



ANNALS

DE

L'ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ
DE CATALUNYA

XII

Curs Acadèmic 2023

Amb el suport de



Generalitat de Catalunya
**Departament
de Justícia**

© Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Dipòsit Legal: B. 50686-2007

Impressió: Offset Derra S. L.

Índex

ÍNDIX

PRESENTACIÓ

Francesc Tusquets i Trias de Bes, president de l'Acadèmia de Jurisprudència i
Legislació de Catalunya 7

MEMBRES DE L'ACADÈMIA

(de l'1 de gener al 31 de desembre de 2023) 11

CURS ACADÈMIC 2023

SESSIÓ INAUGURAL DEL CURS ACADÈMIC 2023-2024

*Memòria de les activitats de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de
Catalunya. Curs 2022-2023*

Joaquín Tornos Mas 19

*Discurs inaugural del curs 2023-2024. Els juristes i la cultura humanística.
Dret i literatura*

Francesc Tusquets i Trias de Bes 31

COMUNICACIONS

El ius transmissionis. Tornar per on solíem (31-01-2023)

Enric Brancós Núñez 51

La Constitució d'Andorra: gènesis i funció

(El Copríncipat: dualitat i asimetria) (14-03-2023)

Joan-Josep López Burniol 73

*Notícia de la «Proposta de Reglament de la Unió Europea
en matèria d'intel·ligència artificial» (18-04-2023)*

Carles Viver Pi-Sunyer 95

*El canvi en l'heretament. De la donació universal a la institució
«contractual» d'hereu (23-05-2023)*

Ferran Badosa i Coll 119

ACTES ESPECIALS

Sessió oberta. La imposició patrimonial: present i futur

Presentació de la sessió oberta

Francesc Tusquets i Trias de Bes 149

Presentació de la professora María Teresa Soler Roch

Tomàs Font i Llovet 151

<i>La imposición patrimonial: presente y futuro</i>	
M ^a Teresa Soler Roch	155
<i>Sessió extraordinària conjunta amb el Col·legi Notarial de Catalunya.</i>	
<i>Anàlisi de la reforma legislativa en matèria de l'exercici</i>	
<i>de la capacitat jurídica de les persones</i>	
<i>La nova legislació sobre discapacitat, un any després: aspectes pràctics</i>	
Eudald Vendrell Ferrer	177
<i>La nova legislació sobre discapacitat, un any després: aspectes pràctics.</i>	
<i>Discurs de cloenda</i>	
Francesc Tusquets i Trias de Bes	183
<i>II Jornades d'ADR en l'àmbit registral: les clàusules de mediació en els</i>	
<i>contractes</i>	
<i>Mediació i contractació pública</i>	
Joaquín Tornos Mas	187
<i>XV Premi Puig Salellas atorgat a l'Excma. Sra. Maria Eugènia Alegret</i>	
<i>Burgués</i>	
<i>Paraules en l'acte de lliurament del XV Premi Puig Salellas a l'Excma.</i>	
<i>Sra. Maria Eugènia Alegret Burgués</i>	
Francesc Tusquets i Trias de Bes	199
<i>Discurs Premi Puig Salellas</i>	
Maria Eugènia Alegret Burgués	205

SESSIONS SOLEMNES

<i>Sessió pública i solemne de cloenda del curs 2022-2023 i discurs d'ingrés</i>	
<i>de l'acadèmic Sr. Eudald Vendrell Ferrer</i>	
<i>L'accés a l'habitatge digne: un dret humà fonamental</i>	
Eudald Vendrell Ferrer	213
<i>Contestació</i>	
Eugeni Gay Montalvo	253
<i>Discurs de cloenda del curs 2022-2023</i>	
Francesc Tusquets i Trias de Bes	263

ALTRES TREBALLS ACADÈMICS

<i>La mediació en la Funció Pública. Dictamen</i>	
Joaquín Tornos Mas i Tomàs Font Llovet	269
<i>Observacions a l'Avantprojecte de llei de modificació del Codi Civil</i>	
<i>de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat</i>	
<i>jurídica de les persones</i>	
Coordinador: Joan Egea Fernández	295

Presentació

LA COL·LABORACIÓ INTERACADÈMICA

per

FRANCESC TUSQUETS I TRIAS DE BES

President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Juliol de 2024

Mentre preparàvem la documentació per a la publicació d'aquest volum XII dels Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, que recull els treballs acadèmics de l'any 2023, es publicà al DOGC el Decret 118/2024, de 25 de juny, del Consell Interacadèmic de Catalunya, que modifica la seva regulació.

Aquest Consell és l'òrgan de consulta i d'assessorament del Govern, l'Administració de la Generalitat i d'altres organismes públics en matèria de les Acadèmies de Catalunya.

Entre les funcions del Consell Interacadèmic per fomentar la col·laboració entre les dotze Acadèmies de Catalunya, dedicades a diferents ciències i arts, destaquen les relatives a facilitar l'intercanvi d'informació i les consultes recíproques entre les Acadèmies, impulsar programes de realització conjunta interacadèmica, i d'altres amb la finalitat d'aconseguir una coordinació interacadèmica adequada.

Som efectivament partidaris d'aquesta col·laboració entre les Acadèmies, perquè tenim una concepció unitària, global i no pas fragmentada de la cultura.

Per aquesta raó, el discurs inaugural del curs 2023/2024 de la nostra Acadèmia, que el lector podrà trobar en aquest volum, tractà sobre les relacions entre el Dret i la Literatura.

La cultura jurídica ha d'estar acompanyada necessàriament de la cultura humanística. El dret està sempre influït per les manifestacions artístiques i culturals, i els juristes hem de procurar que el nostre pensament s'enriqueixi amb els coneixements propis de la cultura humanística.

Aquest volum, que inclou treballs de les diferents disciplines jurídiques de dret públic i dret privat, constitueix un clar exemple del concepte de cultura que defensem.

Membres de l'Acadèmia de
Jurisprudència i Legislació
de Catalunya

Curs 2023

MEMBRES DE L'ACADÈMIA

(01.01.2023 – 31.12.2023)

JUNTA DE GOVERN

President:	Francesc Tusquets i Trias de Bes
Vicepresidenta:	Ma Eugènia Alegret Burgués
Censor:	Joan Egea Fernández
Tresorer:	Antonio Cumella Gaminde
Secretari:	Joaquim Tornos Mas
Vicesecretari:	Tomàs Font Llovet

ACADÈMICS DE NÚMERO

Josep-D. Guàrdia Canela	Encarna Roca Trias
Enric Brancós Nuñez	Joan Josep López Burniol
Rafael Jiménez de Parga Cabrera	Agustín Luna Serrano
Josep-E. Rebés Solé	Núria de Gispert Català
Eugení Gay Montalvo	Lluís Jou i Mirabent
Ma Eugènia Alegret Burgués	Joan Egea Fernández
José Juan Ferreiro Lapatza	Francesc Tusquets i Trias de Bes
Pau Salvador Coderch	Lluís Martínez Sistach
Antonio Cumella Gaminde	Joaquim Tornos Mas
Tomás Giménez Duart	Ma José Magaldi Paternostro
Antonio Recio Córdova	Carles Viver Pi Sunyer
Tomás Font Llovet	Eudald Vendrell i Ferrer

ACADÈMICS HONORARIS

Ignacio Sancho Gargallo

ACADÈMICS ELECTES

Ferran Badosa i Coll	Sebastián Sastre Papiol
Miquel Tarragona i Coromina	Pilar Fernández-Bozal
Cristina González Beilfuss	Antonio Huber Company
M ^a Carmen Gete-Alonso y Calera	Jordi Seguí Puntas

A 31 de desembre de 2023 es trobaven pendents de declarar les vacants corresponents als acadèmics numeraris, Robert Follia Camps (+2021), Elías Campo Villegas (+2022).

CURS ACADÈMIC
2023

Sessió inaugural
del Curs Acadèmic
2023-2024

MEMÒRIA DE LES ACTIVITATS DE L'ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ DE CATALUNYA CURS 2022/2023

per
JOAQUÍN TORNOS MAS
Secretari de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya
21 de novembre de 2023

Es presenta la Memòria de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya del curs 22/23.

Presentem la Memòria en la sessió inaugural del curs 2023/2024, en la que tindrà lloc la lectura del discurs inaugural del President de l'Acadèmia l'Excm. Sr. Francesc Tusquets i Trias de Bes sobre el tema «Els juristes i la cultura humanística. Dret i literatura».

I. SESSIONS CELEBRADES

En el curs 2022/2023 es varen celebrar 12 sessions, 8 ordinàries, 2 extraordinàries i una oberta.

Les sessions ordinàries varen tenir lloc els dies 8 d'octubre de 2022, 8 de novembre de 2022 (sessió solemne d'inauguració del curs), 31 de gener, 14 de març, 28 de març, 18 d'abril, 23 de maig i 28 de juny de 2023 (sessió solemne de cloenda del curs). Les sessions extraordinàries els dies 13 de desembre de 2022 i 10 de maig de 2023 i la sessió oberta el dia 21 de febrer de 2023.

A. *Sessió extraordinària en homenatge i record de l'acadèmic Il·lm. Sr. Elías Campo. 13 de desembre de 2022*

La sessió extraordinària en homenatge i record de l'acadèmic Il·lm. Sr. Elías Campo es va celebrar el 13 de desembre de 2022 a la Sala Robert Follia del Col·legi de Notaris de Catalunya.

L'esdeveniment va estar copresidit pel degà-president del Col·legi Notarial de Catalunya, Excm. Sr. José Alberto Marín Sánchez, el president de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Excm. Sr. Francesc Tusques i Trias de Bes, i per la nova consellera de Justícia Hble. Sra. Gemma Ubasart i González. Completaren la taula l'acadèmic i expresident del Tribunal Constitucional d'Andorra Hble. Sr. Josep Delfi Guàrdia i Canela qui va llegir la necrològica; el fill del Sr. Campo, el també notari Sr. Miguel Ángel Campo Güerri, la vicedegana del Col·legi Notarial de Catalunya Il·lma. Sra. Raquel Iglesias Pajares i la vídua del Sr. Puig Salellas, Sra. M. Llum Aleu Bello.

També assistiren el degà de l'ICAB Excm. Sr. Jesús Sánchez, degans emèrits de l'ICAB, els representants de Col·legis professionals de Catalunya, personalitats del món notarial i un extens nombre de familiars entre els que destaquen els quatre fills del Sr. Campo.

El Degà del Col·legi de Notaris va declarar oberta la sessió pública i solemne en record de l'acadèmic i notari Il·lm. Sr. Elías Campo. Va agrair que la sessió tingués lloc a la seu del Col·legi de notaris i va donar la paraula al president de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, Excm. Sr. Francesc Tusquets.

El President de l'Acadèmia, per la seva part, va destacar la importància d'aquest acte amb el qual es vol recordar i honorar a un dels membres més estimats de l'Acadèmia, i es vol fer d'acord amb la tradició de l'Acadèmia amb la lectura d'una necrològica, la redacció de la qual es va encarregar a l'acadèmic Hble. Sr. Guàrdia.

A continuació es va llegir l'Acte de concessió, a títol pòstum, del Premi Puig Salellas en la seva XIV edició a favor del Sr. Elías Campo, i tot seguit el Sr. Guàrdia va llegir la necrològica del Sr. Elías Campo.

Finalitzada la lectura de la necrològica, el Degà del Col·legi de Notaris va donar pas a l'entrega del Premi Puig Salellas. Abans de l'entrega del Premi el Degà del Col·legi de Notaris va fer un públic agraïment al company notari i músic Sr. Josep Maria Valls per la música que es va poder escoltar en l'acte que s'estava celebrant. L'Hble. Consellera de Justícia va procedir a l'entrega del Premi en la persona del seu fill, Miguel Ángel Campo, notari.

El Sr. Miguel Ángel Campo va agrair en nom del seu pare i de la família el premi rebut amb unes sentides i emocionades paraules, que van començar amb l'agraïment a l'Acadèmia i al Col·legi de Notaris per l'organització de l'acte i l'atorgament del premi.

Tot seguit, com a reconeixement del Col·legi de Notaris a la figura d'Elías Campo, reconeixement que es vol mantenir en el temps, va anunciar la creació del Premi Elías Campo amb la finalitat de premiar treballs publicats en revistes jurídiques o mitjans de comunicació en matèria d'ADRs. El premi serà anual i es concedirà el mes de gener.

El Degà va saludar a continuació a la Consellera de Justícia agraïnt la seva presència a l'acte i oferint a la consellera la col·laboració dels notaris i notàries de Catalunya per continuar treballant en la modernització i millora de la legislació catalana.

L'Hble. Consellera de Justícia va tancar l'acte manifestant la seva satisfacció per poder estar present en un acte tan rellevant en el món jurídic català, que li permet retre homenatge a la figura del Sr. Elías Campo per la seva trajectòria personal i pel premi que li ha estat concedit a títol pòstum.

B. Sessió extraordinària de 10 de maig de 2023 celebrada a la seu del Col·legi de Notaris de Catalunya

El 10 de maig de 2023 es va reunir en sessió extraordinària l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya a la seu del Col·legi de Notaris de Catalunya.

L'objecte de la reunió va ser l'anàlisi de la reforma legislativa en matèria de l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat. Varen intervenir l'acadèmica Sra. Alegret, l'acadèmic Sr. Vendrell, la vicedegana de notaris Sra. Raquel Iglesias Pajares i el fiscal Sr. Antonio Torres Tur.

Va obrir l'acte el Degà del Col·legi de Notaris agraïnt la presència de la Directora General d'Entitats Jurídiques i Dret, i del Fiscal General de Catalunya, i també va agrair de forma especial a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya que hagués acceptat celebrar la seva sessió acadèmica a la seu del Col·legi Notarial, una Acadèmia que, va dir, ha de ser referent en tots els processos de reformes legislatives que es duguin a terme a Catalunya. A continuació donà la paraula a la Sra. Alegret.

Finalitzades les molt interessants intervencions dels ponents va cloure l'acte el president de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació, Sr. Tusquets, qui va destacar la col·laboració de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació i el Col·legi Notarial, dues institucions que venen col·laborant de forma molt profitosa en els últims anys en l'exercici conjunt de les seves responsabilitats.

A continuació es va obrir un torn d'intervencions dels assistents a l'acte que va donar lloc a un intens i interessant debat. Varen intervenir els acadèmics Srs. Giménez Duart, Salvador Coderch i Tarragona.

C. Sessió oberta celebrada el 21 de febrer de 2023

El dia 21 de febrer de l'any 2023, es va reunir l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, en sessió oberta. La sessió va comptar amb la intervenció de la Dra. Maria Teresa Soler Roch, catedràtica emèrita de dret financer i tributari de la Universitat d'Alacant, una jurista molt reconeguda i respectada, que tractarà el tema de «La imposició patrimonial: present i futur».

En obrir la sessió el President de l'Acadèmia va posar de manifest l'interès de l'Acadèmia en la celebració de sessions obertes, iniciades l'any 2011, en les que es convida a una persona de prestigi en el món jurídic, externa a l'Acadèmia i resident fora de Catalunya, per tal de que exposi un tema d'actualitat i interès jurídic.

L'acadèmic Sr. Font i Llovet va fer la presentació de la Dra. Soler destacant la seva brillant trajectòria acadèmica, personalitat eminent que forma part de la prestigiosa «escola valenciana» del Dret financer i tributari, amb estretes vinculacions amb les universitats catalanes. En particular va fer esment del fet que la Dra. Soler ha estat figura pionera en molts aspectes, —la primera dona catedràtica de la disciplina— i que sobresurt en el camp dels drets constitucionals i en el del dret tributari internacional, de la Unió Europea i de dret comparat, on pertany a les més prestigioses organitzacions acadèmiques. Recentment ha format part del comitè de persones expertes pel Llibre Blanc sobre la reforma tributària dels anys 2021 i 2022.

La professora Soler Roch va agrair la invitació de l'Acadèmia al seu President, i va dictar una brillant conferència centrada en el context de la imposició sobre la riquesa, on conflueixen dues perspectives, la de la justícia tributària i la del poder tributari. Va analitzar també els riscos en la regulació de la imposició patrimonial, tant a nivell internacional, on avui els estats competeixen entre si com agents econòmics, com a nivell intern espanyol, on la competència territorial implica deslocalitzacions i discriminacions i, en el fons, significa una oposició als impostos patrimonials, i va exposar els arguments contra aquests impostos. Va recordar que l'art. 19 de la LOFCA ja conté els principis de solidaritat i de pressió fiscal equivalent en tota Espanya, referida als tributs cedits, de manera que l'estat ja disposa dels mecanismes necessaris, i que per aquesta raó el Llibre Blanc recomana la solució més senzilla, per la via de limitar un % màxim de mínim exempt, una reducció de la tarifa i que la quota líquida no sigui inferior a un % de la quota íntegra. Finalment es va referir críticament a la regulació de l'impost sobre «grans fortunes» (Llei 38/2022), que no respon al previst al Llibre Blanc.

L'interès del tema i el magnífic contingut de la ponència varen generar un ampli debat amb els assistents, entre ells els acadèmics Giménez Duart i Brancós, la directora general de Tributs de la Generalitat, Sra. Caba, l'advocat Sr. Blasi i el degà del Col·legi de Procuradors Sr. Quemada, que plantegen interessants qüestions sobre les deslocalitzacions, el caràcter inflacionista del guany patrimonial, el problema dels grups empresarials i les societats instrumentals, així com sobre les iniciatives normatives de la Generalitat o els possibles efectes confiscatoris.

Finalitzat el debat, el president Sr. Tusquets va intervenir per felicitar la Dra. Soler per la seva magnífica conferència i va proposar la seva publicació a la *Revista Jurídica de Catalunya*, a més de la seva inserció en els *Annals* de l'Acadèmia. El director de la Revista Jurídica de Catalunya, l'acadèmic Sr. Gay, va agrair la proposta del Sr. Tusquets i va manifestar la plena disponibilitat per la publicació.

D. *Sessions solemnes d'obertura i de cloenda del curs acadèmic 2022-2023*

D.1. La sessió d'obertura del curs acadèmic 2022-2023 es va dur a terme sota la presidència del president de l'Acadèmia, l'Excm. Sr. Francesc Tusquets i Trias de Bes, actuant com a secretari, l'Il·lm. Sr. Joaquín Tornos. La Mesa presidencial va estar composada també pels acadèmics: censor de l'Acadèmia, Hble. Sr. Joan Egea, el tresorer, Il·lm. Sr. Antonio Cumella Gaminde i la vicepresidenta de l'Acadèmia, Excma. Sra. M^a Eugènia Alegret. Completaren la presidència: el president del Consell de Garanties Estatutàries, l'Hble. Sr. Joan Vintró i el president de la Comissió Jurídica Assessora, Excm. Sr. Jaume Vernet.

Van assistir a la sessió el degà emèrit, Excm. Sr. Josep M^a Antràs, la Il·lma. Sra. Mireia Ramon i l'Il·lm. Sr. Ramon Casanova en representació de l'ICAB, i també un nombrós número de familiars, amics i companys del Sr. Tomàs Font i Llovet qui va llegir el seu discurs d'ingrés.

El president, Excm. Sr. Francesc Tusquets i Trias de Bes declarà oberta la sessió pública i solemne d'inauguració dels curs 2022-2023 i de recepció com a nou acadèmic de número de l'Il·lm. Sr. Tomàs Font i Llovet.

D.2. El 28 de juny de 2023, al Saló d'Actes del Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, va tenir lloc la sessió pública i solemne de cloenda del curs i d'investidura de l'Il·lm. Sr. Eudald Vendrell.

La taula presidencial, presidida per l'Excm. Sr. Francesc Tusquets, va estar composada per la vicepresidenta de l'Acadèmia, Excma. Sra. M^a Eugènia Alegret, el censor de l'Acadèmia, Hble. Sr. Joan Egea, el tresorer, Il·lm. Sr. Antonio Cumella Gaminde, el secretari, Il·lm. Joaquín Tornos i el vicesecretari Il·lm. Sr. Tomás Font, i pel degà del Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, Excm. Sr. Jesús Sánchez.

Assistiren a la sessió personalitats com la segona tinent d'Alcalde de Barcelona i degana emèrita de l'ICAB, Excma. Sra. M^a Eugènia Gay, el cinquè tinent d'Alcaldia Il·lm. Sr. Albert Batlle, el degà de Vic Excm. Sr. Rogeli Montoliu, el vicedegà de RRII de la Universitat de Barcelona, Sr. Jaume Tarabal, el president de l'Acadèmia de Jurisprudència de les Illes Balears, Excm. Sr. Miquel Coca. També assistiren, el nou degà de procuradors, Il·lm. Sr. Javier Segura i la vicedegana de notaris, Il·lma. Sra. Raquel Iglesias, així com un nombrós número de representants del sector universitari i jurídic, de familiars, amics i companys del Sr. Eudald Vendrell.

Un cop finalitzat el discurs d'ingrés de l'acadèmic Sr. Eudald Vendrell i la seva recepció com acadèmic de número, el president de l'Acadèmia, Excm. Sr. Francesc Tusquets i Trias de Bes, va pronunciar el discurs de cloenda del curs acadèmic. I va donar compte de forma resumida de les activitats que s'han dut a terme d'acord amb les finalitats estatutàries de la institució.

Va destacar que en aquesta sessió l'Acadèmia tenia la satisfacció de rebre com a membre amb plenitud de drets a un advocat-advocat, que acabava de presentar un treball magnífic analitzant el contingut i els problemes d'un dret fonamental vinculat a la dignitat de la persona. Treball que va contestar brillantment l'acadèmic Sr. Gay.

Finalment, en el seu discurs de cloenda, el President va destacar el paper de l'Acadèmia com a entitat de diàleg i aprenentatge continu, al servei del món jurídic català.

II. COMUNICACIONS

En el curs 2022-2023 es varen presentar les següents comunicacions:

31 de gener. Comunicació de l'acadèmic Sr. Brancós sobre el tema: «El *ius transmissions* en el sistema successori del codi civil català i espanyol».

14 de març. Comunicació de l'acadèmic Sr. López Burniol sobre el tema: «La Constitució d'Andorra, abans i després».

18 d'abril. Comunicació de l'acadèmic Sr. Viver Pi-Sunyer sobre el tema: «Notícia de la proposta de reglament de la Unió Europea en matèria d'intel·ligència artificial».

23 de maig. Comunicació de l'acadèmic Sr. Badosa sobre el tema «Els here-taments».

III. NECROLÒGIQUES

En la sessió extraordinària en homenatge i record de l'acadèmic Il·lm. Sr. Elías Campo, que es va celebrar el 13 de desembre de 2022 a la Sala Robert Follia del Col·legi de Notaris de Catalunya, l'acadèmic Sr. Josep-Delfí Guàrdia va pronunciar una sentida i magnífica necrològica de qui va ser un amic personal i molt estimat. Va recordar el seu naixement a Barbastro, la seva llicenciatura en dret a Zaragoza el 1949, per obtenir poc després plaça de secretari judicial el 1950 i guanyar l'oposició a la judicatura el 1952 i posteriorment la plaça de notari a Tortosa el 1960, fins que el 1969 es trasllada a Barcelona on desenvoluparia tota la seva vida professional com a notari.

De la llarga i fecunda vida personal i professional del Sr. Elías Campo, el Sr. Guàrdia va destacar alguns moments vitals essencials. Va ingressar a l'Acadèmia l'any 2001 i va llegir el discurs d'ingrés el 3 de juny de 2004, sobre el tema «Aspectos del convenio y laudo arbitral vistos por un notario. Cuestiones en la nueva ley». A la figura de l'arbitratge va dedicar molts estudis, i va impulsar la creació del TAB.

Com a prova de la seva brillant trajectòria professional va recordar que la mateixa ha estat reconeguda amb el Premi Martí Miralles del Col·legi d'Advocats de Tortosa, l'any 2009, la Medalla de l'ICAB, la medalla d'or del TAB i amb el Premi Puig Salellas.

IV. INGRÉS DE NOVA ACADÈMICA I NOUS ACADÈMICS

En la sessió de 31 de gener es va procedir a celebrar la votació, en segona convocatòria, per cobrir la vacant del Sr. Puig Ferriol. El resultat va ser 9 vots per a Carmen Gete-Alonso i 9 vots pel Sr. Sebastià Sastre. De conformitat amb l'article 10 dels Estatuts de l'Acadèmia es va proclamar elegit el Sr. Sastre com a candidat de més edat.

En la sessió de 28 de juny es va procedir a celebrar la votació per cobrir les vacants del Sr. Enric Argullol i de la Sra. Alegria Borrás. Per cobrir aquestes vacants s'havien presentat dues candidatures, la de la Sra. M. Carmen Gete-Alonso per cobrir la vacant de la Sra. Alegria Borrás, i la del Sr. Jordi Seguí, per cobrir la vacant del Sr. Enric Argullol.

El resultat va ser: Sra. M. Carmen Gete-Alonso 17 vots a favor i un en blanc i, pel Sr. Jordi Seguí 18 vots a favor. D'acord amb els Estatuts queden proclamats els dos candidats com a membres electes de l'Acadèmia de Legislació i Jurisprudència.

V. DISCURSOS D'INGRÉS

A. En la sessió d'obertura del curs acadèmic 2022-2023 va llegir el seu discurs d'ingrés l'acadèmic Sr. Tomàs Font. D'acord amb les normes de l'Acadèmia, l'acte de lectura del discurs d'ingrés es va iniciar pel President en demanar als padrins del nou acadèmic, Sra. Eugènia Alegret i Sr. Carles Viver, que anessin a buscar al recipiendari a la Sala de l'Acadèmia. A continuació el President donà la paraula a l'Il·lm. Sr. Tomàs Font i Llovet perquè pronunciés el seu discurs d'ingrés amb el títol «La ciutat i el seu dret. El règim especial de Barcelona».

El Sr. Font Llovet va pronunciar un brillant discurs, tant en el seu contingut com en la seva forma, dedicat a les ciutats, com a institucions que en el món actual han passat a competir amb els estats. Prèviament, va recordar la personalitat i l'obra del seu pare, el Dr. Josep Maria Font i Rius, atès que passava a ocupar la vacant que ell havia deixat, així com la del jurista Jaume Callis, que dona nom a la medalla que portava el seu predecessor.

El discurs es va estructurar en tres grans apartats. En primer lloc va exposar alguns desenvolupaments recents en la configuració jurídica de la ciutat i de les seves funcions, destacant els canvis recents que porten a replantejar el dret tra-

dicional de les ciutats, i el reconeixement d'un dret especial per a determinades ciutats. En segon lloc va analitzar les característiques i el significat que té el dret especial de la ciutat de Barcelona; i en tercer lloc va exposar una visió prospectiva d'algunes dificultats i reptes que planteja la configuració jurídica de la ciutat en la dinàmica de la globalització, en concret en relació al territori, competències i organització.

Finalitzat el discurs, amb un fort aplaudiment dels assistents, el President va donar la paraula a l'Excm. Sr. Josep Enric Rebés per a què, en nom de l'Acadèmia, pronunciés el discurs de contestació.

El Sr. Rebés va destacar la seva entrançable relació amb el Dr. Font i Rius, pare del Sr. Font i Llovet, i els molts mèrits acadèmics i institucionals del Sr. Font i Llovet, com a investigador, professor i servidor públic. Pel que fa al discurs pronunciat, que qualifica de magnífic, en el seu també brillant discurs, el Sr. Rebés posa de relleu que el Sr. Font i Llovet va tractar un tema de màxima actualitat, com és l'organització i funcions de les grans aglomeracions urbanes. El Sr. Rebés va posar de manifest que el discurs, des de qüestions generals vinculades al dret constitucional i a la filosofia política, aterra en la realitat concreta del municipalisme i el dret públic català, plantejant un molt interessant estudi de la Carta Municipal de Barcelona com a dret de la ciutat.

Finalitzat el discurs de contestació, el President va lliurar al nou acadèmic la medalla i el diploma.

B. En la sessió solemne de cloenda del curs acadèmic 2022-2023 va llegir el seu discurs d'ingrés l'acadèmic Sr. Eudald Vendrell.

D'acord amb la normativa de l'Acadèmia, el President va demanar als padrins del nou acadèmic, Excma. Sra. Encarna Roca i Il·lm. Sr. Agustín Luna, que anessin a buscar el recipiendari a la Sala de l'Acadèmia.

El President de l'Acadèmia va donar la paraula a l'Il·lm. Sr. Eudald Vendrell Ferrer per a què pronunciés el seu discurs d'ingrés amb el títol: «L'accés a un habitatge digne: un dret humà fonamental».

El recipiendari Sr. Eudald Vendrell va començar el seu discurs recordant els seus mestres universitaris i els amics que varen presentar la seva candidatura, Srs. Josep Joan Pintó, Elies Campo i Agustín Luna. Va dedicar després una especial atenció a glossar la figura del jurista Ramon Martí d'Eixalà, del qual passarà a ocupar la medalla i setial; també va recordar al seu predecessor en la medalla que assumeix, el Sr. Santiago Hernández Izal.

En el seu brillant i compromès discurs el Sr. Eudald Vendrell va partir del seu convenciment segons el qual l'accedir i gaudir d'un lloc o espai adequat i digne per a viure-hi constitueix un dret humà bàsic o fonamental per a totes les famílies, i així ha de ser tractat i defensat amb la màxima intensitat, amb els instruments polítics i legals adients.

A continuació el President va donar la paraula a l'Excm. Sr. Eugeni Gay per a què, en nom de l'Acadèmia, pronunciés el discurs de contestació. En el seu discurs el Sr. Gay va començar recordant la llarga amistat amb el recipiendari, de qui va destacar els seus grans mèrits acadèmics i professionals, així com el seu compromís social en diverses institucions com Justícia i Pau i l'Institut de drets humans de Catalunya.

Pel que fa al contingut del discurs d'ingrés va destacar el seu sòlid argumentari per deixar ben palès que el dret a un habitatge digne resulta inherent a la dignitat de la persona, recordant el compromís de juristes com René Cassin o el papa Joan XXIII per fer efectiu aquest dret. Finalment va reclamar el necessari compromís dels poders públics i la iniciativa privada, a partir d'un indefugible compromís moral, per donar contingut a aquest dret.

Per concloure l'acte de recepció del nou acadèmic el President va cridar al nou Acadèmic i li lliurà la medalla i el diploma. El Sr. Eudald Vendrell va saludar als assistents i va rebre un fort i llarg aplaudiment.

VI. RENOVACIÓ DE CÀRRECS I RECUPERACIÓ DE LA FIGURA DEL VICESECRETARI/A

En la sessió ordinària de 17 de gener de 2013 es va procedir a la renovació en els seus càrrecs de l'acadèmica Sra. Maria Eugènia Alegret com a vicepresidenta, i del Sr. Cumella com a tresorer.

En la mateixa sessió es va acordar recuperar la figura del vicesecretari/a i es va anomenar vicesecretari a l'acadèmic Sr. Tomàs Font.

VII. QÜESTIONS ECONÒMIQUES

En la sessió de 28 de març de 2023 l'acadèmic-tresorer Sr. Cumella va informar dels comptes anuals de 2022 i va presentar el pressupost de l'any 2023.

Els comptes de l'any 2022 es van tancar amb un superàvit per la inclusió del dictamen emès per a la Conselleria de Justícia, si bé aquest dictamen es va cobrar al gener de l'any 2023.

El pressupost de 2023 compta amb uns ingressos de 36.345 euros i unes despeses de 30.450 euros, el que genera un petit superàvit.

El Sr. Cumella posa de manifest que l'Acadèmia porta dos anys amb petits superàvits, i que la situació econòmica està sanejada.

Els acadèmics i acadèmiques presents varen donar l'aprovació als comptes i al pressupost, i mostraren la seva satisfacció per la situació econòmica i felicitaren al tresorer per la feina realitzada.

VIII. ALTRES ACTIVITATS

—El 10 de febrer la Junta es va reunir amb la Sra. Imma Barral, directora de la Direcció General d'Entitats Jurídiques, Dret i Mediació, i la Sra. Francitorra, funcionària de la Direcció General.

La Directora General va manifestar que la seva Direcció General volia mantenir una relació especial amb l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació, i que s'hauria de tractar de donar major visibilitat a l'Acadèmia. En aquest sentit va oferir la possibilitat de que l'Acadèmia participés en unes propes Jornades organitzades per la Conselleria i el Col·legi de Registradors, de les que donem compte en aquesta Memòria. També va manifestar la voluntat de facilitar un major finançament a l'Acadèmia mitjançant consultes de temes puntuals d'interès per a la Conselleria sobre el que es volgués conèixer el parer de l'Acadèmia.

—L'Acadèmia va participar en les «II Jornades d'ADR en l'àmbit registral: les clàusules de mediació en els contractes», organitzades el 7 de juny de 2023 per la Conselleria de Justícia, amb col·laboració amb el Col·legi de Registradors. En aquesta Jornada va intervenir l'acadèmic Sr. Tornos amb una ponència sobre la mediació en la contractació pública.

—S'han emès dos Dictàmens per a la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació.

El 15 de novembre de 2022 es va entregar el Dictamen relatiu a «Les actuacions que caldria que l'Administració dugués a terme per a fomentar l'Arbitratge, la Mediació i altres sistemes alternatius de solució de conflictes».

El Dictamen va ser confegit per una Comissió d'acadèmics integrada per la Sra. M^a Eugènia Alegret Burgués, Sr. Antonio Cumella Gaminde, Sr. Eugeni Gay Montalvo, Sra. Cristina González Beilfuss, Sr. Joaquín Tornos Mas, Sr. Francesc Tusquets Trias de Bes i el Sr. Joan Egea Fernández, com a coordinador.

El segon Dictamen es va encarregar el mes de maig de 2023 i tenia com a objecte l'estudi de la mediació en la funció pública. Es va encomanar la redacció del Dictamen als acadèmics Srs. Font i Tornos, que van lliurar el seu treball el mes d'octubre i va ser tramés a la Direcció General.

—L'Acadèmia, mitjançant la participació del seu President, ha intervingut en diferents reunions del Consell Inter acadèmic. En aquestes reunions s'ha tractat de forma particular el problema del finançament de les Acadèmies i la necessitat de poder disposar d'un finançament més important per part de la Generalitat de Catalunya.

—El President de l'Acadèmia va participar en un acte organitzat per l'Acadèmia de les Bones Lletres en el que va desenvolupar la ponència «Dret català i cultura històrica».

—El President de l'Acadèmia ha participat en les reunions de les Fundacions Pau Casals i Fundació del Col·legi Notarial, i en la regularització de la Fundació Luis Peguera.

—El 10 de novembre va tenir lloc l'acte d'investidura com a Doctor Honoris Causa de la Universitat de Saragossa de l'acadèmic Sr. Ignacio Sancho. L'acadèmic Sr. Guàrdia va assistir en representació de l'Acadèmia.

—S'han publicat els Annals XI del curs 2021/2022.

DISCURS INAUGURAL DEL CURS 2023-2024
21 de novembre de 2023

**ELS JURISTES I LA CULTURA HUMANÍSTICA.
DRET I LITERATURA**

per
FRANCESC TUSQUETS I TRIAS DE BES
President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Autoritats,
Companyes i companys acadèmics, Senyores i senyors,
Amics,

I. INTRODUCCIÓ

Inaugurem avui de forma oficial el curs 2023-2024 de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

Amb la lectura, per part del secretari de la Corporació Dr. Tornos, de la Memòria del curs 2022-2023, hem pogut conèixer les principals activitats acadèmiques dutes a terme al llarg del curs anterior.

I en el curs que avui comença tenim el ferm propòsit de continuar amb les nostres activitats:

Celebrar quinzenalment sessions acadèmiques ordinàries, sessions públiques i solemnes quan correspongui i sessions obertes, en les que convidem a un jurista de reconegut prestigi a impartir una conferència sobre un tema d'interès jurídic i d'actualitat, per mantenir després un interessant i enriquidor col·loqui.

També volem, com vàrem fer el curs anterior, celebrar sessions conjuntes amb altres institucions jurídiques.

Seguirem prestant assessorament i continuarem reclamant un finançament més adequat, que ens permeti desenvolupar les activitats i prestar els serveis que la societat ens demana.

Tenim també el propòsit d'estrènyer els vincles amb la resta d'Acadèmies catalanes, dedicades a altres ciències i arts i amb totes les que componen la *Conferència Permanente de Academias Jurídicas de Iberoamérica*.

Esperem àdhuc que al nou curs es llegeixin més d'un discurs d'ingrés i hi hagi noves incorporacions d'acadèmics.

La sessió pública i solemne d'inauguració del curs acadèmic té, per a nosaltres, una importància cabdal.

Obrim les portes de l'Acadèmia per mostrar el que hem fet i el que pretenem fer.

D'acord amb els estatuts de la nostra Corporació, correspon al President, o a l'acadèmic en qui delegui, pronunciar una conferència en l'acte inaugural del curs.

Mandat estatutari que de molt bon grat assumeixo, però al mateix temps conscient i preocupat per la responsabilitat que comporta.

Són molts els temes d'interès susceptibles de ser tractats en un acte com aquest.

Cal però tornar als estatuts, som juristes, i aquests estableixen com un dels fins de l'Acadèmia el foment de la cultura jurídica.

I, segons el nostre parer, la cultura jurídica ha d'estar acompanyada necessàriament de la cultura humanística.

No n'hi ha prou amb un bon coneixement especialitzat en dret, cal tenir cultura general, és a dir, el conjunt de coneixements no especialitzats que s'adquireixen mercès al desenvolupament de les facultats intel·lectuals, mitjançant la lectura, l'estudi i el treball.

Sempre m'agrada recordar que el dret desplega els seus efectes influït pel conjunt de manifestacions culturals, artístiques i de pensament que l'envolten. Per aquest motiu, un bon jurista ha de tenir aquests coneixements culturals.

D'altra banda, hem de destacar la gran importància que té, en la tasca dels juristes, la interpretació dels textos.

I com estableix l'article 3 del Codi Civil estatal, «Las normas se interpretarán de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas».

Insisteixo, per tant, en què cal disposar d'una àmplia cultura general que permeti als juristes conèixer la realitat social.

I és aquesta la idea que em permeto desenvolupar en el discurs inaugural del curs, que he intitulat:

ELS JURISTES I LA CULTURA HUMANÍSTICA. DRET I LITERATURA

II. LA QÜESTIÓ A L'ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ DE CATALUNYA

Tinc el privilegi de presidir una institució, en la que els seus membres són persones cultes, que han llegit molt i bé.

Ho demostren dia rere dia en les seves intervencions i en llurs treballs acadèmics.

Entre els treballs acadèmics voldria destacar els discursos d'ingrés, que són habitualment peces de gran volada jurídica.

La gran majoria dels discursos d'ingrés estan òbviament encorats en els corresponents fonaments jurídics, però a més contenen referències a treballs d'historiadors, sociòlegs, filòsofs, literats i economistes; la qual cosa posa de manifest la cultura humanística dels acadèmics.

Alguns exemples.

L'acadèmic d'honor Ignacio Sancho Gargallo va intitular el seu discurs d'ingrés «*Iuris prudentia del juez civil*», i en el qual digué:

«Pero la formación del juez no puede ser exclusivamente técnica y jurídica, sino que debe ser también humanística y cultural. Por la labor que desarrolla el juez debe ser un humanista, capaz de comprender al hombre de hoy y los problemas sociales que subyacen a los casos que se le presentan, y consiguientemente juzgar con más racionalidad y acierto. Y es que, ya hemos visto que la racionalidad judicial no implica únicamente el manejo del razonamiento abstracto, sino también una capacidad para comprender la singularidad del caso concreto, lo cual exige cierto tipo de experiencia del mundo, de empatía, que la literatura puede ayudar a comprender.»

Quan el professor Rafael Jiménez de Parga contestà el meu discurs d'ingrés sobre «*Abús del dret i tutela de la minoria en les societats de capital*», es preguntà retòricament referint-se a Kelsen: «*¿Hubiera sido posible aceptar con entusiasmo la teoría pura del derecho sin que en aquellos días de entre guerras dominara la poesía pura, la pintura cubista, el florecimiento positivo o la divinización de la ciencia?*».

Són alguns exemples, però podríem posar-ne molts d'altres, que acrediten l'extraordinària importància que la cultura humanística ha tingut i segueix tenint per als nostres acadèmics.

III. LES RELACIONS ENTRE EL DRET I LA LITERATURA

Tot i que aparentment el dret i la literatura pertanyen a mons ben diferents, són molts els vincles i les relacions entre ambdues disciplines.

En primer lloc, el dret està constituït pel llenguatge igual que la literatura. Precisament les vinculacions entre el llenguatge i el dret van ser l'objecte del discurs d'ingrés a l'Acadèmia del professor Badenes Gasset l'any 1973.

Tant els juristes com els literats treballen fonamentalment amb la paraula, el text, el discurs, la narració.

Efectivament, els escrits i informes dels advocats, les resolucions judicials, les escriptures notariales i els textos acadèmics dels juristes estan formats per paraules.

Com va posar de manifest el nostre company Agustín Luna al seu discurs d'ingrés sobre *Las ficciones del derecho en el discurso de los juristas* (27 de gener de 2004), els juristes poden fer servir habitualment: «... en su razonamiento, las modalidades, los recursos intelectuales y aún las licencias que la expresión literaria tan amplia y variadamente permite, en cuanto que como todo lenguaje, el lenguaje jurídico no es sino un conjunto de expresiones formales y, por tanto directamente propensas a la convencionalidad».

Martha Nussbaum, en el seu llibre *Poetic Justice*, qualifica els juristes com artistes del llenguatge.

I Magris al seu magnífic assaig «Literatura y Derecho. Ante la ley» diu: «*El derecho puede ser una escuela de poesía*», i afegeix, «*Los antiguos, que habían comprendido casi todo, sabían que puede existir poesía en el acto de legislar; no casualmente muchos mitos expresan que los poetas también fueron los primeros legisladores*».

Perquè el dret és un art, com ja digué Celso: «*Ius est ars boni et aequi*».

Tots coneixem el principi «*Nemo ius ignorare censetur*», que incorporat al C.C. estatal, article 6.1, disposa: «*La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento*».

I Paul Valéry va establir el principi paral·lel: «*A nadie es admitido ignorar el lenguaje*».

Però la interacció entre el dret i la literatura ultrapassa els límits del llenguatge. Va més enllà, perquè la literatura, la bona literatura ens ajuda a comprendre la complexitat del món que ens envolta, que els juristes necessàriament han de conèixer per desenvolupar la seva activitat.

Com va escriure el novel·lista Javier Cercas: «*La misión de la literatura consiste en comprender, es decir, en explorar a fondo los límites de la experiencia humana, entonces la literatura es un instrumento para combatir el mal*».

I en aquest sentit, l'analogia amb el dret és ben clara.

D'altra banda, el dret comporta la necessitat d'interpretar textos, com la crítica literària. L'art aspira a interpretar la realitat. «*Ars est celare artem*».

Ihering diu que la jurisprudència és una obra d'art.

Els juristes interpretem textos: lleis, sentències, contractes, etc... L'hermenèutica constitueix una part molt important de la nostra tasca. Sobre aquest punt no em puc resistir a citar una frase de l'escriptor francès Jean Giraudoux:

«*El derecho es la más poderosa de las escuelas de la imaginación. Ningún poeta ha interpretado la naturaleza tan libremente como los juristas interpretan la realidad*».

En definitiva, com va exposar Teresa Arsuaga, autora del llibre «*El Abogado Humanista*», «... el derecho no es una disciplina aislada y autónoma, sino integrada en el devenir de la cultura».

I Díez-Picazo va dir: «*Nada en el Derecho es ajeno a la literatura*».

IV. AUTORS AMB FORMACIÓ JURÍDICA

Una de les clares manifestacions de les relacions entre la literatura i el dret és la que fa referència a la formació jurídica de molts dels grans autors de tots els temps.

La llista fóra interminable, per la qual cosa cal sintetitzar, i la síntesi és forçosament subjectiva; en el meu cas, atenent a criteris de proximitat i coneixement de la seva obra i preferències literàries.

Han cursat estudis formals de dret, tot i que no tots els van concloure, els següents autors:

El primer que voldria citar és el poeta romà Ovidi, autor del *dictum* que encapçalà el meu discurs d'ingrés a l'Acadèmia, que recull els principis generals de protecció dels més febles, que impregnen l'ordenament jurídic: «*Inde latae leges ne firmior omnia posset*», que podem traduir per: «*les lleis es dicten perquè el més fort no ho pugui tot*».

De la literatura catalana citaria en primer lloc a Joan Maragall, que exercí com a advocat, i també a Salvador Espriu, llicenciat en dret i col·legiat a l'ICAB. Fill de notari, que treballà a la notaria del notari successor en el protocol del seu pare.

El també poeta Josep Carner, que ingressà a la carrera diplomàtica.

Tal com vàrem llegir al *Quadern gris*, Josep Pla, després d'abandonar els estudis de medicina el primer curs, es matriculà a la Facultat de Dret de la Universitat de Barcelona i seguí tots els cursos fins a la llicenciatura.

L'obra planiana, immensa com tots sabem, conté diversos articles sobre dret, i en particular de dret civil català.

D'altra banda, un percentatge significatiu de les semblances biogràfiques de personatges del seu temps que Pla va anomenar *Homenots* foren juristes.

Permeteu-me assenyalar dos: els dedicats a Joan Ventosa i Calvell i a Ramon M^a Roca-Sastre, ambdós presidents de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

També van cursar estudis de dret a la Facultat de Barcelona, Josep M^a de Sagarra, Jaime Gil de Biedma, Carlos Barral, Juan i José Agustín Goytisolo i Josep M. Espinàs.

Carmen Laforet, l'autora de la premiada novel·la *Nada*, va començar a la Universitat de Barcelona els estudis de Dret i Filosofia.

No voldria oblidar a Eduardo Mendoza, gran autor barceloní i que tant ha escrit amb la nostra ciutat com a protagonista, llicenciat en dret, treballà uns anys a l'assessoria jurídica d'una entitat financera catalana. La seva primera obra «*La verdad sobre el caso Savolta*» va ser qualificada pel propi autor com una novel·la d'advocats.

També va cursar la llicenciatura en dret l'assagista valencià Joan Fuster.

I el filòsof i assagista Javier Gomá, és també llicenciat en dret i Letrado del Consejo de Estado.

Jacinto Benavente, Juan Ramón Jiménez, Camilo José Cela i Vicente Aleixandre, tots ells Premis Nobel de Literatura, van cursar també estudis de dret, igual que Federico García Lorca.

Leopoldo Alas (Clarín), autor de *La Regenta*, una de les grans novel·les del segle XIX, fou catedràtic de dret natural i de dret romà de la Universitat d'Oviedo.

També ostentà una càtedra, en aquest cas la de dret mercantil de l'Escola de Comerç de Valladolid, Miguel Delibes, excel·lent novel·lista i membre de la RAE.

La recentment guardonada amb el «Premio Nacional de las letras españolas 2023» Cristina Fernández Cubas, és llicenciada en dret per la UB, filla del notari Aurelio Fernández Anadón i nora de l'advocat i secretari de la nostra Acadèmia, Carlos Trias Bertrán.

Tres dels grans autors de l'anomenat «Boom latinoamericano», Vargas Llosa, García Márquez i Carlos Fuentes, van seguir als seus respectius països d'origen estudis de dret.

De la literatura francesa, tenien formació jurídica, entre d'altres, Montaigne, Voltaire, Honoré de Balzac, Gustave Flaubert i Marguerite Duras.

De la literatura germànica, Johann Wolfgang von Goethe, els germans Grimm i Franz Kafka, autor txec que escrivia en alemany.

Del món anglosaxó, Robert Louis Stevenson, autor de *L'illa del tresor* i *L'estrany cas del Dr. Jekyll i Mr. Hyde*, va tenir la doble condició d'escriptor i jurista.

També el gran novel·lista rus Lev Tolstoi estudià dret.

Els autors que he esmentat van estudiar dret, però després es van decantar per la creació literària.

Nogensmenys, és evident que la formació jurídica va influir d'alguna manera en la seva obra, en la que es poden detectar conceptes i punts de vista originats per llur formació, tant en el fons com en la forma, si és que és possible en literatura distingir la forma del fons.

En algun cas, com en *El Procés* de Kafka, la formació jurídica del seu autor és molt evident.

M'agradaria, però, referir-me també a alguns escriptors amb formació jurídica que no van abandonar el dret per la creació literària, sinó que van poder i saber compatibilitzar ambdues activitats.

Tot i l'exigència en la dedicació que tots coneixem de les professions jurídiques, van voler i poder dur a terme una reconeguda activitat literària.

En aquest sentit voldria recordar que, en els primers anys del meu exercici de l'advocacia, vaig tenir l'oportunitat i el goig de reunir-me per qüestions professionals, amb en Maurici Serrahima, al que vaig visitar al seu despatx al carrer Petritxol, i amb el poeta Tomàs Garcés, al seu despatx d'advocats a la Gran Via.

Segur que molts de nosaltres hem llegit llibres del notari Xavier Roca Ferrer, autor d'una àmplia bibliografia d'assaig i novel·la, i també del jutge Joan Perucho, i del registrador Josep Maria Quintana Petrus.

Tinc a la meua biblioteca, un llibre de poemes escrits tots ells per advocats de Barcelona.

I alguns companys de professió són inclús autors de *best sellers* com *La Catedral del Mar* (Ildefonso Falcones).

El reconegut advocat laboralista català Albert Fina Sanglas és autor d'un interessant llibre intítulat *Justicia y literatura*, en el qual comenta una seixantena d'obres literàries que s'ocupen de la justícia, on la trama o els personatges pertanyen al món judicial.

Voldria també citar a l'advocat i professor de dret internacional anglès Philip Sands, autor de llibres tan interessants i ben escrits com *Calle Este-Oeste*, *Ruta de escape*, i el darrer que acaba de publicar-se, *L'última colònia*.

Sands ha estat fa poques setmanes aquí a Barcelona al festival de literatura Kosmopolis, per parlar de les seves dues passions: el dret i la literatura, i va explicar que, en el seu cas, la doble activitat com a advocat i com a escriptor interactuen i es retroalimenten. L'estudi, la investigació i la necessitat de sintetitzar pròpies de les tasques com a advocat, són eines molt valuoses quan escriu novel·les.

V. EL MOVIMENT *LAW AND LITERATURE*

Una de les més singulars aportacions que s'han fet sobre l'ensenyament del dret el constitueix el moviment *Law & Literature*.

Es tracta d'un moviment que va sorgir als anys setanta del segle passat a les universitats nordamericanes, i van ser molts els treballs doctrinals que van provocar un intens i enriquidor debat sobre aquesta qüestió.

Els pioners en aquest corrent varen ser els professors James Boyd White i Richard Weisberg, que van pretendre repensar la ben estesa concepció del dret com una disciplina abstracta, impersonal i burocràtica, per donar-li una imatge més literària. També van escriure sobre aquest assumpte juristes molt rellevants, com els jutges i professors Benjamin Cardozo i Richard Posner.

Proposaven, per tant, una formació jurídica a les universitats més integral, que aportés capacitat crítica cultural, i un domini de les habilitats literàries per tal de millorar la qualitat, tant del pensament com de l'expressió.

Amb la finalitat d'aconseguir aquests objectius, es recomana la lectura de determinades obres de la literatura universal, que ajudin a pensar, llegir i escriure bé sobre les qüestions que més importen sobre la vida humana.

Es destaca la potencialitat dels textos literaris per a promoure una intel·ligència empàtica i cognitiva que hauria de ser fonamental pels juristes, atès que la literatura ensenya a superar els conflictes, a prevenir-los i a no repetir-los; per la qual cosa contribueix a una millor comprensió del raonament jurídic.

El moviment *Law & Literature* va traspasar les fronteres nordamericanes i es va anar estenent a altres països iberoamericans i europeus.

Concretament a Espanya s'han publicat sobre la matèria alguns treballs interessants, com els de la ja esmentada Teresa Arsuaga i els dels professors de filosofia del dret Bueno Ochoa, Calvo González, Carreras Jiménez, Falcón y Tella, Rivaya i Talavera, entre d'altres.

Els autors que han treballat aquesta qüestió acostumen a analitzar-la des d'una triple perspectiva:

—*Law in Literature*.

—*Law as Literature*.

—*Law of Literature*. Vegem-ho.

VI. EL DRET EN LA LITERATURA

Consisteix a analitzar el dret a partir de la literatura.

La llei, la justícia, el funcionament dels tribunals i altres qüestions anàlogues han estat tractades per la literatura.

Es proposa conseqüentment abordar les diferents temàtiques jurídiques amb la lectura i anàlisi de les grans obres de la literatura universal.

Alguns exemples de clàssics de la literatura que acostumen a citar els tractadistes del moviment *Law & Literature* són els següents:

ANTÍGONA, la tragèdia de Sofocles.

Com digué el conegut —i controvertit— advocat francès, autor del llibre *Justicia y literatura* Jacques Vergès, el judici d'Antígona és el més antic de la història, atès que es desenvolupa en una època immemorial, la dels déus i dels mites.

Com és ben sabut, el rei de Tebas Creonte decretà que Polínices no fos enterrat com a càstig per la seva presumpta traïció. La seva germana Antígona desobeeix al rei i decideix enterrar a Polínices, per la qual cosa és condemnada a ser enterrada viva.

El ja esmentat professor Magris ens fa veure que, front a la llei de Creonte que nega valors i sentiments universals, Antígona oposa les lleis no escrites dels déus i principis universals que cap autoritat no pot violar.

Ens trobem segurament en un cas d'objecció de consciència o desobediència civil «*avant la lettre*».

La tragèdia aborda, per tant, i als efectes del moviment que estem estudiant, el problema de la legitimitat del dret.

EL MERCADER DE VENEZIA, de William Shakespeare.

No hi ha cap mena de dubte que la pràctica totalitat de les qüestions que afecten a l'home estan tractades en les obres del gran escriptor de Stratford.

