las demás leyes del Parlamento en la materia, las costumbres y los principios generales del Derecho, aunque la costumbre sólo rige si no hay ley aplicable. Estas normas deben interpretarse e integrarse de acuerdo con los principios generales que informan el Derecho civil de Cataluña, tomando en consideración la tradición jurídica catalana y se aplican con preferencia a cualquier otro, de manera que el derecho supletorio, esto es, el del Estado, sólo rige en la medida en que no se opone a las disposiciones catalanas y los principios que lo informan.

La gran expansión de la normativa civil catalana comporta que de manera gradual y sucesiva el Derecho civil del Estado vigente como supletorio en Cataluña, vaya siendo desplazado por la nueva normativa. Así, las leyes civiles catalanas no derogan a las leyes españolas, porque éstas siguen vigentes fuera del territorio catalán e incluso en él cuando procede por estatuto personal, pero a pesar de ello pierden su vigencia directa en Cataluña (o sobre los catalanes) porque solo la conservan formalmente como Derecho supletorio. Y como tal, únicamente es de aplicación tras un ejercicio de autointegración del derecho propio que en la práctica hace casi imposible su aplicación. Lentamente, la normativa catalana desplaza a la general española.

## 7. CONCLUSIÓN

La Constitución de 1978 y los Estatutos de autonomía han permitido a las instituciones catalanas renovar de manera consensuada y participada y sobre la base de la legitimidad democrática e histórica su Derecho civil propio, que se fundamenta en la libertad civil de las personas. Ello se ha efectuado en una síntesis de tradición y modernidad, de refuerzo de la identidad colectiva y de la cohesión social con un gran consenso interno pero con una considerable resistencia por parte de los poderes del Estado, muestra de la lógica tensión que comporta todo proceso de descentralización. El Tribunal Constitucional ha ido interpretando el artículo 149.8 de la Constitución considerando que dicha expansión tiene cabida en ella.

## SOBRE LA INVIOLABILIDAD DEL «DOMICILIO CONSTITUCIONAL»

por

AGUSTÍN LUNA SERRANO

*Académico de las Academias de Jurisprudencia y Legislación de Aragón y de Cataluña.  
Catedrático de Derecho civil*

### 1. LAS DIFERENTES PROYECCIONES JURÍDICAS DEL CONCEPTO DE DOMICILIO

En nuestro ordenamiento, para cualificar el domicilio o centro espacial de ubicación de desenvolvimiento de la persona física a efectos jurídicos, se acoge en la actualidad la idea básica de superar el tradicional criterio personalista o voluntarista del «animus manendi» y de sustituirlo por el más realista o sociológico de la «residencia habitual», la cual puede ser fijada libremente, según proclama el art. 19.1 de la Constitución, si bien en su caso con el acuerdo del otro cónyuge si se trata del domicilio conyugal, como se desprende de cuanto dispone el artículo 70 del Código civil (sobre la figura relativa a la ubicación de la persona se destaca la contribución de Alvarez Vigaray, R.: «El domicilio», *Anuario de Derecho Civil*, 1972, pp. 549 ss). Tal planteamiento de la conceptualización del domicilio resulta claramente del art. 40.1 del propio Código, definidor del mismo, «aunque sólo contiene en forma aproximada lo que debe entenderse por el domicilio de las personas naturales», puesto que, como se señala luego, «el concepto de domicilio abarca una dimensión plural amplia» (STS 30 enero 1993)<sup>1</sup>. La misma idea se evidencia también del art. 149 del mismo Código cuando se refiere a la posibilidad de prestar en su «propia casa» los alimentos debidos el obligado a procurarlos y se refleja igualmente, por lo demás, a propósito del lugar en que han de cumplirse las obligaciones, según refiere el art. 1171.3 del propio cuerpo legal. La concepción naturalista o realista resplandece también cuando el legislador refiere la ausencia a la desaparición de la persona de su domicilio o del lugar de su última residencia, según señala el art. 183.1 del Código civil.

La indicada conceptualización de carácter realista o social trasciende en la acepción del domicilio que determina, en principio, la competencia judicial,

---

<sup>1</sup> STS 30 enero 1993 (RAJ 1993, 350), ponente Villagómez Rodil.

que el art. 50.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil refiere al lugar del domicilio del demandado, y asimismo a dicha concepción naturalista y no voluntarista responden igualmente diversos apartados —los enumerados como 2, 3, 4, 6, 9 y 10— del art. 9 del Código civil relativos a la residencia habitual determinante del régimen normativo aplicable en materia de derecho internacional privado.

Por lo demás esta primígena concepción del domicilio determina también ciertos efectos reflejos, como la determinación de la competencia judicial respecto del demandado por el domicilio del actor, según previene el art. 50.2 «in fine» de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o indirectos, como los que se derivan respecto de las disposiciones testamentarias para sufragios y obras piadosas o a favor de los pobres, según es de ver en los artículos 747 y 749 del Código civil.

Ocurre, sin embargo, que conviene a la dimensión pragmática del ordenamiento proyectar en el sistema del mismo diversas concreciones de la idea inicial del domicilio, de cuyo concepto germinal el ordenamiento presenta diversas manifestaciones, ya que, como ha expresado, siquiera en pronunciamiento «obiter dictum», nuestro Tribunal Supremo (STS 10 noviembre 1992)<sup>2</sup>, se encuentran diversas variantes del concepto inicial y, por tanto, genérico del domicilio, «como son el legal, el electivo, el real y el habitual».

Manifestación del domicilio legal sería, en el sentido expresado, el que se atribuye ficticiamente a los diplomáticos en razón de lo dispuesto en el art. 40.2 del Código civil o bien, a través de la misma figura legal de la ficción, la residencia que a su cónyuge atribuye el art. 23.3 del propio cuerpo legal.

Por su parte, del domicilio electivo es ejemplo el que eventualmente el demandante hace constar en la demanda o, en su caso, el que el demandado señale una vez comparecido, como se indica en el art. 155.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o bien el que señalen de mutuo acuerdo los cónyuges residentes en distintos partidos judiciales a que se refiere el art. 679.1 de la propia ley o, en el mismo caso de diferentes residencias y tratándose de procesos sobre guarda y custodia de hijos menores, el que elija el demandante, como previene el art. 769.3 del mismo cuerpo legal o también el señalado en el lugar oficial de ubicación formal de un registro oficial, de una empresa, de una corporación o de una actividad profesional o laboral, como se trasluce del art. 155.3 y 4 de la indicada ley rituarial y asimismo el que determinan los interesados en un determinado negocio prescindiendo de la domiciliación propia para someterse a la que libremente fijan en la relación contractual creada por ellos —«domicilio por designación o afectivo»—, «produciéndose así un domicilio ficticio y restringido, pero que desempeña función análoga a la del domicilio real en el ámbito jurídico y de relaciones para el que se aportó expresamente y que resulta vinculante, pero

---

<sup>2</sup> STS 10 noviembre 1992 (RAJ 1992, 10569), ponente Martín-Granizo Fernández.

no prohibido expresamente en el citado art. 40 del Código civil» (STS 3 enero 1993)<sup>3</sup>.

Del domicilio real es manifestación el lugar en que se desenvuelve la convivencia conyugal, fijado de común acuerdo o en su caso por el juez, según determina el art. 70 del Código civil, o también el que tienen los litigantes que actúan directamente o, en el caso de tratarse del primer emplazamiento del demandado, según se desprende del artículo 155.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, así como el último común de los cónyuges o el actual de cualquiera de los solicitantes en los procedimientos de separación o divorcio de común acuerdo según establece el art. 769.2 de la misma ley. Parecen referidos básicamente al domicilio real las previsiones sobre averiguación judicial del mismo previstas en el art. 156.1, 2 y 3 de la propia Ley de Enjuiciamiento Civil.

Finalmente, del domicilio habitual sería buen ejemplo el que se reporta a la «casa» de la persona en que la misma desenvuelve establemente su existencia y que le consiente la opción conferida por el ya señalado artículo 149 del Código civil. Por lo demás, con bastante frecuencia y por comprensibles razones tanto de utilidad como de seguridad jurídica prefiere el Código civil referirse, en vez de al domicilio, a la residencia de la persona en preceptos tales como los arts. 15.1, 21.2 y 4 y 23 en materia de adquisición de la nacionalidad española.

A todas estas indicadas manifestaciones del concepto de domicilio, a veces apegadas a la realidad y otras, por razón de la eficacia del derecho, más o menos radicalmente desligadas de la misma, cabe añadir, con la dimensión que luego se señala, el que se ha configurado jurisprudencialmente como «domicilio constitucional».

## 2. DOMICILIO E INTIMIDAD

Como se ha observado en alguna ocasión por la jurisprudencia constitucional, el reconocimiento relativamente reciente del derecho a la intimidad es desarrollo de las libertades fundamentales que tradicionalmente se habían venido configurando en las Cartas Magnas como derechos a la inviolabilidad del domicilio y de la correspondencia, en cuanto que las mismas «tienen como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada, personal y familiar, que debe quedar excluido del conocimiento ajeno y de las intromisiones de los demás, salvo autorización del interesado», según ha expresado con acierto nuestro Alto Tribunal garante de la Constitución (STC 26 noviembre 1984)<sup>4</sup>, que aduce, respecto de

---

<sup>3</sup> STS 3 enero 1993 (RAJ 1993, 350), ponente Villagómez Rodil.

<sup>4</sup> STC 110/1984, 26 noviembre (RTC 1984, 110), ponente Latorre Segura.

esta derivación hacia «el reconocimiento global de un derecho a la intimidad o a la vida privada que abarque las intromisiones que por cualquier medio puedan realizarse en ese ámbito reservado de la vida», que el mismo está en buena parte determinado por razón del «avance de la tecnología actual y del desarrollo de los medios de comunicación», lo que «ha obligado a extender esa protección más allá del aseguramiento del domicilio como espacio físico en que normalmente se desenvuelve la intimidad y del respeto a la correspondencia, que es o puede ser medio de conocimiento de aspectos de la vida privada».

En el sentido ahora expresado, es claro que «la protección constitucional del domicilio es una protección de carácter instrumental, que defiende los ámbitos en que se desarrolla la vida privada de la persona», de manera que puede sin duda afirmarse que «existe un nexo de unión indisoluble entre la norma que prohíbe la entrada y registro de un domicilio (art. 18.2 de la Constitución) y la que impone la defensa y garantía del ámbito de la privacidad (art. 18.1 de la Constitución)” (STC 17 febrero 1984)<sup>5</sup>.

De ello se deriva, sin duda, que el concepto de domicilio elaborado por el Tribunal Constitucional supere el tradicional en orden a la efectividad del derecho fundamental de su inviolabilidad que aparece plasmado en el artículo 18.2 de la Constitución, precepto que «tiene como finalidad principal el respeto a un ámbito de vida privada y familiar», «razón por la cual lo protegido a través de este derecho es, más que el mero o estricto espacio físico en sí mismo considerado, lo que en él hay de emancipación de la persona» (STS 30 diciembre 1992)<sup>6</sup>. Esta consideración ha sido objeto de subrayada manifestación en una continuada doctrina del Tribunal Constitucional, en la que se expresa que, mediante el art. 18.2 de la Constitución, cuya proclamación coincide con la contenida en el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, lo que se trata de proteger es lo que en el espacio físico que es el domicilio «hay de emanación de la persona y de la esfera privada de ella» (STC 17 febrero 1984)<sup>7</sup>, de manera que este planteamiento se reitera con frecuencia (STC 26 noviembre 1984; 18 julio 1991; 23 febrero 1995; 26 abril 1999; 29 mayo 2000; 29 mayo 2001; 17 enero 2002, entre otras)<sup>8</sup>, señalándose que lo protegido constitucionalmente no es tanto el mero y estricto espacio físico en sí mismo considerado sino lo que hay en él de emanación

---

<sup>5</sup> STC 22/1984, 17 febrero (RTC 1984, 22), ponente Díez-Picazo y Ponce de León.

<sup>6</sup> STS 10569/1992, 30 diciembre (RAJ 1992, 10569), ponente Martín-Granizo Fernández.

<sup>7</sup> STC 22/1984, 17 febrero (RTC 1984, 22), ponente Díez-Picazo y Ponce de León.

<sup>8</sup> STC 110/1984, 26 noviembre (RTC 1984, 110), ponente Latorre Segura; 160/1991, 18 julio (RTC 1991, 160), ponente López Guerra; 50/1995, 23 febrero (RTC 1995, 50), ponente De Mendizábal Allende; 69/1999, 26 abril (RTC 1999, 69), ponente González Campos; 136/2000, 29 mayo (RTC 2000, 136), ponente Jiménez de Parga y Cabrera; 119/2001, 29 mayo (RTC 2001, 119), ponente Jiménez de Parga y Cabrerera; 10/2002, 17 enero (RTC 2002, 10), ponente Casas Baamonde, entre otras.

de la persona y de la esfera privada de ella. Cabe recordar, por lo demás, que, incluso en una resolución de mero trámite, el propio Tribunal Constitucional, recogiendo tan reiterada doctrina, había hecho delimitación del domicilio a los efectos de su inviolabilidad al «espacio en el cual el individuo vive sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales y ejerce su libertad más íntima, protegiéndose no sólo el espacio físico en sí considerado sino también lo que en él hay de emanación de la persona y de esfera privada de ella» (ATC 3 abril 1989)<sup>9</sup>.

Todo ello supone que el contenido esencial del derecho a la inviolabilidad del domicilio es básicamente negativo, puesto que lo que fundamentalmente se garantiza —de ahí su carácter de instrumental— es la facultad del titular de la vivienda de excluir a los demás de ese ámbito espacial reservado en que desenvuelve su intimidad.

Puede decirse, en definitiva, que, en la consideración de ser la inviolabilidad domiciliaria garantía de la protección eficaz del derecho a la intimidad, el domicilio constitucionalmente protegido «comporta un ámbito de intimidad específico» al que se conecta o del que se desprende «la garantía constitucional de su inviolabilidad», entendiéndose por tal el «ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por ella misma que resulta “exento de” o “inmune a” cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos» STC 21 octubre 2013, que recuerda al respecto las ya citadas STC 17 febrero 1984 y 17 enero 2002<sup>10</sup>.

El Tribunal Constitucional ha considerado que el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio es extensivo —respecto del que tengan con arreglo a lo dispuesto en el art. 41 del Código civil— a las personas jurídicas (entre otras STC 17 octubre 1985)<sup>11</sup>, si bien con una menor intensidad de protección por faltar en su caso una estrecha vinculación con un ámbito de intimidad en su sentido originario de modo que la protección constitucional únicamente debe extenderse a los espacios indispensables para el desarrollo de la actividad de la persona jurídica, a los de ubicación de la dirección o a los destinados a la custodia de documentos o soportes que quedan reservados al conocimiento de terceros (STC 26 abril 1999)<sup>12</sup>.

---

<sup>9</sup> ATC 17/1989, 3 abril 1989 (RTC 1989, 17).

<sup>10</sup> STC 176/2013, 21 octubre (RTC 2013, 176), ponente García-Trevijano Sánchez, que recuerda al respecto las ya citadas STC 22/1984, 17 febrero (RTC 1984, 22) ponente Díez-Picazo y Ponce de León, 17 enero (RTC 2002, 10), ponente Casas Baamonde.

<sup>11</sup> STC 137/1983, 17 octubre (RTC 1985, 137), ponente Pera Verdaguer. Véase también la STC 54/2015, 16 marzo (RTC 2015, 54), ponente González Rivas, que la tiene en cuenta.

<sup>12</sup> STC 69/1999, 26 abril (RTC 1999, 69), ponente González Campos.



### 3. DELIMITACIÓN DEL DOMICILIO PROTEGIDO

Cuanto antecede «obliga a mantener, por lo menos “prima facie”, un concepto constitucional de domicilio de mayor amplitud que el concepto jurídico-privado o jurídico-administrativo» (STC 17 febrero 1984)<sup>13</sup>. En este sentido, se considera domicilio el «espacio físico donde la persona desarrolla su esfera privada o libertad más íntima, abarcando no sólo el lugar donde se pernocta habitualmente sino también el ámbito erigido por una persona para desarrollar en él alguna actividad» (STC 17 octubre 1985)<sup>14</sup>.

Es evidente, con todo, que no cualquier espacio puede ser considerado domicilio a los efectos del mandato constitucional de su inviolabilidad. Tal ocurre con relación a unas oficinas, a unos almacenes, a unas fábricas o a unos locales comerciales (STC 16 diciembre 1997)<sup>15</sup>, a un bar (STC 27 noviembre 2000)<sup>16</sup>, o a un automóvil, salvo que se trate de un vehículo tipo caravana en el que se puede desenvolver de una manera estable la vida de la persona (STS 19 septiembre 1994 y 5 febrero 2003)<sup>17</sup>. Tampoco pueden considerarse domicilio, a los efectos examinados y a diferencia de las habitaciones (STC 17 enero 2002)<sup>18</sup>, las zonas comunes de un hotel, puesto que «el hecho de que estas dependencias hoteleras sean de uso común para todos los huéspedes e, incluso, para terceros, impide su consideración como domicilio a efectos constitucionales», esto es, como aquel lugar en que los «individuos libres de toda sujeción a convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima, siendo objeto de protección de este derecho tanto el espacio físico en sí mismo considerado, como lo que hay en él de emanación de la persona y de su esfera privada (STC 21 octubre 2013)<sup>19</sup>. En relación a una celda carcelaria, aunque la misma puede considerarse que es «espacio apto para desarrollar la vida privada» (STC 27 noviembre 2000)<sup>20</sup>, no parece que pueda considerarse domicilio, en el sentido constitucional de su inviolabilidad, respecto de la inspección por parte de las autoridades penitenciarias (STC 27 marzo

<sup>13</sup> STC 22/1984, 17 febrero (RTC 1984, 22), ponente Díez-Picazo y Ponce de León.

<sup>14</sup> STC 137/1985, 17 octubre (RTC 1985, 137), ponente Pera Verdaguer.

<sup>15</sup> STC 228/1997, 16 diciembre (RTC 1997, 228), ponente García Manzano.

<sup>16</sup> STC 283/2000, 27 noviembre (RTC 2000, 283), ponente Jiménez de Parga y Cabrera.

<sup>17</sup> STS —Sala 2ª— 1626/1994, 19 septiembre (RAJ 1994/1626), ponente De Vega Ruiz, e igualmente STS —Sala 2ª— 158/2003, 5 febrero (RAJ 2003/1725), ponente Soriano Soriano.

<sup>18</sup> STC 10/2002, 17 enero (RTC 2002, 10), ponente Casas Baamonde, que precisa que «ni la accidentalidad, temporalidad o ausencia de habitualidad del uso de la habitación del hotel, ni las limitaciones al disfrute de la misma que derivan del contrato de hospedaje, pueden constituir obstáculo a su consideración», al ser «espacios aptos para el desarrollo o desenvolvimiento de la vida privada». Por su parte, la STC 189/2004, 4 noviembre (RTC 2004, 189), ponente Delgado Barrio, considera igualmente espacio apto para el desarrollo de la vida privada y protegido por el derecho a la inviolabilidad a la habitación en una residencia militar.

<sup>19</sup> STC 176/2013, 21 octubre (RTC 2013, 176), ponente García-Trevijano Sánchez.

<sup>20</sup> STC 283/2000, 27 noviembre (RTC 2000, 283), ponente Jiménez de Parga y Cabrera.



2006)<sup>21</sup> y desde luego no habría de valorarse como tal en el supuesto de tratarse de reclusos particularmente peligrosos, cuya celda es lógico registrar, o que se encuentren en situación de aislamiento especial, en cuyo caso, según la normativa penitenciaria, «diariamente deberá practicarse registro de las celdas y cacheo de los internos» (STC 21 d mayo 2012)<sup>22</sup>.

Evidentemente no puede constituir domicilio protegido por la declaración constitucional de inviolabilidad un monte o bosque, aunque puede encontrarse dentro del mismo «un espacio físico susceptible de merecer la calificación de domicilio a los efectos del art. 18.2 de la Constitución», «en cuanto sirva de morada o habitación a una persona física en la que ésta desarrolla su vida privada, incluso si es de forma esporádica» (STC 22 octubre 2015)<sup>23</sup>.

#### 4. CAUSAS DE DECAIMIENTO DEL DERECHO A LA INVOLABILIDAD

Con el carácter de fundamental del derecho a la inviolabilidad del domicilio, constitucionalmente establecido para garantizar el ámbito de la privacidad personal, se corresponde el establecimiento de la interdicción de la entrada y del registro domiciliario—del que en realidad la entrada es puramente instrumental—, salvo que medie la circunstancia de flagrante delito sean la entrada y registro consentidos por el titular del domicilio o sean realizados los mismos al amparo de una resolución judicial (STC 10 febrero 2003, que recuerda con acierto las STC 17 febrero 1984, y 17 enero 2002)<sup>24</sup>, supuestos de autorización de la entrada y registros domiciliarios que, a diferencia de otros ordenamientos, como el italiano—casos y formas establecidos por la ley— o el alemán—autorización no judicial de entrada forzosa en supuestos de urgencia—, tienen en el nuestro carácter rigurosamente taxativo (STC 25 julio 1995 y 29 mayo 2000, entre otras)<sup>25</sup>. En efecto, como ha expresado la propia jurisprudencia constitucional, «en el caso de la Constitución española y como expresión de la estrecha relación entre la protección del domicilio y la acordada a la intimidad personal y familiar en el apartado 1 del mismo art. 18, fuera de los supuestos de consentimiento del titular y de flagrancia delictiva», «se posibilita la entrada o registro domiciliario únicamente sobre la base de una resolución judicial» (STC 18 julio 1991)<sup>26</sup>.

---

<sup>21</sup> STC 89/2006, 27 marzo (RTC 2006, 89), ponente Casas Baamonde.

<sup>22</sup> STC 106/2012, 21 mayo (RTC 2012, 106), ponente Sala Sánchez.

<sup>23</sup> STC 214/2015, 22 octubre (RTC 2015, 214), ponente Ollero Tassara.

<sup>24</sup> STC 22/2003, 10 febrero (RTC 2003, 22), ponente Vives Antón; 22/1984, 17 febrero (RTC 1984, 22), ponente Díez-Picazo y Ponce de León; y 10/2002, 17 enero (RTC 2002, 10), ponente Casas Baamonde.

<sup>25</sup> STC 126/1995, 25 julio (RTC 1995, 126), ponente Jiménez de Parga y Cabrera y 136/2000, 29 mayo (RTC 2000, 136), ponente Jiménez de Parga y Cabrera.

<sup>26</sup> STC 160/1991, 18 julio (RTC 1991, 160), ponente López Guerra.

Como es lógico, el consentimiento del titular del domicilio a la entrada en el mismo, circunstancia que hace decaer su derecho constitucional a su inviolabilidad, debe ser del todo consciente y libre y, naturalmente, prestada por el titular de dicho derecho. Un caso especial se plantea respecto del supuesto de la titularidad compartida de dicho derecho, como ocurre en el caso del domicilio conyugal, supuesto en el que cabría pensarse que el consentimiento de uno sólo de los cónyuges es suficiente para legitimar la entrada en el domicilio y registro del mismo (STC 10 febrero 2003)<sup>27</sup>. Esta apreciación puede considerarse desde luego convincente en el supuesto de que el cónyuge o, en su caso, el conviviente que da la autorización no tenga un interés contrapuesto al del otro con el que vive compartiendo la vivienda, como, por ejemplo, si la entrada en el domicilio tiene por objeto que la fuerza pública, fuera del caso del flagrante delito, se proponga registrar el domicilio para investigar si existen en él más armas pertenecientes a quien anteriormente ha intentado con otras amedrentar a la persona de su esposa o conviviente que consiente dicho registro<sup>28</sup>.

El consentimiento eficaz del sujeto titular del derecho a la inviolabilidad de su domicilio para la ingerencia en el mismo no tiene que ser necesariamente expreso, pudiendo ser también tácito, si bien, salvo casos excepcionales, la mera falta de oposición a la intromisión domiciliar no podrá entenderse como consentimiento tácito (STC 16 marzo 2015)<sup>29</sup>, con doctrina que se viene reiterando en la jurisprudencia constitucional (STC 17 febrero 1984 y STC 24 septiembre 2007)<sup>30</sup>.

Al consentimiento habrá de equipararse la falta de reacción procesal tempestiva de la persona o de sus representantes habilitados para ello frente a la resolución judicial autorizante de la entrada y registro eventualmente formulada defectuosamente —por ejemplo, por omisión de la conocida como instrucción de recursos— cuyo defecto se denuncia con posterioridad a la práctica del registro anunciado al interesado, en virtud de la resolución autorizante en que se había hecho la expresada omisión, con suficiente antelación. Como se expresa al respecto por el Tribunal Constitucional, «no cabe apreciar indefensión material en aquellos supuestos en los cuales la situación de indefensión “se ha producido por una actitud voluntariamente consentida por el supuestamente afectado o atribuible a su propio desinterés, pasividad, malicia o falta de necesaria diligencia o de los profesionales que le representan o defienden”» (STC 3 noviembre 2014)<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> STC 22/2003, 10 febrero (RTC 2003, 22), ponente Vives Antón.

<sup>28</sup> Cfr., voto particular a la anteriormente citada STC 22/2003 formulado por Jiménez Sánchez.

<sup>29</sup> STC 54/2015, 16 marzo (RTC 2015, 54), ponente González Rivas.

<sup>30</sup> STC 22/1984, 17 febrero (RTC 1984, 22), ponente Díez-Picazo y Ponce de León y 209/2007, 24 septiembre (RTC 2007, 209), ponente Casas Baamonde.

<sup>31</sup> STC 175/2014, 3 noviembre (RTC 2014, 175), ponente Roca Trias, que aduce al respecto, recogiendo sus palabras, las STC 275/2005, 7 noviembre (RTC 2005, 275), ponente Aragón Reyes;

La flagrancia del delito es circunstancia comprensible del decaimiento del derecho a la inviolabilidad del domicilio, si bien en razón del carácter fundamental de tal derecho ha de valorarse de manera exigente y restrictiva en función de la realidad de haber lugar a la misma contemporáneamente al momento mismo de la entrada en el domicilio cuya inviolabilidad se protege constitucionalmente y no en un momento posterior, puesto que en este segundo momento y pasado aquél puede considerarse que ya no tiene lugar que no tiene un delito flagrante, puesto que, como se precisa en relación a una solicitud de amparo, «aunque la detención del recurrente se produjera de forma inmediata tras la percepción sensorial directa de los policías de un episodio que puede calificarse de flagrante delito, sin embargo la flagrancia del mismo cesó» (STC 10 febrero 2003)<sup>32</sup>.

Respecto de la autorización judicial, cabe subrayar que la misma se concibe en nuestro sistema como «mecanismo de orden preventivo, destinado a proteger el derecho, y no —como en otras intervenciones judiciales previstas en la Constitución— a reparar su violación cuando se produzca». En este sentido, cabe afirmar, que la resolución judicial «aparece para decidir, en caso de colisión de valores e intereses constitucionales, si debe prevalecer el derecho del art. 18.2 de la Constitución u otros valores e intereses constitucionalmente protegidos (STC 18 julio 1991)<sup>33</sup>.

La resolución judicial debe ser, desde luego, motivada, de modo que pueda atribuirse a dicha motivación constituir la vía de la verificación de que la actuación judicial ha operado como garantía de la excepcionalidad de la ingerencia permitida por el art. 18.2 de la Constitución y, en todo caso, como garantía de la proporcionalidad de la restricción de todo derecho constitucional (STC 27 septiembre 1999 y 17 enero 2000)<sup>34</sup>.

Está legitimado para reclamar ante los tribunales ordinarios contra la invasión ilegítima de su domicilio el titular del mismo y legitimado, en su caso, para formular el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional aquel reclamante que no obtuvo satisfacción a través de unas actuaciones judiciales que han llegado al agotamiento de la vía judicial previa al recurso de amparo, presupuesto procesal —que cumple únicamente dicha función de agotar la vía judicial (STC 16 marzo 1981)<sup>35</sup>—, que es claro que «no puede configurarse como la exigencia de interponer cuantos recursos fueran imaginables, incluso aquéllos

---

55/2006, 27 febrero (RTC 2006, 55), ponente Pérez Tremps; y 10/2009, 12 enero (RTC 2009, 10), ponente Conde Martín de Hijas.

<sup>32</sup> STC 22/2003, 10 febrero (RTC 2003, 22), ponente Vives Antón.

<sup>33</sup> STC 160/1991, 18 julio (RTC 1991, 160), ponente López Guerra.

<sup>34</sup> STC 171/1999, 27 septiembre (RTC 1999, 171), ponente Viver Pi-Sunyer; y 8/2000, 17 enero, (RTC 2000, 8), ponente Jiménez de Parga y Cabrera.

<sup>35</sup> STC 6/1981, 16 marzo (RTC 1981, 6), ponente Rubio Llorente.

de dudosa viabilidad (STC 28 febrero 2011)<sup>36</sup>, entre otras, de modo que dicho agotamiento queda cumplido con la utilización de los que «razonablemente puedan ser considerados como pertinentes sin necesidad de complejos o análisis jurídicos» (STC 21 de julio 2008 y 15 junio 2009)<sup>37</sup>. Cabe decir, en conclusión (como hace la antes recordada STC 21 octubre 2013)<sup>38</sup>, recogiendo doctrina jurisprudencial anterior), que «no se trata, por tanto, de establecer con total precisión si un recurso es o no procedente, sino decidir si era razonablemente exigible su interposición».

## 5. CONCRECIÓN ESPECIFICADORA DE LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL

La sentencia judicial que autorice la entrada en un domicilio privado, además de hacer comprobación de la proporcionalidad de la entrada domiciliar que se solicita en cuanto a la finalidad perseguida, deberá también considerar y, en su caso, precisar las circunstancias temporales de dicha entrada, todo ello con el objeto de que no se restrinja de modo innecesario del derecho a la inviolabilidad del domicilio, evitando un sacrificio desproporcionado (STC 23 febrero 1995 y 26 abril 1999, recordadas al efecto por la STC 4 noviembre 2013)<sup>39</sup>. Por lo demás, como cualquier otra resolución judicial, también la que autorice la entrada en un domicilio privado, haciendo así dispensa de la regla general de su inviolabilidad, deberá estar adornada de los criterios de ponderación y de proporcionalidad –recurrentes en la doctrina jurisprudencial tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo en tema de inviolabilidad del domicilio (STC 23 febrero 1995; 26 abril 1999; 27 septiembre 1999; 16 mayo 2000; 11 diciembre 2000; 4 noviembre 2013 y STS 27 noviembre 2017)<sup>40</sup> y, desde luego, de razonabilidad.

---

<sup>36</sup> STC 11/2011, 28 febrero (RTC 2011, 11), ponente Asua Batarrita.

<sup>37</sup> STC 85/2008, 21 julio (RTC 2008, 85) y 142/2009, de 15 de junio (RTC 2009, 142), ponente en ambas Casas Baamonde.

<sup>38</sup> STC 176/2013, 21 octubre (RTC 2013, 176), ponente García-Trevijano Sánchez.

<sup>39</sup> STC 50/1995, 23 febrero (RTC 1995, 50), ponente De Mendizábal Allende y 69/1999, 26 abril (RTC 1999, 69), ponente González Campos, recordadas al efecto por la STC 188/2013, 4 noviembre (RTC 2013, 188), ponente López López. En el mismo sentido, la STC 76/1992, 14 mayo (RTC 1992, 76), ponente García-Mon y González-Regueral señala que la sentencia de autorización de entrada en el domicilio debe apreciar que la misma está fundada en derecho y que es necesaria para alcanzar el fin perseguido y precaver “que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto”.

<sup>40</sup> STC 50/1995, 23 febrero (RTC 1995, 50), ponente De Mendizábal Allende; 69/1999, 26 abril (RTC 1999, 69), ponente González Campos; 171/1999, 27 septiembre (1999, 171), ponente Viver Pi-Sunyer; 126/2000, 16 mayo (RTC 2000, 126), ponente Conde Martín de Hijas; 299/2000, 11 diciembre (RTC 2000, 299) ponente Conde Martín de Hijas; 188/2013, 4 noviembre (RTC 2013, 188) ponente López López; y STS —Sala 3ª— 1797/2017, 27 noviembre (RAJ 2017, 1797), ponente Bandrés Sánchez-Cruzat.

Pueden, sin duda, plantearse situaciones de particular delicadeza en aquellos supuestos en que, habiendo menores a los que la pérdida por desalojo del hogar familiar ilegalmente ocupado les pueda colocar en una situación de particular vulnerabilidad, deba entonces tenerse en cuenta la situación personal, social y familiar en que dichos menores puedan encontrarse (STS 23 noviembre 2017)<sup>41</sup> y también en aquéllos en que la entrada en el domicilio se ordene a su desalojo para su posterior demolición y pueda considerarse que en el caso concreto concurren enfrentados entre sí el derecho de la persona a la inviolabilidad del domicilio, el derecho de una corporación pública a la recuperación de la legalidad urbanística, eventualmente en relación a zonas de asentamientos humanos irregulares consolidados (o también cuando haya lugar a una orden de derribar un edificio que amenaza ruina), y el derecho a gozar de una vivienda digna. En relación a casos semejantes se ha postulado, sobre la base de una idea de proporcionalidad, que la autoridad judicial a la que se pide autorización para el ingreso en el domicilio «tenga también en cuenta la realidad social» y considere la oportunidad de coordinar temporalmente la solicitada entrada en el domicilio con la obtención por parte de los interesados afectados por ella de medios alternativos y apropiados de protección, teniendo en todo caso en cuenta la jurisprudencia dictada en casos semejantes por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en aplicación del art. 8 del Convenio europeo para la protección de los mismos<sup>42</sup>. El Tribunal de Estrasburgo, en efecto, proclama que las personas que corren el riesgo de perder el hogar familiar han de tener la garantía de que la medida adoptada será proporcionada y razonable y tendrá en cuenta todos los aspectos del caso de carácter social y personal (STEDH 24 abril 2012 y 17 octubre 2013)<sup>43</sup>.

## 6. INUTILIDAD DE LAS PRUEBAS OBTENIDAS CON VULNERACIÓN DE LA INVOLABILIDAD DOMICILIARIA

Cabe significar, finalmente, por cuanto que la entrada en un domicilio se ordena con frecuencia a la obtención de pruebas, que, si tal entrada no es consentida o autorizada, vulnera el mandato del art. 18.2 de la Constitución, de modo que, consecuentemente y si bien la prohibición de valorar en juicio las

---

<sup>41</sup> STS —Sala 3ª— 1797/2017, 27 noviembre (RAJ 2017, 1797), ponente Bandrés Sánchez-Cruza, tiene en cuenta los arts. 11 y 12 de la Ley orgánica 1/1996, 15 marzo, de protección jurídica del menor y el art. 27.1 y 3 de la Convención sobre los derechos del niño de 20 de noviembre de 1989.

<sup>42</sup> Cfr. al respecto el voto particular formulado por Valdés Dal-Ré y Asúa Batarrita a la citada STC 188/2013, 4 noviembre (RTC 2013, 188), ponente López López.

<sup>43</sup> STEDH 24 abril (PROV 2012, 142849), caso Yordanova y otros c. Bulgaria, y 17 octubre (PROV 2013, 321282), caso Winsterstein y otros c. Francia.

pruebas obtenidas con claro desconocimiento de los derechos fundamentales sustantivos no se expresa en ninguna norma constitucional, el no acogimiento de la solución de rechazar la admisión en juicio de dichas pruebas supondría la negación o el desconocimiento de las garantías que deben rodear al proceso, según proclama el art. 26.2 de la Constitución, y chocaría, en definitiva, con la exigencia de un justo proceso al que con frecuencia se refiere la doctrina científica (STC 29 noviembre 1984; 2 abril 1998; 17 marzo 2001 y 11 febrero 2002, entre otras)<sup>44</sup>.

Lógicamente, tal rechazo de la admisión como prueba de lo eventualmente advertido o hallado en el domicilio ilegítimamente invadido alcanza también a las pruebas reflejas que de la misma se deriven —como atestados que documentan la actuación judicial y declaraciones de los agentes de las fuerzas de seguridad o de testigos presenciales—, por cuanto que «tales pruebas no son sino una materialización directa e inmediata de la vulneración del derecho fundamental», dado que «con ellas lo que accedió al juicio fue, pura y simplemente, el conocimiento adquirido al practicar la prueba constitucionalmente ilícita que, al estar indisolublemente unido a esta, ha de seguir su misma suerte»<sup>45</sup>.

---

<sup>44</sup> STC 114/1984, 29 noviembre (RTC 1984, 114), ponente Díez-Picazo y Ponce de León; 81/1998, 2 abril (RTC 1998, 81), ponente Vives Antón; 69/2001, 17 marzo (RTC 2001, 69), ponente Jiménez Sánchez y 28/2002, 11 febrero (RTC 2002, 28), ponente Gay Montalvo.

<sup>45</sup> Cfr. STC 94/1999, 31 mayo (RTC 1999, 94), ponente Vives Antón; 139/1999, 22 julio (RTC 1999, 139), ponente Conde Martín de Hijas y 161/1999, 27 septiembre (RTC 1999, 161), ponente Vives Antón, recordadas todas ellas en el voto particular formulado por Jiménez Sánchez en relación a la ya citada STC 22/2003, 10 febrero (RTC 2003, 22), ponente Vives Antón.

UNA LLOANÇA PÚBLICA  
A LA DOCTORA ALEGRÍA BORRÁS  
X PREMI PUIG SALELLAS

per  
LLUÍS JOU I MIRABENT  
*President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.*  
*Notari de Barcelona*  
Col·legi de Notaris, 4 de desembre de 2018

Honorable consellera de Justícia,  
Il·lustre senyor degà,  
Excel·lentíssima i molt ben volguda Alegria Borrás,  
Senyor Josep Maria Vallverdú i família,  
Estimada Maria Luz i família Puig,  
Autoritats civils i acadèmiques,  
Membres de la Junta directiva, companys acadèmics i notaris,  
Senyores i senyors que ens heu volgut acompanyar:

Josep M. Puig Salellas va morir l'any 2007 i poc després, el Col·legi de Notaris va instituir el premi que du el seu nom per reconèixer una trajectòria jurídica. Enguany, en la seva desena edició, el premi s'ha atorgat a la catedràtica Alegria Borrás.

Alegria Borrás, ha tingut l'amabilitat de fer-me parlar sobre ella en aquest acte essencialment en atenció a la meva condició de President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, de la qual formem part, ella des de l'any 1988 succeint al degà Ramon Faus Esteve, i jo des de 2008 en substitució del també degà Josep M. Puig Salellas.

Li he de donar les gràcies.

Primer perquè em sento profundament lligat a aquesta casa, el Col·legi de notaris de Catalunya, una institució civil catalana dipositària d'una tradició jurídica essencial per entendre el Dret de Catalunya i, durant molts anys, per salvar l'ús de la nostra llengua en documentació oficial tal com consta en l'arxiu valuosíssim que conservem. I també em sento profundament lligat a Josep M. Puig Salellas, de qui vaig aprendre tant i amb qui vaig tenir el goig i l'honor de compartir pro-

jectes, idees i realitzacions. L'acceptació del premi per part de la doctora Borrás, així com la dels il·lustres i doctes juristes que l'han rebut en edicions anteriors, dona prestigi al premi i honora al Col·legi i la memòria de Puig Salellas. Gràcies, doncs, professora Borrás, per haver-lo acceptat.

I gràcies, també per haver-me encomanat aquesta lloança pública tot i que parlar de la seva absolutament impressionant obra jurídica no sigui gens fàcil.

Destacaré, en una tria personal quatre de les facetes en què a parer meu ha excel·lit:

1. L'activitat universitària.
2. L'activitat a la Conferència de la Haia i a Brussel·les.
3. La participació en institucions jurídiques del país.
4. La preocupació per garantir versions castellanques uniformes dels tractats internacionals.

## 1. L'ACTIVITAT UNIVERSITÀRIA

Alegria Borrás es va llicenciar en Dret per la Universitat de Barcelona el 1964, a la llavors novíssima Facultat de la Diagonal, i després d'obtenir el Diploma del *Centro de estudios tributarios y financieros* el 1966 que l'hauria pogut dur cap a la carrera funcional, va optar per fer vida universitària i es va doctorar, el 1970, amb una tesi sobre la *dobla imposició internacional* dirigida pel professor Manuel Díez de Velasco, que més tard havia de formar part de la primera fornada de magistrats del Tribunal Constitucional d'Espanya. Fou professora ajudant i després professora adjunta de Dret Internacional a la UB entre 1964 i 1982 i d'aquest temps és de destacar l'obra, llavors tan innovadora, *Prácticas de Derecho internacional privado* dirigida pel professor Díez de Velasco en la qual ella hi consta, coses d'aquell temps, com a «secretària».

Va guanyar la càtedra de Dret Internacional Privat, de la Universitat de Còrdova el 1982, de l'Autònoma de Barcelona el 1983 i des del 1985 ho va ser de la de Barcelona, Universitat de la qual és catedràtica emèrita i de la què ha estat vicedegana de Dret en dues ocasions, facultat en la què va presidir la Comissió de Relacions internacionals essent la responsable de la implantació del programa ERASMUS.

Va seguir quatre cursos a la denominada Càtedra James Brown Scott a Vitòria i els cursos de Dret Internacional Privat a l'Acadèmie de Droit International de la Haia els anys 1974 i 1980, on va coincidir amb alguns dels grans juristes que, anys a venir, havien de treballar en la codificació dels textos europeus. El 1989, 1994 i 2005 va ser directora d'estudis, juntament amb Hans Van Loon, dels cursos a l'Acadèmia citada, essent destacable el de 1994 sobre un tema tan essencial per a nosaltres com «*Els ordenaments plurilegislatius en el dret internacional pri-*



vat». També ha impartit cursos com a professora convidada a les universitats de París V, Estrasburg, Sofia i Nimega i a diverses universitats del Brasil, l'Argentina i el Canadà.

Com a professora universitària ha estat sempre conscient de la importància de la tasca de recerca i s'ha interessat per una multitud de temàtiques com són els conflictes interns en estats plurilegislatius, les normes de solució de conflictes en dret de família i de successions, les discriminacions per raó de sexe, l'adopció internacional, la sostracció de menors, l'estatut dels estrangers immigrants a Espanya, les institucions europees i la codificació internacional. Ha publicat més de 300 treballs, reitero, més de 300, en obres i en revistes editades a Catalunya, Espanya, Alemanya, Àustria, Bèlgica, França, Grècia, Holanda, Itàlia, Noruega, Portugal, Regne Unit i Suïssa.

A més, no sempre ha treballat en nom propi, per dir-ho així. Una de les seves grans obres va ser la traducció al castellà amb adaptació al Dret espanyol de l'obra *Derecho Internacional Privado*, de François Rigaux, el gran internacionalista belga, i de la posada al dia del *Derecho Internacional Privado*, de Miaja de la Muela un clàssic entre els llibres de text dels anys setanta i vuitanta.

Íntimament lligada a la tasca de recerca i difusió del coneixement cal esmentar que ha dirigit la *Revista española de Derecho Internacional* i ha format part dels consells de redacció de les revistes *Noticias de la Unión Europea*, *Revue de l'Assemblée des Régions d'Europe* o la nostra *Revista Jurídica de Catalunya*, en la qual s'ocupa, en col·laboració amb Blanca Vilà primer i amb Cristina Pellissé després, de ressenyar la jurisprudència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea.

Tampoc no es pot obviar la seva implicació en el Grup de recerca consolidat «*Dret Internacional Privat*» de la UB, que ha col·laborat amb universitats del Regne Unit, els Països Baixos, Alemanya i Bèlgica.

Per acabar aquest apartat esmentaré la tasca, tan absorbent com enriquidora per a qualsevol professor universitari, de direcció de tesis doctorals. A ella li ha fet sempre una il·lusió especial dirigir-ne, i com que és sàvia i disposada, n'ha dirigit dues dotzenes llargues.

## 2. LA CODIFICACIÓ INTERNACIONAL

La professora Borrás ha tingut una actuació remarcable en el camp de la codificació internacional tant a la Conferència de la Haia i Lugano com a la Unió Europea.

La Conferència de la Haia de Dret internacional privat és una organització intergovernamental fundada el 1893 amb la finalitat d'homologar i harmonitzar les normes de dret internacional privat. A finals de 2017 tenia 82 estats membres més la Unió Europea, i altres 68 estats adherits. La Conferència ha proposat tractats sobre

normes per a la solució de conflictes de lleis, en matèria de matrimoni, règim de béns i successions, així com per a la circulació de documentació oficial. Per a nosaltres els notaris, és el pa de cada dia aplicar el Conveni de 1961 sobre supressió de la doble legalització de documents amb l'establiment de la tan popular Postil·la de la Haia.

La tasca de la Conferència ha estat fonamental perquè el Dret s'adaptés a la realitat social tan canviant del darrer segle, tant pel que fa a la mobilitat de les persones, els intercanvis comercials, la multiplicació del nombre dels estats dits sobirans i l'erosió del concepte de sobirania.

Alegria Borrás s'integrà a la Delegació d'Espanya a la Conferència a partir de 1986 i sis anys més tard ja n'era la cap. La seva participació ha estat del tot rellevant i, entre d'altres, ha format part dels grups d'experts que van preparar les convencions sobre llei aplicable a les successions; l'adopció internacional; la protecció d'adults; el dret d'aliments i l'elecció de fur. La seva tasca ha estat altament valorada per les delegacions de tot el món que el 2016 li van rendir un homenatge, juntament amb els professors Fausto Porcar i Andreas Bucher, per llur «dilatada presència i participació a la Conferència».

També ha estat delegada d'Espanya en el Comitè permanent del Conveni de Lugano i ha contribuït a la preparació del conveni de 2007 sobre competència judicial, reconeixement i execució de sentències en matèria civil i comercial.

Per acabar, en el marc de la Unió Europea ha participat en els grups de treball que han preparat la transformació en reglaments de les convencions, un canvi gens irrellevant, i va ser relatora del Conveni Brussel·les II sobre competència judicial, reconeixement i execució de sentències en matèria matrimonial i responsabilitat parental sobre fills comuns.

En altres paraules, ha participat activament en el que es coneix com a «Comunitarització del Dret Internacional Privat», això és, en la progressiva aprovació per part de la Unió Europea de reglaments que adopten com a normes de dret intern les normes de solució de conflictes que contenien els convenis.

### 3. LA PARTICIPACIÓ EN INSTITUCIONS JURÍDIQUES

A la vista d'una activitat universitària tan reeixida, de tantes classes i tants cursos, de tantes tesis dirigides, tantes publicacions i, sobretot, en consideració a tanta activitat entre Brussel·les i la Haia, podríem imaginar que la professora Borrás ha estat una absent de la vida pública del seu país.

No és així. A més de la implicació en els òrgans directius de la Facultat de Dret, ha estat una col·laboradora activa, des dels òrgans consultius, del Govern de Catalunya.

Així, entre 1986 i 2005 va formar part de la Comissió Jurídica Assessora, el nostre Consell d'Estat que fa uns dies celebrava els 85 anys de la creació i els

40 de la restauració. Entre 1985 i el 2000 va formar part del Consell científic del Patronat Català Pro Europa, un consorci impulsat per la Generalitat per fer el seguiment de les iniciatives de la Unió Europea que repercutien de manera directa a Catalunya i també per a promoure entre els catalans el sentiment d'adhesió als principis de la Unió.

Encara dins de l'àmbit de la Generalitat, el 1996 es va integrar a la Comissió nacional per a l'avaluació de la recerca, que va presidir el 1997. Més tard, fou membre l'Agència per a la Qualitat del Sistema Universitari de Catalunya i és membre del Ple de la Comissió de Codificació de Catalunya càrrec per al qual ha estat recentment renovada.

En l'àmbit de l'Administració de l'Estat és membre permanent de la Comissió General de Codificació d'Espanya, secció de Dret Civil, des de l'any 2005, i el 2007, va ser la primera presidenta de la Comissió d'acreditació de professors titulars universitaris en l'àmbit de les ciències socials i jurídiques.

I és a aquest àmbit de participació en les institucions catalanes que he reservat un espai per a parlar de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, instituïda el 1840 pel Col·legi d'Advocats de Barcelona que avui integren 36 juristes rellevants residents habitualment a Catalunya pertanyents a diverses disciplines i professions del Dret. Alegria Borrás hi va ingressar l'any 1988 i el seu discurs d'ingrés va versar sobre *El interés del menor como factor de evolución y progreso del Derecho internacional privado* i fou contestat per la professora Encarna Roca, amb qui la nostra homenatjada d'avui ha tingut sempre una gran complicitat.

Des que hi entrà ara fa trenta anys, la professora Borrás ha assistit amb regularitat a les sessions de l'Acadèmia, hi ha participat d'una manera destacada i n'ha estat la secretària entre els anys 2004 i 2008, quan n'era president el nostre company Robert Follia. Vull destacar dos dels treballs que hi ha presentat darre-rament.

El primer, la Lliçó inaugural del curs interacadèmic de Catalunya pronun- ciat de 2015 sobre *El dret a l'aigua i el Dret de l'aigua*, una exposició reeixida en la qual aprofundeix en una matèria tan essencial per a la supervivència i el desenvolupament de les persones i dels pobles superant, com sempre ha fet ella, l'excessiva segmentació entre el públic i el privat.

El segon, les tres comunicacions que ens ha presentat a l'entorn del *Reglament europeu 650/2012, en matèria de successions* que, com sap tothom en aquesta sala, ha incidit decisivament en la solució de la problemàtica successòria dels estrangers que moren essent residents a Catalunya. Les seves exposicions, que ens han il·lustrat sobre el Reglament, li han permès de criticar obertament els articles del Codi Civil espanyol que estableixen normes de solució de conflictes en matèria de Dret internacional privat i dels que regulen els conflictes entre ordenaments interns.

Aquesta ha estat una de les línies bàsiques d'estudi, però sobretot de mesuratge, de la professora Borrás al llarg de tota la vida i ja el va tractar, per exemple, en una ponència a les Jornades de Tossa de Mar de 1982. Per ella cal superar la connexió de la nacionalitat o veïnatge i optar per la connexió amb la residència habitual, més encara si es respecta per a determinades matèries la possibilitat de la *professio iuris*. En tot cas remarca, amb raó, l'absurditat de mantenir en el Codi civil un joc de normes de solució de conflictes quan el conjunt de reglaments europeus i de convenis ratificats per Espanya sovint les contradueixen, de manera que les normes del Codi queden relegades a solucionar conflictes entre ordenaments interns generant una disparitat de solucions tan absurda com les que duen a tractar de manera diferent una persona de llei catalana que mor essent resident a Sevilla o essent resident a Nàpols o a Trèveris.

Sobre la base d'igualar el tractament dels conflictes de lleis internes i internacionals seria ideal, penso, que la mateixa professora Borrás ens preparés un avantprojecte de llei de dret internacional privat.

Per acabar aquest apartat no es poden silenciar les condecoracions que li han atorgat tant el govern de l'Estat com el de Catalunya, és a dir, la Creu distingida de 1a classe de l'Ordre de Sant Raimon de Penyafort, la Comanadoria de l'Ordre d'Isabel la Catòlica i la Creu de Sant Jordi.

#### 4. LA PREOCUPACIÓ LINGÜÍSTICA

La darrera de les facetes en què ha excel·lit la professora Borrás que he triat per parlar-ne pot semblar marginal, però per mi no ho és. És el seu interès per aconseguir versions castellanques úniques, uniformes i de qualitat, dels convenis de la Haia. Com ja hem dit, els convenis de la Haia deriven de tractats multinacionals clàssics que tenen per llengües oficials exclusivament el francès i l'anglès. Els països anglòfons i francòfons tenen un text únic per definició. Però cada un dels Estats que tenen el castellà per llengua oficial en feia la seva versió. Aquesta és una qüestió que sol preocupar a tots els estats que comparteixen llengües oficials perquè, com sap tothom, hi ha diferències entre el castellà de Salamanca, el de Tenerife, el de Mèxic o el de Buenos Aires, de la mateixa manera que n'hi ha entre el portuguès de Lisboa, Sao Paulo o Maputo; o l'alemany de Berlin, Berna o Viena. Igualment ens preocupa als territoris de parla catalana perquè també hi ha diferències entre el català de Barcelona, el de Lleida, el de Palma o el de València.

La professora Borrás va constituir un grup d'especialistes de diferents països iberoamericans per aconseguir una versió castellana unificada de tots els convenis en el que va ser la *Recopilación de Convenios de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (1951-1993)*, de la qual el 2008 se'n va fer una segona edició revisada i actualitzada.

Vaig tenir ocasió d'encarar-me amb un problema similar quan vaig tenir responsabilitats en matèria de Política lingüística a Catalunya i puc valorar bé l'esforç i l'èxit que això suposa. Després d'una feïnada descomunal i de contactes polítics al més alt nivell vam aconseguir que a partir del 1999 el BOE publicqués suplementos en català malgrat que la qüestió no era prevista en cap norma, cosa que evitava sobretot la proliferació de traduccions particulars. El problema afegit va venir després quan el mateix BOE, que s'havia oposat a publicar una versió catalana, s'interessà en publicar-ne tres. El Govern de les Illes va renunciar a la versió illenca que li oferien, però la Generalitat valenciana s'hi va apuntar a corre-cuita. No va quedar més remei, llavors, que treballar per sota mà amb els tècnics responsables de les traduccions, ajudats essencialment per eines de traducció automàtica, per garantir un mínim d'homogeneïtat. Veieu, doncs, que la professora Borrás va tenir més sort i més èxit que jo en el tractament de qüestions similars.

He deixat expressament per al final d'aquest apartat lingüístic l'esment a una de les obres més populars i més útils de la professora Borrás: la seva recopilació *Legislación básica de Derecho internacional privado* publicada el 1991 a l'editorial Tecnos. D'aquesta obra, utilíssima, pràctica, fonamental, n'acaba d'aparèixer aquest any 2018 la 28ena edició amb 1.792 pàgines.

En aquest punt cal esmentar, finalment, la seva col·laboració en la revisió científica de la versió catalana dels *Tractats constitutius de les Comunitats Europees* editat pel Patronat català Pro Europa.

#### UNES PINZEL·LADES PERSONALS

I per acabar no em puc estar de fer algunes pinzellades sobre la personalitat de la doctora Borrás.

Alegria Borrás va néixer a Barcelona l'any 1943, al carrer Balmes, a la vora de la Universitat, filla única de l'advocat barceloní Pau Borrás, i de la professora de piano Rosario Rodríguez, nascuda a Sòria. Quan tenia deu anys, la família es va traslladar a la part alta de la Vila de Gràcia, perquè el seu pare volia una casa amb jardí per gaudir-ne i per cuidar-lo. Per influència del pare, de la mare, del jardí i del carrer, el dret, la cultura, la sensibilitat i la senzillesa han estat vectors clau en la seva personalitat i la seva vida.

La casa és de planta baixa i un pis, amb un balcó de barana ondulada i un frontó tardo modernista. Al darrere hi ha l'eixida, un jardí ni gran ni xic, amb espai suficient per a flors, arbres i ocells, semblant a tants altres d'aquella zona de Gràcia que Mercè Rodoreda ens ha descrit en algunes de les seves extraordinàries novel·les. Actualment en queden pocs de jardins a causa de la sobre edificació de la zona i l'eixamplament del Torrent de l'Olla que mica en mica van fent estralls.

Aquella casa, que fou la de la seva infància, és encara casa seva i la del seu marit, el tan afable Josep Maria Vallverdú, un farmacèutic que sap Dret internacional i que ha fet costat i sempre ha empès a l'Alegria Borrás a fer tanta, tantíssima feina, en un exemple pràctic destacable i *avant la lettre* del que ara es coneix com a conciliació de la vida familiar i laboral, fonamentat en una concepció no jeràrquica de la família que té per base el respecte, el reconeixement, la igualtat i l'estimació. A la casa van néixer i créixer els seus dos fills, Albert i Lluís i hi han jugat i gaudit els cinc néts. M'agrada saber i fer saber que la doctora Borrás «és de Gràcia». També ho van ser els meus avis i besavis Jou, habitants del carrer Progrés, i aquesta correspondència graciencina me la fa encara més estimada.

Com hem vist Alegria Borrás no ha parat. No ha parat d'estudiar, d'ensenyar, d'escriure, d'intervenir en organismes internacionals representant-nos a tots amb dignitat, d'intervenir en organismes interns aportant-hi coneixement i nivell. He tingut la sort de coincidir amb ella en algunes ocasions. Va ser professora meva a cinquè curs i en un curs de doctorat. Vam coincidir l'any 1984 en sengles comunicacions a les Jornades de Dret català a Tossa de Mar, a la Comissió Jurídica Assessora tres o quatre anys, i finalment a l'Acadèmia ja en fa deu, cosa que m'ha permès tractar-la de manera suficient per fer-ne, de tot cor, aquesta lloança.

Alegria Borrás és una dona planera, col·loquial, molt propera. Parla per convèncer, no per impressionar. Corregeix els altres amb una delicadesa extrema. Aprèn, aprèn encara ara, per comunicar i per transmetre, és a dir, per compartir, no per presumir. Es mou i actua amb una gran sensibilitat i la seva amabilitat és proverbial. És complidora i quan té o s'imposa un encàrrec mai no el deixa a mitges.

Per a nosaltres, els notaris, amb els seus estudis sobre normes de resolució de conflictes de lleis, la Dra. Borrás ens ha facilitat una cosa tan elemental en el dia a dia com la de saber quina llei cal aplicar en cada cas; i per a nosaltres, els catalans, ha fet possible que tots els tractats tinguin en consideració que hi ha estats plurilegislatius i que el Dret de Catalunya existeix.

És, en definitiva, una dona sàvia, una professora competent, una recercadora vocacional, una acadèmica com cal, una diplomàtica eficaç, una jurista extraordinària, una persona planera. Per això mereix, i tant si la mereix, la distinció del premi Puig Salellas que avui se li atorga. Professora Borrás, per molts anys i moltes gràcies.

# PARAULES D'AGRAÏMENT AMB MOTIU DE L'ENTREGA DEL PREMI «PUIG SALELLAS 2018»

per

ALEGRÍA BORRÁS RODRÍGUEZ

*Acadèmica de número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.  
Catedràtica de Dret internacional privat*

Honorable Consellera de Justícia,  
Il·lustre Sr. Degà del Col·legi de Notaris de Catalunya,  
Autoritats que ens acompanyen,  
Sra. Vídua de Puig Salellas,  
Benvolgut amic Lluís Jou,  
Amics i amigues,  
Familiars,  
Senyores i senyors,

## I. INTRODUCCIÓ

Vull començar aquesta intervenció agraint molt sincerament la concessió d'aquest prestigiós Premi al Col·legi de Notaris: Gràcies, benvolgut Joan Carles Ollé.

He tingut el plaer i l'honor de conèixer a tots els que fins ara han rebut aquest Premi i això fa que ho respecti i consideri encara més. Igualment, vull agrair les paraules de Lluís Jou, fruit de l'amistat i d'una valoració molt positiva de la meua trajectòria. En la contestació de López Burniol al discurs d'ingrés de Lluís Jou a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, subratllava la preocupació d'en Lluís per la «feina ben feta»<sup>1</sup>. Espero haver estat a l'alçada.

El fet de rebre aquest premi és una oportunitat per recordar la rellevància i importància de Josep M<sup>a</sup> Puig Salellas, a qui vaig tenir l'oportunitat de tractar a la Comissió Jurídica Assessora i, especialment, a l'Acadèmia de Jurisprudència i Le-

---

<sup>1</sup> *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, volum 3, p. 360.

gislació de Catalunya. Mai oblidaré els seus coneixements i la seva bonhomia i, com es va dir a l'homenatge que se'l va retre amb motiu del seu traspàs, la seva «capacitat d'organització i sentit pràctic»<sup>2</sup>. Vull recordar que vaig tractar molt la seva filla Imma, experta informàtica, quan jo era Secretària de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya i vàrem preparar plegades la web de l'Acadèmia, que es va presentar el 10 de juny de 2008<sup>3</sup>, sota la presidència de Robert Follía.

Finalment, moltes gràcies a tots els presents per la seva assistència i permetin que subratlli la presència dels meus cinc néts.

## II. L'ELECCIÓ DEL DRET INTERNACIONAL PRIVAT

L'atorgament d'un premi d'aquesta naturalesa constitueix un bon moment per pensar en perquè s'ha treballat tota la vida en una determinada matèria i com es veu aquest treball després de més de 50 anys de dedicació al Dret internacional privat. I certament, el Dret internacional privat és una matèria que requereix de cert punt d'abstracció i valentia, i això no és precisament fàcil. Encara recordo el dia que un dels meus fills, quan encara era petit, em va preguntar què era el Dret internacional privat; la resposta no era realment fàcil i prefereixo no repetir-la aquí. Tan sols diré que diferia bastant de les que apareixen a la Memòria de l'oposició a Càtedra que fèiem els que encara ens diuen «Catedràtics de pota negra», pels sis complicats exercicis que fèiem.

Vaig estudiar Dret perquè m'agradava, a més de la tradició familiar, doncs el meu pare va treballar com advocat a Barcelona durant més de 50 anys i va acceptar la meva opció amb una única condició: calia que, a més, aprenguéssim idiomes seriosament, cosa que vaig fer i ha estat una eina essencial per la meua feina. La figura del meu pare, la seva honestat i dedicació a la feina varen influir de forma important en la meua vida en general, encara que m'hagi dedicat a una matèria ben diferent de la seva especialitat. Després, ja en l'àmbit concret del Dret internacional privat, va ser decisiva la influència del Prof. Adolfo Miaja de la Muela, que em qualificava com la seva néta intel·lectual, i del Prof. Julio D. González Campos que, entre d'altres coses, em va iniciar a la vida internacional a la Conferència de La Haia de Dret internacional privat. A partir de 1986, aquesta projecció internacional ha estat continuada i ampliada.

Per què vaig triar el Dret internacional privat? Potser és una conseqüència lògica del meu caràcter: m'agrada tot el que sigui obert, alegre, imaginatiu i, fins i tot, una mica agosarat. Així, m'agrada dibuixar, llegir, caminar o esquiar al Pirineu,

---

<sup>2</sup> *Ibid.*, p. 201.

<sup>3</sup> A. Borrás, «Memòria de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació 2007-2008», *Revista Jurídica de Catalunya*, 2009.2, pp. 439 ss i *Annals de l'Acadèmia*, vol. 3, pp. 27 ss.



gaudir del mar a Mallorca, a Porto Petro, viatjar pel món i ... el Dret internacional privat, perquè és obert i aventurer, requereix en molts casos ser imaginatiu i és molt diferent d'altres disciplines jurídiques.

En efecte, el Dret internacional privat és una disciplina apassionant i oberta a totes les aventures. Queda molt lluny aquella època en què un advocat o un notari rara vegada trobava en tota la seva vida professional un cas amb elements estrangers i es podia dir que tot el Dret internacional privat espanyol es trobava en quatre articles del Codi civil. Ara tot és ben diferent: quants testaments d'estrangers o amb elements vinculats a ordenaments d'altres països autoritza un notari? I les normes aplicables als problemes de Dret internacional privat són moltes. I així, la nostra legislació bàsica de Dret internacional privat té ara quasi 2000 planes en la seva 28a edició, de 2018<sup>4</sup>.

### III. LA CREIXENT INTERNACIONALITZACIÓ DE LA VIDA I EL DRET

No pot deixar de recordar-se aquí l'evolució de les situacions de les persones i de les empreses i la seva internacionalització sense que els drets interns dels Estats hagin adoptat abans la necessària modificació. Un cas recent, resolt pel Tribunal de Justícia de la Unió Europea a la seva sentència de 5 de juny de 2018, el cas *Coman*, ha estat l'objecte d'atenció de la doctrina científica (entre ella, del GEDIP<sup>5</sup>) i del col·lectiu LGTB<sup>6</sup>. El Sr. Coman, de nacionalitat romanesa i dels Estats Units, i el Sr. Hamilton, de nacionalitat dels Estats Units, es casen a Brussel·les, on el Sr. Coman treballa al Parlament Europeu. Al deixar aquesta feina, ambdós es traslladen a Romania i sol·liciten permís de residència pel Sr. Hamilton en la seva condició de «Cònjuge» i, per tant, membre de la família del Sr. Coman. No obstant, les autoritats romaneses li deneguen perquè a Romania no es reconeix el matrimoni entre persones del mateix sexe. El Tribunal arriba a una solució minimalista: És ben conegut el principi establert a l'art. 21 TFUE pel qual no es pot privar a un súbdit comunitari del dret dels ciutadans de la Unió i dels membres de la seva família a circular i residir lliurement en el territori dels Estats membres o imposant-li condicions més estrictes en casos com el present. Malgrat això, els Estats membres continuen tenint competència en matèria d'estat civil de les persones, incloent les normes relatives al matrimoni.

---

<sup>4</sup> Borrás, A.; Bouza, N.; Garcimartín, F.J.; Virgós, M., *Legislación básica de Derecho internacional privado*, 28ª ed., Madrid (Tecnos), 2018.

<sup>5</sup> *Groupe Européen de Droit international privé/European Group for Private International Law (EGPIL)*. Por parte española, son miembros del Grupo F.J. Garcimartín, A. Borrás y, en septiembre de 2018 fue elegida por cooptación Cristina González Beilfuss.

<sup>6</sup> Sentència de 5 de juny de 2018, C-673/16, *Cosman*, ECLI:EU:C:2018:185. Nota a *Revista Jurídica de Catalunya*, en premsa.

Però l'atractiu del Dret internacional privat, que es veu precisament en casos com aquest, no rau en aquest augment del nombre de casos vinculats a diversos ordenaments jurídics i la pluralitat de fonts, internes, internacionals i de la Unió Europea, que regulen aquestes qüestions. Diferents elements caracteritzen el treball en l'àmbit del Dret internacional privat.

En primer lloc, requereix un coneixement del dret propi. Per exemple, és evident que no es pot tractar com a jurista una fallida d'una empresa amb elements estrangers si prèviament no es coneix la regulació de la fallida a Espanya.

Però, en segon lloc, i seguint l'exemple de la fallida, és freqüent que els elements d'una fallida estiguin vinculats a diferents ordenaments jurídics per la presència de béns o creditors a diversos països, cadascun d'ells amb la seva normativa pròpia. Evidentment, el jurista no pot conèixer tots els ordenaments del món, però, per solucionar un cas concret, es fa necessari esbrinar els elements rellevants dels ordenaments en presència, una tasca que puc assegurar és complicada.

En tercer lloc, cal esbrinar quina és la norma aplicable de tots aquests ordenaments a tot un cas o als diferents aspectes de l'assumpte. Per continuar amb l'exemple de la fallida, el Reglament comunitari 2015/848 sobre procediments d'insolència<sup>7</sup> és un instrument de difícil comprensió. I si parlem d'una altra matèria, com les successions per exemple, és evident la dificultat que comporta l'aplicació del Reglament comunitari 650/2012 que la regula<sup>8</sup> i que requereix de varies lectures, com bé saben en especial notaris i advocats. I, sense ànim d'espantar a ningú, vull recordar que a partir del 29 de gener de 2019 s'aplicarà el Reglament 2016/1103 en matèria de règims econòmics matrimonials<sup>9</sup> i del Reglament 2016/1104 relatiu als efectes patrimonials de les unions registrades<sup>10</sup>. No és simple la regulació i és ben complicat esbrinar, en cada cas, quines són les normes aplicables. Puc assegurar que això consumeix una bona part de les hores que un jurista necessita per estudiar adequadament un cas amb elements vinculats a diferents ordenaments jurídics.

#### IV. LA CODIFICACIÓ INTERNACIONAL I DE LA UNIÓ EUROPEA DE LES NORMES DE DRET INTERNACIONAL PRIVAT

I arribo així al que ha estat una de les meves tasques més importants durant els últims trenta anys: la codificació internacional i de la Unió Europea de les normes de Dret internacional privat. No és casualitat que el llibre homenatge preparat per

---

<sup>7</sup> DO L 141, de 5 de juny de 2015, correcció d'errades DO L 349, de 21 de desembre de 2016.

<sup>8</sup> DO L 201, de 27 de juliol de 2012, correcció d'errades DO L 344, de 14 de desembre de 2012 i L 60 de 2 de març de 2015.

<sup>9</sup> DO L 183, de 8 de juliol de 2016, correcció d'errades 8 de juny i 29 d'abril de 2017.

<sup>10</sup> DO L 183, de 8 de juliol de 2016, correcció d'errades 29 abril 2017.

amics i deixebles, i que em varen entregar en aquest mateix Col·legi de Notaris, es titulés «*De Bruselas a La Haya*»<sup>11</sup> i és que aquestes dues ciutats han estat, en gran mesura, el centre de la meua activitat exterior.

Tants anys anant a La Haia, tantes reunions i discussions amb especialistes de Dret internacional privat de tot el món m'han fet comprendre les dificultats de la seva codificació, que ara veu en la pràctica la Prof. Cristina González. Participar durant més de trenta anys en aquesta tasca, des de les més diverses posicions i responsabilitats, ha donat bons resultats dels que destacaria pel seu contingut, el Conveni sobre aliments de 2007, del que vaig ser co-relatora juntament amb l'australiana Jenny Degeling<sup>12</sup> i, per la matèria tractada, el Comitè de Clàusules Federals de la Conferència de La Haia del que vaig ser presidenta a partir de 1990, succeint al nord-americà Prof. Eugene Scoles, una matèria sobre la que hi incidiré més endavant.

Molt intensa ha estat la tasca a Brussel·les perquè l'anomenada «comunitarització» del Dret internacional privat no va ser fàcilment acceptada pels Estats en els primers moments per la pèrdua de competències que representava<sup>13</sup>. Superant el que havia començat amb el Conveni de Brussel·les de 1968 en matèria de competència judicial, reconeixement i execució de decisions en matèria civil i mercantil i, en el que a mi respecta, amb el Conveni de 1998 sobre competència judicial, reconeixement i execució de sentències en matèria matrimonial i de responsabilitat parental sobre els fills comuns, dictades amb ocasió d'accions judicials en matèria matrimonial<sup>14</sup>. Aquest Conveni de 1998 no va arribar a entrar en vigor, precisament per la comunitarització, que el va transformar en el Reglament 1347/2000 (ara Reglament 2201/2003)<sup>15</sup>. Tant els propis reglaments com nombroses sentències de tribunals interns i, fins i tot, del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, o a les conclusions de l'Advocat General de dit Tribunal s'esmenta, en allò que els reglaments mantenen del Conveni, l'informe Borrás, el meu, cosa de la que me'n sento orgullosa, tot i que, en fer públiques les sentències o confontent el que és guardar la intimitat de les parts i dels informes dels seus assessors amb la coneixença d'un text publicat al *Diario*

---

<sup>11</sup> *Entre Bruselas y la Haya. Estudios sobre la unificación internacional y regional del Derecho internacional privado. Liber Amicorum Alegría Borrás* (J. Forner; C. González; R. Viñas, coord.), Madrid, 2013.

<sup>12</sup> <https://www.hcch.net/instruments/conventions>. Sobre l'informe, a *The Judges Newsletter*, tome XIV, Winter 2008-2009. En general, A. Borrás, «Dos nuevos instrumentos en material de alimentos: el Convenio y el Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007», *Anuario Español de Derecho internacional privado*, tomo VII, 2007, pp. 1305 ss.

<sup>13</sup> Amb caràcter general, A. Borrás, «Droit international privé communautaire : réalités, problèmes et perspectives d'avenir», *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye de Droit international*, volum 317 (2005), pp. 313 ss; A. Borrás, «Cooperación judicial civil», *Tratado de Derecho y políticas de la Unión Europea* (J.M. Beneyto, dir), tomo VIII: Ciudadanía Europea y Espacil de libertad, seguridad y justicia, 2016, pp. 445 ss.

<sup>14</sup> DO C 221, de 16 de juliol de 1998.

<sup>15</sup> DO L 338, de 23 de desembre de 2003.

*Oficial de la Unión Europea*, una interlocutòria de l'Audiència Provincial de Lleida de 18 d'octubre de 2018 ha substituït l'anomenat «Informe Borrás» per «*informe de la profesora María José*»<sup>16</sup>.

## V. ESTATS PLURILEGISLATIUS I DRET INTERNACIONAL PRIVAT

I, *last but not least*, com dirien els anglosaxons, arribo així a fer referència a un últim aspecte de la meva dedicació. És l'anomenat a Espanya «Dret interregional» i al que m'he referit abans, al tractar els treballs a La Haia del Comitè de Clàusules federals, que, en realitat, s'ocupa dels ordenaments plurilegislatius, sigui quina sigui l'organització de l'Estat plurilegislatiu, oblidant moltes vegades que el problema de la plurilegislatió afecta a tots els Estats, siguin jurídicament unitaris o plurilegislatius perquè, encara que sigui jurídicament unitari, en alguna ocasió haurà d'aplicar l'ordenament d'un Estat plurilegislatiu<sup>17</sup>.

Deixant de banda la dimensió *ad extra* de la plurilegislatió, el que sempre ha estat objecte de la meva preocupació és la dimensió *ad intra* de la plurilegislatió, és a dir, els problemes que es plantegen a Espanya com a conseqüència de la coexistència de diversos ordenaments jurídics.

Puc dir que per mi va ser important haver tingut l'oportunitat de participar als treballs de la Càtedra Duràn i Bas, on vaig poder treballar, entre d'altres, amb Encarna Roca, Lluís Puig Ferriol i Francisco Fernández de Villavicencio (un dels meus millors professors a la Facultat de Dret), des d'on vaig fer la meva primera publicació sobre la dona casada catalana al Dret interregional espanyol<sup>18</sup>.

Els que em coneixen més, saben que en aquest punt, sempre repeteixo el mateix, encara que sense gran èxit. En realitat, els meus focus d'atenció sobre el Dret interregional es poden resumir en dues qüestions:

1<sup>a</sup> La primera es refereix a les normes de conflicte aplicables als conflictes interns<sup>19</sup>. Quan l'art. 16 del Codi civil remet per a la solució dels conflictes interns a les normes contingudes al Capítol IV del Títol Preliminar, és a dir, les normes

---

<sup>16</sup> CENDOJ, 25120370022018200159.

<sup>17</sup> A. Borrás, « Les ordres plurilégislatifs dans le Droit international privé actuel », *Recueil des Cours de l'Académie de La Haye de Droit international*, tome 249 (1994-V), pp. 145 ss.

<sup>18</sup> A. Borrás, «La mujer casada catalana en el Derecho interregional español», *Revista Jurídica de Catalunya*, 1970, pp. 7 ss i també a *Estudios jurídicos sobre la mujer catalana*, 1971, pp. 401 ss.

<sup>19</sup> Entre d'altres, « Les ordres plurilegislatifs... », cit. a nota (16); i A. Borrás, « El derecho interregional: realidades y perspectivas », *La codificación del Derecho civil de Cataluña. Estudios con ocasión del cincuentenario de la Compilación* (C. Florensa, coord.; J.M. Fontanellas, dir), Barcelona, 2011, pp. 553 ss. També, A. Borrás, «El reglamento de la Unión Europea 650/2012 en materia de sucesiones; aspectos generales y problemas de remisión a un ordenamiento plurilegislativo», *Anales de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, 2016, pp. 571 ss.

de conflicte pels conflictes de caràcter internacional, entenc que la remissió no es fa a les normes que figuren a dits articles, sinó a les normes de conflicte que efectivament s'apliquen als conflictes internacionals. És a dir, a les normes de conflicte que es troben als Convenis internacionals i als instruments de la Unió Europea aplicables a Espanya en aquesta matèria. A més, en la majoria de casos les normes d'aquests texts tenen efecte *erga omnes*, és a dir que la llei designada per la norma de conflicte s'aplica tant si és la d'un Estat vinculat per aquell instrument com si és la d'un Estat tercer. Així, tant si l'article del Codi civil ho diu com si no ho diu, la norma de conflicte convencional o de la Unió Europea substitueix de fet a la norma de conflicte que apareix al Codi civil. No hi ha cap obstacle que impedeixi la solució que proposo. Recordo que tant en una intervenció de Lluís Jou com jo en una meua, ens vàrem referir a aquesta qüestió de forma específica durant l'últim curs a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

2<sup>a</sup> La segona qüestió es refereix al veïnatge civil. Una «particularitat» que menciona l'art. 16 del Codi civil és que la connexió «nacionalitat» es substituirà per la connexió «veïnatge civil» en el cas de conflictes interns. Al meu entendre, aquesta connexió hauria de desaparèixer perquè no dona la seguretat que pretén (de fet, moltes discussions i molts fraus en els casos reals rauen en la discussió sobre l'existència d'un determinat veïnatge civil) i perquè la nacionalitat ja no s'utilitza o s'utilitza de forma molt limitada pels conflictes internacionals. En tot cas, la residència habitual és una connexió realista i àmpliament utilitzada als instruments internacionals i de la Unió Europea pels conflictes internacionals<sup>20</sup>.

## VI. LA DOCÈNCIA DEL DRET INTERNACIONAL PRIVAT

I a més de tot l'anterior, no puc deixar d'esmentar ni oblidar que la meua tasca essencial ha estat la docència, essencialment a Espanya, però també a altres països. La docència té un primer problema que rau en què la majoria dels alumnes tenen uns coneixements molt elementals de les diferents institucions jurídiques i aquest escàs bagatge els dificulta la comprensió del Dret internacional privat per la seva pluralitat i diversitat de fonts. Recordaré sempre un alumne que a meitat de curs, de sobte un dia a classe es va aixecar eufòric i va exclamar «¡Ahora lo entiendo todo!». I era veritat, després de molt de temps i esforços havia arribat a entendre el complex mecanisme del Dret internacional privat.

I certament durant tota la meua vida, les preocupacions científiques i l'experiència adquirida a la meua activitat internacional ha tingut una projecció a la

---

<sup>20</sup> A. Borrás, «*Quin hauria de ser el paper del veïnatge civil en el Dret interregional del futur?*», Revista Jurídica de Catalunya, 2010, pp. 995 ss.

docència i a la formació dels meus deixebles i dels meus alumnes en general, no tan sols pel profund coneixement de les interioritats del Conveni o Reglament concret que es poden donar, sinó que es poden intercalar elements o anècdotes que fan més atractiva la nostra disciplina. Molts dels aquí presents m'han sentit explicar-ne algunes. Així, per exemple, resulta més atractiu per explicar una determinada clàusula del Conveni de La Haia de 1993 en matèria d'adopció internacional recordant com es va tancar durant un sopar al peu de «*De Nachtwacht*» (La ronda de nit) de Rembrandt al *Rijksmuseum* d'Amsterdam.

## VII. CONSIDERACIONS FINALS

I arribo així al final d'aquesta intervenció. Tot esperant no haver-los avorrit massa amb les meves il·lusions i preocupacions. Es tracta, simplement, d'algunes consideracions que faig al voltant de la meva dedicació al Dret internacional privat, en l'àmbit de la recerca, la docència i la codificació del Dret internacional privat, amb contacte permanent amb els professionals del Dret, en especial notaris, registradors, jutges i advocats, que han considerat que jo podia aportar algun element de vàlua pel cas concret que tenen sobre la taula o també sobre el nou instrument comunitari o convencional de torn que tot just entra en vigor i s'ha d'interpretar<sup>21</sup>. Així he tingut la possibilitat també d'enriquir-me amb la seva visió pràctica.

Després de tots aquests anys de plena dedicació al Dret internacional privat, el fet que se m'hagi atorgat aquest premi tan prestigiós m'omple d'alegria, mai millor dit, i el rebo humilment com un gran honor que agraeixo de tot cor.

Moltes gràcies.

---

<sup>21</sup> Com a exemple, A. Borrás, «Crònica sobre la Jornada conjunta de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de Cataluña y el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles», *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, volum 6, 2017, pp. 709 ss.

Sessió de cloenda





DRET I INNOVACIÓ TECNOLÒGICA.  
EL CAS UBER VERSUS TAXI  
Discurs d'ingrés

per  
JOAQUÍN TORNOS MAS  
*Acadèmic de número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*  
18 de juny de 2019

SUMARI

- I. *Introducció*
- II. *L'economia col·laborativa i l'aparició d'una app anomenada Uber*
- III. *Un primer debat jurídic. Què és Uber? Un servei de la societat de la informació o un servei de transport?*
- IV. *Uber és un servei de transport*
  - A. La plataforma Uber realitza una activitat de transport i precisa una autorització. El sector del taxi guanya una primera batalla
  - B. Els conductors d'Uber, treballadors autònoms o assalariats?
  - C. Uber i fiscalitat
- V. *Les autoritzacions de taxi i Uber*
  - A. El taxi
    - A.1. El taxi com a activitat privada reglamentada
    - A.1. L'autorització pel servei de taxi
  - B. Autoritzacions VTC
  - C. Les diferències entre les dues autoritzacions
- VI. *Les administracions decideixen intervenir en el conflicte Uber versus taxi. Una intervenció desbocada a favor del taxi*
  - A. Les raons del conflicte
  - B. El marc normatiu inicial i la seva interpretació jurisprudencial
  - C. La intervenció de les administracions
    - C.1. El Decret Llei 5/2017
    - C.2. El Reial Decret Llei 3/2018
    - C.3. El Reial Decret Llei 13/2018
    - C.4. El Decret Llei 4/2019
    - C.5. Una normativa desbocada i qüestionable
- VII. *Consideracions finals. El dret com a límit o com a vehicle de les innovacions tecnològiques*
  - A. El dret com a vehicle de les innovacions tecnològiques
  - B. L'aplicació de la plataforma digital Uber i la seva incidència en diferents branques del dret e institucions jurídiques
  - C. El debat entre llibertat d'empresa i regulació

*Bibliografia*

*Contestació de l'acadèmic de número II-lm. Sr. Francesc Tusquets i Trias de Bes*

Excm. Sr. President de l'Acadèmia,  
Distingides autoritats,  
Acadèmics,  
Senyores i senyors,

Les meves primeres paraules en aquest discurs d'ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya han de ser de sincer agraïment a tots els seus integrants per l'honor que m'han conferit a l'haver-me elegit nou membre de tan il·lustre corporació. Soc conscient de que tots vostès han dut a terme un acte de gran generositat a l'acceptar-me com a acadèmic d'aquesta prestigiosa i centenària institució, i que jo he contret un deute que difícilment podré correspondre.

La meva satisfacció per formar part d'aquesta Acadèmia és especialment intensa. Per una persona que ha dedicat tota la seva vida professional al dret, com a professor universitari i advocat, poder formar part de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, els fins de la qual són, segons els seus Estatuts, «l'estudi i la investigació del dret, la col·laboració a la reforma de la legislació i el foment de la cultura jurídica», és un veritable motiu d'orgull i satisfacció personal.