I en particular —en això coincideixen els autors que han tractat aquest assumpte—, en el *Mercader de Venècia*.

Es tracta, com tots coneixem, del contracte de préstec entre Shylock, usurer jueu i Antonio, empresari navilier cristià.

Shylock concedeix el préstec a Antonio amb la condició de que si no paga li haurà de donar al prestamista una lliura de la seva pròpia carn.

Els vaixells d'Antonio s'enfonsen i no pot pagar el deute.

El conflicte es planteja davant el Dux de Venècia, on intervé Porcia, disfressada d'advocat i defensa que el prestamista pot cobrar-se el deute amb la lliura de carn però sense derramar ni una gota de sang, tenint en compte que la legislació veneciana prohibeix tota clàusula que atempti contra la vida.

L'obra planteja, per tant, la problemàtica de la interpretació jurídica, de les lleis i dels contractes. El dret merament formal no pot conduir a un resultat injust. Cal l'aplicació de l'equitat.

DON QUIXOT DE LA MANXA, de Miguel de Cervantes Saavedra.

Es considera el Quixot com la primera novel·la moderna i una de les millors de la literatura universal.

Són molt nombrosos els treballs acadèmics, incloses tesis doctorals, que han analitzat el tractament del dret i la justícia en aquesta gran novel·la. Els estudiosos han posat de manifest que Cervantes, tot i no tenir formació jurídica, tracta amb solvència qüestions de dret civil, dret penal, dret laboral, i també dret públic.

A tall d'exemple, en el darrer capítol es tracta el testament d'Alonso Quijano davant l'escrivà que el redacta, en el que hi ha institució d'hereu, legataris i marmessó.

Són moltes les figures jurídiques que surten a la novel·la, i s'ha destacat que inclús hi ha una referència a la rescissió per lesió. També cal posar de relleu la peculiar forma d'administració de la justícia per part de Sanxo, Governador de la Insula de Baratària. Però els autors del moviment *Law & Literature*, destaquen en el Quixot especialment la cerca d'una justícia idealitzada.

Precisament «*El ideal de justicia de Don Quijote de la Mancha*» fou el títol del discurs de recepció com acadèmic de mèrit de D. Alfonso Pons y Umbert a la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación l'any 1922.

CRIM I CÀSTIG, de Fiodor Dostoyevski.

Considerada juntament amb *Guerra i pau*, de Tólstoi, les grans obres de la literatura russa del segle XIX.

És una novel·la psicològica.

L'estudiant de medicina Raskòlnikov assassina a una vella prestamista que odia, per robar-li els diners que li permetran acabar els seus estudis universitaris i impedir el matrimoni no desitjat de la seva germana.

Raskòlnikov es considera moralment legítimat per dur a terme el seu crim, com a ser superior, però després la seva mala consciència l'angoixa i confessa el seu crim. Descobreix que no és un ser superior, sinó un ser humà que ha comès un crim i ha de pagar per la seva acció.

El diàleg entre el policia i Raskòlnikov és considerat per Stefan Zweig una de les pàgines més brillants de la literatura.

En definitiva, la complexitat psicològica de la culpa és el motiu que justifica l'elecció de *Crim i Càstig* en el moviment de Dret i Literatura que estem estudiant.

EL PROCÉS, de Franz Kafka.

És ben conegut l'incipit del llibre:

«*Alguien debía de haber calumniado a Josef K., porque, sin haber hecho nada malo, una mañana fue detenido*».

Des d'aquest moment comença per a K. un autèntic malson i absurd procés del qual intenta defensar-se, però ignora de què és acusat i quin és el tribunal que l'està jutjant, el que impedeix la seva defensa.

Representa la inaccessibilitat a la llei i a la justícia, i comporta la presumpció de la culpa en comptes de la presumpció d'innocència.

K. no gaudeix del dret a un procés públic amb garanties processals i sense dilacions indegudes, per la qual cosa acudeix al tràfic d'influències.

Kafka, ja ho hem dit, tenia formació jurídica, el que queda palès en aquest llibre, que ha originat l'adjectiu «kafkià» que tots hem fet servir.

Són alguns exemples, però molts altres clàssics de la literatura universal aborden, bé directament temes relacionats amb el dret, o bé problemes de l'actuació humana susceptibles d'interessar al dret.

Seria el cas de *L'Iliada* i *L'Odisea*, d'Homer; *La Divina Comedia*, de Dante; *David Copperfield*, de Dickens; *La isla del tesoro*, de R.L. Stevenson; *El hombre sin atributos*, de R. Musil; *1984*, d'Orwell; *L'estranger*, d'Albert Camus; *La fiesta del chivo*, de Vargas Llosa; *Michael Kohlhaas*, de Heinrich von Kleist, que Magris considera «*el mejor cuento que jamás se haya escrito sobre la letra y el espíritu de la ley, su violación y la sed de justicia*».

En definitiva, com exposen els professors Karam i Magalhaes, es pretén destacar la capacitat de les obres literàries d'incitar l'empatia del lector respecte de les situacions narrades i els personatges de les històries, la qual cosa permet reflexionar i posicionar-se críticament respecte de qüestions fonamentals de la vida.

VII. EL DRET COM A LITERATURA

Consisteix en estudiar els textos jurídics amb els criteris propis de l'anàlisi literària.

En la pràctica, és habitual referir-se als textos doctrinals dels juristes com a «*literatura jurídica*».

No hi ha cap mena de dubte en l'important paper que juga la retòrica en el dret. Des d'aquesta perspectiva el llenguatge es pot considerar un element comú al dret i a la literatura.

Tant els textos doctrinals com les lleis i textos judicials i extrajudicials han de tenir cura del llenguatge.

Fa un parell de setmanes, en una sessió oberta de l'Acadèmia, el ponent convidat professor Pantaleón va comentar una sentència del Tribunal Suprem i va dir: «*está magníficamente escrita, poesía pura pero los argumentos jurídicos no se sostienen*».

Ja hem dit que alguns dels grans autors de la literatura universal tenien formació jurídica.

Doncs bé, alguns dels grans juristes, foren al mateix temps magnífics escriptors.

És, per exemple, el cas del professor Joaquín Garrigues (si em permeteu, mestre del meu mestre Rafael Jiménez de Parga).

Miguel Delibes, novel·lista i catedràtic de dret mercantil, escrigué en el seu llibre «Pegar la hebra»:

«Hay quien dice que yo he dicho que don Joaquín Garrigues me enseñó a escribir, pero, en rigor, no es eso lo que he dicho; es más que eso: Garrigues despertó mi interés por la palabra escrita, seducirme con sus múltiples combinaciones y, en consecuencia, me ganó para un mundo, el de las letras, en el que yo nunca había soñado entrar. Hasta aquel momento yo había leído libros atraído por lo que decían, esto es por el vehículo expositivo. Después de conectar con el curso de Derecho Mercantil, mi actitud cambió y la forma de decir llegó a apasionarme tanto como el mensaje que contenía».

Una vintena de professors de dret de diverses disciplines han publicat un llibre intitulat «*Derecho y Literatura en la novela de Miguel Delibes*», on comenten els aspectes jurídics en les novel·les de l'esmentat autor.

A la presentació del llibre, Elisa Delibes, filla de l'escriptor i professora de llengua i literatura, diu: «*Dios mío ¡qué bien escriben los hombres de leyes! Infinitamente mejor que los de aquellas profesiones donde la redacción es una materia fundamental y de obligado cumplimiento*».

D'altra banda, és sabut que l'any 1840 Stendhal va escriure Balzac, per explicar-li que abans de seure cada dia per escriure «*La Cartoixa de Parma*», llegia dues o tres pàgines seguides del Codi Civil francès per fixar el seu estil.

També és exemple de molt bon escriptor l'internacionalista abans esmentat Philippe Sands, autor d'una obra de gran solvència literària.

Bona prova de que els juristes fan literatura és que són quatre els presidents comuns que han tingut l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació i la Reial Acadèmia de Bones Lletres de Barcelona: Joaquim Rey i Esteve, Ramon Roig i Rey, Manuel Duran i Bas, i Josep Pella i Forgas.

I l'actual director de la Real Academia Española de la Lengua es el catedràtic de dret administratiu Santiago Muñoz Machado.

La tasca del jurista té a veure, ja s'ha dit, amb la interpretació de textos, i en aquest sentit regeix el principi «*In ambiguis contra estipulatorem*».

És a dir, la interpretació de clàusules fosques d'un contracte no ha d'afavorir a la part que ha provocat la foscor.

Aquesta preocupació per la claredat del llenguatge jurídic no és nova. Ja el Codi de Comerç de 1829, el primer, establia al seu art. 341 que «... *Cuando las partes contrataran de viva voz un negocio es fundamental utilizar una expresión clara y fácil de entender*».

Perquè els textos jurídics són —insisteixo— narrativa.

En aquest sentit és interessant la distinció que fa el filòsof alemany d'origen coreà Byung-Chul Han, entre narració i informació. El dret és narració, no informació.

A tall d'exemple, un procediment judicial és un relat, en el que hi ha plantejament, nus i desenllaç.

El plantejament en un procediment civil el constitueixen les al·legacions de la part actora i en un procés penal, la denúncia o querella.

El nus en un plet civil, les al·legacions de la part demandada, i en un procés penal, les de la defensa.

I el desenllaç, òbviament, la resolució judicial.

Per tant, la retòrica, la interpretació i la narrativa són les característiques pròpies de l'anàlisi del dret com a literatura.

Però és clar que també hi ha diferències entre el dret i la literatura.

Així, Falcón y Tella afirma que mentre el discurs jurídic crea certes, la literatura origina verosimilituds.

VIII. EL DRET DE LA LITERATURA

Existeix naturalment una regulació jurídica de la literatura.

Així, la propietat intel·lectual, la llibertat d'expressió, el dret a l'honor, les injúries i calúrnies, etc..., són qüestions jurídiques que tenen relació amb la literatura.

S'acostuma a distingir dos àmbits en els que opera la propietat intel·lectual: el dret moral i el dret pecuniari.

El dret moral està constituït pel conjunt de facultats extra patrimonials de l'autor de l'obra:

Les decisions respecte a la divulgació de l'obra, el reconeixement de la condició de l'autor de l'obra, l'exigència de la integritat de l'obra, etc...

El dret pecuniari es concreta en l'explotació econòmica en exclusiva de l'obra durant tota la vida de l'autor, i els seus hereus vuitanta anys després de la seva mort, en què els drets passen a domini públic.

Per exemple, enguany ha passat a domini públic l'obra dels escriptors Virginia Woolf, Marcel Proust, Miguel Hernández, Stefan Zweig, etc...

Cal tenir en compte que els drets d'autor són reconeguts com un dret humà fonamental.

Aquesta regulació respecte de les obres literàries ha provocat una intensa litigiositat.

En aquest sentit voldria referir-me a alguns processos en els que han estat involucrats escriptors de renom.

Per exemple, Camilo José Cela va estar acusat de plagi per la seva novel·la *La Cruz de San Andrés*, amb la que va guanyar el Premi Planeta l'any 1994.

Altres escriptors de reconegut prestigi, com Carlos Fuentes i José Saramago, també van ser acusats de plagi.

El poeta Fray Luis de León va estar tancat a la presó per la Inquisició cinc anys, tot i que finalment fou absolt i tornà a la universitat, reprenent les seves classes amb la cèlebre frase: «*Decíamos ayer ...*».

D'altra banda, dos dels grans escriptors francesos del segle XIX, Gustave Flaubert i Charles Baudelaire, van ser objecte de procediments penals.

Com ens recorda Martí Mingarro (al llibre «*El Abogado en la Historia, un defensor de la razón y de la civilización*»), ambdós escriptors van ser denunciats el mateix any 1857, davant el mateix tribunal i pel mateix fiscal.

I el contingut de l'acusació era igual: la immoralitat, en el cas de Baudelaire pels versos de «*Les fleurs du mal*» i en els de Flaubert per «*Madame Bobary*».

Com és ben sabut, Flaubert va ser absolt amb fonament en la llibertat d'expressió.

Per contra, «*Les fleurs du mal*», fou successivament censurada.

També *L'Ulysses*, de James Joyce, va patir problemes de censura, igual que, per exemple, les obres de Henry Miller.

I actualment tenim plantejada la problemàtica del plagi i la Intel·ligència Artificial, com ja ha estat denunciat.

Però potser un dels més cèlebres judicis a escriptors fou el que va patir a finals del segle XIX Oscar Wilde.

Va ser Wilde qui va iniciar un procediment denunciant per injúries al marquès de Queensberry, pare del seu amic Bosie, que no va prosperar.

El Marquès, absolt en el procés, va després denunciar Wilde en un procés inquisitorial sobre la vida i obres de l'escriptor, que va ser condemnat i va patir presó a Reading.

IX. CINEMA JURÍDIC

Voldria referir-me, tot i que molt breument, al cinema jurídic.

És evident que el cinema és també un art narratiu, i que moltes de les obres literàries esmentades en aquest discurs van arribar després al cinema.

També és ben sabut que el cinema és una eina pedagògica que pot tenir un rol significatiu en l'ensenyament del dret.

No són infreqüents en les Facultats de Dret els seminaris i cine-fòrums sobre temàtiques jurídiques, i és habitual que professors recomanin determinades pel·lícules als estudiants.

Existeix el que podem anomenar cinema jurídic, en el que es tracten qüestions com la justícia, la llibertat, la culpa, etc..., com el dels directors John Ford, Costa-Gavras, Ken Loach o Woody Allen.

Però dins del cinema jurídic destaca el subgènere de cinema de judicis. Són efectivament moltes i algunes excel·lents les pel·lícules sobre judicis.

Una de les millors és probablement *12 Angry men*, *12 homes sin pietat*, dirigida per Sidney Lumet l'any 1957, en la que Henry Fonda en el paper de jurat número 8 convenç a tots els altres membres del jurat.

També és una gran pel·lícula *Matar a un ruiseñor*, dirigida l'any 1962 per Robert Mulligan i protagonitzada per Gregory Peck, en el paper de l'advocat Atticus Finch, que defensa al jove afroamericà acusat d'haver violat a una noia blanca.

Destaquen també:

Testigo de cargo, dirigida per Billy Wilder, any 1957. *Philadelphia*, dirigida per Jonathan Demme, any 1993. *Anatomía de un asesinato*, d'Otto Preminger, any 1959.

Verdicto final, dirigida també per Sidney Lumet i amb Paul Newman, en el paper d'advocat com a protagonista.

Pel·lícula aquesta (*Verdicto final*) que vaig veure a aquesta mateixa sala en un passe especial per advocats ara fa 40 anys.

Més recentment altres bones pel·lícules de cinema jurídic:

Argentina 1985, amb el paper estel·lar de Ricardo Darín del fiscal Strassera. Pel·lícula de 2022, dirigida per Santiago Mitre, guardonada amb l'Oscar a la millor pel·lícula estrangera.

El oficial y el espía, (*J'accuse*, en l'original, en francès), dirigida per Polansky sobre el cas Dreyfuss.

El cinema jurídic és, per tant, interessant i pot contribuir sens dubte a la formació de juristes, però com diu el professor Rivaya, expert en la matèria: la formació jurídica ha de continuar essent una formació bàsicament literària.

CONCLUSIONS

L'article 44 de la CE estableix que: «*Los poderes públicos promoverán y tutelarán el acceso a la cultura, a la que todos tienen derecho*».

És un dels principis rectors de l'acció política i econòmica establerts a la CE.

No obstant el seu rang constitucional, és un fet que la cultura ha deixat d'interessar els poders públics.

En aquesta situació, des de l'Acadèmia defensem la cultura humanística, i per tant, l'estudi, la reflexió i la lectura.

Cal que els juristes assumim la importància de tenir una bona cultura humanística; d'aquesta forma, no tan sols millorarem la qualitat dels textos jurídics, i els farem més clars i accessibles, sinó que contribuïrem a fer una societat més lliure i amb més capacitat crítica.

La llei, com va expressar Ovidi, neix com a instrument perquè el més fort no ho pugui tot.

I la lectura i la literatura ens donen la capacitat d'obrir la ment, i lluitar contra els mecanismes d'una societat excessivament accelerada, volàtil i líquida com diu Bauman, que menysprea tot el que considera inútil pel mercat. I això ho explica molt bé Nuccio Ordine al seu assaig «*La utilitat de l'inútil*».

S'exagera la importància econòmica de les coses i rebem massa informació, la qual cosa dificulta l'anàlisi crítica i interromp la narrativa dels fets, com també ha denunciat el filòsof Byung-Chul Han.

Es desdenya la capacitat de pensar i de tenir criteri propi.

I aquesta és una de les causes del descrèdit que des de fa dècades està patint el dret, però també la cultura que, paradoxalment, són les eines que permeten superar una visió superficial i merament econòmica del món.

Llegir, com ens explica Joan Carles Melich, és necessari per entendre el món i establir relacions amb els demés. Forma i transforma la nostra existència.

En frase d'Emilio Lledó: «*Los libros me leen*».

Comparteixo, per tant, la tesi del professor Monegal, que afirma que la cultura compleix una funció vital en tot el que som i fem, i que, en definitiva, és tan important «*Como el aire que respiramos*» (títol del seu darrer llibre).

I si des de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya defensem la cultura humanística, hem de defensar també el valor de la resta de les Acadèmies dedicades a altres ciències i arts.

Front a una visió fragmentada del món, cal retornar a la percepció unitària de la cultura, com ens proposa Steiner.

Perquè tenim la profunda convicció de que en els temps difícils en què vivim, només la cultura ens ha de permetre seguir civilitzadament endavant.

Defensar-la és la nostra obligació.

I des d'aquesta Acadèmia demano que tots hi col·laborem. Només així podrem tornar a dignificar el dret i la cultura.

Moltes gràcies a tots per l'honor que ens fan en acompanyar-nos en aquest acte.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

AÑOVEROS TRIAS DE BES, Xabier, «El derecho y la justicia en la obra de Cervantes», en *Digestum opina*, 2016.

— «Instituciones de Derecho privado en el Quijote», en *Digestum opina*, 2016.

ARSUAGA, Teresa, *El Abogado Humanista*, Thomson Reuters, 2018.

— «La Literatura en la formación de jueces y abogados», en *Anuario de filología. Estudios de lingüística*, 2017, pp. 128-148.

BUENO OCHOA, LUIS, «Reflexiones sobre la interacción entre derecho y literatura: A propósito de una experiencia docente», en *AFD*, 2021, pp. 95-115.

CERCAS, JAVIER, *No callar. Crónicas, ensayos y artículos. 2000-2022*, Tusquets, Barcelona, 2023.

DELIBES, Elvira, «Presentación de la familia de Miguel Delibes», en *Derecho y Literatura en la novela de Miguel Delibes*, Thomson Reuters, 2020, p. 21.

DELIBES, Miguel, *Pegar la hebra*, Destino, Barcelona, 1990, p. 144.

DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, «Derecho y Literatura». Discurso de apertura del Curso Académico 2009/2010 del Instituto de España y las Reales Academias, Madrid 14 de octubre de 2009.

FALCÓN Y TELLA, María José, *Derecho y Literatura*, Marcial Pons, 2015.

FINA SANGLAS, Albert, *Justicia y Literatura*, Bosch, Barcelona, 1993.

GARCIA RUBIO, María Paz, «Una lectura jurídica de cinco horas con Mario», en *Derecho y Literatura en la novela de Miguel Delibes*, Thomson Reuters, 2020, pp. 205-232.

GOMÁ LANZÓN, Javier, *Dignidad*, Galaxia Gutemberg, Barcelona, 2019.

GÓMEZ GARCÍA, Juan Antonio, «Abogados, sociedad y derecho en el cine español», en *Historia de la abogacía española*, Vol II, pp. 1540-1595.

HAN, Byung-Chul, *La crisis de la narración*, Herder, 2023.

HOLLAND, Merlin, *El marqués y el sodomita. Oscar Wilde ante la justicia*, Barcelona, 2008.

KARAM TRINDADE, André y MAGALHAES GUBERT, Roberta, «Derecho y Literatura: acercamientos y perspectivas para repensar el derecho», en *Revista electrónica del Instituto de Investigaciones jurídicas y sociales Ambrosio L. Gioja*, año III, n° 4, 2009, pp. 164-213.

LLEDÓ, Emilio, *Palabra y Humanidad*, KRK Ediciones, Oviedo, 2015.

LUNA SERRANO, Agustín, «Las ficciones del Derecho en el discurso de los juristas», en *Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya*, Vol. I, pp. 453-543, Barcelona, 2007.

MAGRIS, Claudio, *Literatura y Derecho. Ante la ley*, Madrid, 2008.

MARTÍ MINGARRO, Luis, *El abogado en la Historia. Un defensor de la razón y de la civilización*, Civitas, 2001.

MELICH, Joan-Carles, *La lectura com a pregària. Fragments filosòfics I*, Fragmenta Editorial, Barcelona, 2018.

— *La sabiduría de lo incierto. Lectura y condición humana*, Tusquets, Barcelona, 2019.

MONEGAL, Antonio, *Como el aire que respiramos. El sentido de la cultura*, Acantilado, Barcelona, 2022.

ORDINE, Nuccio, *La utilidad de lo inútil*, Acantilado, Barcelona, 2017.

PÉREZ, Carlos, «Derecho y Literatura», en *Isonomia*, n° 24, 2006, PP. 125-153.

PÉREZ SOBRADO, Juan Antonio, «Los escritores y el derecho. Una reflexión sobre la formación jurídica de los grandes autores», en *Literatura y Justicia*, febrero 2021.

RIVAYA, Benjamín, «Derecho y cine. Todo sobre lo que siempre quiso saber sobre el derecho y nunca se atrevió a preguntar».

SAENZ, María Jimena, «Derecho y Literatura. Law and Literature», en *Economía. Revista de Cultura de la legalidad*, n° 16, abril 2019, pp. 273-282.

SERRANO ARGÜELLO, Noemí, «Introducción» en *Derecho y Literatura en la novela de Miguel Delibes*, Thomson Reuters, 2021, p. 23.

VERGÉS, Jacques, *Justicia y Literatura*, Península-Atalaya, Barcelona, 2013.

Comunicacions

EL *IUS TRANSMISSIONIS*. TORNAR PER ON SOLÍEM

per
ENRIC BRANCÓS NÚÑEZ
Notari de Girona
31 de gener de 2023

Article 1006 del Codi civil:

«Per la mort de l'hereu sense acceptar ni repudiar l'herència, passa als seus el mateix dret que ell tenia.»

Article 461-13 CCCat:

«Dret de transmissió.

1. Si el cridat mor sense haver acceptat ni repudiat l'herència deferida, el dret a succeir mitjançant l'acceptació de l'herència i el de repudiar es transmeten sempre als seus hereus.
2. Els hereus del cridat que hagi mort sense haver acceptat ni repudiat l'herència la poden acceptar o repudiar, però només si prèviament o en el mateix acte accepten l'herència del seu causant. Si els hereus que accepten aquesta segona herència són diversos, cadascun d'ells pot acceptar o repudiar la primera, independentment dels altres, i amb dret preferent d'acréixer entre ells.»

I. PLANTEJAMENT DE LA QÜESTIÓ

La resolució de la Direcció General de Seguretat Jurídica i Fe Pública —DGSJFP— de 7 de març de 2022 (BOE de 25 de març de 2022, núm. 72, Sec. III, p. 38.778) resumeix les onze últimes resolucions sobre el *ius transmissionis*, les importants sentències del Tribunal Suprem d'11 de setembre de 2013, la de l'Audiència Provincial de València de 22 de març de 2021 i, per raó de competència, deixa de banda la del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 12 de

juliol de 2012 i la del mateix Tribunal Suprem de 5 de juny de 2018, Sala Contenciosa Administrativa que, també, presenten gran interès sobre el tema. La primera resolució esmentada diu:

«El supuesto contemplado prevé un primer fallecimiento —el del llamado causante— seguido de la muerte de uno de sus herederos —el denominado transmitente— que no emite declaración de voluntad (ya sea expresa o tácita) aceptando o repudiando su cualidad de heredero, por lo que se transmite a los “suyos” —los conocidos como transmisarios— la facultad de aceptar o repudiar la herencia.

Históricamente, doctrina y jurisprudencia han debatido sobre la existencia de una o varias delaciones hereditarias al fallecer con posterioridad a los causantes el transmitente (sin aceptar ni repudiar la herencia), debiendo ser en definitiva los transmisarios los que lleven a cabo la emisión de la correspondiente declaración de voluntad en torno a la aceptación o repudiación de la herencia de los causantes.

En el año 2013, ha sido el Tribunal Supremo el que ha zanjado en parte esta discusión, en la sentencia de 11 de septiembre, al señalar que... el denominado derecho de transmisión previsto en el artículo 1006 del Código civil no constituye, en ningún caso una nueva delación hereditaria o fraccionamiento del ius delationis... sino un mero efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica... de forma que... los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión, al fallecido heredero transmitente».

La Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 12 de juliol de 2012 exposa amb total claredat la dificultat interpretativa que genera el *ius transmissionis* en l'àmbit del CCCat però la resol amb alguns arguments contradictoris. Diu:

«1. En el dret de transmissió successòria, l'objecte de la transmissió (negreta en l'original) o sigui, el que el trasmitent transmet al transmissari és l'herència del primer causant, i no únicament el “*ius delationis*” o dret a acceptar o repudiar l'herència.»

És a dir, el transmitent transmet, segons argumenta, tant el *ius delationis* com l'herència, just el contrari del que conclou al final:

«6. La teoria de l'adquisició directa, o la que afirma que en virtut del “*ius transmissionis*” el transmissari rep l'herència directament del primer causant i no del transmitent...».

I segueix argumentant:

«4. El caràcter retroactiu de l'acceptació de l'herència, previst en l'article 5 del Codi de successions (*l'herència diferida (sic) l'adquireix l'hereu amb la seva acceptació, però els efectes d'aquest es retrotreuen al moment de la mort del causant*)» encaixa molt millor amb la teoria de l'adquisició directa o teoria moderna.»

El fet cert és que el precepte no encaixa millor amb cap de les dues teories. Val igual per a ambdues. En la teoria clàssica l'acceptació de l'herència del primer causant realitzada pel transmissari com a successor *in loco et ius* del transmissent també es retrotrau a la mort del primer causant.

S'ha dit —i ho tracta la sentència del TSJC— que el sistema espanyol d'adquisició de l'herència per l'acceptació de l'hereu es correspon amb la teoria de l'adjudicació directa. És cert que la teoria de la doble transmissió rima millor amb el sistema alemany d'adquisició automàtica de l'herència per l'hereu, llevat que hi renunciï en un termini de sis setmanes. L'herència s'entén sempre acceptada per l'hereu des del seu inici. Així moriria també en el sistema del Codi civil espanyol – article 657: «Els drets a la successió d'una persona es transmeten des del moment de la defunció», i article 661: «Els hereus succeeixen el difunt, pel sol fet de la seva mort, en tots els seus drets i obligacions», encara que ja se sap que el nostre sistema exigeix acceptació. Però una cosa és que la teoria de l'adquisició directa no tingui pràcticament lloc en el dret alemany perquè l'hereu és acceptant per definició, i una altra, molt diferent, que per això hagi de ser la que s'imposa en dret espanyol pel sol fet de no ser automàtic el mecanisme de l'acceptació. Intentarem arribar al fons de la qüestió en l'exposició que segueix.

Per tal de ser clars, i sense que suposi perjudicar a favor d'una o una altra teoria, ens referirem indistintament a causant, o també primer causant, transmissent i transmissari.

II. INTERPRETACIÓ GRAMATICAL

Observem alguns elements d'interpretació literal, prèviament destacats en vermell en la transcripció de l'article 461-13 CCCat:

1. L'herència del primer causant ja ha estat diferida en el moment de la seva mort. El precepte utilitza un participi passat: «diferida». No hi ha rastre en l'article del dit diferiment suspès fins a l'acceptació de la segona herència, sinó tot el contrari, en utilitzar el participi passat queda clar que l'herència ja es va defirir a la mort del primer causant.

2. Parla del «seu causant» (del transmissari), referint-se al transmissari. Diu que procedeix el dret de transmissió «només...si accepten l'herència del seu causant». Per consegüent, el primer causant no és «el seu causant» per al transmissari. El primer causant és el «causant del seu causant». Parla de la segona herència, cosa que significa que n'hi ha una primera. Segons la teoria de l'adquisició directa, no hi hauria primera i segona herència, sinó herències separades. El transmissari té dos causants de dues herències diferents. Com diu el Tribunal Suprem en la seva Sentència d'11 de setembre de 2013: «*los herederos transmisarios sucederán directamente al causante de la herencia y en otra distinta sucesión al fallecido heredero transmitente*». Aquest plantejament «modern» no encaixa amb l'expressió del CCCat «el seu causant», dita en singular. Si es referís al transmissari hauria de parlar dels «seus causants», atès que hi hauria dues successions separades.
3. El dret d'acréixer es dona prioritàriament en el grup d'hereus del transmissari: «entre ells», diu el text de l'article 461-13 CCCat. Si fos certa la teoria de la transmissió directa, en repudiar un dels transmissaris l'herència del primer causant no acréixeria la seva part preferentment als restants transmissaris —com a hereus del transmissari— sinó a tots els hereus del primer causant, siguin hereus directes o per dret de transmissió, en proporció al dret de cadascun.
4. I, com diu la Sentència del TSJC, malgrat que després adopta la conclusió contrària: «*en impedir el mateix precepte l'acceptació de l'herència del primer causant si es repudia l'herència del transmissari, comporta que ja no es pugui parlar de forma tan imperativa de dues "herències" absolutament independents*». Són dependents, com apunta la teoria «clàssica» de la doble transmissió.

La interpretació favorable a la teoria de la doble adquisició es ratifica en el Codi civil espanyol amb la lectura de l'article 799: «*La condición suspensiva no impide al heredero o legatario adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos, aun antes de que se verifique su cumplimiento.*» Deixant de banda la coneguda antinòmia amb l'article 759, que literalment també ens porta a la mateixa conclusió, queda clar que en la ment del legislador no hi ha transmetre només un poder de modificació jurídica sinó que l'article 799 parla que l'hereu transmissari adquireix «*sus respectivos derechos*» en l'herència del causant i els transmet als seus hereus, els transmissaris.

Amb això voldria significar que el legislador, si més no en la dicció literal, usa un esquema jurídic propi de la teoria de la doble transmissió. N'hi ha prou amb comparar la regulació del dret de transmissió i del dret de representació. En aquest segon cas, sí que hi ha una «adquisició directa». El representant succeeix

directament al causant. Hi ha dues herències, en una és hereu per representació i en l'altra, la del representat. Si resulta hereu el representant directament, ho és per dret propi.

L'esquema jurídic en la literalitat de l'article 461-13 CCCat i dels articles 1006, 799 i 759 CC, com ja ha quedat dit, és el de dues transmissions vinculades.

El Codi civil espanyol ens pot deixar en el dubte en el seu article 1006, però tant el seu redactor inicial, GARCÍA GOYENA, el comentari del qual portarem a col·lació més endavant, com els articles 799 i 759, no deixen cap dubte sobre que allò transmès no és un simple poder de configuració jurídica, per molt modern que sigui el concepte. D'altra banda, com diu DE CASTRO, el concepte de facultat jurídica de modificació, dret potestatiu o poder de modificació, va caient en descreït per la inconcreció i heterogeneïtat de supòsits perquè no resol totalment les qüestions plantejades, havent de prosseguir indagant en els problemes que la naturalesa específica de les institucions plantegen.

No cal fer excessiu cas a les classificacions a efectes didàctics. Si en comptes de parlar de poder de modificació que transmet, parlem d'expectativa de dret que tenia el transmissor, canvia tot el panorama del dret de transmissió. Fixem-nos en l'expressió de l'article 799: «...*adquirir sus respectivos derechos y transmitirlos a sus herederos...*»; a quin dels dos conceptes els sembla més proper el dret de transmissió?

III. INTERPRETACIÓ SISTEMÀTICA

Cal tenir en compte alguns principis bàsics del dret successori enunciats clarament en les Resolucions de la DGRN de 22 de gener de 2018 i 12 de març de 2018: «*Si se atiende a los fundamentos de nuestro Derecho sucesorio, la aptitud para suceder arraiga, por un lado, en la supervivencia al finado y (por otro) en la capacidad para suceder. La aceptación o la repudiación, son actos ya ajenos al propio causante...*». Desenvolupant aquests dos principis estructurals del mecanisme successori, que si s'alteressin farien trontollar la resta de peces (com pensem que succeeix amb la «teoria moderna»), podem afirmar:

Primer. En la teoria de l'adquisició directa es fa pràcticament inevitable entendre que es dona una doble delació. La primera al moment de la defunció del primer causant, per determinar la capacitat successòria —supervivència— del transmissor. I la segona al moment de la defunció del transmissor, per determinar la capacitat successòria del transmissari. Altrament quedarien exclosos de la successió per *ius transmissionis* tots els transmissaris vius al temps de la defunció del transmissor però encara no concebuts ni nascuts al moment de la defunció del primer causant. Per entendre'ns, els nets nascuts després de la mort de l'avi. Aquesta doble delació no està prevista ni en el CCCat ni en el CC espanyol. I,

òbviament, el problema no es dona en la teoria de la doble transmissió perquè el transmissari succeeix al transmissent i aquest al «seu» causant.

Tan inevitable és admetre aquesta doble delació en la teoria de l'adjudicació directa que la Sentència d'11 de setembre de 2013, en l'últim paràgraf del fonament de dret 6è, diu: «*Esta misma razón de inalterabilidad o subsistencia del ius delationis hace que cumplidos ya los requisitos de capacidad sucesoria por el heredero transmitente y, por tanto, la posibilidad de transmisión del ius delationis, la capacidad sucesoria de los herederos transmisarios en la herencia del causante deba ser apreciada cuando estos acepten la herencia del fallecido heredero transmitente*». Obviant com a error la referència al moment de l'acceptació com de determinació de la capacitat successòria —llevat que no s'entengui bé què és capacitat successòria— resulta que la capacitat per succeir al primer causant es determina en morir el transmissent. No hi ha norma en el CCCat ni en el CC espanyol que autoritzi tal cosa. Està previst en el fideïcomís, però només perquè és el testador qui fa una crida successiva.

Anem a l'article 411-4 CCCat: «1. La successió es defereix en el moment de la mort del causant.» Aquesta és la regla general. Hi ha regles especials en el mateix precepte per a les institucions sota condició suspensiva, en els heretaments i en els fideïcomisos. Article 411-4 CCCat: «2. ...en la institució sotmesa a condició suspensiva, l'herència es defereix en el moment en què es compleix la condició. 3. Els heretaments i els fideïcomisos es regeixen per llurs pròpies regles.» Cap norma especial per al dret de transmissió. Centrem-nos ara en la regla general.

La regla general és una ficció legal que permet fixar el moment en què l'hereu ha de reunir la capacitat successòria i, excloent els *nascituri* i els fecundats in vitro, fixa el moment en què l'hereu ha d'existir. I aquest moment, del qual en deriva qui hereta, no pot dependre d'actes aliens al causant o a la seva última voluntat.

Cal observar que ha desaparegut en l'article 411-4 CCCat la referència a la substitució vulgar de l'anterior Codi de successions de Catalunya, l'article 4 del qual deia: «La successió es defereix en tot supòsit en el moment de la mort del causant... en la substitució vulgar es defereix al substitut quan s'ha frustrat la crida anterior.» La raó és l'exposada, la renúncia d'un hereu no pot alterar la prioritat de les crides que va fer el causant a base d'avançar o endarrerir la repudiació. Resultaria que el primer cridat, allargant una renúncia, canviaria els hereus substituïts. Aquesta referència a la substitució vulgar no existia en la Compilació de 1960 i ha desaparegut, afortunadament, en el CCCat. Costa imaginar per què es va introduir en el Codi de successions.

Hi ha certa doctrina que assimila l'acceptació o repudiació de les herències de transmissent i transmissari a una condició, cosa que permetria entrar en l'excepció de l'article 441-4.2 CCCat. No pot sostenir-se que la repudiació constitueixi una condició suspensiva que dilata la delació a favor del següent cridat de con-

format amb l'article 411-4 CCCat. La condició la posa el causant. La repudiació és un acte voluntari totalment aliè al causant que no pot influir en la delació. La correcció vista al Codi de successions és eloqüent sobre això. En el mateix sentit les Resolucions DGRN de 22 de gener de 2018 i 12 de març de 2018 ens recorden que «*La aceptación y la repudiación, son actos ya ajenos al propio causante...*». (= «*L'acceptació i la repudiació, són actes ja aliens al propi causant...*»).

Com diuen LÓPEZ BURNIOL i SALVADOR CODERCH, la distinció entre obertura, delació, crida i acceptació de l'herència té valor didàctic però no se'n poden extreure conseqüències jurídiques absolutes. Encara que en el cas de la repudiació es produeixi una delació diferida des d'un punt de vista purament didàctic, prima la ficció jurídica d'entendre-la produïda, llevat de les excepcions esmentades, en el moment de la mort del causant. D'una altra manera trontollaria l'estructura de la successió hereditària, que passaria a dependre d'actes aliens a la mort del causant. L'automatisme del mecanisme de la delació basat en la ficció legal de fixar-lo en el moment de la defunció del causant no pot ser alterat per un tercer. No es pot endarrerir ni avançar.

L'article 411-4 fa també una menció específica al fideïcomís condicional. En el fideïcomís condicional tenim un altre exemple clar de com funciona l'anomenada anticipació de la delació en el Dret successori català. De conformitat amb l'article 426-6 en el fideïcomís condicional el fiduciari no pot avançar el moment de la delació —i per tant el moment de determinació dels fideïcomissaris— a un moment diferent del de compliment de la condició. Si el fiduciari renuncia es considera que cedeix temporalment el seu dret fins que es compleixi la condició. Inexcusablement el moment de delació del fideïcomís i, amb això, el moment de determinació dels fideïcomissaris cridats serà el de compliment de la condició. I fins aquest moment els fideïcomissaris no transmeten el seu dret als seus hereus. El fiduciari no pot «manipular» la delació a través de la renúncia.

L'altra menció específica de l'article 411-4, el dret de transmissió en els heretaments, no és pròpiament un cas de dret de transmissió. En primer lloc perquè l'hereu contractual accepta l'herència en el moment de solemnitzar el pacte (article 431-28.1). Es tracta d'herència ja acceptada expressament. I, en segon lloc, perquè no hi ha *postmoriència* de l'hereu al causant sinó que es tracta d'un supòsit de premoriència de l'hereu contractual —que ja va acceptar— al seu heretant (article 431-24). Queda fora del camp que estudiem aquí.

El mateix es pot dir en el marc del CCespanyol. L'article 657: «*Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte*» i l'article 661: «*Los herederos suceden al difunto por el hecho sólo de su muerte en todos sus derechos y obligaciones*», són suficientment clars sobre això. No hi ha doble delació prevista per al cas de dret de transmissió. I és menys possible encara que el moment de determinació dels hereus directes del primer causant, els transmissaris, se situï en el moment de la mort del transmissent, com pretén la teoria de

l'adquisició directa. Respecte a aquesta doble delació que presenta el TS en la seva Sentència d'11 de setembre de 2013, la Resolució DGRN de 12 de març de 2018 diu que «*parece que podría chocar con varios fundamentos del sistema sucesorio instaurado en el Código civil*».

Segon. La testamentifacció activa correspon al causant. Acceptant la teoria de l'adquisició directa en el seu plantejament més radical, resultaria que els hereus del primer causant no els designaria aquest sinó el transmissent en el seu testament. Així, el transmissent podria nomenar hereu en el seu testament a un descendent, diversos o a un tercer, que per dret de transmissió es reputarien hereus directes del primer causant. Fins i tot podria ser algú profundament odiat pel primer causant, que passaria a ser, sense cap intermediari, el seu successor *in loco et ius*. En certa manera podríem dir que la testamentifacció activa del primer causant hauria passat al transmissent, efecte absolutament rebutjable en el nostre sistema successori. Igual que repugna acceptar que el transmissari que és indigne de succeir al primer causant pugui heretar-lo per l'intermedi del transmissent, també ha de repugnar que l'hereu que li acabi imposant el transmissent sigui algú a qui el primer causant mai hagués designat com el seu hereu.

IV. INTERPRETACIÓ AUTÈNTICA

L'actual article 1006 del Codi civil espanyol —i, en menor mesura, l'article 461-13 CCCat— té el seu antecedent en la redacció donada per Florencio GARCÍA GOYENA a l'article 861 del Projecte de Codi civil de 1851. Doncs bé, en les seves *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español* GARCÍA GOYENA raona: «*Porque el difunto (transmitente) ignorase su derecho ¿dejaría éste de corresponderle y de ser parte de su patrimonio como cualquier otro de toda especie?*»

Com apunta Àngel SERRANO DE NICOLÁS, és indiscutible que el transmissent té alguna cosa més que un simple *ius delationis*. I ho confirma GARCÍA GOYENA en utilitzar els termes «derecho», «parte de su patrimonio», «como cualquier otro». L'autor de l'article 861, antecedent de l'actual regulació, mai no va pensar en una potestat de configuració jurídica buida de contingut patrimonial sinó en un dret —ni tan sols expectativa— que és part del patrimoni del transmissent com qualsevol altre.

Ratificant l'anterior, els articles 759 i 799 CC estan igualment emmarcats dins un esquema de raonament propi de la teoria de la doble capacitat. Quan l'article 799 diu: «*La condició suspensiva no impedeix a l'hereu o legatari adquirir els seus respectius drets i transmetre'ls als seus hereus...*», és obvi que no es refereix a un poder de configuració jurídica sinó a drets que s'adquireixen.

V. ANÀLISI DE LA JURISPRUDÈNCIA A LA VISTA DELS INTERESSOS EN JOC

En resum, es tenen en compte tres línies:

1. La teoria clàssica de la doble transmissió. És la tesi que van seguir al seu dia tant el TS com la DGRN.
2. La teoria moderna de l'adquisició directa. El que es transmet un poder de configuració jurídica. No passa al transmissor cap element patrimonial, ni tan sols el seu valor. És la tesi actual del TS, el TSJC, la DGDEJ i l'Audiència Provincial de València, sentència de 23 de març de 2021.
3. La teoria intermèdia de l'adquisició directa del *ius delationis* però seguint les regles de qualsevol partició en l'herència del transmissor de conformitat amb la doble transmissió, amb intervenció de tots els interessats en aquesta. Els elements patrimonials passen del primer causant al transmissor i d'aquest al transmissari. És la tesi actual de la DGSJFP. Per a totes, la Resolució de 7 de març de 2022.
4. La quarta via: hi ha una presumpció favorable a l'acceptació de l'herència pel transmissor pel fet d'entrar en possessió de l'herència i és el transmissari o els seus dretshavents qui han de destruir-la provant que el transmissor no va posseir ni va fer cap acte d'acceptació expressa o tàcita. S'entreveu en alguna resolució de la DGDEJ.

Si no fos per la incertesa que generen els canvis als operadors jurídics en l'aspecte substantiu i als contribuents en el fiscal, el debat doctrinal seria estimulante. Però es necessita com més aviat millor definir de forma definitiva la naturalesa del *ius transmissionis* en interès de la seguretat jurídica.

La teoria moderna anomenada «de l'adquisició directa» genera moltes fissures en la sistemàtica successòria i són difícils de justificar els seus efectes a la vista dels interessos en joc resolts per la jurisprudència.

Estudiant, doncs, en seu d'efectes jurídics el dret de transmissió, les situacions a analitzar són les següents:

1. *Pel que fa a capacitat successòria*

Sembla que és el conflicte subjacent en la Sentència del TS d'11 de setembre de 2013. Analitzarem diverses possibilitats.

Supòsit 1: El transmissari és un nascut o concebut al moment de la mort tant del primer causant com del transmissor. Es dona el dret de transmissió a favor del transmissari que succeirà al primer causant directament o mitjançant el transmissor, segons la teoria de l'adquisició directa o de la doble transmissió.

Supòsit 2: El transmissari mor després que el primer causant però abans que el transmissor. Tant en una teoria com en l'altra la solució és la mateixa, el trans-

missari no hereta perquè falta un dels pressupòsits bàsics del *ius transmissionis*, això és, que el transmissari sobrevisqui al transmissari. En aquest cas, no obstant això, la teoria de l'adquisició directa s'enfronta a una certa contradicció: el transmissari, que succeeix directament al primer causant, no l'hereta malgrat haver-lo sobreviscut.

Supòsit 3: El transmissari neix després de morir el primer causant i sobreviu al transmissari. En aquest cas, segons la teoria de l'adquisició directa, el transmissari no pot succeir al primer causant per no haver nascut al moment de la defunció d'aquest. En la teoria de la doble adquisició hereta el transmissari i, a través d'aquest, al primer causant. Ja s'ha tractat aquest punt, per la qual cosa resumim.

A Catalunya hi ha autors que consideren la successió com a condicional, sent la condició l'acceptació o no de l'herència del primer causant per part del transmissari. Sent així, s'obriria una nova delació en l'herència del primer causant (art. 411-4). Però l'acceptació, tant pel transmissari com pel transmissari, és una declaració de voluntat aliena al testador que en cap cas pot tenir el valor de condició com ha quedat justificat anteriorment.

Aquesta possibilitat no es pot ni plantejar en el Codi civil espanyol, atès que de conformitat amb l'article 657: «*Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de la defunción*». En la teoria de l'adquisició directa, llevat que s'acudeixi a una doble delació que no té fonament legal, el transmissari no concebut ni nascut al moment de la defunció del primer causant, no pot heretar. Per contra, la teoria clàssica, dona una solució diferent. Com el transmissari hereta al transmissari, pot succeir per dret de transmissió al primer causant encara que en el moment de la mort del primer causant el transmissari no estigués concebut ni nascut.

Vegem un exemple fàcil. En la teoria de l'adquisició directa, el net nascut després de la mort de l'avi, que adquireix del *ius delationis* del pare mort sense acceptar ni repudiar l'herència d'aquell, no succeeix a l'avi perquè no està ni concebut ni nascut al moment de la seva mort. En canvi, en la teoria clàssica, el net succeeix al pare i, per dret de transmissió, a través del pare succeeix a l'avi. El net rep l'herència de l'avi acumulada a la del pare, perquè sobreviu al seu únic causant —el transmissari— i accepta, en nom d'aquest, la de l'avi per dret de transmissió.

No sembla el *sentir popular* que el net nascut després de la mort de l'avi i que sobreviu al pare quedi exclòs. En l'exemple analitzat, la teoria de la doble adquisició dona accés al net nascut, la de l'adquisició directa l'exclou. El mateix ALBALADEJO, pare de la teoria de l'adquisició directa, diu que en aquest cas el net vivent al moment de la defunció de l'avi hauria de compensar a aquell que no ha pogut heretar. La conclusió desvirtua la seva pròpia tesi. El TS, per la seva banda, en l'últim paràgraf del fonament de dret 6è ha de recórrer a una doble delació per no excloure als no concebuts ni nascuts al moment de la defunció del primer causant. No cita cap precepte que porti a tal conclusió. No se li veu suport en la llei.

2. *Pel que fa a la indignitat successòria*

Aquí rau l'origen de la teoria de l'adquisició directa en el marc de l'article 1006 del Codi civil espanyol. Repugna, certament, que el transmissari indigne de succeir al primer causant adquireixi la seva herència a través del seu transmissari. Aquest efecte es produeix en la teoria de la doble adquisició. En no succeir el transmissari al primer causant directament sinó a través de l'herència del transmissari, acaba heretant per aquesta via indirecta una herència per a la qual succeir directament seria indigne. És rebutjable la conclusió, però és forçós admetre que aquest seria l'efecte si el transmissari hagués acceptat, de manera expressa o tàcita, l'herència del primer causant i després hagués instituit hereu al transmissari. L'herència del primer causant hauria acabat igualment a les mans del transmissari indigne per succeir-lo. Es tracta d'un supòsit de laboratori, que potser seria millor resoldre'l ampliant les causes d'indignitat als transmissaris que creant una teoria tan distorsionadora de l'estructura de la successió com és la de l'adquisició directa.

Encara que alguns autors arriben a la conclusió contrària partint del mateix article, el 412-8.3 CCCat, entenc que obeeix a la lògica de la teoria de la doble transmissió. L'article 412-8.3, últim paràgraf, diu: «*La indignitat del transmissari respecte al causant determina la ineficàcia del dret de transmissió.*»

El text mereix una anàlisi minuciosa. Per començar, si el CCCat hagués seguit la teoria de l'adquisició directa, el precepte seria innecessari. El transmissari hereta al primer causant directament i, per tant, li són aplicables les mateixes regles d'indignitat successòria que a qualsevol hereu. Sobra el precepte. PUIG FERRIOL, ROCA TRIAS, GARCÍA VILA entenen, per contra, que es tracta d'una norma redundant, no estrictament necessària. No ho sembla per la mateixa mecànica de l'article que acabem de detallar.

El legislador català no es pronuncia sobre la indignitat del transmissari pel que fa al primer causant, sinó que desactiva el mecanisme de la transmissió amb l'expressió «*determina la ineficàcia del dret de transmissió*». Per què ho fa? Per una raó òbvia, perquè està pensant en el marc de l'esquema de la doble transmissió dins el qual el transmissari no succeeix al primer causant sinó al transmissari. D'aquesta manera, el transmissari mai no pot ser indigne de succeir al primer causant, perquè a qui està succeint és al transmissari. Per això, i perquè repugna fer hereu del primer causant al transmissari que hagués estat indigne de succeir-lo, no el declara indigne directament sinó que desactiva la transmissió i amb això la doble adquisició. Exclou el dret de transmissió en dir «*determina la ineficàcia del dret de transmissió*».

Noteu, a més, un detall gramatical. En regular la successió del transmissari, l'article 461-13-2 parla del «*seu causant*» en un paràgraf que és indubtable que relaciona el transmissari amb el transmissari. El transmissari és «*el seu causant*»

per al transmissari. En canvi, l'article 412-8.3 usa l'expressió: «*La indignitat del transmissari respecte al causant...*», prescindint del possessiu «seu». El primer causant no és «el seu» causant per al transmissari. I, al revés, el transmissari no és «el seu» hereu per al primer causant.

D'haver seguit el CCCat la teoria de l'adquisició directa, el text legal podia redactar-se d'una manera molt més simple i clara: «Les causes d'indignitat s'aplicaran al transmissari tant amb relació a l'herència del transmitent com del seu causant».

Conclusió: A Catalunya no hi ha doble capacitat com exigeix la teoria de l'adquisició directa. El CCCat resol el problema de la indignitat del transmissari seguint la teoria de la doble adquisició i desactivant el dret de transmissió quan es dona la circumstància que el transmissari hauria estat indigne de succeir al transmitent. No exigint doble capacitat. O el legislador català estava tan contaminat de la teoria de la doble adquisició que no ha estat capaç de sortir-se'n en redactar els articles 461-13-2 i 412-8.3 CCCat, o és que mai no ha pretès seguir aquesta teoria, que obeeix a una mera classificació dogmàtica que, com succeeix sovint, resulta insuficient per explicar en la seva totalitat la complexitat del mecanisme successori. Un mecanisme que actua com un tot interconnectat i en què no val la interpretació dels preceptes feta aïlladament. En una maquinària precisa forjada durant 2.000 anys les modernitats aïllades rarament encaixen.

3. *Pel que fa a les llegendes causades pel transmitent. El problema de la llegítima al transmitent quan el transmissari repudia. L'herència damnosa del primer causant*

Portant a l'extrem la teoria de l'adquisició directa, l'herència del primer causant mai no es computa en l'herència del transmitent als efectes del càlcul de les llegendes causades per aquest últim. Després de la Sentència del TS d'11 de setembre de 2013, que deixa establerta la teoria de l'adquisició directa, quan la DGRN s'ha trobat amb una reclamació legitimària en seu del transmitent, ha procurat mitigar el seu efecte entenent que una cosa és el *ius delationis* i una altra diferent la inclusió dels béns del causant en l'herència del transmitent. Així, la Resolució DGRN de 22 de gener de 2018, aplicant el Codi civil espanyol, declara: «...*el efecto transmisivo sólo se refiere al "ius delationis", es decir, comprende el efecto transmisivo del derecho o del poder de configuración jurídica como presupuesto necesario para hacer efectiva la legitimación para aceptar o repudiar la herencia... pero eludir la inclusión de los bienes procedentes del causante en la propia del transmitente resultaría de todo punto inaceptable, ya que implicaría una sucesión independiente, ajena a las normas de la legítima y de la voluntad del testador como ley que ha de regir la sucesión... el efecto de supervivencia y*

capacidad para suceder no puede implicar un salto de carácter absoluto en la propia esfera patrimonial del considerado como transmitente».

No és estrany que la sentència de l'Audiència Provincial de València de 22 de març de 2021 denunciï que la DGSJFP en les seves successives resolucions sobre el *ius transmissionis* digui acceptar la teoria de l'adquisició directa quan en realitat l'òbvia. És evident que així succeeix. El que passa és que la DGRN, actualment DGSJFP, davant el despropòsit successori que origina en l'esfera patrimonial la teoria de l'adjudicació directa, intenta minimitzar els seus efectes col·laterals, o no tan col·laterals. Com ja s'ha dit, la teoria de l'adjudicació directa se salta el principi de la testamentifacció activa, pilar i punt de partida essencial de qualsevol successió. Burla, a més, a legitimaris, creditors i, fins i tot, els drets del cònjuge vidu. Per això, la DGSJFP intenta mitigar els efectes amb una solució mixta. Per al *ius delationis* aplica la teoria de l'adquisició directa, amb el seu corol·lari de la doble capacitat, i per al patrimoni, segueix amb la teoria de la doble transmissió per mantenir en peu aquells principis essencials.