Em sento, doncs, honrat i agraït. De forma especial vull manifestar el meu agraïment als acadèmics que em van proposar com a candidat: Maria Eugènia Alegret Burgués, Juan José López Burniol i Encarna Roca i Trias, així com al company i amic Francesc Tusquets Trias de Bes, que em va animar a presentar la meva candidatura i que després ha tingut la gentilesa d'acceptar contestar el meu discurs d'ingrés. El meu agraïment també al president de l'Acadèmia, el Sr. Lluís Jou i Mirabent, que em va acollir des del primer moment amb gran cordialitat i que dirigeix amb gran encert aquesta institució.

Vull també recordar en aquest moment a les persones que d'una manera determinant m'han ajudat en la meua carrera universitària. Els meus mestres Javier Salas, Sebastián Martín Retortillo, Eduardo García de Enterría i Rafael Entrena. Malauradament els tres primers ja no estan entre nosaltres.

Avui, amb la lectura del meu discurs d'ingrés, passaré a formar part de l'Acadèmia com a membre de ple dret. Davant de tots vostès vull assumir el compromís de treballar activament amb els meus companys i companyes en l'exercici de les importants tasques que aquesta corporació té encomanades.

Substitueixo a l'Acadèmia al Sr. Ramon Mullerat. Un gran jurista i sobretot un gran advocat. Un apassionat del dret i de la seva professió, a la que va dedicar tota la seva vida de forma intensa.

Ramon Mullerat, per circumstàncies de la guerra civil, va néixer el 29 de gener de 1939 a Llerona, però poc després es va traslladar a Tarragona, la ciutat on vivien els seus pares i de la que el seu pare en va ser Alcalde. Va estudiar als Jesuïtes de Sarrià i va iniciar els seus estudis de dret a la Universitat de Barcelona l'any 1957, on s'hi va llicenciar l'any 1961, amb un brillant expedient acadèmic.

Va iniciar la seva activitat d'advocat a Tarragona però poc temps després es va traslladar a Barcelona per treballar al prestigiós despatx Bertran i Musitu. Més tard va crear el seu propi despatx i també va col·laborar amb el grup KPMG, i amb Iuris Valls, i no va deixar la seva activitat d'advocat fins a la seva mort, als 74 anys.

Com a advocat va ser un avançat al seu temps. Expert en dret civil i mercantil, va treballar en favor de la internacionalització del dret en l'exercici professional, i va convertir-se en un expert molt reconegut en matèria d'arbitratge internacional. En els últims anys de la seva vida professional va prestar especial atenció als problemes de responsabilitat social corporativa i a l'ètica en els negocis, qüestió sobre la qual va publicar diferents treballs.

La seva vocació per la professió d'advocat el va portar a formar part d'associacions internacionals del món del dret. Va pertànyer a l'ABF i a l'IBA i va ser president del CCBE (Conseil des Barreaux Européens), l'any 1996. A l'IBA va desenvolupar el càrrec de president del Comitè de drets humans. També va ser membre honorari de la Law Society of England and Wales i de la Court of International Arbitration. A Barcelona va formar part de la Junta de Govern del Col·legi d'advocats de Barcelona els anys 1985-1990 i va presidir la Comissió de Cultura del Col·legi. Entre d'altres reconeixements, el Govern espanyol li va atorgar l'any 2006 la Creu de Sant Raimon de Penyafort.

Va compaginar la seva activitat professional d'advocat amb la docència. Va ser professor associat de dret civil a la Facultat de dret de la Universitat de Barcelona, i també va impartir classes a la John Marshall Law School de Chicago, així com a la facultat Río Piedras de Puerto Rico.

La seva forma d'entendre l'exercici de l'advocacia crec que queda ben reflectida amb l'anècdota personal que conec pel seu fill Bernat. Amb ocasió d'un viatge a Londres per veure un client, al passar el control d'entrada, les autoritats li van preguntar si el motiu del viatge eren negocis o oci. No sabia què respondre. Ell era advocat i anava a tractar amb un client, no viatjava per negocis.

Ramon Mullerat va ser elegit membre de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya l'11 de novembre de 1997 i va prendre possessió el 25 de novembre del mateix any. Va llegir el seu discurs d'ingrés a l'Acadèmia el 23 de febrer de 1999. El tema tractat va ser «El Dret d'establiment de l'advocat a Europa i al món (amb algunes notes sobre l'advocacia europea als albors del segle XXI)». El tema escollit posa de relleu el que ja hem dit: la seva preocupació per la internacionalització de l'exercici professional, i així ho va dir en les prime-

res paraules del seu discurs. Va dir, «he escollit aquest tema perquè és necessari contribuir a la creació de l'advocat europeu i perquè la millora de l'advocacia és essencial per a la construcció d'Europa, tenint en compte que la professió jurídica és un element transcendental de la societat». La professora Alegria Borrás va contestar el discurs.

Ramon Mullerat es va casar amb Margarita Prat, amb qui va tenir cinc fills, dos d'ells advocats de reconegut prestigi. Aficionat al tennis, era sobretot un amant de la natura. Li agradava fer llargues caminades a l'Espluga de Francolí, on anava a passar els estius. Però, sobretot, era un incansable lector. Diuen que quan viatjava, cosa que solia fer molt sovint, portava sempre dues maletes. Una a l'inici del viatge estava buida, per poder tornar plena de llibres.

Aquest gran jurista no va deixar de treballar fins a l'últim dia. Va morir el maig de l'any 2013 treballant al seu despatx, als 74 anys. Poc després de la seva mort, el 5 de novembre de 2013, l'acadèmic Delfí Guàrdia i Canela va escriure una sentida i magnífica necrològica que finalitzava amb les següents paraules, que jo faig meves: «Ramon Mullerat va ser un home de veritat que va acumular moltes bones obres i no es va corrompre per res».

Vinc a ocupar la medalla i setial que porta el nom de l'il·lustre jurista Pere Nolasc Vives i Cebrià.

Vives i Cebrià va néixer el 30 de gener de 1794 i es va llicenciar en lleis a la Universitat de Cervera. El 28 de març de 1816 va defensar la seva tesi en dret civil per obtenir el grau de llicenciat i un any després obtingué el títol de doctor.

Al llarg de la seva vida va ser administrador dels béns del Marqués de Dosaguas, va ser professor universitari i va exercir com a advocat. També va ocupar càrrecs de responsabilitat en institucions jurídiques de singular rellevància. Va ser Degà del Col·legi d'advocats de Barcelona de 1856 a 1859 i President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació els anys 1860 i 1861. D'aquesta institució havia redactat els seus Estatuts, conjuntament amb Ramon Marí i Eixalà i Vicenç Rius i Roca l'any 1840. A la seva mort, Duran i Bas va publicar una necrològica a la Revista General de Legislació i Jurisprudència, vol. LVI, de l'any 1875.

La seva important aportació al dret català ha estat recollida i comentada als treballs dels professors i membres d'aquesta Acadèmia Ferran Badosa i Joan Egea. Sens dubte la seva obra més destacada és la «Traducción al castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña que no están derogados o no son notoriamente inútiles, con indicación del contenido de estos y de las disposiciones por las que han venido a serlo. Ilustrada con notas sacadas de los más clásicos autores del Principado». Aquesta obra, en concret, la seva segona edició, va ser publicada l'any 2000 en edició facsímil, com a part integrant de la col·lecció «Textos Jurídics catalans del Parlament de Catalunya i de la Conselleria de Justícia». Aquesta edició compta amb unes notes del professor Ferran Badosa i un estudi introductori del professor Joan Egea. Al seu estudi introductori, el professor Egea ens diu

que «aquesta obra representa el relançament del dret català, somort després del Decret de Nova Planta, i de difícil accés, tant per qüestions idiomàtiques com, sobretot, pel complicat entramat de disposicions sobre les quals calia determinar quines eren efectivament vigents». La gran preocupació de Vives i Cebrià era eminentment pràctica. Calia traduir el dret català a un idioma intel·ligible, i calia precisar quin era el dret aplicable. D'aquesta forma Vives i Cebrià va ajudar a recuperar el dret català vigent després del decret de Nova Planta i davant del procés de codificació. Torno de nou a les paraules del professor Joan Egea: «en el fons, però, allò que aconsegueix Vives és fer reviure el dret tradicional català en front de l'aplicació indiscriminada del dret castellà».

En compliment de la normativa de l'Acadèmia, passo a continuació a llegir el discurs d'ingrés per assolir la condició d'acadèmic de número. Discurs que versarà sobre «Dret i innovació tecnològica. El cas Uber versus taxi».

## I. INTRODUCCIÓ

Els canvis en les estructures econòmiques i socials estan motivats fonamentalment per la innovació en instruments bàsics de la nostra vida social. El desenvolupament i l'extensió de les noves tecnologies és una manifestació d'aquesta relació entre innovació i modificació de les relacions socials.

Si el dret s'ocupa d'ordenar aquestes relacions és lògic que hagi d'adaptar-se a la innovació<sup>1</sup>. Si el dret no és en si mateix un factor d'innovació, ha de ser un instrument d'integració ordenada dels avenços tecnològics en la nostra vida social<sup>2</sup>.

Aquesta reflexió tracta d'emmarcar el que volem exposar en aquest breu treball: com la innovació tecnològica aportada per una APP, que posa en relació a qui desitja accedir a un transport urbà amb conductor amb qui posseeix el vehicle i està disposat a actuar com a conductor<sup>3</sup>, està obligant a crear un dret

---

<sup>1</sup> En aquest sentit crec oportú aportar com a primera nota del meu treball un comentari que consta a l'estudi introductorí del professor Joan Egea a l'obra de Vives i Cebrià, a la que he fet referència amb anterioritat (2000). El professor Joan Egea, a la pàgina XL ens diu: «factores de carácter socioeconómico influyen también en la ineficacia de algunas de las normas de la recopilación de 1704, como es el caso de la revolución industrial en el ámbito textil. Los avances en la fabricación de todo género de manufacturas había dejado inútiles las leyes del Título XXVII Libro IV Vol. I». Avui parlarem de les innovacions tecnològiques en forma d'App's i de les regulacions que esdevenen inútils o que s'han de modificar.

<sup>2</sup> PAREJO, L. (2016) afirma que «ante el reto de la innovación el derecho debe cumplir su consustancial e irrenunciable función de imponer el orden para evitar que la sociedad se deslice hacia una situación de caos», pàg. 157. Més endavant afegeix que «el derecho debe asumir la tarea de mantenimiento de las innovaciones propias de la sociedad del riesgo dentro de los límites aceptables», pàg. 168.

<sup>3</sup> Com diu DOMÉNECH, G. (2017) pàg. 351 «los espectaculares avances tecnológicos de las últimas décadas están revolucionando la manera en que producimos, intercambiamos y consumimos bienes y servicios. Tales avances están en la base de la llamada economía colaborativa. Con

específic per ordenar, sobre unes noves bases molt diferents a les existents amb anterioritat, aquesta relació triangular entre l'usuari del transport, la persona que presta el transport i el titular de la plataforma que permet connectar aquestes dues persones. I com aquesta nova regulació, al mateix temps, ha de fer front a la regulació existent, fonamentada en principis diferents i que dona protecció als que van accedir en el seu dia a aquest sector regulat, el sector del taxi.

Com a conseqüència d'aquesta nova realitat sorgeixen algunes preguntes de difícil resposta: S'ha d'acabar amb la regulació existent? S'ha d'afavorir en tot cas el desenvolupament de la nova tecnologia? La nova tecnologia ¿ha de comportar una plena liberalització del servei del taxi? Quin paper han de jugar les administracions reguladores d'aquest servei? Aquest cas és un bon exemple de com els avenços tecnològics incideixen en la nostra vida i també en el dret que s'ocupa de les nostres relacions socials i econòmiques.

Creiem que es pot afirmar que les APP actuen en el món del transport de viatgers amb conductor com una innovació disruptiva, ja que permeten que «una nueva forma de negocio penetre bruscamente en una parte del mercado para que de modo imparabile y frecuentemente improvisado, logre expandirse a la totalidad del mismo»<sup>4</sup>.

Com veurem, aquest procés d'adaptació del dret a una innovació disruptiva encara no ha finalitzat. En aquests moments el procés d'adaptació està marcat per les fortes tensions existents entre els que volen entrar en el mercat del transport de viatgers amb conductor utilitzant una plataforma digital i els que volen mantenir la situació actual, i entre unes administracions fortament pressionades pel sector del taxi, i unes autoritats de la competència que tracten de forçar l'obertura d'aquest mercat, el reconeixement de la força i la utilitat de les noves tecnologies.

## II. L'ECONOMIA COL·LABORATIVA I L'APARICIÓ D'UNA APP ANOMENADA UBER

Comencem la nostra història situant-nos a San Francisco l'any 2008. Una freda nit de desembre un jove emprenedor no troba taxi per anar a l'aeroport. San Francisco era famós per la mala qualitat del seu servei de taxi. La nit següent, aquest jove emprenedor, Garret Camp, que estava fart del mal servei dels taxis, veia en un DVD la pel·lícula *Casino Royale* de James Bond. James Bond perseguia el cotxe del dolent utilitzant un geolocalitzador que ell portava en el seu cotxe.

---

ellos es ahora posible aprovechar, compartiéndolos, recursos que hasta hace bien poco se encontraban infrautilizados —coches, viviendas, plazas de aparcamiento, tiempo, etc.—. Las nuevas tecnologías permiten que salga a cuenta llevar a cabo las transacciones que son necesarias para compartir con otros individuos dichos recursos y que antes eran prohibitivamente costosas».

<sup>4</sup> ALONSO SÁNCHEZ, R. (2017), pàg. 42.

En aquell moment Garret Camp va imaginar la creació d'una plataforma tecnològica que, mitjançant un telèfon intel·ligent, permetés localitzar un cotxe amb un conductor que volgués prestar el servei de transport de viatgers, i que permetés tenir constància de l'acceptació del servei i fer el seguiment de l'aproximació del cotxe al lloc on està esperant l'usuari, i que després permetés fer el pagament del servei de forma electrònica. Poc temps després coincideix a París amb un altre jove emprenedor, Travis Kalanick, i tenen una altra experiència nefasta amb un taxista brut i mal educat. Comenten la idea de Garret Camp i decideixen buscar recursos econòmics i crear una nova plataforma que denominaran Uber<sup>5</sup>.

La nova plataforma es va gestar lentament l'any 2009, l'any 2010 els ciutadans de San Francisco comencen a tenir-ne coneixement de la mateixa i, poc a poc, la van utilitzant cada vegada més. De forma paulatina es va incrementant el nombre de cotxes que utilitza la plataforma per prestar el servei de transport de viatgers amb conductor dintre de San Francisco. Com a conseqüència d'aquest increment de cotxes d'Uber a la ciutat comencen les queixes dels conductors i propietaris de taxis davant de l'administració municipal, acusant a Uber de dur a terme una competència deslleial. El conflicte estava en marxa i el dret començaria a jugar el seu paper.

Però, què és exactament Uber?

L'aplicació coneguda com Uber és una aplicació informàtica que els usuaris es poden descarregar gratuïtament al seu Smartphone. L'aplicació connecta, mitjançant un geolocalitzador, als passatgers potencials amb els propietaris dels vehicles disposats a prestar el servei de transport urbà i interurbà. Els usuaris abonon directament el servei mitjançant l'aplicació i, posteriorment, Uber —la titular de la plataforma— abona el preu del servei al conductor descomptant un percentatge (10-20%) en concepte d'utilització de la plataforma digital. Finalitzat el servei l'usuari pot avaluar el servei rebut amb la finalitat de facilitar a futurs usuaris la selecció de conductors per als seus desplaçaments<sup>6</sup>.

---

<sup>5</sup> La història del naixement i desenvolupament d'Uber es pot trobar a STONE (2018) pàgs. 53 i següents. A la pàg. 53 l'autor cita unes paraules de Trevis Kalanick poc després de crear Uber: «cuando abres la aplicación y tienes esa sensación de vivir en el futuro; tocas un botón, aparece un coche y te conviertes en el puto amo. ¡Garret es el tío que inventó esa mierda! Joder, quisiera aplaudir y abrazarle al mismo tiempo».

<sup>6</sup> Vid. GINÉS-GÁLVEZ (2016), pàg. 17. BOBOC, S. (2017), pàg. 7, ens diu que «Uber es una plataforma electrónica que, a través de un teléfono inteligente provisto de la correspondiente aplicación, permite solicitar un servicio de transporte urbano en las ciudades donde está presente. La aplicación reconoce la localización del usuario y encuentra los conductores disponibles que se hallan en las inmediaciones. Cuando un conductor acepta la carrera, la aplicación informa al usuario y le muestra el perfil del conductor y una estimación del precio del trayecto hasta el destino indicado por el usuario. Una vez efectuada la carrera, su importe se deduce automáticamente de la tarjeta de crédito del usuario, cuyos datos está obligado a proporcionar al registrarse en la aplicación. La aplicación contiene también una funcionalidad de evaluación, mediante la que los conductores pueden evaluar a los viajeros y viceversa. Una media de puntuación por debajo de un determinado umbral puede entrañar la expulsión de la plataforma. En el servicio llamado



Segons la professora Carbonell, E.<sup>7</sup>, Uber Technologies Inc. és en l'actualitat una multinacional complexa, amb seu a San Francisco, titular de la marca Uber i del domini d'internet Uber, amb diverses plataformes relacionades amb la mobilitat, entre elles Uberpop, dedicada al transport de viatgers. La seva filial Uber International Holding BV és una societat de dret holandès que gestiona la plataforma a la Unió Europea. A Barcelona està domiciliada a Uber Systems Spain SL, empresa que ha argumentat que la seva única activitat és realitzar la publicitat per compte d'Uber BV. En tot cas, a nosaltres ens interessa la seva activitat com a plataforma digital que posa en contacte a conductors prèviament registrats que amb el seu propi vehicle transporten a viatgers dintre d'una ciutat i entre ciutats diferents. Primer seran conductors no professionals i sense llicència d'activitat i després conductors professionals que presten el servei mitjançant un cotxe amb llicència VTC.

Uber, per tant, en les seves versions d'Uber pop i Uber X (conductors no professionals o professionals), neix vinculat a diverses novetats tecnològiques com internet (permet connectar entre si a milers de persones interessades en oferir o utilitzar determinats serveis), GPS (permet localitzar amb rapidesa i precisió a les persones que demanden i ofereixen serveis), telèfons intel·ligents (permeten sol·licitar serveis en qualsevol lloc i moment) i plataformes de pagament telemàtiques (evitant incomoditats i riscos en el pagament tant a l'usuari com al conductor)<sup>8</sup>.

La plataforma Uber permet la prestació d'un servei mitjançant la utilització d'una plataforma digital. ¿Estem, per tant, davant d'un cas més d'economia col·laborativa? Aquesta pregunta ens obliga a prestar atenció a una qüestió conceptual, és a dir, hem de determinar si Uber forma o no forma part del que s'anomena economia col·laborativa.

Amb caràcter general podem dir que s'entén per economia col·laborativa un sistema econòmic en el que es comparteixen i intercanvien béns i serveis mitjançant plataformes digitals<sup>9</sup>. Segons el Dictamen del Comitè Econòmic i Social Europeu, «La economía colaborativa y la autoregulación», de 19 d'agost de 2016, és necessari arribar a «un concepto consensuado que permita definir el modelo de este tipo de relaciones económicas y distinguir las actividades que cabe considerar de verdad dentro de la economía colaborativa y han de regirse por un régimen especial y aquellas que en ocasiones utilizan de forma indebida esta

---

Uber pop, conductores particulares no profesionales llevan a cabo el transporte de viajeros en sus propios vehículos. Por el contrario, en el servicio Uber X, los conductores poseen una licencia de alquiler de vehículos con conductor, VTC».

<sup>7</sup> CARBONELL PORRAS, E. (2019), pàg. 421.

<sup>8</sup> DOMÉNECH, G. (2015).

<sup>9</sup> Sobre el concepte d'economia col·laborativa es poden consultar els treballs d'ALLEN DE SALAZAR, R. (2017), pàgs. 236-240, CARBONELL PORRAS, E. (2019), pàgs. 406-411, MIRANDA SERRANO, L.M. (2017), pàgs. 198-210, MONTERO, J.J. (2017), pàgs. 36-37; SORIA BARTOLOMÉ, B. (2017), pàgs. 68-69.



denominación con el único fin de eludir la normativa que les es aplicable, de las que constituye un ejemplo de actualidad Uber».

Aquesta afirmació final posa de manifest els dubtes existents sobre el que es pot qualificar com a economia col·laborativa i el que hauria de quedar fora d'aquest concepte. La realitat és que, de fet, existeixen dos conceptes d'economia col·laborativa, un d'estricta i un de més ampli. Aquest segon ha permès introduir activitats econòmiques amb afany de lucre dintre del concepte inicial d'economia col·laborativa.

El concepte estricte és aquell en el que les parts finals en aquests negocis d'estructura normalment triangular (usuari-plataforma-prestador de serveis) són parts anomenades P2P, és a dir, l'usuari i el prestador del servei són parts iguals, «peers», sense que existeixi ànim de lucre en qui presta el servei. Es tracta d'utilitzar béns infrautilitzats que es posen en el mercat sense ànim d'obtenir un benefici. L'exemple en matèria de transports seria Bla Bla car. El jove que viatja d'Innsbruck a Barcelona amb cotxe i disposa de tres places lliures ofereix a internet compartir el cotxe amb qui hagi de realitzar tot o part del mateix viatge, i només cobrarà per les despeses comunes, compartint cotxe i despeses. En tot cas, l'economia col·laborativa estaria formada per tres elements: actius infrautilitzats, caràcter social de l'intercanvi basat en la confiança i utilització de plataformes.

En aquest sentit, la CNMC ha definit l'economia col·laborativa a partir de dues característiques fonamentals. En primer lloc, que l'intercanvi de béns i serveis s'ha de produir entre particulars, no entre professionals. Aquest intercanvi ha de quedar al marge de qualsevol exercici d'una activitat empresarial o professional remunerada per part de l'oferent del servei, si bé pot existir una compensació econòmica per les despeses generades. En segon lloc, els béns o serveis intercanviats han d'estar ociosos o infrautilitzats per l'oferent. És a dir, no es pot tractar de béns o serveis adquirits per oferir-los al mercat<sup>10</sup>.

Però, quan el prestador del servei es converteix en un professional, una persona que fa d'aquesta activitat un negoci i que cobra per la prestació del servei per obtenir un benefici, el concepte d'economia col·laborativa s'amplia, al no exigir que la relació entre usuari i prestador del servei sigui una relació entre iguals. Així, en un sentit més ampli, doctrinalment s'ha definit l'economia col·laborativa com «un conjunto de modos de negocios en los que los usuarios de una plataforma digital, revelando generalmente su verdadera identidad, comparten de forma social activos, bienes o servicios infrautilizados, a cambio o no de dinero»<sup>11</sup>. També com «un modelo de organización industrial en el que una plataforma electrónica facilita la contratación de servicios, incluyendo el servicio de arrendamiento de bienes,

---

<sup>10</sup> Prenc les referències de la CNMC de GIRONA CASCALES-PÉREZ RIQUELME (2017), pàgs. 244-245. Vid. també ALFONSO SÁNCHEZ, R. (2017), pàgs. 145-146.

<sup>11</sup> MAUDES GUTIÉRREZ, A. (2017) pàg. 40.

ofertados por un grupo de usuarios (prestadores) y demandados por otro grupo de usuarios (consumidores)»<sup>12</sup>. I en sentit similar com «los nuevos sistemas de producción y consumo de bienes y servicios que surgen a principios del siglo XXI y que aprovechan las posibilidades abiertas por los recientes avances de las tecnologías informáticas para intercambiar y compartir dichos bienes y servicios»<sup>13</sup>. Alguns autors, per la seva banda, entenen que si existeix una activitat remunerada ja no es pot parlar d'economia col·laborativa, i és millor utilitzar altres termes com per exemple «uber economy»<sup>14</sup>.

Aquest concepte doctrinal més ampli és reconegut per la Comissió Europea en el seu document «Agenda europea para la economía colaborativa» del 2016. Així, la defineix com «todos aquellos modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares», afegint que «las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro»<sup>15</sup>.

En el cas de la plataforma Uber, aviat es va perdre la seva configuració inicial segons la qual els conductors no serien professionals, sinó persones que disposaven d'un vehicle infrautilitzat i que en el seu temps lliure exercien el servei de transport de viatgers utilitzant la plataforma Uber. En aquest primer moment es justificava com una eina per donar feina temporal a persones que disposaven de cotxe propi i temps (estudiants, persones sense feina o amb treballs a temps parcial,...). Tots guanyaven, els usuaris i els conductors i, evidentment, la plataforma.

Amb el temps els conductors es van professionalitzar i, com veurem, s'imposarà a la plataforma Uber el règim propi dels transports i la necessitat de comptar amb una llicència per dur a terme l'activitat.

De fet, aquest model es va estendre a altres àmbits econòmics, i es va crear el concepte d'«ubereconomy», o «uberización»<sup>16</sup>. Uberitzar és transformar un sector econòmic amb un model econòmic innovador, és sotmetre una indústria a un model econòmic en el que els serveis s'ofereixen sota demanda mitjançant un contacte directe entre l'usuari i el prestador, normalment en base a una tecnologia telefònica. I uberitzar és introduir en les activitats econòmiques el canvi cultural consistent en accedir a moltes coses polsant una tecla. La vida en un clic. Però com s'ha dit, «lo más llamativo es la ambivalencia con la que se utilizan estas

---

<sup>12</sup> Vid. MONTERO (2017-1 i 2017-2).

<sup>13</sup> DOMÉNECH, G. (2015).

<sup>14</sup> Així, DE GRAVE (2016). Aquest autor afirma que a l'actualitat «l'économie collaborative c'est terminé».

<sup>15</sup> Vid. MIRANDA SERRANO, L.M. (2017), pàgs. 197-248, GALLEGO DOMÍNGUEZ, I. (2019), pàg. 78.

<sup>16</sup> Vid. les referències a aquest procés a l'Informe del CONSEIL d'ETAT (2017), pàg. 30.

expresiones. Mientras que para los partidarios de estas nuevas formas de economía colaborativa tienen una connotación marcadamente positiva, de innovación y surgimiento de nuevos servicios a precios más competitivos que complementan la oferta de servicios tradicionales, para sus detractores representan el anatema de la precarización y la amenaza de desaparición de importantes sectores de la economía tradicional»<sup>17</sup>.

Doncs bé, acceptarem nosaltres aquest concepte més ampli d'economia col·laborativa dintre del qual es pot incloure sense problemes a Uber. En tot cas, aquesta nova forma d'activitats d'intercanvi es veu, en general, com una nova forma d'actuar en els mercats de béns i serveis que ofereix molts avantatges. Més competència, preus més eficients, major qualitat i varietat dels béns i serveis, foment de la innovació, reducció de costos de transacció. Aquestes formes d'economia col·laborativa s'han desenvolupat de forma especial en el sector dels transports (un altre sector de fort desenvolupament és el dels allotjaments turístics). A nivell mundial la inversió en plataformes d'economia col·laborativa relacionades amb el transport de viatgers suposa el 64% del total. Les dues plataformes amb una inversió més elevada són plataformes de transport, Uber amb 8,815 milions de dòlars i Didi Ruadi amb 6,367 milions de dòlars<sup>18</sup>.

Uber, per tant, es pot qualificar com un exemple d'economia col·laborativa en sentit ampli. Però també s'ha de dir que Uber no és en si mateixa una innovació tecnològica, ja que utilitza innovacions anteriors (telèfon intel·ligent, internet, GEO localitzador).

Però sí que introdueix un canvi d'escala de grans proporcions, al connectar a una pluralitat d'individus que intercanvien diàriament les seves dades per prestar un servei de vital importància a les ciutats com és el de transport en vehicles amb conductor. I en certa mesura, com hem dit, Uber es pot qualificar com una innovació tecnològica disruptiva, ja que la nova plataforma està forçant un canvi brusc en la forma de prestar el servei de transport de viatgers a les ciutats. L'opinió majoritària és que pot millorar aquesta prestació, i per tant els ciutadans són favorables a la seva existència i desenvolupament. Però no es pot oblidar que l'aparició d'Uber afecta de forma directa a un sector regulat, el del transport de viatgers amb conductor mitjançant taxi, dintre del qual els que han accedit al mateix posseeixen una gran força i es resistiran a perdre la seva posició d'avantatge.

Aquesta configuració d'Uber com un model d'economia col·laborativa amb prestadors de serveis professionals, els conductors d'Uber, és el que provocarà tot un seguit de nous problemes jurídics, a l'aparèixer una nova forma de nego-

---

<sup>17</sup> ALLENDE SALAZAR, R. (2017).

<sup>18</sup> Vid. CONTRERAS-SILOS-SOBRINO (2017) pàg. 310, MUÑOZ BENITO, R. (2019), pàgs. 49-50.

ci que inclou a tres parts: usuari, plataforma i prestador del servei. ¿Com s'ha d'acompanyar des del dret aquesta nova modalitat d'activitat econòmica? Com s'ha de regular, quines branques del dret en queden afectades? I, per damunt de tot, ¿com s'ordenarà la irrupció d'aquesta nova activitat en relació a les persones i entitats que actuen en el mateix sector dintre d'un marc regulatori estricte, és a dir, els taxistes?<sup>19</sup>.

### III. UN PRIMER DEBAT JURÍDIC. QUÈ ÉS UBER?

#### UN SERVEI DE LA SOCIETAT DE LA INFORMACIÓ O UN SERVEI DE TRANSPORT?

Un primer gran debat jurídic que s'ha plantejat al nostre país, i també en d'altres<sup>20</sup>, és el que fa referència a la naturalesa jurídica d'Uber, ja que d'aquesta naturalesa depèn el règim jurídic aplicable a aquesta activitat i la determinació de la seva relació amb el sector del taxi.

Quan comencen a aparèixer en el mercat del servei de transport de viatgers amb conductor un nombre creixent de vehicles que actuen utilitzant la plataforma Uber pop neix el conflicte amb els taxistes, que actuen en el mateix mercat però de forma fortament regulada. El conflicte també implica de forma directa a l'administració, que veu com apareix una nova activitat econòmica que es desenvolupa en l'espai públic i que no se sotmet a cap tipus de regla pública i, per tant, a cap control. Els taxistes reclamaran la intervenció, al seu favor, de l'administració com a entitat que ordena aquesta activitat privada.

Analitzarem ara el que ha succeït al nostre país, però els problemes i les respostes han estat similars en altres països europeus i als Estats Units.

La primera resolució judicial dictada sobre l'activitat d'Uber a Espanya va ser la Interlocutòria de 9 de desembre de 2014 mitjançant la qual el Jutjat Mercantil n.º 2 de Madrid va acordar, inaudita part, el cessament cautelar de l'activitat d'Uber pop i de «cualquier aplicación app o sistema tecnológico o informático para prestar el servicio de transporte de viajeros en España». La fonamentació era que existien indicis d'una actuació il·lícita en el servei de transport de viatgers amb conductor que afectava el servei de taxi pel fet d'actuar al marge de les lleis

---

<sup>19</sup> El professor LAGUNA DE PAZ, J.C. (2017), pàg. 164, en relació als nous serveis quina prestació s'organitza per empreses *on line*, es formula les següents qüestions: «I) si los nuevos servicios se sujetan a las normas generales por las que se rige cualquier actividad económica, II) si se les deben aplicar las mismas reglas que a los servicios tradicionales, III) si requieren una regulación específica, adaptada a sus peculiaridades, IV) o si su aparición puede dar lugar a la desregulación de algunos sectores».

<sup>20</sup> Sobre els conflictes sorgits en d'altres estats és d'interès la informació que facilita el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries 2/2019 de 22 de febrer. Igualment el llibre d'STONE (2017) dona compte dels conflictes d'Uber en diferents ciutats d'Estats Units i països europeus.

espanyoles. La Interlocutòria va ser confirmada el 22 de maig de 2015, però limitant el cessament al servei d'Uber pop, però no al servei d'Uber X, és a dir, el que es presta en un primer moment amb conductors autònoms amb llicència VTC. La diferència és important. Si existeix llicència s'admet el servei d'Uber.

L'administració no dubta tampoc en actuar sobre la plataforma que permet prestar aquest servei, a l'entendre que no posseeix la preceptiva autorització per dur a terme aquesta activitat segons exigeix la legislació de transports (article 42 de la Llei 16/1987 de 30 de juliol, d'ordenació dels transports terrestres). Les administracions locals actuen exercint la seva potestat sancionadora.

Però les sancions que imposa l'administració local en aplicació de la normativa de transports són recorregudes en via contenciosa administrativa, i els jutjats del contenciós-administratiu<sup>21</sup> anul·len les sancions imposades a l'entendre que l'activitat d'Uber no és la pròpia del transport, sinó la de serveis a la societat de la informació, regulada per la Llei estatal 34/2002, d'11 de juliol. Per tant, els fets imputats no es poden sancionar d'acord amb la normativa de transports. S'entén que Uber no presta el servei de transport, ja que es limita a interconnectar l'usuari del servei amb el conductor, però ni posseeix els vehicles ni té relació laboral amb els conductors. La seva es podria qualificar com una activitat de mediació<sup>22</sup>.

En relació a aquest debat, les sentències del Jutjat n.º 15 de Barcelona, 179/2016 de 18 de juliol i 216/2016, de 6 d'octubre, i la del Jutjat n.º 17, sentència 287/2016, de 5 d'octubre, conclouen que la plataforma Uber realitza una activitat pròpia dels serveis de la societat de la informació.

Però paral·lelament al tractament de la qüestió en l'orde contenciós-administratiu, l'Asociación Profesional Élite Taxi va sol·licitar davant del Jutjat Mercantil n.º 3 de Barcelona una acció de cessació i acció declarativa en entendre que Uber duia a terme una actuació de competència deslleial. Davant els dubtes sorgits en relació a l'activitat de la plataforma Uber, el jutge mercantil, mitjançant Interlocutòria de 16 de juliol de 2015, va plantejar una qüestió prejudicial davant del TJUE. En el fons, la qüestió era la següent: si Uber es considera que presta un servei propi de la Societat de la Informació, no actua vulnerant les regles de la competència respecte al servei de transport que duen a terme els taxistes<sup>23</sup>, però si Uber realitza l'activitat de transport necessita comptar amb una autorització

---

<sup>21</sup> En aquest punt segueixo el que ha succeït a Barcelona, però la situació es reproduïx en d'altres municipis.

<sup>22</sup> En aquest sentit MONTERO, JJ. (2017,3) pàg. 97, afirma que es tractaria d'una mediació per mitjans electrònics, automatitzada i en temps real, però conservaria els elements essencials de la mediació, és a dir, una actuació en la que el mediador es limita a facilitar la contractació entre usuari i prestador del servei. També tracta aquesta qüestió RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I. (2017), pàgs. 125 i ss.

<sup>23</sup> En aquest cas Uber actuaria exercint una activitat liberalitzada, d'acord amb la Llei 34/2002, d'11 de juliol de Serveis de la Societat de la Informació i Comerç Electrònic, i la Directiva 2000/31/CE, de 8 de juny.

per prestar el servei i haurà de respectar la normativa en matèria de transports. La qüestió era, sens dubte, molt important.

La qüestió prejudicial va ser resolta pel TJUE mitjançant sentència de 20 de desembre de 2017, de la que importa transcriure els fonaments 37 a 40:

«37. No obstante, es preciso poner de manifiesto que un servicio como el controvertido en el litigio principal no se limita a un servicio de intermediación consistente en conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano.

38. En efecto, en una situación como la que describe el juzgado remitente, en la que el transporte de pasajeros lo realizan conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, el prestador de este servicio de intermediación crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas, como la aplicación controvertida en el litigio principal, y cuyo funcionamiento general organiza en favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urbano.

39. A este respecto, de la información de que dispone el Tribunal de Justicia resulta que el servicio de intermediación de Uber se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. A mayor abundamiento, Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores. Sobre este último punto, consta en particular que Uber, mediante la aplicación epónima, establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de estos.

40. Por consiguiente, debe considerarse que este servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de “servicio de la sociedad de la información”, en el sentido del artículo 1, punto 2, de la Directiva 98/34 (LCEur 1998, 2316), al que remite el artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31 (LCEur 2000, 1838), sino a la de “servicio en el ámbito de los transportes”, en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123 (LCEur 2006, 3520)».

En el Fallo, la sentència estableix que «El artículo 56 TFUE (RCL 2009, 2300), en relación con el artículo 58 TFUE, apartado 1, el artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123/CE (LCEur 2006, 3520) del Parlamento Europeo

*y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, y el artículo 1, punto 2, de la Directiva 98/34/CE (LCEur 1998, 2316) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, en su versión modificada por la Directiva 98/48/CE (LCEur 1998, 2497) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998, al que remite el artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31/CE (LCEur 2000, 1838) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico), deben interpretarse en el sentido de que ha de considerarse que un servicio de intermediación, como el del litigio principal, que tiene por objeto conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a cambio de una remuneración, a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean efectuar un desplazamiento urbano, está indisociablemente vinculado a un servicio de transporte y, por lo tanto, ha de calificarse de “servicio en el ámbito de los transportes”, a efectos del artículo 58 TFUE, apartado 1. En consecuencia, un servicio de esta índole está excluido del ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE, de la Directiva 2006/123 y de la Directiva 2000/31»<sup>24</sup>.*

El TJUE tanca aquesta polèmica inicial amb l’afirmació de que Uber presta un servei de transport, en assumir en nom propi l’obligació de dur a terme un transport, sense limitar-se a mediar entre usuari i transportista<sup>25</sup>. La sentència del TJUE, dictada a instància d’un Jutjat mercantil, té una importància fonamental en la futura regulació administrativa d’aquesta activitat econòmica<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Sobre aquest debat i la sentència del TJUE vid. MIRANDA SERRANO (2017), PETIT LAVALL (2018) ALFONSO SÁNCHEZ (2017), pàg. 154, GIRONA CASCALES-PÉREZ RIQUELME (2017) pàg. 258, SÁNCHEZ TORBEL-PERONA GUILLAMÓN (2017) pàgs. 112-114. Un criteri similar és el que es va mantenir en algunes decisions de tribunals d’EUA. Així, el United States District Court (Northern District of California) en l’assumpte O’Connor et al. vs Uber Technologies Inc., va concloure que no es podia acceptar la demanda d’Uber de ser considerada com una empresa tecnològica, ja que aquestes empreses haurien d’abstenir-se de prestar serveis, i Uber els prestava, donat que «is deeply involved in marketing its transportation services, qualifying and selecting drivers, regulating and monitoring their performance, disciplining (or terminating) those who fail to meet standards, and setting prices». A la mateixa conclusió arriba la California Labor Commission en la seva decisió de 3 de juny de 2015 en l’assumpte Barbara Ann Berwick vs. Uber Technologies Inc. Prenc aquestes referències de GINES I FABRELLAS-GALVER DURAN (2016), pàg. 6.

<sup>25</sup> En relació a aquesta importància de la decisió del TJUE es pot consultar BOBOC, S. (2017), pàgs. 18-22, CARBONELL PORRAS, E. (2019), pàgs. 424-431 i Fernández Pérez, N. (2019), pàgs. 149-155.

<sup>26</sup> La posició del TJUE en relació a les plataformes vinculades a formes d’economia col·laborativa tal vegada pot donar lloc a respostes diferenciades en raó del cas concret analitzat. En aquest sentit cal fer referència al cas de Airbnb, plataforma que posa en contacte arrendadors i arrendataris per estades de curta durada. L’Associació per l’Allotjament i Turisme Professional (AATP) de París, va denunciar a Airbnb i la fiscalia va acusar a l’empresa americana de vulnerar la llei francesa «Hoguet» de condicions sobre operacions amb immobles. Airbnb va alegar que no



#### IV. UBER ÉS UN SERVEI DE TRANSPORT

La important sentència del TJUE de 20 de desembre de 2017 té unes conseqüències jurídiques d'indubtable valor pel que fa a la determinació de la naturalesa de l'activitat de la plataforma Uber i del seu règim jurídic<sup>27</sup>.

Aquesta plataforma, que neix en principi com un servei d'intermediació entre usuaris que volen un transport amb conductor i els conductors disposats a prestar el servei, s'ha convertit en una activitat econòmica que es considera servei de transport i que, per tant, està sotmesa a la normativa pròpia dels serveis de transports, si bé no a la mateixa normativa del servei de taxi, que té una regulació específica<sup>28</sup>.

##### A. *La plataforma Uber realitza una activitat de transport i precisa una autorització. El sector del taxi guanya una primera batalla*

D'acord amb la sentència del TJUE, donat que la plataforma d'economia col·laborativa Uber ofereix altres serveis diferents dels propis de la societat de la informació, està sotmesa a la normativa específica reguladora d'aquests serveis, en concret, el servei de transport i, per tant, per prestar aquest servei ha d'obtenir la corresponent autorització administrativa<sup>29</sup>.

---

exercia una activitat immobiliària i que és una empresa sotmesa a la normativa de la societat de la informació. El jutge de primera instància va plantejar qüestió prejudicial, i dintre de la tramitació d'aquest procediment, l'advocat general, Sr. Maciej Szpunar, en el seu Informe afirma que Airbnb és un servei de la societat de la informació ja que la seva funció «és posar en relació mitjançant una plataforma electrònica a potencials arrendataris amb arrendadors que ofereixen prestacions d'allotjament de curta durada, en una situació en la que el prestador d'aquest servei —Airbnb— no exerceix cap mena de control sobre les modalitats d'aquestes prestacions». Com es veu, unes consideracions diverses de les que va mantenir el TJUE en relació a Uber. Caldrà veure què diu finalment el TJUE en el cas de Airbnb.

<sup>27</sup> La sentència del TJUE també va comportar que es confirmessin les sancions administratives anul·lades pels Jutjats del contenciós-administratiu. Així, la sentència de cassació del Tribunal Suprem 87/2018, de 25 de gener, rec. Cassació 313/2016, en relació a la sentència del Jutjat del contenciós-administratiu n.º 15 de Barcelona, de 6 d'octubre de 2016 (i altres sentències del Tribunal Suprem en el mateix sentit, com la 81/2018, de 24 de gener). El Tribunal Suprem reproduïx la sentència del TJUE i conclou, Fonament Jurídic 4, que «trasladando esta doctrina al caso que nos ocupa debemos concluir que frente a lo que se afirma en la sentencia recurrida la actividad que desarrolla UBER B.V. ha de calificarse de servicio en el ámbito de los transportes a los efectos del artículo 58 TFUE, apartado primero y que en consecuencia un servicio de esta índole está excluido del ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE, de la Directiva 2006/123 y de la Directiva 2000/31». Per tant, casa la sentència del Jutjat, i retrotrau les actuacions i les torna al Jutjat per tal de que decideixi si d'acord amb la normativa de transports la sanció imposada a Uber era o no conforme a dret.

<sup>28</sup> Vid. al respecte TOURINO, A. (2016). Alguns autors havien defensat que Uber presta un servei de la societat de la informació. DOMÉNECH, G. (2015), BARNÉS (2017).

<sup>29</sup> Pel fet d'haver entrat en el mercat dels transports sense la preceptiva autorització Uber va incórrer en un supòsit de competència deslleial, segons l'article 15 de la Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial. Va obtenir un avantatge competitiu il·legal en la seva competència amb el sector del taxi. Vid. MIRANDA SERRANO (2017) pàgs. 235 i ss.



L'activitat del servei de transport<sup>30</sup>, que és la pròpia d'Uber, requereix l'obtenció d'una autorització, per la qual cosa s'ha d'acreditar el compliment d'un conjunt de requisits (articles 42, 43 i 99 de la LOTT). Per tant, els conductors que actuïn utilitzant la plataforma Uber hauran de comptar amb una prèvia autorització. De fet, però, el que s'autoritza és el vehicle amb el que es podrà prestar el servei i, com veurem, la determinació del nombre de vehicles que es poden autoritzar com a vehicles VTC es convertirà en el motiu de la major discrepància entre taxistes i administració. Es pot concloure en aquest moment que, si bé no s'admet Uber pop, el servei prestat per conductors no professionals i sense llicència, sí s'admet el servei prestat per conductors professionals amb llicència VTC.

Amb aquesta sentència del TJUE el sector del taxi va guanyar una batalla. Uber requeria una autorització de VTC per tal de que els conductors poguessin prestar el servei de transport de viatgers amb conductor. Però ¿es podia limitar el nombre d'aquestes autoritzacions? ¿es podia condicionar l'exercici de l'activitat autoritzada? ¿s'imposarien els criteris de la mínima intervenció i favorables a la lliure iniciativa econòmica, impulsats per les autoritats de la competència, o prevaldria una regulació protectora del sector del taxi? Si Uber i taxi presten, de fet, el mateix servei ¿poden conviure amb règims jurídics diferents?

Aquestes preguntes es van obrir després de que Uber fos declarat servei de transports, i han donat lloc a una nova i dura batalla entre els sectors del taxi i Uber. Tornarem sobre aquestes preguntes i sobre la batalla, encara no tancada, a l'analitzar el posicionament de les administracions públiques en la regulació de les autoritzacions de VTC a favor d'Uber. Però abans veiem altres conseqüències derivades de la configuració d'Uber com a servei de transports.

#### B. *Els conductors d'Uber, treballadors autònoms o assalariats?*

Un cop afirmat que la plataforma Uber presta un servei de transport sorgeix la pregunta de quina és la relació jurídica de la plataforma autoritzada per prestar el servei amb els conductors que presten el servei.

Com hem dit, Uber no és un cas d'economia col·laborativa en el que la relació usuari-prestador del servei (conductor) sigui una relació entre iguals, sense que el prestador rebi una retribució pel servei que presta, rebent en el

---

<sup>30</sup> Per al Tribunal Constitucional «el núcleo fundamental de la materia del transporte lo constituyen las actividades públicas relativas a la ordenación de las condiciones en las que se presta el servicio de traslado o desplazamiento de personas o mercancías. El objeto fundamental de esta materia es la acción de traslado de personas o cosas de un lugar a otro», STC 2013/1992, FJ2, 118/1996, FJ 1 i 245/2012 FJ 16.

seu cas únicament una compensació per les despeses (seria el cas, per exemple, de Bla bla car). En el cas d'Uber el conductor és, de fet, un professional del servei de transports de viatgers, no una persona que posa en el mercat un bé infrutilitzat de la seva propietat (el seu vehicle) de forma ocasional. El conductor d'Uber fa d'aquesta activitat la seva forma de guanyar-se la vida, és la seva activitat professional.

Tenint en compte aquesta realitat es va plantejar la qüestió de la naturalesa jurídica de la relació entre la plataforma Uber i els conductors. Es podria entendre que Uber es limita a una activitat de mediació en els transports de viatgers (activitat, per cert, no regulada a la LOTT), de forma tal que els conductors serien autònoms, o bé que la plataforma presta el servei amb uns conductors que treballen per compte de l'empresa, que són els seus assalariats.

Plantejades diverses reclamacions davant dels Tribunals i de les inspeccions de treball per part de conductors d'Uber, la resposta a la pregunta de quin tipus de relació jurídica existia entre la plataforma i els conductors requeria analitzar si Uber disposa o no d'un poder de vigilància i direcció sobre els conductors (imposar condicions per a l'exercici de l'activitat, obligació de dur el logo d'Uber, poder ser sancionat per Uber...), indicis sobre el «test de laboralidad» que permetessin concloure si existeix o no una relació laboral entre Uber i els conductors que es pugui qualificar com una relació de treball per compte aliè.

La conclusió majoritària a la que han arribat diferents Tribunals és que entre Uber i els conductors existeix un vincle de subordinació i de regulació empresarial de l'activitat per part d'Uber que permet concloure que els conductors són treballadors per compte d'Uber i no treballadors autònoms. Així, per exemple, el Tribunal Central de Treball de Londres va sentenciar el 28 d'octubre de 2016 que aplicant el «test de laboralidad» s'ha de concloure que els conductors són treballadors per compte de l'empresa<sup>31</sup>.

Per tant, es pot concloure que els conductors d'Uber presten serveis de forma aliena i dependent i subordinada a l'empresa Uber, amb les conseqüències que es deriven des del punt de vista de la legislació laboral<sup>32</sup>.

A Espanya, la inspecció de Treball de Catalunya, el 9 de març de 2015, després de set mesos d'investigació, va concloure que els conductors que utilitzaven

---

<sup>31</sup> Vid. ARGOTE EGUIZABAL-BALLESTER ALARCÓN (2016). Vid. també el document del Consell d'État (2017), pàg. 84, on es cita Jurisprudència en aquest sentit del Tribunal Superior de Justícia de Califòrnia, però també una sentència en sentit contrari de la Cour d'Appel de París de febrer de 2016.

<sup>32</sup> Sobre la qüestió dels treballadors d'Uber i el dret laboral es poden consultar els següents treballs: ARGOTE EGUIZABAL-BALLESTER ALARCÓN (2016), CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017), FERNANDO GARCÍA, F.M. (2017), pàgs. 389-407, GINES GÁLVEZ (2016), LÓPEZ ANIORTE-ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE (2017), pàgs. 473-498, PETIT LAVALL (2018), pàg. 7, RODRÍGUEZ EGIO, M.M. (2017), pàgs. 499-520, ROJO TORRECILLA, E. (2015), CARBONELL PORRAS, E. (2019), pàgs. 421-422 i COSTAS REYES, A. (2019), pàgs. 261-302.

l'aplicació Uber eren treballadors d'Uber System Spain. En aquest sentit, per a la inspecció, el fet més rellevant que calia examinar era si en la relació entre Uber i els conductors existia o no una relació de dependència i treball per un tercer. Conclou que existeix dependència, ja que «el trabajo de los chóferes forma parte esencial de la actividad de tráfico mercantil de la firma». A més, els treballadors «carecen de cualquier tipo de organización empresarial, quedando inscritos ab initio a la estructura y organización» i assisteixen «de un modo regular y continuado a un lugar determinado por la empresa» per «prestar un Servicio». El centre de treball «lo constituye el mismo vehículo», que circula per una zona fixada per Uber de forma unilateral. En aquest cas l'Àrea Metropolitana de Barcelona<sup>33</sup>.

La inspecció conclou que Uber Systems Spain no va registrar cap afiliat en els seus tres primers mesos de vida, i va proposar una sanció.

Alguns autors han plantejat la necessitat de tractar de regular una nova forma de relació laboral específica pels treballadors de plataformes que se situï al marge de les formes de treballador per compte aliè o autònom, i que en tot cas garanteixi els drets fonamentals dels treballadors<sup>34</sup>.

En aquest mateix sentit el Parlament Europeu va aprovar una Resolució el 15 de juny de 2017 titulada «Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa», en la que, entre d'altres coses, deia que el Parlament Europeu «destaca que en las últimas décadas, los Estados miembros han mejorado en el ámbito de las normas laborales y sociales y los sistemas de protección social, y subraya que el desarrollo de la dimensión social también debe garantizarse en la era digital; observa que la digitalización cada vez mayor repercute en los mercados laborales, en la redefinición de los puestos de trabajo y en las relaciones contractuales entre trabajadores y empresas; señala la importancia de garantizar el respeto de los derechos laborales y sociales y el correcto cumplimiento de la legislación vigente con el fin de seguir promoviendo los sistemas de seguridad social y la calidad del empleo; pide asimismo a los Estados miembros que, en colaboración con los interlocutores sociales y otras partes interesadas pertinentes, evalúen la necesidad de modernizar la legislación vigente, incluidos los sistemas de seguridad social, con el fin de seguir el ritmo de los avances tecnológicos al tiempo que se garantiza la protección de los trabajadores y unas condiciones de trabajo dignas y se generan ventajas generales para el conjunto de la sociedad».

### C. Uber i fiscalitat

En relació als problemes fiscals que plantegen les noves formes d'economia col·laborativa només podem fer un petit apunt, però sí volem destacar com també

---

<sup>33</sup> Vid. El artículo de GOZZER, S. «Trabajo dice que los chóferes de Uber son empleados de la firma», publicat al diari *El País* de 3 de juny de 2015.

<sup>34</sup> En aquest sentit CONSEIL D'ETAT (2017) pàg. 85 i CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017), pàg. 437.

en relació a l'ordenament fiscal les formes d'economia col·laborativa, en particular quan, com és el cas d'Uber, comporten noves formes de negoci, obliguen al dret a adaptar-se i tractar de donar respostes a la singularitat d'aquestes formes de negoci. En tot cas, com s'ha dit, i això és especialment cert en el cas d'Uber, «sea qual sea el perfil del emprendedor, la actividad desarrollada en estos entornos participativos coincide con patronos tradicionales de la economía de mercado, absolutamente alejados de las bondades de quienes ven en estos negocios la penetración de valores sociales en el mercado y, por tanto, una visión idealizada de la economía sostenible»<sup>35</sup>.

Per tant, el tractament fiscal de l'activitat de transport de viatgers amb conductor mitjançant una plataforma digital, com és el cas d'Uber, planteja problemes importants, i de diversa naturalesa. Fiscalment es pot tractar d'afavorir aquest tipus de negocis, però també s'ha d'actuar per incidir sobre les plataformes i els conductors, tractant en aquest segon cas d'aconseguir un sistema fiscal just i igualitari respecte d'altres competidors, en particular els taxistes<sup>36</sup>.

De nou em remeto a l'autora abans citada, que ens diu que «Uber o Airbnb, paradigmas de este modelo económico alternativo, no dejan de parecerse a Google o Apple en la articulación de entramados societarios por los que fluyen los beneficios hacia sociedades localizadas en paraísos fiscales. En paralelo, los modelos de intercambio que se realizan a través de estas estructuras también representan un caldo de cultivo para los incumplimientos por parte de los prestadores de servicios, normalmente particulares; unos comportamientos que quedan en muchas ocasiones dentro de la economía sumergida»<sup>37</sup>.

No volem afegir res més en aquest punt, però sí reiterar com la fiscalitat també posa de relleu la necessitat de que l'ordenament jurídic s'adapti a la regulació de les novetats tecnològiques, en el nostre cas a l'activitat econòmica emparada amb l'ús de plataformes digitals<sup>38</sup>.

## V. LES AUTORITZACIONS DE TAXI I UBER

La configuració de la plataforma Uber com a servei de transports va comportar que la prestació del servei de transport amb conductor, utilitzant la plataforma Uber, requereís l'obtenció d'una prèvia autorització administrativa. Però

---

<sup>35</sup> NAVARRO EGEE, M. (2017), pàg. 531.

<sup>36</sup> A l'estudi del «CONSEIL D'ETAT» (2017), pàg. 128 s'afirma que les operacions realitzades en base a plataformes digitals han de tenir una fiscalitat idèntica a les operacions econòmiques realitzades a través d'altres modalitats.

<sup>37</sup> NAVARRO EGEE, M. (2017), pàg. 526.

<sup>38</sup> En relació a la tributació d'Uber es pot veure MORIES JIMÉNEZ, M.T. (2019), pàgs. 309-371 i RECIO RAMÍREZ, M.A. (2019), pàgs. 377-402.

malgrat la similitud entre els serveis que presten els taxis i els conductors que utilitzen Uber per contactar amb el client, no es tracta d'un mateix servei, sinó de dues formes de prestar un servei similar dintre d'un mateix mercat. Això justifica el règim diferent de les autoritzacions<sup>39</sup>, i al mateix temps és l'origen dels conflictes encara no resolts de forma definitiva.

## A. *El taxi*

### A.1. *El taxi com a activitat privada reglamentada*

El servei de taxi és un servei de transport públic de viatgers de caràcter discrecional que es pot prestar en tres modalitats: el servei de taxi circulant per la via pública, el servei de taxi en parades i el servei de taxi per sistema de reserva prèvia. Llevat de les dues primeres modalitats, el servei de taxi coincideix amb el que poden prestar les VTC. Per tant, mentre que pel que fa als dos primers segments de l'activitat del taxi existeix un monopoli al seu favor, en el tercer sector existeix un règim de concurrència.

La naturalesa jurídica del servei de taxi sempre ha estat un tema debatut. Importa ara analitzar amb certa precisió aquesta qüestió, donat que la naturalesa jurídica del servei del taxi determina el seu règim jurídic i explica les diferències amb el règim de les VTC i, en particular, la diferència en la regulació de les autoritzacions per dur a terme aquests dos serveis.

El servei de taxi no va ser regulat a nivell estatal fins al 1964, i es va qualificar des d'un inici com a servei d'interès general o per al públic. En aquest sentit cal fer esment del treball pioner del professor ENTRENA, R.<sup>40</sup> on es va qualificar aquest servei com «servei d'interès públic». De fet, estem davant d'una activitat privada fortament reglamentada perquè consisteix en la prestació d'un servei que, no essent un servei públic, és d'interès general. Es tracta d'un servei que també s'ha qualificat de servei públic impropí (concepte italià) o servei públic virtual (concepte francès)<sup>41</sup>. Ens trobem amb una activitat molt propera al servei públic, però

---

<sup>39</sup> La sentència de la Cort d'Apel·lació del Districte Nord d'Illinois, de 7 d'octubre de 2016, que va resoldre el recurs de l'Associació de transportistes contra l'Ajuntament de Chicago per no impedir l'activitat d'Uber o no exigir-los-hi les mateixes condicions que als taxistes, va rebutjar el recurs, entenent que es tractava de dues activitats diferents i que no s'ha d'exigir a l'Administració que imposi les condicions existents per a un tipus d'activitat quan entra al mercat un competidor que utilitza noves tecnologies. Afirmar la Sentència que de la mateixa manera que la ciutat de Chicago exigeix disposar d'un permís per tenir un gos però no per tenir un gat, poden tractar de forma diversa als taxistes respecte dels que utilitzen Uber.

<sup>40</sup> ENTRENA CUESTA, R. (1958), pàgs. 42 i 45.

<sup>41</sup> Vid. Al respecte SOCIAS CAMACHO, J. (2000), pàgs. 733 i ss. També TENA, V. (1999), pàg. 214. Per aquest autor el «taxi se sitúa en un campo intermedio entre los servicios públicos y las simples actividades privadas, por lo que en ocasiones se les ha dado la equívoca denominación de servicios públicos impropios o virtuales, cuando se trata ni más ni menos que de actividades privadas de interés público». I en aquest sentit esmenta el Dictamen del Conseil d'Etat francès

que no es pot definir com a tal en la mesura en que aquesta activitat no ha estat assumida com a responsabilitat del sector públic, no la pot prestar directament ni mitjançant concessions de servei públic<sup>42</sup>. L'administració les ordena i permet l'accés a aquesta prestació mitjançant una autorització<sup>43</sup>. En aquest sentit el servei del taxi es pot qualificar com a servei públic objectiu, és a dir, com una activitat d'interès general, que requereix ser regulada de forma intensa per l'administració, però que no és qualificada com a servei públic en sentit subjectiu, és a dir, com una activitat econòmica que se situa fora del mercat, quina prestació garanteix l'administració i a la que només es pot accedir per concessió administrativa.

Tractant de precisar aquests conceptes podem dir que els serveis públics subjectius es creen quan el mercat no pot garantir una determinada prestació d'interès general i l'administració assumeix la seva garantia, si bé la prestació la pot fer a través de mitjans públics o contractant amb el sector privat. La prestació s'ha de dur a terme en condicions de preu assequible, continuïtat, qualitat i igualtat. Els ciutadans poden exigir aquesta prestació amb les condicions assenyalades. Així, el transport urbà mitjançant autobús o metro és un servei públic subjectiu. L'administració és la responsable de la prestació d'aquest servei, i es poden fixar serveis mínims si hi ha una vaga. Per contra, el servei de taxi és un servei d'interès general, o servei públic objectiu, el que suposa que a diferència del servei públic subjectiu l'administració no ha de garantir en tot moment la seva prestació, ni els ciutadans poden exigir aquesta prestació. L'administració regula aquest servei, perquè existeix un interès general en què els taxis funcionin bé (com regula la prestació del servei d'electricitat perquè interessa que es presti correctament, però aquest servei està liberalitzat i no és un servei públic), però no ha de garantir la seva prestació, donat que ja existeixen altres mecanismes de transport dintre de la ciutat que sí són servei públic en sentit subjectiu<sup>44</sup>.

La jurisprudència també ha reconegut la singularitat d'aquest servei, que ha qualificat recentment de servei d'interès general. Amb anterioritat el Tribunal Constitucional, en la seva sentència 132/2001, de 8 de juny, va afirmar que *«en el caso que nos ocupa ningún precepto constitucional prevé, ni explícita ni implícitamente, la limitación de derechos constitucionales en un ámbito de actividad económica privada, aunque esté intervenida y reglamentada, como es la prestación de servicios de transporte en auto-taxi»*. A la important sentència de 4 de juny de

---

de 30 de maig de 1996 en el que es va qualificar el taxi de servei públic impropï o servei d'utilitat pública. Per la seva part, BOTELLA CARRETERO, J. (2002), pàgs. 409 a 425, qualifica el servei del taxi com a activitat privada fortament intervinguda, i TARRÉS, M. (2006), pàg. 21, afirma que el taxi és una activitat privada d'interès general.

<sup>42</sup> VILLAR PALASI, (1964), pàgs. 279-282 sí qualifica el servei de taxi com a servei públic.

<sup>43</sup> Sobre la naturalesa de les activitats privades reglamentades es pot consultar MARTÍN RE-TORTILLO, S. (1957), pàgs. 161-162. Vid. També FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (1999) pàgs. 59 i 69, i GÓMEZ FERRER, R. (1973).

<sup>44</sup> Vid. Al respecte TORNOS MAS, J. (1997), pàgs. 418-419.

2018, rec. ordinari 438/2017, el Tribunal Suprem ha dit que «*el sector del taxi, responsabilidad de las administraciones autonómicas y locales, si bien no es en sentido técnico jurídico un servicio público, siempre ha sido considerado un servicio de interés general, sometido a una intensa reglamentación (que incluye la regulación tarifaria y una contingentación del número de licencias) al objeto de garantizar su calidad y seguridad, con exigencias que hacen más onerosa su prestación*».

La conseqüència d'aquesta naturalesa del servei del taxi és que aquesta activitat prestacional està sotmesa a una intensa reglamentació per part de les administracions públiques competents, que té per finalitat garantir la seva qualitat, seguretat i accessibilitat, amb exigències que fan més onerosa la seva prestació. Entre d'altres, l'accés a l'activitat del taxi està contingentat, de manera que hi ha un numerus clausus de llicències. Així mateix, el taxi es caracteritza perquè està obligat a prestar el servei quan se li requereix (només s'admet la negació per causes taxades), té un règim tarifari regulat, està sotmès a diverses condicions d'exercici (com ara, torns, limitacions horàries, etc.) i, en general, no pot iniciar els seus serveis en qualsevol municipi sinó només en el d'expedició de la llicència<sup>45</sup>.

El servei de taxi està regulat en els seus aspectes bàsics per la legislació estatal, LOTT i ROTT, i desenvolupat per la legislació autonòmica, sens perjudici de les competències dels ens locals, que han de respectar el règim configurat per aquelles altres administracions. A Catalunya, la regulació es troba a la Llei 19/2003, de 4 de juliol, del taxi, que estableix un règim complet d'aquest servei de transport de viatgers, i en el Decret 314/2016, de 8 de novembre, pel qual es determinen les condicions específiques de contractació i comercialització de serveis de taxi i el règim jurídic de l'activitat de mediació. A Barcelona i la seva Àrea Metropolitana, el Reglament metropolità del taxi, de 22 de juliol de 2004, sotmès en l'actualitat a un procés de reforma al que ens referirem més endavant.

#### A.2. *L'autorització pel servei de taxi*

D'acord amb l'article 8 de la Llei catalana del taxi 19/2003 «1. *L'atorgament de les llicències de taxi resta sotmès al compliment de les condicions següents: a) Ésser una persona física o jurídica, en forma de societat mercantil, societat laboral o cooperativa de treball associat. b) Acreditar la titularitat del vehicle en règim de propietat, lloguer, arrendament financer, rènting o un altre règim admès per la normativa vigent. c) Acreditar el compliment de les obligacions de caràcter fiscal, laboral i social, incloses les relatives a les condicions del centre de treball, establertes per la legislació vigent. d) Acreditar, en el cas de les persones físiques, que es posseeix el certificat exigible per a conduir el vehicle, d'acord amb el que estableix l'article 19.*

---

<sup>45</sup> En aquest sentit el Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries 2/2019, de 22 de febrer, sobre el Decret llei 4/2019, de 29 de gener, de mesures urgents en matèria de transport de viatgers mitjançant el lloguer de vehicles amb conductor.



e) *Acreditar, en el cas de les persones jurídiques, que els conductors que hi presten els serveis de conducció tenen el certificat que estableix l'article 19.* f) *Tenir coberta la responsabilitat civil pels danys que es puguin ocasionar en el transcurs del servei, en els termes establerts per la normativa vigent.*

2. *Les persones físiques i jurídiques poden ésser titulars de més d'una llicència de taxi, fins a un màxim de cinquanta. El nombre total de llicències de les persones titulars de més d'una no pot superar mai el 15% del total vigent en un mateix municipi o una mateixa entitat local competent per a atorgar-les».*

Aquesta llicència pot qualificar-se com una autorització reglamentada o de funcionament. No es tracta d'una autorització operativa, que seria aquella mitjançant la qual es pretén dirigir un sector de l'activitat econòmica, i que esgota la seva eficàcia en el moment del seu atorgament, com l'autorització per instal·lar un centre comercial o per importar un determinat producte. L'autorització reglamentada és aquella que crea una relació de tracte successiu entre l'administració autoritzant i el subjecte autoritzat, al que permet accedir a un ordenament sectorial. Aquesta autorització administrativa no es limita a eliminar els obstacles per a l'exercici d'una activitat privada. És una autorització *ut facias*, que comporta l'ingrés de l'autoritzat en un règim ordenat, fet que genera una relació jurídicoadministrativa. L'autorització tracta d'imposar a l'autoritzat un comportament concret sota la vigilància de l'administració responsable de l'activitat, i que per això no es desentén de la manera en què la mateixa s'ha de prestar. L'autoritzat accepta la normativa que regula el sector en el qual s'integra, així com les seves possibles modificacions. Se situa en una posició de subjecció especial. La relació creada per l'autorització es condiona al manteniment de les circumstàncies i motius que van justificar el seu atorgament i, per això, l'administració porta a terme un estricte control, vigilància i inspecció sobre l'autoritzat. La situació de l'autoritzat no es defineix en l'acte autoritzatori sinó en la norma general que estableix l'anomenat «ordenament jurídic sectorial», que és el relatiu als anomenats serveis d'interès general. Aquests conceptes, el d'ordenament sectorial i el d'autorització reglamentada, es recolliran en el Reglament de serveis de les Corporacions Locals de 1955 i, més tard, en el Decret 179/1995, pel qual s'aprova el Reglament d'obres, activitats i serveis de la Generalitat de Catalunya, ROAS<sup>46</sup>.

---

<sup>46</sup> Vid. TORNOS MAS, J. (1997). Els preceptes del ROAS a tenir en consideració són els següents:

Article 103 *Ordenació sectorial*

L'exercici pels particulars d'activitats d'interès general està subjecte a l'ordenació del sector a què pertanyin, d'acord amb la legislació corresponent, i s'ha de sotmetre a les mesures de control, de policia i d'autorització que legalment corresponguin.

Article 104 *Contingut de l'ordenació*

L'ordenació de l'activitat privada per sectors la porta a terme l'ens local mitjançant una ordenança, en la qual s'han de regular, almenys, els aspectes següents:

a) Amb referència a l'activitat, les condicions tècniques de la base material d'aquesta, les modalitats de la prestació i les garanties per a l'interès públic.



Doncs bé, aquest tipus d'autorització s'atorga en aquells sectors d'activitat econòmica que es qualifiquen d'ordenaments sectorials, com és el cas dels transports. En aquest sentit, la sentència del Tribunal Suprem de 29 de setembre de 1988, RJ 7280, al tractar d'una revocació d'autorització del servei de taxi reconeix el valor de l'Ordenança municipal per donar cobertura a la decisió adoptada, amb el següent argument: hi ha «habilitació suficient per autoregular —dins el marc constitucional i legalment un servei municipal impropï com és el d'autotaxi, atès que encara que es tracti pel contingut d'una activitat quasi-privada, no deixa necessàriament d'estar reglamentada per raó de l'interès públic en tant que sotmesa a règim d'autorització, amb reglamentació de la prestació en la seva totalitat, quadre de tarifes, quadre d'infraaccions i sancions, que fins i tot cal entendre com a motius de revocació de llicència o autorització». De forma més precisa, la sentència del Tribunal Suprem de 8 d'octubre de 2001, RJ 2202-5862, afirma que «en efecte, l'ordenació del transport terrestre es configura com un ordenament sectorial, caracteritzat per un sistema normatiu propi relatiu a elements relacionats entre si i constitutius d'un sector econòmic identificable i individualitzable, integrat en bona mesura per activitats privades sobre les quals, però, els poders públics exerceixen potestats d'ordenació i supervisió, com passa amb l'anomenat servei impropï del taxi».

Aquesta autorització, per altra banda, està contingentada. Els ens locals poden limitar el nombre d'autoritzacions que es donen, en principi, per raons d'interès general, com són les de garantir una bona mobilitat dintre de la ciutat, protegir el medi ambient<sup>47</sup>, etc. Per contra, i d'acord amb els principis comunita-

---

b) En relació als usuaris, els drets i deures, les tarifes i els preus aplicables.

c) Pel que fa al subjecte autoritzat, la seva situació jurídica en relació amb l'administració, les sancions aplicables per les infraaccions en què pugui incórrer i els supòsits de revocació de l'autorització.

#### Article 105 *Efectes*

L'ens local que realitzi l'ordenació del sector no assumeix la titularitat de l'activitat que es presta i no és responsable dels danys causats a tercers per les persones autoritzades o dels que se'n deriven per la no-prestació de l'activitat.

#### Article 106 *Autorització reglamentada*

106.1 L'autorització s'ha d'atorgar d'acord amb el procediment que prevegi l'ordenança o el reglament que ordeni el sector i la legislació d'aquest que li sigui aplicable, i, si s'escau, per la normativa que regula la concessió de llicències.

106.2 La resolució s'ha de dictar en el termini de tres mesos a comptar de la petició, i la inactivitat de l'administració en aquest termini produeix efectes desestimadors de la sol·licitud.

106.3 Pot limitar-se el nombre d'autoritzacions quan així ho exigeixin motius d'interès general. En aquest supòsit, s'han d'atorgar per l'ordre de petició i, si s'escau, per sorteig quan tots els possibles autoritzats hagin de reunir les mateixes condicions i, en cas contrari, per licitació.

106.4 En cap cas l'autorització no crea una relació contractual amb l'administració.

#### Article 107 *Modificació de la reglamentació*

L'administració pot modificar unilateralment en qualsevol moment la reglamentació del sector, de conformitat amb la legislació aplicable, i exigir als autoritzats l'adequació de l'activitat a les condicions resultants de la nova ordenació.

<sup>47</sup> DOMÉNECH, G. (2017), pàg. 359, afegeix l'existència de «costes fijos hundidos» relativament elevats, el que justifica que sigui millor que circulin pocs taxis sempre ocupats que molts

ris relatius al règim de prestacions de serveis econòmics, Directiva 123/2006, i als principis de la Llei 17/2009, de 23 de novembre, i de la Llei de garantia d'unitat del mercat 20/2013, de 9 de desembre, (article 5)<sup>48</sup>, no es pot condicionar el nombre de llicències de taxi per raons econòmiques, com seria la de garantir la rentabilitat del servei que es presta<sup>49</sup>.

Finalment cal assenyalar que la llicència de taxi és transmissible, ja que ens trobem davant d'una llicència de caràcter real i no personal, és a dir, la llicència es dona en relació a un vehicle que s'utilitzarà per prestar el servei, no en funció de qui demana la llicència. Es pot dir que s'autoritza el taxi, no el taxista. Qüestió diversa són les condicions que es puguin exigir al conductor (examen d'aptitud i coneixements) que serà qui prestarà el servei, precisament en un taxi autoritzat. Per tant, al no ser una autorització *intuitu personae*, i per contra, tenir un contingut patrimonial que entra a formar part del patrimoni de l'autoritzat, aquesta autorització és, en principi, transmissible<sup>50</sup>.

En aquest sentit, s'ha dit que «otro tipo de licencias en las que el componente patrimonial, por sus expectativas de explotación, tiene una relevancia destacada, mientras que el dato personal resulta adjetivo, reemplazable si se quiere, resultan más propicias para la transmisión y el tráfico de las mismas, como así sucede de manera ordinaria en algunos sectores, como en el del taxi»<sup>51</sup>.

Aquesta possibilitat de transmissió de les llicències, que pot ser qüestionada, està de fet en l'origen de bona part dels problemes actuals que afecten al sector del taxi en relació a les VTC. A l'entrar en concurrència amb els titulars d'autoritzacions VTC es redueixen els ingressos dels taxistes, que han hagut d'adquirir una llicència al mercat privat d'aquests títols administratius per uns preus molt elevats (150.000 o 200.000 euros)<sup>52</sup>. Aquesta pèrdua d'ingressos és especialment

---

taxis sense ocupació, i també el fet de que d'aquesta forma la llicència augmenta de preu i el taxista complirà la normativa davant del perill de quedar-se sense llicència.

<sup>48</sup> Article 5. «1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.»

<sup>49</sup> Sobre la problemàtica jurídica que planteja, amb caràcter general, l'adjudicació per part de l'administració de drets limitats en el seu número, com és el cas de l'adjudicació de llicències de taxi, vid. ARROYO JIMÉNEZ-UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO (2015).

<sup>50</sup> Vid. TARRÉS, M. (2006), pàgs. 45-61 i BOTELLA CARRETERO, J. (2002), pàgs. 246-259.

<sup>51</sup> ESTEVE (2003), pàg. 755.

<sup>52</sup> Els taxistes assalariats, els que no són titulars de la llicència, no tenen aquest problema, però també els afecta la competència de les VTC's en la mesura en què també veuen reduïts els seus ingressos per l'activitat dels competidors.

greu pels taxistes que encara no hagin amortitzat la seva inversió en la compra de la llicència. El seu pla de negoci es veu alterat per la decisió administrativa d'autoritzar uns nous competidors en un mercat que, en el moment en què el taxista va comprar la llicència, era un mercat tancat. A més, el simple fet de que apareguin al mercat els competidors de VTC provoca que el preu de la llicència sigui menor, de forma que s'ha reduït el patrimoni del taxista, que tal vegada pensava vendre la seva llicència o esperava fer-ho quan es jubilàs. Aquesta alteració patrimonial de la situació del taxista explica el seu enfrontament amb les autoritzacions VTC, i la seva defensa del mercat de taxi en les condicions en les que ell va entrar. És cert que no es modifica el contingut de la seva llicència, però sí que es modifica el mercat en el que permet actuar aquesta llicència.

Com hem apuntat, a banda de qüestionar el fet d'haver permès la transmissió lliure de les llicències de taxi per les raons que acabem d'apuntar, creiem que també es pot qüestionar aquesta lliure transmissió per raons més generals o dogmàtiques. Al permetre la transmissió, amb l'argument de que no és una autorització *intuitu personae* i que, per tant, no importa qui farà ús de la mateixa, el que de fet es permet és «patrimonialitzar» un títol administratiu i, d'aquesta manera, fer negoci privat amb un títol que hauria de romandre en mans de l'administració. No té sentit que es permeti patrimonialitzar per un subjecte privat allò que ha rebut de l'administració i que hauria de romandre en mans de l'administració. D'aquesta forma el privat pot fer un gran negoci obtenint en un primer moment el títol administratiu amb un cost molt baix, la taxa per l'expedició de la llicència per, poc temps després, vendre al mercat privat un títol que ha patrimonialitzat sense cap cost afegit, i que l'increment del seu valor es deu a estar dintre d'un mercat tancat. Per tant, el que seria correcte és exigir que al finalitzar l'explotació de la llicència per la persona que la va adquirir, la llicència retornés a l'administració, per tal que mitjançant un concurs públic la tornés a adjudicar per un preu reduït. El problema és com imposar aquest criteri un cop les llicències de taxi s'han adquirit a preus de mercat.

## B. Autoritzacions VTC

Si tornem al concepte de l'activitat que realitza Uber cal recordar que estem davant d'una forma d'economia col·laborativa que té com a finalitat prestar el servei de transport de viatgers amb conductors professionals, per tant, té com a objecte una activitat econòmica regulada per la legislació de transports. Aquesta activitat de transport coincideix, en allò essencial, amb la que venien realitzant els taxistes mitjançant una autorització prèvia i d'acord amb una forta regulació intervencionista.

D'acord amb la configuració d'Uber com a servei de transports, la prestació d'aquest servei va quedar sotmesa a l'obligació d'obtenir una autorització prèvia, atorgada per l'òrgan administratiu competent (article 180,2 del ROTT i article 1 de l'Ordre FOM/36/2008). Aquesta autorització és per a cada vehicle amb el que

es pretén realitzar l'activitat, sense que es faci referència a l'autorització a favor del prestador del servei<sup>53</sup>.

Si en un primer moment es va intentar defensar que la plataforma Uber no precisava autorització de transport, pel fet de tractar-se d'un servei de la societat de la informació, un cop es va exigir aquesta autorització no hi va haver problema per demanar-la. El règim d'intervenció sobre les VTC no era molt exigent, i en conseqüència es varen començar a demanar les autoritzacions amb la perspectiva de guanyar ràpidament una notable quota de mercat dintre del servei de transport de viatgers amb conductor. L'únic problema inicial va ser l'intent de limitar el nombre d'autoritzacions, però la jurisprudència va establir que entre els anys 2009 i 2015 no existia norma que emparés la limitació del nombre d'autoritzacions VTC, raó per la qual finalment es van concedir totes aquelles llicències que s'havien demanat.

Entre l'any 2009 i l'any 2015, com exposarem amb detall més endavant, es va suprimir la possibilitat de limitar el nombre d'autoritzacions de VTC, de forma que es varen atorgar (directament o en virtut de sentència judicial) totes les autoritzacions que es varen demanar<sup>54</sup>, el que va suposar posar en el mercat del transport de viatgers amb conductor un nombre molt elevat d'autoritzacions VTC, el que, com també veurem més endavant, és la causa del conflicte actual entre Uber i el sector del taxi.

Les condicions per obtenir una autorització VTC eren disposar d'un mínim de 7 vehicles dedicats a l'activitat VTC, els quals havien de complir amb una sèrie de condicions i característiques d'equipament, potència i prestacions. Per altra banda, els serveis s'han de contractar amb caràcter previ a la prestació i, per tant, es prohibeix la circulació per la via pública dels VTC amb la finalitat de captar clients, així com estacionar a la via pública amb la mateixa finalitat. Els VTC han de ser utilitzats habitualment al territori de la Comunitat Autònoma on es trobi domiciliada l'autorització. Els preus dels serveis VTC són lliures, els conductors no estan obligats a horaris ni a acceptar a tots els usuaris que demandin els seus serveis. En definitiva, el servei que es pot prestar amb autorització VTC és molt

---

<sup>53</sup> Una bona descripció del marc normatiu aplicable a les VTC's a Catalunya el trobem a l'Informe de la ACCO 32/2017, de 21 de març de 2018, relatiu al Projecte de Reglament d'ordenació del transport urbà de viatgers amb conductor de vehicles fins a nou places que circulin íntegrament dins l'àmbit de l'Àrea Metropolitana.

<sup>54</sup> El Tribunal Suprem va considerar, sentències de 27 de gener de 2014, rec. Cassació 5892/2011 i 962/2012, que en virtut de les modificacions de la Llei 25/2009, de 22 de desembre, i la Llei 9/2013, de 14 de juliol, no existia emparament jurídic per aplicar les limitacions al nombre d'autoritzacions que permetia el ROTT. De fet, només es van admetre les limitacions quan el RD 1057/2015 va desenvolupar la Llei 9/2013, tal com va establir la sentència del Tribunal Suprem de 6 de novembre de 2017, rec. Cassació 3542/2015. A partir d'aquest moment es va imposar un règim de limitació a l'atorgament d'autoritzacions VTC, segons el criteri d'una llicència VTC per cada 30 de taxi.

semblant al del taxi, amb la diferència de que no poden captar el client al carrer, i amb la també important diferència de que l'activitat està molt menys reglamentada i, per tant, molt menys controlada.

### C. *Les diferències entre les dues autoritzacions*

La llicència de taxi neix vinculada a la concepció d'aquest servei com un servei d'interès general. Aquesta concepció del servei justifica en els seus orígens aquesta construcció del concepte jurídic d'«ordenamiento sectorial», que fa referència a un sector de l'activitat econòmica fortament intervingut, ja que es tracta de garantir amb la regulació administrativa les finalitats d'interès general pròpies de l'activitat que es desenvolupa (taxis, farmàcies, sector bancari,...), i que un règim de llibertat de prestació no assegura. Si bé, com hem dit, no estem davant de serveis públics en sentit estricte o subjectiu, ja que són activitats econòmiques privades, es creu que la regulació administrativa ha de garantir que aquestes prestacions assoliran els fins d'interès general propis del servei d'interès general, i que un règim de lliure mercat posaria en perill. En el cas dels taxis un preu raonable, un nombre de taxis també raonable que no col·lapsi les ciutats i que no alteri el medi ambient, i un servei que es presti a tots els usuaris que ho demanin. També s'argumenta que tancant el mercat amb autoritzacions contingentes s'evita una competència tan agressiva que perjudiqui la qualitat del servei<sup>55</sup>.