La doctrina ha assenyalat l'aparent contradicció que presentaria la teoria de la doble adquisició en la computació de l'herència del primer causant en la del transmissor als efectes de la llegítima distingint els supòsits d'herència beneficiària i herència damnosa. Tal com jo ho veig, la contradicció no és tal. Venen a dir que si l'herència del primer causant és beneficiària es computaria en l'herència del transmissor per calcular les llegítimes i, en canvi, no es deduiria el passiu de la damnosa. No és així. Tot passa per l'acceptació o repudiació de l'herència del primer causant per part del transmissari. Si accepta, és obvi que es computa la damnosa com si fos el transmissor qui hagués acceptat al seu dia. I si la repudia, no es deduirà com a passiu a l'efecte de llegítima. El realment distorsionador en la teoria de l'adquisició directa és que els efectes successoris són diferents —sense cap raó que ho justifiqui, llevat de les derivades dels conceptes dogmàtics— segons el transmissor es pronuncï en vida sobre l'acceptació de l'herència o mori deixant pendent aquest pronunciament. En el moment d'escriure aquestes línies tinc en la meua notaria una herència en què han mort en un període de deu mesos el primer causant, el transmissor i el transmissari, aquest últim al seu torn transmissor d'un nou transmissari. En cap cas han passat entre una successió i l'altra els sis mesos previstos per liquidar l'Impost de Successions i per mantenir el benefici d'inventari, que és el termini en què normalment s'accepta o repudia, per què la successió hauria de tenir efectes jurídics diferents quan ni tan sols hi ha hagut temps per actuar per part dels successius hereus? És el que intenta evitar la DGSJFP vetllant pels interessos en joc per damunt de la jurisprudència de conceptes.

La Resolució DGRN de 12 de març de 2018 té en compte un cas en què el transmissor disposa en el seu testament que sigui cohereu un dels seus fills (juntament amb un altre hereu) i a una altra filla li llega la llegítima. El transmissari

és, doncs, el fill hereu. En ús del dret de transmissió, el transmissari repudia l'herència del primer causant, l'avi, amb la qual cosa acreix a un altre cohereu cridat. Reclama la legitimària no haver intervingut en la partició de l'herència del primer causant. En principi, per la teoria de l'adjudicació directa no li correspondria la part de llegítima en l'herència del primer causant, atès que el transmitent ha renunciat l'herència d'aquest primer causant. Però la DGRN torna sobre la idea que una cosa és el poder de configuració jurídica en què consisteix el *ius delationis* i una altra, el valor de l'herència del primer causant, que ha de computar-se a l'efecte de la llegítima del transmitent. Argumenta: «Y no cabe oponer contra esta posición que si el transmitente hubiera repudiado en vida, ningún cómputo se hubiera hecho de la herencia repudiada para la determinación de las legítimas; porque mientras el transmitente vivía, la legítima no estaba deferida, y, en cambio, sí lo está —y es ya carga de la herencia— desde que el transmitente muere, —aunque su herencia abierta aún no haya sido aceptada». D'aquí es pot concloure que el valor de l'herència del primer causant sí computa als efectes de determinar la llegítima del transmitent, encara en el cas de repudiació, perquè les llegítimes ja estan causades. Per tant, el patrimoni discorre sempre segons la teoria de la doble adquisició.

En aquest cas, la DGRN nega, no obstant això, que la legitimària tingui part en la partició perquè el seu transmitent va renunciar i només li queda un dret de crèdit assimilable al que correspon als creditors de conformitat amb l'article 1001 per al cas que l'hereu repudiï l'herència en perjudici del seu dret. Si el transmitent en lloc de repudiar, hagués acceptat, l'herència del primer causant s'hagués computat a l'efecte de llegítima perquè, com diu la Resolució de 22 de gener de 2018, «eludir la inclusión de los bienes procedentes de la herencia del causante en la propia del transmitente resultaría a todo punto inaceptable, ya que implicaría una sucesión independiente, ajena a las normas de la legítima y de la voluntad del testador como ley que ha de regir la sucesión».

El mateix es pot concloure del criteri de la DGRN de 23 de juny de 1986. En aquest cas el transmissari havia repudiat l'herència del primer causant i la decisió estava sobre si, malgrat la repudiació, aquesta herència s'havia de computar als efectes del càlcul de les llegítimes dels legitimaris del transmitent. La DG entén que sí, perquè es protegeixen més les llegítimes amb la solució positiva. Argumenta que la llegítima ja està causada i no pot menyscar-se per vicissituds de l'herència o per actes unilaterals de l'hereu.

La conclusió és que no hi hauria d'haver diferències en els efectes jurídics per haver quedat pendent la decisió del transmitent sobre acceptar o repudiar. La decisió presa pels transmissaris ha de suplir-la amb igualtat d'efectes. Els drets successoris no han de canviar per una actuació completament aliena als causants.

Òbviament la solució de la llegítima catalana és diferent pel que fa a la intervenció del legitimari en la partició. El legitimari és creditor de *pars valoris bonorum*, per la qual cosa mai no intervé en la partició.

A Catalunya, tant al TSJC com a la DGDEJ, els convenç la teoria «moderna» de l'adquisició directa, que en la Sentència TSJC de juliol de 2012 porta com a conseqüència que s'ignori un fideïcomís imposat pel transmitent en el seu testament i en la Resolució DGDEJ de 28 de setembre de 2018 que quedi sense efecte un llegat d'usdefruit a favor del cònjuge del transmitent (amb una solució absolutament contrària a la Resolució DGSJFP de 7 de març de 2022). Per això, és de suposar que també s'aplicaria la teoria de l'adquisició directa excloent els béns procedents de l'herència del primer causant a l'hora de fixar l'import de la llegítima del transmitent. ho veurem novament en l'apartat dedicat als llegats i als fideïcomisos imposats pel transmitent.

4. *Pel que fa als drets dels creditors*

Distingirem la situació dels creditors del transmitent i del transmissari.

Els creditors del transmitent poden exercir l'acció prevista en l'article 1001 del Codi civil espanyol: «*Si l'hereu repudia l'herència en perjudici dels seus propis creditors, aquests poden demanar al jutge que els autoritzi a acceptar-la en nom d'aquell. L'acceptació només beneficia els creditors en el que sigui suficient per cobrir l'import dels crèdits*»; i demanar al jutge que els autoritzi a acceptar l'herència en nom de l'hereu que repudia, en aquest cas el transmitent respecte a l'herència del primer causant.

En el CCCat, article 461-7: «*1. La repudiació de l'herència en perjudici dels creditors de l'hereu cridat no es pot oposar a aquests, que poden cobrar els crèdits de data anterior a la repudiació sobre els béns de l'herència o sobre la quota d'herència repudiada si manquen altres recursos per a cobrar-los.*» El mecanisme, com comenta FRANCINO BATLLE, no busca sancionar una voluntat defraudatòria sinó la protecció dels creditors permetent-los reclamar contra els béns hereditaris com si el deutor hagués acceptat i adquirit l'herència, i això sense necessitat d'obligar-lo a acceptar l'herència ni convertir-lo en hereu, i sense alterar, per tant, els altres efectes propis de la repudiació. El creditor del transmitent concorrerà amb els creditors del primer causant, legataris i legitimaris en les mateixes condicions que si el seu deutor hagués acceptat l'herència, però amb preferència als creditors de l'hereu que finalment adquirís la quota repudiada. L'exigència que el crèdit sigui anterior a la repudiació obeeix a què el creditor ja no pot comptar amb el cabal hereditari des del moment d'aquesta.

La Resolució de DGRN de 23 de juny de 1986, citada per la de 12 de març de 2018, apunta a què en els casos de renúncia del transmissari a l'herència del primer causant, el creditor del transmitent podria acudir al mecanisme de l'article 1001 del Codi civil si la repudiació perjudica els seus drets, cosa que condueix a la computació del valor del *ius delationis* en l'herència del transmitent.

Pel que fa al crèdit derivat de la legítima catalana, la Sentència TSJC de 29 de gener de 1996, interpretant des de Catalunya el Codi civil espanyol, sosté el contrari, que l'article 1001 només es refereix als creditors i que els legitimaris no poden equiparar-se als creditors basant-se —entre altres raons que encaixen en el supòsit de fet— en què el legitimari té un dret de crèdit contra l'herència però no contra l'hereu. Argument més que discutible i, naturalment, contrari a la doctrina de la DGRN.

La possibilitat que té el creditor del transmissor de cobrar el seu crèdit sobre l'herència del primer causant no té cabuda, en canvi, si se sosté la teoria de l'adquisició directa. El transmissor mai no adquireix l'herència del primer causant, que va directament d'aquest als transmissaris. Encara que aconseguixin que s'accepti l'herència per part del transmissari, no s'incrementa amb això el cabal hereditari del transmissor i, amb això, les seves possibilitats de cobrament. I, seguint amb la mateixa teoria de l'adquisició directa, els creditors del transmissari, en canvi, podran actuar d'acord amb l'article 1001 del Codi civil, o de l'article 461-7 CCCat, tant pel que fa a l'herència del primer causant com de la del transmissor. En alguns casos pot arribar a succeir que cobrin precisament perquè no cobren els creditors del transmissor. La teoria de l'adquisició directa sustrau als creditors del transmissor els béns de l'herència del primer causant i se'ls dona als creditors dels transmissaris.

5. *Pel que fa a l'usdefruit del cònjuge vidu*

La Resolució DGDEJ de 28 de setembre de 2018 i la Resolució DGSJFP de 26 de maig de 2021 donen una solució oposada a la protecció de l'usdefruit que pugui ostentar el cònjuge del transmissor que mor sense acceptar ni repudiar l'herència. La resolució catalana aplica sense traves la teoria de l'adquisició directa, mentre que la DGSJFP es manté en la seva línia de distingir el *ius delationis* de l'efecte patrimonial. En un cas estem davant un usdefruit vidual *ab intestato* i en l'altre davant una quota legal usufructuària en l'herència del transmissor a favor del seu cònjuge. Com veurem, el problema subjacent és el mateix.

La Resolució DGDEJ de 28 de setembre de 2018 es planteja si l'usdefruit abintestat a favor del cònjuge del transmissor s'estén també als béns procedents de l'herència del primer causant. La resolució és contundent en la seva negativa. El transmissor no hereta res del primer causant («*béns que en cap moment va arribar a adquirir*») i, per tant, l'usdefruit universal abintestat que correspon al cònjuge del transmissor no afecta a aquests béns.

La DGSJFP arriba a la conclusió contrària en la Resolució de 26 de maig de 2021 en què entén necessària la concurrència del cònjuge vidu del transmissor en la partició. «*Este Centro Directivo estima que la obligada protección de los herederos forzosos exige entender que, a efectos de determinar el importede*

la legítima, el “*ius delationis*” también se computa, porque en sí es susceptible de valoración económica por lo mismo que es susceptible de venta (artículo 1000.1.º del Código Civil)...», «la doctrina fijada por el Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de septiembre de 2013, que se limita a explicar que el “*ius delationis*” no se fragmenta o se divide en dos sucesiones, y confirmada como tal dicha premisa, debe entenderse en el ámbito práctico que, una vez aceptada la herencia del primer o de los primeros causantes por parte del transmisario, éste pasará a formar parte subjetiva de la comunidad hereditaria, ostentando un derecho abstracto sobre un conjunto de bienes, derechos y deudas procedentes de los indicados finados». I conclou que qualsevol operació tendent a la partició de l’herència a què estigui cridat el transmissor ha de ser atorgada per tots els interessats en la seva successió.

6. *El cas de testament atorgat en unitat d’acte entre cònjuges sense fills amb institució recíproca i posterior disposició a favor dels respectius troncs familiars*

La Resolució de la DGSJFP de 7 de març de 2022 fa referència a sengles testaments atorgats en dos documents successius per dos cònjuges, A i B, sense fills. Després de la institució recíproca d’hereus entre A i B, cadascun ordena una substitució vulgar per al cas de premoriència de l’altre en què institueix hereus els seus germans i llega als cunyats tot el que li correspongués per l’herència del seu consort. És a dir, es procura que els béns que quedin a la defunció de l’últim dels dos tornin al seu tronc familiar, a títol d’hereus els germans i de legataris els cunyats. Mor el primer dels cònjuges A sense que el supervivent B accepti ni repudii la seva herència. Mor després B i els hereus, germans de B, no lliuren als germans d’A el llegat dels béns que B hagués heretat d’A perquè entenen que a B res no li ha correspost d’A. Que els hereus de B succeeixen a B per dret propi i a A per dret de transmissió. És a dir, B no ha heretat res d’A perquè ho hereten directament d’A per dret de transmissió els germans de B i, per consegüent, queda buit de contingut el llegat que fa B dels béns procedents d’A a favor dels germans d’A. Res d’A ha passat a B. Els germans de B es queden amb tot, tant l’herència de B com la d’A. El resultat seria el propi del joc tontino: si mor primer A hereden tot los de A i de B els hereus de B; si mor primer B, hereden també tot els hereus de A. Segur que els testador no van perseguir aquesta finalitat.

La DG, per part seva, arregla el que a mi modestament em sembla un disbarat distingint, una vegada més, entre el *ius delationis* i la necessitat de respectar la voluntat de qui ha mort sense acceptar ni repudiar l’herència. Cita la Resolució DGRN de 26 de juliol de 2017: «... los transmisarios suceden al primer causante de manera directa y no mediante una doble transmisión del causante al transmitente y de éste a los transmisarios. Pero es indiscutible que la determinación de quienes son

los transmisarios y en qué porcentaje y modo adquieren los bienes, viene determinado por la sucesión del transmitente y no del primer causante... en lugar de centrarnos en la doble transmisión de bienes, que la sentencia del Pleno (TS 11/9/2013) excluye, sería mejor profundizar en que los transmisarios son llamados a la herencia del primer causante porque son los herederos del transmitente y solo en cuanto lo son y en la forma y proporción en que lo son, para lo cual es inevitable considerar en qué términos los ha llamado el transmitente por vía de testamento o la ley en caso de vocación testamentaria o forzosa, según los supuestos».

És a dir, al transmitent no se li pot sustraure la testamentifacció activa, argument ja abans exposat. Cal distingir la facultat o poder de configuració, del valor patrimonial. Potser la DG obvia la doctrina del TS en la seva Sentència d'11 de setembre de 2013 més que no la compleix, però el resultat és molt més equilibrat que el que sorgeix de l'aplicació cega de la teoria de l'adquisició directa.

Amb tot, em permeto aclarir que el simple fet que cada testador hagués disposat en el seu testament dels béns que potser li corresponguessin de la successió de l'altre ja implicaria una acceptació tàcita que exclouria el *ius transmissionis*. Succeeix no obstant això, que ambdós testaments s'atorguen simultàniament, és a dir, en vida d'ambdós testadors, i no és possible acceptar, almenys tàcitament, una herència no causada. Una altra cosa seria que els hereus de B haguessin hagut de respectar la seva voluntat i complir amb el llegat encara que fos per considerar-lo llegat de cosa aliena.

7. *Pel que fa al fideïcomís imposat pel transmitent en el seu testament: la Sentència del TSJC de 12 de juliol de 2012*

La Sentència del TSJC de 12 de juliol de 2012 resol sobre si un fideïcomís de residu imposat pel transmitent als seus hereus (transmissaris) afecta només als béns de l'herència del transmitent o, també, als procedents per dret de transmissió de l'herència del primer causant. Posant cara als personatges: una germana, soltera i sense descendents, institueix hereva a la seva germana, casada i sense fills. Aquesta, al seu torn, nomena hereu al seu marit, però li imposa un fideïcomís de residu a favor de parents d'ambdues testadores. És a dir, els béns que no hagi disposat el referit marit per acte interviu a títol onerós tornen al tronc familiar de les germanes. Avanço que el final a què condueix la sentència es resumeix en què l'herència de la germana soltera acaba a les mans dels hereus del marit de la germana casada, estranys a la família d'ambdues germanes, i els béns de la germana casada passen al seu marit i després d'aquest, en virtut del fideïcomís, als familiars d'ambdues germanes. Un curiós encreuament. Tot això perquè en morir la germana casada sense acceptar ni repudiar la seva herència, l'herència de la soltera passa al marit d'aquella per dret de transmissió i, en seguir el TSJC la teoria de l'adjudicació directa, la succeeix sense el fideïcomís imposat per la seva esposa transmitent en la seva prò-

pia herència. És obvi que la germana soltera no va imposar cap fideïcomís perquè en el seu testament heretava la seva germana i, si no, parents ambdues. Els béns no sortien de la família. I és obvi també que la casada va disposar el fideïcomís perquè en instituir hereu al seu marit, volia que els béns no disposats per ell, tornessin a la família de les dues. La conclusió és paradoxal: l'herència de la germana soltera acaba a les mans d'estranyers a la família i els de la casada, que potser hagués pogut donar més marge al seu marit sense imposar-li cap càrrega, hi romanen.

La Sentència aplica també al peu de la lletra la teoria de l'adquisició directa un any abans que el TS. No obstant això, el seu Fonament de Dret 5è té unes consideracions que, com a mínim, mereixen un comentari:

«1. En el dret de transmissió successòria, l'objecte de la transmissió o sigui, el que el transmissari transmet al transmissari és l'herència del primer causant, i no únicament el 'ius delationis' o dret a acceptar o repudiar l'herència.»

Resulta xocant perquè està formulant la teoria de la doble adquisició quan la conseqüència que s'extraurà és la derivada de la teoria de l'adquisició directa, com es veu en el paràgraf que segueix:

«2. Que el fet irrefutable de l'existència de dues herències distintes, i, en principi independents, provoca que no hi hagi cap justificació per gravar amb un fideïcomís una herència quan precisament l'autoritat màxima en la decisió de la sort d'aquesta, és a dir, el causant-testador no va voler gravar els seus béns.»

Aquí sí que es parla de dues herències independents, situació que correspon a la teoria de l'adquisició directa. Amb tot, veig més encert en la Resolució DGRN de 26 de juliol de 2017 quan raona: *«... en lugar de centrarnos en la doble transmisión de bienes, que la sentencia del Pleno (TS 11/9/2013) excluye, sería mejor profundizar en que los transmisarios son llamados a la herencia del primer causante porque son los herederos del transmitente y solo en cuanto lo son y en la forma y proporción en que lo son, para lo cual es inevitable considerar en qué términos los ha llamado el transmitente por vía de testamento o la ley en caso de vocación testamentaria o forzosa, según los supuestos»*. És a dir, si el transmissari va disposar un fideïcomís en el seu testament, el seu *ius delationis*, per més dret personal o facultat de modificació jurídica que sigui, ha de venir modalitzat pel fideïcomís. D'una altra manera resulten conseqüències tan poc congruents amb la forma ordinària de planificar una successió com les que resulten d'aquesta sentència.

«3. ... En cas que el transmissari a la vegada hagués deixat en el seu testament determinades càrregues o gravàmens, i aquestes fossin incom-

patibles amb les primeres (les ordenades pel primer causant), aquestes es diluirien (sic), en prevaldre sempre les primeres.»

Un altre argument poc coherent. Si seguim la teoria de l'adquisició directa, les càrregues imposades pel transmissor en el seu testament, és indiferent que siguin compatibles o incompatibles. Com s'ha vist en el punt anterior, no es tenen en compte. En la teoria de la doble adquisició no es «diluirien» sinó que s'aplicarien en tot cas amb preferència, òbviament, de les disposades pel primer causant sobre les disposades pel transmissor.

«4. El caràcter retroactiu de l'acceptació de l'herència, previst en l'article 5 del Codi de successions ("l'herència diferida (sic) l'adquireix l'hereu amb la seva acceptació, però els efectes d'aquest es retrotrauen al moment de la mort del causant") encaixa molt millor amb la teoria de l'adquisició directa o teoria moderna.»

És indiferent. La mort de cada causant és el moment a considerar tant en una teoria com en una altra i s'ha vingut aplicant en ambdues. En operar retroactivament la conseqüència sempre és la mateixa.

5. En aquest punt relatiu a l'indignitat del transmissor respecte del primer causant, la sentència analitza el problema de la doble capacitat que, certament, resol millor la teoria de l'adquisició directa, llevat que s'interpreti l'article 412-8.3 CCCat en la forma exposada anteriorment, que li dona sortida amb total solvència.

«6. La teoria de l'adquisició directa, o la que afirma que en virtut del "ius transmissionis" el transmissor rep l'herència directament del primer causant i no del transmissor, és la que millor s'adapta al que estableix el paràgraf final de l'article 110 del Codi de successions, que tracta el tema de la interpretació dels actes d'última voluntat i diu, pel que ara interessa: "En els casos de dubte, la interpretació es fa en sentit favorable a l'afavorit, i les disposicions que li imposin qualsevol càrrega s'interpretaran restrictivament"; una interpretació en sentit contrari suposaria vulnerar el tradicional criteri favorable a la interpretació restrictiva de les càrregues fideïcomissàries.»

Aquest no és el tema. El precepte es refereix a la interpretació de les disposicions dins un testament, no a la interacció entre dos testaments la redacció dels quals no admet cap dubte.

En definitiva, com es ve sostenint des del principi, cap dels arguments exposats en la sentència a favor de la teoria de l'adquisició directa convenç.

8. *Problema de l'herència del trasmitent amb dos transmissaris en què un transmissari accepta l'herència del primer causant per dret de transmissió i l'altre la renúncia*

Sembla que només té solució dins la teoria de l'adquisició directa el problema que es planteja quan dos transmissaris accepten ambdues l'herència del transmissari però només un la del primer causant. En la teoria de l'adquisició directa el transmissari que renuncia no succeeix al primer causant i a l'acceptant li acreix la part del renunciament, que rep directament del primer causant. En la teoria de la doble adquisició, com podria computar-se l'herència del primer causant en la del transmissari si un hereu del transmissari ha acceptat l'herència del primer causant i l'altre no? No cal forçar el mecanisme successori. En seu de l'herència del primer causant, la part del transmissari renunciament acreix la part del transmissari acceptant. Es liquida en primer lloc aquesta herència i una vegada liquidada s'integra en l'herència del transmissari. Ja en seu de l'herència del transmissari es procedeix com si fossin els transmissaris hereus cridats a parts desiguals.

9. *Dret de transmissió en els llegats: el CC i el CCCat. Llegats d'eficàcia real i llegats d'eficàcia obligacional*

A diferència de l'herència, els llegats s'adquireixen des de la defunció del causant sense perjudici del dret a repudiar (art. 427-15.1 CCCat). Sembla, doncs, que no queda espai per a la teoria de l'adquisició directa, ja que el legatari no repudiant és acceptant per definició. És a dir, succeiria el mateix que en un supòsit d'acceptació tàcita. No és possible el salt directe del transmissari al primer causant.

VI. CONSEQÜÈNCIES FISCALS

VICENTE MARTORELL, en un aclaridor treball publicat a «notariosyregistradores.com» resumeix les fases per les quals ha travessat l'evolució jurisprudencial del *ius transmissionis* en el seu vessant fiscal:

1. Dues successions civils i dues fiscals (fins al 2013).
2. Una successió civil i dues fiscals (des de 2013 a 2016).
3. Una successió civil i una fiscal (des de 2016 a 2017).
4. Una successió «i mitja» civil i una fiscal (des de 2018 i de moment).

Deixo aquest tema per a un futur treball. Simplement vull apuntar les dues qüestions a resoldre en el raonament fiscal: a) el *ius delationis*, és un dret sense contingut patrimonial avaluable o té valor?; b) en el dret de transmissió, hi ha una delació o dues als efectes de computar la prescripció?

VII. CONCLUSIONS

De vegades resulta convenient acudir als clàssics. Segons ANTONIO CICU (*Derecho de sucesiones. Parte general. Punto 42*): «*Se dice comunmente que el efecto de la delación es el de atribuir al llamado la facultad o el derecho de aceptar la herencia. Pero el efecto no se reduce a esto... acogido el principio de la transmisión de la delación, debe deducirse que ya con ella se ha adquirido algo en el patrimonio del llamado*». El transmissari «*subentra como heredero del llamado y no en virtud de una vocación propia a la herencia ya deferida* (como sucede en el derecho de representación). *Esto implica que la delación ya había dado lugar a la constitución de una relación jurídica de la que el llamado era titular, relación jurídica de naturaleza no estrictamente personal, sino patrimonial.*» I, en nota a peu de pàgina, afegeix: «*Naturaleza patrimonial que se acentúa por la prevalencia de la transmisión sobre el derecho de acrecer*».

Seguint amb els clàssics, recordar que DE CASTRO ens diu que el concepte de poder de modificació va caient en descrèdit per la inconcreció i heterogeneïtat de supòsits que no resol totalment les qüestions plantejades, havent de prosseguir indagant en els problemes que la naturalesa específica de les institucions plantegen.

I, encara amb els clàssics, portar a col·lació que GARCÍA GOYENA, pare de l'actual article 1006, considera el dret del transmissari a l'herència del primer causant com a part «*parte de su patrimonio como cualquier otro de toda especie*».

Amb aquests antecedents, sostenim:

Que d'una lectura integradora dels articles 1006, 759, 799 i d'altres esmentats del CC espanyol, dels articles 461-13, 412-8.3 i d'altres citats del CCCat, es desprèn que la *mens legislatoris* està pensant en la teoria de la doble adquisició i no en la de l'adquisició directa.

Que no hi hauria d'haver diferències en els efectes jurídics per haver quedat pendent la decisió del transmissari sobre acceptar o repudiar. La decisió presa pels transmissaris ha de suplir-la amb igualtat d'efectes. Els drets successoris no han de canviar per aquesta actuació completament aliena al causant.

Que la teoria de l'adquisició directa sustrau al primer causant la testamentificació activa posant com el seu successor directe *in loco et ius* a algú a qui potser no hagués desitjat veure en aquesta posició.

Que la teoria de l'adquisició directa comporta una doble delació de l'herència que està mancada de qualsevol fonament legal tant en el CC com en el CCCat.

Que quan la jurisprudència ha aplicat al peu de la lletra la teoria de l'adquisició directa, el resultat no equilibra suficientment els interessos en joc.

Que el transmissari té un dret sobre l'herència del primer causant «*como cualquier otro de toda especie*» (GARCIA GOYENA) i no només un *ius delationis* sense contingut patrimonial que patrimonialitza en exclusiva el transmissari.

LA CONSTITUCIÓ D'ANDORRA: GÈNESIS I FUNCIÓ (EL COPRINCIPAT: DUALITAT I ASIMETRIA)

per

JOAN-JOSEP LÓPEZ BURNIOL

Acadèmic de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

14 de març de 2023

I. PARAULES PRÈVIES

El propòsit que impulsa aquesta comunicació és despertar l'interès sobre l'evolució política d'un país veí —«un petit país del Pirineu»—, que ha preservat d'una manera gairebé miraculosa la seva independència, tot i estar al mig de dos grans Estats europeus amb sobrada capacitat per fagocitar-lo. Un petit país que, per altra banda, ha tingut una història semblant a la del seu entorn, amb similars derives ideològiques, conflictes socials i enfrontaments polítics, als dels seus dos grans veïns. Es podria dir amb raó, que l'única diferència entre Andorra, per una banda, i França i Espanya, per l'altra, és una diferència d'escala. A Andorra hi ha conservadors i lliberals, partidaris d'un Estat centralitzat fort (amb un sistema fiscal adient), i defensors d'un Estat entès com una confederació de parròquies (amb un sistema fiscal reduït); hi ha partidaris de mantenir el Copríncipat com garantia històrica d'una independència real, i defensors d'una reforma constitucional que obri la porta a una altra forma d'Estat; hi ha moderats i hi ha populistes... Hi ha de tot.

Dit això i abans d'entrar en matèria, convé fer referència a un fet que resulta clau per entendre el que ha estat determinant, al llarg de la història, per fer possible la subsistència d'Andorra com un país independent. Aquest fet és la sobirania compartida per dos coprínceps, que ha dificultat, fins impedir-lo, qualsevol intent d'incorporar Andorra a una altra entitat política de superior dimensió (França o Espanya). Una dificultat que té les seves arrels en una idea axial del Dret Romà: la de que qualsevol forma de comunitat és «menys racional», ja que convé que tota titularitat dominical sigui individual, és a dir, d'una única persona, fins al punt de que el mateix Dret ofereix una sèrie d'instruments per sortir de la comunitat, en especial els retractes (de comuners i de cohereus) i la «actio comuni dividundo».

Així doncs, aquesta «irracionalitat» d'una sobirania compartida i solidària ha estat la garantia de la independència andorrana.

Tot el que segueix no és més que la comunicació del contingut de dos llibres importants publicats recentment, i deguts a dues personalitats de la vida andorrana amb un coneixement profund —i no tan sols teòric— del tema. Aquests llibres són, per ordre de publicació:

«La Constitució del Principat d'Andorra: la resposta als reptes de les institucions en el segle xx (1930-1993)», de Nemesi Marqués i Osté.

«Els coprínceps en el desenvolupament del Principat d'Andorra», d'Isidre Bartumeu i Martínez.

II. GÈNESI DE LA CONSTITUCIÓ D'ANDORRA

El primer llibre, «La Constitució del Principat d'Andorra: la resposta als reptes de les institucions en el segle xx (1930-1993)» és obra del doctor Nemesi Marqués Osté, nascut l'any 1935 a Cabó (Lleida), un municipi de l'Alt Urgell, que avui té 98 habitants. Fou ordenat sacerdot el 1959. Ha exercit durant més de quaranta anys altes funcions encomanades pels bisbes d'Urgell, en tant que coprínceps d'Andorra: secretari general des del 1968 al 1981, delegat permanent des del 1981 fins al 1993 i representant personal des del 1993 fins al 2012, any de la seva jubilació. Per tant, la seva implicació a la vida del Principat ha estat perllongada i plena, raó per la qual el seu coneixement de la història viscuda durant aquest període ha estat complet i directe. Un fet al que s'ha de sumar la seva dedicació a l'estudi del passat d'Andorra, de l'evolució de les seves institucions i de les demandes dels nous temps. Un estudi que ha tingut reflex en altres llibres seus: «Lleis i resolucions dels coprínceps i els seus delegats, 1900-1979» (1980), «La reforma de les institucions d'Andorra (1975-1981): Aspectes interns i internacionals» (1989) i «Les institucions públiques del Principat d'Andorra» (2005).

Resulta evident de tot plegat que el Dr. Marqués ha dedicat a l'Estat andorrà, a l'estudi de les seves institucions i a la participació en el seu govern l'activitat professional de tota la seva vida. No és estrany, per tant, que el seu coneixement de la realitat social i política andorrana sigui profund, així com que la seva experiència sigui molt rica en episodis diversos, conflictes arrelats i solucions treballades i pactades. Amb aquest bagatge era casi bé inevitable que afrontés la tasca de recollir en un llibre tot el procés constitucional andorrà, des del moment en què les institucions del país comencen a mostrar-se insuficients per resoldre els problemes dels nous temps, fins que s'aprovà per referèndum una Constitució que suposà la culminació d'una història exemplar, en la que els andorrans han sabut preservar al llarg dels segles el dipòsit de la seva sobirania, és a dir, del seu autogovern, des d'abans que existissin els Estats.

Ara bé, tant de les converses que he tingut amb el doctor Marqués preparant aquesta comunicació, com de la lectura atenta del llibre, he extret una conclusió: el doctor Marqués explica els fets, els debats, els conflictes i les sortides trobades, amb absolut respecte a les altres posicions. No pretén, en cap moment, ser el dipositari de cap veritat absoluta, ni adoptar cap actitud dialèctica. Ell diu la seva veritat i resta obert a les altres que puguin sorgir —i que sorgiran—, amb la finalitat que els estudiosos del futur arribin, al seu dia, a les conclusions que estimin fonamentades i pertinents. Tant és així, que m'ha semblat en més d'una ocasió, mentre m'endinsava en el llibre, que el doctor Marqués no deia tot el que sap i, menys encara, tot el que pensa, que no copia del tot els papers que té davant, que eludeix personalitzar diverses opinions i actituds, i que, al mateix temps que pretén evitar un relat polaritzador entre institucions, sobretot entre coprínceps i Estats veïns, procura obviar en la mesura possible el contrast institucional directe. En aquest sentit, la seva aportació és sempre continguda, respectuosa sense excepció amb l'ocasional adversari, i oberta del tot a la discrepància. I, dit això, deixem a l'home i passem al llibre.

* * *

Diguem, d'entrada, que és tot un llibre. Sis-cents trenta-tres pàgines i mil cinc-cents cinquanta-dues notes a peu de pàgina. És un llibre detallat, que entra a fons en els temes que tracta i que, a més, aporta un recolzament documental recollit en les notes, que resultarà absolutament imprescindible pels futurs juristes i politòlegs que estudiïn aquest període de la història andorrana. No els hi puc negar que, després de la lectura d'algunes notes especialment sucoses, vaig recordar una frase de Josep Pla, qui deia que el més interessant de «El capital» de Karl Marx eren les notes a peu de pàgina. No dic jo el mateix, però sí que insisteixo en la importància de l'aparell documental que s'aporta, per altra banda, no estrany si es té en compte l'accés directe que el doctor Marqués ha tingut a molts arxius.

L'espai temporal que comprèn el llibre s'estén des del 1930 fins al 1993, durant els pontificats de tres coprínceps: el de monsenyor Justí Guitart (1920-1940), seguit pel Vicariat Capítular del Dr. Ricard Fornesa (1940-1943); el de monsenyor Ramon Iglesias i Navarri (1943-1969), seguit per l'Administració Apostòlica de monsenyor Ramon Call (1969-1971), i el de monsenyor Joan Martí Alanís (1971-2003). Ara bé, des d'un punt de vista estrictament històric, podríem dir que la part substancial del treball es concreta en el pontificat de Joan Martí, estudiat a partir de la pàgina 312, és a dir, mig llibre. La primera part és enormement útil per captar la necessitat d'un «aggiornamento» de les institucions andorranes, imprescindible perquè poguessin fer front a les noves exigències dels temps, així com per advertir com es van anar dibuixant dintre d'Andorra dues tendències: una que apostava per una reforma limitada, i altra que reclamava una reforma

institucional profunda expressada en una Constitució. Un debat que no és pas estrictament tècnic, sinó que està profundament imbricat en l'abast de la mateixa reforma: un debat polític. Un debat entorn del poder.

L'esquema del llibre és senzill. Comença amb una introducció sobre qüestions prèvies i generals. Així:

—Es reitera que la carta constituent del Principat d'Andorra és el Pariatge de 8 de setembre de 1278, que segellà l'acord entre el Bisbe d'Urgell i el Comte de Foix pel que s'estableix i es concreta la seva sobirania conjunta sobre el Principat.

—S'enumeren els tres moments determinants de la diferenciació del Principat d'Andorra del Comtat d'Urgell: a) Quan el senyoriu episcopal és refrendat pels papes Silvestre II (1001) i Martí IV (1282); b) quan Germana de Foix no incorpora el senyoriu dels Comtes de Foix sobre Andorra a la Corona d'Aragó; i c) quan s'aprova la Constitució de 1993.

—S'afirma de manera clara que Andorra no assoleix la sobirania pel fet d'haver-se donat una Constitució, sinó que precisament es dona aquesta Constitució en exercici d'una sobirania preexistent. Per mi, aquesta idea és absolutament clau i l'he tingut clara des de sempre, especialment quan vaig formar part del Tribunal Constitucional, i així ho vaig escriure al pròleg d'un recull legislatiu. Deia Ortega y Gasset que si vols conèixer una persona o un poble, has de conèixer la seva història, i la història ens diu que Andorra ha estat des de fa més de vuit-cents anys una comunitat humana amb consciència clara d'una personalitat històrica diferenciada, i voluntat ferma de projectar aquesta personalitat diferenciada al futur mitjançant el seu autogovern, és a dir, l'autogestió dels propis interessos i l'autocontrol dels propis recursos.

—Es consigna la doctrina tradicional espanyola sobre les institucions andorranes, que es condensa en una sola frase: la sobirania originària i suprema sobre Andorra pertany a Espanya, com hereva que és del Regne d'Aragó, en el que s'integrava el Comtat d'Urgell. És una sobirania a la qual no ha renunciat mai, a banda que es tracta d'un dret imprescriptible.

—Es resumeix la doctrina tradicional francesa sobre les institucions andorranes amb una frase semblant: la sobirania originària i suprema d'Andorra pertany a França, i, en tot cas, l'exercici de les més altes funcions sobiranes pertany al Cap d'Estat francès. Els arguments al·legats són: a) el silenci sobre Andorra del tractat de Corbeil, signat per Lluís IX de França i Jaume I el Conqueridor, l'any 1258, amb la voluntat d'establir una pau duradora entre les Corones de França i Aragó, mitjançant la fixació d'unes fronteres estables entre ambdós Regnes; b) la presència del rei d'Aragó a l'acte d'atorgament del Pariatge (com impulsor, con testimoni, com convidat...?); c) la unió del Comtat de Foix a la Corona de França.

—Es distingeixen dues etapes en la relació de veïnatge d'Andorra amb Espanya i França: una primera, abans de la Constitució, en la que no es pot parlar pròpiament de relacions de veïnatge en el sentit que dona a aquestes paraules el

Dret internacional; i l'altra actual, des de la Constitució, en la que sí hi ha una autèntica relació de veïnatge amb els dos grans veïns, un veïnatge sobrevingut que és, a més, un veïnatge asimètric, no —afegeixo jo— perquè França sigui més veïna que Espanya, sinó perquè entre Andorra i Espanya s'aixeca, a primera línia, la Mitra d'Urgell, i, a la rereguarda, la Santa Seu.

—I, per últim, distingeix dos escenaris pel que fa als protagonistes d'aquest llarg procés històric. Pel que fa a l'escenari francès, els actors han estat dos: el copríncep francès i el copríncep episcopal, amb el benentès que la representació internacional d'Andorra i l'ordre públic al Principat era un monopoli francès. I, pel que fa a l'escenari espanyol, els actors han sigut el copríncep d'Urgell, la Santa Seu i l'Estat espanyol, que ha representat un paper més aviat secundari, a causa —al meu parer— de la seva congènita i secular feblesa, no obstant els seus intents de fer-se valdre en alguns moments, que han estat clarament superats en número per altres en els que l'Estat espanyol més aviat ha estat instrumentalitzat per la Mitra i la Santa Seu per contrapesar la voluntat hegemònica de França.

* * *

Sobre aquesta base, el llibre passa a considerar les fites del pontificat de monsenyor Justí Guinart, coincident, a Espanya, amb la Segona República, la Guerra Civil i l'inici de la dictadura del general Franco, i, a França, amb les presidències de Paul Doumer i Albert Lebrun. En aquella època, la precària situació econòmica obligava a emigrar a una bona part de la població andorrana. El Consell General impulsà l'aprofitament dels recursos naturals mitjançant el règim de concessions, entre elles la de «Forces Hidroelèctriques d'Andorra, S.A.» (FHA-SA). Sorgiren llavors diversos problemes, entre ells els socials, provocats per una forta immigració. Tot plegat suscità la vaga general iniciada el 26 d'agost de 1933, que provocà, al seu torn, la intervenció de la gendarmeria francesa i, conseqüentment, afectà a les relacions d'Andorra amb els Estats veïns, pretenent Espanya enviar un número de guàrdies civils igual al dels agents enviats per França.

També provocà fortes friccions l'autorització pel Consell General a la societat australiana «Broom's Syndicate» per vendre tiquets d'apostes sobre els resultats de curses de cavalls anglosaxones. Tampoc reeixí l'intent del suís Friedrich Weilenmann d'obtenir la concessió del servei postal a Andorra, en substitució dels correus espanyol i francès, no obstant comptar amb la comprensió del Consell General. I també durant aquests anys, concretament el 1935, s'inicià el contenciós de la radiodifusió andorrana, de complexíssima evolució, llarguíssima tramitació i traumàtica resolució.

És evident que, en aquestes circumstàncies, les relacions de la Sindicatura (òrgan rector del Consell General) amb els coprínceps, en especial amb el copríncep episcopal (possiblement per ser considerat el més feble) se situaven fora dels

paràmetres normals. Això dificultava la realització de projectes de modernització d'Andorra, com era el del sistema representatiu, amb unes assemblees elegides llavors solament pels caps de casa (els «sui iuris» del Dret romà) i amb unes regles de funcionament mancades de la publicitat i de la transparència exigibles en una democràcia.

Pel que fa a Espanya, durant la Segona República, les relacions del copríncep episcopal amb l'Estat espanyol estigueren marcades per dos fets: un general, que fou la mala relació de la República amb la Santa Seu, i l'altra particular, consistent en la reivindicació de la sobirania sobre Andorra. De fet, els últims temps del pontificat del bisbe Guinart i el començament del Vicariat Capitular, seu vacant, del Dr. Ricard Fornesa van estar presidits per les tensions inicials amb el govern del general Franco, el «protofranquisme» en paraules del llibre. El Govern de Madrid va nomenar al governador civil de Lleida «Comisionado Especial Permanente para los Valles de Andorra».

* * *

L'any 1943 s'inicià el pontificat de monsenyor Ramon Iglesias i Navarri. Va néixer a Durro, Vall de Bohí, l'any 1889; estudià al seminari de La Seu i a Pontificia Universitat Gregoriana de Roma. L'any 1912 fou ordenat sacerdot, i l'any 1918 ingressà al cos de Capellans Castrenses, en el que va romandre fins l'any 1942, al ser nomenat bisbe de la Seu. Participà a les campanyes d'Àfrica, on establí una ferma relació amb el comandant Franco, i a la Guerra Civil, arribant a secretari del Vicariat General Castrense. D'aquesta forta relació, establerta a Àfrica, amb qui arribaria a ser cap d'Estat, n'és prova el fet que una directa intercessió seva va lliurar a un seu parent —Joaquim Maurín Julià, nat a Bonansa, Ribagorça— de la greu pena que li havia estat imposada per un consell de guerra, permetent-li la marxa a Estats Units l'any 1946.

El que s'ha de dir abans de tot de Ramon Iglesias i Navarri, és que contribuí de forma destacada a la normalització de les relacions del Principat d'Andorra amb Espanya, gràcies en bona mida a les seves excel·lents relacions amb Madrid. Així, va aconseguir un canvi radical de la doctrina oficial de la superior sobirania d'Espanya. Raó per la qual va poder dir en un discurs davant del Consell General que «Espanya no vol menyscar la sobirania d'Andorra».

Eren temps convulsos a Europa, i Andorra no se n'escapava. I arribem a una data significativa: les eleccions del 12 de novembre de 1945. El general de Gaulle com copríncep francès va anunciar prèviament, amb la seva contundència característica, que no reconeixeria el resultat de les eleccions per no celebrar-se d'acord amb el Decret de 1933 (és a dir, per sufragi universal), sinó pel de 1941 (que havia recuperat la figura del cap de casa), derogant aquell no pas a impuls dels coprínceps, sinó d'un sector reaccionari de la societat andorrana. Es celebraren

les eleccions, però el resultat queda bloquejat pel copríncep francès. Mentre tant, el general de Gaulle havia dimitit com a president de la República, i això facilita la sortida de l'embolic: França va reconèixer la validesa de les eleccions celebrades d'acord amb el Decret de 1941, però amb l'obligació de convocar-les, a partir de 1947, segons el Decret de 1933.

A més, durant el pontificat de Ramon Iglesias, saltà el problema de les concessions hidroelèctriques, la immigració creixent provocà tensions, i s'accentuaren les demandes socials i les provocades pel creixement demogràfic. Tot un ventall de temes que exigien una administració moderna i operativa.

En l'etapa final del pontificat de Ramon Iglesias es va produir la visita del copríncep francès, general de Gaulle, de nou al front de la República Francesa des del 1958. Segons la percepció espanyola, amb aquesta visita culminà una etapa d'atonía de la Mitra d'Urgell, posant en perill la paritat dels copríneps. En aquesta situació, produïda la vacant, Ramon Malla, vicari episcopal i delegat permanent (com a tal, impulsà la seguretat social) i després bisbe de Lleida, fou nomenat administrador apostòlic, estenent-se el seu mandat fins al pontificat de Joan Martí Alanís.

* * *

Monsenyor Joan Martí Alanís nasqué a El Milà, Tarragona, l'any 1928; estudià al seminari de Tarragona, i Humanitats Clàssiques a la Universitat Pontifícia de Salamanca. Obtingué més tard el diploma de llengua francesa a la Sorbona i el de llengua anglesa a Londres. Desenvolupà una forta activitat en el camp de l'ensenyament i col·laborà en mitjans de comunicació com La Vanguardia. Prengué possessió del bisbat d'Urgell el 30 de gener de 1971. Prestà jurament com a copríncep davant el Consell General el 17 de març. El discurs que pronuncià llavors conté una consideració nova del bisbe d'Urgell com a copríncep d'Andorra, amb sintonia amb els signes dels temps que havien impulsat la renovació de l'Església catòlica en el Concili Vaticà II. Joan Martí era per damunt de tot, i així ho declarava, «un home d'Església», i, com a tal, se sentia legitimat com a Copríncep d'Andorra, no solament per la història i la tradició, sinó sobretot per la voluntat del poble andorrà; una concepció que obria el pas a la recerca de noves formes de configuració institucional basades en el principi democràtic de la sobirania popular. Paga la pena copiar unes paraules del seu discurs d'acceptació, en les que perfila la seva visió del fonament del poder temporal de la Mitra d'Urgell:

Aquest fonament «és la tradició llarga i fonamentada del passat i és la voluntat manifesta del poble andorrà d'avui que continua demanant al bisbe aquest servei. No em sento pas engelosit per l'exercici d'aquest poder, ja que soc, pel damunt de tot, home d'Església (...) Però entenc (...) que no és

missió de l'Església destruir i violentar el curs de la història, sinó més aviat elevar i ajudar tot allò que es considera un valor en la comunitat humana i prestar-li aquests serveis temporals, mentre tal suplència es faci necessària».

En aquest discurs hi ha subjacent una proclamació, tant de la sobirania del poble andorrà com de l'autonomia pròpia de l'Església, que vint anys després farien possible la Constitució de 1993. I també reflecteix la realitat demogràfica i social d'Andorra, com a conseqüència del seu creixement, i marca la direcció de les decisions polítiques adequades a la nova situació: la integració dels residents salvaguardant la identitat del país, l'equilibri en l'estructura parroquial, el reconeixement dels drets de la dona, la justícia social, etc. El discurs prenunciava la tenacitat i la fermesa amb què el copríncep Joan Martí maldà pel reconeixement de la sobirania d'Andorra i de la seva personalitat diferenciada en el si de la comunitat internacional, fins a assolir aquell objectiu en el procés constitucional. S'ha d'afegir, en aquest punt, que monsenyor Martí tingué la iniciativa de reunir-se amb el copríncep francès —el president Pompidou—, una trobada que tingué lloc a Cahors el 25 d'agost de 1973, en la qual ambdós albiraren les reformes institucionals venidores.

Com a conseqüència de l'expansió econòmica i demogràfica, Andorra es trobava per aquelles dates davant d'un conjunt de problemes que demandaven una solució per part de les institucions. Per moltes raons, objectives i també personals, les institucions no s'acoblaven a les noves realitats i provocaven tensions amb la seva ineficàcia. El problema principal era la regulació del fenomen immigratori, la integració dels immigrants i la salvaguarda de la identitat nacional andorrana; i un altre greu problema era el qüestionament del sistema tradicional de representació en el si del Consell General; i també sorgiren qüestions transcendentals en l'àmbit financer i societari.

* * *

Fins aquí els antecedents del procés de reforma institucional que el Principat mantingué obert des de l'any 1975 fins al 1990, quan es decidí virar vers un procés constituent. El llibre dedica algunes pàgines a descriure quin era l'entramat polític al voltant d'aquesta reforma institucional pendent. Comença dient que es produí una emergència de dos grups polítics malgrat l'absència de partits. El primer va ser el que s'agrupà entorn de la revista «Tribuna», i el segon, sorgit dos anys més tard, l'ADA, una agrupació de tarannà progressista que volia propiciar el desenvolupament democràtic del país com expressió del dret d'autodeterminació del poble andorrà, si bé alguns dels seus impulsors van ser qualificats des de la revista «Tribuna» de «fòssils polítics». De fet, a la pràctica, es podien distingir tres grups:

—Un col·lectiu de joves universitaris que impulsaven la reforma constitucional, i que, a la consulta del 13 de gener de 1978 obtingueren un 31,6% dels vots.

—La que es podria dir «vella guàrdia» conservadora i lliberal, que entenia Andorra com una federació de parròquies, i que, a les mateixes eleccions, obtingué un 35,09% dels vots.

—I la generació intermèdia, d'un ideari semblant a la primera corrent, però que no volia una constitució, si bé aposta clarament per l'autonomia del Consell General envers als coprínceps, que obtingué la majoria a les eleccions de juliol de 1978, després de la creació de la parròquia de Les Escaldes-Engordany per decisió dels delegats permanents dels coprínceps.

En aquest marc es desenvolupà la primera etapa del debat entorn de la reforma institucional, com a exponent de concepcions sobre la naturalesa de les institucions del Principat. D'entrada, hi havia dues visions contraposades respecte al seu abast:

—Àmplia: La del coprínceps episcopal i la del Consell General, concretada en la «Memòria sobre la reforma institucional» de 31 de març de 1978.

—Restringida: La de França, que postulava una simple «adaptació interna de les institucions» a les noves realitats socials i econòmiques, si bé exclouent tota referència als grans principis, així com a la personalitat i representació internacionals d'Andorra (que corresponia a França).

La proposta de la «Memòria» del Consell fou objecte de debat, i, en aquesta línia, el Decret de «reforma interna» de 15 de gener de 1981, amb la seva delimitació i reglamentació de les atribucions del Consell General i del Govern, alleugerí la situació però no resolgué el problema. La societat andorrana seguia dividida. La part del coprínceps episcopal considerà la «reforma interna» com una reestructuració de les institucions a imatge i semblança de la divisió de poders, però sense cap afirmació de la sobirania i del caràcter estatal de les institucions del Principat i, consegüentment, de la seva subjectivitat internacional. Al meu parer, la «reforma interna» salvaguardava la doctrina tradicional de l'Estat francès entorn de la sobirania i la subjectivitat internacional d'Andorra, i tranquil·litzava a aquell sector de societat andorrana més refractària al canvi.

L'elecció de François Mitterrand el 1981 constituí un fet nou a França en tractar-se del primer president socialista de la V República. Durant el primer septenni de la seva presidència, es mantingué el sistema tradicional de relació amb Andorra. La seva visita a Andorra tampoc contribuí a aclarir l'horitzó, però la problemàtica dels drets humans, els socials i els laborals emergí immediatament i obtingué una atenció preponderant del coprínceps francès des de la tardor de 1986.

Per altra banda, pel que fa a les relacions internacionals, a la dècada de 1980, alguns fets van ferir la sensibilitat del país, com va ser el cas de la Conferència

sobre seguretat i cooperació a Europa, celebrada a Helsinki el 3 de juliol de 1973, amb representació de tots els països d'Europa —àdhuc els petits, com Mònaco, Liechtenstein i San Marino i el Vaticà— excepte Albània, que rebutjà assistir-hi, i Andorra, per l'oposició del copríncep francès. No obstant, durant aquests anys, hi hagueren alguns avenços: a) la presa de consciència col·lectiva de la necessitat d'una presència activa en l'àmbit internacional, i b) les iniciatives concretes dutes a terme davant l'Organització Mundial del Turisme, de la Comunitat Econòmica Europea i de la Comunitat Internacional de Telecomunicacions (UIT). I, en quant a la negociació específica entre la Comunitat Econòmica Europea i el Principat, les posicions del Govern, secundades pel Consell General i pel copríncep episcopal, foren ben acollides per la Comissió i els seus serveis, fins que, després de dos anys de negociació, el 28 de juny de 1990 s'assolí un acord amb el parer favorable del Parlament Europeu.

Tot el consignat fins aquí sembla confirmar una idea: la necessitat imperiosa d'un canvi en profunditat de l'estructura jurídica de les institucions andorranes, que consolidés la definició del Principat d'Andorra com un Estat democràtic de Dret i garantís la seva projecció internacional com a tal Estat sobirà. En aquesta línia, un fet contribuí poderosament a refermar al copríncep episcopal en aquest mateix criteri, qui, per altra banda, ja l'havia deixat implícitament clar al seu primer discurs acceptant el seu càrrec. En efecte, entre 1987 i 1988 es dugué a terme a tot el bisbat una gran enquesta sobre els «valors d'avui», entesa com l'exploració de la «manera de pensar dels nostres temps». Aquest estudi començà per Andorra, per l'especial interès que revestia en una societat que havia deixat de ser patriarcal i homogenia, amb tradicions i costums bàsicament cristians, i que estava en procés d'assimilació cultural als dos països veïns caracteritzats per una diversitat de plantejaments religiosos i ètics. Una realitat que, a més, era tensada per l'afany de fer compatibles el respecte a la tradició autòctona amb les reivindicacions, especialment socials, dels novinguts. Davant d'aquesta situació, el bisbe —que, en expressió de monsenyor Martí, es considerava, com ja he dit abans, «per damunt de tot, home d'Església»— es plantejà la compatibilitat de la seva funció pastoral amb l'exercici de responsabilitats polítiques en el si d'una societat que havia perdut l'homogeneïtat originària bàsicament cristiana. La nova situació podia comportar que l'exercici de les funcions tradicionals del copríncep resultessin «cada vegada més contradictòries amb la missió d'un bisbe i comprometedores de la imatge de l'Església».