---

<sup>55</sup> La justificació de la intervenció reguladora per tal de garantir la finalitat d'interès general pròpia del servei del taxi la trobem defensada, per exemple, en la jurisprudència del Tribunal Constitucional Alemany. Així ho va destacar el Consell de Garanties Estatutàries en el seu Dictamen 2/2019, en els termes següents: «Des d'aquest punt de vista, hom pot dir que la mesura persegueix una finalitat legítima, que és mantenir una prestació equilibrada entre dos serveis de transport urbà mitjançant vehicles amb conductor; concretament, s'adreça a preservar el servei del taxi, que les administracions competents en la matèria i la jurisprudència del Tribunal Suprem, a què abans hem fet referència, com passa també en d'altres països del nostre entorn cultural, consideren d'interès general. En aquest sentit, per exemple, es pronuncia la Sentència de 13 de desembre de 2018, del Tribunal Suprem Federal alemany (Bundesgerichtshof), seguint la jurisprudència constitucional sobre el § 49 (4) de la Llei de transport de passatgers (Personenbeförderungsgesetzes), que obliga els vehicles de lloguer amb conductor, després d'haver complert un servei, a tornar a la base sense demora. I això perquè interpreta, precisament, que la mesura es justifica per protegir el transport dels taxis que, a diferència de les empreses VTC, està sotmès a l'aplicació de tarifes fixes i a la contractació obligatòria. Sobre aquesta norma, com dèiem, ja s'havia pronunciat el Tribunal Constitucional Federal alemany (Bundesverfassungsgericht) en la Sentència de 14 de novembre de 1989 (BVerfGE 81, 70), afirmant-ne la seva constitucionalitat. Argumentava que si la prohibició de facilitar o posar a disposició dels viatgers vehicles VTC en vies públiques de forma semblant a com ho fan els taxis persegueix un interès públic particularment important, s'ha de pressuposar aleshores que l'obligació de tornar a la base garanteix el compliment efectiu d'aquella prohibició i, per tant, que resta emparada per les mateixes consideracions d'interès públic (la prohibició de captar clients a la via pública). És a dir, considera que la delimitació legal de la prestació del servei de VTC i el servei de taxis serveix per protegir l'existència i el bon funcionament d'aquest darrer, atès l'interès general que representa, ja que hi ha una necessitat legítima de proporcionar als ciutadans un mitjà de transport que atengui les necessitats individuals amb una tarifa fixa».

Aquestes són les raons d'interès general que expliquen la forta regulació del sector del taxi. A canvi d'aquesta forta regulació el taxista té garantit un mercat tancat en el que actua en règim de monopoli. Competirà amb altres taxistes, però no amb altres conductors. El taxista s'acostuma a relacionar amb l'administració que ordena la seva activitat, a la que fa present el seu poder com a prestador únic del servei i, sens perjudici de tensions ocasionals, es pot afirmar que administració i taxistes es troben còmodes amb aquesta situació.

La llicència de VTC respon a principis totalment diferents. Tracta de donar resposta a l'aparició d'una nova forma de prestar el servei de transport de viatgers amb conductor que es basa en els principis de l'economia col·laborativa, que permet l'accés al mateix servei de forma ràpida, amb preus en principi més barats i que es fonamenta en la confiança mútua entre usuari i prestador del servei. Ja no es parla de servei d'interès general, sinó de llibertat d'empresa, de lliure prestació de serveis, de concurrència, d'eficiència. El mercat haurà de demostrar si hi ha demanda del servei, i les empreses o conductors que vulguin entrar en aquest mercat hauran de guanyar-se la seva quota de mercat, o bé desapareixeran. El que prima no és la defensa d'un servei, d'unes prestacions, sinó la defensa del mercat i de la concurrència. Per tant, la intervenció administrativa ha de ser mínima, justificada en «raons imperioses d'interès general», i en tot cas proporcionada a aquestes raons d'interès general.

Les Autoritats de la Competència són les defensores d'una regulació mínima, fins i tot sense necessitat d'autorització prèvia, oposant-se en tot cas a la seva contingència, i en el seu cas amb unes mínimes condicions per a l'exercici d'aquesta activitat. Defensen la liberalització del sector de transports de viatgers amb conductor, amb un sistema d'intervenció reduït tant per taxistes com per a VTC, conductors que haurien d'actuar en règim de concurrència lliure i en igualtat de condicions. Aquestes Autoritats s'oposen també frontalment a una intervenció administrativa que tingui com a finalitat, manifestada o encoberta, protegir a un sector econòmic, el del taxi, mitjançant la imposició de mesures limitatives a l'activitat de les VTC, unes mesures que no creuen justificades per raons d'interès general sinó per la defensa d'un sector econòmic, el dels taxistes, en front d'un sector que creuen més dinàmic i innovador, com és el de les plataformes digitals i que pot beneficiar als usuaris.

## VI. LES ADMINISTRACIONS DECIDEIXEN INTERVENIR EN EL CONFLICTE UBER VERSUS TAXI. UNA INTERVENCIÓ DESBOCADA A FAVOR DEL TAXI

### A. *Les raons del conflicte*

En l'apartat anterior hem analitzat els dos règims autoritzatoris per al servei del taxi i per Uber. Cal veure ara les raons del conflicte entre aquestes dues activitats i la resposta de les administracions.

El conflicte Uber versus taxi no té la seva raó de ser en la tecnologia que utilitza Uber. Aquesta tecnologia també la pot utilitzar el sector del taxi, i així s'ha fet amb plataformes com MyTaxi (Barcelona, Madrid, Sevilla i València), o Pidetaxi, que depèn de la Asociación de Radio Taxi de España<sup>56</sup>. El conflicte neix per l'aparició d'un nou competidor en un mercat regulat, el del taxi, que utilitzant una plataforma anomenada Uber, o altres plataformes semblants, presta el mateix servei sense estar sotmès a la mateixa regulació del sector del taxi. En aquest moment el sector regulat qüestiona la legalitat de l'actuació del nou competidor.

Com ja hem exposat, el primer debat jurídic sobre l'activitat de la plataforma Uber va concloure amb la qualificació d'aquesta activitat com a activitat de transport sotmesa, per tant, a la necessitat de comptar amb una prèvia autorització. Els taxistes, hem dit, van guanyar una primera batalla. Però el cert és que l'activitat que es presta amb una autorització VTC és molt similar a la que duen a terme els taxis, si bé existeixen algunes diferències significatives. Els VTC han de formalitzar un contracte previ per l'ús del vehicle i només poden circular si estan prestant un servei. No poden romandre estacionats a la via pública en espera de clients, i no estan subjectes a tarifa o preu intervingut per l'administració.

En principi, la competència dels VTC amb els taxis només es donaria en el tercer segment de l'activitat dels taxis, aquella que es duu a terme mitjançant una prèvia concertació del servei per mitjà telefònic o telemàtic. Però la realitat és que la competència és molt dura si els VTC poden acudir de forma immediata un cop són connectats via telemàtica, i aquesta és la finalitat que tracten de perseguir els VTC, prestar un servei immediat gràcies a poder disposar d'una àmplia flota de vehicles.

Per aquesta raó, la irrupció d'Uber en el món regulat dels taxis ha suposat un canvi «disruptiu», una modificació brusca del sector regulat del taxi, a l'aparèixer uns competidors que amb condicions diferents presten, de fet, el mateix servei. La victòria dels taxistes en la primera batalla per exigir que les plataformes com Uber fossin considerades prestadores de serveis de transports, i s'exigís una autorització, no ha solucionat els problemes reals dels taxistes. La realitat és que mentre els taxistes actuen en un règim regulat de llicències contingentes, les autoritzacions de VTC podien no tenir límit. I en aquest punt es va obrir una nova batalla en la que els taxistes tractaren de limitar el nombre de llicències VTC i d'imposar unes condicions més restrictives per a la seva activitat de transport de viatgers respecte a les que són pròpies del sector del taxi. Aquesta batalla ha donat lloc a una legislació «desbocada» i erràtica, en resposta a les pressions del sector del taxi, i a una jurisprudència que ha tractat de posar ordre en un sector molt conflictiu. Com veurem, el problema encara subsisteix, i s'obre ara un nou front de litigis judicials que hauran de resoldre si l'actuació del legislador estatal

---

<sup>56</sup> Vid. al respecte CARBONELL PORRAS, E. (2019), pàg. 452.



i autonòmic, i les ordenances locals, són o no conformes amb els principis constitucionals de llibertat d'empresa i amb el dret de la competència. En aquesta batalla es fa evident el que plantejàvem a l'inici d'aquest treball. És a dir, com les noves tecnologies incideixen de forma directa sobre el dret que abans regulava un sector de l'activitat econòmica sense tenir en compte les noves possibilitats que ofereix una determinada aplicació electrònica i un telèfon intel·ligent. I com el dret es troba en la situació d'haver de ponderar entre els interessos d'un sector regulat i els interessos generals per tal d'obrir aquest mercat a noves formes de prestació del mateix servei.

## B. *El marc normatiu inicial i la seva interpretació jurisprudencial*

El punt de partida de la normativa reguladora de les VTC el podem situar en la Llei d'ordenació dels transports terrestres de 1987, la Llei 16/1987, de 30 de juliol, d'Ordenació dels Transports Terrestres, que possibilitava l'establir mesures limitatives per a l'accés al mercat del transport<sup>57</sup>. El Reglament de la llei de transports, Reial Decret 1211/1990, de 28 de setembre, ROTT, va precisar els supòsits en els que es podia considerar que existia una manifesta desproporció entre el

---

<sup>57</sup> Artículo 49.

1. Como regla general, la oferta de transporte se regirá por el sistema de libre concurrencia. Esto, no obstante el sistema de acceso al mercado del transporte y de las actividades auxiliares y complementarias del mismo, podrá ser restringido o condicionado por la Administración, en las formas previstas en esta Ley, en los siguientes supuestos:

a) Cuando existan desajustes entre la oferta y la demanda que impliquen unas condiciones del mercado tales que no quede asegurada la correcta prestación de las actividades o servicios.

b) Cuando en una situación de mercado equilibrado el aumento de la oferta sea susceptible de producir los desajustes y disfunciones expresados en el apartado a) anterior.

c) Cuando el adecuado funcionamiento del sistema de transporte exija un dimensionamiento idóneo de la capacidad de las empresas.

d) Cuando existan razones de política económica general ligadas a la mejor utilización de los recursos disponibles.

e) Cuando el funcionamiento del sistema de transportes en su conjunto pueda ser perjudicado.

2. Únicamente podrán permitirse actuaciones de exclusividad en el mercado de transportes de viajeros, cuando se trate de servicios cuya naturaleza o características determinen que su establecimiento o continuidad exijan, para asegurar una adecuada satisfacción de las necesidades de la comunidad, la exclusión del régimen de concurrencia.

Principio del formulario

Artículo 50.

1. Las medidas limitativas a que hace referencia el artículo 49 podrán ser adoptadas bien en forma general, o bien parcialmente en relación con determinados tipos de servicios o actividades, pudiendo, asimismo, circunscribirse a áreas geográficas concretas.

2. Las referidas medidas limitativas podrán establecerse bajo alguna o algunas de las siguientes modalidades:

a) Otorgamiento de los títulos con imposición de determinadas condiciones, obligaciones modales o restricciones de circulación.

b) Fijación de cupos o contingentes máximos de las distintas clases de títulos habilitantes a expedir en los períodos de tiempo que se señalen.



nombre de taxis i VTC<sup>58</sup>, i l'Ordre FOM/36/2008, de 9 de gener, que desenvolupava el Reglament va establir la delimitació de la desproporció en la regla d'una llicència de VTC per cada trenta de taxi<sup>59</sup>.

Així les coses, es va aprovar la Llei 25/2009, de 22 de desembre, de modificació de diverses lleis per a la seva adaptació a la llei sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici, llei coneguda com a llei òmnibus i de clar contingut liberalitzador. La llei va eliminar la possibilitat d'establir limitacions a l'atorgament d'autoritzacions de VTC amb la derogació expressa dels articles 49 i 50 de la llei de 1987, on, com hem vist, es va establir l'habilitació legal per limitar el nombre d'autoritzacions. La posterior modificació del ROTT, pel Decret 919/2010, no va incidir en aquesta qüestió.

En tot cas, sembla que sense cobertura legal ja no es podrien denegar les autoritzacions de VTC, malgrat que el ROTT no es va modificar en aquest punt, i tampoc l'Ordre FOM /36/2008. Però el cert és que es van continuar denegant les autoritzacions aplicant el ROTT i l'Ordre de 2008, amb l'argument de que aquestes normes no havien estat derogades. A més, la Direcció General de Transporte Terrestre va dictar una «Resolución de Coordinación» n.º 1/2010, el 2 de febrer de 2010, en la que de forma bastant sorprenent arribava a la conclusió de

---

<sup>58</sup> Article 181.2:

«El correspondiente Ayuntamiento podrá valorar las circunstancias externas concurrentes a la hora de emitir su informe sobre la procedencia del otorgamiento de las autorizaciones solicitadas, debiendo tenerse en cuenta la distinta naturaleza y el carácter diferenciado del arrendamiento con conductor y de los servicios de transporte en vehículos de turismo.

Cuando el correspondiente Ayuntamiento haya emitido su informe favorable y se cumplan los requisitos a que se refiere el punto anterior, el órgano competente sobre el transporte interurbano otorgará la autorización solicitada, pudiendo únicamente denegarla si existe una desproporción manifiesta entre el número de autorizaciones de esta clase otorgadas en la zona en que esté situado el municipio de que se trate y los potenciales usuarios del mismo en dicha zona, o se incumple alguno de los requisitos exigibles».

<sup>59</sup> Article 14.1:

«El órgano competente podrá denegar la autorización solicitada si existe una desproporción manifiesta entre el número de autorizaciones de esta clase otorgadas en la zona en que esté situado el municipio y los potenciales usuarios del servicio.

En todo caso, se entenderá que es manifiesta la referida desproporción y que, en consecuencia, procede denegar la autorización, cuando la relación entre el número de autorizaciones de esta clase domiciliadas en la comunidad autónoma de que se trate y el de autorizaciones de transporte discrecional interurbano de viajeros en vehículos de turismo domiciliadas en la misma sea superior a una de aquéllas por cada treinta de éstas.

No obstante, aún no concurriendo la circunstancia prevista en el párrafo anterior, cuando el órgano competente para el otorgamiento de las autorizaciones entienda que existen desajustes entre la oferta y la demanda de los servicios de arrendamiento de vehículos con conductor en una determinada zona, el órgano competente de la comunidad autónoma podrá elaborar y aprobar un plan o programación de transporte en el que se establezcan limitaciones al otorgamiento de autorizaciones o criterios relativos a la prestación de la actividad, así como de su distribución territorial. Cuando exista dicho plan o programación, la decisión administrativa sobre el otorgamiento de las autorizaciones que hayan de domiciliarse en el territorio afectado tendrá carácter reglado, pudiendo revestir carácter negativo, únicamente, cuando se incumpla alguno de los requisitos previstos en el artículo 5 o cuando así deba resultar de los criterios previstos en el plan».

que «la derogación de los artículos 49 y 50 de la LOTT en nada afecta a las reglas señaladas en la Orden FOM/36/2008».

Aquestes denegacions, fonamentades de forma molt discutible en la supervivència de normes restrictives reglamentàries quan la llei que els hi donava cobertura ha estat derogada, van donar lloc a multitud de recursos sobre els que tornarem de seguida, i les resolucions dels quals estan en la base del conflicte actual i en la dificultat de donar resposta al problema creat pel canvi de criteri del legislador.

Si reprenem el fil normatiu ens trobem amb què la Llei 9/2013 va tornar a modificar la LOTT i va permetre de nou que reglamentàriament s'imposessin límits quantitativs a l'atorgament d'autoritzacions de VTC<sup>60</sup>. El RD 1057/2015, de 20 de novembre, i l'Ordre FOM/2799/2015, de 18 de desembre, van tornar a justificar els supòsits en els que es podien denegar les autoritzacions de VTC<sup>61</sup>.

Però mentrestant els processos judicials contra les denegacions de les autoritzacions van seguir el seu camí, i l'any 2014 el Tribunal Suprem va començar a dictar sentències en les que estimava els recursos cassacionals contra sentències dels TSJ i declarava que els actes denegatoris d'autoritzacions de VTC eren contraris a dret.

Així, entre d'altres, la sentència de 27 de gener de 2014, rec. Cassació 5892/2011, va establir que «ninguna norma de rang legal permetia a partir de la

---

<sup>60</sup> Nova redacció de l'article 48 de la LOTT: «1. El otorgamiento de las autorizaciones de transporte público tendrá carácter reglado por lo que sólo podrá denegarse cuando no se cumplan los requisitos exigidos para ello.

2. No obstante, y de conformidad con las normas comunitarias y demás disposiciones que, en su caso, resulten de aplicación, cuando la oferta de transporte público de viajeros en vehículos de turismo se encuentre sujeta a limitaciones cuantitativas en el ámbito autonómico o local, podrán establecerse limitaciones reglamentarias al otorgamiento tanto de nuevas autorizaciones habilitantes para la realización de transporte interurbano en esa clase de vehículos como de las que habilitan para el arrendamiento de vehículos con conductor». BOTELLA CARRETERO, J. (2014), pàg. 441, comenta el procés d'elaboració d'aquesta llei en els termes següents: «el Senador Santamaría Herranz (ds Senado 179, 12 de junio de 2013) manifestó que la Ministra de Fomento mantuvo una reunión con el sector del taxi y asumió aquellas peticiones que el sector le presentó. Por consiguiente el sector del taxi no puede quejarse de lo que va en el proyecto de modificación de la ley porque son las peticiones que ellos realizaron en el Ministerio de Fomento».

<sup>61</sup> S'ha de tenir també en compte que poc temps després de la Llei 9/2013 es va publicar la Llei 20/2013, de 8 de desembre, de garantia de la unitat del mercat. En aquesta llei el legislador estatal es refereix expressament en el seu preàmbul als serveis de taxi i de lloguer de vehicles amb conductor com aquells que, per la seva naturalesa (ús del domini públic o risc que no es prestin adequadament), admeten una limitació del nombre d'operadors econòmics, de manera que en ambdós serveis concorren els principis de necessitat i proporcionalitat que justifiquen l'exigència d'una autorització prèvia per poder-los exercir (art. 17.1.c LGUM), i que aquesta autorització pugui estar contingentada. Però també s'ha de tenir en compte que el seu article 5 disposa que qualsevol límit o requisit que s'estableixi per a l'exercici d'una activitat econòmica ha de ser proporcionat a la raó imperiosa d'interès general que s'invoqui i ha de ser de tal forma que no hi hagi un altre mitjà menys restrictiu o distorsionador per a l'activitat econòmica. És a dir, es pot exigir una autorització i aquesta pot ser contingentada, però la limitació del nombre d'autoritzacions i els límits que es puguin imposar a l'exercici de l'activitat autoritzada hauran de ser justificats i proporcionats.

entrada en vigor de la Ley 25/2009 que el número de autorizaciones para prestar el servicio de alquiler de vehículos con conductor pudiera condicionarse cuantitativamente en los términos del artículo 181,2 del ROTT o artículo 14 de la Orden FOM/36/2008». I conclou dient que «la redacción de la nueva Ley 9/2013 de 4 de julio ha dado al artículo 48 de la Ley 16/1987 legítima, por lo tanto, a partir de su entrada en vigor y con las reservas que se desprenden de su contenido, las limitaciones a las que la Ley 25/2009 privó de cobertura normativa»<sup>62</sup>.

En el mateix sentit la sentència de 13 de febrer de 2015, rec. Cassació 2076/2014, que en recurs per unificació de doctrina va afirmar que al suprimir-se l'article 49 de la LOTT restaven sense efecte els supòsits de restriccions i condicionaments per l'accés al mercat del transport i va reconèixer el dret a obtenir les autoritzacions sol·licitades entre 2009 i 2013.

D'acord amb aquesta línia jurisprudencial les limitacions a les autoritzacions de VTC només són possibles si existeix cobertura legal expressa, i aquesta va desaparèixer el 2009 per retornar el 2013 amb la Llei 9/2013.

Però una jurisprudència posterior va precisar el moment en el qual es podia fer efectiva la limitació de les autoritzacions. No bastava amb la Llei 9/2013, ja que era necessari esperar al seu desenvolupament normatiu per Reial Decret. Així, les sentències de 13 de novembre de 2017, rec. cassació 3542/2015 i 21 de maig de 2018, rec. Cassació 602/2017. En aquesta última es diu el següent:

*«Pero en las citadas sentencias queda sin dilucidar qué sucede con las solicitudes de autorización presentadas cuando ya había entrado en vigor la nueva redacción del artículo 48 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres dada por Ley 9/2013, de 4 de julio, y antes de que se produzca su desarrollo reglamentario, que finalmente vendría dado por Real Decreto 1057/2015, de 21 de noviembre. Y este es precisamente el caso que nos ocupa, pues, recordémoslo, la solicitud que examinamos se presentó el 23 de octubre de 2015. Pues bien, esta cuestión ha sido ya examinada por esta Sala del Tribunal Supremo en un segundo bloque de resoluciones que se inicia con nuestra sentencia de 6 de noviembre de 2017 (recurso de casación 3542/2015) cuya doctrina hemos reiterado luego en sentencias de 13 de noviembre de 2017 (casación 3100/2015), 14 de noviembre de 2017 (casación 3923/2015), 4 de diciembre de 2017 (casación 2180/2015), 18 de diciembre de 2017 (dos sentencias de esa fecha dictadas en los recursos de casación 170/2016 y 885/2016), 25 de enero de 2016 (casación 117/2017) y 29 de enero de 2018 (casación 3920/2015) entre otras. A continuación no haremos sino*

---

<sup>62</sup> Sentències amb idèntic contingut, són les de 27 de gener de 2014 (dues sentències amb aquella data dictada als recursos de cassació 5892/2011 i 962/2012), 29 de gener de 2014 (quatre sentències amb aquella data dictades als recursos de cassació 527/2013, 105/2012, 384/2012 i 2169/2012) i 30 de gener de 2014 (dues sentències dictades als recursos de cassació 4163/2012 i 110/2012).

*reiterar lo razonado en dichas sentencias».* I d'acord amb aquesta doctrina jurisprudencial conclou que «*Así las cosas, no cabe aceptar que los artículos 181.2 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres aprobados por Real Decreto 1211/1990 y 14.1 de la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, hayan renacido y vuelvan a ser de aplicación a raíz de la nueva redacción dada el artículo 48.2 LOTT, redactado por Ley 9/2013, de 4 de julio, pues las limitaciones y restricciones establecidas en tales preceptos reglamentarios no se ajustan a las pautas y criterios establecidos en las normas de rango legal a las que acabamos de referirnos, lo que, por lo demás, no debe extrañar habida cuenta que tanto el Real Decreto 1211/1990 como la Orden FOM/36/2008 son anteriores en el tiempo a las normas legales que deben ser tomadas en consideración para llevar a cabo el desarrollo reglamentario previsto en el artículo 48.2 LOTT redactado por Ley 9/2013. El desarrollo reglamentario previsto en el artículo 48.2 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres redactado por Ley 9/2013 se produjo finalmente, como sabemos, por Real Decreto 1057/2015, de 21 de noviembre. Pero no procede que entremos a examinar aquí el contenido de sus disposiciones ni su acomodo a las normas legales antes señaladas, pues es claro que el citado Reglamento no es aplicable racione temporis al caso que nos ocupa».*

És a dir, la possibilitat de no donar autoritzacions per a l'activitat VTC només va ser possible a partir de l'entrada en vigor del RD 1057/2015, fet que comportava que des de 2009 fins al 2015 s'obris una «finestra d'oportunitat» per les autoritzacions de VTC, que va ser aprofitada i després reconeguda pels Tribunals. Entre 2013 i 2018, en execució de les sentències guanyades, es van atorgar moltes llicències de VTC. Això va suposar que l'any 2018, quan de nou es podia limitar el nombre de llicències de VTC d'acord amb la ratio d'una llicència VTC per cada trenta de taxi, aquesta proporció no es complia a la totalitat de les Comunitats Autònomes. La mitjana a tot l'Estat espanyol era, el 6 de novembre de 2018, de tretze llicències de taxi per cada llicència de VTC, però a Catalunya era de sis llicències de taxi per cada llicència de VTC i a Madrid dues de taxi per cada llicència de VTC. A Catalunya el 2001, la relació era de trenta-cinc llicències de taxi per cada una de VTC<sup>63</sup>.

Aquesta situació és la que fa saltar totes les alarmes al sector del taxi, al veure que les limitacions normatives al nombre de llicències de VTC no havia aturat el seu creixement, i que per via judicial el nombre de llicències VTC havia crescut de forma molt notable. La ratio 1/30 estava superada i, per tant, ja no bastava amb exigir llicència i limitar el seu nombre. S'havia d'actuar sobre les condicions

---

<sup>63</sup> Aquestes dades les prenem del Informe de la «Autoritat Vasca de la Competència», expedient LEA/AVC n.º 311-RPOM-2018. Informe sobre la regulació de l'arrendament de vehicles amb conductor (VTC) a la Comunitat d'Euskadi, després de l'entrada en vigor del Reial Decret llei 13/2018 des d'una òptica de competència.

de les llicències, s'havia de limitar l'activitat de les VTC i posar límits a la seva actuació en concurrència amb el sector del taxi.

Però abans d'analitzar la normativa aprovada per tal de tractar de satisfer les reivindicacions del sector del taxi, que no acceptava l'existència d'un nombre d'autoritzacions de VTC que superava, de fet, la ratio 1/30, cal fer especial referència a la sentència del Tribunal Suprem de 4 de juny de 2018, rec. ordinari 438/2017, en la qual es va examinar la validesa del RD 1057/2015, que va tornar a possibilitar denegar les sol·licitud d'autoritzacions de VTC i va establir algunes condicions pel seu exercici. La sentència conté una sèrie de pronunciaments d'interès general pel que fa a les potestats de regulació de l'administració en el sector del transport de viatgers amb conductor<sup>64</sup>. Calia examinar si les limitacions regulades per exercir l'activitat autoritzada a les VTC, ara pel RD 1057/2015, respectaven el marc legal de la llei de 2013 i els principis comunitaris i de la legislació espanyola pel que fa al lliure exercici de les activitats econòmiques<sup>65</sup>. Al analitzar aquesta qüestió la sentència conté un pronunciament d'indubtable interès en relació a la problemàtica general de l'abast del poder de regulació sobre aquest sector concret de l'activitat econòmica.

El Tribunal, al fonament jurídic sisè, realitza les següents consideracions. Si per les Autoritats de la Competència l'interès públic en la matèria estaria «*indefectiblemente ligado a la plena desregulación de ambas modalidades del servicio de transporte urbano (taxi y VTC) para que compitan entre si y que excluye cualquier tipo de control regulatorio destinado a asegurar el equilibrio entre ambos*», el Tribunal Suprem manté una tesi contrària. Pel Tribunal el servei del taxi és un servei d'interès públic respecte del qual les administracions han de garantir uns determinats nivells de qualitat, seguretat i accessibilitat. El manteniment d'aquest servei és un objectiu legítim dels poders públics, i el seu assegurament és una raó imperiosa d'interès general que justifica l'existència de mesures regulatòries respecte a «*servicios análogos —VTC— en el mismo segmento del mercado, a pesar de que tales medidas afecten a la competencia y a la libertad de establecimiento, siempre que las concretas medidas adoptadas sean necesarias y proporcionadas... y siendo así que el servicio de taxis y el de VTC constituyen dos formas de transporte urbano que hoy en día compiten directamente en el mismo mercado y que prestan un servicio semejante, el objetivo de mantener un equilibrio entre las dos modalidades de transporte urbano aparece como una forma de garantizar el mantenimiento del servicio de taxis como un servicio de interés general y, por tanto, amparado en*

---

<sup>64</sup> Al seu fonament jurídic cinquè la sentència conté una exposició detallada de la normativa en matèria de transports terrestres i de la jurisprudència dictada en relació a la mateixa.

<sup>65</sup> La sentència, al seu fonament jurídic quart afirma que per tal de determinar la validesa o no de les limitacions a l'exercici de l'activitat de transports terrestres s'ha de tenir en compte la LOTT, reformada per la Llei 9/2013, però també la llei de garantia de la unitat de mercat, Llei 20/2013, i els principis comunitaris sobre la lliure prestació de serveis.

*la razón imperiosa de interés general de asegurar el modelo de transporte urbano antes señalado». A partir d'aquest clar posicionament a favor de la regulació del sector i de la possibilitat de limitar les actuacions de les VTC, s'entra a analitzar si les mesures regulatòries establertes al Reial Decret impugnat són o no conformes a dret, atenent als principis continguts a les Lleis 17/2009, 20/2013 i normativa comunitària.*

Pel que fa a l'exigència d'una autorització a les VTC i l'establiment d'una ratio 1/30, respecte de les autoritzacions dels taxis, el Tribunal conclou que la mesura és proporcionada a la finalitat perseguida de mantenir una relació equilibrada entre taxis i VTC. L'argument, creiem que no massa fonamentat, és el següent: *«si tomamos en consideración las circunstancias descritas, esto es, que ninguna de las partes demandadas aporta criterios útiles para poder determinar una proporción ideal entre ambos tipos de transporte urbano, que tampoco los recurrentes desvirtúan que dicha proporción máxima pueda servir para mantener el objetivo de una relación equilibrada entre ambas modalidades de transporte y, finalmente, que se trata de un límite máximo que puede ser adaptado a las concretas circunstancias municipales por las comunidades autónomas o los ayuntamientos competentes, hemos de concluir que no se acredita la disconformidad a derecho de dicha proporción».*

En relació a l'existència de la restricció territorial 80/20 per les VTC (que els serveis es desenvolupin majoritàriament en l'àmbit territorial de la comunitat autònoma on està domiciliada l'autorització) el Tribunal la justifica per la finalitat d'evitar que la utilització d'autoritzacions de VTC en localitats d'altres Comunitats Autònomes trenqui l'equilibri d'autoritzacions 1/30 allà on hi ha una major demanda de serveis. L'argument del Tribunal, de nou, és bastant genèric: *«tiene razón la CNMC en su demanda respecto a la falta de justificación de la exacta proporción 80/20 más allá de la histórica, aunque tampoco ofrece razones por las cuales dicha proporción deba considerarse inadecuada. Si se acepta que el objetivo es que las autorizaciones sean utilizadas de forma habitual en la comunidad autónoma de origen, no hay razones para considerar excesiva o abusiva la proporción por la que ha optado el reglamento impugnado».* Com es pot veure, tant en el cas anterior com en aquest, el Tribunal no exigeix a l'administració una motivació fonamentada de la decisió que adopta, limitant-se a dir que la decisió administrativa no ha estat suficientment desvirtuada pels recurrents. La deferència envers l'administració és, certament, molt àmplia.

També es desestima la impugnació de l'exigència d'uns requisits materials pels vehicles de les VTC, amb l'argument, en aquest cas, de que són requisits semblants als que s'exigeixen als taxis. Finalment, el Tribunal sí estima la impugnació de l'exigència d'una flota mínima de vehicles per ser titular de llicència de VTC per manca de cobertura legal d'aquesta exigència i manca de justificació per raons d'interès general. Així, es diu que *«se concluye que la exigencia de una*



*flota mínima de siete vehículos constituye una limitación a la actividad de VTC que excluye a pequeños empresarios del ejercicio de la misma y que carece, sin embargo, de una razón de interés general o de necesidad que la justifique. Resulta por tanto contraria a derecho y ha de ser anulada».*

El Tribunal Suprem, doncs, ha validat la regulació de les VTC exigint una autorització, limitant el número d'autoritzacions i imposant una sèrie de condicions per a la prestació del servei.

### C. *La intervenció de les administracions*

Recuperem ara el discurs anterior, en el moment en que veïem com en virtut de la jurisprudència del Tribunal Suprem s'havien concedit multitud d'autoritzacions sol·licitades en el període entre 2009 i 2015. El buit normatiu de la prohibició entre 2009 i 2015 va permetre accedir a un elevat nombre de llicències en virtut de la jurisprudència del Tribunal Suprem. La situació es modifica en virtut del Reial Decret 1057/2015 que, desenvolupant la Llei 9/2013, va legitimar de nou el fet de poder tornar a denegar llicències de VTC. I com acabem de veure, aquest Reial Decret ha estat declarat conforme a dret llevat d'un precepte no rellevant.

La situació, doncs, l'any 2015, estava dominada per una regla legal que imposava la relació 1/30 entre llicències de taxi i de VTC, i per una realitat que no complia amb aquesta regla. El sector del taxi constata que les seves primeres victòries, exigir llicència a Uber i limitar el seu nombre de llicències respecte a les del taxi, havia quedat sense contingut. Les pressions dels taxistes tornen a aparèixer amb força. En aquesta situació l'administració estatal i les autonòmiques no varen dubtar en fer ús del Decret Llei per tractar de donar satisfacció a les reivindicacions del sector del taxi, que manifesta la seva força amb les vagues del servei i el col·lapse de les ciutats<sup>66</sup>.

#### C.1. *El Decret Llei 5/2017*

El Govern de Catalunya no va trigar a reaccionar i el primer d'agost de 2017 va publicar el Decret Llei 5/2017 de mesures urgents per a l'ordenació dels serveis de transport de viatgers en vehicles fins a nou places. L'exposició de motius explica amb claredat les raons d'aquesta necessària intervenció regulatòria: *«El transport de viatgers que es desenvolupa íntegrament pel territori de Catalunya mitjançant vehicles de fins a nou places ha estat regulat mitjançant la Llei 12/1987, de 28 de maig, de regulació del transport de viatgers per carretera mitjançant vehicles de motor i, especialment, per la Llei 19/2003, de 4 de juliol, del taxi.*

---

<sup>66</sup> Vid. sobre aquest procés d'intervenció administrativa CARBONELL PORRAS, E. (2019), pàgs. 445-452.

*Aquestes normes, dictades en exercici de la competència exclusiva atribuïda a la Generalitat de Catalunya per l'Estatut en el seu article 169, centren el seu àmbit de regulació, quant al transport de viatgers en vehicles fins a nou places, en la modalitat del servei de taxi.*

*Una altra modalitat de transport de viatgers amb aquesta tipologia de vehicles, el lloguer de vehicles amb conductor, no té fins ara una regulació específica en l'àmbit de Catalunya.*

*L'evolució d'ambdues activitats els darrers temps, derivada molt especialment de les modificacions legislatives impulsades des de l'Administració General de l'Estat, ha portat a una situació que, a data d'avui, requereix de l'adopció urgent de mesures per part del Govern, amb la finalitat d'incidir en l'ordenació d'aquests serveis de transport de viatgers, de forma que restin garantits, especialment els drets dels usuaris però també un correcte desenvolupament de la mobilitat amb aquests tipus de vehicles, i, en general, la seguretat jurídica de l'entorn en el qual es presten els serveis.*

*El servei de taxi i el de lloguer de vehicles amb conductor estan definits i configurats legalment per atendre diferents demandes de transport de viatgers tot i que, com és notori, poden tenir punts de contacte i confluïr, de vegades, en mercats de característiques anàlogues.*

*En un cas, el del servei de taxi, adreçat a un ampli univers d'usuaris, es troba regulat de forma intensa per les administracions públiques de forma que el seu nivell d'oferta, determinades condicions de prestació del servei, de la jornada de conducció, de la formació que han d'acreditar els conductors, o el règim tarifari aplicable estan regulats de forma exhaustiva.*

*D'aquesta manera el taxi es configura com un element més de la mobilitat, especialment en entorns urbans i metropolitans, en els quals conviu amb els mitjans de transport públic col·lectiu i els complementa.*

*En l'altre cas, el del lloguer de vehicles amb conductor, la regulació no presenta el mateix grau d'intensitat que el que s'ha exposat respecte al servei de taxi, però sí que es configura des del punt de vista normatiu de manera que determinats aspectes, i fonamentalment els vinculats al nivell d'oferta i al règim de contractació dels serveis, garanteixin la no interferència, en termes d'ordenació de la mobilitat, amb altres modes de transport de viatgers, i, lògicament, amb el del taxi».*

Cal dir que el Decret Llei 5/2017 no va incidir en els temes més delicats, com eren el nombre d'autoritzacions i les condicions de les llicències de VTC. El Decret Llei es va limitar a regular la transmissió de llicències VTC, el registre electrònic de comunicacions dels serveis de lloguer de vehicles amb conductor, la identificació dels vehicles que presten el servei de transport de viatgers a l'empara d'autoritzacions VTC i unes petites regles sancionadores. Segurament la regulació més important que va introduir, el règim de transmissió de les llicències, va ser declarada inconstitucional.



En efecte, aquest Decret Llei va ser impugnada davant del Tribunal Constitucional, i el seu article primer, que regulava la transmissió de llicències, va ser declarat inconstitucional ja que, segons el Tribunal Constitucional «*el único reconocimiento explícito de competencia normativa en favor de las Comunidades Autónomas que, por delegación del Estado, hubieran asumido competencias en materia de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor se encuentra en el último párrafo del apartado 3 del artículo 181 ROTT, y allí dicha competencia solo alcanza a modificar la llamada «regla de proporcionalidad» señalada en el párrafo anterior (una autorización VTC por cada treinta de taxi), y siempre que sea para sustituirla por una menos restrictiva. Es claro que la norma que contiene el artículo 1 del Decreto-ley impugnado no consiste en una modificación de aquella regla. En suma, la referida norma estatal no faculta a las Comunidades Autónomas que hubieran asumido competencias por delegación del Estado a establecer normas adicionales sobre el régimen jurídico de las autorizaciones habilitantes para el arrendamiento de vehículos de turismo con conductor*».

## C.2. El Reial Decret Llei 3/2018

L'Estat, poc temps després, també va reaccionar pressionat pel món local i per les Comunitats Autònomes amb la publicació del Reial Decret Llei 3/2018 de 20 d'abril, norma amb força de llei que sí introdueix novetats molt significatives en el règim de les autoritzacions VTC<sup>67</sup>. En la seva exposició de motius exposa clarament les raons de la seva aprovació i la justificació de les raons d'extraordinària i urgent necessitat. Així, l'esmentada exposició de motius diu: «*La extraordinaria y urgente necesidad que constituye el presupuesto habilitante para acudir al instrumento jurídico del real decreto-ley se justifica porque se está produciendo un incremento exponencial del número de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor, que no pudo ser inicialmente previsto por las Administraciones competentes, que comienza a afectar de manera inmediata y significativa a la prestación de otras modalidades de transporte y, muy especialmente, a los servicios prestados por los taxis en el ámbito urbano, los cuales, dada la consideración de servicios de interés público fundamental que tradicionalmente les viene atribuyendo en ese ámbito la reglamentación local y autonómica que les resulta de aplicación, se encuentran fuertemente regulados, con consecuencias que no sólo están generando una situación de conflicto entre los dos sectores profesionales afectados sino que amenazan con tener repercusiones sobre los propios usuarios de los servicios.*

*Se pretende, pues, abordar la situación a que han dado lugar las circunstancias descritas adoptando medidas que garanticen de forma inmediata y hacia futuro la*

---

<sup>67</sup> El Reial Decret Llei 3/2018 va ser convalidat el 10 de maig de 2018.

*adecuada coordinación entre las normas de aplicación a dos modalidades de transporte que, inevitablemente interactúan en un mismo segmento del mercado, de forma que se evite cualquier repercusión sobre los usuarios de los servicios y el orden público.*

*Por otra parte, de continuar aumentando sin límite el número de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor podría llegar a peligrar la efectividad de las políticas locales destinadas a racionalizar la prestación al público de servicios de transporte en vehículos de turismo en el ámbito urbano y metropolitano».*

L'increment de les llicències de VTC i els conflictes amb el sector del taxi són les raons que tracten de justificar el Reial Decret Llei. El Govern no amaga les causes de la norma.

La forma de tractar de donar satisfacció als taxistes era doble. Per una banda reforçar en una norma amb rang de llei la justificació de les limitacions a les autoritzacions, amb una petita reforma de l'article 48 de la LOTT: «*Dos. Se añade un nuevo apartado 3 al artículo 48 con la siguiente redacción:*

*“3. Sin perjuicio de lo dispuesto en el punto anterior, a fin de mantener el adecuado equilibrio entre la oferta de ambas modalidades de transporte, procederá denegar el otorgamiento de nuevas autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor cuando la proporción entre el número de las existentes en el territorio de la comunidad autónoma en que pretendan domiciliarse y el de las de transporte de viajeros en vehículos de turismo domiciliadas en ese mismo territorio sea superior a una de aquéllas por cada treinta de éstas.*

*No obstante, aquellas Comunidades Autónomas que, por delegación del Estado, hubieran asumido competencias en materia de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor, podrán modificar la regla de proporcionalidad señalada en el párrafo anterior, siempre que la que apliquen sea menos restrictiva que esa”.*» Segons el Reial Decret Llei, no es pot superar la ratio 1/30 al territori de totes les Comunitats Autònomes, si bé aquestes poden flexibilitzar aquesta relació, en sentit menys restrictiu, en exercici de les seves competències en la matèria.

La segona mesura és tractar d'evitar que les VTC actuïn en tot el territori de l'Estat, de forma que qui és titular d'una autorització obtinguda en una Comunitat Autònoma que és menys restrictiva en l'atorgament d'autoritzacions, pugui anar a prestar serveis a altres Comunitats Autònomes on pot haver-hi més demanda de serveis. En aquest sentit s'afegeix un apartat segon a l'article 91 amb la següent redacció: «*2. Sin perjuicio de que, conforme a lo dispuesto en el punto anterior, las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor habilitan para realizar servicios en todo el territorio nacional, sin limitación alguna por razón del origen o destino del servicio, los vehículos que desarrollen esa actividad deberán ser utilizados habitualmente en la prestación de servicios destinados a atender necesidades relacionadas con el territorio de la comunidad autónoma en que se encuentre domiciliada la autorización en que se amparan.*

*En todo caso, se entenderá que un vehículo no ha sido utilizado habitualmente en la prestación de servicios destinados a atender necesidades relacionadas con el territorio de la comunidad autónoma en que se encuentra domiciliada la autorización en que se ampara, cuando el veinte por ciento o más de los servicios realizados con ese vehículo dentro de un período de tres meses no haya discurrido, ni siquiera parcialmente, por dicho territorio.»*

### C.3. *El Reial Decret Llei 13/2018*

Però la «guerra del taxi» no s'atura tampoc amb aquest Reial Decret Llei. La ratio 1/30 no es compleix, per estar superada, i les VTC continuen guanyant terreny competitiu. Continuen les pressions dels taxistes i es dicta un nou Reial Decret llei, el 13/2018, de 28 de setembre<sup>68</sup>. De nou, és interessant atendre al què diu la seva exposició de motius.

Així, en una primera manifestació es reconeix que el Reial Decret Llei 3/2018 no ha donat solució al problema i que cal adoptar noves mesures: *«El Real Decreto-ley 3/2018, de 20 de abril, modificó la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor. Dicha reforma tenía por objeto garantizar el adecuado equilibrio entre la oferta de servicios en esa modalidad de transporte y la que representan los taxis, amparados en las correspondientes licencias municipales y, en su caso, autorizaciones de transporte de viajeros en vehículos de turismo. En los meses transcurridos desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 3/2018, de 20 de abril, se ha puesto de manifiesto que las medidas que contemplaba no eran suficientes para atender los problemas de movilidad, congestión de tráfico y medioambientales que el elevado incremento de la oferta de transporte urbano en vehículos de turismo está ocasionando en los principales núcleos urbanos de nuestro país. Igualmente, el rápido crecimiento de esta modalidad de transporte puede dar lugar a un desequilibrio entre oferta y demanda de transporte en vehículos de turismo que provoque un deterioro general de los servicios, en perjuicio de los viajeros. Ello pone de manifiesto la necesidad de que, progresivamente, las regulaciones aplicables al taxi y el arrendamiento con conductor vayan aproximándose en la medida en que ello contribuya a un tratamiento armónico de las dos modalidades de transporte de viajeros en vehículos de turismo. Esto constituye, por una parte, la razón de este Real Decreto-ley y, por otra, aconsejaría que, en paralelo, se avanzase en la revisión de aquellas normas aplicables al sector del taxi que entrañan rigideces que dificulten su competitividad»*. És important destacar que la justificació de la intervenció del Govern en el sector dels transports urbans mitjançant lloguer de cotxe amb conductor es tracta de

---

<sup>68</sup> El Reial Decret Llei ha estat convalidat pel Congrés dels Diputats mitjançant l'Acord de 25 d'octubre de 2018, i actualment s'està tramitant com a projecte de llei (BOCG, Congrés dels Diputats, n.o 32-1, sèrie A, de 2 de novembre de 2018) i es troba en fase d'esmenes a l'articulat.

fonamentar en raons d'interés general, com «*atender los problemas de movilidad, congestión de tráfico y medioambientales que el elevado incremento de la oferta de transporte urbano en vehículos de turismo está ocasionando en los principales núcleos urbanos de nuestro país*». No es vol aparèixer com un poder que intervé en un conflicte entre el sector del taxi i Uber, actuant, per tant, per raons econòmiques i en defensa d'un sector, el que està en contradicció amb els principis comunitaris i de la legislació interna sobre el mercat interior, com després veurem.

En segon lloc es reconeix que el problema del taxi és un problema local, si bé atenant a la gravetat del problema es justifica que l'Estat fixi unes regles bàsiques mínimes. Així, es diu que «*la problemática descrita se circunscribe exclusivamente a núcleos urbanos y no excede del territorio de la comunidad autónoma correspondiente. Por ello, la respuesta a estos problemas es inaplazable y exige que el transporte exclusivamente urbano realizado en la modalidad de arrendamiento de vehículos con conductor, así como las condiciones de prestación de este tipo de servicios en el ámbito estrictamente autonómico, puedan ser eficazmente abordados por la Administración que está en mejores condiciones para valorar las circunstancias particulares de cada ámbito*». Però a continuació es reconeixen les competències autonòmiques i locals: «*La solución de los problemas de movilidad o medioambientales que se están planteando en nuestros principales núcleos urbanos exige precisar y definir las condiciones de prestación del arrendamiento de vehículos con conductor teniendo en cuenta las circunstancias demográficas, la dotación de infraestructuras y la economía estacional que presentan aquellas ciudades en las que el crecimiento de la oferta de transporte en vehículos de turismo está teniendo un mayor impacto. Por ello, se estima que las comunidades autónomas son las Administraciones que, teniendo en cuenta las concretas circunstancias del transporte y movilidad en su ámbito territorial, pueden precisar de forma más eficiente las condiciones de prestación del servicio de arrendamiento de vehículos con conductor. A tal fin, se las habilita para concretar, desarrollar, o modificar, de forma temporal o definitiva, determinados aspectos de la reglamentación estatal para dicho servicio, cuando su recorrido no exceda de su propio territorio. Todo ello, sin perjuicio de las competencias municipales en el ámbito de la movilidad urbana*».

En un context en el que les pressions del sector del taxi anaven creixent, les mesures d'intervenció són ja molt més dures. Ja no es tracta de permetre fer efectiva la ratio 1/30, ara es tracta directament de restringir l'activitat de les llicències de VTC futures i de les ja concedides.

El nou Reial Decret Llei 13/2018 té un únic article mitjançant el qual es modifica l'article 91 de la LOTT, que passa a tenir la següent redacció: «*1. Las autorizaciones de transporte público habilitarán para realizar servicios en todo el territorio nacional sin limitación alguna por razón del origen o destino del servicio.*

*Por excepción, las autorizaciones de transporte de viajeros en vehículos de turismo y las de arrendamiento de vehículos con conductor, que habilitarán exclusi-*

vamente para realizar transporte interurbano de viajeros. A estos efectos, se considerará que un transporte es interurbano cuando su recorrido rebase el territorio de un único término municipal o zona de prestación conjunta de servicios de transporte público urbano así definida por el órgano competente para ello.

2. Los servicios de arrendamiento de vehículos con conductor deberán iniciarse en el territorio de la comunidad autónoma en que se encuentre domiciliada la correspondiente autorización. A tal efecto, se entenderá que el origen o inicio del transporte se produce en el lugar en que son recogidos los pasajeros de forma efectiva.

Se establecen las siguientes salvedades a esa obligación de inicio en la comunidad autónoma:

1.º Para los servicios de recogida de viajeros en puertos y aeropuertos que hayan sido previa y expresamente contratados, que podrán ser prestados al amparo de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor domiciliadas en comunidades autónomas distintas a aquella en que se ubica el puerto o aeropuerto, siempre que el destino de tales servicios se encuentre en el territorio de la comunidad autónoma en que esté domiciliada la autorización.

2.º Para los casos en que las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor domiciliadas en una comunidad autónoma no basten para atender un aumento coyuntural de la demanda de esta clase de servicios en su territorio. A tal efecto, el órgano competente en materia de transporte interurbano podrá establecer, previo informe de los municipios afectados, un régimen específico que permita a los vehículos amparados en autorizaciones de arrendamiento con conductor domiciliadas en otras comunidades autónomas realizar temporalmente servicios con origen en todo su territorio o en determinados puntos de éste.»

Com es pot veure, la nova limitació imposada a les autoritzacions de VTC és radical. Només poden actuar en l'àmbit del transport interurbà, i el servei s'ha d'iniciar a la Comunitat Autònoma en la que han obtingut l'autorització, llevat de les excepcions establertes, que són per supòsits molt especials i limitats. D'aquesta forma és evident que s'acaba amb la concurrència entre el taxi i les VTC. El taxi recupera el monopoli del transport urbà, que és el més habitual.

A més, aquesta regulació no és pel futur, per les noves autoritzacions que es puguin atorgar un cop entra en vigor el Reial Decret Llei, sinó que afecta a les autoritzacions ja atorgades o en tràmit d'atorgament, si bé en aquest cas es preveu un règim transitori de quatre anys, al qual es vol donar la naturalesa de mesura indemnitzatòria. En concret, la disposició transitòria única disposa que:

«1. Las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor existentes a la entrada en vigor de este real decreto-ley se sujetarán, durante los cuatro años siguientes a esa fecha, al siguiente régimen:

a) No obstante lo dispuesto en el artículo 91.1 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, sus titulares podrán continuar prestando a su amparo servicios de ámbito urbano.

b) No obstante lo dispuesto en el artículo 91.2 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, seguirán habilitando para realizar servicios sin limitación por razón de su origen, siempre que los vehículos que desarrollen esa actividad sean utilizados habitualmente para prestar servicios destinados a atender necesidades relacionadas con el territorio de la comunidad autónoma en que se encuentre domiciliada la autorización.

A tal fin, se entenderá que un vehículo no ha sido utilizado habitualmente para dichos servicios cuando el veinte por ciento o más de los servicios realizados con él dentro de un período de tres meses no haya discurrido, ni siquiera parcialmente, por el territorio de la comunidad autónoma.

A efectos de control, cuando los titulares de autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor comuniquen a la Administración los datos relativos a cada servicio deberán hacer constar necesariamente los lugares de inicio y finalización de éste. Cuando el servicio se inicie y finalice en un mismo lugar, indicarán, además, el punto del recorrido que se encuentre más alejado de dicho lugar; todo ello conforme al artículo 2 del Real Decreto 1076/2017, de 29 de diciembre, por el que se establecen normas complementarias al Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, en relación con la explotación de las autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor. c) Los servicios de transporte prestados en el ámbito urbano por los titulares de dichas autorizaciones quedarán sujetos a todas las determinaciones y limitaciones que establezca el órgano competente en materia de transporte urbano en el ejercicio de sus competencias sobre utilización del dominio público viario, gestión del tráfico urbano, protección del medio ambiente y prevención de la contaminación atmosférica; especialmente en materia de estacionamiento, horarios y calendarios de servicio o restricciones a la circulación por razones de contaminación atmosférica.

2. Las habilitaciones temporales establecidas en el apartado anterior tienen, para todos los afectados, el carácter de indemnización por todos los conceptos relacionados con las modificaciones introducidas en este real decreto-ley y, en particular, por la nueva delimitación del ámbito territorial de dichas autorizaciones conforme al artículo 91 de la LOTT.

No obstante, si el titular de una autorización estima que dichas habilitaciones no compensan el valor de aquella podrá solicitar una indemnización complementaria»<sup>69</sup>.

---

<sup>69</sup> Les condicions per demanar la indemnització són les següents (continuació de la disposició transitòria):

«a) El interesado deberá formular su solicitud ante la Dirección General de Transporte Terrestre, necesariamente dentro de los tres meses desde la entrada en vigor de este real decreto-ley, debiendo justificar en la misma que el período de recuperación de la inversión realizada es superior a cuatro años. Deberá presentarse una solicitud independiente por cada autorización. Las solicitudes deberán incluir la documentación exigida en el anexo de este real decreto-ley.

b) Las solicitudes se tramitarán y resolverán por la Dirección General de Transporte Terrestre, cuyas resoluciones, en este procedimiento, pondrán fin a la vía administrativa. El plazo máximo en



Però no acaba aquí la força innovadora del Reial Decret Llei 13/2018. La seva disposició addicional primera habilita a les Comunitats Autònomes a introduir més limitacions al contingut de les autoritzacions de VTC, modificant les seves condicions per a l'explotació del servei. Així, estableix que *«las comunidades autónomas que por delegación del Estado sean competentes para otorgar autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor de ámbito nacional, quedan habilitadas para modificar las condiciones de explotación previstas en el artículo 182.1 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, en los términos siguientes:*

*a) La modificación sólo podrá afectar a los servicios cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en su respectivo ámbito territorial y podrá referirse a: Condiciones de precontratación, solicitud de servicios, captación de clientes, recorridos mínimos y máximos, servicios u horarios obligatorios y especificaciones técnicas del vehículo.*

*b) La modificación deberá estar orientada a mejorar la gestión de la movilidad interior de viajeros o a garantizar el efectivo control de las condiciones de prestación de los servicios, respetando los criterios de proporcionalidad establecidos en la normativa vigente.*

*Todo ello debe entenderse sin perjuicio de las competencias que, de acuerdo con la normativa de cada comunidad autónoma, puedan corresponder a las entidades locales en orden al establecimiento o modificación efectiva de esas condiciones en relación con los servicios que discurren íntegramente dentro de su ámbito territorial».*

Les crítiques al contingut del Reial Decret Llei 13/2018 han estat generalitzades i molt dures. Doctrinalment podem fer esment del treball del professor DOMÉNECH, G. amb el significatiu títol «Eliminad los VTC pero que parezca un

---

*el que debe notificarse la resolución expresa será de seis meses. El vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa, legitima al interesado para entenderla desestimada por silencio administrativo.*

*c) Cuando no quede justificado que el período de recuperación de la inversión es superior a cuatro años, se desestimará la solicitud, sin que en ningún caso pueda reducirse el plazo legal de cuatro años.*

*d) Cuando se reconozca la indemnización complementaria, se hará en forma de ampliación de la habilitación temporal por el número de años que corresponda. Sólo excepcionalmente la ampliación podrá ser superior a dos años, contados a partir de la finalización del plazo de cuatro años.*

*e) Para el cálculo del período de recuperación de la inversión, se aplicará lo dispuesto en el artículo 10.2 del Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española, siguiendo estos criterios:*

*1. Los flujos de caja por actividades de inversión contemplarán únicamente los gastos originados por la adquisición del vehículo y, en su caso, de la autorización.*

*2. No se tendrán en cuenta los gastos originados por estos conceptos:*

*i. Adquisición de autorizaciones otorgadas a su actual titular por la Administración de transportes.*

*ii. Adquisición de autorizaciones a título oneroso cuatro o más años antes de la entrada en vigor de este real decreto-ley.*

*iii. Adquisición del vehículo adscrito a la autorización cuando su titular disponga de aquél en arrendamiento, arrendamiento financiero o renting.*

*iv. Adquisición del vehículo adscrito a la autorización realizada cuatro o más años antes de la entrada en vigor de este real decreto-ley.*

*3. Cuando el cálculo del período de recuperación de la inversión arroja períodos de tiempo inferiores a un año, éstos se redondearán por exceso al año completo».*

accidente»<sup>70</sup>. L'autor afirma que «el Decreto ley restringe de tal manera las posibilidades de prestación de servicios por parte de los VTC que impone de facto la desaparición diferida de la práctica totalidad de los mismos».

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia va emetre un Informe també molt crític, l'«Informe PRO/CNMC/003/18 sobre el Real Decreto ley 13/2018 de 28 de septiembre que modifica la LOTT en materia de arrendamiento de vehículos con conductor», de 17 de gener de 2019. De forma general afirma que no es justifiquen les externalitats mediambientals i de mobilitat per l'impacte de les VTC amb les que es volen justificar les mesures restrictives i afegeix que, en el seu cas, es podrien utilitzar altres mesures menys restrictives com el foment de vehicles amb menys emissions, fixació de peatges o impostos o restriccions de la mobilitat. Nega també que el manteniment de l'equilibri entre oferta i demanda es pugui considerar una raó imperiosa d'interès general que justifiqui la regulació administrativa, i aporta una sèrie de mesures alternatives que es podrien dur a terme utilitzant la normativa autonòmica que pot desenvolupar el Reial Decret Llei.

L'Autoritat Catalana de la Competència, per la seva part, va publicar l'Informe «Observacions relatives al Reial Decret Llei 19/2018, de 23 de novembre, de serveis de pagament i altres mesures urgents en matèria financera» de data 25 de gener de 2019. Informe també molt crític. La ACCO afirma que «la regulació de l'activitat de VTC continguda al RDL 13/2018 vulnera clarament els principis d'una regulació econòmica eficient i afavoridora de la competència, amb perjudici directe per als consumidors i usuaris dels serveis de transport de viatgers en vehicles de fins a 9 places». Els motius de la seva crítica es fonamenten en què la norma analitzada expulsa del mercat als operadors de VTC, amb la consegüent reducció de les pressions competitives en el mercat de transport de viatgers en vehicle. En segon lloc manifesta que la justificació és insuficient i que s'estableix un tracte discriminatori entre operadors (taxi vs VTC) i, en tercer lloc, afirma que la no autorització de la prestació de serveis de VTC en l'àmbit urbà esdevé, de facto, una prohibició i és una limitació de l'activitat molt més restrictiva que la referida a la ràtio màxima de restricció que el legislador ha situat en 1/30. Afegeix que aquesta limitació es podria avançar als quatre anys de transitorietat per la normativa de desenvolupament autonòmica.

L'Autoritat basca de la Competència, en el seu Informe LEA/AVC n.º 31 — PROM-2018, de 13 de desembre 2018, afirma que «la norma restringe de manera abrumadora el ejercicio de la actividad de VTC. Por si no fuera suficiente introduce la posibilidad de que las Comunidades Autónomas regulen la competencia delegada por el Estado, con lo que existe un alto riesgo de que se introduzcan aún más restricciones en el acceso y ejercicio de esta actividad, además de la incertidumbre e inseguridad jurídica que los operadores van a tener que volver a soportar».

---

<sup>70</sup> DOMÉNECH, G. (2018).



Doncs bé, en la nostra opinió, cal fer referència a dues qüestions diverses a l'analitzar el contingut normatiu del Reial Decret Llei 13/2018. Per una banda la seva justificació material (no entrarem a valorar el recurs a la utilització de la figura del Decret Llei i el compliment del requisit de raons d'extraordinària urgència). Al referir-nos a la justificació material fem referència a la justificació per tal d'aprovar la nova norma reguladora del sector d'arrendament de vehicles amb conductor, la causa de la norma que restringeix el contingut de les autoritzacions VTC. En aquest sentit l'exposició de motius del Reial Decret Llei diu que la justificació és garantir l'equilibri entre l'oferta de VTC i la dels taxis, reconeixent al mateix temps la necessitat de que *«progresivamente, las regulaciones aplicables al taxi y el arrendamiento con conductor vayan aproximándose en la medida en que ello contribuya a un tratamiento armónico de las dos modalidades de transporte de viajeros en vehículos de turismo. Esto constituye, por una parte, la razón de este Real Decreto-ley y, por otra, aconsejaría que, en paralelo, se avanzase en la revisión de aquellas normas aplicables al sector del taxi que entrañan rigideces que dificulten su competitividad»*. Es pot compartir aquesta reflexió sobre la necessitat d'avançar cap a una regulació harmònica de les dues modalitats, taxi i VTC, però el cert és que el contingut del Reial Decret Llei el que fa és imposar una regulació totalment diferenciada, clarament a favor del taxi i en detriment de les VTC. Una regulació que creiem no superarà el control dels tribunals per vulneració dels principis que regulen l'exercici de les activitats econòmiques, és a dir, l'exigència de que les mesures regulatòries estiguin fonamentades en raons imperioses d'interès general i siguin proporcionades per assolir aquests objectius. Les raons adduïdes en aquest sentit, les externalitats mediambientals i de mobilitat per l'impacte de les VTC, són realment molt febles i la lluita contra aquestes externalitats es poden dur a terme amb mesures menys restrictives per les autoritzacions.

La segona qüestió jurídicament interessant és la relativa a la incidència del Reial Decret Llei sobre les autoritzacions ja concedides o en fase de concessió d'acord amb la normativa anterior al Reial Decret 1057/2015.

Com hem vist, el RDL 13/2018 impedeix a les VTC prestar el servei de transport urbà. Aquesta és una limitació al contingut de les noves llicències molt discutible, clarament desproporcionada i que tracta descaradament d'afavorir a un tipus de servei, el taxi, enfront de les VTC. Per això ha estat criticat per la doctrina i les autoritats de la competència. Però l'altra qüestió és la relativa a l'aplicació d'aquesta prohibició a les autoritzacions ja concedides o en curs de concessió. I en aquest punt es plantegen tot un altre seguit de qüestions jurídiques importants. ¿Es pot modificar el contingut d'una autorització ja atorgada? En cas afirmatiu, ¿existeix un dret a ser indemnitzat, i com s'ha de determinar aquesta indemnització?

Pel que fa a la primera qüestió cal recordar el que hem dit abans sobre la naturalesa de les autoritzacions dels taxis o dels VTC. Es tracta d'autoritzacions

de funcionament, que permeten dur a terme una activitat al llarg del temps. El contingut de l'autorització, allò que permet fer, pot ser modificat per raons d'interès general o per criteris d'oportunitat. Davant d'aquesta actuació administrativa no existeix un dret a mantenir l'autorització en les seves condicions inicials<sup>71</sup>.

Pel que fa a la segona qüestió, si bé és possible modificar el contingut de les autoritzacions, es pot al mateix temps entendre que aquesta limitació comporta el naixement d'un dret a una indemnització pels danys que pugui causar aquesta modificació, tenint en compte de manera particular les despeses en què s'hagués pogut incórrer per dur a terme l'activitat i que no han estat amortitzades. En aquest punt es podria recórrer al principi de confiança legítima per fonamentar la reclamació dels perjudicis. Molt més discutible seria exigir la reparació del *lucrum cessans*<sup>72</sup>.

La qüestió de l'existència d'una lesió, com a perjudici no suportable, com a conseqüència de la modificació del contingut de l'autorització i, per tant, el naixement del dret a una indemnització, no té fàcil resposta. Pel que fa al dret a una compensació s'ha d'entendre que el titular d'una autorització de funcionament no patrimonialitza el contingut de la mateixa i, per tant, a l'entrar a formar part d'un sector regulat, pot veure com l'administració modifica l'abast del seu «dret» a dur a terme una activitat prestacional a favor de tercers d'acord amb l'autorització rebuda. Així, la sentència del Tribunal Suprem de 29 de març de 1999, rec. Cassació 3761/1993, quan va analitzar una ordenança municipal que va introduir una nova ratio en el nombre de llicències de taxi, que perjudicava als titulars de les llicències municipals, va concloure que no existia vulneració de drets adquirits, donat que «no es derecho adquirido de la Asociación recurrente la "ratio" de una licencia por cada mil habitantes. No puede considerarse ésta como un derecho

---

<sup>71</sup> En aquest sentit LAGUNA DE PAZ, J.C. (2017), pàg. 179, afirma que «la empresa ha de sujetarse a las condiciones que en cada momento establezca la normativa vigente, cualquiera que haya sido su forma de acceso al mercado o el título jurídico con el que opere (comunicación, declaración responsable, autorización o concesión) de manera reiterada la jurisprudencia destaca que los principios de confianza legítima y seguridad jurídica no suponen una congelación del sector normativo en concreto, sin que pueda esgrimirse un supuesto derecho al mantenimiento de una concreta regulación vigente en un momento dado, STS de 14-7-1995, Art. 5999 i de 19-1-1996, Art. 286».

<sup>72</sup> En aquest sentit, si bé per processos diferents, no s'ha reconegut el dret a ser indemnitzat quan s'han dut a terme processos de liberalització de sectors regulats. Així, quan es liberalitzen els serveis funeraris els titulars de concessions no van tenir dret a ser indemnitzats per la pèrdua de la seva concessió. Vid DOMÉNECH, G. (2015), pàg. 96, i la STS de 3 d'abril 2002 rec. 423/1998. Vid també GÓMEZ FERRER RINCÓN, R. (2003). En aquest sentit el Conseil d'Etat en el seu Informe (2017) pàg. 129-130, afirma que «no és possible, en una economia de mercat, admetre per principi, un dret a una compensació sistemàtica quan noves formes de competència vinculades a la revolució numèrica en curs qüestionen de forma molt significativa els equilibris d'un sector d'activitat», afegint que «la disminució del valor patrimonial d'un privilegi professional resultant d'un augment de les autoritzacions acordades pel poder públic per tal d'adaptar el número de professionals a la població no suposa una ruptura de la igualtat amb les càrregues públiques, llevat per al titular que demostrï que pateix un perjudici anormal i especial».

*integrado en patrimonio alguno, sino que su mantenimiento en la Ordenanza municipal es una mera expectativa sujeta precisamente a los avatares de la conveniencia y necesidades del servicio impropio que preside el régimen de licencia de taxi»<sup>73</sup>.*

En tot cas, com ens diu Laguna de Paz<sup>74</sup>, per determinar si existeix o no un dret a ser indemnitzat s'hauran de tenir en compte diferents elements. Així, si la nova regulació permet o facilita la continuïtat dels anteriors operadors en el mateix sector. En segon lloc, si el canvi regulatori es deu a una alteració objectiva de les circumstàncies, per exemple, aparició d'una nova tecnologia. En tercer lloc, si la modificació regulatòria és deguda únicament a canvis d'apreciació de l'administració. En quart lloc, si els canvis de caràcter general afecten a tot el sector o només a uns operadors específics, i en cinquè lloc si es preveu un règim transitori per l'entrada en vigor de la nova regulació.

Atenent a aquests criteris, creiem que el nou marc regulatori d'Uber podria no justificar en principi el naixement d'un dret a ésser indemnitzat pels taxistes, donat que no impedeix als taxistes continuar amb la seva activitat, la nova regulació es deu a un canvi tecnològic i no a una decisió de la pròpia administració, i afecta a tots els taxistes, no a uns taxistes concrets<sup>75</sup>.

Tampoc es pot entendre que el contingut del Reial Decret Llei suposi una aplicació retroactiva de la norma en contra dels drets dels titulars de les autoritzacions, vulnerant l'article 9,3 CE. La seva regulació és pro futur i, si bé incideix en el règim d'autoritzacions anteriors, és una incidència que es dona a partir de l'entrada en vigor del nou reglament, sense que el mateix estengui els seus efectes cap al passat. Si és el cas estariem davant del que s'ha qualificat de retroactivitat de segon grau, la qual no està prohibida.

Finalment, tampoc creiem que es pugui afirmar que el que disposa el Reial Decret Llei suposi una inexecució de les sentències que van atorgar les autoritzacions, al limitar-se de forma molt significativa el seu contingut. El Tribunal Suprem va anul·lar l'establiment de límits quantitius a les VTC a l'entendre que no existia cobertura normativa. Però més endavant es va modificar la legislació de transports i es va permetre limitar el nombre d'autoritzacions. Ara no s'anul·len

---

<sup>73</sup> DOMÉNECH, G. (2017), pàg. 386, analitza aquesta qüestió amb referències al dret comparat i el rebug generalitzat a que existeixi un dret a ser compensat per les modificacions normatives, si bé reconeix que en alguns casos l'administració ha reconegut algun tipus de compensació amb la finalitat de «paliar las dificultades económicas extraordinarias sufridas por algunos taxistas como consecuencia de la desregulación del sector». L'autor també afirma que la compensació no és convenient, ja que, pàg. 390, «compensar constituye un aliciente para que dichos individuos presionen a las autoridades competentes con el fin de que impidan el acceso al mercado de nuevos entrantes y fijen tarifas superiores a las socialmente óptimas». En el nostre cas, però, la situació és diversa. Es tractaria de compensar als titulars d'autoritzacions VTC per la modificació del contingut de la seva autorització amb la finalitat d'afavorir l'activitat dels taxistes.

<sup>74</sup> LAGUNA DE PAZ, J.C. (2017) pàgs. 180 a 184.

<sup>75</sup> LAGUNA DE PAZ, J.C. (2017), pàg. 179, ens diu que a Irlanda la nova regulació es va acompanyar amb una indemnització de 15.000 euros a cada taxista.

les autoritzacions atorgades per mandat judicial, el que es fa és, en virtut d'una norma amb rang de llei, modificar el seu contingut, i això és possible.

Certament, no estem davant d'una revocació de les autoritzacions, és a dir, la seva supressió per canvis de criteri de l'administració (articles 16 del RSCL i 88 del ROAS). Els titulars de les mateixes les mantenen, però és evident que el seu contingut s'ha modificat de forma substantiva, de fet, es podria defensar que s'ha produït una novació de l'autorització en perjudici de l'autoritzat.

Cal tornar ara al que s'ha dit abans en relació al deure de suportar els canvis normatius, en el cas concret de les autoritzacions VTC i el seu radical canvi de contingut poc temps després d'haver-se concedit, per tractar de determinar si en aquest cas concret, malgrat el que ja hem dit sobre el dret a ser indemnitzat, sembla raonable preveure alguna forma de compensació. El canvi imposat al contingut de les autoritzacions VTC està fonamentat en la protecció del sector del taxi, i suposa la introducció d'una reducció radical de l'activitat inicialment autoritzada poc temps després d'haver-se pogut iniciar l'activitat. Es pot justificar que aquesta modificació causa al titular de l'autorització un clar perjudici en el seu patrimoni, un perjudici que no hauria de suportar i, com a tal, es pot considerar com una lesió antijurídica. El titular de l'autorització perd quota de mercat per la nova regulació i el valor de la seva autorització també es redueix de forma sensible.

De fet, aquestes singulars raons les té en compte el mateix Reial Decret Llei i reconeix la necessitat de modular els perjudicis causats, establint una forma d'indemnització. Així, en la seva exposició de motius es diu que *«para garantizar el adecuado equilibrio entre la nueva regulación y los derechos existentes en el momento de la entrada en vigor de este real decreto-ley, y como compensación por los perjuicios que la nueva definición del ámbito territorial de las autorizaciones pueda ocasionar a los titulares de las otorgadas con arreglo a la normativa anterior, se les concede un plazo de cuatro años durante el que estos podrán continuar prestando servicios en el ámbito urbano. Con base en los datos y valoraciones de que dispone la Administración, se estima que ese plazo debería ser suficiente para compensar tales perjuicios, si bien se admite además que, en determinados casos debidamente justificados, pueda ampliarse dicho plazo. A tal fin, y para calcular en cada caso el período de recuperación de la inversión, se ha considerado adecuado tomar como referencia la fórmula prevista en el Real Decreto 55/2017, de 3 de febrero, por el que se desarrolla la Ley 2/2015, de 30 de marzo, de desindexación de la economía española»*.

El Reial Decret Llei reconeix, doncs, el caràcter expropiatori de la mesura i compensa als titulars de les autoritzacions amb un règim transitori de quatre anys, que en principi, creu, serà suficient per amortitzar les inversions, si bé deixa oberta la porta a demanar més indemnització si es demostra un perjudici superior<sup>76</sup>.

---

<sup>76</sup> DOMÉNECH, G. (2018) afirma que *«salta a la vista que la indemnización prevista en el Decreto ley no se corresponde con el valor de los derechos que los titulares de licencias VTC tenían*

D'aquesta forma no indemnitza amb diners, sinó amb temps, com ja va fer la Llei de costes, mecanisme que el Tribunal Constitucional va declarar conforme a dret en la sentència 149/1991.

Però les actuacions dels poders públics per tractar de donar satisfacció a les reivindicacions del sector del taxi no van finalitzar amb el Reial Decret Llei 13/2018. El govern de l'Estat havia donat una primera resposta d'àmbit estatal, però al mateix temps permetia a les Comunitats Autònomes introduir altres tipus de mesures en funció de les seves diverses realitats. Així, la Disposició adicional primera va establir el següent: *«las comunidades autónomas que por delegación del Estado sean competentes para otorgar autorizaciones de arrendamiento de vehículos con conductor de ámbito nacional, quedan habilitadas para modificar las condiciones de explotación previstas en el artículo 182.1 del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, en los términos siguientes: a) La modificación sólo podrá afectar a los servicios cuyo itinerario se desarrolle íntegramente en su respectivo ámbito territorial y podrá referirse a: Condiciones de precontratación, solicitud de servicios, captación de clientes, recorridos mínimos y máximos, servicios u horarios obligatorios y especificaciones técnicas del vehículo. b) La modificación deberá estar orientada a mejorar la gestión de la movilidad interior de viajeros o a garantizar el efectivo control de las condiciones de prestación de los servicios, respetando los criterios de proporcionalidad establecidos en la normativa vigente.*

*Todo ello debe entenderse sin perjuicio de las competencias que, de acuerdo con la normativa de cada comunidad autónoma, puedan corresponder a las entidades locales en orden al establecimiento o modificación efectiva de esas condiciones en relación con los servicios que discurren íntegramente dentro de su ámbito territorial».*

#### C.4. El Decret Llei 4/2019

Davant les contínues pressions del sector del taxi a Catalunya, en particular a Barcelona i l'AMB<sup>77</sup>, el govern de la Generalitat va aprovar el Decret Llei

---

*antes de que esta norma los recortara sacrificando prácticamente toda su utilidad. El valor del derecho a realizar una actividad empresarial por un tiempo indefinido está muy lejos de guardar un proporcional equilibrio con el valor del derecho a realizar esa misma actividad durante sólo cuatro años, máxime en un sistema, como el actualmente vigente en España, en el que las licencias de taxi y VTC son transferibles y en el que la restricción de la oferta hace que sus titulares obtengan elevadas rentas monopolísticas y que dichos títulos habilitantes posean un elevado valor económico».*

<sup>77</sup> Aquestes pressions ja havien provocat que l'AMB aprovés un reglament d'ordenació de l'activitat de transport urbà discrecional de viatgers amb conductor en vehicles de fins a nou places que circulen íntegrament en l'àmbit de l'AMB, aprovat definitivament pel Consell Metropolità de l'AMB el 26 de juny i publicat al BOP i DOGC de 9 de juliol de 2018. Aquest text va ser objecte d'un primer Informe de regulació de l'ACCO, 32/2017, de data 21 de març de 2018, relatiu al «Projecte de reglament d'ordenació de transport urbà de viatgers amb conductor de vehicles de fins a nou places que circula íntegrament dins de l'àmbit de l'AMB», molt crític amb el Projecte, i una posterior intervenció de data 14 de gener de 2019, «Contribució de l'ACCO en el procés participatiu per a l'adopció d'una norma reglamentària metropolitana que estableixi les condicions d'explotació de les autoritzacions de lloguer de vehicles amb conductor, VTC en els serveis d'ori-

4/2019, de 29 de gener, de mesures urgents en matèria de transport de viatgers mitjançant el lloguer de vehicles amb conductor<sup>78</sup>.

El Decret Llei comença afirmant la competència de la Generalitat en virtut del que estableix la disposició addicional primera del Reial Decret Llei 13/2018 i la competència estatutària de l'article 169, i afirma que «els objectius de governabilitat que convergeixen en aquest tema requereixen d'aquest tractament normatiu: es tracta d'articular, en el context competencial propi i el de l'habilitació normativa operada pel Reial Decret Llei 13/2018, les modificacions legislatives necessàries per reaccionar davant el nou escenari de regulació del lloguer de vehicles amb conductor».

Doncs bé, amb aquesta finalitat el que de fet fa el Decret Llei en el seu article 4 és introduir dues restriccions molt significatives a les autoritzacions VTC, fruit de l'acord entre el sector del taxi i el govern per tal de que es desconvocés la vaga dels taxistes. Aquestes limitacions són la relativa a imposar un termini mínim de 15 minuts entre la contractació i la prestació efectiva del servei<sup>79</sup>, i la prohibició d'utilitzar els mecanismes de geolocalització. La limitació de la geolocalització fa referència a la que permet als clients ubicar amb caràcter previ a la contractació els vehicles disponibles adscrits a una autorització d'arrendament de vehicles amb conductor, però no impedeix que l'usuari rebi la informació sobre el temps i el preu del servei, ni tampoc que una vegada s'hagi produït la contractació rebi la informació relativa al desplaçament del vehicle contractat. A més, es reitera la prohibició de circular per les vies públiques a la recerca de clients així com propiar la captació de viatgers que no haguessin contractat prèviament el servei, romanent estacionats a tal efecte<sup>80</sup>.

---

gen i destinació de l'àmbit de l'AMB». Donat que el Projecte ha estat impugnat davant del TSJ de Catalunya i suspès en la seva eficàcia per Interlocutòria de 26 de juliol de 2018, no entrarem en el seu anàlisi. En tot cas, era una manifestació de la voluntat d'intervenir en la regulació del sector per part d'una entitat local, l'AMB. La Interlocutòria del TSJ nega les seves competències per regular l'exercici d'aquesta activitat exigint una segona llicència metropolitana.

<sup>78</sup> La Generalitat de Catalunya, com hem vist, ja havia dictat anteriorment un altre Decret llei, el 5/2017 de mesures urgents per a l'ordenació dels serveis de transport de viatgers fins a nou places. Amb aquesta norma es va tractar d'introduir una major seguretat jurídica en el sector sense imposar mesures clarament restrictives per les autoritzacions de VTC.

<sup>79</sup> El Conseil d'Etat francès, en la seva decisió de 17 de desembre de 2014, va anul·lar un Decret que havia imposat aquest termini mínim entre la contractació del servei i la seva efectiva prestació. Però s'ha de dir que l'anul·lació va ser per una qüestió formal, per manca de cobertura legal del Decret. En el cas del Decret llei català sí es compleix el fet de que la limitació s'estableixi en una norma amb força de llei. Els problemes de la norma catalana són la seva adequació amb el principi constitucional de llibertat d'empresa.

<sup>80</sup> Article 4. Condicions d'explotació del servei:

4.1. De conformitat amb allò establert a la disposició addicional primera del Reial Decret Llei 13/2018, de 28 de setembre, pel qual es modifica la Llei 16/1987, de 30 de juliol, d'ordenació dels transports terrestres en matèria d'arrendament de vehicles amb conductor, les entitats locals o els ens metropolitans legalment constituïts poden establir o modificar, en els termes previstos a la dita disposició addicional, les condicions d'explotació del servei en relació amb aquells que transcorrin íntegrament dins del seu àmbit territorial.



El termini mínim de 15 minuts entre la contractació i la prestació efectiva del servei pot ampliar-se pels ens locals de forma justificada, segons l'habilitació que conté la disposició addicional primera del Decret Llei a favor dels ens locals. No s'estableix cap límit a la possible ampliació.

En relació a aquest Decret Llei l'ACCO va emetre un nou Informe de regulació, l'IR 38/2019, de 6 de febrer de 2019, un cop més molt crític amb la normativa intervencionista. L'ACCO diu que *«considera que, valorades globalment, les concretes condicions d'explotació del servei de VTC fixades a l'article 4 són altament restrictives de la competència, i comporten la introducció, de manera artificial i injustificada, d'ineficiències en la prestació dels serveis, amb l'objectiu d'obstaculitzar els mecanismes competitiu i, en conseqüència, preservar el sector del taxi de les pressions competitives exercides pels operadors de VTC»*. En opinió d'aquest organisme, aquestes condicions d'explotació no es troben justificades en base a una raó d'interès general o objectiu legítim; com s'ha dit, l'objectiu d'aquestes mesures és la limitació de la competència dels VTC respecte del servei de taxi, la qual cosa no constitueix un motiu admissible en el nostre marc legal i econòmic actual. D'altra banda, en cas que s'acceptessin com a vàlids els motius o raons al·legades, tampoc existiria l'imprescindible nexa de causalitat entre dites raons i les concretes mesures imposades. I més endavant afegeix que *«a banda d'injustificades, l'ACCO considera que les condicions d'explotació establertes a l'article 4 del Decret Llei 4/2019 són discriminatòries i, en aquest sentit, aprofundeixen en els efectes negatius derivats de la dualitat regulatòria existent entre el servei del taxi i el del VTC»*.

---

4.2. Pel que fa les condicions de precontractació, el Govern o els ens locals, en els seus àmbits competencials respectius, poden determinar reglamentàriament les que resultin adients en cada cas, per millorar la gestió de la mobilitat interior de viatgers o per garantir el control efectiu de les condicions de prestació dels serveis, respectant els criteris de proporcionalitat que estableix la normativa vigent. Als efectes de garantir el compliment de les condicions de prestació del servei de l'article 182.1 del Reial Decret 1211/1990 i, en particular, de la precontractació del servei, ha de transcórrer un interval de temps mínim de 15 minuts, entre la contractació i la prestació efectiva del servei. En el cas que les empreses prestadores del servei reconeguin al consumidor o persona usuària un interval de temps per exercir un dret de cancel·lació o desistiment, aquest resta inclòs en el interval mínim assenyalat.

4.3. D'acord amb el que estableix l'article 182.1 del Reial Decret 1211/1990, els vehicles adscrits a les autoritzacions d'arrendament de vehicles amb conductor no poden, en cap cas, circular per les vies públiques a la recerca de clients ni propiciar la captació de viatgers que no haguessin contractat prèviament el servei romanent estacionats a tal efecte. Amb aquesta finalitat, quan no estiguin contractats prèviament o prestant servei, els vehicles adscrits a les autoritzacions d'arrendament de vehicles amb conductor han de romandre estacionats fora de les vies públiques, en aparcaments o garatges.

4.4. La geolocalització que permet als clients ubicar amb caràcter previ a la contractació els vehicles disponibles adscrits a una autorització d'arrendament de vehicles amb conductor es considera, a l'efecte de les condicions d'explotació del servei, que propicia la captació de viatgers, i, per tant, no es pot practicar. Sens perjudici del que es disposa al paràgraf anterior, un cop contractat el servei la persona usuària ha de poder accedir a la informació que identifiqui el vehicle que li ha de prestar aquest servei.

Molt més rellevant és el Dictamen emès pel Consell de Garanties Estatutàries el 22 de febrer de 2019, Dictamen 2/2019, en relació a aquest Decret Llei 4/2019. El Dictamen va ser sol·licitat per diputats del Grup Parlamentari Ciutadans, en relació a l'esmentat Decret Llei abans de la seva convalidació com a llei per la Cambra Catalana.

Els diputats sol·licitants del Dictamen qüestionen en primer lloc l'ús de l'instrument normatiu del Decret Llei atès que, a parer seu, no es donen els requisits habilitants d'acord amb l'article 64 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya i la Jurisprudència del Tribunal Constitucional i, en segon lloc, i en relació a l'article 4 i a la disposició final addicional primera, sostenen la vulneració del dret a la llibertat d'empresa previst a l'article 38 de la Constitució i l'afectació dels drets i interessos dels consumidors i usuaris.