Aquest treball conjunt permeté constatar la dificultat creixent de l'exercici del poder públic a Andorra i de l'acció dels coprínceps, no solament per concepcions ideològiques o polítiques, sinó també per posicions sostingudes des d'àmbits de la mateixa societat andorrana. Matèries com els drets humans i socials, que el bisbe copríncep assenyalava com a demandes justes a les quals era necessari donar resposta efectiva, l'havien enfrontat amb la resta d'autoritats del país. Per

al copríncep episcopal eren fàcilment previsibles les dificultats provinents d'altres àmbits i que incidien en la moral pròpia de l'Església catòlica, com ara el divorci, l'avortament, etc. Totes aquestes reflexions foren recollides en un text manuscrit del copríncep sota el títol «La Iglesia y el futuro político de Andorra». D'aquesta reflexió, compartida amb els seus serveis, en sortí una conclusió i un compromís ferm: el bisbe, com a pastor de l'Església, estava decidit a despendre's de les responsabilitats polítiques talment com s'havien exercit en el marc de les institucions anteriors a la Constitució de 1993. I s'analitzà el sentit de l'acció encaminada a un objectiu final definit en funció dels fins de l'Església i dels interessos d'Andorra: la seva supervivència com a Estat independent i la seva sobirania. Més clar, aigua.

Aquesta voluntat es traduí des d'aquell moment en una acció decidida a persuadir totes les parts responsables de la necessitat d'emprendre una nova i segona etapa de reforma: la via constitucional com únic camí per assolir l'adaptació de les institucions andorranes a la sensibilitat i a les exigències dels nous temps. En aquesta línia, monsenyor Martí declarà, en entrevista a La Vanguardia del 15 de gener de 1989 que «Yo propugno una Constitución que proclame el Estado de Derecho y reconozca los derechos de los ciudadanos».

Per aquells mateixos anys el contenciós de Jordi Drozd i Pavel Janousek va marcar el principi de la fi de les doctrines oficials dels dos Estats veïns sobre Andorra. En efecte, l'espanyol Jordi Drozd i el xec-eslovac Pavel Janousek foren condemnats pel Tribunal de Corts —integrat per jutges francesos i espanyols— a 14 anys de presó cada un per robatori a Andorra. Des de la presó francesa demanaren a Espanya i França per considerar que ambdós Estats eren responsables de que ells no haguessin tingut un judici equitatiu (no disposaren de la possibilitat de recórrer la sentència). El 26 de juny de 1992 el Tribunal estimà que no hi hagué violació del conveni, en admetre les excepcions presentades per Espanya i França sobre la falta de competència d'ambdós països en les funcions dels magistrats del Tribunal de Corts i perquè Andorra no estava al Consell d'Europa.

També es remarca en el llibre que el Govern socialista de Felipe González, obrí una nova època pel que fa a les relacions d'Espanya amb Andorra, gràcies a l'excel·lent relació personal entre el copríncep episcopal i el president espanyol des de la seva primera trobada, que es centrà en dues qüestions bàsiques: a) la reforma institucional, i b) la relació d'Andorra amb l'Europa comunitària. En aquesta línia, el ministeri d'Afers Exteriors d'Espanya assenyalà el risc que l'atribució exclusiva d'algunes competències institucionals, que reivindicava el copríncep francès, comportessin el buidatge dels poders del copríncep episcopal i la seva reducció a un mer poder religiós. Una possibilitat, però, que no havia de portar a Espanya a intentar fer-se amb els poders del bisbe. González ho entengué i —diu l'autor— la seva resposta va ser «clarivident i magnànim»: es declarà a favor de mantenir l'statu quo d'Andorra, a reforçar l'acció del copríncep episcopal i compensar el desequilibri de la presència d'Espanya a Andorra. I durant

tots els seus mandats de president va fer honor en aquests compromisos. Tan sols afegir que González també entengué perfectament el que li va dir el copríncep respecte a Catalunya: que una relació amb el Govern de Catalunya era important pel mateix veïnatge —en l'àmbit de les comunicacions i del medi ambient— i per afinitat de llengua i cultura, però que, això no obstant, Andorra era la primera interessada en mantenir amb Espanya les relacions d'Estat a Estat, perquè mantenir unes relacions amb la Generalitat de Catalunya, més enllà d'alguns aspectes tècnics o culturals, comportaria una disminució inacceptable de la personalitat internacional d'Andorra.

Correspon ara tractar de l'impuls decisiu del Consell d'Europa a les iniciatives constitucionals d'Andorra. Es cercà a partir d'una proposta de resolució de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa sobre la situació política d'Andorra, que va haver de superar, a més d'altres entrebancs menors, la proposta esbiaixada de José-Mario Armero de substituir al copríncep episcopal pel rei d'Espanya, el que suscità el refús en el comú dels ciutadans i de les autoritats d'Andorra. No obstant això, l'autèntic obstacle per obtenir una resolució favorable del Consell d'Europa estava en la vella doctrina oficial francesa contrària a la igualtat i a la paritat de poders d'ambdós coprínceps, que implicava la competència exclusiva del copríncep francès en l'àmbit internacional. Però després d'una complexa negociació, l'11 de maig de 1990, l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa debatí i aprovà el report elaborat per les Comissions de Qüestions Polítiques i Jurídiques.

* * *

Així les coses, s'afrontà el procés constituent fent una enunciació genèrica dels dèficits de les institucions andorranes preconstitucionals: llur falta d'operativitat i eficàcia enfront dels nous reptes, i llur falta de concordança amb una concepció d'Andorra com a entitat plenament sobirana. I, alhora, era palès que aquestes dues disfuncions eren el resultat de l'acció de dos factors: a) una certa incapacitat sistèmica d'afrontar les noves situacions, atribuïbles tant als coprínceps i als seus serveis com a les autoritats elegides, i b) l'emergència d'una nova configuració política de la societat andorrana. Enfront d'aquesta situació, dues reaccions eren possibles: a) Una reforma institucional que mantingués l'estructura institucional bàsica preexistent; i b) un procés constitucional que reafirmés totes les bases del sistema. El primer intent reformador va seguir, com hem vist, la primera via, però, al final de la dècada dels 80, les seves possibilitats estaven exhaurides, i va anar prenent forma una corrent favorable a una reforma constitucional. La conjuntura va ser favorable: d'entrada, la Resolució i la Recomanació de l'Assemblea Parlamentària del Consell d'Europa d'11 de maig de 1990, generaren a Espanya una evolució a favor de la consideració d'Andorra i de les institucions

andorranes com sobiranes; i a França, el president de la República assumí un exercici personal i exclusiu de copríncep d'Andorra i va manifestar-se a favor del procés constituent; i, pel que fa a l'interior del Principat, el corrent constitucionalista s'expressà en els primers mesos de 1990, con a resultat de les eleccions pel Consell, i en la seva Sindicatura.

Pel que fa al copríncep episcopal, ratificà documentalment la seva ferma voluntat d'una reforma en profunditat implementada per «una Constitució elaborada conjuntament pels elegits i pels representants dels coprínceps i sotmesa a referèndum de la població andorrana». I, pel que fa al copríncep francès, aquest respongué positivament a la sol·licitud del Consell General per obrir negociacions, en dues cartes: una dirigida al copríncep episcopal, destinada bàsicament a demanar una concertació prèvia entre els dos coprínceps, i una altra dirigida al Consell, acceptant la sol·licitud «dins del marc d'una Comissió Tripartida, de caràcter paritari, formada per representacions dels coprínceps i del Consell General».

La Comissió Tripartida es reuní per primera vegada el 12 d'abril de 1991. La representació del copríncep episcopal insistí en sotmetre el projecte a referèndum del poble andorrà, però la proposta fou eludida per la representació de l'altre copríncep. Al capdavall, la qüestió es resolgué amb la Llei de 5 de febrer de 1993, adoptada pels delegats permanents a proposta del Consell, per la qual fou l'autoritat dels coprínceps la que sotmeté a la decisió sobirana del poble andorrà la configuració i la implementació d'un nou ordre institucional. Ara bé, en la reunió subsegüent de la Comissió Tripartida, el 25 d'abril de 1991, la representació del copríncep francès formulà una declaració sobre la sobirania que suposà un canvi substancial en les concepcions de les institucions andorranes que tant el copríncep com l'Estat francès havien mantingut fins aleshores, sobretot respecte a la sobirania i la capacitat d'Andorra de transformar-se institucionalment en Estat de Dret. Subsisteix l'interrogant sobre les motivacions que podrien haver induït al copríncep Mitterrand a trencar la doctrina oficial de l'Estat francès sobre Andorra, en contra del parer del Govern francès, segons sostenen LUCHAIRE i MATEU.

L'elaboració del projecte de Constitució s'assumí per la Comissió Tripartida en quinze reunions, des de l'abril de 1991 fins al desembre de 1992. Paral·lelament, tingueren lloc diverses reunions bilaterals. Els debats giraren sobre dos eixos: l'eix sobirania-règim polític i l'eix Estat de Dret-Cap d'Estat.

L'eix sobirania – règim polític

En la dècada de 1930, les doctrines oficials d'Espanya i de França, contràries a la idea d'una sobirania pròpia d'Andorra, no solament imperaven en aquests dos Estats, sinó també en la Comunitat internacional. I, malgrat l'afebliment posterior d'aquestes tesis, el debat de les qüestions entorn del binomi sobirania-règim polític, estretament relacionats entre si, fou plantejat per la representació del coprín-

cep francès en el si de la Comissió Tripartida. L'anàlisi de la seva argumentació permet induir que el seu objectiu era privar als coprínceps de l'exercici efectiu del poder públic, tant en l'àmbit intern com —sobretot— en l'àmbit internacional, amb la finalitat que el poder públic dels coprínceps fos substituït pel poder del president de la República Francesa, amb exclusió de tot poder efectiu del copríncep episcopal, relegat a l'àmbit espiritual.

Entrem en matèria. És un punt delicat i exposo amb claredat les conclusions a què arribo després de la lectura del llibre, amb l'avertiment que són meves i, per tant, molt discutibles. Començo. Quant a la sobirania i la seva titularitat, la Comissió Tripartida fou immediatament unànime en la formulació: «La sobirania resideix en el poble andorrà». Ara bé, sobre aquesta base, sorgí la discrepància:

- a) La representació del copríncep episcopal, compartida pel Consell i pel Col·legi d'Advocats, entenia que aquesta afirmació, reflectida a l'article 1.3 de la Constitució, fonamenta que totes les institucions que, segons la Constitució, exerceixen poder públic són òrgans de sobirania, entre les quals hi encaixen òbviament els coprínceps.
- b) La representació del copríncep francès sostenia, al contrari, que l'exercici de la sobirania correspon exclusivament, com ha de ser en un règim parlamentari pur, al poble andorrà; raó per la qual «el fet que una institució (com el Copríncipat) figuri en la Constitució (i que es faci un referèndum per aprovar-la) no significa que la institució exerceixi la sobirania»; i per tant, perquè això fos possible s'hauria de legitimar la seva existència a través de la història.

La finalitat perseguida per la representació del copríncep francès, recolzada en aquest punt per la representació del Consell General, era clara: invocar una hipotètica puresa del «règim parlamentari» i distingir entre la «sobirania interna» i la «sobirania externa» (la representació exterior del Principat), de forma que la «sobirania interna» s'atribuís íntegrament al Consell (com únic òrgan d'exercici de la sobirania popular), mentre que la «sobirania externa» l'assumiria, seguint una pretesa tradició sempre invocada per França, l'Estat francès. No cal insistir en les conseqüències de tot plegat per la posició dels coprínceps: privar-los de l'exercici efectiu del poder públic en tots els àmbits enfront dels actes adoptats pel Consell General o pel Govern. La ratificació dels coprínceps quedava reduïda així a un «acte degut», i, per altra banda, quedava palès que no hi havia simetria entre el copríncep episcopal i el copríncep francès, ja que aquest és al mateix temps president de la República francesa.

Aquesta situació va fer pensar a la representació de la Mitra en un tractat franco-andorrà que atorgués a França l'exercici de l'acció exterior d'Andorra o que la condicionés sense cap intervenció efectiva del copríncep episcopal. Per sortir de l'impàs, el Consell General, entestat aferrissadament en evitar la inter-

venció dels coprínceps en la gestació de tractes internacionals, proposà un tractat trilateral amb els dos països veïns. La proposta va ser plantejada secreta i formalment per França a Espanya. Donat el sigil, la representació de la Mitra desconfià i va témer que aquest tractat condicionés la sobirania andorrana, i, conseqüentment, exigí que en la negociació constituent quedés clar que per la celebració dels tractes internacionals fos necessari el consentiment d'ambdós coprínceps. La representació francesa no ho va admetre d'entrada. I va quedar clar que tot el procés podia fracassar.

El copríncep episcopal explica públicament la seva posició aprofitant l'avinentsa del darrer lliurament de la «quèstia», el 12 de novembre de 1992. Digué que veia el projecte de constitució com una nova fita en el desenvolupament històric de les institucions andorranes, en el que el poble andorrà ha de tenir un protagonisme primordial, compatible amb la institució del Copríncipat com garantia de la sobirania i de la independència d'Andorra, i per això cal un reflex adequat d'aquesta institució en el text constitucional. La posició del copríncep episcopal fou ben compresa per l'opinió general d'Andorra, si bé generà un cert desconcert en el si de la comissió especial del Consell General encarregada del procés constituent. Llavors, durant la primera quinzena de desembre de 1992 s'admeteren les tractacions bilaterals amb el compromís de respectar-les per tots, i es tingueren tres reunions bilaterals per trobar solucions a les divergències existents en els termes que acte seguit s'assenyalen.

L'eix Estat de Dret–Cap d'Estat

Tenint en compte el protagonisme quasi exclusiu que les representacions d'ambdós coprínceps atribuïren al Consell General en la regulació dels Títols IV, V, VI i VII de la Constitució, el debat tripartit es centrà en la resta dels títols relatius als principis fonamentals de l'ordenament, drets i llibertats públiques, i a les funcions atribuïdes als coprínceps en tant que cap de l'Estat andorrà.

El tema dels drets i de les llibertats

Fou objecte d'una atenció i una cura especial per part de la representació de la Mitra, que: a) veié amb bons ulls la proposta inicial del Títol II, que els atribuïa una eficàcia directa o immediata; i que b) afegí un article (l'actual article 4 de la Constitució) que proclama la dignitat intangible de la persona. Publicat el text, saltà el debat i es manifestà certa crisi de legitimitat en el si del Consell, fins al punt que es convocaren eleccions. El nou Consell volgué substituir el Títol II, ja acordat, per una remissió genèrica a la Declaració Europea de Drets Humans, que la representació de la Mitra no acceptà. Es plantejà llavors el tema de la inclusió de la religió catòlica en la Constitució cercant una fórmula que, exclosa la confessionalitat, garantís constitucionalment les bases d'un estatut a l'Església

catòlica d'acord amb la tradició d'Andorra (pel que fa, per exemple, al reconeixement de les persones jurídiques canòniques). No hi hagué acord, i el tema passà també a formar part de les qüestions a resoldre bilateralment el desembre de 1992. La representació de la Mitra insistí que l'Església catòlica porta segles de presència a Andorra i és l'origen de la seva identitat diferenciada i de la mateixa coparticipació institucional amb França, i defensora com ningú de la seva independència. Al final, la representació del Consell propicià l'acceptació substancial de les propostes de la Mitra. I una trajectòria semblant seguí el tractament del dret a la vida. Altres matèries relacionades amb l'Església (com el matrimoni i l'ensenyament) no presentaren cap dificultat. Tampoc en matèria de nacionalitat, ni en el reconeixement dels drets sindicals.

Les tècniques de la divisió de poders

Diguem-ho clar: el tema era si els coprínceps havien de tenir o no cap altre exercici del poder públic que no fos amb caràcter «d'actes deguts», és a dir, si se'ls hi havia d'atribuir o no «el rol de garant de la Constitució» convingut pels respectius serveis dels coprínceps a París. En aquest punt i no sense debat, s'acceptà la formulació integral de la institució del Copríncipat, que recau en el bisbe d'Urgell i en el president de la República francesa, fruit dels Pactes del segle XIII i de la seva evolució històrica, proclamant-se constitucionalment el caràcter personal i exclusiu del Copríncipat; una proposta de la representació episcopal que impedeix definitivament qualsevol interpretació que atorgui sobirania a l'Estat francès.

I pel que fa a les funcions dels coprínceps, el Consell tan sols els atribuïa una funció arbitral i moderadora, i una funció simbòlica d'encarnar la permanència, continuïtat i independència d'Andorra; però la representació episcopal aconseguí la inclusió de dues funcions més: la simbòlica i garantista de les relacions d'equilibri amb els Estats veïns, i la de manifestar el consentiment de l'Estat per obligar-se internacionalment. Es suscità debat, i la qüestió es centrà en la sanció i promulgació de les lleis i l'adopció de tractats internacionals. El primer tema es resolgué mitjançant la possibilitat atribuïda als coprínceps de requerir prèviament al Tribunal Constitucional un dictamen sobre la constitucionalitat de les lleis previ a llur sanció i promulgació. I, pel que fa als tractats internacionals, s'ha de tenir en compte que l'únic que preocupava a la Mitra era —com ja s'ha dit— la intervenció dels coprínceps en els tractats amb els Estats veïns en algunes matèries vinculades a la sobirania i la independència d'Andorra, a la igualtat d'ambdós coprínceps i a la paritat de tracte davant dels dos Estats veïns pel que fa al territori i fronteres, seguretat interior i defensa, tractats sobre representació diplomàtica i consular, i sobre col·laboració judicial i penitenciària... Una problemàtica sobre la que s'arribà a l'acord d'establir una doble prohibició constitucional: la cessió de competències sobiranes, llevat que sigui a organismes

internacionals —amb exclusió, per tant, de cessions a qualsevol Estat— i la celebració de tractats internacionals amb estipulacions contràries a la Constitució sense la prèvia reforma d'aquesta.

En la darrera reunió de la Comissió Tripartida, la representació del copríncep francès donà el seu acord als resultats assolits per les altres dues representacions, felicitant i agraint els esforços, tot i que recordà respecte a les facultats dels coprínceps que «nosaltres no (les) demanàvem». Un episodi que pot servir per examinar i avaluar tota la trajectòria del procés constituent.

* * *

Arribem al final d'una exposició segurament massa llarga. I ho faig recollint algunes idees de l'epíleg del llibre, on l'autor ens confia el seu pensament més íntim: aquell que, de fet, ha vertebrat tot el seu esforç. Comença afirmant que una perspectiva global i unitària de la trajectòria de monsenyor Joan Martí com a copríncep d'Andorra li ha permès entendre «les grans raons que són a l'origen de la fermesa de les seves determinacions i de la clarividència d'objectius que marcaren el seu capteniment —inclús enfront de les incompressions, falses imputacions, contradiccions, etc., no improvisadament davant la immediatesa de l'endegament del procés constituent, sinó com una constant». Aquestes grans raons que vertebraren el pensament i l'acció del bisbe Joan Martí foren les següents:

1. La consideració de la seva condició de copríncep d'Andorra com a legítimada per la voluntat del poble andorrà i condicionada a ella en la mesura que el mateix poble la considera necessària. Lluny de l'historicisme, la seva concepció de la sobirania parteix del principi de la sobirania popular.
2. La consideració de la seva condició de bisbe de l'Església catòlica, de la llibertat i autonomia de la qual es considera tributari enfront de tots, àdhuc de la mateixa Andorra.
3. L'aposta decidida per reforçar la independència i l'autonomia del Principat, així com la seva capacitat per resoldre les necessitats del país, consolidant la sobirania interior i exterior d'Andorra i la promoció dels drets humans i de l'Estat de Dret.

Aquests tres punts ja quedaren clars —com hem vist— al llindar del seu pontificat, en ocasió del seu jurament davant del Consell General de les Valls, el dia 17 de març de 1971. I els va reafirmar en ocasió del darrer lliurament del tribut tradicional de la quèstia, el 12 de novembre de 1992, quan digué tot referint-se a la Constitució pendent d'aprovació:

«Jo des d'aquí demano a tot el poble, que és el veritable protagonista, que se la doni lliurement, de la manera que vulgui, amb coprincipat o sense, amb el bisbe o sense el bisbe (...) Que avanci prudent, però decidit, cap una nova situació política».

La seva personalitat humana íntegra, despresa d'avideses i, consegüentment, d'una gran llibertat interior, li van permetre superar l'oposició d'alguns sectors andorrans, així com la dels Estats veïns. No és estrany, per tant, que en l'acte solemne de la sanció i promulgació de la decisió constitucional del poble andorrà el síndic general reconegués el mèrit del copríncep episcopal Joan Martí Alanís, en l'assoliment dels objectius de la moderna Constitució del Principat d'Andorra, definint-lo com «pioner i defensor constant de la Constitució».

* * *

Acabo amb unes molt breus i velles consideracions personals, confirmades del tot pel llibre que aquí els hi he resumit. El fet que avui les confii a vostès és una excepció pel que fa al meu silenci permanent sobre Andorra d'ençà que el copríncep Joan Martí em va fer confiança nomenant-me, primer, magistrat del Tribunal Superior de la Mitra, i, més tard, magistrat del Tribunal Constitucional, del que vaig ser, per caprici del destí, el seu primer president. La raó del meu silenci és no defraudar mai aquella confiança, atès que Andorra no és el meu país, encara que el respecto com si fos el meu país. No obstant, avui i aquí, enmig d'acadèmics, estic a casa i les puc compartir. Són aquestes:

Primera. Que sense l'existència del Coprincipat Episcopal al llarg de més de vuit segles d'història, Andorra no seria avui un estat de dret independent. És a dir, sense la presència de l'Església catòlica en la història andorrana, i no obstant la multiseccular voluntat ferma dels andorrans, els dos grans Estats veïns no n'haurien tingut ni per començar a l'hora de repartir-se-la o adjudicar-se-la sencera. «Con la Iglesia hemos topado, amigo Sancho», li diu Don Quijote a Sancho Panza. Doncs això: a Andorra, amb l'Església toparen França i Espanya.

Segona. Que el fet determinant de la decisiva posició del copríncep Joan Martí a favor de la «constitucionalització» d'Andorra, va ser la seva condició d'autèntic home d'Església, és a dir, d'home independent. Perquè tan sols pot fer política amb vista llarga qui és independent i anteposa els interessos generals als seus immediats, si és que els té. Joan Martí no els tenia, i per això fou un home lliure: respecte a Espanya, respecte a França i respecte als mateixos andorrans.

Tercera. El futur d'Andorra serà, això està absolutament clar, el que els andorrans decideixin. Tan sols els desitjo que, quan hagin de prendre alguna decisió transcendent, segueixin el consell de Winston Churchill: recordin la seva

història i siguin prudents. El llibre que avui es comenta els pot ser útil —com un més— per ser conscients de la seva magnífica i no fàcil història.

III. FUNCIO ACTUAL DE LA CONSTITUCIO D'ANDORRA. UNA POSSIBLE CRISI CONSTITUCIONAL

El segon llibre, «Els Coprínceps en el desenvolupament constitucional d'Andorra», és obra d'Isidre Bartumeu Martínez (1963), andorrà, fill de pare andorrà i mare espanyola, i llicenciat en Dret per la Universitat de Barcelona, on va cursar també els estudis de Doctorat en Dret Constitucional i Ciència Política. Després de llicenciar-se, mogut per la seva primera, i segurament més profunda vocació, que és la política, fou nomenat secretari de la Sindicatura d'Andorra en el decurs del procés constituent (1992-1993) i, posteriorment, primer secretari general del Tribunal Constitucional d'Andorra (1994-1998). Durant aquests anys, va participar en la redacció de diverses lleis, com ara la Llei qualificada del Tribunal Constitucional (1993), la Llei qualificada de règim electoral i del referèndum (1993), el Reglament del Consell General (1993) i la Llei qualificada del matrimoni civil (1995). L'any 1998, deixà el Tribunal Constitucional i, després d'aprovar les oposicions convocades per cobrir les notaries d'Andorra, va ser nomenat notari del Principat i, des de llavors serveix la seva notaria amb dedicació plena i constant.

Conec a Bartumeu des de l'any 1993, quan coincidirem al Tribunal Constitucional, ell com a secretari general i jo com a magistrat i primer president. És per aquesta circumstància per la qual puc parlar d'ell amb un cert coneixement de causa. Professionalment, és d'aquelles persones afortunades a les quals els agrada allò que han estudiat i allò en què treballen. En efecte, a Bartumeu li agrada el Dret. Tant que té una doble formació. En primer lloc, i com no podria ser d'altra manera, donada la seva vocació política a la que ja m'he referit, té una molt bona formació en Dret públic, posada a prova en la tasca potser més important que un iuspublicista pot afrontar: la redacció d'una Constitució, que, en el cas de la d'Andorra era una feina especialment difícil, donada la concurrència de forces i d'interessos divergents: els dos coprínceps amb el que ambdós porten al darrera (la Santa Seu i la República Francesa), Espanya amb la Generalitat de Catalunya, que tampoc és poca cosa, i «last but not least» una societat andorrana menys unànime del que es podria pensar en la seva voluntat constituent. Gosaria dir que l'autèntic doctorat de Bartumeu en Dret públic foren aquests anys, que va viure i conèixer dia a dia com pocs. Però, un cop feta aquesta feina, va donar un tomb a la seva vida professional. Preparà les oposicions a notaries submergint-se en el món del Dret privat, que, cosa estranya essent com era un home de Dret públic, també el va enganxar, convertint-se en un notari expert i dedicat al seu ofici molt més enllà de la simple autenticació, per incidir de ple en el que és l'autèntica

tasca dels bons notaris: l'assessorament del client i la conformació i redacció del document. Aquesta vessant notarial li ha donat un coneixement, també profund, d'uns altres àmbits de la societat andorrana: el de les famílies i el dels negocis, el de la «intrahistòria».

Amb aquests antecedents de doble i excel·lent formació jurídica (pública i privada), juntament amb un coneixement més que profund de tota la societat andorrana, de la seva estructura social, de la seva planta econòmica i, àdhuc, del tarannà dels seus conciutadans, Bartumeu pot parlar amb autoritat, és a dir, amb credibilitat, del tema al que dedica la seva tesi. I, com diu a la darrera pàgina del llibre, ho fa perquè «tota la vida he tingut una certa idea d'Andorra, inspirada tant pel sentiment com per la raó». És a dir, sentiment i coneixement: aquesta és la base en la qual es fonamenta la reflexió de l'autor. L'obra s'estructura en quatre parts. En la primera, s'estudia el procés de cristallització de la sobirania andorrana en mans dels coprínceps (partint de les institucions de base popular i les d'origen senyorial). La segona, molt subtil, veu en la interacció contrapesada de dues sobiranies asimètriques (un senyor feudal i un bisbe) el fonament de la distinció —complexa i més transcendent del que sembla— entre la sobirania interior i l'exterior. La tercera examina la reestructuració institucional bastida per la constitució, entesa aquesta com la síntesi entre un passat viu i operatiu modulats pels coprínceps i les exigències d'un modern Estat sobirà, de Dret, democràtic i social. I la quarta, detalla l'efectiva implementació postconstitucional del Copríncipat (legislativa, per via de tractats i acords, i mitjançant l'establiment de relacions diplomàtiques).

Ara bé, fins aquí he parlat de l'autor i he descrit per sobre el llibre. Però, seguint el consell d'aquell escriptor que deia que darrere tot llibre hi ha una idea dominant, una sola idea, em pregunto: quina és la idea dominant que ha impulsat a Isidre Bartumeu a escriure aquest llibre, més enllà de l'explicable desig de deixar constància del procés constituent que va viure i dels seus antecedents? Aquesta idea se'm presenta en forma de preocupació. El neguit que la sobirania i la independència d'Andorra, que ha estat històricament possible per la peculiaríssima sobirania compartida dels coprínceps, es pugui veure afectada per la desaparició —més que possible— d'aquesta institució secular. El tema és tan transcendent, que resumeixo a partir d'ara, en paraules del mateix Bartumeu, l'abast de la seva actual inquietud.

Afirma Bartumeu que el Copríncipat ha estat la garantia de la independència d'Andorra com Estat. El Copríncipat ha permès arribar fins a l'Estat independent, de Dret, democràtic i social que, com proclama la Constitució en el seu article primer, és avui Andorra. I això ha estat possible per la dualitat i l'asimetria dels dos coprínceps que, emmarcats un en l'Estat francès, poderós terrenalment, i l'altre en l'Església catòlica, poderosa espiritualment, exerceixen les seves altes funcions a Andorra en peu d'igualtat.

Així les coses, una determinada actuació dels coprínceps en exercici de les seves funcions constitucionals pot entrar en conflicte amb la seva condició de presi-

dent de la República Francesa o de bisbe de l'Església Catòlica. Per resoldre aquest conflicte, l'acte que hagin d'adoptar els coprínceps és vàlid amb l'actuació (signatura d'una llei) de només un d'ells (art. 45.3 de la CPA). Tot i això, el conflicte pot arribar a provocar la ruptura del Copríncipat, tal i com ho va advertir, el senyor Nemesi Marqués, que fou delegat permanent del coprínceps episcopal i cap de la delegació de la comissió negociadora de la Mitra, al referir-se a l'especial condició d'home d'església que concorre en el coprínceps episcopal i, segons aquesta consideració, afirmà que si mai s'arribava a plantejar un conflicte insuperable entre la condició de bisbe i la de coprínceps, el coprínceps bisbe respectaria allò que decidís lliurement el poble andorrà en aquesta matèria —es referia a la regulació del dret a la vida— però que, arribat el cas, el coprínceps bisbe també era ben lliure de remetre a l'Estat Andorrà els poders que li són propis.

Doncs bé, en l'actualitat es planteja des de diversos sectors socials una possible reforma del delictes d'avortament, que pugui encaixar amb l'article 8 de la Constitució que proclama la protecció plena de la vida en totes les seves fases. I, en aquesta qüestió, és segur que determinats posicionaments legislatius comportaran efectes en el sistema institucional, sense que hi hagi res a reprotxar a la posició que pugui tenir cada ciutadà en aquesta qüestió tan delicada. És legítim: vivim en democràcia, raó per la que tots els ciutadans són lliures de jutjar si les actuals imperfeccions i condicionaments del Copríncipat indivís, tal com l'estableix la Constitució, són majors o menors, en quantitat i en entitat, que les seves innegables virtuts.

Una qüestió d'aquesta envergadura i els seus efectes institucionals mereix una anàlisi en profunditat, que Andorra sabria dedicar-li. Seria una lleugeresa irresponsable convertir-la en mer reclam electoral o prestar-se a secundar estratègies de campanyes populistes, que facin lluir solucions simples per ocultar situacions complexes, alguna de les quals, potser, instrumentades potencialment al servei de polítiques foranes annexionistes o que ressuscitin la memòria de les velles pretensions del que s'ha anomenat —escriu Bartumeu— com «imperialisme independentista català», memòria ben guardada a Andorra des de les intromissions de la Generalitat i de l'alcaldia urgellenca de Canturri durant la II República. No es pot obviar però, que cada dia poden ser més les contradiccions entre els principis bàsics de la doctrina ètica definida per l'Església catòlica i el desenvolupament social i polític de la ciutadania andorrana. És una societat de ciutadans lliures i es poden autodeterminar en el sentit que considerin oportú. Tot plegat però, pot anar situant al bisbe d'Urgell en una conjuntura d'incompatibilitat amb el càrrec de coprínceps andorrà. Avui és l'avortament; demà pot ser la manipulació genètica i l'eutanàsia.

El terreny propici per un «xoc de trens» està servit. El paper històric dels coprínceps com a símbol de la permanència i continuïtat d'Andorra així com de la seva independència (article 44 de la Constitució) sembla haver caigut en l'oblit per una part de la societat andorrana. La majoria silenciosa calla i observa, mentre que al Vaticà i també la presidència de la República Francesa, sigui quin

sigui el seu president, el «dossier Andorra» els hi resulta, amb el pas del temps, més i més feixuc.

Per tot plegat, els ciutadans andorrans tenen el dret de saber, quins efectes poden tenir en el seu sistema institucional mil·lenari determinades decisions legislatives. Legítimes, però molt transcendents per l'estabilitat institucional d'Andorra. La ciutadania necessita saber, sense eufemismes ni edulcoracions, si està a prop d'una crisi de règim i d'un trencament institucional. Els líders polítics haurien de consensuar una posició compartida en relació a l'eventual despenalització de l'avortament i paral·lelament informar a la ciutadania dels seus efectes en relació al règim polític vigent. Si aquest sobreviurà el test d'estrès institucional o si el sistema col·lapsarà. El camí òptim seria convocar un referèndum a l'empara de l'article 76 de la Constitució perquè el poble, amb ple coneixement, es pugui pronunciar en relació al règim polític que vol per l'organització institucional d'Andorra.

Per Isidre Bartumeu, el Copríncipat desapareixerà a mig termini. La singularitat, dual i asimètrica, que ha garantit la subsistència secular d'aquest petit país enclavat entre dos grans Estats, desapareixerà. Andorra no desapareixerà, però s'obrirà un nou procés constituent on els ciutadans hauran de decidir amb quin nou règim polític es volen organitzar. Una República, que és l'opció personal de Bartumeu, o cercar, des de la refundació del sistema institucional actual amb dos nous coprínceps sense cap arrelam històric. És cert —afirma Bartumeu— que sense coprínceps «serem més febles i menys independents», però seria desitjable que el nou règim polític no faci el ridícul davant de la comunitat internacional cercant fórmules institucionals postisses sense vinculació històrica ni futur. Per tant —insisteix Bartumeu—, «si volem ser valents, República; i, si volem ser independents i sobreviure, Copríncipat». En un escenari sense coprínceps, l'Andorra d'avui bascularà cap a una mena de protectorat de facto, i els veïns del sud (el veí autonòmic i l'estatal) celebraran aquesta revinguda feblesa.

No cal concretar més el pensament d'Isidre Bartumeu sobre el futur polític d'Andorra, ni la raó per la qual ha dedicat la seva tesi doctoral a aquest tema concret tan transcendent i decisiu. Jo, per la meua banda, tan sols voldria insistir en la idea axial de tot plegat: la de que, si Andorra vol preservar la seva independència, ha d'evitar qualsevulla sortida que la porti abans o després, directa o indirectament, sigil·losa o explícitament, a convertir-se en un protectorat d'un dels dos Estats que l'envolten, o a lligar d'alguna forma el seu destí al de la també vella nació històrica amb la que comparteix llengua i cultura. Penso des de fa molts anys que la continuïtat històrica d'Andorra depèn de la seva vinculació directa a la Unió Europea com una Ciutat-Estat. Dit això, em permeto una darrera llibertat: recomanar a tots els interessats en el futur d'Andorra, si l'extensió del llibre de Bartumeu els hi sembla excessiva i dissuasòria, que llegeixin tan sols les conclusions i l'epíleg, que no arriben a les vint pàgines. Els seran especialment útils abans de votar alguna consulta referendària que inevitablement arribarà abans o després.

NOTÍCIA DE LA «PROPOSTA DE REGLAMENT
DE LA UNIÓ EUROPEA EN MATÈRIA
D'INTEL·LIGÈNCIA ARTIFICIAL»
El repte d'establir límits jurídics al poderós,
opac i irrenunciable món digital

per

CARLES VIVER PI-SUNYER

Acadèmic de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

18 d'abril de 2023

I. PRESENTACIÓ

En aquesta comunicació pretenc únicament assenyalar els trets més fonamentals i fer una síntesi de la Proposta de Reglament sobre Intel·ligència Artificial (IA) elaborada per la Comissió Europea, que s'està tramitant actualment en el Parlament.

Es tracta d'un projecte normatiu important, per la transcendència, avui ja indiscutida, de l'objecte que regula, pel seu caràcter pioner i pel fet que es podria convertir, segons una opinió rellevant i força generalitzada¹, en un text de referència per a altres regulacions. A això darrer hi contribuiria el seu abast supraestatal, la relativa equidistància que manté amb els models adoptats per les dues grans potències digitals², i el precedent del Reglament Europeu de Protecció de Dades, que ha jugat ja aquest paper de referent. És clara la necessitat de regular el més

¹ No només a Europa sinó també fora del continent europeu. És el cas, entre altres, del llibre de H. Kissinger, E. Smith i D. Huttenlocher, *The Age of AI*, Ed. J. Murray, 2021, pàg. 201.

² Tot i algunes propostes interessants, com la Recomanació sobre l'Ètica de l'IA de la Unesco, de novembre de 2022, ni Nacions Unides ni cap altra organització internacional està avui en condicions de desenvolupar aquest rol. Tampoc ho estan els dos Estats que lideren el món de la IA, els EUA i la Xina: estan enfrontats en una lluita per l'hegemonia en un àmbit que ha assolit una importància econòmica, geo-estratègica i política extraordinària i tenen models de regulació i gestió radicalment diferents: el primer basat en el protagonisme de llibertat d'empresa, la regulació mínima i el proteccionisme radical, i la Xina amb un gran protagonisme de l'Estat en el desenvolupament i aplicació de la IA i una utilització guiada per l'objectiu primordial de controlar la societat.

globalment possible un fenomen que és intrínsecament global; tot i que també ho és, de clara, la dificultat de bastir un referent compartit i, més encara, un referent global en un món políticament polaritzat com l'actual. En tot cas, la Proposta de Reglament sembla voler assumir aquest rol quan en els «Considerants» inicials (equivalents al Preàmbul) proclama l'objectiu de convertir la Unió Europea en «un líder mundial» en l'àmbit de la IA³.

Parteix de quatre premisses que revelen el context que la condiona i que dona sentit a la regulació que proposa: a) l'impacte extraordinari que avui té la IA en «amplis sectors de l'economia i de la societat»⁴, b) els beneficis irrenunciables que produeix en aquests àmbits⁵, c) els riscos i dilemes, morals, filosòfics, socials i polítics que comporta⁶ i, finalment, d) la necessitat de regular jurídicament aquest fenomen, i de fer-ho de manera equilibrada i orientada per valors i principis ètics i polítics. De fet, tant el Parlament com el Consell Europeu, quan van encarregar la redacció de la Proposta a la Comissió la van instar a què l'elaborés a partir de «principis ètics»⁷.

El Reglament se suma a l'ampli consens existent avui sobre els canvis radicals que la IA provoca en una gran part de les activitats humanes. Uns canvis que alteren profundament la realitat —que ja no és únicament física sinó també cada cop més digital—, i fins i tot modifiquen la relació de la intel·ligència humana amb la realitat. Aquest fenomen es produeix sobretot des de l'aparició de sistemes d'IA capaços d'aprendre i de decidir de manera parcialment autònoma, és a dir, sense que els processos i regles que segueixen estiguin totalment prefixats per humans, i sovint sense que els seus programadors coneguin plenament el procediment emprat per aquests sistemes a l'hora de «raonar», aprendre⁸ i decidir⁹.

³ Diu concretament: «en un líder mundial en el desenvolupament d'una intel·ligència artificial segura, digna de confiança i ètica» (Considerant 5).

⁴ Vid. Considerant 2.

⁵ Que concreta en el Considerant 3 fent referència al medi ambient, l'assistència sanitària, l'agricultura, l'educació, l'administració d'infraestructures, l'energia, el transport, la logística, els serveis públics, la seguretat, la justícia, l'eficiència dels recursos, la mitigació del canvi climàtic i, de manera especial, les «avantatges competitives essencials per a les empreses».

⁶ Considerants 1, 4 i 5.

⁷ Es tracta de la Resolució del Parlament Europeu de 20 d'octubre de 2020 que insta la Comissió a fer la Proposta de Reglament i conté les «recomanacions adreçades a la Comissió sobre un marc dels aspectes ètics de la IA, la robòtica i les tecnologies connexes —2020/20112 (INL)». En sentit similar es va pronunciar el Consell Europeu en la Reunió Extraordinària de l'1 d'octubre del mateix any.

⁸ En serien exemples rellevants el sistema denominat d'aprenentatge profund, que processa la informació de manera similar a com ho fa la xarxa neuronal del cervell humà —p.e., amb estratègies de raonament per inferència—; o els d'aprenentatge per reforç que aprenen per si sols a base de recompensa-penalització (prova-error).

⁹ En serien exemple els sistemes que imposen multes, venen accions borsàries, condueixen cotxes o decideixen objectius i atacs militars.

La humanitat està delegant cada vegada més funcions i més rellevants a la IA¹⁰ i ho està fent sense establir límits clars i eficaços. Històricament, el món s'havia interpretat, transformat i governat des de la fe o des de la raó humana associada a la ciència i la tecnologia. A partir de l'aplicació generalitzada de la IA d'última generació, la intel·ligència humana està perdent el monopoli en la realització d'aquestes tasques fonamentals i, en un futur potser no llunyà, en molts àmbits podria quedar relegada a una posició en gran mesura subalterna respecte de la IA¹¹. Els dilemes filosòfics i ètics que aquest escenari planteja són evidents. Es pot dir que està en joc el model de societat futur.

Tanmateix, sigui quina sigui la capacitat que finalment tingui la IA de substituir o de condicionar la intel·ligència humana, el fet cert és que ja avui una part important dels sistemes d'IA que s'estan aplicant posen ja en risc valors, principis, drets, béns i interessos públics i privats de tota mena; com a conseqüència, entre altres, d'errors en les dades que empren, de deficiències en el disseny dels algorismes¹², de biaixos discriminatoris que sovint incorporen¹³ o, simplement, de la vulnerabilitat de determinats col·lectius als quals s'apliquen.

Des de l'ètica fa temps que es proposen límits als sistemes d'IA. En treballs de prestigiosos instituts universitaris, d'organitzacions no governamentals i de comitès empresarials d'ètica proliferen estudis, declaracions, codis ètics i guies de bones pràctiques. És imprescindible que es mantingui viu el debat ètic i filosòfic, tant en la seva dimensió o enfocament global com de l'aplicat a riscos concrets. Tanmateix, la magnitud dels riscos que generen aquests sistemes fa imprescindible fer un pas endavant i transformar els principis i valors ètics i polítics en regles jurídiques d'obligat compliment, que certament han d'anar compassades en tot moment amb el debat ètic, i s'han de guiar pels objectius primordials de garantir l'autonomia i la dignitat de les persones¹⁴ i de la prevalença de la intel·ligència humana en la interpretació, transformació i govern de la realitat. Així ho reconeix la Proposta tot identificant, de manera reiterada, com a béns a protegir «la seguretat, la salut i els drets fonamentals incorporats al Dret de la Unió». El que no

¹⁰ En són exemples els sistemes denominats generatius, com p.e. el ChatGPT, els quals, a partir d'una sol·licitud oral o escrita, generen de manera immediata tota mena de textos, imatges, vídeos o sons d'alta qualitat difícils de diferenciar dels generats per humans.

¹¹ Vegeu H. KISSINGER et alii, *ob. cit.*, pàg. 29 i s.

¹² A base, p.e., de simplificar en excés qüestions complexes a l'hora d'avaluar i classificar les dades emprades, de programar i entrenar les classificacions de les relacions entre elles o d'inferir els patrons que utilitzen per obtenir els resultats.

¹³ Racionals, culturals, socio-econòmics, de gènere, etc. Per una anàlisi, molt interessant, a partir de casos concrets, sobre la manera en què els algorismes produeixen tècnicament els biaixos i com es podrien evitar, vegeu Agència Europea pels Drets Fonamentals «Bias in Algorithms. A.I. and Discrimination».

¹⁴ Sobre aquesta qüestió, vegeu, p.e., la *Declaració sobre IA, robòtica i sistemes «autònoms»* del Grup Europeu sobre Ètica de les Ciències i les Noves Tecnologies, de la Comissió Europea, de 9 de març de 2018.

inclou l'articulat, potser per pragmatisme jurídic, són els valors de la Unió¹⁵; tot i que s'esmenten en el preàmbul i, a més, en les esmenes a la Proposta presentades en el Parlament es proposa incorporar aquests valors a una dotzena d'articles.

Amb tot, malgrat el reconeixement cada cop més extens de la necessitat de regular jurídicament la IA, són comptats els estats que han dictat una regulació general sobre aquesta matèria¹⁶. De fet, la regulació jurídica possiblement no és l'únic instrument ni el més decisiu a l'hora de fer front als riscos esmentats. Probablement seria més rellevant el paper de filtre protector que podria desenvolupar, p.e., una sòlida, malgrat que improbable, formació política i, sobretot, una formació moral crítica de la ciutadania. Tanmateix, la regulació jurídica és avui imprescindible i fins i tot urgent. Es podria recordar aquí la recent carta oberta signada per més d'un miler d'acadèmics, experts i empresaris del sector demanant, entre altres, una pausa de sis mesos en el desenvolupament de sistemes —tot i que amb una finalitat no totalment altruista—, o també la prohibició a Itàlia *del famós* ChatGPT¹⁷. Però prohibir és més fàcil que regular.

Regular els sistemes d'IA és molt complicat degut a la complexitat tècnica, les constants innovacions i l'opacitat d'aquests sistemes; a la resistència de les potents empreses tecnològiques del sector a qualsevol mena de regulació; i també a la necessitat imperiosa que els límits jurídics no posin traves innecessàries a unes tecnologies que estan contribuint de manera decisiva al desenvolupament econòmic, científic, social, cultural i, fins i tot, polític o de governança pública. Cal trobar l'equilibri entre la banalització inconscient d'uns riscos que són reals i l'estigmatització d'uns sistemes actualment irrenunciables.

En aquest sentit la Proposta declara la voluntat de fer compatible «el desenvolupament, la comercialització, l'ús i la innovació constant de la IA», mitjançant l'establiment d'un marc jurídic uniforme que millori el funcionament del mercat únic europeu¹⁸, amb la protecció de la salut, la seguretat i els drets fonamentals reconeguts en el Dret de la Unió, mitjançant normes que limitin els sistemes d'IA a partir dels principis ètics i polítics de la Unió Europea. Es tracta de dos objectius que, segons el Reglament, no són necessàriament antagonics sinó que poden potenciar-se mútuament: una IA respectuosa amb els principis ètics i polítics de la

¹⁵ Són els de respecte de la dignitat humana, la llibertat, la igualtat, la democràcia, Estat de Dret i els drets humans.

¹⁶ Entre aquests comptadíssims estats hi ha la Xina i alguns estats dels EUA com Texas, Califòrnia, Florida. Al Brasil la llei d'IA està en tràmit en el Senat (febrer 2023).

¹⁷ L'Estat espanyol està ponderant la possibilitat de prohibir aquest sistema.

¹⁸ Considerants 1, 5 i 71. La Proposta no preveu cap altra política o mesura específica rellevant com podria ser el foment de la capacitat dels poders públics de dissenyar i desenvolupar sistemes propis per tal de no dependre tant com ara del sector privat (com defensa M. Mazzucato, «IA in the Common Interest», *Project Syndicate. New York Times*, de 26 de desembre de 2022) o per tal que els beneficis que genera la IA arribin a sectors socials als quals altrament no arribarien per manca d'interès del sector privat (com sosté Bill Gates. Blog personal *Gates Notes*, 21 març 2023).

UE és més confiable i per això mateix potencialment més acceptada i, finalment, econòmicament més rendible. Abans però d'analitzar com es pretén trobar aquest punt d'equilibri, vegem en quin estadi es troba la tramitació de la Proposta.

II. ESTAT DE LA TRAMITACIÓ

A 15 d'abril de 2023, a més de la Proposta de la Comissió¹⁹, han presentat ja les seves propostes, provisionals però molt completes i elaborades, el Parlament i el Consell Europeu: el Parlament a través del preceptiu «Projecte d'Informe» de la Comissió Conjunta del Parlament competent per raó de la matèria (en endavant C.C.)²⁰ i mitjançant les Opinions i esmenes presentades per les 7 comissions parlamentàries amb dret a fer-ho²¹; el Consell mitjançant un document exhaustiu i detallat presentat el desembre de 2022 que incorpora millores de tècnica legislativa, que afecten la sistemàtica, la precisió i la completesa de la Proposta, i algunes esmenes de fons que han de servir, segons el Consell, de «base per preparar les negociacions amb el Parlament». La tramitació de la Proposta, que es va iniciar l'abril de 2021²² i que segueix el procediment legislatiu ordinari, es troba en aquest moment en la fase d'obertura del debat i votació de les esmenes en el si de la C.C. Es pot afirmar, però, que les cartes a jugar són ja sobre la taula.

III. OBJECTE REGULAT

El Reglament estableix normes harmonitzades, i d'unificació del mercat europeu, en les quals es regulen els requisits que han de complir els sistemes d'IA

¹⁹ La Proposta consta d'una Exposició de Motius, uns Considerants o preàmbul, un text articulat de 85 articles —llargs i amb força remissions internes i externes—, un Fitxer Financer i nou Annexes.

²⁰ Es tracta d'un Informe important que, a més d'una il·lustrativa exposició de motius, conté 46 esmenes als Considerants i 263 a l'articulat. La C.C., creada per a l'ocasió, la conformen la Comissió de Mercat Interior i la de Llibertats Civils, Justícia i Afers Interiors.

²¹ Són les Comissions d'Indústria, Cultura, Medi Ambient, Transports i Afers Jurídics, a més de les dues Comissions que conformen la C.C. Han presentat a la C.C. 3.312 esmenes (779 als Considerants i 2.533 a l'articulat).

²² Prèviament, tant la Comissió EU com el Parlament havien produït treballs que es podrien qualificar de preliminars. Destaquen els preparats pel Grup d'experts d'alt nivell sobre IA: «Directrius ètiques per a una IA fiable» (2019); el Llibre Blanc sobre IA: un enfocament europeu orientat a l'excel·lència i la confiança, de la Comissió EU (2020); la Resolució del Parlament sobre aspectes ètics de la IA, la relativa a la responsabilitat civil en matèria d'IA, la Resolució sobre drets de propietat intel·lectual i IA (totes tres d'octubre de 2020), i els Projectes d'Informes sectorials sobre ús de la IA en àmbits penals, educació, cultura i audiovisuals (2020).

Durant l'any 2001 van presentar els corresponents Dictàmens preceptius: el Banc Central Europeu, el Comitè Europeu de les Regions, el Comitè Europeu Econòmic i Social, algunes Cambres Parlamentàries dels Estats membres i l'Oficina Conjunta del Comitè i del Supervisor Europeu de Protecció de Dades.

per entrar en aquest mercat i per posar-s'hi en funcionament²³. La regulació té una clara vocació d'exhaustivitat, que es manifesta en l'objectiu declarat d'«impedir que els Estats membres imposin restriccions al desenvolupament de la IA, llevat que el Reglament ho autoritzi expressament»²⁴. A tal efecte s'estableix una mena de «reserva de normació europea» a favor de la Comissió²⁵, que a la pràctica pot limitar de manera significativa la futura capacitat normativa dels Estats membres en aquest àmbit. L'Informe del Consell europeu reforça encara més la idea de reserva normativa a favor de la Unió, tot regulant amb més detall la part procedimental i orgànica de la Proposta i obligant la Comissió a adoptar més actes normatius i executius de desenvolupament del Reglament.

Amb aquesta mateixa vocació d'exhaustivitat, la Proposta parteix d'un concepte molt ampli de sistema d'IA. Concretament el defineix com: qualsevol software o programa informàtic, incorporat en un robot o «independent», que, per tal d'assolir objectius fixats per éssers humans²⁶, empra qualsevol de les estratègies d'aprenentatge automàtic, tècniques estadístiques o estratègies basades en la lògica i el coneixement que figuren de manera oberta, per via d'exemple a l'Annex I²⁷, per tal de produir com a resultat «continguts²⁸, prediccions, recomanacions o decisions». És clara la voluntat de no excloure ex *ante* cap programa informàtic capaç de processar dades tot emulant els processos de raonament de la intel·ligència humana. O dit d'una altra manera: és clar l'objectiu d'incloure com a potencial objecte de prohibició o de regulació qualsevol dels sistemes d'IA existents o que es puguin crear en el futur²⁹.

Aquesta opció per un concepte ampli —i potencialment indeterminat— de sistema respon un motiu molt rellevant. Respon a la utilització del criteri de risc com a criteri per delimitar l'objecte de regulació, enlloc del criteri del tipus de sistema utilitzat: el Reglament s'aplica a qualsevol sistema capaç de produir algun

²³ Per entrada en el mercat s'entén la «primera comercialització», i per posada en funcionament el «primer d'ús» per part d'un usuari.

²⁴ Considerant 1.

²⁵ Els àmbits reservats fan referència, entre altres, a la normativa necessària per adaptar el Reglament als canvis que experimenti la IA, per establir regulació provisional i supletòria, per modificar normativa existent i també per establir orientacions i models que facilitin el compliment de requisits i obligacions imposades pel Reglament. Aquesta normació que la dictarà la Comissió mitjançant els actes delegats de l'article 73. Com veurem més endavant, a aquestes facultats normatives de la Comissió se n'afegeixen nombroses d'executives.

²⁶ No existeixen encara sistemes que puguin fixar els seus propis objectius ni realitzar funcions generals indeterminades. És cert, però, que alguna de les empreses tecnològiques ha iniciat treballs de creació d'aquests sistemes que es qualifiquen de sistemes IA general. Si s'arribessin a crear, es produiria un canvi radical en el món de la IA (vegeu Bill Gates, art. cit.).

²⁷ En la primera categoria inclou *ad exemplum*, entre altres, l'aprenentatge supervisat, el no supervisat, el de reforç o l'aprenentatge profund; en la segona, la representació de coneixements, la programació lògica inductiva; i en la tercera els mètodes de cerca i optimització.

²⁸ Concretament: textos, imatges, vídeos i sons.

²⁹ De fet, a l'art. 4 s'habilita la Comissió per tal que modifiqui el llistat de l'Annex a fi d'adaptar-lo «als avenços tecnològics».

dels riscos que tipifica. La Proposta sembla dir: atesa la inabastable multiplicitat de tècniques emprades per la IA i la seva constant i accelerada innovació, m'és indiferent el tipus de sistema que s'utilitzi: si produeix o pot produir els riscos que identifico, serà objecte dels límits que estableixo.

A partir d'aquest criteri, que ha merescut el beneplàcit general, es distingeixen tres categories de riscos als quals vincula tres tipus de conseqüències jurídiques: a) els riscos radicalment inassumibles, que donen lloc a la prohibició de les pràctiques o sistemes d'IA que els poden generar; b) els sistemes considerats de risc alt, que no es prohibeixen però que se sotmeten a límits estrictes en forma de requisits i obligacions; i c) els riscos capaços de generar: a') confusió sobre «l'autenticitat o veracitat» d'imatges, sons, i vídeos creats artificialment; b') els riscos derivats de la incertesa de si hom està interactuant amb una màquina o amb una persona; i c') els riscos associats al reconeixement d'emocions i a la categorització biomètrica de persones. En aquests tres últims supòsits tan sols s'imposen obligacions de transparència³⁰. Per a la resta de sistemes el Reglament es limita a recomanar l'elaboració del que denomina de «Codis de conducta»³¹.

En relació a aquest plantejament el Consell Europeu fa dues precisions: limita el concepte de sistema d'IA i, en conseqüència, l'objecte regulat, als sistemes que funcionen amb elements d'autonomia, és a dir, exclouent els sistemes que empren només regles definides per persones físiques; i, en segon lloc, preveu un tractament especial —que la Comissió establirà— pels sistemes que denomina «d'ús general», que defineix de manera oberta³². Les dues precisions poden considerar-se en principi raonables, tot i que, paradoxalment, poden augmentar la inseguretats que pretenen evitar: en superposar al criteri de risc un criteri de naturalesa diferent emprant, a més, criteris força indeterminats, sobretot el segon.

IV. ÀMBIT D'APLICACIÓ. EXCLUSIONS

L'àmbit d'aplicació, que contribueix a precisar l'objecte regulat, respon d'entrada a la voluntat de garantir la «protecció de la *sobirania digital de la UE*»³³, que es concreta en la decisió d'aplicar el Reglament a: a) als proveïdors de qual-sevol sistema introduït o posat en servei en el territori de la Unió amb indepen-

³⁰ Vegeu l'article 52.

³¹ Adreçats a promoure l'aplicació voluntària dels requisits exigits als sistemes d'alt risc a aquests sistemes. Afegeix que la Comissió fomentarà i facilitarà l'elaboració d'aquests codis de conducta, especialment en relació als proveïdors a «escala petita» i les empreses emergents.

³² Com a sistemes que «poden utilitzar-se en una pluralitat de contextos i de sistemes, ...com els de reconeixement d'imatge o veu, generació d'àudio i vídeo, reconeixement de patrons, resposta a preguntes i traducció».

³³ Punt 2.2. de l'Exposició de Motius.

dència de si estan establerts o no en territori de la Unió³⁴, b) als usuaris que es trobin a la Unió i, c) als proveïdors i usuaris que es trobin en un tercer país quan la «informació de sortida» del sistema (és a dir el «contingut» generat) s'utilitzi en el territori de la Unió (art. 2.1)³⁵. Amb tot, a diferència del que succeeix en alguns estats, la sobirania digital no inclou prohibicions d'entrada de sistemes forans pel sol fet de ser-ho ni restriccions a l'exportació per aquest fet.

L'aplicació general del Reglament té, però, cinc exempcions importants:

No s'aplica a «les autoritats públiques de tercers països ni a les organitzacions internacionals» que utilitzin els sistemes en el marc d'acords internacionals, subscrits amb l'UE o amb algun dels Estats membres, amb fins de l'aplicació de les lleis relatives a infraccions penals, a l'execució de sancions penals o a la cooperació judicial (art. 2.4).

Tampoc s'aplica als «sistemes desenvolupats o emprats amb fins exclusivament militars» (art. 2.3). L'exclusió és rellevant³⁶ i ha sigut criticada³⁷.

A més, hi ha cinc àmbits als quals no se'ls hi aplicarà el Reglament «mentre no ho prevegi la Comissió» (art. 2.2). Són àmbits en els quals hi ha vigents reglaments i directives de la Unió que, de moment, es consideren suficients per garantir l'aplicació dels límits previstos en el Reglament³⁸.

Finalment, i molt important, el Reglament estableix que no s'aplicarà fins passats els dos anys de la seva entrada en vigor, i que, passats aquests dos anys, pel que fa als sistemes introduïts en el mercat abans d'aquesta data, només se'ls hi aplicarà si experimenten en el futur «canvis significatius» en el disseny o la finalitat (art. 83.2). Aquesta inaplicació s'allarga a tres anys en el cas dels sistemes establerts en virtut de la legislació europea relativa al denominat espai de llibertat, seguretat i justícia³⁹ (art. 83.1)⁴⁰. Aquestes «moratòries», possiblement justificades des d'un punt de vista pragmàtic, poden comportar la inaplicació del

³⁴ S'exceptuen, però, els sistemes d'ús personal.

³⁵ La C.C. proposa que els obligats de la lletra a) siguin tots els que participin en la cadena de valor i que a la lletra c) s'afegeixi el supòsit de la informació que «afecti les persones físiques en la UE».

³⁶ En tractar-se de sistemes d'última generació que han modificat radicalment, tant les estratègies militars com l'armament físic i cibernètic emprat, multiplicant la seva capacitat d'atac i de defensa, i els riscos pels drets i llibertats.

³⁷ El Consell Europeu pretén justificar-la pel fet que existeix ja una regulació militar.

³⁸ Són els àmbits de seguretat de l'aviació civil; dels vehicles agrícoles o forestals; dels vehicles a motor de dues, tres o quatre rodes i remolcs; dels equips marins i dels sistemes ferroviaris.

³⁹ Són concretament els Reglaments integrats en els sistemes d'informació aplicats a la legislació relativa a l'espai Schengen; a visats; a comprovació de dades biomètriques, identificació de nacionals de tercers països; entrades i sortides; autorització de viatges; antecedents penals de nascuts en tercers països i apàtrides; i inter-operativitat dels sistemes d'informació en l'àmbit de fronteres i visats, cooperació policial i judicial i d'asil i migració.

⁴⁰ El Consell Europeu proposa afegir a la llista de sistemes exclosos els que tenen fins únicament d'investigació i desenvolupament científic.

Reglament a un nombre elevat dels sistemes que s'aplicaran a la UE durant força temps⁴¹. Caldria deixar clar quin procediment s'aplicarà per comprovar si s'han produït els canvis significatius al·ludits⁴² i, sobretot, caldria aplicar-lo de manera rigorosa.

V. PRÀCTIQUES PROHIBIDES

El Reglament només prohibeix tres tipus de «pràctiques». Les prohibicions responen al triple objectiu d'impedir la manipulació de persones, la discriminació de persones i col·lectius i el control social mitjançant vigilància indiscriminada. Concretament es prohibeixen:

a) Els sistemes capaços d'alterar, a través de tècniques subliminals⁴³, el comportament de les persones —especialment les que pertanyen a grups vulnerables per raó d'edat o discapacitat— i sempre que l'alteració «provoqui o sigui provable que provoqui» perjudicis físics o psicològics⁴⁴. Aquesta darrera exigència acota l'abast del concepte d'alteració del comportament, que altrament s'aplicaria a una gran part dels sistemes d'IA, atès que habitualment emmagatzemen i tracten dades personals amb la finalitat d'orientar, influir, condicionar i sovint manipular futures conductes. Amb tot, caldrà veure com s'interpreta i aplica el criteri de probabilitat i el concepte de perjudici des de la perspectiva tant del seu abast com de la uniformitat.

b) Els sistemes utilitzats per les autoritats públiques per classificar les persones⁴⁵ en funció de la conducta social o les característiques personals, quan la classificació social provoqui tractes perjudicials o desfavorables en contextos socials diferents dels que van generar les dades o quan els tractes perjudicials siguin injustificats o desproporcionats en relació al comportament social de les persones afectades. També en aquest cas caldrà precisar l'abast de la prohibició i garantir la seva aplicació uniforme a tota la UE.

c) El darrer supòsit és concret i específic, però és el que ha suscitat més polèmica per l'excepció que inclou. És la prohibició de l'ús per part de les autoritats públiques de sistemes d'identificació biomètrica (de les característiques físiques o de conducta), «remota» (feta a distància), en «temps real» (sense dilació entre la

⁴¹ En tot cas, a banda dels efectes de la «moratòria», segons Melissa Heikkila, «A quick guide to the most important AI law you've never heard of», a *MIT Technology Review* 2 de juny de 2022, la «UE» (sic) sosté que els sistemes prohibits o sotmesos als requisits establerts en el Reglament només seran entre un 5 i un 15% dels sistemes aplicats a la Unió.

⁴² Possiblement seria el procediment previst en el Títol VIII dedicat al «Seguiment posterior a la comercialització», però no és evident que sigui així.

⁴³ Que transcendeixen la consciència de la persona.

⁴⁴ Com serien els casos, no infreqüents, dels relacionats amb anorèxies, autòlisis o suïcidis.

⁴⁵ Cal recordar que la classificació és una estratègia d'ús habitual per part dels algorismes.

recollida de les dades i la identificació), en espais oberts, i amb la finalitat d'aplicar la legislació penal⁴⁶.

Aquesta prohibició té, però, una excepció: no es prohibeixen aquests sistemes quan l'esmentada identificació sigui «estrictament necessària» per « cercar víctimes d'un delictes..., prevenir una amenaça... per a la vida o la seguretat física o un atemptat terrorista o per a la detecció... de persones que hagin comés o se sospiti que han comés (determinats) delictes... pels quals s'imposin penes privatives de llibertat de com a mínim tres anys»⁴⁷.

En aquests casos es poden usar aquests sistemes però la seva aplicació se sotmet al compliment d'alguns requisits estrictes, que, tanmateix, admeten excepcions. És el supòsit, p.e., l'exigència de l'autorització prèvia judicial o d'una «autoritat administrativa independent», que en cas d'urgència justificada es pot sol·licitar de manera simultània o posterior al seu ús.

Cal destacar, però, que el Reglament⁴⁸ deixa en mans dels Estats l'opció de no incorporar a la seva legislació la possibilitat d'aplicar el control policial biomètric referit. És una mena d'*opting out*, que debilita la finalitat uniformitzadora del Reglament i que possiblement pretén mitigar les crítiques que l'esmentat control havia suscitat en alguns Estats de la Unió mentre s'elaborava la Proposta. La resta de sistemes d'identificació biomètrica són considerats de risc alt i sotmesos a requisits específics.

VI. SISTEMES DE RISC ALT

VI.1. Identificació

El Reglament identifica els sistemes de risc alt, de manera taxada, en dues llistes⁴⁹. En la primera s'inclouen 18 sistemes caracteritzats per: a) ser components de seguretat de determinats «productes» o productes en si mateixos (màquines, robots, drons...); b) ser capaços de provocar riscos per a la salut, la seguretat o els

⁴⁶ Concretament, l'art. 3.41 del Reglament, entén per legislació penal «les activitats realitzades per les autoritats encarregades de l'aplicació de la legislació per a la prevenció, investigació, detecció o enjudiciament d'infraccions penals o execució de sancions penals».

⁴⁷ Concretament, segons l'art. 5.d), la identificació es pot aplicar quan sigui «estrictament necessària per... cercar possibles víctimes d'un delictes; ...prevenir una amenaça específica, important i imminent per a la vida o la seguretat física o un atemptat terrorista o per a la detecció, localització, identificació o enjudiciament de persones que hagin comés o se suposi que han comés algun dels (32) delictes recollits a l'article 2.2 de la Decisió Marc 2002/584 del Consell» (relativa a l'ordre de detenció i als procediments de lliurament de persones entre Estats membres), per els quals la normativa de l'Estat membre implicat imposi penes de com a mínim tres anys.

⁴⁸ Ho fa en el darrer punt d'aquest article i amb una redacció confusa, que tanmateix es podria considerar aclarida a la llum del Considerant 22.

⁴⁹ Art. 6.1 amb remissió als Annexes II i III.

drets fonamentals; i c) estar regulats en disposicions europees sobre protecció de la salut o la seguretat que exigeixin, entre altres, una avaluació de la conformitat per part d'un organisme independent⁵⁰.

En la segona⁵¹ hi figuren 21 sistemes «independents» (és a dir no integrats «productes»), que comporten riscos per determinats drets fonamentals de la Unió, que es descriuen en cada cas. S'agrupen en els 8 àmbits o matèries següents:

—El de la identificació biomètrica i caracterització de persones, que inclou els sistemes d'identificació biomètrica remota en temps real o diferit no prohibits per l'art. 5⁵².

—El de la gestió i funcionament d'infraestructures essencials: els emprats en la gestió del trànsit rodat i el subministrament d'aigua, gas, calefacció i electricitat⁵³.

—El d'educació i formació professional: els sistemes utilitzats per determinar l'accés a centres educatius i de formació professional o per avaluar els resultats dels aprenentatges dels alumnes⁵⁴.

—El d'ocupació i gestió de treballadors i accés a l'autoocupació: els emprats per a la contractació, selecció, promoció, assignació de tasques, avaluació de rendiments dels treballadors⁵⁵.

—El de l'accés i ús de serveis públics i privats: els emprats per les autoritats públiques per avaluar l'accés o l'accés prioritari als serveis públics (bombers, assistència mèdica...), per a l'accés i gaudi de serveis i ajudes essencials de caràcter públic i privat com el crèdit —mitjançant la qualificació creditícia o solvència de persones físiques—, o l'accés a l'habitatge, l'electricitat i les telecomunicacions en situacions d'emergència⁵⁶.

—El d'affers relacionats amb «l'aplicació llei»: els emprats per autoritats públiques per tal d'avaluar els riscos de comissió d'infraaccions penals i de rein-

⁵⁰ Es tracta de la legislació sobre seguretat de joguines, màquines, embarcacions, ascensors, aparells que usen atmosferes potencialment explosives, equips radioelèctrics, equips a pressió, instal·lacions de transport per cable, equips de protecció individual, aparells que cremen combustibles gasosos, productes sanitaris i productes sanitaris per diagnòsi *in vitro*. A aquesta llista s'afegeix la legislació relativa als cinc àmbits citats a la nota 38 (sistema de seguretat de l'aviació civil, del sistema ferroviari...).

⁵¹ Art. 6.2 i Annex III.

⁵² Segons el Considerant 33 les possibles imprecisions tècniques d'aquests sistemes poden donar resultats esbiaixats i tenir conseqüències discriminatòries (per raó de sexe, edat, ètnia...). Cal aplicar-los-hi requisits específics pel que fa a la capacitat de registre i de vigilància humana.

⁵³ Atès que, segons el Considerant 34, un funcionament defectuós pot produir perills per a la salut, la seguretat o alterar de manera apreciable activitats econòmiques i socials.

⁵⁴ Poden decidir la trajectòria formativa i professional. Poden violar el dret a l'educació o a no patir discriminació i perpetuar patrons històrics de discriminació (Considerant 35).

⁵⁵ Poden afectar perspectives laborals i de subsistència. Poden perpetuar patrons històrics de discriminació de les dones, de determinats grups d'edat, de discapacitats, o per l'origen racial o ètnic o l'orientació sexual. Poden afectar drets de protecció de dades personals i privacitat (Considerant 36).

⁵⁶ Poden discriminar persones o grups socials i vulnerar drets com a la dignitat humana, a la tutela judicial, la vida o la salut (Considerant 37).

cidència; la utilització de polígrafs i detecció d'estats emocionals; l'avaluació de la fiabilitat de les proves durant la investigació o l'enjudiciament d'infraccions penals i l'elaboració de perfils de persones físiques en l'àmbit de les investigacions penals⁵⁷. Cal destacar que la C.C. ha presentat una esmena adreçada a incloure els sistemes d'aquest àmbit entre les pràctiques prohibides. Argumenta que «l'actuació policial predictiva viola la dignitat humana i la presumpció d'innocència, i comporta un risc particular de discriminació... vetat en les societats liberals»⁵⁸.

—El de gestió d'immigració, asil i control fronterer: la utilització de polígrafs i detecció d'estats emocionals; l'avaluació dels riscos per a la seguretat o la salut que pot generar una persona que pretén entrar il·legalment en el territori d'un Estat membre, així com els sistemes per verificar l'autenticitat de documents en aquest àmbit⁵⁹.

—I l'àmbit d'Administració de justícia i processos democràtics que inclou els sistemes dirigits a «ajudar les autoritats judicials en la investigació i interpretació de fets i de la llei»⁶⁰.

A aquests sistemes la C.C. hi afegeix o especifica, crec que amb bon criteri: els sistemes que poden influir en el desenvolupament dels infants; els emprats per candidats i partits en les eleccions locals, nacionals i europees i en la comptabilització dels vots; el triatge de pacients en el sector sanitari; l'accés a assegurances de salut i vida; les ultra-falsificacions que suplanten personatges reals i els continguts editorials escrits amb IA («autors d'IA»).

Finalment, com a clàusula de tancament, la Proposta (art. 7.1) atorga a la Comissió «poders per adoptar actes delegats» per tal que pugui anar afegint al llistat de sistemes de risc alt, sistemes que es poden incloure en algun dels 8 àmbits taxats esmentats, que comportin un risc per a la salut, la seguretat o els drets fonamentals «d'una gravetat i probabilitat equivalents o superiors» a la dels sistemes inclosos en la llista referida⁶¹. És més, l'obliga a avaluar la necessitat de

⁵⁷ Poden donar lloc a vigilància, detenció i privació de llibertat i afectar drets fonamentals com la tutela judicial, al jutge imparcial, a la defensa o a la presumpció d'innocència. No es consideren, però, de risc alt els sistemes emprats per autoritats fiscals i duaneres en processos administratius utilitzats per prevenir, investigar i enjudiciar infraccions penals (Considerant 38).

⁵⁸ Vegeu l'esmena 76 i l'Exposició de motius.

⁵⁹ Poden vulnerar drets de lliure circulació, no discriminació, intimitat personal, protecció de dades, protecció internacional i bona administració (Considerant 39).

⁶⁰ Poden afectar «la democràcia, l'Estat de Dret, les llibertats individuals i el dret a la tutela judicial efectiva i al jutge imparcial», en particular «els sistemes que ajuden les autoritats judicials a investigar i interpretar els fets i el Dret i a aplicar la llei als casos concrets». S'exclouen els sistemes relatius a «les activitats administratives accessòries que no afecten l'administració de justícia en casos concrets» (Considerant 40).

⁶¹ En el Considerant 27 s'afirma que «aquesta limitació restringeix al mínim qualsevol possible restricció al comerç internacional».

modificar el llistat un cop a l'any a partir de l'entrada en vigor del Reglament (art. 84.1). A l'art. 7.2 estableix els criteris que haurà de tenir en compte la Comissió en avaluar la integració d'un nou sistema en la llista de risc alt.

D'aquesta regulació sembla deduir-se voluntat, manifesta en els Considerants, d'acotar de manera «clara» l'abast dels sistemes considerats de risc alt. Tanmateix, els enunciats dels 8 àmbits en els quals es poden afegir sistemes de risc alt i la mateixa definició de l'abast d'aquest risc són força indeterminats. Caldrà veure també aquí si a la pràctica el sistema de governança i els procediments de seguiment previstos a la Proposta garanteixen una interpretació i aplicació prou uniforme i jurídicament segura.

Un cop identificats els sistemes de risc alt, el Reglament en regula cinc aspectes fonamentals: a) els requisits que han de complir els sistemes; b) les obligacions dels operadors; c) el procediment d'avaluació de la conformitat al qual s'han de sotmetre; d) els organismes i autoritats encarregades de garantir l'aplicació i execució del Reglament i els procediments de vigilància del mercat i de control dels riscos que generin amb posterioritat a la posada en servei; i e) el règim sancionador. Vaguem-ne els aspectes més rellevants:

VI.2. *Requisits que han de complir els sistemes de risc alt*

Els sistemes han de complir 7 requisits que es regulen amb detall. Es poden sintetitzar així:

1r) Han d'incorporar un sistema de gestió de riscos, que s'aplicarà durant tot el cicle de vida i continuarà la identificació de riscos coneguts i previsibles, i les mesures adequades per a gestionar-los⁶².

2n) En els sistemes que empen tècniques d'entrenament de models amb dades, s'han de sotmetre a un seguit de pràctiques, com l'examen previ de possibles biaixos, la detecció de llacunes, i l'avaluació de la quantitat i adequació de les dades. A més, les dades emprades han de complir requisits estrictes, com la pertinència i representativitat, l'absència d'errors, la completesa i l'adequació de les propietats estadístiques. La C.C., «a instàncies de la indústria», proposa convertir els requisits d'absència d'error i de completesa en un objectiu a assolir «en la mesura del possible»⁶³. Una part important dels comentaristes del Reglament advertia ja la necessitat d'introduir aquesta matisació, que no deixa de ser significativa.

⁶² L'art. 9 descriu el contingut que han de tenir els sistemes i les pautes que han de tenir en compte els proveïdors a l'hora de dissenyar les mesures de gestió. Els sistemes de gestió s'hauran de sotmetre a procediments de prova en el moment de l'entrada en el mercat i al llarg de tot el cicle de vida dels sistemes.

⁶³ Esmena 96 a l'art. 10.3 de la Proposta.

3r) Han d'incorporar, abans de la introducció en el mercat o la posada en funcionament, i al llarg de tota la seva vida, la documentació tècnica que demostra que compleixen els requisits exigits⁶⁴.

4r) Han de garantir la traçabilitat del funcionament del sistema mitjançant arxius de registre automàtic d'«esdeveniments».

5è) El disseny i el desenvolupament han de garantir un nivell de transparència «suficient» i una comunicació d'informació que permeti que els usuaris puguin interpretar i utilitzar correctament la informació de sortida. La transparència és un requisit clau per garantir els drets fonamentals; cal notar, però, la contenció amb la que es regula el nivell de transparència i d'informació exigit⁶⁵. És clar que aquí hi juga, com a contrapunt limitador, els drets d'autor, de propietat intel·lectual, la llibertat de les arts i les ciències, i la llibertat d'empresa.

6è) S'han de dissenyar i desenvolupar de manera que puguin ser vigilats per persones, capacitades per intervenir en el funcionament dels sistemes i, si escau, per interrompre⁶⁶. És un requisit summament important per a limitar els perills dels sistemes que aprenen o decideixen autònomament i per assegurar la que s'ha qualificat com a «reserva d'humanitat»⁶⁷.

7è) S'han de dissenyar i desenvolupar de manera que funcionin amb un «nivell adequat» de precisió, solidesa i, molt important, han d'estar protegits contra els ciberatacs cada vegada més freqüents i més perillosos pels drets fonamentals, per tal d'evitar, entre altres, vulneracions massives de la privacitat⁶⁸.

A més d'aquests 7 requisits, els sistemes han de complir els requeriments que els hi imposen altres normes europees que regulen matèries que incideixen en aspectes específics de la IA, com destacadament la legislació sobre protecció de dades, entre moltes altres⁶⁹. El Reglament regula amb força detall el seu encaix

⁶⁴ Entre els que destaca la «descripció detallada» dels elements cabdals del sistema i del seu desenvolupament, com ara: els mètodes adoptats pel desenvolupament, la lògica general del sistema i dels algorismes incorporats, persones o grups de persones amb les que es preveu que es relacioni o les opcions de classificació emprades (vegeu, Annex IV de la Proposta).

⁶⁵ El Considerant 47 afirma que «cal exigit *un cert grau* de transparència».

⁶⁶ En el cas dels sistemes d'identificació biomètrica s'exigeix la vigilància de dues persones com a mínim.

⁶⁷ Juli PONCE, «Reserva de humanidad y supervisión humana de la IA» a *El Cronista*, número 100, 2022, pàg. 58-67.

⁶⁸ Concretament, obliga, entre altres, a incorporar còpies de seguretat, determinades especificacions en les instruccions d'ús, mecanismes d'esmenar biaixos en el cas de sistemes que continuen aprenent i «mesures» per prevenir ciberatacs. La UE està elaborant una proposta de Reglament UE sobre ciber-seguretat.

⁶⁹ Com els Reglaments recents sobre la seguretat de productes digitals o la de serveis digitals o els que protegeixen drets i interessos com els drets de privacitat, de no discriminació, d'autor, de propietat intel·lectual, dels consumidors, a la competència, amb les corresponents vies de reclamació i de recurs jurisdiccional.

en aquest entramat legislatiu tot fent remissions, derogacions i modificacions⁷⁰ —compartint, com veurem, organismes de control i d'execució—. Tot i això, s'han assenyalat mancances en aquesta regulació. I fins i tot s'ha dit que el Reglament era innecessari, ja que per assolir els seus objectius basta amb la modificació de les lleis vigents. És difícil compartir aquestes crítiques; especialment la segona, que menysté la necessitat d'una regulació amb una perspectiva global i unitària d'un fenomen d'abast i transcendència global.

VI.3. *Obligacions dels proveïdors, usuaris, representants autoritzats, importadors, distribuïdors i fabricants*

El Reglament regula amb minuciositat les obligacions específiques de totes i cadascuna de les persones físiques i jurídiques que participen en la que qualifica com a «complexa cadena de valor de la IA»⁷¹. Consisteixen essencialment en donar compliment als requisits exigits als sistemes de risc alt.

Els principals obligats són els proveïdors, definits com les persones físiques o jurídiques, autoritats públiques, agències o organismes, que hagin desenvolupat o per a les quals s'hagi desenvolupat un sistema d'IA amb l'objectiu d'introduir-lo en el mercat o per posar-lo en servei sota el seu nom o marca comercial. Quan el sistema és un component de seguretat d'un producte, l'obligat de complir les obligacions com a proveïdor és el fabricant de l'aparell. Assumeixen també les obligacions dels proveïdors els distribuïdors, importadors, usuaris o tercers que modifiquin de manera substancial un sistema de risc alt ja introduït en el mercat o posat en servei o en modifiquin la finalitat prevista. Els proveïdors podran demostrar que compleixen les obligacions mostrant que els sistemes són conformes amb normes harmonitzades o amb les «especificacions comunes» que la Comissió està obligada a establir en els àmbits en els quals no existeixin normes harmonitzades⁷².

En segon lloc s'imposen obligacions rellevants, com a «usuaris» de sistemes de risc alt, a tota persona física o jurídica, autoritat pública, agència o organisme (inclosos els de la UE) que utilitzi un sistema d'IA «sota la seva pròpia autoritat», llevat que l'ús «s'emmarqui en una activitat personal de caràcter no professional»⁷³.

⁷⁰ Vegeu els arts. 75 a 82.

⁷¹ Considerant 60.

⁷² Vegeu els arts. 40 i 41.

⁷³ La C.C., a partir del fet que els usuaris desenvolupen un paper important en la protecció de drets, valors, salut i seguretat, proposa reforçar les seves obligacions —i funcions— en detriment de les dels proveïdors. Com obligacions dels usuaris s'afegeix la designació de persones competents responsables de la supervisió humana dels sistemes o la notificació d'incidències i de mal funcionament. Quan els usuaris són autoritats públiques s'hi afegeix el registre d'usos en el registre de la base de dades de la Unió i l'obligació de donar informació a les persones físiques objecte de la utilització de sistemes de risc alt.

Finalment, també s'imposen obligacions als importadors, distribuïdors i, fins i tot, a tercers, com ara els venedors i subministradors de software o els proveïdors de serveis a la xarxa. Cal destacar que a banda de les obligacions específiques de cadascun dels obligats, tots ells tenen l'obligació de comprovar que la resta dels participants en la cadena de valor han complert les seves obligacions⁷⁴.

VI.4. *Avaluació de la conformitat dels sistemes*

Es preveu encara un darrer requisit, que per la seva importància mereix dos llargs capítols a part: l'avaluació de la conformitat a la qual s'han de sotmetre tots els sistemes d'alt risc abans de l'entrada en el mercat o la posada en servei, per tal de comprovar que compleixen els requisits exigits pel Reglament. Amb tot, per evitar duplicitats, càrregues excessives als operadors o per facilitar transitòriament l'aplicació del Reglament, es preveuen importants modulacions i presumpcions de la conformitat.

Així, en el cas dels sistemes incorporats a robots i drons i regulats actualment en normes harmonitzades que estableixen requisits similars als del Reglament, els proveïdors podran optar per un control intern sota la seva responsabilitat enlloc del control extern realitzat per organismes notificats⁷⁵. En la resta de sistemes, és a dir els «independents», «en la fase inicial d'aplicació del Reglament» (sic) el control serà sempre intern, amb l'única excepció dels sistemes d'identificació biomètrica remota no prohibits, respecte dels quals l'avaluació serà externa —llevat que el proveïdor demostrï que ha aplicat normes harmonitzades—.

L'avaluació externa la faran els denominats «organismes notificats», que seran designats i homologats per l'autoritat nacional de supervisió de la IA, que cada estat ha de crear. Es regula amb detall: els requisits que han de complir els organismes notificats —per tal de garantir-ne la competència tècnica, la independència i la imparcialitat—; el procediment d'homologació; l'obligació de notificar-la a la Comissió i a la resta d'Estats membres —que poden oposar-s'hi—; el procediment d'avaluació i els actes posteriors a l'avaluació —«declaració UE de conformitat», certificacions, marcatge de la conformitat dels sistemes—; la conservació de documents; i la inscripció en el registre i en la base de dades de la UE.

Es preveu que, en determinats supòsits, puguin actuar com a organismes notificats les autoritats encarregades de l'aplicació de la legislació penal, de la

⁷⁴ Començant pels proveïdors que, quan consideren que un sistema que han fet entrar en el mercat o han posat en funcionament ha deixat de ser conforme amb el Reglament, ho han de notificar als distribuïdors i adoptar les mesures necessàries per adequar-lo o retirar-lo del mercat (art. 21).

⁷⁵ En aquests casos només calen noves avaluacions respecte dels requisits del Reglament no coberts per la legislació harmonitzada o quan es produeixin canvis en la finalitat del sistema o en els algorismes predeterminats.

d'immigració i asil, així com determinats organismes i agències de la Unió i les autoritats estatals de vigilància d'altres mercats⁷⁶.

En tot cas, s'obliga la Comissió Europea a anar adaptant la regulació d'aquest requisit mitjançant actes de delegació.

Finalment es preveu encara una important exempció de l'avaluació quan «qualsevol autoritat de vigilància del mercat» de qualsevol Estat membre de la Unió consideri que ho requereix la seguretat pública, la protecció de la vida i la salut, el medi ambient o «els actius de les indústries i infraestructures». La decisió se sotmet a un seguit de condicions que intenten acotar l'abast d'aquesta previsió certament perillosa⁷⁷. La C.C. proposa la supressió d'aquesta exempció, mentre que el Consell afegeix un nou supòsit d'exempció en casos d'urgència i de perill per a la vida o la seguretat física de les persones⁷⁸.

VII. MESURES DE SUPORT A LA INNOVACIÓ

Com s'ha exposat a l'inici, el suport a la IA es produeix en la Proposta mitjançant les normes harmonitzades que acabem d'analitzar, que fomenten «la unitat del mercat intern europeu de la IA». Tanmateix a aquestes normes s'hi afegeix una mesura específica de suport a la innovació consistent en la creació d'uns «espais controlats de proves», que han d'establir els Estats o el Supervisor Europeu de Protecció de Dades amb l'objectiu de facilitar el desenvolupament, la prova i la validació de sistemes qualificats com a «sistemes innovadors», abans que entrin en el mercat i sota la supervisió de les autoritats competents.

La regulació d'aquesta única, i possiblement minsa mesura, es caracteritza: a) per la voluntat de potenciar la dimensió europea d'aquest mecanisme de suport⁷⁹; b) la voluntat d'ampliar al màxim el tipus de dades personals que es poden

⁷⁶ És el cas de les autoritats de vigilància dels mercats previstes a la legislació europea sobre seguretat de productes; de les autoritats nacionals de supervisió dels serveis financers; de les encarregades de «l'aplicació de la legislació penal» o de les competents en matèria d'asil i immigració o de les encarregades de la Protecció de Dades.

⁷⁷ Pe. l'autorització té un període de vigència limitat; cal informar la Comissió i als altres Estats membres de la decisió. Ambdós tenen 15 dies per formular objeccions. La Comissió adopta la decisió final.

⁷⁸ La podrien acordar les autoritats encarregades de l'orde públic o de protecció civil.

⁷⁹ Així p.e. els espais controlats han de garantir el compliment no solament del Reglament sinó també de la resta de la legislació de la Unió i dels Estats membres; les autoritats nacionals que hagin establert espais controlats coordinaran les seves activitats i cooperaran en el marc del Comitè Europeu d'IA —amb informes adreçats al Comitè i a la Comissió sobre resultats. S'atribueix a la Comissió la regulació, mitjançant actes d'execució, de les modalitats, condicions de funcionament, criteris d'admissibilitat, drets i obligacions dels participants i de procediments de sol·licitud, selecció i participació en l'espai.

emprar en les proves, tot establint però garanties per tal d'evitar usos indeguts⁸⁰ i c) la previsió de mesures de suport als proveïdors i usuaris de «petita escala»⁸¹. El Consell proposa una regulació molt extensa de les proves —que preveu tant dins com fora dels espais de controlats—, i dona un relleu especial a totes les mesures de suport, en particular a les adreçades a les «pimes» i «microempreses».

VIII. GOVERNANÇA

Sota la rúbrica de Governança es regula la qüestió cabdal de les autoritats que han de garantir l'execució i, més concretament, l'aplicació efectiva i uniforme del Reglament arreu del territori de la Unió.

Tot i que, com és propi de l'UE, l'execució del Reglament en principi hauria de correspondre en gran mesura als organismes corresponents dels Estats, la Proposta atribueix a la Comissió un protagonisme executiu destacat a fi de garantir la uniformitat interpretativa i executiva, i la cooperació entre Estats i d'aquests amb l'UE.

Amb aquest objectiu es crea un «Comitè Europeu d'IA», format per les autoritats nacionals de supervisió de cada Estat i el Supervisor Europeu de Protecció de Dades. El presideix la Comissió, i en convoca les reunions, estableix l'ordre del dia i li dona suport administratiu i «analític» (sic). A les reunions s'hi poden convocar experts i observadors. El Comitè, té atribuïda la funció d'assessorar i assistir la Comissió i té com a finalitats les de contribuir a coordinar les autoritats nacionals i la Comissió, «les orientacions i els anàlisis» de la Comissió i de les autoritats nacionals de supervisió, i a garantir «l'aplicació coherent» del Reglament⁸².

La C.C. ha presentat un conjunt d'esmenes molt interessant adreçades a crear una potent, i poc freqüent, «Execució a escala europea», s'aplicarà als «problemes que afecten diversos Estats membres» amb l'objectiu de «contribuir a l'aplicació uniforme del Reglament, i a reforçar el mercat únic digital».

⁸⁰ P.e. es permet la utilització de dades recopilades legalment però per altres finalitats —fins i tot dades sense anonimitzar—, quan ho requereixi l'aplicació de la «legislació penal», la prevenció d'amenaçes a la seguretat pública, la salut pública o la protecció de medi ambient. Es preveu, però, que els participants respondran de qualsevol perjudici causat a tercers, es limitarà l'accés a les dades a determinades persones i s'eliminaran les dades en cloure's el «control».

⁸¹ Obligant els Estats a promoure un accés prioritari als espais controlats de proves; a organitzar activitats sobre l'aplicació del Reglament; a establir un canal de comunicació amb proveïdors i usuaris de petita escala i «agents innovadors»; a banda de tenir en compte els seus interessos i necessitats en fixar taxes.

⁸² A tals efectes, el Comitè recopila i comparteix coneixements tècnics i bones pràctiques entre els Estats; contribueix a la uniformització de les pràctiques administratives i emet dictàmens, recomanacions o contribucions escrites.

La Comissió Europea tindria un paper determinant en aquesta «execució»⁸³, a banda de convertir-se en una «autoritat de vigilància del mercat». El Consell, amb el mateix objectiu de reforçament, fa un llistat obert d'àmbits en els quals la Comissió haurà de dictar directrius sobre «l'aplicació pràctica» del Reglament.

En relació al Comitè Europeu d'IA la C.C. proposa incrementar substancialment les seves competències⁸⁴ per tal de potenciar la seva contribució a l'aplicació uniforme del Reglament i l'assessorament i assistència a la Comissió; ultra reforçar la seva independència⁸⁵. També vol potenciar-lo com a «fòrum d'intercanvi» entre autoritats nacionals de supervisió, com a instància d'arbitratge de litigis entre autoritats i entre Estats i com a lloc de trobada de la indústria, les empreses emergents, les «pimes», la societat civil i el món acadèmic⁸⁶. També prosa canvis rellevants pel que fa a: a) la composició del Comitè —que estaria format exclusivament per un representant de cada Estat—, b) el funcionament intern —que regula amb cert detall i dona les pautes que hauria de tenir l'elaboració del futur reglament intern— i c) les funcions —que amplia i precisa—. Preveu a més la creació d'un potent Grup central d'experts independents, de suport a la Comissió i a les autoritats de vigilància del mercat.

Pel que fa a la governança que correspon als Estats, l'organisme clau és l'autoritat nacional de supervisió de la IA, la qual, a més de designar i homologar els organismes notificats i de fer el seguiment de llur activitat, actua com a autoritat de vigilància del mercat i té competències rellevants, tant en el procés de seguiment posterior a la comercialització dels sistemes com en l'avaluació dels riscos que generin i en l'adopció de les mesures correctores pertinents. Aquestes

⁸³ Vegeu l'Exposició de Motius del «Projecte d'Informe» de la C.C. i les nombroses competències que se li atorguen en les esmenes 259 a 270. Concretament se li reconeixien d'incoació de procediments contra sistemes d'IA per infracció del Reglament; «poders d'investigació i execució»; competències de cooperació i intercanvi d'informació amb les autoritats nacionals; competències per sol·licitar informació; «poders» per realitzar entrevistes i prendre declaracions; «poders» d'inspecció; competències per decidir l'incompliment de les obligacions dels operadors; adopció de mesures provisionals i publicació de les decisions; competències per sol·licitar informació, per realitzar entrevistes i prendre declaracions; competències d'inspecció; competències en cas d'incompliment dels operadors de les obligacions respectives; adopció de mesures provisionals en cas de decisions d'incompliment i d'ordenar la publicació de les decisions corresponents.

⁸⁴ Esmenes 199 a 211.

⁸⁵ En relació a la seva estructura, funcionament, elecció del president i vicepresident, convocatòria de reunions i fixació de l'ordre del dia (vegeu esmenes 185 a 198).

⁸⁶ Finalment, a banda del Comitè Europeu, el Reglament també crea un nou Comitè, que s'afegeix als més de 300 comitès del Reglament UE 182/2011, i que assistirà la Comissió en l'adopció dels actes delegats que li atribueix el Reglament IA. Aquest Comitè, com en tots els comitès que s'integren en la denominada comitologia, està integrat per un representant de cada Estat, i pot formular objeccions i fins i tot revocar la delegació.

autoritats són organismes independents, creats pels Estats respectius⁸⁷, als quals han de dotar de personal tècnic qualificat i de recursos suficients. Els Estats han d'informar anualment la Comissió sobre aquests recursos⁸⁸. Les autoritats nacionals d'IA estaran en contacte permanent entre elles. Finalment, cal recordar, que per tal d'evitar duplicitats, el Reglament preveu un seguit de supòsits en els quals les funcions d'autoritat nacional de vigilància del mercat d'IA s'atribueixen a autoritats de vigilància d'altres mercats previstes en altres disposicions de la UE⁸⁹.

IX. SEGUIMENT POSTERIOR A LA COMERCIALIZACIÓ, PROCEDIMENTS PER AVALUAR ELS RISCOS I MESURES CORRECTORES

Pel que fa al seguiment, els proveïdors han d'establir, d'acord amb un model que aprovarà la Comissió, «un sistema i un pla» adequats a la tecnologia emprada i als riscos previsibles. Han de notificar a les autoritats de vigilància del mercat qualsevol incidència greu que pugui afectar drets fonamentals i aquestes n'informaran als organismes nacionals encarregats de la protecció dels drets fonamentals de la UE⁹⁰.

Les autoritats de vigilància del mercat tenen ampli accés a les dades, la documentació, les dades d'entrenament, validació i prova emprats pel proveïdor i, «en cas necessari i prèvia sol·licitud motivada», als «codi font» o fitxers d'instruccions escrites que fan «funcionar» els programes. L'accés al codi font sol plantejar problemes i en cas de conflicte les empreses que els dissenyen i desenvolupen solen al·legar, amb èxit, drets relacionats amb la llibertat de creació, la propietat intel·lectual i fins i tot la protecció de la privacitat de tercers, per tal d'evitar l'accés al codi. El Consell proposa que només es pugui accedir al codi dels sistemes independents que afecten drets fonamentals i tan sols quan hagin sigut insuficients altres procediments per obtenir la informació requerida.

Com a instrument per facilitar el seguiment del compliment dels requisits, la Comissió, amb la col·laboració dels Estats, crearà i mantindrà una «Base de

⁸⁷ Els Estats poden designar més d'una autoritat de supervisió (potser pensant en els estats federals o descentralitzats?) —però en aquest cas ho ha de motivar davant la Comissió. L'autoritat que supervisa l'aplicació del Reglament per part de les institucions, agències i organismes de la UE és el Supervisor Europeu de Protecció de Dades. L'Estat espanyol, avançant-se als altres Estats, ha creat ja l'Agència Espanyola de Supervisió de la IA, amb seu a A Coruña.

⁸⁸ Els Estats han de presentar a la Comissió un informe anual sobre els recursos esmerçats i una avaluació de la seva idoneïtat. La Comissió els transmet al Comitè Europeu pel seu debat i formulació de possibles recomanacions. La Comissió facilitarà l'intercanvi d'experiències entre autoritats nacionals. La C.C. presenta una esmena adreçada a declarar i garantir el caràcter independent de les autoritats nacionals de supervisió.

⁸⁹ Vegeu la nota 76.

⁹⁰ La Comissió elaborarà «les orientacions específiques» per facilitar el compliment de les obligacions dels proveïdors relatives a la notificació de les referides incidències (art. 62.2).

Dades de la UE per sistemes de risc alt independents», que es nodrirà de les dades que hauran de lliurar-li els proveïdors. Les dades seran accessibles al públic. Tanmateix la informació que contindrà té un relleu força limitat⁹¹.

En relació a l'avaluació dels riscos produïts i a les mesures per corregir-los, el Reglament distingeix el procediment aplicable als riscos «a nivell nacional», el de «salvaguarda de la Unió» i el dels riscos que no assoleixin aquestes dimensions territorials.

En el primer supòsit, com ja he apuntat, s'atribueix a l'autoritat nacional de vigilància del mercat la competència per: a) determinar si un sistema presenta riscos per a la salut, la seguretat o els drets fonamentals, b) avaluar el compliment dels requisits i obligacions que l'imposa el Reglament i c) exigir a l'operador l'adopció de les mesures correctores oportunes o la retirada del mercat. Ha d'informar l'organisme estatal de protecció dels drets fonamentals i a l'organisme notificat corresponent. Si es considera que el risc pot afectar d'altres Estats de la Unió, informará la Comissió i els Estats dels riscos i les mesures adoptades. Indicarà si el problema és conseqüència d'un incompliment de requisits o d'una deficiència de les normes harmonitzades. Després de 3 mesos sense objeccions per part de la Comissió o dels Estats, la mesura adoptada per l'Estat es considerarà justificada.

Si dins d'aquest termini un Estat formula alguna objecció, o la Comissió considera que la mesura adoptada és contrària al Dret de la Unió, es posa en marxa el procediment de salvaguarda de la Unió: la Comissió, prèvia consulta amb l'Estat membre i els operadors afectats, avalua la mesura adoptada; si es considera justificada, tots els Estats l'adoptaran, si és injustificada, serà retirada. Si la causa de la deficiència és la normativa UE, es modificarà⁹².

Finalment, interessa destacar que la Proposta (art. 84.2), ultra la ja citada exigència d'avaluar anualment la necessitat de modificar la llista dels sistemes de risc alt, preveu un «*sistema d'avaluació i revisió permanent*» de l'aplicació del Reglament que obliga la Comissió a presentar cada 4 anys al Parlament i al Consell un informe, que es farà públic, sobre aquesta aplicació i sobre l'eficàcia dels codis de conducta voluntaris⁹³.

⁹¹ Vegeu l'art. 60.4.

⁹² En el cas que les avaluacions mostrin que un sistema és conforme amb el Reglament però una autoritat de vigilància del mercat comprovi que presenta un risc per a la salut, la seguretat, els drets fonamentals, el compliment de les obligacions en virtut del Dret de la Unió o per a la protecció de l'interès públic, demanarà al proveïdor l'adopció de mesures correctores, abans de l'entrada al mercat, o la retirada del mercat, si ja hi ha entrat. L'Estat n'informarà la Comissió i els altres Estats. La Comissió consultarà els proveïdors i els altres Estats, avaluarà les mesures adoptades per l'Estat i els resultats de la consulta, i adoptarà la decisió que correspongui i la comunicarà a tots els Estats.

⁹³ La C.C. presenta també esmenes adreçades a reforçar la participació de les persones interessades i organitzacions de la societat civil en l'actualització de la llista de sistemes de risc alt, així com en les activitats del Comitè i els espais de proves, entre altres.

X. VIES DE RECLAMACIÓ I RECURS JURISDICCIONALS

Com ha observat críticament un sector de la doctrina des de l'inici, la Proposta pràcticament no incorpora vies de reclamació ni de recurs jurisdiccional⁹⁴. Tant el Consell com sobretot la C.C. es fan ressò d'aquesta crítica. Concretament la C.C. proposa un nou i important Capítol en el qual es reconeix el dret de les persones físiques i grups de persones físiques a presentar, davant l'autoritat nacional de supervisió, reclamacions contra els proveïdors o usuaris d'un sistema d'IA, quan considerin que han vulnerat «la seva salut, la seva seguretat o els seus drets»⁹⁵. L'autoritat nacional de supervisió ha de resoldre abans dels 6 mesos de la presentació de la reclamació que ha adoptat la decisió recorreguda.

Pel que fa als recursos, es limita a reconèixer a les persones físiques i jurídiques el «dret a la tutela judicial efectiva contra una decisió jurídicament vinculant d'una autoritat nacional de supervisió que les afecti». Les accions s'exerceixen davant els tribunals de l'Estat membre en el qual estigui establerta l'autoritat nacional de supervisió.

XI. CONFIDENCIALITAT

El Reglament imposa un deure de confidencialitat a les autoritats nacionals competents i els organismes notificats sobre la informació i les dades obtingudes en exercici de les seves funcions⁹⁶.

XII. SANCIONS

Correspon als Estats establir *el règim sancionador* i els organismes, jurisdiccional o no, que l'han d'aplicar, i comunicar-los a la Comissió. La C.C. proposa que també la Comissió Europea pugui imposar multes. El Reglament es limita: a exigir que les sancions siguin «efectives, proporcionades i dissuasives»; a tipificar

⁹⁴ Es limita a delegar en els Estats l'establiment d'un recurs contra les decisions dels organismes notificats (art. 45). Certament, com he assenyalat abans, la legislació europea i les legislacions estatals de protecció de dades, de drets de privacitat, de protecció de drets de propietat intel·lectual, dels consumidors, drets d'autor preveuen vies de reclamació i recursos jurisdiccional que permeten la defensa de drets i interessos enfront vulneracions causades per sistemes d'IA, però no cobreixen de manera general i específica els drets i interessos protegits pel Reglament d'IA.

⁹⁵ I se'ls hi reconeix explícitament el dret a ser escoltats en el procediment de tramitació de la reclamació.

⁹⁶ Amb l'objectiu de protegir «en particular»: els drets de propietat intel·lectual, la informació empresarial confidencial o els secrets comercials, inclòs el codi font; l'aplicació eficaç del Reglament a efectes d'inspeccions i investigacions; els interessos públics i de seguretat nacional; i la «integritat» de les causes penals o els procediments administratius (art. 70.1).

les conductes que poden ser objecte de multes administratives; a establir el topall màxim —per cert força elevat— que poden assolir les quanties de les multes en cada tipus d'infracció⁹⁷; i a assenyalar les circumstàncies que han de tenir en compte els Estats a l'hora de fixar les quanties esmentades⁹⁸.

Es deixa a la decisió dels Estats la possibilitat d'imposar multes administratives a les seves autoritats i organismes públics. Les multes administratives a institucions, agències i organismes de la Unió les imposa el Supervisor Europeu de Protecció de Dades.

XIII. ENTRADA EN VIGOR I APLICACIÓ

Com he apuntat abans, l'entrada en vigor del Reglament es produirà als 20 dies després de la publicació, i l'aplicació als 24 mesos a partir de l'entrada en vigor, llevat la de la legislació europea relativa a l'espai de llibertat, seguretat i justícia respecte de la qual el termini serà de 36 mesos. El Consell proposa que aquest termini de 36 mesos s'apliqui amb caràcter general. A l'hora de valorar aquesta regulació cal tenir en compte, d'una banda, el temps que és necessari per tenir realment operatius els organismes europeus i estatal de governança i d'execució del Reglament i, per altra banda, la urgència d'evitar al màxim l'aplicació sense límits de sistemes que generin riscos a la salut, la seguretat i els drets fonamentals. Des d'aquesta doble perspectiva la diferenciació entre entrada en vigor i aplicació es pot considerar adequada mentre que els terminis superiors als 24 mesos es poden considerar excessius. I, en tot cas, siguin quins siguin els terminis d'aplicació que finalment s'estableixin, caldrà interpretar i aplicar «extensivament» el concepte de «canvi significatiu» de l'art. 83.2 per tal de minimitzar els riscos que poden provocar els sistemes introduïts en el mercat abans de la data d'inici de l'aplicació del Reglament.

XIV. CODA

Per poder fer una valoració definitiva del Reglament, tant des del punt de vista jurídic com del de la capacitat real de limitar els riscos que generen els sis-

⁹⁷ Així, p.e., l'incompliment de la prohibició de les pràctiques d'IA o dels requisits dels sistemes que utilitzen dades d'entrenament, se'ls hi apliquen multes administratives de fins a 30 milions d'euros o, si l'infractor és una empresa, fins el 6% del volum del negoci total anual mundial de l'exercici financer anterior si aquesta quantia fos superior als 30 milions. Per a la resta d'incompliments dels requisits, les multes poden ser de màxim de 20 milions o el 4% volum de negoci. I de 10 milions o el 2% si la infracció consisteix en la presentació d'informació, inexacta, incompleta o enganyosa.

⁹⁸ Per exemple la naturalesa, gravetat i duració de la infracció, la reincidència o el volum i la quota de mercat de l'operador.

temes d'IA, caldrà esperar al final del procés legislatiu i la seva interpretació i aplicació. Caldrà esperar per tal de poder comprovar si és suficient per garantir la salut, la seguretat i els drets fonamentals de la Unió i per assegurar l'autonomia i la dignitat de les persones i la prevalença de la intel·ligència humana sobre la IA.

En aquest moment, de la Proposta en destacaria: la seva necessitat i fins i tot urgència; el rigor i la participació extraordinària en qualitat i quantitat, produïda al llarg de tot el procediment legislatiu i en l'etapa preliminar; la decisió de regular l'IA des de valors ètics i de principis polítics demo-liberals; la cerca de l'equilibri entre drets i béns, en potencial tensió, protegits tots ells pel Dret de la Unió; l'estratègia de basar els límits jurídics en el criteri de risc; el reforç de les facultats executives de la Comissió per tal de garantir la uniformitat interpretativa i executiva del Reglament; i l'establiment de mecanismes que han de permetre l'adaptació permanent del Reglament als canvis de la IA i als avenços que sorgeixin del debat ètic i filosòfic en aquest àmbit.

EL CANVI EN L'HERETAMENT. DE LA DONACIÓ UNIVERSAL A LA INSTITUCIÓ «CONTRACTUAL» D'HEREU

per

FERRAN BADOSA I COLL

Acadèmic Electe de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya
23 de maig de 2023

En aquesta Comunicació examino l'important canvi en la configuració de l'heretament, de donació universal a institució contractual d'hereu. Un canvi que s'ha d'atribuir a en Ramon M. Roca Sastre (1899-1979).

Ho faig seguint els Projectes legislatius de Dret civil català anomenats oficials que tenen llurs fonaments en els RRDD.2-II-1880, 24-IV-1899 i el D.23-V-1947 i O.10-II-1948. Amb inclusió, com a impulsor del canvi, de l'obra de Ramon M. Roca Sastre: «Instituciones de Derecho Hipotecario». II. 2ª ed. Barcelona. 1946 pàgs. 617 ss.

Prescindeixo, per tant, de les obres doctrinals de tres autors. Guillem de Brocá: «Historia del Derecho de Cataluña especialmente del Civil y Exposición de las Instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la Jurisprudencia». I. Barcelona. 1918; Antoni Borrell i Soler: «Dret civil vigent a Catalunya». IV. Barcelona. 1923; i José Mª Planas y Casals: «Derecho civil español civil i foral». I. Barcelona 1925.

La Comunicació l'ordeno com una guia de lectura (amb l'ús dels subratllats, majúscules i negretes que són meus) dels textos esmentats en què es percep aquest procés de substitució.

SUMARI

- I. *L'heretament com a donació universal dels béns presents i futurs. Manuel Duran y Bas. La Memoria i l'Articulat 1883*
- II. *La donació universal amb l'equivalència a la institució d'hereu, en realitat és una equivalència de títols. Els Projectes d'Apèndix al Cc.esp. 1930 i 1931*
- III. *L'heretament com a institució «contractual» d'hereu. Ramon M. Roca Sastre: «Instituciones de Derecho Hipotecario». II. 2ª ed. Barcelona. 1946 pàgs. 617 ss.*

- IV. *El Projecte de Compilació. 1955. La substitució de la donació universal per la institució «contractual» d'hereu. La Comp. 1960 i el CS. 1991*
- V. *El significat de la «contractualitat» en relació al negoci d'institució d'hereu. La seva conversió en negoci entre vius amb pretensió de ferma*
- VI. *Epilèg. Notes sobre el «pacte» successori d'institució d'hereu en l'heretament del Llibre Quart*

I. L'HERETAMENT COM A DONACIÓ UNIVERSAL DELS BÉNS PRESENTS I FUTURS.
 MANUEL DURAN Y BAS. LA MEMÒRIA I L'ARTICULAT 1883

L'opinió tradicional l'exposa Manuel Duran i Bas (1823-1907) a la seva «Memoria de las Instituciones del Derecho Civil de Cataluña escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4º del Real decreto de 2 de febrero de 1880». Barcelona, 1883. Una obra que es divideix en «Introducción» pp. I-CI, «Memoria» pp. 1 ss. i «Articulado» pp. 297 ss. El destinatari de l'heretament l'anomena «heredado» a les pp. 94 i 97 «donatario o heredado», i només «heredado» a les pp. 95, 96, 97 i a l'art. LXXVI «no heredado».

I.1. *L'«heretament»*

Memòria p. 89. No es sin duda una palabra etimológicamente bien formada la de heredamiento; pero como dice Fontanella (1), aunque impropia, aunque barbarismo, la ha sancionado el uso y la ha adoptado el antiguo Senado o Audiencia de Cataluña; y si bien *los heredamientos se hacen en contrato, o sea en acto entre vivos*, se llaman así *porque el padre —que dona al hijo— previene en el contrato matrimonial diem supremi iudicii*. Por consiguiente tienen siempre los heredamientos *fuera de contrato*; pero sus efectos se *asemejan y a veces equivalen a la institución hereditaria*; lo cual ha dado lugar a que de ellos diga Fontanella que constituyen una *especie media entre las donaciones entre vivos y las últimas voluntades...*

I.2. *La classificació dels heretaments*

En Duran y Bas té en compte la dualitat habitual «la (división) que hacen Vives (Pedro Nolasco Vives y Cebriá: «Traducción al castellano de los Usages y demás Derechos de Cataluña que no están derogados o no son notoriamente inútiles». II 2ª ed. Madrid-Barcelona. 1862 pp. 204 ss.) y otros escritores, entre heredamientos en favor del *hijo o hija que contraen matrimonio*, y heredamientos a favor de los *hijos que los contrayentes esperan tener*, que és la que utilitzarà en l'Articulat (art. CXIV).

Però no la utilitza en la Memòria. En ella presenta tres «especies... *el heredamiento simple o absoluto... el preventivo ...el prelativo*». Resulten d'un criteri de classificació diferent que és la puresa o la condicionalitat del negoci d'heretament. La puresa, «heredamiento simple o absoluto» correspon a l'heretament dels pares a favor del fill que es casa i a la modalitat principal de l'heretament dels contraents a favor dels fills futurs. L'heretament preventiu i el prelatiu són les altres dues modalitats de l'heretament a favor dels fills futurs. A l'articulat apareixeran com les seves modalitats «condicionals».

Memòria pp. 87, 88. Esta dirección, múltiple y variada, aunque con unidad de fin...ha producido los heredamientos y sus diversas especies. Ora engendra el heredamiento simple o absoluto; ora es origen del preventivo; ora por fin da nacimiento al prelativo. Es el primero de dos clases: o bien el padre o madre del contrayente hacen donación de sus bienes, en todo o en parte, a su hijo; o bien el propio contrayente la hace desde luego a favor de los hijos nacereros... Los dos últimos son esencialmente condicionales...

Título Cuarto. De los heredamientos. Art. CXIV. Los padres con ocasión del matrimonio de sus hijos pueden hacer a favor *de estos* y de sus hijos *donación o heredamiento del todo o parte de sus bienes presentes y futuros*.

También los *futuros consortes* pueden hacer *heredamientos a favor de los hijos o descendientes que esperan tener*. Estos heredamientos pueden ser puros o absolutos y condicionales, preventivos y prelativos.

I.3. La promesa d'heretar és un heretament

Duran y Bas a la Memòria p. 95 exposa la regla que: «la promesa de heredar tiene fuerza de heredamiento. Doctrina es esta, constante en Cataluña y prohijada por la antigua que cita Cáncer en el número 124, Capítulo 7.0, Part. 3.a de su obra; y la fundan los autores en que la promesa de donar y la donación son una misma cosa, a diferencia de lo que sucede en otros contratos como la venta o arrendamiento». El caràcter exclusiu d'aquesta regla en la donació i no en els (altres) contractes el defensa Joan Pere Fontanella «Tractatus de Pactis sive Capitulis Matrimonialibus» I. Genevae. 1659 cl.4 gl.p. 4 n. 21 «*dubitationem movet quod aliud sit facere, aliud promittere faciendo, n 28 Cæterùm obtinuit inconcussè quòd imò ad vitandum inutiles circuitus promissio de donando donatio dicatur facta de præsentì ac de præsentì valeat ut talis i que omnes hanc dicunt communem opinionem*».

Art. CXXV. La promesa de heredar tiene fuerza de heredamiento. Si el promitente muere sin haber otorgado testamento se entienden comprendidos en aquel todos los bienes del difunto al tiempo de su muerte, salvo los que constituyan la legítima de los demás hijos, si los hubiese. Si ha otorgado testamento, el importe de las legítimas y legados no puede exceder de las tres cuartas partes del valor de los bienes.

I.4. *La doble naturalesa, donacional i hereditària, dels heretaments. Els respectius referents*

Duran i Bas la proposa com una interpretació d'en Fontanella (I.1). Alhora la doble naturalesa té referents diversos. La donacional es refereix al negoci i la seva estructura i, a més, aporta l'efecte formal de la irrevocabilitat. L'hereditària es refereix imprecisament **a veces** a l'efecte principal o material que és l'adquisitiu. Sembla clar que la naturalesa successòria no afecta el negoci. **Memòria p. 89** on (Vid. I.2) després d'esmentar el caràcter mixt de l'heretament-donació... «una especie media entre las donaciones entre vivos y las últimas voluntades... seguieix dient. Por el primero de dichos caracteres les es propia la irrevocabilidad; con la diferencia de que esta es absoluta en el primero de ellos, salvo los pactos con que se haya hecho, y en los demás está limitada al mantenimiento de la condición, mientras puede, y a su efectividad, llegado el caso de haberse esta cumplido. El segundo de dichos caracteres atribuye al heredamiento absoluto y al preventivo, cumplida en este la condición de que depende, el valor de un título de sucesión universal». És a dir l'heretament dels pares a favor de fill que es casa i l'heretament dels contraents a favor dels fills futurs en les modalitats pura i preventiva quan es compleix la condició.

I.5. *La donació i la seva irrevocabilitat. L'acceptació del Notari i la seva eliminació. La unitat d'acte*

La irrevocabilitat és l'efecte del negoci complementari d'acceptació de la donació, en realitat de l'«ius delationis» que genera (Vid. II). L'acceptació en unitat d'acte amb la donació era indubtable en l'heretament a favor del fill que es casa que és present o representat a l'acte.

El problema era a l'heretament a favor de fills futurs. En aquest cas s'aplicava a Catalunya la regla de l'«Ius Commune» de l'acceptació del Notari en la seva qualitat de «persona pública». Duran y Bas l'admet a la Memòria p. 145 «...lo que de especial tiene el derecho civil de Cataluña acerca de la prestación del consentimiento. Los *Notarios se han considerado autorizados para aceptar las estipulaciones* por los ausentes cuando les son favorables... No parece que deba haber inconveniente en que esto se convierta en derecho común y cuando menos debe subsistir como constante tradición jurídica de Cataluña». I ho incorpora a l'art. XX als capítols matrimonials «Los pactos continuados en las capitulaciones matrimoniales que ceden en favor de otras personas que las de los contratantes aunque no estén presentes o no hayan nacido, les atribuyen derecho para exigir su cumplimiento si han sido aceptados por el Notario que ha autorizado el contrato» i a l'art. CLXXXVIII a les estipulacions en favor de tercers. «Las estipulaciones a favor de ausentes, aceptadas por el Notario, tienen fuerza de obligar en contra del que las ha hecho».

La proposta d'en Duran té importància perquè l'acceptació del notari havia estat eliminada per Resolució de la «Dirección General de los Registros Civil y de la Propiedad y del Notariado», de 25-I-1877. Era arran d'un conflicte entre el notari de Pont de Suert que havia acceptat una estipulació en favor d'un absent i el registrador de Tremp que negava la inscripció de l'escriptura. L'argument fou que l'acceptació infringia la «imparcialitat» del notari. En Duran, Memòria p. 146 Nota 1, es refereix a la Resolució sense identificar-la i diu que: *Esta declaración es contraria al derecho seguido desde antiguo en Cataluña*. La pràctica havia estat defensada en un escrit de la Junta del Col·legi de Notaris de Barcelona d'1-III-1876.

L'admissió de l'acceptació del notari té, a més, importància per a l'estructura de l'heretament-donació universal. Significa que el negoci de donació i el negoci d'acceptació (de la delació del títol de donació) s'atorguen sempre en unitat d'acte. Tant si és a favor dels fills que es casen com dels fills futurs.

I.6. *L'heretament entre presents (pares-fill que es casa). Donació universal. Un sol negoci i un sol títol adquisitu però aquest amb dos efectes adquisitius: en el moment de l'atorgament i en el moment de la mort de l'heretant. La limitació del poder de disposició*

Memòria p. 48. *De los heredamientos. Los pactos por los cuales se hace una donación universal, y que se llaman heredamientos simples o absolutos, cuando tienen lugar sea a favor del hijo o hija que se casan —que es lo más común— sea a favor del primogénito de los hijos que se esperan tener, — lo cual es de día en día menos frecuente; así como los que se refieren puramente a la prole que se espera, y se llaman también heredamientos con la calificación de preventivos o prelativos según su clase, merecen examen especial y serán objeto del capítulo cuarto.*

Memòria p. 89. De ahí que el célebre Fontanella haya definido el heredamiento en estos términos: *donatio inter vivos quae fit in nuptialibus per quam censetur donator prevenire diem supremi iudicii*. (De pact. nupt. Claus. 4.*; Glosa 6.», n.º 3). En realidad el heredamiento por su origen proviene de una donación; por su carácter legal es una donación *inter vivos*, (De pact. nupt. Clau. 4. Glosa 9, parte 4. n.º1) sin que pierda este carácter porque se haga para después de la muerte, pues siempre en derecho se han reconocido las *donaciones inter vivos post mortem*; por su forma de constitución, es un pacto de las capitulaciones matrimoniales; y es por su fin una disposición para el día de la muerte.

Memòria p. 98. La reserva de la facultad de vender o gravar los bienes donados es hasta cierto punto contraria al objeto de la donación, pero no al derecho, y sí necesaria para conservar en el seno de la familia la autoridad del padre donador. Aquella, aunque hecha con reserva del usufructo, transmite desde luego el dominio de los bienes al donatario, el cual comunmente adquiere

la posesión jurídica por medio del *constitutum possessorium* que se incluye en la convención. *El donador, pues, queda inhibido de enagenar los bienes; y es indispensable que se reserve expresamente esta facultad, si quiere usarla, sea con intervención del donatario, sea sin ella. Esta intervención garantiza al donatario contra los excesos en el uso de la reserva, pero amengua el decoro del donador.* Esta reserva, no es la más general, mucho menos en sentido absoluto. *Si el padre donador, no habiendo hecho el heredamiento con esta reserva, enajena los bienes* en él comprendidos, *pueden los hijos instar la revocación de estas enajenaciones, así como pueden oponerse, en las ejecuciones contra el padre, al embargo de dichos bienes, a no ser por deudas contraídas antes de la otorgación del heredamiento; y aún pueden hacer la oposición a ellas, si no constan en el registro de la propiedad.* No parece ser de esta opinión Fontanella; pero de él disiento. porque la *donación entre vivos, cuando es pura, transmite desde luego el dominio* de los bienes, *aunque el donador se reserve el usufructo. Sin la reserva de gravar no pueden imponerse,* hecho el heredamiento, sustituciones, hipotecas, etc...

Memòria p. 100. *La extensión del heredamiento en punto a los bienes que abraza, es varia.* Cuando el heredamiento es simple, y *nada en él se añade que indique universalidad*, se entiende hecho de los *bienes presentes puramente*; pero cuando *expresamente* se dice que se *hace de los presentes y futuros, o bien bajo el concepto y expresión de donación universal*, se entienden comprendidos en él *así los bienes existentes como los que se adquirieran*, mas con una *importante diferencia*. Los *presentes pasan desde luego al dominio del donatario; pero por futuros no se entienden sino los que, adquiridos con posterioridad al heredamiento, subsisten al tiempo del fallecimiento del que lo hizo*, que es lo mismo que decir que el donador *puede disponer libremente* de ellos por acto entre vivos hasta el preciso instante de su muerte. Puede el donador *reducir el heredamiento a una porción puramente de sus bienes*: no es esto sin embargo lo frecuente.

Art. CXIV. Los padres con ocasión del matrimonio de sus hijos pueden hacer a favor de estos y de sus hijos *donación o heredamiento del todo o parte de sus bienes presentes y futuros*.

También los futuros consortes pueden hacer *heredamientos*...

Art. CXVI. Los heredamientos de *que trata el § 1º del artículo CXIV, aunque se hagan para después de la muerte del donador, o de la del mismo y la de su consorte, son siempre irrevocables*, incluso el caso de ingratitud salvo pacto en contrario.

Art. CXVII. Los heredamientos *de esta clase hechos con reserva del usufructo* a favor del donador, o del mismo y de su consorte si le sobrevive, *transmiten desde luego la propiedad de los bienes en él comprendidos al donatario; y el donador no puede enajenarlos, ni gravarlos sin consentimiento del último* a no haberse reservado expresamente esta facultad.

Art. CXXI. *Estos heredamientos pueden hacerse de todos los bienes presentes y futuros, o únicamente de los presentes, o de los que existan al tiempo del fallecimiento del donador.*

En el primer caso por *bienes futuros* se entienden los que, adquiridos con posterioridad al heredamiento, *subsisten* al tiempo de la muerte del que lo hizo.

Cuando el heredamiento se hace con el carácter de *donación universal* se entienden comprendidos en él *los bienes presentes y futuros*.

I.7. *L'heretament a persona futura (casats a favor de fills futurs). Acostament a la institució d'hereu. La limitació del poder de disposició*

Cal recordar que en Duran y Bas a la Memòria (no a l'Articulat) utilitza el criteri classificatori de la puresa o condicionalitat del negoci d'heretament. I que els heretaments condicionals, el preventiu i el prelatiu, són dues modalitats de l'heretament dels contraents a favor dels fills futurs.

Memòria p. 88. *...bien el propio contrayente la hace (la donación) desde luego a favor de los hijos nacaderos, generalmente a uno solo de ellos, que en este caso suele ser el primogénito, dándose ordinariamente preferencia a los varones sobre las hembras, si bien a veces los padres se reservan el derecho de elección. Es común en este caso completar el heredamiento con una sustitución fideicomisaria condicional en favor de todos los hijos que se esperan, guardando entre ellos orden de sexo y edad... Por el segundo (preventivo) los contrayentes llaman a la sucesión de sus bienes a todos los hijos que esperan tener, o a uno solo de ellos, sea desde luego el primogénito, sea reservándose el derecho de elección... Por el último (prelativo) estipulan entre sí los contrayentes la preferencia en la institución de heredero, a favor de los hijos que tal vez tengan de aquel matrimonio con relación a los que puedan respectivamente tener de cualquiera otro posterior, ordenándose esta prelación por causa del sexo con la frase: *hijos por hijos, hijas por hijas*. A menudo, dentro de este heredamiento y para su caso, se establece un heredamiento preventivo...*

Los dos últimos son esencialmente condicionales: la condición es inherente a su naturaleza. El preventivo —lo indica desde luego la palabra con que se califica— tiende a evitar la sucesión intestada; por manera que su condición consiste en que el padre o madre mueran sin testamento válido. El prelativo, por lo mismo que tiene solamente por objeto establecer un orden de preferencia, lleva como condición ingénita la existencia de hijos de dos matrimonios. Pierde pues, su subsistencia el primero, cuando mueren con testamento válido el padre o madre que heredan al hijo o hija; no adquieren ningún derecho los hijos en el segundo, si no existen hermanos consanguíneos o uterinos...

Memòria p. 89. El segundo de dichos caracteres (la institución hereditaria) atribuye al heredamiento *absoluto* y al *preventivo*, cumplida en este la condición de que depende, *el valor de un título de sucesión universal*. Al *prelativo* se lo atri-

buye únicamente cuando, dentro de él, se ha hecho un heredamiento preventivo, lo que es bastante frecuente.

Memòria p. 95. Por lo que, hace a lo segundo (possibilitat de litigis) no es aquel el efecto que suelen producir los heredamientos *simples o absolutos*, —pues en manera alguna el fraude que se supone frecuente será posible en el *preventivo* y en el *prelativo*, que sólo comprenden los bienes que el padre deja al tiempo de su fallecimiento, «aere alieno deducto».

La limitació també val per l'«absolut» que sigui a favor dels fills futurs.

Memòria p. 99. En *los heredamientos preventivo y prelativo ...segundo, en la forma del llamamiento de los hijos a la sucesión.* Esta forma es de ordinario, en el heredamiento preventivo, la del fideicomiso condicional dependiente de la condición de que los llamados *preventivamente a la herencia, comunmente por orden de sexo y edad, fallezcan sin hijos que lleguen a la edad de testar.* (Hi subjau la idea de la crida unipersonal i d'un ordre que inclou la mort sense possibles hereus testamentaris). En *el prelativo* se incluye, según se ha dicho, la cláusula *de hijos por hijos e hijas por hijas ...* lo que se estipula es la prelación, no la institución, según todos los intérpretes... y de esto se deduce que *tales hijos ni quitan al padre la facultad de disponer de sus bienes, ni pueden intentar la revocación de las enajenaciones* que haya verificado sin fraude.

Hom pressuposa la limitació del poder de disposició de l'heretant en les altres dues modalitats de l'heretament a favor de fills futurs: el «simple o absoluto» i el «preventivo».

Art. CXIV. También los futuros consortes pueden hacer heredamientos a favor de los hijos o descendientes *que esperan tener.* Estos heredamientos pueden ser *puros o absolutos y condicionales, preventivos y prelativos.*

Art. CXXIII. Cuando son puros o absolutos los heredamientos hechos a favor de los hijos nacederos, el *orden de sucesión en los bienes* es el establecido en el heredamiento, y en su defecto el de la sucesión intestada en la línea descendente.

Art. CXXVI. Los heredamientos *hechos preventivamente*, o sea para el *caso de fallecer sin testamento el padre, a favor de los hijos que se esperan*, únicamente surten efecto cuando aquel *fallece sin testamento válido*, y *sólo comprenden los bienes que deja al tiempo de su muerte, deducida de ellos la legítima* debida a los descendientes.

Art. CXXVII. Los heredamientos que se hacen al objeto de que los hijos habidos en el matrimonio con ocasión al *cual se estipulan tengan preferencia en la sucesión de sus padres*, según las reglas que se establezcan, a los hijos que el cónyuge sobreviviente tenga de un matrimonio posterior, *no atribuyen a aquellos ningún derecho en el caso* de no existir este segundo matrimonio.

La delació està condicionada al segon matrimoni, no a que hi hagi fills.

Art. CXXVIII. Los heredamientos *prelativos no limitan la libre disposición del padre sobre sus bienes*, sea por acto entre vivos, sea en última voluntad, mientras no use de dicha facultad en contravención a lo estipulado.

II. LA DONACIÓ UNIVERSAL AMB L'EQUIVALÈNCIA A LA INSTITUCIÓ D'HEREU,
EN REALITAT ÉS UNA EQUIVALÈNCIA DE TÍTOLS.
ELS PROJECTES D'APÈNDIX AL CC. ESP. 1930 I 1931

El tema a destacar és l'equivalència de la donació universal a la institució d'hereu. És una equivalència entre negocis que salva la disparitat de les naturaleses jurídiques entre vius i per causa de mort. Ho aconsegueix perquè opera amb la dada comuna de llur naturalesa lucrativa.

II.1. *L'equivalència es fonamenta en la comuna naturalesa lucrativa dels dos negocis*

La lucrativitat és una categoria general que el Cc.esp. tipifica en relació als títols. En la versió vigent a l'època als arts. 811, 878,2 on és objectiva contraposa a *título oneroso* i 968 que la presenta com a oberta *u otro cualquiera...* Els títols lucratius es descriuen parcialment als arts. 162, 269.10 i completament als arts. 968,1 i 1674,2 *herencia, legado o donación* amb al precisió que l'«herencia» pot resultar de la Llei i no de negoci. Ho confirma l'art. 968 «sucesión intestada». Això vol dir que títol lucratiu pot ésser legal i que és més ample que el negoci.

Ambdós negocis lucratius, la donació en general i la institució d'hereu presenten la mateixa estructura: el negoci unilateral d'atribució lucrativa de béns, la donació o la institució d'hereu —la creació de l'«ius delationis» del correlatiu títol lucratiu, donació o hereu— i el negoci unilateral d'acceptació de la delació i que crea els respectius títols. Els negocis d'atribució i d'acceptació no s'uneixen en un negoci únic sinó que formen una seqüència en la qual el segon complementa el primer donant lloc a una bilateralitat no contractual. La diferència és que en la donació la seqüència es produeix en vida del donant i en el testament a la mort del testador.

Aquesta bilateralitat no contractual l'exposa clarament l'art. 618 Cc.esp. Primer: «la donación es un acto de liberalidad por el cual una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra complementada por el acto del donatario que la acepta». En realitat l'acceptació del donatari no es refereix al negoci de donació sinó al seu efecte que és la delació del títol de donació que, en principi és vitalícia (art. 633,2). La seqüència donació —«ius delationis»— acceptació de la delació respecta l'autonomia dels dos negocis (reconeguda als arts. 629-633).

Per això no es pot parlar de contracte de donació perquè el contracte consisteix en la concurrència de declaracions de voluntat no negocials per formar un sol negoci (arts. 1254,1262). I també per això el negoci de donació pot anar seguit del negoci contrari de repudiació de la delació sense afectar l'existència de la donació. El valor negocial de la repudiació el mostra la seva especial transcendència patrimonial. En la versió del Cc.esp. vigent l'any 1955 l'art. 269 «El tutor necesita

autorización del consejo de familia: 10 ...para repudiar ésta (la herencia) o las donaciones». Res a veure, doncs, amb el rebuig d'una oferta contractual. Igualment l'acceptació d'una donació no té res a veure amb l'acceptació contractual.

Els Apèndixs 1930 i 1931 respecten l'eliminació de l'acceptació notarial però presumeixen legalment l'acceptació de l'«afavorit» tot i que fragmentada «*en todo lo que les favorezca*». La presumpció determina la irrevocabilitat de l'atribució però no la seva adquisició que podrà ser rebutjada. Però, a més, té el significat de la fermesa de l'atribució per si sola. No hi ha doncs un segon acte que s'uneixi a la donació.

II.2. *L'equivalència és dels títols*

L'equivalència de la donació, quan és universal, a la institució d'hereu dels Apèndixs 1930 i 1931 encara que es predica dels negocis i que és viable des del punt de vista estructural no es refereix a ells. Ho impedeix la diversa naturalesa jurídica entre vius i per causa de mort, ja que significaria que la donació universal adquireix valor negocial a la mort del donant.

Es refereix realment al títol de donació i a la seva eficàcia «post mortem». És el títol de donació universal entre vius en aquest efecte «post mortem» el que equival al títol d'hereu universal.

II.3. *El Proj. Apèndix a CC 1930*

Està directament inspirat en l'Articulat DyB amb canvis.

Art. 20. Los pactos continuados en las capitulaciones matrimoniales, que ceden en favor de personas distintas de las expresadas en los dos artículos anteriores que *no estén presentes o no hayan nacido, se reputan aceptados por éstas en todo lo que les favorezca* y les atribuyen derecho para exigir su cumplimiento.

És una extensió respecte de l'art. 20 de l'Articulat d'en Duran y Bas perquè l'acceptació del notari es fa presumpta i, per tant, és inherent a la formalització notarial.

Art. 114. Los ascendientes, por causa y con ocasión del matrimonio de sus descendientes, pueden hacer a favor de estos y de los descendientes de los mismos donación o heredamiento del todo o parte de sus bienes presentes y futuros.

Igual donación o heredamiento puede efectuar a favor de uno de los consortes cualquiera persona que carezca de descendientes.

También los consortes pueden hacer *heredamientos* a favor de *los hijos o descendientes que tengan o esperen tener*. Estos heredamientos pueden ser puros o absolutos y condicionales. Los condicionales pueden ser preventivos y prelativos.

Pueden también los consortes hacer uso, en las capitulaciones matrimoniales, de las facultades que les concede el artículo 263 —elección d'hereus. Los heredamientos son *actos entre vivos*, pero producen los mismos efectos que los actos de

última voluntad para el cumplimiento de sus disposiciones, y *cuando son universales equivalen a una institución de heredero*.

Art. 125. En los heredamientos de que trata el párrafo tercero del artículo 114, *el orden de sucesión* es el establecido en el heredamiento, y, en su defecto, el de la sucesión intestada en la línea descendente.

II.4. *El Proj. Apèndix a CC 1931*

Art. 25. Los pactos comprendidos en las capitulaciones matrimoniales que cedan a favor de personas que *no hayan nacido*, así como los que cedan a favor de personas distintas de los contrayentes y de sus ascendientes y descendientes que no están presentes, *se reputan aceptados por ellas* en todo lo que les favorezca y les atribuyen derecho para exigir su cumplimiento.

Art. 92. *La donación* del todo o parte de sus bienes que los ascendientes hacen en capitulaciones matrimoniales por causa y ocasión del matrimonio de sus descendientes a favor de estos y de los descendientes de los mismos, *se llaman heredamientos*.

También los consortes pueden hacer en sus capitulaciones matrimoniales heredamientos a favor *de los hijos o descendientes que tengan o esperen tener*.

Al hacerse los heredamientos podrán establecerse toda clase de substituciones, reservas, pactos y condiciones que no sean contrarios al derecho, a la moral o a las buenas costumbres, y podrán los cónyuges hacer uso de las facultades que les concede el art. 215.

Art. 93. Los heredamientos *son actos entre vivos; pero producen los mismos efectos* que los actos de última voluntad para el cumplimiento de sus disposiciones y *cuando son universales equivalen a una institución de heredero*.

III. L'HERETAMENT COM A INSTITUCIÓ «CONTRACTUAL» D'HEREU.

RAMON M. ROCA SASTRE: «INSTITUCIONES DE DERECHO HIPOTECARIO».

II. 2ª ED. BARCELONA. 1946 PÀGS. 617 SS

L'explicació reapareix resumida a «La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales» a «Estudios de Derecho Privado». II. Madrid 1948 pp. 366 ss.

En Roca Sastre (1899-1979) proclama que l'heretament és una institució contractual d'hereu. Ho fa en la presentació general i en l'heretament a favor dels fills que es casen. És una contractualitat que es pressuposa, ja que en Roca no ho explicita, fundada en l'acceptació de la delació per l'heretat en vida de l'heretant i en unitat d'acte amb la institució d'hereu. Per tant, la «contractualitat», en sentit tècnic (com s'ha dit a II) és una expressió totalment incorrecta en aquest àmbit.

En realitat és la bilateralitat derivada de la seqüència dels dos negocis complementaris però autònoms de la que s'ha parlat més amunt. Aquesta bilateralitat, mal batejada com a contractualitat, només es compleix en l'heretament a favor del fill que es casa i recíprocament, en el mutual entre cònjuges.

No existeix en l'heretament als fills futurs. Com ho mostra el mateix Roca en equiparar-lo a la institució testamentària on el negoci d'institució, la delació i l'acceptació de la delació formen un procés que es produeix a la mort del testador. Si en l'heretament a fills futurs es pot parlar de contractualitat és per la formalització de la institució d'hereu en capítols matrimonials que li atorgarà naturalesa entre vius i irrevocabilitat.

La presentació de l'heretament com a institució contractual d'hereu és doncs asimètrica. L'heretament és sempre una institució d'hereu (llevat el prelatiu). Però només és contractual, en el sentit ja vist d'estructura bilateral, en l'heretament a favor de persona present, el fill que es casa, i el mutual entre cònjuges. Però no ho és quan l'heretat no és present, ja que només hi ha la institució d'hereu. Aquesta asimetria implica que la presentació general, com a institució contractual, només és correcta si la contractualitat és la derivada de les capitulacions matrimonials. Però és incorrecta per excessiva si es refereix a l'estructural com a institució amb delació i acceptació de l'heretat en vida de l'heretatant.

Aquest doble sentit o ambigüitat de la contractualitat: capitular i estructural, és molt important perquè passarà a la legislació i explicarà que les Disposicions Generals de la Comp. 1960/1984 i el CS.1991 diguin que l'heretament és alhora una institució d'hereu i contractual. Només quedarà al descobert en el Llibre Quart quan desapareix la contractualitat capitular.

Secundàriament (p. 626 n. 1) en Roca Sastre admet la promesa de *heredamiento* tot i que: *Actualmente no se usan estas promesas*. Pròpiament la promesa d'heretament-donació universal i la seva identitat amb ell és inadmissible en un sistema d'heretament-institució contractual d'hereu perquè la promesa comportaria l'obligació d'instituir hereu.

III.1. *La nova definició de l'heretament com a institució «contractual» d'hereu*

En contra de la definició de Fontanella de l'heretament com a «Donatio inter vivos quae fit in pactis nuptialibus...» en Roca Sastre, p. 617, diu que «es preferible definirlo en general como: La institución de heredero hecha en contrato por causa o derivación del matrimonio». I explica les dues afirmacions.

A) «EL HEREDAMIENTO ES UNA INSTITUCIÓN DE HEREDERO» p. 617 en contraposició a la donació

Consiste en un llamamiento a la sucesión de una persona; no es una donación... que constituye un acto de adquisición de bienes pero no de designación

de un sucesor... La causa jurídica de toda donación es el espíritu de liberalidad pero en la institución de heredero no puede hablarse de esto pues en ella no hay liberalidad. Esto supone un empobrecimiento actual del donante correlativo al enriquecimiento del donatario... En la disposición indirecta de bienes que la institución de heredero implica el causante se produce en consideración a su muerte y en vista de su seguridad de tener que dejar su patrimonio al ocurrir su fallecimiento; por esto no se empobrece por el llamamiento que hace de un sucesor, ya que en vida no disminuye su activo... Si en esto hay algo de liberalidad esta será in eligendo. Segons en Roca l'heretament no és una donació perquè no hi ha disposició en el sentit tècnic de privació voluntària de la titularitat d'un dret perquè s'extingeix per la mort. I no havent-hi disposició tampoc no hi ha liberalitat. «En el heredamiento no existe pues donación alguna sino pura y simplemente un acto de institución de heredero como la misma palabra indica, p. 618». A la p. 620 diu que: «Son consecuencias básicas del carácter sucesorio de los heredamientos los dos siguientes: a) El resultado jurídico del heredamiento es un llamamiento o institución de heredero. Mediante él se confiere al hereditario el título de sucesor del heredante de igual modo que si estuviese instituido en testamento». L'afirmació és inexacta. La crida no atribueix el títol d'hereu sinó l'«ius delationis» al títol. Perquè neixi el títol caldran l'acceptació de la delació per l'heretat a part de la mort de l'heretatant. b) El heredamiento produce la revocación del testamento anteriormente otorgado por el causante...

B) «EL HEREDAMIENTO ES UN CONTRATO»

Segons Roca Sastre p. 620. «Es un negocio jurídico bilateral en el cual se instituye un heredero. Es el llamado pacta (???) de instituyendo (???) o “afirmativa” (???). Su contenido es sucesorio pero se produce por vía convencional. En lugar de designarse heredero en testamento (acto unilateral o irrevocable) en el heredamiento se designa por contrato (acto bilateral e irrevocable)». Però amb la paradoxa de silenciar l'element que determinaria la «contractualitat» del negoci d'institució que és l'acceptació per l'heretat, en unitat d'acte, de l'«ius delationis» al títol d'hereu. El què pressuposa admetre que la institució d'hereu genera aquest efecte igualment en vida de l'heretatant, p. 621. Pel contrari en Roca desplaça l'acceptació, i la delació, a la seva mort. «Así por ejemplo, lo referente a la aceptación de la herencia pertenece al orden testamentario, pues dado el carácter unilateral del testamento no se produce en él vinculación alguna entre causante y heredero». Alhora, p. 621, reconeix que la contractualitat de l'heretament no és general sinó limitada a favor del fill que es casa «No obstante si bien esta doctrina es perfectamente aplicable a los heredamientos a favor del hijo que se casa, no lo es tanto respecto de los otorgados a favor de los hijos naceros pues en estos es más intenso el carácter sucesorio según se verá después en la p. 634».

A p. 622 diu: «Son consecuencias fundamentales del carácter contractual de los heredamientos: a) Su irrevocabilidad, como efecto característico de su

formulació contractual y que es cosa cuidadosamente preservada por la ley especialmente por la constitución *A foragitar fraus ...* b) *Transmisibilidad* de la condición de heredero a los sucesores del hereditario caso de premorir éste al *de cuius ...* Esta transmisibilidad no cabe en las sucesiones testamentarias ... precisamente porque antes de la muerte del testador no hay delación hereditaria ni siquiera heredero mientras que en los heredamientos por su carácter contractual no se da en rigor el juego de la delación, pues la condición de heredero es adquirida inmediatamente al contratar y sólo está suspendida (mora suspenditur ???) la adquisición de los bienes». Cal fer dues observacions. La primera és que sí que hi ha delació perquè sense ella no hi hauria l'acceptació de l'heretat, que crea l'estructura contractual/bilateral, ni existiria la *condición de heredero*. El que passa és que la delació no té visibilitat perquè s'extingeix immediatament per l'acceptació de l'heretat en unitat d'acte amb la institució d'hereu. La segona és que s'identifiquen la *condición de heredero* i el títol d'hereu de manera que el títol d'hereu ja existeix en vida del causant i que la seva mort només n'és el requisit d'eficàcia. Ho corregirà al Proj. Comp.1955. En ell quedarà clara l'autonomia de la qualitat d'hereu —una expectativa en vida de l'heretant— i que el títol d'hereu conserva la seva naturalesa per causa de mort, és a dir existeix per a la mort de l'heretant-causant. I també que *la condición de heredero* només escau al fill que es casa, no als fills futurs.

Hi una una tercera afirmació, p. 629. «Después de fallecido el causante, o sea, abierta, la sucesión el hereditario se subroga en la posición jurídica de aquel haciendo suyos los bienes relictos aunque fueren bienes adquiridos por el causante después del heredamiento. Se produce, por tanto, la successio con todos sus efectos... excepción hecha de aquellas particularidades que impone su origen contractual como las referentes a la aceptación, etc.». És una successió hereditària a la mort de l'heretant sense cap referència al títol d'hereu i a la prèvia acceptació de la delació per l'heretat.

III.2. *Les dues grans classes de l'heretament. Les respectives «contractualitats». Les delacions i llurs acceptacions*

En Roca Sastre admet la dualitat tradicional de classes i li afegeix, p. 640, els «Heredamientos mutuales: Puros, Condicionales».

—«HEREDAMIENTOS A FAVOR DE LOS HIJOS QUE SE CASAN» p. 626. En Roca els defineix com que «*son concertados con este* y otorgados a su favor por los padres». També a p. 633. «En el heredamiento a favor del hijo que se casa *éste contrata con el padre* siendo por tanto designado nominalmente como heredero». En els dos casos sense descriure quina és l'estructura de la concertació/contracte. S'ha de pressuposar doncs la delació i la seva acceptació per l'heretat en vida de l'heretant i unitat d'acte amb la institució.

—«HEREDAMIENTOS A FAVOR DE LOS HIJOS NACEDEROS» a p. 633. En Roca Sastre contraposa la personalització de l'heretament a favor de l'heretat que es casa a la impersonalitat de l'heretament a fills futurs «en cambio en los heredamientos a favor de la prole nacidera no cabe esto pues como sucede por ejemplo en el caso del heredamiento de institución en que es llamado a suceder el hijo que *al morir* los padres reúna tales o cuales circunstancias... éste no existe al establecerse el heredamiento...». Roca Sastre, p. 634, descriu l'anunciada intensitat del *carácter sucesorio*, de què havia parlat a p. 621, en aquests heretaments en els què «se produce el *verdadero juego de la delación testamentaria o intestada* y, por tanto, regirán las *reglas ordinarias de la aceptación sucesoria* pues el hijo que resulta ser heredero *no se ha vinculado en serlo, ya que no ha sido parte en el contrato* por ello se encuentra en la misma *posición que el heredero testamentario*». És a dir, en els heretaments a favor dels fills futurs no hi ha hagut cap relació jurídica entre heretant i heretat. Per això l'«ius delationis» de l'instituit neix en/per la mort de l'heretant i la seva acceptació serà discrecional. El mateix que en les successions testamentària i intestada. Per tant, la contractualitat d'aquest heretament s'ha de situar fora de la institució d'hereu i assignar-se a la seva formalització en capitulacions matrimonials. L'efecte de la contractualitat és la naturalesa jurídica entre vius amb la corresponent irrevocabilitat.

III.3. *La subsistència de la donació universal. La creació, dintre dels heretaments a favor dels fills que es casen, del «heredamiento complejo o impropio», De actuación simple. De actuación intermitente*

—L'«*heredamiento complejo o impropio*», igual que el «*mixto*», són creacions d'en Roca i modalitats a partir del bàsic. «a) *Heredamiento simple o propiamente dicho*. Es el tipo más general y común y consiste, como antes se indicó, en una institución de heredero hecha en contrato». Tots a p. 626.

—L'«*heredamiento complejo o impropio*» el descriu a p. 629 on el presenta com una juxtaposició de negocis essent el principal l'heretament. «b) *Heredamiento complejo o impropio*. Es el tipo menos frecuente y que generalmente predomina en las comarcas del norte de Cataluña ...Consiste en un heredamiento simple o propio que lleva anejo una donación universal de todos los bienes presentes y futuros del heredante». Pròpiament és la subsistència de la donació universal a la què pretén substituir l'heretament-institució. Amb la possibilitat de conflicte amb la nova institució d'hereu atès que la inclusió dels béns futurs la deixa sense objecte. En Roca a p. 630 reconeix aquesta subsistència, amb una al·lusió als Projectes d'Apèndix de 1930 i 1931: «Se construye como una donación universal de los bienes presentes y futuros que lleva implícito un llamamiento de heredero». Però que ell «*Creemos preferible construir este heredamiento como un acto complejo compuesto de un heredamiento simple que lleva adosada una donación universal*

de bienes presentes y futuros». També proposa la redacció de la clàusula que remarqui la dualitat de negocis «Por ello es recomendable redactar la cláusula correspondiente expresando que el padre hace *heredamiento y donación universal...* con lo cual se corrige la técnica notarial alguna vez defectuosa en este punto». És evident que amb aquestes propostes es torna a l'heretament —donació universal de béns presents i futurs equivalent a una institució d'hereu.

La distinció d'«*actuaciones*» es refereix a la fuerza de la donación universal p. 630. En la «*simple*» és només dels béns presents perquè en els futurs *produciéndose en el sentido de heredamiento puro*, per tant ja no com a donatari sinó com a hereu. En la «*intermitente*» la donació opera com un veritable règim de béns transmetent-los immediatament que l'heretant-donant els adquireix, amb cita de Juan Mon i Pascual: «El heredamiento universal y sus relaciones hipotecarias». RJC. 1917 p. 30 a la què s'han d'afegir les pp. 189, 308, 310, 458.

Finalment, p. 632, L'«*heredamiento mixto*» —Consiste en un heredamiento simple o *propio* si bien *modalizado* con una donación *singular* de bienes—.

La donació existeix però no assoleix l'entitat de juxtaposar-se a l'heretament quedant-se en modalització.

IV. EL PROJECTE DE COMPILACIÓ. 1955. LA SUBSTITUCIÓ DE LA DONACIÓ UNIVERSAL PER LA INSTITUCIÓ «CONTRACTUAL» D'HEREU. LA COMP. 1960 I EL CS 1991

El Projecte 1955, d'autoria evident d'en Roca Sastre en l'heretament, consuma l'equivalència que havien establert els Apèndixs 1930 i 1931 i converteix l'heretament-donació universal en l'heretament-institució contractual d'hereu.

L'heretament del Projecte 1955 serà traslladat (amb modificacions que no afecten al fons) a la Compilación de Derecho Civil Especial de Cataluña L.40/1960 de 21-VII, Compilació de Dret Civil de Catalunya L.13/1984, de 20-III i DLeg.1/1984, de 19-VII. A la que segueix el Codi de Successions per causa de mort de Catalunya L.40/1991, de 30-XII.

La seva innovació més vistent és la contractualitat. Per tant, ja no estén la bilateralitat estructural de la donació a la institució d'hereu sinó que la considera com a aplicable directament a aquest negoci.

Però el Projecte 1955, sota la influència d'en Roca Sastre, fa més. Designa la bilateralitat per seqüència de dos negocis, la institució d'hereu i la complementària acceptació de la delació, el negoci com a «contractualitat». Així es crea la falsa pista d'un consentiment o concurrència de voluntats en obligar-se (arts. 1254,1262 CC.esp.). En realitat subsisteix l'originari esquema de la seqüència de dos negocis autònoms: el lucratiu, de la donació o la institució d'hereu i l'acceptació de la delació als títols de donació o d'hereu.

El Proj. 1955 legalitza la presentació d'en Roca Sastre en les seves «Instituciones». Tant l'heretament com a institució contractual d'hereu com la sistemàtica: les disposicions generals i les tres classes: a favor del fill que es casa, dels fills futurs i els mutuels (art. 159 Los heredamientos mutuales entre los contrayentes constituyen una institución contractual recíproca de heredero....). La contractualitat es reforça amb la reciprocitat en el mutual però manca en l'heretament a favor dels fills futurs.

La nova contractualitat estructural s'afegeix a la derivada de la formalització en capítols matrimonials. De manera que la contractualitat de l'heretament-institució d'hereu tindrà els dos sentits i l'asimetria de què s'ha parlat al punt III.

LIBRO I. De las personas y de la familia TITULO V DE LOS HEREDAMIENTOS
CAPÍTULO PRIMERO. Disposiciones generales

Art. 106. Correspon als futurs art. 63,1 Comp.1960/1984 i art. 67,1 CS 1991. «El heredamiento o *institución contractual de heredero*, únicamente podrá otorgarse en escritura de capitulaciones matrimoniales». La «contractualitat» indica l'assignació al negoci d'institució d'hereu no sols de naturalesa «inter vivos» sinó d'una bilateralitat. D'acord amb el que s'ha dit més amunt, la contractualitat de l'heretament en general només pot ésser la derivada de la formalització en capitulacions matrimonials. Tal com resulta del propi art. 106. No es pot entendre en el sentit estructural perquè no val per a l'heretament a favor dels fills futurs.

Art. 107. Arts. 63,2 Comp. 67,2 CS. Los heredamientos se dividen *en tres grupos* según se otorguen: a favor de cualquiera de los contrayentes o de ambos: a favor de los contrayentes entre sí, con carácter contractual o recíproco, o a favor de los hijos o descendientes de estos.

En la locución los heredamientos a favor de los *contrayentes*, se comprenderá no sólo los heredamientos a favor de los que se propongan contraer matrimonio sino de los que lo hayan contraído, siempre que en consideración a su matrimonio se otorgue el heredamiento.

CAPÍTULO SEGUNDO. Heredamientos a favor de los contrayentes

És el veritable heretament —institució contractual d'hereu. La contractualitat, en realitat bilateralitat, de la institució d'hereu és la que es pot anomenar estructural amb la seqüència de negocis ja vista en unitat d'acte i en vida de l'heretant. A més hi ha la contractualitat derivada de la formalització en capítols matrimonials.

Art. 113. Arts. 67 Comp. i 71 CS. «El heredamiento a favor de un contrayente conferirá a este, con carácter *irrevocable*, la *calidad de heredero contractual del heredante...*» La frase designa un efecte: la qualitat d'hereu contractual. La nova naturalesa «inter vivos»/contractualitat de l'heretament-institució d'hereu, té un

doble efecte en vida de l'heretant. A part del formal de la irrevocabilitat, té l'efecte material de l'atribució d'una expectativa jurídicament garantida al títol d'hereu que es nomina com a «qualitat d'hereu contractual». Però la frase amaga, com ja feia en Roca Sastre a les «Instituciones...», la seva font negocial. Només pressuposa el negoci d'institució d'hereu de l'heretant. Però deixa en silenci la concurrència, en unitat d'acte, d'un segon negoci, aquest de l'heretat, que és l'acceptació de l'«ius delationis» al títol d'hereu, del què tampoc es parla. El negoci d'acceptació de l'heretat apareixerà, i indirectament, en una seu diferent: la mort de l'heretant i en relació al títol d'hereu (art. 120 que citaré al final d'aquesta llista d'articles).

«...y le transmite los bienes que el heredante le hubiere *donado de presente*». La frase presenta l'heretament com un possible negoci compost amb un negoci de donació universal immediata igualment acceptat. Que quantitativament pot ésser total, «*heredamiento complejo o cumulativo*» amb la subsistència de la donació universal però excoent-ne el conflicte amb la institució d'hereu (art. 131 «el donatario además de su cualidad de heredero contractual del heredante *adquirirá de presente todos los bienes de éste sin otra excepción que los de su uso personal o familiar. Estos bienes y los que en lo sucesivo obtenga el heredante los adquirirá el heredero en la forma prevista en los artículos 113 y siguientes. Para que estos bienes se adquieran a medida que los vaya logrando el heredante será necesario pacto especial y expreso ...*»). O pot ésser parcial, «*heredamiento mixto*» (art. 132 «es un heredamiento puro *con donación de presente de parte del patrimonio actual del heredante*»). No es preveu que la donació complementària sigui particular.

Art. 114,1. Arts. 68,1 Comp. i 72,1 CS. «La *palabra heredamiento, implica institución contractual de heredero con todos sus amplios efectos sucesorios, aunque se limite a los bienes presentes del heredante o a una cosa cierta y determinada*». La paraula heretament esdevé sacramental. En els arts. 68 Comp. i 72 CS «L'heretament no perd el seu caràcter baldament es limiti als béns ...» desapareix aquesta explicitació. Però s'hi manté la idea que la paraula «heretament» indica per si sola una institució d'hereu fins i tot en contra que el seu contingut expressi una donació de present i, a més particular. És la primera declaració, per la via de la interpretació legal, de substitució de la donació universal per la institució d'hereu.

Art. 114,2. Arts. 68,2 Comp. i 72,2 CS. «Las *donaciones universales otorgadas en capitulaciones a favor de los contrayentes producirán efectos de heredamiento, aunque no se use este término*». És la segona declaració, ara per la via de l'absorció, de la substitució de la donació universal per la institució d'hereu. És també una norma de Dret Transitori respecte de les donacions universals atorgades abans de la vigència de la Llei. I una norma de requalificació legal de les atorgades després. «*La donación será universal, cuando se consigne expresamente que comprende todos los bienes presentes y futuros del heredante, o simplemente los futuros o los que el heredante deje al morir. La simple exclusión de cosas concretas y determinadas o partes indivisas, no afectará a la universalidad*

de la donació». És la definició precisa de les donacions universals susceptibles de qualificar-se com a heretaments-institucions d'hereu. Només cal la dada de la futuritat dels béns, sense que se'ls designi com a relictos. Per tant, resten excloses de la qualificació d'heretament les donacions universals només de béns presents. Les donacions universals, sense altra precisió, tenen una segona menció a l'art. 551 Proj. 1955. «Las donaciones universales hechas fuera de capitulaciones matrimoniales serán nulas». Aquesta declaració de validesa excepcional passarà a l'art. 340,2 Comp. 1960.

Art. 114,3. Arts. 68,3 Comp. i 72,2 CS. «La donación en capitulaciones matrimoniales de cosa cierta o determinada o sólo de los bienes presentes del heredante sin emplear la palabra "heredamiento" u otra en equivalente, tendrá la consideración de donación singular». És una reiteració «a contrario sensu» de la sacramentalitat de la paraula «heretament».

Art. 123. Arts. 75 Comp. i 79 CS. «El heredamiento simple o de herencia confiere únicamente al heredero el derecho y cualidad de heredero contractual y, por tanto, el de suceder, al morir éste, en todo su derecho. El heredante, conservará hasta la muerte el dominio de sus bienes y, por tanto, su goce y disfrute, con facultad para disponer de ellos a título oneroso. A título lucrativo sólo podrá hacer regalos módicos y liberalidades de uso y legar lo que se ha reservado para testar. El heredero responderá al fallecimiento del heredante del pasivo hereditario, incluso con sus bienes propios, salvo beneficio de inventario». La «qualitat d'hereu contractual», derivada de la naturalesa «inter vivos» de l'heretament-institució d'hereu, no sols està garantida qualitativament sinó quantitativament.

Art. 130. Arts. 79 Comp. «Llevat de pacte exprés en contrari...» i 83 CS. El heredero, aunque premuera al heredante, transmitirá a sus hijos, en el modo y forma en que sean sus herederos, su derecho y cualidad de heredero contractual, sean o no del matrimonio en cuya consideración se hubiere otorgado el heredamiento.

Art. 131. Arts. 80,1 Comp. i 84,1 CS. «En el heredamiento complejo o acumulativo el donatario, (sic) además de su cualidad de heredero contractual del heredante, adquirirá de presente todos los bienes de éste, sin otra excepción que los de su uso personal y familiar presente. Estos bienes y los que en lo sucesivo obtenga el heredante los adquirirá el heredero en la forma prevista en los artículos 113 y siguientes. Tot i que desapareix la referència a la donació universal li valen les dels arts. 113 i 551,2. Para que estos bienes se adquieran a medida que los vaya logrando el heredante será necesario pacto especial y expreso». S'admet la donació-règim de béns.

Art. 120. «Fallecido el heredante, el contrayente a cuyo favor se hubiese otorgado el heredamiento no necesitará aceptar la herencia del mismo derivada». Amb la mort de l'heretant l'expectativa de la «qualitat d'hereu» es converteix automàticament en «títol d'hereu»; no sols sense necessitat sinó de possibilitat de cap acte ulterior de l'heretat. En canvi, la Llei esmenta el seu negoci d'acceptació. I,

a més, en una seu diferent a la negocial que és la que li pertocaria d'acord amb la naturalesa «inter vivos» i la «contractualitat» de l'heretament-institució d'hereu a favor del fill que es casa. Aquesta localització indeguda a la mort de l'heretant i la vinculació al títol d'hereu són influències de l'acceptació de la delació testamentària (i de l'abintestada).

Però ja tant sols l'esment legal de l'acceptació és erroni atès que, en el moment de la mort de l'heretant, l'heretat no pot acceptar l'herència —la delació al títol d'hereu— perquè ja l'havia acceptada en unitat d'acte amb la institució de l'heretant. L'«ius delationis» s'ha extingit anticipadament en vida de l'heretant, de manera que a la seva mort no hi ha res a acceptar. L'acceptació no és reiterable.

En els arts. 72,1 Comp, 76,1 CS i 431-28.1 subsisteix l'error del legislador en el manteniment de la localització, «Mort l'heretant», i s'agreuja amb el canvi de redacció «no pot repudiar l'herència». Un cop que l'«ius delationis» s'ha consumit amb l'acceptació de l'heretat en vida de l'heretant encara és més evident que «no pot repudiar l'herència» a la seva mort. L'acceptació no és revocable.

CAPÍTULO TERCERO. Heredamientos a favor de los hijos de los contrayentes

En vida de l'heretant només hi ha el seu negoci d'institució d'hereu que pot ser incomplet. No hi ha l'«ius delationis» i, per tant, tampoc l'acceptació de l'heretat que pertanyen a la mort de l'heretant. Hi manca doncs la contractualitat/bilateralitat estructural i només existeix la derivada de la formalització en capítols matrimonials.

Art. 143. No passará a la Comp. i al CS. «Los heredamientos que los contrayentes otorguen a favor *de sus hijos* pueden ser puros, preventivos y prelativos. Los efectos de estos heredamientos *serán únicamente los de regular, ya en forma de institución o de mera prelación*, ya de un modo definitivo o preventivo, la futura sucesión de los contrayentes».

Art. 144. «En los heredamientos hechos a favor de los hijos *la institución* sólo producirá efecto si *el instituido* sobrevive al heredante...» Els arts. 86 Comp. i 90 CS suprimiran les mencions a la institució.

Art. 147. Arts. 88,1 Comp. i 92,1 CS. En virtud de los heredamientos puros a favor de los hijos nacederos, quedará *definitivamente instituido heredero del heredante el hijo que al fallecer éste reúna la circunstancias ...o en su caso, el que elijan...*

Art. 149,1. «Los heredamientos preventivos implican *institución sucesoria de heredero para el caso de fallecer el heredante sin instituir heredero contractual o testamentario, ya por ...ya por...*» Els arts. 89,1 Comp. i 93,1 CS el corregiran ...institueix hereu ...per al cas de morir sense successor universal testamentari o contractual per qualsevol causa fins i tot per haver estat destruïda sense possibilitat de reconstrucció la disposició...

LIBRO IV. CAPÍTULO SÉPTIMO De la donación

Art. 551,2. «Las donaciones universales hechas fuera de capitulaciones matrimoniales serán nulas». Aquesta declaració de validesa excepcional escau a la donació de l'heretament *complejo o cumulativo*. Passarà a l'art. 340,2 Comp.1960 i subsistirà fins l'1-VII-2006 data de la vigència del Llibre Cinquè (L.5/2006,de 10-V). Uns dos anys abans de la derogació del CS.1991 pel Llibre Quart (L.10/2008, de 19-VII) al que completava.

V. EL SIGNIFICAT DE LA «CONTRACTUALITAT» EN RELACIÓ AL NEGOCI D'INSTITUCIÓ D'HEREU. LA SEVA CONVERSIÓ EN NEGOCI ENTRE VIUS AMB PRETENSÍO DE FERMESA

La contractualitat aplicada a l'heretament que endega en Roca Sastre passarà al Proj. Comp. 1955, Comp. 1960 i CS 1991 com un qualificatiu. Sigui del negoci d'institució d'hereu «institució contractual d'hereu» o del futur hereu «qualitat d'hereu contractual». Però també com a substantiu, «contracte», i adjectiu aplicats a la successió, «successió contractual», significat una tercera categoria successòria afegida a les regides pel testament i per la Llei. Art. 220,2 Proj. Comp. 1955. «La herencia se defiere por testamento, por contrato o por la ley. La sucesión intestada es incompatible con la testada universal y la contractual, y sólo podrá tener lugar en defecto de heredero instituido» i art. 97,1 Comp. 1960. L'herència es defereix per testament, per contracte o per Llei. La successió intestada solament podrà tenir lloc en defecte d'hereu instituït i és incompatible amb la testada i la contractual universals. Amb l'alternativa de l'heretament que substitueix en comptes de contracte a l'art. 3,1 CS 1991. La successió es defereix per heretament, per testament o pel que disposa la llei. La successió intestada només pot tenir lloc en defecte d'hereu instituït i és incompatible amb l'heretament i amb la successió testada universal. La successió testada universal només pot tenir lloc en defecte d'heretament.

V.1. *La finalitat de la contractualitat*

La contractualitat de la institució d'hereu té una doble finalitat. D'antuvi és una mostra de realisme jurídic que supera l'equivalència que havia proclamat els Projectes d'Apèndix 1930 i 1931. La contractualitat fa que l'heretament ja no equivalgui a una institució d'hereu sinó que ho sigui. Igual que la formalitzada en testament que en perd l'exclusiva.

Però això significa que la institució d'hereu, que és un negoci lucratiu i, per tant, unilateral esdevingui un negoci jurídic entre vius. I un negoci d'aquest tipus és revocable com ho demostra el que ho és per excel·lència, la donació mentre no

és acceptada (arts. 629,633,2 CC esp.). La contractualitat té, doncs, una segona finalitat que és la d'atribuir fermesa al negoci entre vius d'institució d'hereu. Però en aquesta segona tasca serà molt menys enèrgica perquè ja l'acompleix la formalització de l'heretament en capitulacions matrimonials. Per tant, en aquest punt la contractualitat deixa que actui l'estructura de negoci lucratiu de la institució d'hereu.

La qüestió de la fermesa autònoma tindrà rellevància quan, en el Llibre Quart, desaparegui la capitular.

V.2. *La contractualitat és una creació «ex lege»*

Malgrat el nom, la contractualitat no és un signe de voluntarietat o concessió a l'autonomia de la voluntat sinó que és una regulació «ex lege». És la Llei la que remarca que, en un àmbit de nul·litat bàsica, legítima heretament —institució d'hereu—, el regula detalladament i l'insereix en l'Ordenament català alhora que insisteix en l'excepcionalitat de la inserció i la regulació (art. 223 Proj. Comp. 1955). «Es nulo todo pacto o contrato sobre sucesión no abierta, sin otras excepciones que los pactos o contratos, que admitidos por esta Compilación o por la costumbre, se otorguen en Capitulaciones matrimoniales o en escritura pública de constitución de dote o que sean derivación o complemento de ellos, art. 97,2 Comp. 1960». Són nuls els pactes o els contactes sobre successió no oberta llevat els que siguin admesos expressament per aquesta Compilació i art. 7 CS 1991. Són nuls els pactes o els contractes sobre successió no oberta, llevat els que siguin admesos per la llei. És una presentació que repeteix l'art. 411-7 Pactes Successoris.

Aquesta presentació excepcional de l'autonomia de la voluntat en l'àmbit successori es contradiu amb la seva admissió com a tercera font regulatòria de la successió. I, a més, prioritària sobre les altres dues.

V.3. *La delimitació de la contractualitat. Es limita al negoci d'institució d'hereu. No abasta el seu efecte final que és el títol d'hereu*

El títol d'hereu segueix essent per causa de mort, és a dir existeix per i des del moment de la mort de l'atorgant del negoci. I la naturalesa successòria universal, abasta tots els béns relictos a la mort del causant i els atribueix a l'hereu com una universalitat. Que el títol d'hereu roman fora de la contractualització serà una constant del Dret civil català que reserva l'existència del títol a la Llei.

Tant si l'heretat concorre a l'atorgament de la institució d'hereu en unitat d'acte, vgr. el fill que es casa o el cònjuge. Llavors serà hereu automàticament, independentment que s'expressi com a superfluïtat de l'acceptació art. 120 Proj. 1955. «Fallecido el heredante, el contrayente a cuyo favor se hubiese otorgado el

heredamiento no necesitará aceptar la herencia del mismo derivada o de imposibilidad de la repudiación», arts. 72,1 Comp i 76,1 CS Mort l'heretant el contraent a favor del qual s'hagi atorgat l'heretament serà hereu sense poder repudiar l'herència/és hereu i no pot repudiar l'herència i art. 431-28.1. Un cop mort l'heretant l'hereu instituït en heretament no pot repudiar l'herència.

Com si l'heretat no hi concorre, vgr. un dels fills futurs, on l'heretat «queda instituït», és a dir, adquireix l'«ius delationis» al títol d'hereu a la mort de l'heretant, amb la facultat d'acceptar-lo o repudiar-lo art. 143 Proj. Comp. 1955 «En virtud de los heredamientos puros a favor de los hijos nacederos, quedará definitivamente instituido heredero del heredante el hijo que al fallecer éste reúna las circunstancias determinadas en heredamiento o, en su caso, el que elijan las personas idóneas designadas al efecto...» i arts. 88,1 Comp. 1960 i 92,1 CS 1991 quedarà/queda instituït hereu el fill que visqui/viu en morir l'heretant i que aquest hagi designat ...quedarà/queda instituït el fill que elegeixin ...quedarà/queda instituït que reuneixi les circumstàncies.

No es pot parlar doncs d'un pacte referent directament al títol d'hereu vgr. que «X serà hereu».

V.4. *La contractualitat de la institució d'hereu designa una estructura. La finalitat d'atribuir al negoci d'institució d'hereu una fermesa pròpia independent de la derivada de la formalització en capítols matrimonials*

La contractualitat de l'heretament l'expressa Roca Sastre (p. 620). «Su *contenido es sucesorio pero se produce por vía convencional*. En lugar de designarse heredero en testamento (acto unilateral o irrevocable) en el heredamiento *se designa por contrato (acto bilateral e irrevocable)*». El contracte no és doncs la font de la institució d'hereu, un negoci bilateral entre vius que té per objecte un negoci unilateral per causa de mort. El contracte al·ludeix a la seva formalització o estructura interna. La institució d'hereu ja no seria un negoci unilateral sinó bilateral amb concurrència d'una altra persona. És una concurrència en principi supèrflua atès que la institució d'hereu és un negoci de disposició i, per tant, unilateral.

L'explicació d'aquesta concurrència és la voluntat del legislador d'atribuir a la institució d'hereu una nota que no té en el testament, que és la fermesa o irrevocabilitat. És una nota que es manleva de la donació universal considerada com a contracte, per tant el negoci de donació seguit del negoci d'acceptació: del donatari o del notari que autoritza la donació. La contractualitat és la manera d'explicar la transferència de la fermesa o irrevocabilitat de la donació (universal) al negoci d'institució d'hereu.

La contractualitat, a més, atribueix a la fermesa de la institució d'hereu un fonament propi aparentment «ex voluntate». Diferenciat de la irrevocabilitat «ex lege» derivada de la seva formalització en capítols matrimonials.

Tanmateix l'atribució de la fermesa a la institució d'hereu no pot ésser directa. Sinó que cal complir dos requisits.

V.4.1. *L'atribució a la institució d'hereu de la naturalesa jurídica entre vius*

El primer requisit és salvar l'obstacle de la seva naturalesa per causa de mort. La institució d'hereu testamentària en vida del testador és una mera declaració de voluntat que assoleix valor de negoci jurídic o de «lex privata», per la mort i des de la mort del testador. Per això la revocació de la institució d'hereu no és l'eliminació del seu valor negocial sinó la privació anticipada de que pugui assolir-lo. Seria doncs contradictori atorgar fermesa o irevocabilitat a una declaració de voluntat no negocial.

Per això és indispensable avançar el valor negocial de la institució d'hereu en vida del causant. És a dir, atribuir-li la naturalesa de negoci jurídic entre vius. És una decisió directament legal inspirada en el model de la donació universal que és un negoci entre vius.

Però la naturalesa entre vius d'un negoci és insuficient per a la fermesa del negoci com ho demostra el negoci de donació (art. 629 Cc.).

V.4.2. *L'adaptació del contracte a la seva qualitat de negoci lucratiu limitat a la successió. La bilateralitat. La importància de l'acceptació de l'«ius delationis» precisament en unitat d'acte*

L'heretament-institució d'hereu és un negoci de creació del títol d'hereu a favor d'un altre. Per tant, pertany al gènere dels lucratius, com la donació, però amb un objecte limitat als béns relictos, els anomenats «futurs» en la donació universal.

És doncs un negoci de disposició i per això, d'estructura unilateral. Entenent disposició no en el sentit de sacrifici patrimonial perquè la privació de titularitat resulta de la mort, no de la voluntat; sinó en el sentit de destinació dels béns relictos a un nou titular. El seu efecte propi «ex voluntate» és la creació d'un «ius delationis» al títol d'hereu.

Per tant, és un negoci que, igual que la donació, engega un específic procés adquisitiu que es consuma amb el complement del negoci, també unilateral d'acceptació de l'«ius delationis» per part de l'heretat. La seqüència de negocis crea una bilateralitat no del negoci sinó del procés atributiu-adquisitiu. La contractualització no innova en aquesta bilateralitat sinó que l'assumeix. Fins al punt que l'heretament a favor del fill que es casa i en el mutual entre cònjuges el conjunt dels negocis d'institució d'hereu-«ius delationis» i la seva acceptació per l'heretat en vida de l'heretat i en unitat d'acte es considera com un signe de contracte.

Serà un «contracte» en sentit impropí, no un concurs de voluntats en un sol negoci (arts. 1254, 1262 Cc.) sinó una seqüència de dos negocis, el segon complementari del primer reforçada per la unitat d'acte. La unitat d'acte és una

dada rellevant per a la contractualitat perquè determina la fermesa immediata de la institució d'hereu. Certament seria possible una acceptació diferida de l'acceptació de l'heretat segons el model de la donació. Però el negoci entre vius lucratiu d'institució d'hereu no seria ferm per si mateix (art. 633,2 Cc. esp.).

V.4.3. *La limitació del negoci als béns relictos*

La institució d'hereu, d'acord amb la naturalesa successòria del títol d'hereu restringeix el seu objecte als béns relictos de l'heretant, tot i que es reproduïx el model de la donació universal presentant-los com a «futurs».

Tanmateix en Roca Sastre voldrà reproduir en el nou heretament-institució d'hereu l'antiga donació universal dels béns « presents », exclosos del títol d'hereu. S'empescarà la solució de l'heretament « complex » o « conjunt » com una juxtaposició dels dos negocis universals. La donació dels béns presents i la institució d'hereus dels béns relictos, anteriorment anomenats « futurs ».

V.5. *La fermesa contractual del negoci d'institució d'hereu i l'adquisició del títol d'hereu per l'heretat. La diferència de l'heretament segons l'heretat concorri o no a l'atorgament del negoci d'institució d'hereu*

Restarà, però, un últim obstacle. Aquest esquema de contractualitat-seqüència de dos negocis és aplicable només a l'heretament a favor de l'heretat concurrent a l'atorgament de la institució d'hereu en unitat d'acte. És dir l'heretament a favor del fill que es casa o el mutual entre cònjuges. En termes del Llibre Quart l'heretament a favor d'atorgant. Però no és aplicable a l'heretament a favor de no concurrents, l'heretament vgr. a favor de fills futurs o en termes del Llibre Quart a favor de « terceres persones no atorgants » (art. 431-3).

Aquesta restricció de la contractualitat a l'heretament amb concurrència de l'heretat la demostra l'adquisició del títol d'hereu per l'heretat. Com s'ha dit, el títol d'hereu no està afectat pel canvi de naturalesa de la institució d'hereu i manté la seva naturalesa per causa de mort. En el moment i pel fet de la mort de l'heretant la seva adquisició per l'heretat que ha acceptat la delació en vida de l'heretant serà automàtica, és a dir « ipso iure » i sense cap acte per part seva: l'acceptació serà supèrflua i la repudiació impossible. En les dues versions, el motiu és el mateix. L'« ius delationis » ja s'ha extingit en vida de l'heretant per l'acceptació de l'heretat en unitat d'acte amb la institució. Serà precisament aquesta seguretat del títol d'hereu que atribuirà a l'heretat la « qualitat d'hereu contractual » transmissible als seus propis hereus. Per la seva banda, l'heretant tindrà limitat el poder de disposició per actes entre vius als negocis onerosos.

En canvi i « a sensu contrario » en l'heretament a favor de no concurrent/tercer no atorgant no hi ha adquisició automàtica del títol d'hereu a la mort de l'heretant. Precisament serà en aquest moment que neixerà l'« ius delationis » al títol d'hereu.

V.6. *L'heretament a favor d'heretat no concurrents al seu atorgament. La manca d'«ius delationis» en vida de l'heretant. La manca de fermesa contractual de la institució*

Són les dues grans diferències amb l'heretament a favor de l'heretat concurrent.

V.6.1. *La manca d'«ius delationis» en vida de l'heretant. Depèn de la seva voluntat*

En principi sembla que la institució d'hereu amb valor negocial hauria de generar immediatament l'«ius delationis» o sigui en vida de l'heretant. Igual que la genera la donació en vida del donant i amb caràcter vitalici, només que revocable (art. 633,2 Cc.esp.).

Per tant, la manca d'«ius delationis» de l'heretament a favor de no concurrent ha de tenir una explicació diferent de la seva no concurrència, inclosa la futuritat del naixement dels fills. L'explicació rau en la voluntat de l'heretant. No vol que el seu negoci d'institució tingui l'eficàcia immediata de la delació sinó que la vol com un efecte diferit a la seva mort. És doncs una voluntat negocial inicialment «feble». Aquesta manca de voluntat immediata resulta clarament del llenguatge legal que situa la institució-efecte a la seva mort i que presenta l'hereu «instituit» com un membre del col·lectiu de fills que s'individualitza en aquest moment art. 143 Proj. Comp. 1955. «En virtud de los heredamientos puros a favor de los hijos nacederos, quedarà definitivamente instituido heredero del heredante el hijo que al fallecer éste reúna las circunstancias determinadas en heredamiento o, en su caso, el que elijan las personas idóneas designadas al efecto...» Aquesta construcció passarà als arts. 88,1 Comp.1960 i 92,1 CS 1991 (amb canvi de l'ordre) quedarà/queda instituit hereu el fill que visqui/viu en morir l'heretant i que aquest hagi designat ...quedarà/queda instituit el fill que elegeixin ...quedarà/queda instituit que reuneixi les circumstàncies.

Però, un cop eliminat el context dels fills futurs, no pot subsistir a l'art. 431-28.1.

V.6.2. *La manca de fermesa «contractual» de la institució a favor d'heretat no concurrent*

En el Dret anterior, tot i la manca d'«ius delationis» i de la seva acceptació en vida de l'heretant, la institució d'hereu a favor d'heretat no concurrent té un signe de naturalesa de negoci entre vius. Era la limitació del poder de disposició de l'heretant sobre els seus béns als negocis onerosos per remissió a l'heretament a favor de l'heretat concurrent art. 148,2 Proj. Comp. 1955. «En los heredamientos puros, el heredante tendrá las facultades propias de un heredamiento simple y arts. 88,2 Comp. 1960 i 92,2 CS 1961». Indica que la institució d'hereu en vida

del causant crea una expectativa ferma a la delació a favor dels fills. Expectativa que es personalitzarà a la seva mort segons els criteris de designació, elecció o compliment de les circumstàncies. Essent una expectativa només a la delació no es pot parlar de la «qualitat d'hereu contractual».

Tanmateix la fermesa d'aquesta institució d'hereu freturava del fonament contractual. Només hi havia el fonament derivat de la fermesa de les capitulacions matrimonials.

VI. EPÍLEG. NOTES SOBRE EL «PACTE» SUCCESSORI D'INSTITUCIÓ D'HEREU EN L'HERETAMENT DEL LLIBRE QUART

El Llibre Quart CCCat. 2008 utilitza «la successió contractual» (Tít. III) però generalitza el «pacte» en la sistemàtica (Tít. III Cap. I) i l'articulat (arts. 431-2.-3,-12,-29.1...). El Preàmbul IV parla de «contractants» i de «convenir pactes». La «contractualitat» de l'hereu apareix a l'art. 431-24.2. El gran canvi és la seva exclusivitat un cop suprimida la formalització en capítols matrimonials, tot i que s'admet (art. 431-12.4).

El «pacte» amaga completament l'estructura unilateral de la institució d'hereu derivada de la seva naturalesa lucrativa. I amb ella els conceptes de l'«ius delationis» i del negoci d'acceptació de l'heretat.

VI.1. *En l'heretament a favor de l'atorgant*

En ell el pacte és el continuisme amb els capítols matrimonials del que pre-tén alliberar-se. L'aportació del pacte, com la dels capítols, és la unitat d'acte com a mitjà d'assolir la irrevocabilitat immediata de la institució.

La imposició de la unitat d'acte és una important restricció a la llibertat de configuració de l'heretament que deriva de la seva naturalesa lucrativa. L'analogia de lucrativitat amb la donació du a la possibilitat de separar en el temps la delació de l'acceptació i a la subsistència vitalícia de la delació hereditària (ex art. 531-7). També a la possibilitat de revocar mentre no hi hagi acceptació (ex art. 531-8.1). La unitat d'acte seria només el mitjà, voluntari, d'assolir la fermesa immediata de la institució.

VI.2. *En l'heretament a favor de tercer no atorgant*

El Llibre Quart relega aquesta modalitat a la residualitat en els escadussers arts. 413-1.2,-3,-25.3 «la persona instituïda si és atorgant del pacte successori», per tant, pot no ésser-ho i -28.1 «llevat que es tracti d'una persona no atorgant del pacte». A part de l'enganyosa nominació d'«Heretament preventiu» (art. 431-21)

a un heretament revocable per testament. Un sentit de prevenció que no té res a veure amb l'autèntic heretament preventiu dels arts. 89 Comp. 1960 i 93 CS 1991 on la prevenció ho és de la mort del causant sense hereu voluntari.

En l'heretament a favor del «tercer no atorgant» el pacte fretura de consistència. No es diu quina és la intervenció de l'«atorgant» no afavorit (de l'art. 431-2). Atès que es troba amb una institució d'hereu que és un acte unilateral de l'heretant en què no se'l crida, no pot ésser una acceptació de la delació. Una aprovació o una presa de coneixement de l'heretament són actes superflus i no adients per «obligar» l'heretant, en realitat per fer irrevocable el seu heretament. Per assolir-la caldria resuscitar una acceptació anàloga a l'antiga notarial. Deixant a part la possible manca d'interès d'aquest «atorgant» no afavorit en la crida del tercer. Una manca que el converteix en home de palla o «Vertrauensmann» de l'heretant (Theodor Kipp: «Das Erbrecht». Marburg 1913 §30.V n. 7).

En l'heretament a favor del «tercer no atorgant» hi ha una altra qüestió derivada de les velles capitulacions matrionials. La de l'art. 431-28.1 que estableix que a la mort de l'heretant, l'heretat no esdevé automàticament hereu. És a dir que adquireix l'«ius delationis» amb la facultat d'acceptar-lo o repudiar-lo. Com s'ha vist aquesta regulació legal es corresponia amb la voluntat «feble» de l'heretant que volia que la institució d'hereu entre els seus fills fos eficaç a la seva mort. Però, un cop eliminat el context dels fills futurs, no pot subsistir a l'art. 431-28.1.

El Llibre Quart ha d'admetre doncs que la voluntat de l'heretant pugui configurar-se com a immediatament eficaç a favor del «tercer no atorgant». És més, desaparegut el context filial s'ha de partir d'aquesta voluntat immediata. El què significa que aquest heretament generarà immediatament, en vida de l'heretant, l'«ius delationis» a favor del tercer amb la facultat d'acceptar-lo i adquirint la qualitat d'hereu contractual.

Actes especials

SESSIÓ OBERTA. LA IMPOSICIÓ PATRIMONIAL:
PRESENT I FUTUR
21 de febrer de 2023

PRESENTACIÓ DE LA SESSIÓ OBERTA

per
FRANCESC TUSQUETS I TRIAS DE BES
President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Bona tarda a tothom,
Benvinguts a la sessió oberta de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

Anomenem sessió oberta, aquella en la que un jurista de reconegut prestigi resident fora de Catalunya, presenta una ponència sobre una qüestió d'actualitat i interès jurídic.

Assisteixen a les sessions obertes, personalment convidats, un reduït i escollit nombre de juristes, residents a Catalunya, que puguin estar interessats per raó de la matèria objecte de la ponència, a més naturalment dels acadèmics.

La nostra Acadèmia celebra sessions obertes des de l'any 2011. Fou una iniciativa de l'enyorat professor Juan Córdoba Roda, quan era vicepresident de l'Acadèmia.

Des de llavors, s'han celebrat sessions obertes sobre qüestions molt diverses, de dret penal, arbitratge, mercats financers, dret mercantil, dret administratiu, dret internacional privat, dret eclesiàstic, i dret civil patrimonial, entre d'altres.

Però mai havíem tractat, en sessions obertes, qüestions de dret tributari.

És evident que avui dia hi ha un intens debat social i jurídic sobre determinats impostos, i en particular sobre l'impost de patrimoni, l'impost de successions i donacions, i el nou i controvertit «*Impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas*».

Debat en el que s'han posat de manifest les grans diferències entre les diferents Comunitats Autònomes.

Debat en què sovint intervenen persones alienes, no només al dret tributari, sinó fins i tot gent sense formació jurídica.

I l'Acadèmia vol participar en aquest debat. I ho vol fer en la forma acostumada: intercanviant opinions després d'escoltar una veu autoritzada.

La nostra corporació s'interessa i està per descomptat ben oberta a reflexionar sobre les qüestions jurídiques que preocupen, no només al món del dret, sinó també a la societat.

La problemàtica de la imposició patrimonial és evidentment una qüestió d'actualitat i d'interès jurídic.

Nosaltres no tenim cap dubte respecte de la importància intrínseca del dret tributari, al que són d'aplicació els tres principis d'Ulpià: *Honeste vivere, suum cuique tribuere i alterum non laedere*.

Tot i que, cal reconèixer que durant molt de temps la importància del dret tributari potser no fou reconeguda.

Al conegut llibre que molts de nosaltres vàrem llegir el seu dia, *Introducción al Derecho*, d'un prestigiós jurista, al capítol «*Ramas del Derecho*», el dret tributari no hi figura.

Les coses, afortunadament, han canviat.

I avui, qualsevol publicació jurídica generalista, com la nostra estimada *Revista Jurídica de Catalunya*, dedica especial atenció al dret fiscal.

A tall d'exemple, al darrer número (gener/febrer 2023) de la revista *El Notario del siglo XXI*, hi ha quatre articles sobre el «*Impuesto temporal de solidaridad de las grandes fortunas*». Tres intitulats amb la denominació de l'impost i un quart amb el títol «*La certeza de las normas tributarias*».

I per participar en el debat, tenim el privilegi de comptar amb la presència de la professora María Teresa Soler Roch, catedràtica emèrita de Dret Financer i Tributari de la Universitat d'Alacant, que tractarà precisament sobre «*La imposició patrimonial: present i futur*».

Vull agrair públicament a la Dra. Soler Roch que hagi acceptat ser la protagonista de la sessió oberta de l'Acadèmia que avui celebrem.

La seva intervenció ens ajudarà a formar-nos un judici més exacte sobre una qüestió tan rellevant com la que avui tractarem.

També vull agrair al company acadèmic, i membre de la Junta de l'Acadèmia, professor Tomàs Font i Llovet, catedràtic de dret administratiu, la seva col·laboració en la coordinació d'aquesta sessió.

El Dr. Font presentarà a la ponent i moderarà després el debat, en el que demano i encoratjo la participació dels assistents, entre els que hi ha advocats, assessors fiscals, professors universitaris, magistrats, notaris i registradors; tots ells de reconegut prestigi.

Gràcies també a tots els assistents per acompanyar-nos en aquesta sessió acadèmica.

Té la paraula el Dr. Tomàs Font.

PRESENTACIÓ DE LA PROFESSORA MARÍA TERESA SOLER ROCH

per

TOMÀS FONT I LLOVET

Vicesecretari de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

La professora María Teresa Soler Roch és nascuda a València, on es va llicenciar i es va doctorar en Dret a la seva Universitat l'any 1977. Ha estat catedràtica de Dret Financer i Tributari de la Universitat d'Alacant des de 1986 fins a la seua jubilació. Actualment, és catedràtica emèrita de l'esmentada universitat i col·laboradora honorífica de la Universitat Miguel Hernández d'Elx.

La seva obra científica és molt extensa: ha escrit una desena de llibres i un centenar d'articles científics i col·laboracions en obres col·lectives. Ha estat professora visitant a les Universitats de Paris II i de Florida. Pertany als consells de redacció de les principals revistes de la disciplina.

L'any 2021 va rebre un bonic i significatiu homenatge de companys deixebles i amics, amb el llibre «Estudios de Derecho Financiero y Tributario. Reflexiones sobre la obra de la profesora María Teresa Soler Roch», on els autors dialoguen amb els treballs més significatius de la nostra convidada.

La presència de la professora Soler en aquesta Acadèmia és especialment significativa. Ha estat deixeblla de Fernando Vicente-Arche Domingo, al seu torn un dels deixebles directes de Fernando Sainz de Bujanda, el pare fundador del dret financer i tributari espanyol com a disciplina científica autònoma dins del camp del dret públic. A partir de Vicente-Arche es pot parlar d'una «escola valenciana» del dret tributari... Igual que es pot parlar d'una significativa escola granadina, on des del primer moment Maite Soler ha ocupat un lloc preeminent, junt amb Juan José Bayona i, després Juan Martín Queralt, i tants d'altres.

A les seves qualitats personals, s'afegeix en aquell moment la circumstància del pla d'estudis experimental de la Universitat de València, on el dret financer i tributari va merèixer una especial atenció, i tot plegat va facilitar la consolidació d'un departament de dret financer i tributari molt potent.

Per cert, anys després els professors Bayona i Maite Soler aportarien el seu gra de sorra a la programació docent del dret tributari en els moments fundacionals de la Universitat Pompeu Fabra.

En tot cas, la veritat és que ja sigui de manera més o menys directa o indirecta, la matriu valenciana està molt present en el dret financer i tributari espanyol i català, en aquest cas també a través del nostre company acadèmic professor Ferrero, que fou catedràtic de València abans de ser-ho de Barcelona.

Avui la professora Soler compta amb un nodrit estol de deixebles, molts d'ells catedràtics, que donen continuïtat a una tasca científica i universitària exemplar.

És una tributarista reconeguda, respectada i admirada. Per això, l'Acadèmia s'honora pel fet que la professora Soler hagi volgut acceptar la nostra invitació.

Perquè la professora Soler ha estat també una tributarista *pionera*, pionera en diversos sentits i en diversos àmbits:

Fou la primera dona catedràtica a la seva Universitat d'Alacant i, més significatiu, fou la primera dona Catedràtica de Dret financer en tota Espanya, l'any 1986. Es pot dir que a partir d'ella, el dret financer i tributari és una de les disciplines que més ràpidament es van feminitzar en la universitat espanyola (potser junt amb el Dret internacional), i la millor prova la tenim en aquesta mateixa sala on ens acompanyen vàries il·lustres catedràtiques de dret financer i tributari —i també no menys il·lustres catedràtics de la matèria.

Però la professora Soler és pionera també i sobretot per l'objecte de les seves investigacions, on ha destacat per la seva mirada oberta i avançada, atenta a les més importants innovacions en el seu camp.

Un d'ells, els *drets fonamentals* en el camp del dret tributari, arran de la gran novetat que significà al seu moment la disciplina constitucional dels drets fonamentals, i que avui ja transcendeix a l'àmbit europeu, on el TDH del Consell d'Europa té un paper determinant que la professora Soler ha posat de relleu.

I sobretot, la professora Soler ha estat pionera en el camp del *dret tributari internacional i de la Unió Europea*, i en dret comparat, dins del qual és un referent pròpiament a nivell internacional. De fet, entre altres organismes, és membre fundadora de l'*European Association of Tax Law Professors* i la primera dona membre del comitè científic de la *International Fiscal Association* des de que va ser creada l'any 1938.

En resum, tota l'obra de Soler es mou en la preocupació pels valors de justícia, equitat i eficiència en l'ordenació dels tributs, i de responsabilitat fiscal.

La Dra. Maria Teresa Soler ha manifestat també una clara vocació de servei públic i un profund sentit institucional, en acceptar importants responsabilitats públiques: fou Presidenta del Consell per a la Defensa del Contribuent entre els anys 2008 i 2012, i ha format part de diversos comitès d'experts per a reformes fiscals: tant de la Generalitat valenciana, sobre reforma tributària, tributs cedits, etc., com del Govern espanyol, en diverses ocasions: reforma de la LGT, de l'im-

post de societats, LGT i Dret europeu, etc., i el més recent: el comitè de persones expertes pel *Llibre blanc sobre la reforma tributària* dels anys 2021 i 2022.

En relació al nostre tema d'avui, diu el mateix llibre blanc, «La puesta en práctica de dichas competencias [de les CCAA], fundamentalmente en relación con el IP y el ISD, ha implicado una evolución que reclama una reflexión sobre la necesidad de encontrar un marco óptimo de equilibrio entre la corresponsabilidad fiscal (como expresión de la autonomía financiera de las CCAA) y la exigencia de garantizar la aplicación de la imposición sobre la titularidad del patrimonio y su transmisión con criterios de eficiencia y equidad, de acuerdo con el artículo 31.1 de la Constitución.»

Al fil del debat d'aquests darrers temps, sobre la reforma, o fins i tot la supressió de la imposició patrimonial, que és el que ens ha convocat avui a l'Acadèmia, només diré que la professora Soler ja ha intervingut per recordar-nos la coneguda admonició del Tribunal Constitucional: «Buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentra».

Però no he d'avançar més en aquesta presentació perquè el que volem és escoltar la professora Maite Soler Roch.

Posteriorment, hi haurà un torn obert d'intervencions, perquè tal i com senyalen els Estatuts de l'Acadèmia, entre les seves finalitats figura no només l'estudi de temes jurídics teòrics i pràctics, sinó també, la discussió i el debat.

Un com més, moltes gràcies, Dra. Soler, per ser avui a l'Acadèmia. Té la paraula.

LA IMPOSICIÓN PATRIMONIAL: PRESENTE Y FUTURO¹

por

M^a TERESA SOLER ROCH

Catedrática emérita de Derecho Financiero y Tributario

La imposición patrimonial es un término amplio bajo el que se pueden englobar distintos tipos de impuestos, de naturaleza contributiva y también incluso, de naturaleza reparadora en el ámbito de la imposición medioambiental. En este caso, por razones no sólo de tiempo, sino también de contenido y coherencia argumental, centraré mi intervención en unas reflexiones relativas a la imposición sobre la riqueza, entendido este concepto en su referencia a los *impuestos personales sobre el patrimonio*; en concreto, las dos figuras controvertidas y en el centro del debate que se viene manteniendo estos últimos años: el Impuesto sobre el Patrimonio (IP) y el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD).

Dos son los pilares fundamentales sobre los que se asientan estos impuestos: la *justicia tributaria*, fundamento esencial del sistema y la estructura del *poder tributario*, expresión de la soberanía del Estado.

La *justicia tributaria* es, en nuestro Derecho, un mandato constitucional al que debe adecuarse el deber de contribuir y lógicamente, la articulación de dicho deber mediante un sistema tributario que, en expresión de aquel mandato, debe ser «justo». Es obligada la referencia al artículo 31 de la Constitución Española (CE), clave de bóveda de este sistema, que establece el deber de contribuir y los principios de justicia, en su apartado 1: «*Todos contribuirán al sostenimiento de los gastos públicos de acuerdo con su capacidad económica mediante un sistema tributario justo inspirado en los principios de igualdad y progresividad que en ningún caso tendrá alcance confiscatorio*». Se formula así un concepto de justicia tributaria basado en tres principios: capacidad económica, igualdad y progresividad, pero también en un principio de generalidad (implícito en la expresión «*todos*»).

¹ M.T. SOLER ROCH. Catedrática emérita de Derecho Financiero y Tributario. Universitat d'Alacant. Conferència. Sessió Oberta de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Barcelona, 21 de febrer de 2023.

En su apartado 2, el artículo 31 ordena que: *«El gasto público realizará una asignación equitativa de los recursos públicos y su programación y ejecución responderán a los criterios de eficiencia y economía»*. Es importante tener muy presente la conexión entre los dos apartados del artículo 31 de la CE y en concreto, entre el principio de justicia con arreglo al cual se ordena el deber de contribuir (la capacidad económica) y el principio de justicia al que se vincula el gasto (la asignación equitativa de los recursos públicos). En esta línea, se advierte de manera gráfica en el Libro Blanco para la Reforma Tributaria (LB)² que: *«el gasto es el objetivo y el impuesto el instrumento, por lo que la detracción de riqueza de los ciudadanos, en aras a la contribución al sostenimiento de los gastos públicos, se legitima por la justicia en el empleo de dicha contribución por parte de los poderes públicos, siendo esta congruencia expresión de una conexión lógica entre los mandatos contenidos en el artículo 31 CE»*.

La *capacidad económica* como principio nuclear y concepto central que debe vertebrar el sistema tributario acorde con la idea de justicia, no ha perdido vigencia. Además, como ha reconocido nuestra jurisprudencia constitucional, contribuir de acuerdo con la capacidad económica, es *«una exigencia lógica que exige buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentra»* (Sentencia TC 27/1981). Pero este principio debe interpretarse teniendo en cuenta la citada congruencia del artículo 31 de la CE en su conjunto. Como asimismo advierte el LB a este respecto: *«la capacidad económica no es el por qué, sino el en qué medida es exigible el deber de contribuir de los ciudadanos. Contribuir en función de la riqueza no es un fin en sí mismo, sino un medio que sólo se justifica si el destino de una parte de la riqueza detraída coactivamente, se asigna a la financiación de necesidades públicas determinadas con criterios de justicia»*. Una exigencia de asignación equitativa, a la que deben responder las políticas de gasto.

En relación con los impuestos que gravan la riqueza de las personas físicas, su fundamento jurídico reside en este principio. En el caso del IP, en la medida en que se considere el patrimonio como índice autónomo de capacidad económica (aunque complementario en relación con la renta). En el ISD, de acuerdo con la propia definición del hecho imponible de este impuesto en nuestra legislación, las adquisiciones a título gratuito tienen la consideración de ganancias patrimoniales, por lo que es la renta el índice de capacidad económica en este caso.

El artículo 31.1 CE se refiere expresamente a los principios de *igualdad y progresividad* como emblemas, por así decirlo, de un *«sistema tributario justo»*. Estos dos principios tienen una especial incidencia en la regulación de la imposición sobre la riqueza. En cuanto al primero, el mandato constitucional exige tener en cuenta las dos vertientes (equidad horizontal y vertical) de este principio.

² Comité de personas expertas «Libro Blanco para la Reforma Tributaria», Instituto de Estudios Fiscales, 2022.

El segundo, es un valor añadido de nuestra Constitución, que puede legitimar la adopción de políticas fiscales redistributivas.

Precisamente en relación con este tema, es obligada la referencia a la *reducción de la desigualdad*, un objetivo considerado fundamental en el LB. Se observa a este respecto que: «*en línea con lo que señalan las principales instituciones internacionales, el aumento de la desigualdad y la concentración de la riqueza es uno de los mayores desafíos de las economías modernas*». El diagnóstico resultante del análisis efectuado en el LB advierte que, de acuerdo con los datos disponibles, España es actualmente uno de los países donde la desigualdad de ingresos medida con el índice de *Gini* es más alta (y mayor todavía la desigualdad en riqueza): «*El sistema tributario español reduce entre seis y diez puntos porcentuales la desigualdad en la distribución de la renta de mercado, lo que subraya que en España, como en todos los países de la OCDE, el efecto de los impuestos sobre la distribución de la renta es inferior al de las prestaciones sociales. En ninguno de ellos el efecto redistributivo de los impuestos es más de un tercio del que generan las prestaciones monetarias. Sin embargo, eso no significa que la vertiente tributaria de la Hacienda Pública no tenga un papel relevante en la corrección de las diferencias de renta entre los hogares*». Además, se observa un crecimiento de la desigualdad intergeneracional, que exige una política fiscal que procure un mayor equilibrio entre la imposición sobre la renta y sobre el patrimonio, teniendo en cuenta que éste se concentra en los contribuyentes de mayor edad.

En cuanto a la función de estos impuestos en relación con la justicia del sistema, es importante que su diseño normativo y su aplicación hagan posible una imposición efectiva de la riqueza. En este terreno, es necesario advertir sobre los riesgos de inmunidad fiscal, una constante inevitable en todo sistema tributario, siendo la elusión y el abuso de formas jurídicas, uno de sus perfiles más característicos. En este sentido, debe prestarse especial atención a la utilización de determinado tipo de sociedades, que puede afectar negativamente a una imposición efectiva sobre la riqueza de las personas físicas en el ámbito de la imposición patrimonial; pero los riesgos se refieren también a otros conceptos y se han visto incrementados estos últimos años por diversas causas, tales como la competencia fiscal entre Estados y territorios con la consiguiente deslocalización de riqueza y contribuyentes, o las nuevas formas de riqueza y de instrumentos del tráfico jurídico.

Esta alusión a la competencia fiscal, nos lleva al segundo elemento a tener en cuenta en la imposición sobre la riqueza, que es el *poder tributario*, un concepto en cualquier caso imprescindible, porque como advirtió M. Cortés «una meditación sobre el tributo es una meditación sobre el poder»³. En relación con el tema

³ M. CORTÉS DOMÍNGUEZ «Reflexiones con los colegas cincuenta años después», Revista española de Derecho Financiero n° 179, 2018, pág. 51.

que nos ocupa, es importante tener en cuenta que, en nuestro Derecho, el IP y el ISD son *impuestos estatales*, lo cual implica que su regulación depende, esencialmente, del ejercicio del poder tributario del Estado. Pero este poder, como cualquier otra soberanía tributaria en la actualidad, no es absoluto ni exclusivo, y dependiendo del marco político y jurídico en el que se incardine, estará más o menos sometido a determinadas *limitaciones y riesgos*. En el caso del poder tributario del Estado español, hay que tener en cuenta dos ámbitos distintos, a los que me refiero a continuación.

Por un lado, el ámbito internacional y supranacional (este segundo, referido a la condición del Reino de España como Estado miembro de la UE). En el ámbito de la *fiscalidad internacional*, tratándose de impuestos personales, gobernados por el concepto de residencia como criterio de sujeción al poder tributario del Estado y el consiguiente alcance global del gravamen, la aplicación efectiva de estos dos impuestos a los contribuyentes no residentes, está sometida a las *limitaciones* que, en caso de un Convenio en vigor entre España y el Estado de residencia de dichos contribuyentes, imponga dicho Convenio (en el caso del IP, de acuerdo con el artículo 22 del MC OCDE o artículo 22 del MC ONU y en el caso del ISD, el MC OCDE para este impuesto). Respecto de los contribuyentes residentes en España, la capacidad de gravamen es plena, si bien le corresponde, como Estado de residencia, corregir la doble imposición. Conviene tener en cuenta, respecto del IP, que España tiene una amplia red de Convenios (103), aunque no todos son sobre renta y capital; sin embargo, son muy escasos los Convenios sobre ISD (Francia y Suecia).

En cuanto al *Derecho de la UE*, si bien la normativa de estos impuestos no está armonizada, debe tenerse en cuenta que su regulación por los Estados miembros no puede incurrir en vulneración del Derecho de la Unión, especialmente del Derecho originario, pudiendo citarse a este respecto, el respeto a las libertades fundamentales garantizadas en el Tratado de Funcionamiento (TFUE), especialmente la libre circulación de capitales en relación con el principio de no discriminación, y en su caso, la normativa sobre prohibición de ayudas de Estado. Por razón de la materia sobre la que recaen estos impuestos, otra limitación importante es la que deriva de la protección del derecho de propiedad, amparado en la Carta de Derechos Fundamentales de la UE y en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, instrumentos ambos plenamente vigentes en nuestro Derecho. Obvio es decir que, en todos estos casos, hay que tener en cuenta la doctrina jurisprudencial que ha ido decantando la labor del TJUE y el TEDH.

Junto a las limitaciones, me he referido anteriormente a los *riesgos*. En el caso de estos impuestos y especialmente en el del IP, que gravan la riqueza de las personas físicas, el principal riesgo se manifiesta en una creciente *competencia fiscal entre los Estados*, consistente en la atracción de inversores, con un efecto de deslocalización de la riqueza (respecto del Estado de origen) y/o de los propios

contribuyentes, en este caso, mediante el cambio de residencia hacia Estados con un clima fiscal más favorable. Esta deriva, no sólo ni principalmente exclusiva de los «paraísos fiscales» («jurisdicciones fiscales no cooperativas» según la Ley 11/2021), sino potenciada ahora en el propio ámbito de la UE, mediante la aplicación de regímenes fiscales preferentes para «nuevos residentes» (Italia, Grecia) o «residentes no habituales» (Portugal), ya ha sido denunciada como *competencia fiscal lesiva*, por el Observatorio Fiscal de la UE⁴ y el tema ha llegado al Parlamento Europeo, pero sin que por el momento, se hayan adoptado medidas al respecto. La solución no es fácil, teniendo en cuenta que la libre circulación y fijación de residencia es un derecho fundamental (el artículo 20.2.a) del TFUE y el artículo 45.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, reconocen a los ciudadanos de la Unión el derecho «a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros»); pero tampoco imposible, teniendo un instrumento como la Directiva anti abuso que, cabría modificar en este caso, en relación con las deslocalizaciones con finalidad de elusión fiscal⁵, en una línea análoga a la propuesta de Directiva sobre la utilización de sociedades fantasma (ATAD 3).

En cualquier caso, es este un problema que, como ya ha advertido alguna autora⁶, incide en la línea de flotación del propio concepto del poder tributario, transformando su contenido tradicional; ya no se trata tanto de Estados soberanos, sino de agentes compitiendo en un mercado, con efectos negativos —y esta es la consecuencia más relevante— que afectan a la propia justicia del sistema tributario y el efecto más perjudicial, es que la competencia fiscal afecta no sólo a la equidad interestatal, sino también y sobre todo, a la equidad horizontal entre los contribuyentes de los Estados miembros.

En el *ámbito interno del Derecho español*, debe tenerse en cuenta la configuración constitucional del poder tributario, caracterizada por una estructura plural y asimétrica, reflejada en el del Estado, las Comunidades Autónomas de régimen común (CCAA), los Territorios Históricos y las Entidades locales. Esta configuración incide en las decisiones de política fiscal y singularmente, en el diseño normativo de los impuestos.

Esto último es especialmente apreciable y relevante en el caso de la imposición personal sobre la riqueza (IP e ISD), sobre todo a raíz de la deriva de la corresponsabilidad fiscal y las competencias normativas sobre determinados elementos de estos impuestos ejercidas por las CCAA. La corresponsabilidad fiscal es un contenido lógico del principio de autonomía financiera de las CCAA reco-

⁴ EU Tax Observatory Report «New Forms of Tax Competition in the European Union: an Empirical Investigation» n° 3, November 2021.

⁵ M.T. SOLER ROCH «La prevención del fraude en relación con la residencia» en Libro Homenaje al profesor A. Menéndez, 2023 (en prensa).

⁶ T. DAGAN «International Tax and Global Justice» en «Theoretical Inquiries of Law», 2017.

nocido en el artículo 156.1 de la Constitución. Sin embargo, no era difícil suponer que su ejercicio, instrumentado mediante la corresponsabilidad, que desplaza al poder autonómico un margen para el diseño de aquellos elementos, llevaba el germen de la competencia fiscal, que hasta cierto punto puede ser razonable, pero deja de serlo si se ejerce de forma desproporcionada y, sobre todo, con vulneración de los límites establecidos por la propia ley que regula su ejercicio; no es la primera vez que «el sueño de la razón produce monstruos». El efecto de una situación de competencia fiscal en el ejercicio del poder tributario de las CCAA, es similar al ya descrito en relación con los Estados, y también sobre los contribuyentes, incluyendo el riesgo de deslocalización y la dificultad de contrarrestar dicho riesgo, dado que el tema afecta al ejercicio del derecho fundamental a la libre elección de residencia en el territorio nacional, garantizado en el artículo 19 de la CE.

Como es sabido, la deriva de la corresponsabilidad fiscal ha culminado en el actual debate focalizado en la discriminación territorial y, por ende, entre contribuyentes en función de su lugar de residencia dentro del Estado. Pero, además, este debate ha desencadenado una crisis de legitimidad en relación con los impuestos (IP e ISD); en este sentido, creo que son muy gráficos los términos en los que se plantea el debate, en el cual, los argumentos a favor y en contra de estos impuestos y la controversia armonización vs. autonomía se retroalimentan. Como ya publiqué hace unos años sobre este tema⁷, mi opinión es que la cuestión interterritorial es el caballo de Troya del verdadero objetivo de este debate, que es el acoso y derribo del IP y del ISD.

Me centraré a continuación, en el *análisis y propuestas contenidas en el LB*. Es este un marco que podría considerarse relacionado con el presente y también con el futuro de estos impuestos. Lo primero, porque las propuestas parten de un análisis de su situación actual y especialmente, de las deficiencias que aconsejan una reforma de estos impuestos; lo segundo, porque estas propuestas ofrecen una hoja de ruta hacia una posible reforma. De momento, sólo eso, porque alguna reciente medida adoptada (a la que luego me referiré), ha supuesto por así decirlo una «parada en el tiempo», con un efecto de «congelación» de la normativa actual de estos impuestos.

En el Capítulo V del LB, sobre «*Aplicación y concreción de la imposición patrimonial*», se exponen los fundamentos económicos y jurídicos de los dos principales impuestos sobre la riqueza (IP e ISD). Se analiza, de acuerdo con los datos disponibles y en particular, los relativos a la desigualdad, la relación entre la imposición patrimonial y la distribución de la riqueza; también la función de estos impuestos como instrumentos de control y su papel en relación con la con-

⁷ M.T. SOLER ROCH «Los retos tributarios del siglo XXI», Revista española de Derecho Financiero n° 183, 2019.

solidación fiscal. El LB expone, asimismo, las limitaciones de dichos impuestos y los argumentos en contra de su mantenimiento, constatando en este caso que, actualmente, la oposición se centra sobre todo en el IP. En síntesis, los principales argumentos que se han venido utilizando son los siguientes:

La doble imposición, ya que ambos impuestos, si bien de forma diferente, recaen sobre el ahorro y éste, como capital acumulado, procede de la renta. Desde luego, no puede negarse que la renta es el principal índice de capacidad económica y es obvio que tiene un doble destino: el ahorro y/o el consumo. Pero si aplicamos el argumento de la doble imposición a estos dos conceptos, habría que cuestionar el IVA y los demás impuestos que gravan el consumo.

En sentido análogo, pero con base en una premisa diferente, el Informe Mirrlees⁸ es contrario al gravamen del ahorro ordinario, por el principio de neutralidad entre el consumo actual y futuro. En este caso, se cuestiona tanto la imposición sobre las rentas del capital (procedentes de este tipo de ahorro) como sobre el patrimonio. Sí se muestra en cambio, favorable al gravamen de ganancias extraordinarias, tales como los premios, herencias o donaciones.

El desincentivo a la inversión, al gravar tanto el capital productivo como el improductivo. En este caso, es cierto que el hecho imponible de estos impuestos engloba, en principio, todo tipo de bienes y derechos; pero no es menos cierto, que la legislación de ambos tributos, concede importantes beneficios fiscales a los activos empresariales (directamente en el caso del empresario individual, o sobre las acciones y participaciones en el caso de que la empresa sea una sociedad).

En mi opinión, estos argumentos tienen un sustrato común implícito que, en realidad, cuestiona el patrimonio como índice (autónomo) de capacidad económica. Pero si recordamos el mandato constitucional y «la exigencia lógica de buscar la riqueza allí donde la riqueza se encuentra» ¿puede lógicamente negarse que el capital acumulado o la ganancia obtenida a título gratuito son manifestaciones de riqueza? Y en el terreno de la igualdad, ¿puede considerarse que las rentas fundadas (capital) muestran la misma capacidad que las rentas no fundadas (trabajo)?; o ¿puede negarse que la herencia es un factor de desigualdad?

La referencia a las rentas fundadas y no fundadas, una distinción que parece haber desaparecido del actual debate, es sin embargo procedente, porque precisamente fue uno de los argumentos que legitimó, en su momento, la implantación del IP. Se consideraba que este impuesto equilibraba, por así decirlo, el tratamiento de estos dos tipos de renta, que se gravaban de igual modo en el IRPF, aunque las fundadas fueran indicativas de una mayor riqueza; se visualizaba también, de este modo, el carácter del patrimonio como índice de capacidad económica complementario de la renta. Con la implantación posterior del sistema

⁸ Institute for Fiscal Studies (UK) 2011.

dual en el IRPF, el equilibrio entre ambos tipos de renta volvió a romperse, en este caso a favor de las rentas del capital (mobiliario y ganancias de capital) que, pasaron a ser gravadas como «renta del ahorro» a tipo proporcional. Las razones que motivaron este cambio, generalizado en los sistemas de nuestro entorno, son conocidas y tienen mucho que ver con la libre circulación de capitales, por lo que el sistema dual puede considerarse un punto de no retorno; pero aunque sea legítimo y tenga sus razones, no puede negarse el trato favorable de las rentas del capital en el IRPF, incluso aunque en estos últimos años se haya establecido una moderada progresividad en los tipos aplicables a la base del ahorro. El propio LB, en sus recomendaciones relativas al IRPF, respalda el mantenimiento del sistema y propone integrar en la base del ahorro los rendimientos del capital inmobiliario, para garantizar el tratamiento uniforme de un mismo tipo de rentas. A efectos del tema que nos ocupa, lo relevante es advertir que, ante una fiscalidad más favorable de las rentas del capital en el IRPF, el papel del IP como elemento de equilibrio, es más claro todavía en la actualidad que cuando se implantó; sin embargo, paradójicamente, es ahora cuando más se han recrudecido los argumentos en contra de este impuesto.

Probablemente, estamos en realidad ante una oposición al gravamen sobre la riqueza y en este terreno, el debate podría ir más allá, cuestionando incluso la propia imposición sobre la renta. Un ejemplo reciente lo tenemos en Estados Unidos, con la propuesta sobre *Fair Tax*⁹, presentada hace dos años en el Congreso y que podría rescatarse por la actual mayoría republicana en esta Cámara. Aunque el texto de la ley es extenso, su esencia es muy simple: supresión de toda la imposición sobre la renta y sobre el patrimonio, e imposición del 30% sobre el consumo de todo tipo de bienes; este *sales tax*, sería aplicado por los Estados, lo que conllevaría una drástica reducción de la Administración tributaria federal (IRS). Claro que no es este un ejemplo extrapolable a nuestro sistema y por otra parte, la polarización política de aquel país, produce la paradoja de que, al mismo tiempo, algunos Estados estén avanzando propuestas en otro sentido, como ahora veremos.

El escenario del Derecho comparado también se ha utilizado como argumento en contra, sobre todo, del IP. Es cierto que un impuesto personal sobre el patrimonio, sólo se mantiene en la actualidad en Noruega, Suiza y Luxemburgo (en este caso, sobre las sociedades). Sin embargo, el hecho de que un impuesto personal (sobre todo en Europa), sea minoritario, no significa que no se grave la propiedad de bienes y derechos por otras vías; este es el caso de la propiedad inmobiliaria, y en menor medida, de otros gravámenes sobre determinados activos (depósitos bancarios, valores). Por otra parte, debe aludirse a la reciente implan-

⁹ House of Representatives. Bill introduced by Mr. Carter of Georgia and referred to the Committee on Ways and Means. January 4, 2021.

tación de impuestos personales sobre el patrimonio en algunos países latinoamericanos (Argentina, Colombia¹⁰) o las más recientes propuestas sobre *Wealth Tax* en algunos Estados norteamericanos¹¹. También ha sido relevante el impulso a este tema en el terreno académico (*Saez, Zuckman, Piketty*), en especial el debate en Estados Unidos sobre la posibilidad de establecer un *Net Wealth Tax*, que llegó en su momento al terreno político, con la propuesta de la senadora *E. Warren*, candidata en las primarias del partido demócrata a la Presidencia (2020). En la actualidad, la reforma de la Administración *Biden* no incluye un impuesto de este tipo a nivel del Estado federal, pero sí a través del impuesto sobre la renta (*Income Tax*), un mayor gravamen en los contribuyentes con mayor nivel de riqueza acumulada.

No obstante la pervivencia del debate, los datos contrastados muestran por un lado, la tendencia a la concentración de la riqueza y la conveniencia de mantener tributos que puedan moderar este proceso; aunque el efecto redistributivo también ha sido objeto de debate, especialmente en el caso del IP, cuyo impacto en este ámbito es reducido (un reciente Informe de FEDEA sobre los años 2019 y 2020, ilustra sobre un efecto inapreciable de este impuesto en relación con la distribución de la renta y un 0,03 % de impacto sobre la desigualdad)¹². No es tan discutible, en cambio, el efecto redistributivo del ISD.

Los informes de las organizaciones internacionales (FMI, OCDE)¹³, se muestran favorables a la imposición sobre la riqueza, posición asimismo mantenida por organizaciones no gubernamentales (Tax Justice y Oxfam¹⁴). Mención especial merece la reflexión de la OCDE cuando afirma que el impuesto sobre el patrimonio sería prescindible, pero sólo a condición de reforzar el gravamen sobre las ganancias de capital en el impuesto sobre la renta y mantener la imposición sobre las herencias.

En una línea de razonamiento análoga y teniendo en cuenta los datos analizados, el LB defiende el mantenimiento de algún tipo de imposición sobre la riqueza, por razones de igualdad y eficiencia, aunque tal imposición pueda articu-

¹⁰ El reciente llamamiento del Ministro de Hacienda de Colombia (enero 2023), dirigido a sus colegas de los Estados latinoamericanos y del Caribe, propone como una de las áreas prioritarias de trabajo, la imposición sobre la riqueza.

¹¹ *California, Connecticut, Hawaii, Illinois, Maryland, New York, Washington*. El contenido de estas propuestas puede ser el distinto, teniendo como objetivo común el gravar a los contribuyentes de alta capacidad económica (riqueza en términos de patrimonio, pero también de renta). Por ejemplo, la propuesta de Nueva York consiste en aplicar un gravamen con tipos entre 7,5 y 15% a contribuyentes con ingresos anuales superiores a 400.000 dólares (500.000 en el caso de parejas).

¹² FEDEA (J. LÓPEZ, C. MARTÍN y J. ONRUBIA) «Observatorio sobre el reparto de los impuestos y las prestaciones entre los hogares españoles. Séptimo Informe 2019 y 2020, enero 2023.

¹³ OECD Tax Policy Studies: «*The Role and Design of Net Wealth Taxes in the OECD*» (2018) «*Inheritance Taxation in OECD Countries*» (2021).

¹⁴ Como documento más reciente, puede consultarse el publicado por OXFAM «La ley del más rico. Gravar la riqueza extrema para acabar con la desigualdad» (enero 2023).

larse a través de diversas figuras, afirmando en este sentido de modo gráfico, que «*lo importante es mantener una imposición efectiva sobre la riqueza, con independencia del vehículo normativo*». Respecto de las alternativas al IP, se exponen en función de dos posibles opciones: la primera, gravando la riqueza a través del impuesto sobre la renta mediante distintas fórmulas (mayor gravamen de las rentas fundadas, gravar las ganancias de capital no realizadas, aplicar coeficientes multiplicadores de la cuota íntegra en función del patrimonio declarado, o un sistema como el aplicado en Holanda); la segunda opción es la de establecer impuestos reales sobre determinados elementos patrimoniales. En el caso del ISD, dado que las adquisiciones gravadas en este impuesto se califican como incrementos patrimoniales, una eventual supresión del mismo abocaría a su gravamen en el IRPF, opción que no se recomienda por diversas razones, pero tampoco establecer una exención total sobre dichas adquisiciones, porque introduciría un factor de regresividad en el sistema.

En relación con el IP, el LB analiza su naturaleza, características y principales magnitudes, la experiencia del Derecho comparado y las recomendaciones de la OCDE en su Informe sobre este impuesto. Se exponen a continuación las principales deficiencias de su regulación actual, formulando en consecuencia, propuestas de reforma. Por razones de tiempo, me ceñiré a exponer las que considero más significativas y, sobre todo, las que van dirigidas a una mayor eficiencia del impuesto en relación con los objetivos de justicia y suficiencia. A este respecto, es prioritario abordar los riesgos de inmunidad fiscal a los que anteriormente me he referido (utilización de sociedades, deslocalización y nuevas formas de riqueza).

En cuanto a la utilización de sociedades, son varias las hipótesis, según la titular sea una entidad patrimonial o de mera tenencia o una sociedad con actividad económica. Especialmente en el primer caso, también son varias las posibles soluciones, que van desde ampliar el concepto de sujeto pasivo a estas entidades (esta fue la opción del Impuesto catalán sobre bienes improductivos de entidades), a establecer un régimen de transparencia, ignorando a efectos fiscales la titularidad de la sociedad y atribuyendo los bienes directamente a los socios personas físicas (esta parece ser la solución que adopta la propuesta de Directiva sobre el «uso indebido de sociedades fantasma» en el caso de los bienes inmuebles)¹⁵. Pero este tipo de soluciones exige resolver el problema de la integración y valoración de las acciones de la que es titular el socio, a fin de evitar que se plantee en el IP, un problema análogo a la doble imposición económica de los dividendos en la imposición sobre la renta. De ahí que la propuesta del LB, se centre en la valoración de las acciones y participaciones en este tipo de entidades mediante unas reglas

¹⁵ Propuesta de Directiva del Consejo por la que se establecen normas para evitar el uso indebido de sociedades fantasma a efectos fiscales y se modifica la Directiva 2011/16/UE, artículo 11.3.

distintas a las del artículo 16.1 de la ley del impuesto, utilizando las aplicables a los activos de la entidad según las reglas generales y aplicando el valor resultante a cada socio persona física en la proporción que corresponda.

En cuanto a la deslocalización mediante el traslado de residencia fuera de España, la norma anti elusión ya existente en la legislación española (el artículo 8.2 de la Ley del IRPF), prolonga la residencia a personas de nacionalidad española los cuatro años siguientes al traslado a un paraíso fiscal, pero este concepto no es aplicable a los regímenes preferentes a los que antes me he referido¹⁶. En relación con este problema, el LB recomienda proponer a los órganos competentes de la UE, reforzar la Directiva anti abuso para limitar la competencia fiscal lesiva entre los Estados miembros y a nivel de legislación española, respecto de los contribuyentes residentes, concretar el concepto de «jurisdicción no cooperativa», precisando criterios jurídicamente indeterminados (como el de «nivel impositivo sensiblemente inferior» utilizado por la Ley 11/2021 en su definición de este concepto).

Respecto de los no residentes, el LB propone potenciar la reserva al artículo 22 del MC OCDE, para introducir una cautela anti abuso respecto de las acciones de sociedades de tenencia de inmuebles. En relación con esta última propuesta, debe advertirse que una norma de este tipo se ha introducido mediante la Disposición final tercera de la Ley 38/2022 de 27 de diciembre, que modifica el artículo 5 de la vigente Ley 19/1991 del IP, de modo que los contribuyentes no residentes (sujetos por obligación real), deberán tributar en este impuesto por las acciones o participaciones en entidades (excluidas las cotizadas en mercados organizados) cuyo activo esté constituido en al menos el 50 por ciento, directa o indirectamente, por bienes inmuebles situados en territorio español; la norma prevé que para el cómputo del activo se sustituya el valor neto contable de los inmuebles por la valoración de este tipo de bienes según el artículo 10 de la Ley. No obstante, debe tenerse en cuenta que el efecto de esta norma introducida por la Ley 38/2022, está subordinado al Convenio de doble imposición en cada caso aplicable. En la actualidad, sólo 21 Convenios firmados por España contienen este tipo de cláusula¹⁷; de no ser así, si el Convenio aplicable sigue la redacción actual del artículo 22 del MC OCDE, el gravamen de las acciones en el Estado de la fuente (España en este caso) no es posible, ni puede prevalecer una norma interna contra lo dispuesto en el mismo.

¹⁶ Como confirma la Orden de 9 de febrero de 2023 sobre países y territorios y regímenes fiscales perjudiciales, considerados jurisdicciones no cooperativas, cuyo listado incluye los Estados y territorios de: Anguila, Bahrein, Barbados, Bermuda, Dominica, Fiji, Gibraltar, Guam, Guernsey, Isla de Man, Islas Caimán, Islas Malvinas, Islas Marianas, Islas Salomón, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Jersey, Palaos, Samoa (*business offshore regime*), Samoa Americana, Seychelles, Trinidad y Tobago, Vanuatu.

¹⁷ Alemania, Bélgica, Bielorrusia, Egipto, Eslovenia, Francia, Georgia, Kazajstan, Luxemburgo, India, Islandia, Israel, México, Noruega, Panamá, Reino Unido, Uruguay (entre otros).

La competencia fiscal entre CCAA también conlleva un riesgo de deslocalización de los contribuyentes, aunque en este caso por traslado de residencia dentro del territorio nacional. El artículo 28.4 de la Ley de cesión de tributos contiene una norma anti elusión a este respecto, basada en determinados indicios. Se trata de una norma centrada en la finalidad de la conducta (conseguir una menor tributación efectiva), un diseño que es habitual en las normas generales anti abuso basadas en el criterio del «principal propósito», aunque sin referencia a la artificiosidad de la conducta, pues en este caso no estamos ante negocios jurídicos u operaciones similares, y difícilmente puede aplicarse dicha condición al ejercicio de un derecho fundamental, como es la libre elección de residencia (a menos que el cambio sea simulado); no obstante, un cierto sesgo de artificiosidad en el traslado de residencia, está latente en los indicios establecidos como presunción de la conducta elusiva (nueva residencia inferior a tres años, coincidente con un incremento significativo de la renta y una menor tributación efectiva en la CA de llegada, así como la vuelta en un corto plazo a la CA de origen). Pero estos indicios no cubren la hipótesis de una menor o nula tributación en el IP; podría en este caso, aplicarse la conducta descrita con carácter general («tener como objeto principal una menor tributación efectiva en los tributos cedidos»), pero la prueba respecto de la finalidad elusiva, correspondería a la Administración tributaria. En definitiva, y como ocurre en el ámbito internacional, el riesgo de deslocalización provocado por la competencia fiscal a nivel interno, no debe resolverse actuando sobre el efecto (la deslocalización), sino sobre la causa (la competencia fiscal lesiva), un problema que el LB aborda en sus propuestas relacionadas con el ejercicio de la corresponsabilidad fiscal, como expondré más adelante.

En cuanto al riesgo de inmunidad que pueden suponer las nuevas formas de representación de la riqueza, generadas asimismo en nuevos mecanismos utilizados en el tráfico jurídico, el LB incluye una mención expresa a los cripto activos, formulando propuestas que garanticen su integración en el IP; en la norma que define el hecho imponible, incluyendo una referencia a la titularidad de bienes y derechos «cualquiera que sea su forma de representación», y en cuanto a la base imponible, proponiendo su valoración de acuerdo con la regla aplicable al activo subyacente o por su valor de mercado.

En otro orden de cosas, el análisis efectuado en el LB en relación con el IP, muestra cómo la progresividad del impuesto se ve negativamente afectada por dos variables: la primera, los beneficios fiscales aplicables a la empresa familiar y especialmente, las acciones y participaciones representativas del capital en este tipo de empresas (sociedad singular o grupo); la segunda el escudo fiscal (término que alude a la limitación del gravamen en relación con la renta del contribuyente).

En relación con la primera, el LB siguiendo recomendaciones de organismos internacionales y experiencias de Derecho comparado, propone su mantenimiento, si bien sometiendo a evaluación periódica su efectividad. (Debe advertirse que

la apuesta por la «cultura de la evaluación» en materia de beneficios e incentivos fiscales es un criterio defendido en el LB, también en otras áreas del sistema tributario, contando como instrumento a estos efectos los *spending reviews* de la AIREF). Se propone, asimismo, revisar la regulación de estos beneficios con el fin de evitar su desnaturalización, así como intensificar muy sustancialmente el control por parte de la Administración Tributaria para evitar abusos.

En cuanto a la segunda, el LB propone mantener el escudo fiscal, una norma que se legitima con el fin de evitar incurrir en la prohibición de alcance confiscatorio a que se refiere el propio artículo 31.1 de la CE y en este sentido, puede considerarse uno de los criterios que condiciona el concepto constitucional de «sistema tributario justo». También debe tenerse en cuenta que la jurisprudencia del TEDH sobre la excepción tributaria a la protección del derecho de propiedad, ha utilizado el criterio de «carga fiscal excesiva». En cuanto a posibles modificaciones, el LB recomienda considerar la inclusión de las ganancias no justificadas, así como la posibilidad de revisar al alza el límite conjunto (IRPF+IP) al 70%, elevando la cuota mínima del IP hasta un 30% con el fin de incrementar el potencial redistributivo del impuesto.

Finalmente, debe reseñarse que en relación con las dos principales magnitudes que determinan la cuota (íntegra) del impuesto, el LB propone rebajas significativas, tales como: la fijación del mínimo exento en 1.000.000 de euros y una tarifa progresiva a partir del 0,5 por ciento y con un tipo máximo en torno al 1 por ciento. Adicionalmente, y respecto del problema que plantea la sobreimposición inmobiliaria, en relación con los bienes distintos de la vivienda habitual (sobre la que se recomienda mantener la exención, con la posibilidad de revisar el tope máximo), se propone la conveniencia de evaluar fórmulas de ajuste que permitan reducir este efecto para los contribuyentes gravados por el IP.

En relación con el ISD, además de proponer, con carácter general, el mantenimiento del impuesto, el LB analiza asimismo su naturaleza, características y principales magnitudes, la experiencia del Derecho comparado y las recomendaciones de la OCDE en su Informe sobre este impuesto (2021), así como las principales deficiencias de este tributo en el sistema tributario español, formulando en consecuencia las siguientes propuestas:

Respecto de determinados beneficios fiscales: mantener los aplicables a la sucesión de la empresa familiar, evaluando periódicamente su efectividad y revisando los requisitos exigidos para su aplicación; mantener la reducción por transmisión de vivienda habitual, incrementando el porcentaje y revisando el importe máximo.

Respecto de los elementos de cuantificación: supresión de la reducción relativa a los seguros de vida; eliminación de las reducciones por parentesco, estableciendo en su lugar un mínimo exento con horquillas distintas en función del grupo; tarifas diferenciadas por grados de parentesco y con horquillas de porcentajes

inferiores a los actuales y supresión de los coeficientes multiplicadores en función del patrimonio preexistente del adquirente; todo lo cual da como resultado una menor carga del impuesto respecto de su situación actual. También se propone la supresión del ajuar doméstico y, en cuanto al pago del impuesto, la ampliación de plazos y flexibilidad en los aplazamientos y fraccionamientos.

La aplicación efectiva de estos dos impuestos está condicionada por el ejercicio de competencias normativas de las CCAA. Sobre este tema, tras señalar que, desde una perspectiva de eficiencia, la imposición sobre la riqueza no debería haberse descentralizado, el LB constata que las diferencias de tributación efectiva plantean serios problemas para garantizar la equidad horizontal y vertical del sistema. En el estado actual de la cuestión, la coordinación de las competencias normativas debe hacerse teniendo en cuenta la evolución del sistema de financiación autonómica, que ha pasado a una concepción basada en la *corresponsabilidad fiscal*. No obstante, es importante tener en cuenta que *la titularidad de estos impuestos es del Estado, que las competencias normativas de las CCAA recaen sobre determinados elementos de dichos impuestos y sobre todo, que su ejercicio está sujeto a las limitaciones establecidas en el artículo 19.2 de la LOFCA*, por lo que una deriva de la corresponsabilidad fiscal que resulte en una competencia desproporcionada, podría considerarse que vulnera dichas limitaciones, produciendo además un efecto de externalidad horizontal negativa, por una aplicación desigual de la imposición patrimonial entre los ciudadanos.

El LB, teniendo en cuenta el marco normativo y la jurisprudencia constitucional, propone reconducir la actual situación, para lo cual expone una serie de posibles alternativas a escoger por el legislador, tales como: la coexistencia de un impuesto estatal y un impuesto (s) autonómico (s), de modo que el primero, aplicable en todo el territorio, actuara como impuesto mínimo; un sistema de cesión compartida entre el Estado y las CCAA a partir de una base imponible común (similar al actual en el IRPF); regulación estatal hasta la base imponible, con topes máximos para la elevación del mínimo exento y para deducciones y bonificaciones, y un tipo mínimo para la reducción de la tarifa estatal; establecer horquillas sobre mínimo exento, tarifa y deducciones y bonificaciones, de modo que las CCAA no pudieran elevar la tributación por encima de un determinado umbral (una variante de esta opción podría ser en sentido contrario, de modo que las CCAA sólo pudieran elevar el gravamen, pero no reducirlo).

La propuesta final recomendada en el LB, considerada como la más idónea para resolver el problema creado por la competencia fiscal a la baja, es la de concretar las limitaciones al ejercicio de las competencias normativas de las CCAA en cuanto a: mínimo exento (un porcentaje de aumento máximo); escala de gravamen (un porcentaje de reducción máximo); cuota líquida (no inferior a un determinado porcentaje de la cuota íntegra). Esta propuesta se formula en base a tres razones: primera, la competencia fiscal excesiva vacía de contenido los

impuestos afectados (IP e ISD) y afecta al ejercicio de competencias del resto de CCAA; segunda, es necesario un equilibrio entre la corresponsabilidad fiscal y la aplicación efectiva de la imposición sobre la riqueza; tercera, la nueva regulación de las competencias normativas debe implementarse de forma simultánea a las reformas propuestas de estos impuestos.

No puedo terminar mi intervención, sin una reflexión sobre el nuevo y controvertido *Impuesto temporal de solidaridad sobre las grandes fortunas (ITSGF)*, establecido y regulado en el artículo 3 de la Ley 38/2022 de 27 de diciembre. Un nuevo tributo que no puede considerarse el futuro más adecuado para la imposición patrimonial; de momento, es presente reciente y creo que su principal consecuencia es más bien retrospectiva, con un efecto (en mi opinión, negativo) de «hibernación» del IP.

Es inevitable advertir sobre la deficiente técnica legislativa empleada para la aprobación de la citada norma, un evidente «talón de Aquiles» del nuevo impuesto; pero es un tema que no voy a analizar, por razones de tiempo y de contenido, ya que trasciende el ámbito del Derecho Tributario y se sitúa en el del Derecho parlamentario.

De acuerdo con lo proclamado en el Preámbulo de la Ley, «Dos son las finalidades principales del nuevo impuesto. La primera de ellas es *recaudatoria*, a fin de exigir, en estos tiempos de crisis energética y de inflación, un mayor esfuerzo a quienes disponen de una mayor capacidad económica, es decir, una muestra de solidaridad de las grandes fortunas. La segunda finalidad es *armonizadora*, con el objetivo de disminuir las diferencias en el gravamen del patrimonio en las distintas CCAA, especialmente para que la carga tributaria de los contribuyentes residentes en aquellas CCAA que han desfiscalizado total o parcialmente el Impuesto sobre el Patrimonio no difiera sustancialmente de la de los contribuyentes de las CCAA en las que no se ha optado por reducir la tributación de dicho impuesto».

La finalidad recaudatoria, de éste como de cualquier otro impuesto de naturaleza contributiva, es algo que va de suyo y lo mismo ocurre con el mayor esfuerzo adicional de los contribuyentes con mayor capacidad económica; esos son, en definitiva, los postulados de justicia tributaria establecidos en el artículo 31.1 de la Constitución (capacidad económica y progresividad). Lo que no está claro, es que eso no se pueda conseguir con los impuestos ya existentes sobre la renta y la riqueza, entre ellos el propio IP.

En cuanto a la segunda finalidad, «armonizadora», sin duda conecta con la primera, ya que una de las causas de la escasa capacidad recaudatoria del IP, es el estar bonificado en algunas CCAA, y refiere a un problema cuya existencia y efectos negativos son, en principio, inobjetables, como también lo es la necesidad de afrontar la deriva de la corresponsabilidad fiscal ocasionada por la situación actual de competencia fiscal «a la baja».

Dicho esto, sin embargo, creo que la Ley incurre en un grave error conceptual al utilizar la idea de armonización. En este tema, mi posición ha sido siempre contraria a este concepto, que no encaja en una actuación del Estado respecto de unos impuestos cuya titularidad le corresponde. Dicho de otro modo, no hay nada que «armonizar», sino exigir que el ejercicio de las competencias normativas de las CCAA (que no son absolutas, ni afectan a toda la regulación de estos impuestos) se adecúe a lo dispuesto en la ley. La referencia a la «finalidad armonizadora», además de un error técnico, debilita innecesariamente, la propia competencia del Estado, ofreciendo un flanco para cuestionar la creación del ITSGF con una finalidad inadecuada —el recurso presentado por la Comunidad de Madrid¹⁸, lo califica como «fraude de ley»— y como un mero instrumento para la «invasión de competencias autonómicas», desviando la atención del verdadero problema, que no es tanto la «batalla» territorial, como el impacto negativo sobre los ciudadanos en el terreno de la justicia tributaria.

El LB es muy claro a este respecto cuando advierte que *«La competencia fiscal nociva ha conducido a una aplicación desigual del grado de tributación efectiva en la imposición patrimonial entre los ciudadanos. Esta aplicación afecta a la equidad horizontal entre los residentes de los distintos territorios, pero también a la eficiencia, porque induce deslocalizaciones de contribuyentes por motivos fiscales, con la consiguiente merma en la aplicación efectiva de estos impuestos personales y, por lo tanto, en la equidad vertical del sistema tributario en su conjunto»*.

Pues bien, en mi opinión es muy dudoso que la fórmula más idónea para reconducir la deriva de la corresponsabilidad fiscal, sea la de establecer otro impuesto estatal con una regulación clónica del IP, porque este ya es un impuesto de titularidad estatal, respecto del cual, además de la recaudación, se ha cedido a las CCAA el ejercicio de potestades normativas en relación con determinados elementos de cuantificación; un ejercicio sometido a las limitaciones establecidas en el artículo 19.2 de la LOFCA (fundamentalmente, el principio de solidaridad y la exigencia de una presión fiscal equivalente en todo el territorio nacional), por lo que reconducir aquella situación es hacer efectivo el cumplimiento de la ley, algo que compete al Estado como titular del IP. La conexión entre estos dos límites (solidaridad y equivalencia) no es casual, habiéndose advertido a este respecto¹⁹ que guarda relación con la «interdicción de adoptar decisiones o realizar actos que perjudiquen o perturben el interés general y la obligación de tener en cuenta la comunidad de intereses que las vinculan entre sí» (STC 64/1990 de 5 de

¹⁸ Comunidad de Madrid. Escrito del Abogado General al Tribunal Constitucional, por el que se interpone recurso de inconstitucionalidad contra el artículo 3 de la Ley 38/2022 de 28 de diciembre (31 de enero de 2023).

¹⁹ V. RUIZ ALMENDRAL «Límites y problemas constitucionales del impuesto “armonizador” sobre las grandes fortunas en España», Revista Parlamentaria de la Asamblea de Madrid nº 43, 2022.

abril). Idea que, además, responde a la teoría del federalismo solidario, que más allá de una aproximación vertical, basada en la relación entre el gobierno central y los gobiernos subcentrales, potencia una aproximación horizontal, referida a la relación entre los gobiernos subcentrales, no sólo en términos de equidad entre estos, sino fundamentalmente, entre los contribuyentes residentes en diferentes territorios²⁰.

Una lectura superficial de la norma reguladora del ITSGF, podría hacer pensar que esta «solución armonizadora», responde a una de las opciones disponibles formuladas en el LB (Capítulo V, 5.3.2), a la hora de reformar el marco de cesión de las potestades normativas de las CCAA: *«La primera opción está en línea con la formulada por la CA de Cataluña. Sobre un mismo objeto imponible podrían establecerse impuestos tanto por una ley estatal como por las leyes autonómicas, teniendo las CCAA plena capacidad normativa. La norma estatal sería de aplicación en todo el territorio común, conformando un impuesto mínimo espacialmente homogéneo. Y esa norma estatal permitiría que aquellas CCAA que quisieran regular su impuesto sobre la riqueza pudieran hacerlo libremente, estableciéndose que la cuota autonómica minoraría la estatal. Tendríamos con ello autonomía y cierta uniformidad, con una suerte de impuesto estatal subsidiario»*.

Aparentemente, las dos fórmulas parecen responder a la misma idea: garantizar una imposición efectiva sobre la riqueza sin interferir en las competencias autonómicas. Sin embargo, el contenido jurídico de la propuesta de Cataluña es radicalmente distinto, ya que supone la coexistencia de un impuesto estatal con impuestos propios, regulados totalmente «con plena capacidad normativa» en cada CA. Sobre esta fórmula, de coexistencia de dos ámbitos impositivos autónomos, advierte el LB que *«supondría una profunda modificación de nuestro ordenamiento, tal como señala la propia Comunidad de Cataluña en su escrito»*. Efectivamente; baste pensar que el IP, al ser un impuesto personal y gravar a los residentes por todos sus bienes y derechos con independencia del lugar donde se encuentren o ejerzan (principio de gravamen global), es inviable como impuesto propio de una CA, por la prohibición establecida en el artículo 157.2 de la Constitución de «adoptar medidas tributarias sobre bienes situados fuera de su territorio». Ya me he referido antes al LB que, tras enunciar posibles alternativas, formula una propuesta técnicamente viable y centrada en la solución del problema creado por la competencia fiscal a la baja. Mediante dicha fórmula, el Estado ejerce su competencia sobre la regulación de unos impuestos cuya titularidad le corresponde y garantiza el cumplimiento de la normativa vigente en cuanto a las limitaciones en el ejercicio de las competencias normativas de las CCAA.

²⁰ E.F. DELANEY & R. MASON «Solidarity Federalism» Notre Dame Law Review, vol.98:2, 2022.

La crítica al ITSGF como instrumento «armonizador» no significa que comparta el principal argumento con el que, al parecer, se van a fundamentar los recursos de algunas CCAA contra este impuesto, basado en la invasión de competencias autonómicas, en la medida en que se desnaturaliza su ejercicio: En esta línea, el recurso de inconstitucionalidad presentado por la Comunidad de Madrid²¹, argumenta que se «*neutralizan*» las bonificaciones concedidas por esta Comunidad, afectando también a beneficios fiscales establecidos por otras CCAA; el recurso se basa también en otros motivos, tales como la técnica legislativa empleada, el efecto retroactivo, la capacidad económica y la prohibición de alcance confiscatorio.

Frente al argumento de invasión competencial, baste recordar que los impuestos cedidos (en este caso, el IP sobre el que se ejercen las competencias «invasadas»), son de titularidad estatal (como se reconoce en el propio texto del recurso antes citado) y el Estado puede regularlos e incluso suprimirlos. Como ha señalado a este respecto el TC: la cesión del tributo no implica en modo alguno la transmisión de la titularidad sobre el mismo o sobre el ejercicio de competencias inherentes al mismo, ni tampoco la irrevocabilidad de la cesión. (Sentencias 192/2000 de 13 de junio, 16/2003 de 30 de enero, 72/2003 de 10 de abril)²².

El argumento relativo a la invasión de competencias autonómicas, así como el haber prescindido del vehículo normativo exigible en esta materia (ley orgánica) o el procedimiento que implicaría la intervención del Consejo de Política Fiscal y Financiera, son aspectos a los que se refieren los juristas autores de un reciente Informe del Instituto de Estudios Económicos²³ que, aunque con distintos matices, comparten el mismo diagnóstico, que puede resumirse en que mediante esta vía indirecta (la creación del ITSGF), el Estado vacía de contenido y hace inviable el ejercicio de las competencias normativas de las CCAA en relación con el IP.

Sobre este tema, creo que el poder del Estado, al concretarse en la creación de un nuevo impuesto estatal, no afecta a las competencias autonómicas sobre el IP ni las hace inviables; a las CCAA no se les impide ni limita, legalmente, nada en relación con este impuesto. El efecto fundamental del ITSGF es, en realidad, garantizar un gravamen efectivo sobre la riqueza de los contribuyentes; aunque, como luego diré, eso sí supone un cambio de paradigma en la percepción de la

²¹ Comunidad de Madrid, texto citado en la nota nº 16.

²² Un análisis detallado de la jurisprudencia constitucional sobre esta cuestión, puede verse en el artículo de V. Ruiz Almendral citado en la nota 6, en el que la autora, aunque crítica con el ITSGF, concluye asimismo que no se le puede atribuir una vulneración de las competencias autonómicas contraria a la Constitución.

²³ L. ALONSO MARTÍNEZ, C. GARCÍA NOVOA, J. MARTÍN FERNÁNDEZ y J.I. GOROSPE OVIEDO, «El Impuesto sobre las Grandes Fortunas. Un análisis académico y doctrinal de su inconstitucionalidad» Revista del IEE nº 1, 2023.

corresponsabilidad fiscal. No obstante, es cierto que la referencia de la Ley a la «finalidad armonizadora», sitúa en primer plano las competencias autonómicas, ofreciendo no sólo un flanco a la crítica (legítima con independencia de que se comparta o no), sino también a un posible cuestionamiento respecto de su constitucionalidad.

Ahora bien —y aunque lo que voy a advertir ahora no suponga un riesgo de inconstitucionalidad— creo que el hecho de que un impuesto estatal (ITSGF) garantice la imposición sobre el patrimonio personal, sí podría desnaturalizar, en el futuro, la finalidad con la que se introdujo en su día el concepto de corresponsabilidad fiscal, en el sentido de que las CCAA asuman el riesgo de ejercer un margen de política fiscal. Con el riesgo desplazado al nuevo impuesto estatal, las CCAA podrían (en hipótesis, todas ellas) bonificar el IP y ni siquiera, en este caso, se podrían invocar los límites del artículo 19.2 de la LOFCA, pues habría (aunque a la baja) «presión fiscal equivalente» en todas ellas.

Entrando ahora en cuestiones más concretas del ITSGF, *su carácter complementario del IP*, a lo que se refiere expresamente el Preámbulo de la Ley y la norma que define las características del impuesto (artículo 3, apartado 1) es, en principio, lógico y acorde con el objetivo de garantizar la imposición efectiva de la riqueza en todo el territorio nacional, evitando al mismo tiempo problemas de doble imposición, al establecer que: «De la cuota resultante de la aplicación de los apartados anteriores el sujeto pasivo podrá deducir la cuota del Impuesto sobre el Patrimonio efectivamente satisfecha» (artículo 3, apartado 15). Esta norma ilustra, quizás mejor que cualquier otra, la finalidad esencial de este impuesto; se trata de que el ITSGF actúe como imposición mínima sobre la riqueza (en el caso de patrimonios individuales por encima del umbral de 3.000.000 de euros), sobre todo en aquellas Comunidades Autónomas que no garantizan una imposición efectiva, por haber bonificado el IP. Por el contrario, para los contribuyentes residentes en Comunidades que sí garanticen dicha imposición mediante el IP, dicha deducción neutraliza, en principio, un efecto (no deseado para ellos) de doble imposición.

La configuración normativa del ITSGF es coincidente con la del IP. Esta coincidencia se establece expresamente en distintos apartados del artículo 3 y afecta a los elementos esenciales del impuesto (hecho imponible, sujetos pasivos, base imponible y liquidable, cuota íntegra y límites). La coincidencia de ambos impuestos en la regulación es, en principio, coherente con el carácter complementario y sobre todo, con la principal finalidad ya descrita del ITSGF. Pero reconocer esta coherencia, no impide formular la *principal crítica que*, a mi juicio, *merece el nuevo impuesto*, porque su utilización sobre la base de una regulación sustancialmente coincidente con la del actual IP, supone *no abordar la necesaria reforma del IP*, cuyas deficiencias (incluidas las recaudatorias y su limitado efecto redistributivo), son también causa de una imposición no efectiva sobre la riqueza. *Unas deficien-*

cias que contaminan el nuevo impuesto y suponen una oportunidad perdida para la reforma del IP (a esto me refería cuando he citado antes el efecto «hibernación» sobre el IP). Las conclusiones del LB sobre este punto, son muy claras: la reforma de los impuestos personales sobre la riqueza y la solución del problema de competencia fiscal deben ir unidas: «*El carácter integrado de las propuestas formuladas en este quinto capítulo del Libro Blanco, de manera que la nueva regulación de las competencias normativas de las CCAA de régimen común debe implementarse de forma simultánea a la entrada en vigor de las reformas correspondientes del IP y del ISD*».

En cuanto al problema de la entrada en vigor de la Ley 38/2022 en relación con el devengo del ITSGF, la disposición final octava de esta Ley dispone su entrada en vigor al día siguiente de su publicación en el BOE (28 de diciembre); por tanto, entró en vigor con efectos 29 de diciembre de 2022. El apartado 10 del artículo 3, relativo al devengo establece (al igual que en la regulación del IP) que: «*El impuesto se devengará el 31 de diciembre de cada año y afectará al patrimonio neto del cual sea titular el sujeto pasivo en dicha fecha*».

De una interpretación conjunta de estos dos preceptos, se deduce que el ITSGF es aplicable en relación con el ejercicio 2022. Se plantea aquí un posible conflicto —ya apuntado por las primeras reacciones sobre el impuesto²⁴— pues si bien no hay técnicamente retroactividad en sentido estricto, sí puede calificarse como un supuesto de retrospectividad y falta de «previsibilidad razonable», que debería considerarse en relación con el principio de seguridad jurídica (por referencia a un criterio utilizado por el TC y por el TEDH, este en relación con la protección del derecho de propiedad). Recientemente, el Tribunal Supremo (en relación con otro tributo) en Auto de 23 de noviembre de 2022 ha considerado cuestión de interés casacional: «*Determinar si vulnera el principio de irretroactividad exigir un tributo en el mismo ejercicio en que entre en vigor su ley reguladora, cuyo período impositivo es el año natural y que se devenga el último día del año natural, cuando dicha entrada en vigor se produjo con anterioridad a la fecha del devengo*».

Respecto del escudo fiscal, el apartado 12 del artículo 3, establece que «*La cuota íntegra de este impuesto, conjuntamente con las cuotas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del Impuesto sobre el Patrimonio, no podrá exceder, para los sujetos pasivos sometidos al impuesto por obligación personal, del 60 por 100 de la suma de las bases imponibles del primero*». La inclusión de la cuota del IP en la fórmula, no sigue en este punto, el criterio de regulación coincidente de ambos impuestos, ya que la coincidencia habría llevado a establecer un límite conjunto de las cuotas (ITSGF+IRPF). Pero el verdadero problema de in-

²⁴ Ver el Informe del IEE citado en la nota n° 15 y el texto del recurso de la Comunidad de Madrid citado en la nota n° 16.

cluir las tres cuotas (ITSGF+IRPF+IP) reside en que, al tratarse de cuota íntegra, la del IP es una magnitud que van a poder aplicar, a efectos de limitar el impacto del ITSGF, todos los contribuyentes sujetos a este impuesto, también aquellos cuya cuota líquida de IP sea 0 (o más reducida), por estar este impuesto total (o parcialmente) bonificado en su Comunidad de residencia; en definitiva, una de las variables que computa a efectos del escudo fiscal se refiere a un impuesto (IP) que unos contribuyentes habrán pagado y otros no (o en menor cuantía).

Es sabido que, en trámite parlamentario, una enmienda formulada por ERC intentó evitar este problema, pero no llegó a modificarse el texto probablemente porque ello hubiera retrasado la tramitación, haciendo imposible su entrada en vigor antes del 31 de diciembre. Bastaba con suprimir la referencia a la cuota del IP o referirla, en este caso a «cuota líquida»; sobre esto último, ya se ha avanzado en algún comentario el «temor» a una posible interpretación correctora en este sentido. No tengo datos para confirmar esta suposición, pero tampoco creo viable una interpretación de este tipo, ni por el contenido de la norma de la que está tomada (el escudo fiscal en la Ley del IP, cuyo límite conjunto siempre se ha entendido referido a las cuotas íntegras), ni por la exigencia de tipicidad en la regulación de los elementos esenciales que impone el principio de reserva de ley.

Last but not least, la situación actual del ISD puede asimismo calificarse de hibernación, aún más patente que en el caso del IP, porque ni la regulación estatal se ha modificado (de acuerdo con las propuestas del LB), ni se ha solucionado el problema de competencia fiscal que afecta también a este impuesto.

SESSIÓ EXTRAORDINÀRIA CONJUNTA AMB EL
COL·LEGI NOTARIAL DE CATALUNYA*

*Anàlisi de la reforma legislativa en matèria de l'exercici
de la capacitat jurídica de les persones
10 de maig de 2023*

LA NOVA LEGISLACIÓ SOBRE DISCAPACITAT,
UN ANY DESPRÉS: ASPECTES PRÀCTICS

per

EUDALD VENDRELL FERRER

Acadèmic de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Siguin les meves primeres paraules d'agraïment a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya per la confiança en proposar-me per intervenir, en la seva representació, en aquesta Jornada, i també de felicitació a les dues entitats organitzadores, la pròpia Acadèmia i el Col·legi Notarial de Catalunya, que ens acull de forma generosa en la seva emblemàtica seu, per haver-nos convocat a dialogar i reflexionar sobre un tema tan actual i de tanta projecció, social i jurídica, com és la nova legislació sobre discapacitat, un any després de l'entrada en vigor de la Llei 8/2021 de 2 de juny.

L'encert d'aquesta iniciativa es fa ja ben palès en la visió d'aquest saló d'actes ple a vessar, amb tantes persones de prestigi i autoritat en la matèria, cosa que, al mateix temps m'impresiona en la mesura en què temo no poder cobrir les expectatives que vostès esperen de mi.

Per raons de temps, no em puc estendre en una explicació de conjunt del propòsit, raó de ser i importància de l'ambiciosa reforma que pretén aquesta llei i que s'emmarca en la necessitat d'adaptar i incorporar les exigències i compromisos derivats de la signatura de la *Convenció Internacional de Nova York sobre els Drets de les persones amb discapacitat de 13 de desembre de 2006*, a la que ja s'ha referit en la primera intervenció l'acadèmica i magistrada Sra. M^a Eugènia Alegret.

Només apuntar que suposa un gir absolut tant de terminologia (haurem d'oblidar paraules com «*incapacitació, incapaç, incapacitat, pàtria potestat prorro-*

* Amb la intervenció de l'acadèmica Sra. Alegret, l'acadèmic Sr. Vendrell, la vicedegana de notaris Sra. Raquel Iglesias Pajares i el fiscal Sr. Antonio Torres Tur.

gada, prodigalitat... i altres de llarga tradició i substituir-les per *suport o recolzament, accessibilitat per a la presa de decisions, acompanyament, ...*), com de model de protecció de les persones afectades, que són totes aquelles que pateixen qual-sevol tipus de dificultat o feblesa per al desenvolupament en plenitud de llurs vides i drets.

S'ha dit, amb raó, que passem d'un model de *substitució de la voluntat* a un model de *suport en la presa de decisions*.

Canvis i reformes que també s'hauran de projectar, en breu, en l'espai del dret civil propi de Catalunya, ja que correspon a una matèria sobre la que disposem de plenes competències i que té un desenvolupament amplíssim en el Llibre II del nostre codi civil; de fet, amb caràcter urgent i immediat a l'entrada en vigor de la Llei estatal, el Govern de Catalunya, a instància del Departament de Justícia, va aprovar un Decret-Llei de 31 d'agost de 2021 per modificar i adaptar alguns apartats de l'article 222 del Codi civil i evitar disfuncions entre ambdues normatives; i en aquest moment en què els parlo, ja ha estat publicat i es troba en tràmit d'informació pública un *Avantprojecte de Llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones*, al que faré més endavant alguna referència.

Se'ns demana als ponents, tal com diu el propi subtítol de la convocatòria, posar l'accent en els aspectes pràctics de la nova regulació legal, des de la perspectiva de les respectives atribucions i experiències professionals dels membres de la mesa (Judicatura, Notariat, Advocacia i Ministeri Públic).

Em correspon, per tant, centrar-me en el paper i funció dels advocats i assessors jurídics que intervenen en procediments i defensen les persones, entitats i entorns familiars afectades per les diferents situacions incloses sota l'ampli espectre de la discapacitat, analitzant sobretot aspectes tècnics i pràctics, incloent dubtes, crítiques si s'escau i suggeriments, per tal de contribuir a què es facin realitat les aspiracions i finalitats d'una llei que, com ja he dit, modifica radicalment l'escenari anterior i posa en el centre del focus legal la defensa i protecció de la dignitat i drets de les persones afectades.

Dit això, vull deixar constància de la meva adhesió a tot el que ha dit la ponent que m'ha precedit, la il·lustre vicedegana del Col·legi Notarial, Sra. Raquel Iglesias, ja que considero que és molt necessari que notaris i advocats anem del braç en totes les pràctiques i intervencions cautelars, consensuades i *extra o pre-judicials*, que la nova legislació preveu i fomenta, de tal manera que, en la mesura en què sigui possible, depenent dels casos i situacions personals tan variables, s'eviti o es minimitzi la intervenció judicial contenciosa que, per desgràcia pot provocar ferides o ruptures personals i familiars irreparables; d'aquesta manera, ambdues professions podem contribuir al propòsit que expressament s'esmenta a l'Exposició de Motius del Decret-Llei 19/2021 de 31 d'agost al qual abans m'he referit:

«avançar cap a l'efectiva desjudicialització de la vida de les persones amb discapacitat i llurs famílies i descongestionar l'activitat dels Tribunals ...»

En aquest sentit, és molt important prendre consciència que en aquest nou escenari, necessitem un canvi mental i de pràctica professional: els advocats, en concret, estem cridats a implementar l'*exhortació* que proclama la Disposició Adicional 2^a-2 de la Llei que comentem:

«Los Colegios de Abogados... impulsarán la formación y sensibilización de sus colegiados en las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad de obrar...»

Entrant en matèria, em centraré en com afecta la nova legislació al paper i funció dels advocats i ho faré seguint el text de la pròpia llei estatal, però també considerant el seu efecte reflex i modificacions sobre altres disposicions civils i processals entre les quals en especial la Llei de Jurisdicció Voluntària (en endavant LJV), amb una breu reflexió sobre el Projecte de modificació del Llibre II del Codi civil de Catalunya que ha endegat el nostre Parlament i que, entre d'altres novetats, inclouria la supressió de la figura jurídica de la *curatela*, en el nostre àmbit territorial i personal.

Certament cal distingir entre actuacions processals, que es porten a terme en els procediments estrictament relacionats amb la sol·licitud, adopció, modificació i controls de les mesures de suport o complement de capacitat i que estan molt detallades en el nou Capítol III bis de la LJV i en alguns preceptes també modificats de la LEC sinó pensant també en tots aquells tràmits judicials en què en alguna mesura n'hagin de ser part; i les intervencions professionals *extraprocessals*, és a dir, quan els advocats actuem com assessors familiars o d'entitats tutelars o altres de similars del *tercer sector* que cada vegada tenen més presència i afronten majors responsabilitats en el camp de les discapacitats i protecció social de persones que es troben en situacions límit o marginals, per tal de garantir el correcte exercici de les seves funcions; i col·laboradors amb el Notariat per al correcte plantejament i redacció de les actes, poders i altres documents complexos que la nova legislació exigeix, potser de manera excessiva...

També cal un coneixement i/o posada al dia en la nova legislació pel que fa a l'exercici del càrrec de *defensor judicial* de menors o discapacitats quan han de ser part en procediments judicials i els seus defensors o representants *ordinaris* no poden portar a terme aquesta funció per causa d'incompatibilitat o conflicte d'interessos...

Encara que certament la llei no exigeix la titulació o condició d'advocat per exercir aquesta funció, és sabut que en la pràctica els Tribunals ho encarreguen a advocats especialistes, molt sovint demanant als respectius col·legis l'aportació de

l·listes d'aquests professionals (de manera similar a com es fa pels nomenaments de comptadors-partidors en processos de partició d'herència); i no és difícil pensar que, en el futur, i en la línia garantista de la nova normativa, aquesta demanda anirà a més.

Centrats en el terreny pròpiament processal o jurisdiccional, podem observar que aquests processos perden el caràcter de *jurisdicció contenciosa pel tràmit de procediment ordinari* (basat en la necessitat de presentar una demanda «contra» la persona afectada, que s'havia de defensar, moltes vegades de forma fictícia, o era absurdament *declarada en rebel·lia*) i es desenvolupen per la via de la *jurisdicció voluntària*, amb el nou redactat de la Llei que la regula, de 2015, on es contempla la presència o intervenció d'advocat en nombrosos preceptes i instàncies o actuacions: així per exemple, amb caràcter general, a l'article 3.2, i en tot cas per interposar recursos de revisió i apel·lació; i en tràmits concrets, o especials, als articles 7.2, 14.3, 18-regles 4^a-2 i 5^a, 42 a) bis.4, 43.3, 57.3, 59.3 i 62.3 apartat d), aquest darrer per als procediments de partició d'herència.

Per raons òbvies de temps, no em puc estendre al detall de cada un d'aquests articles, vostès sens dubte en trobaran fàcilment els moments i circumstàncies de la seva aplicació.

Presentaré ara un parell de reflexions sobre les noves categories, no només terminològiques sinó també conceptuals amb les que opera, i esdevenen eix central de la nova regulació: per una part, es parla de «suports per prendre decisions jurídiques», o «mesures d'accessibilitat universal», pel que fa a l'objecte o contingut del que fins ara coneixíem com tutela o curatela; i per altra, es distingeix entre dues tipologies o nivells de situacions personals o subjectives per establir les respectives mesures de suport (amb unes paraules que, en la meua opinió personal, són excessivament complicades o, si em permeten l'expressió, *recargolades*):

- (i) *Persones amb simptomatologia clínica que limita el ple coneixement de la seva situació.*
- (ii) *Persones amb discapacitat que necessiten mesures de recolzament per exercir determinats drets i accions.*

Però no podem oblidar que a més, existeixen situacions límit, que poden recaure en aquelles persones que per la gravetat del seu estat físic o mental, no tenen la més mínima capacitat de conèixer la seva situació, i que per tant, no podran tenir cap possibilitat d'entendre ni decidir sobre les qüestions que els afecten, i, en conseqüència i lamentablement, requeriran algú que *substitueixi* total i literalment la seva capacitat d'obrar (situacions de *coma clínica* perllongada en el temps, malalties que provoquen absoluta impossibilitat de percebre ni transmetre sensacions, etc...).

Per concloure, i ja que ens hem esforçat a posar sobre la taula qüestions pràctiques que ajudin a millorar la *praxi preventiva professional* amb l'objectiu de reduir els litigis i conflictes, vull expressar el desig que l'increment de rigor i control en les mesures de supervisió i acompanyament en la presa de decisions amb transcendència jurídica/econòmica per part de les persones que es troben en graus o zones inicials o intermèdies de minva de la seva capacitat, ajudarà a disminuir plets o enfrontaments, litigis o conflictes familiars amb rerefons successori; penso especialment que la millor atenció que es presti als tràmits de preparació i atorgament de testaments d'aquestes persones, i en els que poden tenir una intervenció positiva els advocats assessors (converses prèvies amb elles, coneixement de si disposen d'alguna mesura de supervisió, signatura de documents complementaris en què puguin expressar amb més *distensió* les raons de la seva decisió, recuperació de la presència de testimonis en l'acte d'atorgament, que siguin persones realment conegedores del seu estat i alhora independents o *no contaminades* del contingut patrimonial de la futura herència, etc..., podran evitar moltes demandes sobre impugnació de testaments, de persones d'edat avançada i estat fràgil de salut, per les causes de manca de capacitat o d'haver sofert pressions que hagin pogut desvirtuar o enfosquir la seva lliure voluntat, i que avui dia tant proliferen i han de ser resoltes pels Tribunals amb escassetat de mitjans de prova.

Així descarregaríem també al Notariat de la feixuga responsabilitat que sovint fem recaure en ells, al convertir-los en els *suprems jutjadors de la plena capacitat dels atorgants*, seguint una jurisprudència que també crec que s'hauria de posar al dia.

Moltes gràcies per la seva atenció.

LA NOVA LEGISLACIÓ SOBRE DISCAPACITAT, UN ANY DESPRÉS. ASPECTES PRÀCTICS. DISCURS DE CLOENDA

per
FRANCESC TUSQUETS I TRIAS DE BES
President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Il·lm. Sr. Degà,
Companyes i companys acadèmics,
Senyores i senyors,

I. Celebrem avui un acte acadèmic, coorganitzat pel Col·legi Notarial de Catalunya i l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Ambdues institucions col·laboren des de fa molt de temps, i en molt diverses formes.

Com a curiositat, ja el 24 d'octubre de 1902 van presentar un dictamen conjunt sobre una controvertida qüestió: la validesa dels testaments en els quals intervenen com a testimonis els auxiliars dels notaris autoritzants. Dictamen que conclouïa que no eren d'aplicació a Catalunya ni l'art. 681, ni el 687 del Codi Civil. I el darrer acte conjunt, en el que vaig tenir l'honor de participar, fou el 13 de desembre de 2022, quan el Col·legi Notarial i l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya van retre, també conjuntament, un merescut homenatge a l'estimat acadèmic i notari que ens va deixar l'any passat Elías Campo Villegas, a qui la Consellera de Justícia va lliurar, a títol pòstum, el reconegut Premi Puig Salellas.

Entre una i altra data han estat nombroses —tot i que potser haurien d'haver estat encara més— les ocasions en què el Col·legi Notarial i l'Acadèmia han treballat de forma conjunta.

II. Avui, la qüestió que ens ocupa és la nova legislació sobre discapacitat. Nova legislació que, com hem vist, suposa un canvi radical que trenca molts dels esquemes tradicionals del dret que teníem assumits.

La diferència conceptual que tots vam estudiar a la Facultat entre capacitat jurídica i capacitat d'obrar deixa de tenir sentit (desapareix).

Tota persona major d'edat té capacitat per a ser titular de drets i obligacions, i també per exercir-los. Tot i que les persones amb discapacitat reben, en la nova

legislació, un suport per a la presa de decisions. No reben pròpiament protecció sinó suport.

Que les persones amb discapacitat rebin suport és, al meu entendre, una qüestió de justícia, inspirada en l'humanisme i en els principis de defensa dels més febles, que impregnen tot l'ordenament jurídic.

I entre els més febles estan sens dubte els més grans que, com va denunciar el Papa Francesc, la societat descarta, malgrat que com ja va escriure Michel de Montaigne: «*Las arrugas del espíritu nos hacen más viejos que las de la cara*».

L'article 12 de la Convenció internacional sobre els drets de les persones amb discapacitat de Nova York, de 13 de desembre de 2006, estableix que:

«Las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida».

En igualtat de condicions. La igualtat és un assumpte complex que ha ocupat i preocupat a sociòlegs, economistes i evidentment també a juristes.

En aquest sentit, voldria recordar com em va fer reflexionar, quan fa ja molts anys (potser encara essent estudiant) vaig llegir el llibre de Vallet de Goytisoló, «*Sociedad de masas y derecho*», en el que va escriure:

«La igualdad ha sido en todas las épocas un deseo y un objetivo constante de las clases menos favorecidas. Pero, a la vez, ha sido siempre instrumento político del poder para acrecentarse, nivelando las fuerzas sociales para mejor dominarlas todas».

Tot i que no és el sentit de la qüestió que avui ens ocupa, em plau citar aquí i ara el prestigiós jurista Juan Vallet de Goytisoló, acadèmic i notari (o notari i acadèmic).

Com és ben sabut, no són pocs els notaris que han estat membres de la nostra Acadèmia, que des de la seva restauració l'any 1954, ha estat presidida per quatre prestigiosos notaris: Roca-Sastre, Figa Faura, Follía i Jou.

III. La problemàtica de la nova legislació sobre discapacitat ha estat en la jornada d'avui abordada per quatre ponents (dos designats per l'Acadèmia i dos pel Col·legi Notarial), que pertanyen a quatre professions jurídiques diferents: una magistrada, una notària, un advocat i un fiscal.

No ha estat casualitat. Hem volgut conèixer l'opinió de quatre operadors jurídics diferents.

Soc un ferm partidari de la col·laboració entre les diferents professions jurídiques. Perquè com defensa l'historiador i filòsof neerlandès Rutger Bregman al seu llibre *Dignos de ser humanos*, el ser humà és més propens a col·laborar que no

pas a competir. Ja a la Grècia clàssica eren partidaris de l'educació col·laborativa. I és el que estem fent avui: una reflexió conjunta i col·laborativa de dues institucions jurídiques, per tal d'afrontar amb rigor i seriositat un clar canvi de paradigma.

Si em permeten, és el que habitualment fem a l'Acadèmia: intercanviar opinions i reflexions entre advocats, notaris, jutges, professors i registradors.

Del títol de la jornada d'avui, m'interessa destacar el darrer incís: Aspectes pràctics. Hom tendeix a pensar que a l'Acadèmia ens limitem a estudiar i debatre qüestions merament teòriques, i fins i tot allunyades de la realitat. Doncs, ben al contrari. Per a la realització dels seus fins, l'Acadèmia —segons els seus estatuts— pot valer-se, entre d'altres, dels següents mitjans:

—«*L'estudi, la discussió i el debat doctrinal històric i pràctic, de temes jurídics en sessions privades i públiques*».

—«*La col·laboració amb altres institucions jurídiques espanyoles i estrangeres*».

—«*L'estudi de les disposicions legals per orientar la seva aplicació*».

Doncs bé, en aquesta jornada estem col·laborant amb una institució jurídica, el Col·legi Notarial, en una sessió pública, estudiant noves disposicions legals, per orientar la seva aplicació.

Vull per tant insistir en la importància per a l'Acadèmia dels aspectes pràctics en l'aplicació del dret.

IV. Per acabar voldria anunciar que l'Acadèmia acaba de comparèixer a la informació pública de l'Avantprojecte de Llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suport a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones, i hem fet al·legacions, amb la sana intenció de millorar el text.

Perquè ens correspon estatutàriament formular propostes de reforma i concórrer a les informacions públiques sobre la nova legislació, però també perquè, com va escriure Trias i Giró —que fou president de l'Acadèmia els primers anys del segle XX—, cal educar al legislador en el coneixement exacte i veritable de les necessitats jurídiques del seu poble.

Tenim consegüentment un repte important, i cal que treballem plegats per una aplicació justa i raonable de la nova legislació sobre discapacitat. Repte que assolirem.

Perquè, com m'agrada recordar que va dir Von Ihering els juristes hem d'estudiar i cercar sense cessar el veritable camí, enderrocant tots els obstacles que s'oposin i impedeixin avançar. I tot això cal fer-