El Consell de Garanties Estatutàries, CGE, en un llarg fonament jurídic segon, conclou que el Decret Llei respecta el marc constitucional pel que fa als requisits habilitants per poder aprovar aquest tipus de norma amb força de llei.

La qüestió que ens sembla veritablement interessant, la relativa al contingut material del Decret Llei i el seu respecte o no al principi constitucional de llibertat d'empresa, és tractada als fonaments tercer i quart del Dictamen. En el seu complet anàlisi el CGE parteix de la fixació del concepte constitucional de llibertat d'empresa, donat que aquest principi constitueix el paràmetre de constitucionalitat en relació al qual determinar la constitucionalitat o no dels preceptes qüestionats del Decret Llei. Es recorda en aquest punt que *«el Tribunal Constitucional, en darrers pronunciaments, ha declarat que el dret a la llibertat d'empresa (art. 38 CE) suposa que les regulacions públiques que afectin l'exercici d'una activitat empresarial han de ser adequades i no poden impedir, a la pràctica, l'exercici d'aquest dret fonamental. Per tant, les admet sempre que siguin “adecuadas para promover un objetivo considerado constitucionalmente legítimo y que las limitaciones que tales regulaciones impongan sobre el libre ejercicio de una actividad económica no conlleven, debido a su intensidad, una privación del referido derecho” (STC 89/2017, de 4 de juliol, FJ 14)»*<sup>81</sup>.

El contingut del raonament jurídic que seguirà el CGE ha quedat d'aquesta forma delimitat. El que cal determinar és si les mesures limitatives sobre l'activitat del VTC són adequades i proporcionades als objectius d'interès general que porten a regular el sector del transport de viatgers amb conductor. Les con-

---

<sup>81</sup> Més endavant el CGE torna a recordar la doctrina del Tribunal Constitucional sobre l'article 38 de la CE en aquests termes: *«ha declarat també que: “la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE exige que las regulaciones públicas que afectan al ejercicio de una actividad empresarial, sin afectar al propio acceso a la misma, sean constitucionalmente adecuadas”, es decir “no sean en sí mismas irracionales o arbitrarias” y garanticen “la igualdad de limitaciones de la actividad económica para las empresas de una misma clase ante cada ordenamiento individualmente considerado” (STC 53/2014, de 10 de abril, FJ 7)» (STC 30/2016, de 18 de febrer, FJ 6).*



clusions a les que arriba el Dictamen són les següents. Pel que fa a l'establiment d'un interval mínim de 15 minuts es considera que vulnera determinats principis i drets constitucionals, en concret l'article 38 de la CE. El CGE diu que *«arribem a aquesta conclusió, com ja acabem d'indicar, perquè la introducció d'aquest temps d'espera, tot i que eventualment podria actuar com un mecanisme de control preventiu, no és raonable en si mateixa per garantir el compliment efectiu de la condició o exigència de la pre contractació en el cas dels VTC i, de manera oposada, d'una banda, afecta perjudicialment la llibertat d'empresa perquè constitueix una mesura constrictiva pel seu caràcter preventiu i oneros i, de l'altra, tampoc no protegeix ni afavoreix l'interès general dels ciutadans com a potencials usuaris del servei»*. Per la mateixa raó es declara també inconstitucional la disposició addicional primera que permet ampliar aquest termini als ens locals<sup>82</sup>. Per contra, el CGE entén que el paràgraf segon de l'apartat 3 de l'article 4, que limita la possibilitat de circular i ocupar les vies públiques a les VTC, allò que ja establien normes anteriors, és conforme a la Constitució, al tractar-se d'una mesura útil, necessària i proporcionada per tal de protegir el servei del taxi en tant que servei d'interès general. També es declara conforme a la Constitució els límits a la geolocalització, donat que és una limitació reduïda i proporcionada. Així, es diu que *«és una mesura proporcionada, ja que no limita de forma excessiva la utilització de la geolocalització com un instrument propi dels serveis que ofereixen les empreses VTC. Com dèiem abans, la prohibició només afecta el coneixement per part dels clients de la ubicació dels vehicles disponibles i, a més, únicament es manté durant el període previ a la contractació, per la qual cosa pot ser utilitzada per oferir altres serveis abans i després de la dita contractació, i també per controlar el respecte a les diverses determinacions que imposa la normativa vigent»*.

Si bé el Dictamen del CGE no és vinculant, és evident que condicionarà el debat sobre la tramitació del Decret Llei com a llei, i així mateix el seu possible desenvolupament pels ens locals. Segons com sigui el resultat final de la tramitació de la llei els arguments del CGE es podrien utilitzar, amb molta possibilitat d'èxit, en un hipotètic recurs contra el Decret Llei o els actes de la seva aplicació.

### C.5. Una normativa desbocada i qüestionable

La reacció de les administracions competents en primera instància en matèria de transport de viatgers amb conductor, Estat i Comunitats Autònomes (nosaltres hem estudiat el cas de Catalunya), es pot qualificar d'una legislació desbocada. Amb aquest adjectiu volem fer referència a una legislació adoptada amb la figura del Decret Llei, per tal de donar resposta urgent a les pressions del sector del taxi. A mida

---

<sup>82</sup> La conclusió del CGE en aquest punt fa que el desplegament del Decret Llei pels ens locals ampliant el termini d'espera entre la contractació del servei i la seva prestació hagi quedat fortament qüestionat.

que les pressions s'enfortien es tractava d'adoptar alguna mesura que tranquil·litzés el sector, però poc després, al veure la seva poca força protectora del sector del taxi s'adoptava una altra norma. A més, l'Estat adoptava unes mesures però descarregava en les Comunitats Autònomes la seva concreció, amb la voluntat de no assumir la total responsabilitat davant del sector dels taxistes.

L'abús del Decret Llei pels governs de l'Estat i els governs de les Comunitats Autònomes ha estat denunciat i criticat reiteradament en els últims anys. El que hauria de ser una excepció es converteix en una forma de regular diferents àmbits materials evitant el debat parlamentari i sense les garanties que ofereix un debat pausat en el Parlament. L'aparició de noves formes d'actuació en el sector econòmic del transport de viatgers, l'ús de les App com la de Uber, no justifica aquesta regulació urgent i a més a més canviant, en raó de les pressions del sector del taxi. Però el cert és que el control pel Tribunal Constitucional o pel mateix Consell de Garanties Estatutàries, s'ha mostrat molt deferent amb la decisió del Govern a recórrer a aquesta figura normativa.

Això ha donat lloc, com hem vist, a un seguit de normes en forma de decret llei que s'han aprovat sense un debat seré i tranquil que tal vegada hagués pogut construir una resposta raonable i correcta als problemes que planteja l'aparició d'una metodologia disruptiva en el sector del taxi, és a dir, l'aparició de les plataformes digitals per posar en contacte usuari i conductor. Una normativa desbocada que no respon, per tant, al que hauria de ser una resposta amb normes amb força de llei. I una normativa que segurament, per raó del seu contingut substantiu, no passarà el filtre del Tribunal Constitucional si arriba a aquesta instància.

## VII. CONSIDERACIONS FINALS.

### EL DRET COM A LÍMIT O COM A VEHICLE DE LES INNOVACIONS TECNOLÒGIQUES

#### A. *El dret com a vehicle de les innovacions tecnològiques*

Com dèiem al principi d'aquest treball, la tecnologia incideix en les relacions socials i econòmiques, imposant noves formes de comportament i de relacions socials.

La forma en què les noves tecnologies incideixen en el món del dret és diferent atenent tant al contingut de la pròpia tecnologia com al sector material sobre el que incideix. Així, per exemple, les noves tecnologies de contingut electrònic incideixen en l'exercici de l'advocacia i en el funcionament de l'administració de justícia. Desapareixen els expedients en paper, i podem accedir de forma molt més ràpida i segura a la informació que necessitem per preparar la redacció d'un escrit processal. Aquestes noves tecnologies, la informàtica, per exemple, posen

en mans dels particulars i de les administracions un poder immens per controlar les nostres vides. I sorgeix aleshores una nova branca del dret, la que s'ocupa de la protecció de les dades personals, i es reclama que el dret a la protecció de les dades personals es porti a la Constitució. Però aquestes noves tecnologies afecten també a la regulació de diversos sectors de la vida econòmica, en relació als quals el marc regulatori de cop apareix com desferrat. Aquest és el cas del recurs a plataformes digitals per tal d'activar formes d'economia col·laborativa, com és el cas d'Uber o Airbnb. Com s'ha dit «*gracias al progreso tecnológico numerosos mercados están pudiendo corregir algunos de sus tradicionales fallos de funcionamiento —información asimétrica, mercados incompletos, costes de transacción— que requerían la intervención pública para, por ejemplo, proteger al consumidor. Las plataformas digitales los han convertido en mercados “permissionees”. Es decir, mercados en los que no se dan los fallos de funcionamiento necesarios para que los consumidores y los proveedores se mantengan voluntariamente separados de otros. En estos mercados, la tecnología permite que los individuos lleguen libremente a acuerdos satisfactorios para ambas partes, sin esperar a la intervención reguladora del sector público. De ahí el empleo habitual de la expresión poner puertas al campo al analizar las posibilidades del sector público de detener este fenómeno*»<sup>83</sup>.

Un exemple paradigmàtic d'aquest efecte de les noves tecnologies sobre un sector de l'activitat econòmica és el cas del transport de viatgers amb conductor i l'aparició de la plataforma Uber. Com ha dit el professor VALERO TORRIJOS «*el avance tecnológico que implica la digitalización y la utilización masiva de internet en plataformas sociales de varios lados permiten una reducción significativa de los costes de búsqueda y transacción y por tanto facilita una mayor entrada de vehículos que prestan el servicio de transporte en el mercado. Al mismo tiempo los sistemas de reputación on line facilitan información relevante y creíble al alcance de las plataformas y los consumidores*»<sup>84</sup>. Les noves tecnologies poden aportar més qualitat i varietat de l'oferta, preus més assequibles, i fomenten la innovació.

En el cas del transport de viatgers amb conductor, l'aparició en aquest mercat, precisament per raó d'una nova App anomenada Uber, de nous conductors que són competidors dels que ja actuaven en un mercat tancat i regulat, està plantejant molts problemes que han afectat de forma diversa a moltes branques del dret. El debat que ha generat l'aparició d'Uber en el fons és un debat «*entre los participantes de un sector de la economía que cumple con la misma legislación que, de un lado les impone unas cargas que han de soportar para poder participar en el mercado, pero que de una forma u otra les beneficia limitando el acceso al mismo a potenciales competidores, y otro sector que, aprovechando las ventajas que le otor-*

---

<sup>83</sup> Pròleg al llibre d'ALFONSO-VALERO (2017) a càrrec d'Antonio Maudes Gutiérrez, Director del departament de promoció de la competència de la CNMC.

<sup>84</sup> VALERO TORRIJOS, J. (2017), pàg. 312.

gan las nuevas tecnologías de la información, pretende desvancarlos del lugar que históricamente ocupaban aquellos»<sup>85</sup>. És un debat entre mercat i regulació.

En aquest debat existeixen, de fet, dues posicions contraposades. Per una banda tenim als que davant de les noves plataformes reclamen la tutela dels reguladors, exigint regulacions restrictives que imposin barreres d'entrada i requisits específics molt exigents per l'exercici de la seva activitat i els que es volen incorporar al mateix mercat. Es defensa el model regulatori existent, amb l'argument bàsic de que defensa millor els interessos generals vinculats a la prestació d'un servei que és un servei d'interès general, al mateix temps que es tracta de «capturar al regulador» mitjançant la força que es té com a prestador tradicional del servei. Aquí trobem als taxistes.

Per altra banda tenim als que defensen les noves plataformes i reclamen un ordenament jurídic que faci possible la seva utilització en règim de concurrència amb els anteriors actors, que venien actuant dintre del mercat tancat. Així, DOMÉNECH, G. ens diu que *«los avances tecnológicos que están en la base de la economía colaborativa permiten prestar estos servicios de transporte de una manera distinta y mucho más eficiente, pues reducen los costes de transacción y las asimetrías informativas que hasta hace bien poco imposibilitaban o hacían excesivamente costosos los acuerdos necesarios para compartir turismos y crear economías de escala y efectos positivos de red»*<sup>86</sup>. Les Autoritats de la Competència, l'espanyola i les d'algunes Comunitats Autònomes, com és el cas de Catalunya i el País Basc, s'han mostrat clarament a favor de la liberalització del sector, o almenys de la supressió del límit de les autoritzacions i dels requisits específics per exercir l'activitat que s'han impostat a les VTC<sup>87</sup>. També els organismes Internacionals, como la OCDE, que en

---

<sup>85</sup> VALERO TORRIJOS, J. (2017), pàg. 262. En aquest sentit la Interlocutòria de 9 de desembre del Jutjat Mercantil núm. 2 de Madrid de mesures cautelars en relació a l'activitat d'Uber va dir que «se ha planteado como hecho notorio en medios de comunicación y las redes sociales un debate entre la libertad y la economía colaborativa frente a la regulación e intervencionismo administrativo, que excede de la cognición de una resolución judicial que por definición sólo debe descansar en el examen de la legalidad, huyendo de debates filosóficos o del examen de cambios normativos». Però sí es pot admetre que el debat pot excedir de la cognició d'una resolució judicial, el debat sí ha d'estar present en les noves formes de regulació de l'activitat, en el posicionament del legislador i de les administracions competents. En aquest treball volem aportar elements de judici per a aquest debat.

<sup>86</sup> DOMÉNECH, G. (2017) pàg. 362. En el mismo sentido se ha dicho que la economía colaborativa en el transporte «ha facilitado una mayor entrada de oferentes y demandantes en este sector, con los consiguientes efectos pro-competitivos en el mercado, una mayor calidad y variedad de la oferta, precios más eficientes, mayor información a un coste reducido y el fomento de la innovación en el sector», CONTRERAS-SILOS-SOBRINO, (2017), pàg. 312.

<sup>87</sup> Vid. amb caràcter general ALLENDE SALAZAR (2017). Aquest autor conclou, pàg. 278, que *«las autoridades de la competencia valoran positivamente el incremento de la demanda que aportan los nuevos oferentes, que se debe traducir en una mayor competencia, mejores precios y la aparición de nuevos bienes o servicios que complementen la oferta de los operadores tradicionales, beneficiando con ello a los consumidores»*. Com a exemple de la posició de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia es pot consultar l'«Informe relativo al Real Decreto ley 13/2018 de 28 de

el seu Informe «Taxi services: competition and regulation» de 2007, afirma que *«se admite cada vez de forma más general que las restricciones cuantitativas suponen una barrera abusiva a la concurrencia y son una carga para el bienestar económico»*.

*¿Quin ha de ser el paper del dret?*

L'oposició a la innovació, a les millores que poden introduir-se en la prestació d'un servei d'interès general, defensades pels que ja estan instal·lats en el mercat regulat, no haurien d'impedir la implementació dels canvis que afavoreixen la introducció de les millores. La legítima defensa dels interessos dels que ja estan instal·lats al mercat, i que certament no es poden desconèixer de forma absoluta, reclama polítiques de reformes progressives, acompanyar la introducció de les reformes amb mesures de reducció del seu impacte negatiu sobre els que ja actuen al sector regulat. Però aquestes mesures han de ser en tot cas proporcionades a la finalitat que es persegueix i no han d'impedir el desenvolupament de les noves formes d'economia col·laborativa. En el judici de ponderació entre diferents interessos, la protecció del taxista no s'ha d'imposar a les reformes per la millora del servei.

El regulador ha d'anitzar amb rigor quin és el paradigma econòmic sobre el qual s'ha de projectar la seva activitat reguladora per tal de dissenyar les normes que permetin aconseguir els millors resultats socials i econòmics. Certament, no es pot desconèixer el marc regulador existent que haurà de modificar, i els interessos vinculats a aquesta regulació que modifica. Però no pot ser presoner del present ni ignorar les novetats que permeten modificar el marc regulatori. Com s'ha dit, *«las regulaciones actuales no reconocen a menudo esta transformación —la tecnológica—, debido a que siguen basándose en modelos económicos que describen la realidad anterior a la masificación de internet»*<sup>88</sup>. El dret no pot

---

septiembre que modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de ordenación de los transportes terrestres en materia de arrendamiento de vehículos con conductor». Als antecedents s'indica que *«la CNMC (y su predecesora la CNC) se han manifestado en numerosas ocasiones sobre diferentes aspectos de esta regulación al considerar que introduce restricciones injustificadas no basadas en principios de regulación eficiente y que reducen el bienestar de los ciudadanos»*. Com exemple d'informe de l'Autoritat Catalana de la Competència podem citar el número 32/2017, de 21 de març de 2018, en el que s'adona dels diferents pronunciaments realitzats per l'ACCO sobre la regulació del taxi. Com a exemple de la posició de l'Autoritat Basca de la Competència es pot consultar l'Informe «sobre la regulación del arrendamiento de vehículos con conductor, VTC, en la Comunidad Autónoma de Euskadi tras la entrada en vigor del Real Decreto ley 13/2018 desde una óptica de la competencia», de 13 de desembre de 2018, en quines conclusions es diu que *«el análisis cuantitativo indica que las restricciones a la competencia impuestas por la regulación en el mercado del taxi han supuesto una reducción del número de licencias, un sobreprecio por carrera y una pérdida de bienestar de los consumidores de alrededor. Además, un mercado más competitivo implicaría otras ventajas, como la reducción de costes para los operadores, del tiempo de espera de los consumidores, con el consiguiente aumento de bienestar para los mismos»*. També es pot consultar l'Informe del Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía 02/17, «Alegaciones sobre el texto provisional de la ordenanza reguladora del servicio de taxi en el municipio de Almería», que en la seva pàg. 11 conté una àmplia referència a d'altres Informes propis i d'altres autoritats de la competència en la matèria.

<sup>88</sup> SORIA BAROLOMÉ, B. (2017), pàg. 84.

limitar el futur, ni es pot resignar a ser espectador, ha d'ajudar a la transformació de la realitat.

El dret hauria d'assegurar que les innovacions tecnològiques s'apliquin de forma raonable, ordenant el recurs a les mateixes tenint en compte el sector sobre el que s'han de projectar. S'han de superar regulacions sectorials desfasades, jurídica i econòmicament ineficients, si bé, com ja hem dit, no es pot oblidar la singularitat de l'objecte de la regulació ni la realitat sobre la que s'haurà d'aplicar la nova normativa. Així, en el cas del transport de viatgers amb conductor no es pot oblidar que aquesta activitat econòmica està vinculada a unes determinades finalitats d'interès general (recordem que el taxi està qualificat com a servei d'interès general) que justifiquen una determinada regulació pública. S'ha de reconèixer que l'existència d'un bon servei de transport urbà amb conductor és una finalitat que forma part dels objectius dels responsables públics de les ciutats. Per altra banda, tampoc es pot oblidar que fins ara aquesta activitat estava fortament regulat i que en el mercat existeix un col·lectiu important de persones que presten aquest servei com a taxistes d'acord amb un sistema fortament intervingut administrativament. Per tant, el nou marc regulatori haurà de permetre el desenvolupament de les noves tecnologies, és a dir, la implantació de les plataformes digitals i el model d'Uber, però no podrà oblidar les singularitats de l'activitat del servei que s'ha de prestar. Existeixen raons d'interès general per limitar el nombre d'autoritzacions (ordenació del trànsit, mediambientals, etc.), per garantir un preu assequible i l'accés al servei en condicions d'igualtat (accés de tots els usuaris i cobertura de tot el territori), la protecció del consumidor, que no permetin la desaparició de tota regulació pública ni confiar-ho tot a l'autoregulació i a sistemes reputacionals privats.

Però, com hem dit, cal reformar el marc normatiu vigent, i el dret no pot ser un límit a la innovació, sinó que ha de ser el vehicle per a la seva introducció. La regulació no pot ser el mecanisme per protegir als que van accedir a un mercat tancat impedit l'entrada de noves formes de prestació del mateix servei més eficients. El dret ha de permetre la introducció progressiva de les noves formes d'actuació, establint els límits proporcionats al lliure exercici de l'activitat per tal de garantir els fins d'interès general vinculats a aquesta activitat i protegint també de forma proporcionada als que venien prestant aquest servei d'acord amb una regulació que s'ha de modificar. Els que ja actuen en el sector afectat també han de veure com es permet la flexibilització del seu règim jurídic per tal de poder competir amb els que entren al mateix sector amb un règim diferent<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> Les formes de dur a terme aquesta nova regulació poden ser vàries. Vid. al respecte les propostes de DOMÉNECH, G. (2017), pàg. 377, «*estrategias reguladoras dirigidas a revisar y en su caso modificar la normativa vigente*».

B. *L'aplicació de la plataforma digital Uber i la seva incidència en diferents branques del dret i en diferents institucions jurídiques*

A les pàgines anteriors hem pogut veure com el recurs a les plataformes digitals i l'ús massiu d'internet ha incidit en moltes branques del dret, posant de manifest el caràcter pluridisciplinar de la regulació jurídica del transport de viatgers amb conductor i la necessitat d'un enfocament transversal quan s'ha de fer front a un problema d'aquestes característiques. Així, hem vist com un primer debat va estar dominat pel dret de la competència. La discussió sobre si l'activitat d'Uber era o no una activitat de la societat de la informació era determinant per concloure si Uber actuava o no amb competència deslleial respecte del sector del taxi. Un cop determinat que Uber és una activitat de transport, van aparèixer problemes vinculats al dret laboral, ja que calia determinar la naturalesa jurídica de la relació entre Uber i els conductors que presten el servei. També es va veure afectat el dret tributari, per tal de fixar les obligacions fiscals de la plataforma. Situats dintre de la regulació específica del transport, del dret administratiu, els conflictes que ha plantejat Uber han obligat a recórrer a institucions bàsiques del dret administratiu per tractar de trobar la solució correcta. L'anàlisi del repartiment de competències en matèria de transport de viatgers, el concepte de servei d'interès general i la llibertat d'empresa, l'autorització administrativa i les diferències entre l'autorització reglamentada del taxi i la d'Uber, les limitacions del lliure exercici d'activitats econòmiques per raons imperioses d'interès general, la modificació de les autoritzacions i el dret o no a ser indemnitzat, i la forma d'articular la indemnització.

C. *El debat entre llibertat d'empresa i regulació*

Tots aquests debats jurídics ens semblen de gran interès. Però per damunt de tots ells el cas d'Uber versus taxi planteja el gran debat entre llibertat i regulació, entre lliure exercici de les activitats econòmiques i justificació d'un marc regulatori de dret públic en defensa d'interessos generals. I com les innovacions tecnològiques obliguen a replantejar els marcs regulatoris existents quan aquestes innovacions deixen sense sentit algunes de les regulacions existents. El dret, com hem dit, no pot ser un espectador passiu d'aquests canvis i, per contra, ha de ser un subjecte actiu aportant el nou marc regulador que, tenint en compte la realitat existent i el conjunt de sectors afectats, permeti vehicular l'aplicació de les noves tecnologies que permetin millorar la qualitat en la prestació dels serveis<sup>90</sup>.

---

<sup>90</sup> OLMEDO PERALTA, E. (2017), pàg. 252, ens diu que aquesta novetat tecnològica disruptiva és «un fenómeno inevitable que no puede ni debe ser frenado por la regulación», i cita un autor nordamericà, Rogers, B., que afirma que «*the path to innovation-friendly law may be tortous, but is the road we have to follow, particulary in the case of sharing economy*».



Com va dir la Cort d'Apel·lació del Districte Nord d'Illinois, en la seva sentència de 7 d'octubre de 2016, «*when property consists of a license to operate in a market in a particular way, it does not carry with it a right to be free from competition in that market... Indeed when new Technology, or new business methods appear, a common result is the decline or even disappearance of the old*». Si no fos així, afegíem, encara viatjaríem en cotxe de cavalls i no en taxi, utilitzaríem el telègraf i no el telèfon, i no tindríem ordinadors sinó calculadores<sup>91</sup>.

En tot cas, creiem que les innovacions tecnològiques s'acabaran imposant. Podem retornar en aquest punt al nostre vell amic Travis Kalanick, un dels creadors d'Uber. El procés d'implantació d'Uber en moltes ciutats d'Estats Units i d'Europa ha estat ple de batalles jurídiques que han enfrontat a taxistes i a Uber, amb la intervenció normalment protectora de les administracions a favor dels taxistes. Els advocats i lobbistes d'Uber demanaven a Kalanick que busqués acords, compromisos amb les autoritats. Però ell va fer una declaració que s'ha convertit en l'anomenada llei de Travis: «*nuestro producto es tan superior al statu quo que, si damos a la gente la oportunidad de verlo o probarlo, en cualquier lugar del mundo donde los gobernantes estén sujetos a un mínimo de responsabilidad frente al pueblo, todo el mundo exigirá y defenderá su derecho a existir*»<sup>92</sup>. Si les innovacions tecnològiques aporten millores substancials en les relacions socials i econòmiques, aquestes s'acabaran imposant. El dret, doncs, ha de tractar d'afavorir el trànsit de la vella a la nova regulació de la forma més ràpida i menys traumàtica possible. Aquesta funció no sempre és fàcil, especialment quan existeixen interessos implicats contraris al canvi amb forta capacitat de resistència. Però el dret ha de poder ordenar aquesta incorporació de les noves tecnologies a les relacions socials i econòmiques.

#### BIBLIOGRAFIA

ALFONSO SÁNCHEZ, R. (2017-1). La economía llamada colaborativa, a Alfonso Sánchez-Valero Torrijos Directores. Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pàgs. 49-72 i 137-176.

---

<sup>91</sup> En el cas resolt per la sentència els representants dels taxistes reclamaven a l'Ajuntament de Chicago que impedís l'activitat d'Uber o que els compensés per les pèrdues que comportava l'aparició d'aquest competidor dintre del seu mercat regulat. El Tribunal va desestimar la demanda tot afirmant que la titularitat d'una autorització, «property», no inclou el dret a estar protegit davant de la competència.

<sup>92</sup> Prenc la cita d'STONE, B. (2017), pàg. 234. En aquest sentit, GIRONA-PÉREZ RIQUELME (2017) han dit que «*la fuerza del cambio, respaldado por la masa de consumidores es irresistible, siendo los reaccionarios irremediabilmente abatidos*», pàg. 263.



(2017-2) La controvertida cuestión reguladora en la economía colaborativa, en Alfonso Sánchez-Valero Torrijos, Directores, Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, págs. 137-176.

ALFONSO SÁNCHEZ. VALERO TORRIJOS, Directores (2017). Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor.

ALLENDE SALAZAR, R. (2017). Economía colaborativa y promoción de la competencia, en la regulación de la economía colaborativa. Tirant lo Blanch. València, págs. 235-281.

ARGOTE EGUIZABLA-BALLESTER ALARCÓN (2016). Los conductores de Uber ¿trabajan por cuenta ajena? Blog Cuatrecasas. 4 de noviembre de 2016.

ARMENGOL I GASULL-OLMOS CASTRO (2017). El impacto de la economía colaborativa en el transporte interurbano: un análisis jurídico del *ride sharing*, en la regulación de la economía colaborativa. Tirant lo Blanch. València, 327-349.

ARROYO JIMÉNEZ-UTRILLA FERNÁNDEZ-BERMEJO (2015). La actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número. Bases conceptuales y metodológicas, a Arroyo-Utrilla. «La administración de la escasez. Los fundamentos de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número», Marcial Pons, Madrid.

BARNES, J. (2017). Un falso dilema: taxi versis Uber. Diario La Ley 8942.

BOBOC, S. (2017). Uber ¿transportista o intermediario del transporte? El caso español. Revista de Estudios Europeos, n.o 70. Págs. 7-26.

BOIX PALOP-DE LA ENCARNACIÓN-DOMÉNECH, (2017). La regulación del transporte colaborativo. Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor.

BOTELLA CARRETERO, J. (2002). El régimen jurídico del servicio de taxis. Tirant lo Blanch, València.

(2014) «El servicio de autotaxis y los recientes desarrollos normativos de ámbito autonómico: análisis, crítica y perspectivas», a Menéndez, P. Director, «Régimen jurídico del transporte terrestre: carreteras y ferrocarril», Aranzadi, Cizur Menor 2014, vol. II, pàg. 441.

CARBONELL PORRAS, E. (2013). Servicio público y competencia en el mercado de transportes terrestres, a Lavall-Martínez-Recalde Directores, La nueva ordenación del mercado de transportes, Marcial Pons.

(2017) El arrendamiento de vehículos con conductor: servicio de transporte público y nuevas tecnologías, a «Los retos del Estado y la administración en el siglo XXI». Llibre homenatge al professor Tomás de la Quadra Salcedo Fernández del Castillo, coordinat per Parejo Alfonso y Vida Soria, Tirant lo Blanch, València. Págs. 1717-1731.

(2019) Movilidad colaborativa y servicios de transporte de personas: un análisis desde el derecho administrativo, en Gosálbez Pequeño, H. Director.

Régimen Jurídico del Consumo Colaborativo Aranzadi-Thomson Reuters. Cizur Menor, pàgs. 405-455.

CARBONELL PORRAS-CANO CAMPOS (2006). Los transportes urbanos. Iustel, Madrid.

CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017). Los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa: una aproximación jurídico-laboral, a Alfonso Sánchez-Valero Torrijos Directores. Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.

CONSEIL D'ETAT (2017). Étude annuelle 2017. Puissance publique et plateformes numériques: accompagner l' « uberisation ». Paris.

CONTRERAS DELGADO-SILOS RIBAS-SOBRINO RUIZ (2017). La economía colaborativa en los sectores regulados (III) Transporte de viajeros, en Alfonso Sánchez-Valero Torrijos Directores, Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.

COSTAS REYES, A. (2019). Economía colaborativa, plataformas digitales y derecho del trabajo, a Gosálbez Pequeño, H. Director. Régimen Jurídico del Consumo Colaborativo. Aranzadi-Thomson Reuters. Cizur Menor, pàgs. 261-302.

DARNACULLETA, M. (2005). Derecho administrativo y autoregulación. La autoregulación regulada, Marcial Pons, Madrid.

DE GRAVE, A. (2016) «L'economie collaborative c'est fini», Oushore Magazine, 16 de febrer.

DE LA VEGA GARCÍA, Fl. (2017). La economía colaborativa en los sectores regulados (I) Aspectos mercantiles de las plataformas de financiación participativa, a Alfonso Sánchez-Valero Torrijos Directores. Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.

DOMÉNECH PASCUAL, G. (2015). La regulación de la economía colaborativa (el caso Uber contra el taxi). Revista CEFLegal, n.º 175-176, agost-setembre 2015. (2017) La regulación de la economía colaborativa en el transporte urbano de pasajeros, a Montero J.J., editor, La regulación de la economía colaborativa. Tirant lo Blanch, València, pàgs. 351-401.

(2018) Elimina los VTC pero que parezca un accidente, El Almacén de derecho, 3 d'octubre de 2018.

EGEA, Joan (2000). Estudi introductor a l'obra de Pere Nolasc Vives i Cebrià, «Traducción al castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña que no están derogados o no son notoriamente inútiles, con indicación del contenido de estos y de las disposiciones por las que han venido a serlo. Ilustrada con notas sacadas de los más clásicos autores del principado». Segona edició, en edició facsímil. Col·lecció Textos Jurídics catalans del Parlament de Catalunya i de la Conselleria de Justícia.

ENTRENA CUESTA, R. (1958). El servicio del taxi, Revista de Administración Pública.

ESTEVE PARDO, J. (2002). Autorregulación. Génesis y efectos. Aranzadi Navarra. (2003) El mercado de títulos administrativos. Asignación objetiva, reasignación transparente. A Estudios de derecho público, llibre homenatge al professor Sebastián Martín Retortillo, Civitas, Madrid, pàgs. 743 a 758.

FALCÓN Y TELLA, R. (2014). La tributación de Uber (plataforma de servicios de transporte en vehículos particulares). Revista Quincena Fiscal n.º 13.

FERNÁNDEZ FARRERES, G. (2004). Los transportes por carretera y competencia, a Fernández Farreres, Coordinador, Transportes y competencia. Los procesos de liberalización de los transportes aéreo, marítimo y terrestres y la aplicación del derecho de la competencia. Thomson Reuters Civitas, Madrid.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N. (2019). Los sujetos (II): Plataformas y mediadores colaborativos, a Gosálbez Pequeño, H. Director. Régimen Jurídico del Consumo Colaborativo Aranzadi-Thomson Reuters. Cizur Menor, pàgs. 131-161.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TR. (1999). Del servicio público a la liberalización: desde 1950 hasta hoy. Revista de Administración Pública n.º 150, pàgs. 59 i 60.

GALLEGRO DOMÍNGUEZ, I. (2019). El consumo colaborativo: introducción, concepto y clases, a Gosálbez Pequeño, H. Director. Régimen Jurídico del Consumo Colaborativo Aranzadi-Thomson Reuters. Cizur Menor, pàgs. 63-100.

GARCÍA MONTERO, L. (2016). Agenda Europea para la economía colaborativa. Revista CESCO de derecho de consumo, n.º 18.

GINÉS I FABRELLÁS-GÁLVEZ DURÁN (2016). Sharing economy vs uber economy y las fronteras del derecho del trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital. Indret, Revista para el análisis del derecho, gener de 2016.

GÓMEZ FERRER MORANT, R. (1973). El régimen general de los centros privados de enseñanza, Revista de Administración Pública n.º 70.

GÓMEZ FERRER RINCÓN, R. (2003). La transición a la competencia. Sus costes y sus posibles compensaciones, Marcial Pons, Madrid.

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (2019). Director. Régimen Jurídico del Consumo Colaborativo Aranzadi-Thomson Reuters. Cizur Menor.

GUTIÉRREZ ARRANZ, R. (2016). Las relaciones laborales en la economía colaborativa: el caso Uber en EE.UU. Revista española de derecho del trabajo, 187.

LAGUNA DE PAZ, J.C. (2017). El papel de la regulación en la llamada economía colaborativa. Revista de Estudios Europeos, 70.

LAMARCA, J.M. (2017). Aspectos laborales y de seguridad social de la economía colaborativa, en la regulación de la economía colaborativa. Tirant lo Blanch. València, 169-194.

MARTÍN RETORTILLO, S. (1957). Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias. Revista de Administración Pública n.º 24, pàgs. 161 i 162.

MAUDES GUTIÉRREZ, A. (2017). Pròleg al llibre d'Alfonso Sánchez-Valero Torrijos Directores. (2017), Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.

MIRANDA SERRANO, L.M. (2017). Economía colaborativa y competencia desleal. ¿Deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales? *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70, juliol-desembre, 197-249.

MONTERO PASCUAL, J.J. Director (2017-1). *La regulación de la economía colaborativa*. Tirant lo Blanch. València.

(2017-2) *La regulación de la economía colaborativa*, a *La regulación de la economía colaborativa*. Tirant lo Blanch. València, pàgs. 23-85.

(2017-3) *El régimen jurídico de las plataformas colaborativas*, a *La regulación de la economía colaborativa*. Tirant lo Blanch. València, pàgs. 87-124.

MUÑOZ BENITO, R. (2019). *La economía colaborativa: antecedentes, tipologías y perspectivas de futuro*, en Gosálbez Pequeño, H. Director. *Régimen Jurídico del Consumo Colaborativo*. Aranzadi-Thomson Reuters. Cizur Menor, pàgs. 31-60.

NAVARRO EGEA, M. (2017). *La economía colaborativa ante la hacienda pública*, a Alfonso Sánchez-Valero Torrijos Directores. *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.

OLMEDO PERALTA (2017). *Liberalizar el transporte urbano de pasajeros para permitir la competencia más allá de taxis y VTC: una cuestión de política de la competencia*. *Revista de Estudios Europeos*, núm. 70. Pàgs. 250-283.

PANIZA FULLANA, A. (2017). *El caso Uber: la sentència del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre de 2017*. *Revista doctrinal Aranzadi civil-mercantil* núm. 3.

(2019) *El objeto: las prestaciones de servicios y las adquisiciones de bienes*, a Gosálbez Pequeño, H. Director. *Régimen Jurídico del Consumo Colaborativo*. Aranzadi-Thomson Reuters. Cizur Menor, pàgs. 185-202.

PAREJO ALFONSO, L. (2016). *Estado y derecho en proceso de cambios. Las nuevas funciones de regulación y garantías del Estado social de soberanía limitada*. Tirant lo Blanch, València.

PETIT LAVALL, MV. (2018). *Economía colaborativa y transporte: el caso Uber*. *Revista General de Derecho de los Sectores Regulados*, 2, 2018.

PIZARRO NEVADO, R. (2019). *El régimen jurídico-administrativo del consumo colaborativo*, a Gosálbez Pequeño, H. Director. *Régimen Jurídico del Consumo Colaborativo*. Aranzadi-Thomson Reuters. Cizur Menor, pàgs. 215-255.

RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I. (2017). *El servicio de mediación electrónica y las obligaciones de las plataformas de economía colaborativa*, a *La regulación de la economía colaborativa*. Tirant lo Blanch. València, pàgs. 125-168.

ROJO, E. (2015). *Uber (Uberpop): ¿Relación laboral entre la empresa y los conductores? ¿Economía colaborativa?* Notas para un posible caso práctico del próximo curso académico (y II). Blog. 31 d'agost de 2015 <http://www.eduardo-rojotorrecilla.es>.

SÁNCHEZ TORNEL-PERONA GUILLAMÓN (2017). La tecnología como instrumento de la economía colaborativa: sus implicaciones jurídicas, a Alfonso Sánchez-Valero Torrijos Directores. Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.

SOBRINO RUIZ, M. (2018). Economía colaborativa y transporte: el caso de la movilidad urbana. Revista General de Derecho de los Sectores Regulados, 2, 2018. SOCIAS CAMACHO, J. (2000). La prestación del servicio de taxis y la libertad de empresa. Revista de estudios de la vida local y autonómica, núm. 284, pàg. 733 i ss.

SORIA BARTOLOMÉ, B. (2017). Aspectos económicos de la economía colaborativa, a La regulación de la economía colaborativa. Tirant lo Blanch. València. Pàgs. 67-85.

STONE, B. (2018). Lo que viene. Como Uber, Airbnb y las nuevas empresas de Silicon Valley están cambiando el mundo. Deusto, Barcelona.

TARRÉS VIVES, M. (2006). La regulación del taxi. Legislación autonómica y experiencias de derecho comparado. Atelier, Barcelona. (2011) «Aspectos jurídicos y económicos en la regulación del taxi: reformas y liberalización en el transporte urbano e interurbano de viajeros», a Ruiz Ojeda, A. Director, «El derecho de la regulación económica», Vol. VI, Transportes, Iustel, Madrid, pàgs. 363-408.

(2012) La ley Omnibus, el taxi y el arrendamiento de vehículos con conductor, en AAVV. El impacto de la Directiva de servicios en las administraciones públicas: aspectos generales y sectoriales. Coordinadors Aguado-Noguera de la Muela, Atelier, Barcelona, pàgs. 289-305.

(2017) Economía colaborativa y uberización de la economía. Francia como ejemplo para el caso del transporte urbano de viajeros en automóviles de turismo, a AAVV. La regulación del transporte colaborativo. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, pàgs. 365-387.

(2018) Economía colaborativa e innovación tecnológica en el transporte urbano de viajeros en automóviles de turismo.

TENA, V. (1999). El transporte urbano, a Bermejo Vera, Director, «El derecho de los transportes terrestres», Cedecs, Barcelona.

TODOLI SIGNES, A. (2015). El impacto de la uber economy en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo. Ius Labor núm. 3, pàgs. 1-25.

TORNOS MAS, J. (1997). Ordenació sectorial, autoritzacions reglamentades i servei públic en el Reglament d'obres, activitats i serveis, en «Dret local», coordinador Font Llovet, T., UB-Marcial Pons-UAB.

TOURIÑO, A. (2016). La economía colaborativa desde la óptica de la competencia desleal. Actualidad Civil núm. 4, abril 2016.

VALERO TORRIJOS, J. (2017). La intervención administrativa en la economía colaborativa desde la perspectiva de los servicios de la información, a Alfonso

Sánchez-Valero Torrijos directors. Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital. Thomson Reuters Aranzadi, Navarra.

VELASCO SANPEDRO, L.A. (2015,1). El consumo colaborativo en el transporte de personas. A AAVV, La eficiencia del transporte como objetivo de la actuación de los poderes públicos: liberalización y responsabilidad. Directors Petit-Puez. Marcial Pons, pàgs. 193-202.

(2015-2) El consumo colaborativo en el transporte de personas. Diario La Ley, núm. 8601, 9 de setembre de 2015.

(2017) El transporte colaborativo Hic et Nunc. Revista de Estudios Europeos núm. 70, juliol-deseembre 2017, pàgs. 387-415.

VILLAR PALASI, J.L. (1964). La intervención administrativa en la industria. Madrid.

## CONTESTACIÓ

FRANCESC TUSQUETS I TRIAS DE BES  
*Acadèmic de número i Secretari de l'Acadèmia de Jurisprudència  
i Legislació de Catalunya*





*Numquam desunt consulta duobus*  
(Silio Itálico, *Púnica* 15, 351)

Excm. Sr. President de l'Acadèmia,  
Distingides autoritats,  
Companys acadèmics,  
Senyores i Senyors,

## I. INTRODUCCIÓ

Les meves primeres paraules han de ser, necessàriament, per agrair a l'Acadèmia i, en particular, al seu President, Lluís Jou, haver estat designat per contestar el discurs d'ingrés de l'acadèmic Dr. Joaquín Tornos.

Com va posar de manifest l'acadèmic Josep-Delfí Guàrdia a la inauguració del present curs, representar a l'Acadèmia en el moment de contestar el discurs d'ingrés d'un nou acadèmic numerari és un dels honors més gratificants que pot ostentar un acadèmic.

I, en el meu cas, l'honor és doble, perquè d'una banda em correspon contestar un discurs magnífic, i, d'altra banda, m'uneix des de fa molts anys una relació d'amistat amb el nou acadèmic.

Avui, l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya s'enriqueix amb la incorporació d'un nou membre de número, el professor i advocat Joaquín Tornos Mas, que ocuparà la vacant deixada per l'entranyable company Ramon Mullerat, qui va morir al peu del canó treballant al seu despatx, el 31 de maig de 2013, als 74 anys.

El nou acadèmic ocuparà la medalla de l'Il·lustre Jurista del segle XIX, Pere Nolasc Vives i Cebrià, que presidí l'Acadèmia entre els anys 1859 i 1861.

De l'un i de l'altre ja n'ha parlat el recipiendari.

Seguint la tradició, dedicaré la primera part de la meva contestació a fer la *laudatio* del nou acadèmic numerari.

## II. JOAQUÍN TORNOS MAS, JURISTA

Joaquín Tornos Mas va néixer a Barcelona, el 20 de juny de 1952. Fill de metge, del prestigiós Dr. Joaquín Tornos Solano, internista, catedràtic, President del Col·legi de Metges de Barcelona de 1970 a 1976, i acadèmic de la Reial Acadèmia de Medicina de Catalunya.

Tornos, però, va optar pel dret i l'economia.

Així, el juny de 1974 obté la llicenciatura en Dret a la Universitat de Barcelona, amb el premi extraordinari de final de carrera. El curs següent, es llicencia en Ciències Econòmiques, també a la UB.

Cursa el doctorat a la prestigiosa Universitat de Bolonya i, l'any 1977, aconseguix el títol de Doctor en Dret amb la màxima qualificació i premi extraordinari, amb una tesi sobre el règim jurídic de la intervenció sobre preus i tarifes.

Torna a la Universitat de Barcelona, on desenvolupa una brillant i reeixida carrera acadèmica: el maig de 1986 guanya, per oposició, una càtedra de Dret administratiu a la Universitat de Barcelona i, l'any 1987, és escollit degà de la Facultat de Dret de la UB.

Ha impartit docència durant més de 40 anys a la Universitat de Barcelona, però la seva inquietud, lligada al seu prestigi, l'ha dut també a exercir com a professor a diverses universitats europees i americanes.

Molt recentment, el curs 2015, va ser *visiting researcher* a la Universitat King's College de Londres, al Regne Unit.

El professor Tornos és autor d'una amplíssima bibliografia. Ha publicat llibres, capítols de llibres i nombrosos articles en revistes jurídiques d'abast nacional i internacional.

La seva obra conté treballs sobre diferents matèries de la seva especialitat: l'organització territorial de l'Estat, els serveis públics, l'habitatge, el comerç interior i exterior, la sanitat, les cambres de comerç, la justícia administrativa, etc.

No obstant això, interessa destacar que, bona part de la seva bibliografia, és molt recent. Tot i que va aconseguir la càtedra fa més de trenta anys, durant aquest temps ha seguit i segueix publicant.

De l'amplíssima bibliografia del professor Tornos, permeteu-me destacar dos treballs, malgrat que ni són els més importants ni els més recents.

Un és l'article *Medios alternativos de resolución de conflictos en el derecho administrativo*, publicat a la Revista «Anuario de Justicia Alternativa, Derecho Arbitral», la qual tinc l'honor de dirigir.

I, l'altre, el llibre que vaig llegir amb molt d'interès, *De España a Catalunya. Referéndum y reforma constitucional*, publicat l'any 2015, després de la seva estada com a professor visitant al Regne Unit. Llibre, per cert, anterior al de l'historiador John H. Elliott *Scots and Catalans*, de l'any 2018, i que tan àmplia difusió ha tingut.

El prestigi acadèmic del professor Tornos i la seva voluntat de servei a la societat l'han portat a acceptar càrrecs d'alta rellevància.

Ja hem dit que va ser degà de la Facultat de Dret de la UB. També va presidir el Consell Consultiu de la Generalitat de Catalunya, el qual és el precedent del Consell de Garanties Estatutàries, que avui presideix el nostre company acadèmic professor Joan Egea.

Vocal de la secció de Dret Públic de la Comissió General de Codificació, President de la Comissió Jurídica de Foment del Treball i, com a homenatge al seu pare, acadèmic de número de la Reial Acadèmia de Medicina de Catalunya.

Tanmateix, Joaquín Tornos és també, com ja s'ha dit, advocat en exercici des de fa gairebé vint anys.

Se sol dir que no és possible simultaniejar de forma plena l'exercici professional de l'advocacia i la carrera universitària. Hom pot ser advocat i donar algunes classes a la facultat o professor universitari i col·laborar amb un despatx professional. Ambdues coses al mateix temps, però, sembla que no.

Doncs bé, en Joaquín Tornos ha volgut desmentir aquesta idea. Forma part dels professionals que creiem que compatibilitzar ambdues activitats no només és factible, sinó positiu. Ha treballat de valent, s'ha esforçat i ho ha aconseguit.

És, com s'ha vist, catedràtic de Dret Administratiu, que després de molts anys segueix impartint docència, investigant, publicant i transmetent coneixement, però també exerceix de forma intensa com a advocat. És soci-director d'un important despatx especialitzat en dret administratiu, el qual porta el seu nom i que té oficines a Barcelona i Madrid.

Ha rebut rellevants premis internacionals com advocat especialista en dret públic.

He tingut l'oportunitat de col·laborar amb ell en assumptes professionals i he pogut constatar que té les qualitats pròpies dels grans advocats.

Professor, advocat i acadèmic.

Joaquín Tornos va prendre possessió com a acadèmic electe a la nostra Acadèmia ara fa tot just un any. Per tant, ha llegit el discurs d'ingrés dins el termini estatutàriament establert. Durant aquest temps, ha assistit amb regularitat a les sessions de l'Acadèmia i ha intervingut en els debats. Especialment, quan la qüestió objecte de discussió era de la seva especialitat.

Ha demostrat la seva prudència, que és com han escrit, entre d'altres, els acadèmics Pintó, Sancho Gargallo i López Burniol, una de les virtuts més importants dels juristes.

No hem d'oblidar que pertanyem a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació i que el concepte ampli del primer terme és el de ciència del dret: *Iuris prudentia est divinarum atque humanorum rerum notitia, iusti atque iniusti sciencia* (Ulpia, D.1.1.10.2).

En definitiva, el recipiendari, home prudent i bon coneixedor del dret, és, sense cap mena de dubte, un gran jurista.

### III. OBJECTE DEL DISCURS

Permeteu-me recordar que els fins de l'Acadèmia, segons els estatuts, són l'estudi i la investigació del dret, la col·laboració en la reforma de la legislació i el foment de la cultura jurídica.

En aquest curs 2018-2019, s'han llegit dos discursos d'ingrés. Es va inaugurar el curs amb un discurs sobre un tema històric (*Publicitat immobiliària i protecció registral en el dret català històric*, a càrrec de l'acadèmic Antonio Cumella Gaminde) i es clou, avui, amb un discurs sobre un tema d'actualitat. Bona prova que els acadèmics hi tenen interès, tant per la història del nostre dret, com pels problemes jurídics més actuals. Pel que fa a aquests darrers, és important destacar que les relacions entre les noves tecnologies i el dret ha estat una preocupació constant dels acadèmics, que ha provocat diverses comunicacions i, fins i tot, discursos d'ingrés.

Com a exemple, podem citar el discurs d'ingrés de l'acadèmic Antonio de P. Escura Viñuela, *El comerç electrònic i la seguretat jurídica*, de l'any 2001.

Més recentment, l'any 2015, l'acadèmic Pablo Salvador Coderch va titular el seu discurs d'ingrés *Las relaciones de complacencia en el entorno digital*.

Avui, el recipiendari ha llegit un magnífic discurs amb el títol *Dret i innovació tecnològica. El cas Uber versus taxi*. La columna vertebral del discurs és l'estudi sobre el paper que correspon al dret davant les innovacions tecnològiques i, en aquest sentit, s'hi ha d'actuar com a límit o, contràriament, ha de poder ordenar la incorporació de les noves tecnologies en les relacions socials i econòmiques. Crec important recordar que Carnelutti va escriure que la funció del dret és sotmetre l'economia a l'ètica.

I, per reflexionar sobre aquesta important qüestió, el Dr. Tornos, que és com ja hem vist, un bon jurista teòric i pràctic, analitza un cas real concret, molt recent, que hem patit els ciutadans de les grans ciutats: el conflicte entre el servei del taxi i les anomenades VTC.

Fa un estudi detallat de la qüestió des del seu origen i n'analitza amb rigor les diverses resolucions que s'han produït, així com les normes estatals i autonòmiques que han estat dictades per tal d'intentar resoldre el conflicte.

Exposa amb claredat que el cas Uber *versus* taxi planteja el gran debat entre llibertat i regulació, lliure exercici d'activitats empresarials i justificació d'un marc regulador de dret públic, en defensa dels interessos generals, i en proposa un nou marc regulador.

#### IV. DRET PÚBLIC I DRET PRIVAT

La lectura del discurs m'ha suscitat algunes consideracions que voldria posar de manifest.

En primer lloc, que la clàssica distinció entre dret públic i dret privat, que té el seu origen en els juristes de Roma, ha quedat en els darrers temps molt difuminada.

I això s'ha produït com a conseqüència de dos factors diferents: l'anomenada *fugida* del dret administratiu i la desprivatització del dret mercantil.

La *fugida* del dret administratiu es refereix al fet que les administracions públiques fan servir cada cop més normes del dret mercantil —i també civil i laboral—, per tal de suplir els problemes d'ineficàcia i inadequació que sovint comporta l'aplicació dels procediments administratius.

Ara bé, més rellevància té, als efectes de la qüestió que tracta el recipiendari en el seu discurs, la desprivatització —o publicació— del dret mercantil.

La desprivatització del dret mercantil és conseqüència de la intervenció de l'Estat en l'activitat econòmica, que va començar a finals del segle XIX i que va trobar més tard en Keynes el seu teòric més representatiu. Aquesta política econòmica comportarà un procés de regulació i, conseqüentment, de desprivatització del dret mercantil, en la mesura que la seva clàssica fisonomia individualista cedeix el pas a una nova concepció que subratlla la funció en el mercat de les institucions juridicoprivades i que posa l'accent en els interessos generals.

Aquest procés de desprivatització i publicació del dret mercantil s'aprecia especialment en el dret de societats, quan la societat anònima ha perdut el caràcter contractual per adquirir-ne un d'institucional, en un procés de «socialització de la societat per accions», el qual el professor Garrigues va assenyalar com un dels nous fets que reclamaven un nou dret.

També en altres àmbits del dret mercantil es pot constatar la tendència desprivatitzadora, com ara en el dret concursal, en què les noves orientacions configuren que l'objectiu d'aquesta disciplina ha de cercar i facilitar la reorganització empresarial, davant la mera liquidació del patrimoni del deutor per pagar als creditors.

Per tant, en la mesura que el dret mercantil es desprivatitza i s'assumeixen interessos generals en les seves institucions, es relativitza la distinció entre dret públic i dret privat i, conseqüentment, s'estrenyen les relacions entre el dret mercantil i l'administratiu.

En aquest sentit, és important destacar la penetració de l'Administració pública en la supervisió o control de determinades activitats empresarials, com ara transports, banca, assegurances i mercats financers. Això, doncs, comporta la interferència de normes administratives. Fins i tot, en l'estatut dels empresaris que duen a terme aquestes activitats i en les relacions jurídiques que se'n desprenen.

Igualment, cal posar de manifest que autoritats administratives, com ara el Banc d'Espanya, la Direcció General d'Assegurances, la Comissió Nacional del Mercat de Valors (CNMV) i altres autoritats del transport i de la competència, no només supervisen l'exercici de determinades activitats, sinó que sovint intervenen en la preparació de les lleis relatives a aquestes activitats i es reserven, de fet, les facultats reglamentàries.

Tanmateix, l'Administració pública també intervé amb la funció sancionadora de les infraccions a l'anomenada disciplina del mercat.

Tot i això, en els darrers anys hem pogut constatar una certa desregulació en produir-se la liberalització de determinades activitats empresarials mitjançant la supressió d'alguns controls administratius. No obstant això, no sembla que aquesta tendència desregularitzadora pugui esborrar la nova fesomia del dret mercantil, com a conseqüència de la desprivatització. El dret mercantil ja no abandonarà la defensa dels interessos generals en favor dels particulars.

Doncs bé, aquesta vinculació entre el dret mercantil i el dret administratiu és molt evident en el cas *Uber versus Taxi*, exposat per l'acadèmic recipiendari.

En aquest sentit, considero molt significatiu que hagi estat la decisió d'un jutge mercantil la que va comportar l'aplicació del dret administratiu a l'activitat d'Uber.

En efecte, tal com s'explica clarament en el discurs del Dr. Tornos, els jutjats contenciosos administratius van anul·lar les sancions imposades per l'Administració a Uber, atès que va considerar que la seva activitat no era la pròpia de transports —sotmesa, per tant, a una autorització administrativa prèvia que Uber no tenia—, sinó la de serveis de la societat de la informació.

Paral·lelament, una associació de taxistes va exercitar contra Uber una acció basada en el fet que la manca de llicències i autoritzacions suposava una vulneració de les normes reguladores de la competència a Espanya. Concretament, dels articles 15, 5 i 4 de la Llei de Competència Deslleial. Acció per la qual *ex art. 86 ter LOPJ*, són competents els jutjats mercantils.

I, el jutjat mercantil núm. 3, al qual va correspondre la qüestió de determinar si Uber desenvolupava una conducta susceptible de vulnerar les normes sobre competència a Espanya, va considerar necessari determinar si requeria autorització administrativa prèvia. Cosa que hauria de dependre de si els serveis que prestava eren serveis de transport o propis de la societat de la informació.

Així, per esbrinar aquest punt, va plantejar una qüestió prejudicial davant el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE).

No oblidem que, com ja va recordar Josep-Delfí Guàrdia en una comunicació a l'Acadèmia l'any 2006, el Tractat de la Comunitat Econòmica Europea (CEE) considerava el transport com un dels fonaments de la Comunitat, i la competència era objecte d'una part important de les regles comunes de la política de la Comunitat.

La qüestió prejudicial va ser resolta pel TJUE per sentència de 20 de desembre de 2017, que va considerar que el servei prestat per Uber era un servei de transport i no un servei de la societat de la informació.

La conseqüència de la important sentència dictada pel TJUE és que Uber desenvolupa una activitat de transport, la qual està subjecta a l'obtenció d'una autorització administrativa prèvia a Espanya i, alhora, està regida pel dret administratiu.

L'estreta vinculació entre el dret mercantil i el dret administratiu ha quedat, per tant, plenament acreditada. Precisament, quan ha estat la decisió d'un jutge mercantil (el núm. 3 de Barcelona), la qual ha comportat que l'activitat d'Uber sigui considerada un servei de transport que requereix una llicència prèvia regulada pel dret administratiu.

El recipiendari analitza en profunditat, doncs, la llicència en el sector del transport i, en particular, en el taxi.

La llicència té caràcter real i no personal, atès que es dona en relació a un vehicle que es farà servir per prestar servei i no en funció de la persona que sollicita la llicència. I, per tant, és transmissible.

Tornos, però, qüestiona la transmissibilitat d'aquest tipus de llicències i entén que està en l'origen dels problemes dels taxis quant a les VTC.

Considera que la transmissibilitat permet patrimonialitzar un títol administratiu per un subjecte privat que ho ha rebut de l'Administració i, per tant, hauria de romandre en mans de l'Administració. Denuncia, a més, que el titular de la llicència pot especular venent el títol, el cost del qual —la taxa per la llicència— és molt baix, a un preu molt superior poc temps després.

Com ja hem vist, avui dia les diferències entre el dret administratiu i el dret mercantil s'han reduït, però potser no tant perquè un mercantilista no pugui tenir una visió diferent d'aquesta qüestió puntual. Jo entenc que la llicència de taxi és un títol amb un component patrimonial i, per tant, transmissible. Tot i que per evitar-ne l'especulació es podrien adoptar les mesures necessàries i limitar —que no prohibir— la seva transmissió.

I la necessitat d'una autorització administrativa prèvia ens porta a altres consideracions que m'ha suggerit la lectura del discurs del Dr. Tornos, quant als límits de la llibertat d'empresa.

## V. LLIBERTAT D'EMPRESA I DRET DE LA COMPETÈNCIA

La llibertat d'empresa es configura a la Unió Europea com un dels drets fonamentals dels ciutadans, alhora que la protecció de l'exercici d'aquest dret es converteix, per imperatiu constitucional, en una de les comeses assignades als poders públics.

El contingut del principi de llibertat d'empresa es compon específicament de tres vessants, les quals són: la llibertat d'accés al mercat, la llibertat d'exercici de l'activitat empresarial i la llibertat de cessació o de sortida del mercat.

Doncs bé, la llibertat d'accés al mercat pressuposa la llibertat d'iniciativa i la igualtat dels qui concorren i competeixen en el mercat. Dit d'una altra manera, la llibertat de competència és un dels pressupòsits bàsics de la llibertat d'empresa.

I a aquesta orientació responen les lleis encaminades a fer efectiu el principi de lliure competència, que conformen l'anomenat «dret de la competència». És a dir, la llei de defensa de la competència i la llei de competència deslleial, les quals constitueixen instruments d'ordenació i control de les conductes en el mercat.

En aquesta matèria, com va escriure el meu mestre, el professor Rafael Jiménez de Parga, l'estabilitat del dret predomina sobre la necessitat de justícia.

És, per tant, important posar en relació el principi de llibertat d'empresa i la normativa del dret de la competència, que és precisament una de les qüestions analitzades pel Dr. Tornos en el seu discurs.

En efecte, el Tribunal Constitucional (TC) en diversos pronunciaments ha destacat que el dret a la llibertat d'empresa suposa que les regulacions públiques que afectin l'exercici d'una activitat empresarial han de ser adequades i que les limitacions que aquestes regulacions imposen sobre el lliure exercici d'una activitat econòmica no han de comportar una privació de l'esmentat dret per la seva intensitat (STC 89/2017, de 4 de juliol, FJ 14). Així mateix, el TC ha declarat que la llibertat d'empresa exigeix que les regulacions públiques que afecten l'exercici d'una activitat empresarial no han de ser irracionals o arbitràries, així com que han de garantir la igualtat de limitacions de l'activitat econòmica per a les empreses d'una mateixa classe, davant de cada ordenament individualment considerat (STC 53/2014, de 10 d'abril, FJ, 7).

Tal com s'ha exposat en el discurs, un cop va quedar clar que Uber prestava un servei de transport, havia d'obtenir una llicència administrativa. Ara bé, aquesta llicència no és la mateixa que la del servei del taxi.

Efectivament, Tornos exposa les diferències entre les autoritzacions del taxi i VTC.

D'una banda, la llicència de taxi, condicionada al compliment de determinades condicions i contingentada, neix vinculada a la concepció d'un servei d'interès general, la qual cosa comporta una forta intervenció amb una estricta regulació administrativa que pugui garantir l'interès general.

D'altra banda, la llicència VTC respon a principis diferents. Ja no es tracta de prestar un servei d'interès general, sinó de la lliure prestació de serveis i eficiència i, per tant, la intervenció administrativa és mínima.

La conseqüència és que concorren al mercat del servei de transport de viatgers amb conductor dos tipus de prestadors de serveis en unes condicions molt diferents, amb els problemes que implica aquesta situació anòmala.



El conflicte ha comportat una actuació per part de l'Administració que ha conduït a una normativa que el professor Tornos qualifica de «desbocada» i «qüestionable». Normativa en forma de Decret Llei que, com denuncia el recipiendari, s'ha aprovat sense un debat seriós i no ha donat una resposta raonable. Conseqüentment, el problema avui dia persisteix.

Els juristes sabem que dictar apressadament un decret per resoldre un problema concret gairebé mai no és la solució. D'exemples, n'hi ha molts. I, alguns, de prou recents.

No és aquesta la funció del dret. Tal com vam aprendre d'Ihering, el dret ha d'estudiar i cercar sense cessar el veritable camí i, quan l'ha trobat, enderrocar tots els obstacles que s'oposin i impedeixin avançar.

## VI. CONCLUSIÓ

Finalitzo la meva intervenció.

El Dr. Tornos ens ha il·lustrat amb un excel·lent discurs sobre el paper que correspon al dret d'ordenar la incorporació de les noves tecnologies en les relacions socials i econòmiques. Així mateix, defensa que el dret no pot ser un espectador passiu, sinó que ha d'esdevenir el subjecte actiu que trobi el veritable camí amb un nou marc regulador.

Reitero, per tant, la felicitació al nou acadèmic en nom de tots els seus companys, i en el meu propi.

L'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya s'enriqueix avui amb un nou acadèmic de número, el Dr. Joaquín Tornos Mas. Un gran jurista del qual tots esperem i desitgem una llarga i fructífera vida acadèmica.

Moltes gràcies.



DISCURS DE CLOENDA DE LA SESSIÓ PÚBLICA I  
SOLEMNE DE RECEPCIÓ COM A ACADÈMIC DE NÚMERO  
DEL PROFESSOR JOAQUIM TORNOS

per

LLUÍS JOU I MIRABENT

*President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*

Barcelona, 18 de juny de 2019

*«Il·lustríssim senyor Joaquim Tornos Mas. L'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya us rep com Acadèmic de número. En el seu nom us lliuro la medalla i el diploma que porten el nom de PERE NOLASC VIVES I CEBRIÀ que dugué el vostre antecessor Ramon M. Mullerat. L'una i l'altre acrediten que gaudiu dels drets i els honors i teniu els deures que els Estatuts de la Corporació us atorguen. Enhorabona».*

Senyor President del Consell de Garanties,  
Senyor President de l'Audiència Provincial,  
Senyor Director General de Dret,  
Senyor President del Consell de l'Advocacia de Catalunya,  
Senyor Degà del Col·legi de Notaris,  
Senyor President de la Reial Acadèmia de Medicina,  
Autoritats,

Senyores i senyors acadèmics i senyores i senyors que ens feu l'honor d'acompanyar-nos,

Amb la sessió pública i solemne de recepció del professor i advocat Joaquim Tornos i Mas com a acadèmic de número, felicitem professor Tornos i gràcies pel discurs, tanquem les sessions lectives del curs 2018/2019 que formalment acabarà el 30 de setembre. El vam iniciar el 25 d'octubre amb una sessió solemne en la qual també tinguérem la fortuna de rebre un nou acadèmic de número, el registrador de la propietat senyor Antoni Cumella Gaminde. Entremig hem celebrat sessions pràcticament cada quinze dies per presentar comunicacions

i analitzar novetats legislatives o jurisprudencials i hem participat al Congrés d'acadèmies iberoamericanes celebrat a Madrid el mes de novembre.

Els millors dies de l'Acadèmia són, precisament, els dies en què es rep un nou acadèmic de número amb l'acte solemne i formal de la lectura del discurs d'ingrés i, en aquest sentit, el curs que ara acaba ha estat un curs amb fortuna en el qual hem vist cobertes les medalles que duen els noms dels antics juristes catalans Pere Nolasc Vives i Cebrià i Guillem de Vallseca per dos juristes d'avui tan diferents i tan solvents com Joaquim Tornos i Antoni Cumella.

Els representen, a parer meu, el que és i el que vol ser l'Acadèmia: un lligam de continuïtat entre la tradició jurídica catalana de sempre i el món del Dret d'avui. Un lligam que reflecteix la diversitat de procedències, la pluralitat d'idees, la multiplicitat de camps d'estudi i d'especialitat jurídica dels nostres membres, tots estatutàriament arrelats a Catalunya.

El professor Tornos, catedràtic de Dret administratiu i jurista pràctic a l'hora, ha excel·lit en els estudis de Dret públic, sobretot en referència a l'organització territorial de l'Estat sense negligir el dret a decidir, i en relació amb la regulació de les activitats privades per part dels poders públics. El discurs que acaba de fer, de tanta actualitat, ens ha permès copsar la seva manera lúcida d'analitzar des de l'òptica jurídica problemes complexos del dia a dia real. Francesc Tusquets ha fet la lloança del nou acadèmic i ha respost el discurs en nom de l'Acadèmia amb competència i claredat. Gràcies Francesc. Seria del tot impertinent que jo reiterés el que ell ha dit, però em fa goig de subratllar el perfil del professor Tornos i el seu camp d'estudi per contraposar-lo al camp d'estudi preferent del registrador Antoni Cumella.

Antoni Cumella ha destacat en l'estudi del Dret privat, especialment el Dret privat de Catalunya, que aplica professionalment de manera continuada i quotidiana exercint la funció de registrador de la propietat amb rigor, com cal, però amb un sentit comú poc usual. El passat mes d'octubre ens va il·lustrar sobre la problemàtica que va generar la introducció de la Llei hipotecària a Catalunya a causa de les moltes institucions catalanes arreladíssimes fa cent cinquanta anys i desconegudes per la normativa estatal uniformadora que era, i és, la Llei citada.

És aquesta diversitat de perfils, d'àrees d'estudi, de procedències, d'activitats professionals la que enriqueix l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació i permet a la nostra corporació conservar el reconeixement que li atorga la societat catalana.

Com és sabut, les medalles que ostenten els acadèmics porten el nom de juristes catalans diversos, de temps diferents i d'actituds polítiques contraposades que tenen en comú haver deixat un gra de sorra en la configuració del nostre Dret històric. No em sembla fora de lloc de fer un flaix per recordar els dos que denominen les medalles que ara ostenten Joaquim Tornos i Antoni Cumella. Són dos noms coneguts per molts juristes per molt que la majoria no sàpiga qui van ser ni què van fer. En aquest punt em fa goig d'anunciar que, amb el suport del

Departament de Justícia, que agraïm, tenim en curs el projecte d'elaborar un diccionari de la tradició jurídica catalana que compregui, inicialment, les bio-bibliografies dels trenta-sis juristes que donen nom a les nostres medalles.

Guillem de Vallseca fou vice-canceller dels reis Pere el Cerimoniós i Joan el Caçador i conseller en cap de Barcelona quatre vegades a cavall dels segles XIV i XV quan els mandats eren de dos anys. És autor d'una abundant bibliografia llatina sobre el Dret català del seu temps, entre d'altres d'unes glosses als Usatges de Barcelona. Fou un dels ambaixadors catalans al Compromís de Casp i va votar per Jaume d'Urgell discrepant de la majoria que ho féu per Ferran d'Antequera.

Pere Nolasc Vives i Cebrià és conegut sobretot per la traducció al castellà dels *Usatges i altres lleis de Catalunya* que va considerar vigents el 1832. Un llibre de referència que contribuï en gran manera a l'aplicació i l'al·legació del dret català a notaries i jutjats en els anys centrals del segle XIX. Vives i Cebrià, tan contrari a la desamortització com a la Llei hipotecària, fou un dels primers presidents de la nostra Acadèmia en el trienni 1859-1861.

Al llarg del curs que ara acaba, dos dels nostres acadèmics, Guàrdia i Gay, han tractat en sengles reflexions, sobre què és una acadèmia i quin és el seu paper. Ho destaco per subratllar que no volem deixar de pensar en el què aportem i podem aportar a la Catalunya actual, tan diferent de la de 1840, quan vam ser instituïts pel Col·legi d'Advocats o el 1954, quan després del parèntesi repressiu de la immediata postguerra, vam ser reconeguts com a corporació de dret públic.

Sabem que en el sentit actual del concepte d'institució de recerca no ho som. Sabem que no tenim els mitjans ni la disponibilitat per entomar determinats projectes tot i que en podem intuir la necessitat o utilitat. També sabem que podem contribuir al progrés i a la millora de la nostra legislació amb l'anàlisi de propostes legislatives, i perquè no, d'altres d'abast més ambicions tendents a la configuració dels nous conceptes jurídics que la proclamació dels drets socials reclama. Sabem, per fi, que ser admesos a l'Acadèmia és un reconeixement col·lectiu de tota una trajectòria professional que no ens atorga el poder polític, com si fos una condecoració, sinó un conjunt de professionals de prestigi que s'honoren i ens honoren de formar-ne part.

Estem orgullosos de continuar aprenent cada dia els uns dels altres, de mantenir viva la curiositat per les novetats del Dret, d'aportar consell a qui el demana, de saber per estudi, per experiència i per reflexió que el Dret és una branca de coneixement i de cultura, expressió d'una manera de ser, que va molt més enllà de conèixer la lletra de la llei. Podem afirmar que la llei és un simple instrument de la política i que cal exigir de la política seny, reflexió, rigor i respecte al conjunt de l'Ordenament a l'hora de legislar i, també, que la llei s'usi amb intel·ligència, prudència i bona fe per a trobar solucions als problemes de la societat.

Hem d'afirmar també que l'aplicació de la llei ha de ser temperada a cada cas i a cada moment no només amb d'altres lleis, pròpies i alienes, incloses les antigues ni que sigui per contraposició, sinó també amb la jurisprudència, la tradició, els principis jurídics universals, el sentit comú i adaptant-la a cada cas amb justícia, prudència i humanitat.

Gràcies a tots vostès que ens han acompanyat aquesta tarda que per a l'Acadèmia és tarda de festa i felicitats, un altre cop, al nou acadèmic.

S'aixeca la sessió.

# Memòria d'activitats





MEMÒRIA DE LES ACTIVITATS  
DE L'ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA  
I LEGISLACIÓ DE CATALUNYA

CURS 2018/2019

per  
FRANCESC TUSQUETS I TRIAS DE BES  
*Acadèmic de número i Secretari de l'Acadèmia de Jurisprudència  
i Legislació de Catalunya*

*Quam quisque norit artem,  
in hac se exercent.*  
(Ciceró, *Tusculanas*, 1,18,41)

Un any més, i no tan sols per complir un deure estatutari, sinó també i molt especialment per poder donar a conèixer les activitats de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, es presenta la Memòria del curs 2018/2019.

Enguany es presenta la Memòria en una sessió ordinària, sens perjudici de que per tal de que tingui una més àmplia difusió, està prevista la seva publicació a la *Revista Jurídica de Catalunya*.

I. DISCURSOS D'INGRÉS

Al curs 2018/2019, que ha estat el 179è curs des de la seva fundació l'any 1840, s'han llegit dos discursos d'ingrés.

El primer, a la sessió pública i solemne, inaugural del curs, celebrada el dia 25 d'octubre de 2018, es va rebre com a acadèmic de número l'Il·lm. Sr. Antonio Cumella Gaminde, el qual va llegir el seu discurs d'ingrés amb el títol «*Publicitat immobiliària i protecció registral en el dret català històric*».

Va contestar el discurs en nom de l'Acadèmia l'Hble. Sr. Josep-D. Guàrdia i Canela.

D'altra banda, a la sessió pública i solemne de cloenda del curs, celebrada el dia 18 de juny de 2019, es va rebre com a acadèmic de número, l'Il·lm. Sr. Joaquín

Tornos Mas, que va llegir el seu discurs d'ingrés titulat «*Dret i innovació tecnològica. El cas Uber versus taxi*».

En nom de l'Acadèmia va contestar el discurs l'II·lm. Sr. Francesc Tusquets Trias de Bes.

És d'esperar que aquest curs es llegeixin també alguns discursos d'ingrés, i en aquest sentit encoratgem als acadèmics electes, per tal de que enllesteixin els seus treballs, a fi de que, abans de finalitzar el curs, es puguin celebrar una o més sessions públiques i solemnes de recepció de nous acadèmics numeraris.

## II. NOUS ACADÈMICS

Al llarg del curs s'han incorporat a l'Acadèmia dos nous acadèmics.

Efectivament, a la sessió del dia 26 de març de 2019, i per cobrir la vacant produïda per la renúncia del magistrat Excm. Sr. Ignacio Sancho Gargallo (Medalla Antoni de Campmany), fou elegit acadèmic per majoria absoluta, el magistrat i President de l'Audiència Provincial de Barcelona, l'II·lm. Sr. Antonio Recio Córdoba, que va prendre possessió com a acadèmic electe el dia 7 de maig.

I a la sessió ordinària de 2 de juliol de 2019, per cobrir la vacant per defunció de l'acadèmic Sr. Antonio Escura (Medalla Martí Miralles), fou elegida acadèmica per majoria l'II·lma. Sra. Pilar Fernández-Bozal.

Desitgem als dos nous acadèmics una llarga i fructífera vida acadèmica.

## III. RENOVACIÓ PARCIAL DE LA JUNTA

A la sessió ordinària del dia 18 de desembre es va acordar per unanimitat dels presents, designar Vicepresidenta de l'Acadèmia a l'Excma. Sra. M<sup>a</sup> Eugènia Alegret Burgués, i Tresorer a l'II·lm. Sr. Antonio Cumella Gaminde.

Després d'aquests nomenaments, la nova composició de la Junta és la següent:

President:	Lluís Jou i Mirabent
Vicepresidenta:	M <sup>a</sup> Eugènia Alegret Burgués
Secretari:	Francesc Tusquets Trias de Bes
Censor:	Joan Egea Fernández
Tresorer:	Antonio Cumella Gaminde

#### IV. SESSIONS ORDINÀRIES

Durant el curs, l'Acadèmia s'ha reunit en 12 sessions ordinàries, que van tenir lloc els dies 9 d'octubre, 20 de novembre i 18 de desembre de 2018; 15 de gener, 5 i 19 de febrer, 26 de març, 9 d'abril, 7 i 28 de maig, 18 de juny i 2 de juliol de 2019.

A més, el 4 de desembre de 2018 es va celebrar una sessió extraordinària amb ocasió del lliurament del Premi Puig Salellas a la Dra. Alegría Borrás.

#### V. COMUNICACIONS

El mètode habitual de treball en les sessions ordinàries consisteix en que un acadèmic presenta una comunicació sobre un tema jurídic d'interès, i a continuació s'obre un debat entre els acadèmics assistents.

Al llarg del curs es van presentar per part dels acadèmics, les comunicacions següents:

El dia 18 de desembre de 2018, el senyor Josep-D. Guàrdia i Canela sobre *«El X Congrés d'Acadèmies Jurídiques Ibenoamericanes»*.

El dia 15 de gener de 2019, el senyor Tomás Giménez Duart sobre *«Noves consideracions sobre el judici de capacitat en els testaments. La sentència de l'Audiència de Girona de 17 de setembre de 2018»*.

El dia 5 de febrer de 2019, la senyora M<sup>a</sup> Eugènia Alegret Burgués, sobre *«Els principis processals en les actuacions arbitrals»*.

El dia 19 de febrer de 2019, el senyor Josep-D. Guàrdia i Canela sobre *«Elements que caracteritzen les acadèmies com a corporació pública»*.

El dia 26 de març de 2019, el cardenal senyor Lluís Martínez Sistach sobre *«L'interès pastoral i l'alienació de béns eclesiàstics»*.

El dia 9 d'abril de 2019, comunicació-debat presentat i conduït pel senyor Tomás Giménez Duart sobre:

—*«El dret d'adquisició preferent a favor de l'Ajuntament de Barcelona en la modificació del PGM»*.

—*«La STC de 17 de gener de 2019 sobre la llei catalana 10/2017, de voluntats digitals»*.

El dia 7 de maig de 2019, el senyor Eudald Vendrell Ferrer sobre *«Dret a la pròpia imatge i drets patrimonials derivats de la seva explotació»*.

Del contingut d'aquestes comunicacions es desprèn l'interès de l'Acadèmia, tant per qüestions de tradició jurídica com d'assumptes d'indiscutible actualitat.

Totes les comunicacions estaran disponibles al web <http://ajilc.cat> i es publicaran al corresponent volum dels Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

## VI. ALTRES ACTIVITATS

En el desenvolupament de les seves activitats, l'Acadèmia col·labora amb altres institucions jurídiques, i també participa en el Patronat de tres fundacions: la Fundació del Notariat de Catalunya; la Fundació Pau Casals i la Fundació Roca-Sastre.

D'altra banda, participa activament i edita juntament amb l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, la *Revista Jurídica de Catalunya*, fundada l'any 1895 i Creu de Sant Jordi de la Generalitat de Catalunya.

Interessa també destacar que els dies 22 i 23 de novembre de 2019 es va celebrar a Madrid el X Congrés d'Acadèmies Jurídiques Iberoamericanes, en el qual la nostra Acadèmia va tenir una important intervenció.

D'una banda, els acadèmics senyor Josep-D. Guàrdia i Dra. Encarna Roca van moderar, respectivament, les Seccions 1, dedicada a *Estado de Derecho: Defensa frente al populismo y la corrupción*, i la 4 sobre: *El Derecho Civil en Iberoamérica: Interconexiones entre los diversos países*.

A més, van presentar comunicacions els membres de la nostra Acadèmia següents:

—A la Secció 3, sobre: *Globalización y Derecho Mercantil*, Francesc Tusquets Trias de Bes, amb el títol: «*El traslado del domicilio social de las sociedades mercantiles*».

—A la Secció 4, sobre: *El Derecho Civil en Iberoamérica: Interconexiones entre los diversos países*, Lluís Jou i Mirabent sobre: «*Una visión panorámica de la evolución del Derecho Civil de Catalunya (1989-2018)*».

—A la Secció 5, sobre: *Los derechos humanos y su efectiva tutela estatal*, Agustín Luna: «*Sobre la inviolabilidad del domicilio constitucional*».

Durant el curs es va signar un Conveni amb la Universitat Pompeu Fabra i el Dr. Capdeferro, per publicar un llibre amb el títol «*Tradició Jurídica Catalana*», amb les biografies dels 36 juristes que donen nom a les medalles de l'Acadèmia.

Totes aquestes activitats reflecteixen la vocació de l'Acadèmia d'obrir-se a altres institucions i en definitiva a tota la societat.

## VII. DISTINCIONS EXTRA-ACADÈMIQUES D'ALGUNS DELS ACADÈMICS

Ens complau assenyalar que també durant el curs 2018/2019, membres de l'Acadèmia han estat distingits amb premis i distincions per la seva trajectòria professional.

En aquest sentit destaquem:

La Dra. Alegría Borrás va rebre el X Premi Puig Salellas, que atorga el Col·legi de Notaris de Catalunya. Va glossar la figura de la premiada el President de l'Acadèmia Excm. Sr. Lluís Jou i Mirabent.

La Dra. Encarna Roca Trias rebé el Premi Pelayo per a juristes de reconegut prestigi, que per primer cop s'atorga a un jurista català.

Rebin les dues acadèmiques un cop més la nostra felicitació.

## VIII. DEFUNCIONS I NECROLÒGIQUES

Hem de lamentar la defunció durant el curs de l'acadèmic honorari Excm. Sr. Francisco Soto Nieto, i s'ha acordat que al llarg d'aquest curs es llegirà la corresponent lloança pòstuma.

Ens ha dolgut molt el traspàs de la Sra. Núria Trullén, a la que mai agraïrem prou la seva entrega i dedicació a l'Acadèmia fins a la seva jubilació.

Descansin tots dos en pau.

Durant el curs, l'Acadèmia ha dedicat sengles sessions a la memòria dels acadèmics desapareguts el curs anterior, Dr. Josep M. Font i Rius i Dr. Agustí Bassols i Parés.

Així, el dia 29 de gener es va dur a terme en un acte celebrat conjuntament amb l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, l'homenatge pòstum al Dr. Agustí Bassols, en el que van intervenir la Degana del Col·legi de l'Advocacia de Barcelona Sra. M<sup>a</sup> Eugènia Gay i l'Acadèmica Sra. Núria de Gispert, que va llegir la necrològica.

El dia 5 de març, l'acadèmic Sr. Josep Enric Rebés Solé va llegir la lloança del professor Font i Rius, els fills del qual Josep M. i Tomás Font Llovet i la nora Montserrat Felip van assistir convidats pel President.

## IX. QÜESTIONS ECONÒMIQUES

Un cop més cal posar de manifest que cap acadèmic percep dietes ni retribucions de cap mena per llur activitat acadèmica.

L'Acadèmia té un molt modest pressupost que es nodreix de dues minses subvencions, però rep un suport material i de personal (Sra. Mariele Violano) de l'ICAB, que agraïm sincerament.

És evident però que cal cercar un finançament més adient que permeti que l'Acadèmia pugui dur a terme llurs activitats amb dignitat.

## X. CONCLUSIÓ

L'objectiu de la Memòria és donar a conèixer, tot i que de forma molt resumida, les activitats acadèmiques al llarg del curs.

Aquesta activitat acadèmica d'estudi, investigació del dret i de foment de la cultura jurídica, juntament amb la dels acadèmics en la seva respectiva actuació professional, contribueix al desenvolupament del dret, i en definitiva al coneixement i divulgació de la ciència jurídica.

Fóra no obstant convenient una major projecció d'aquesta activitat per tal que l'Acadèmia pugui ser més coneguda i permeti prestar millor el servei que la societat li demana.

Vivim temps convulsos i complexos, en els que més que mai, cal pensar i reflexionar per poder després dur a terme un debat serè sobre tantes qüestions que ens ocupen i preocupen. I és precisament això el que ha fet sempre l'Acadèmia des de la seva fundació l'any 1840.



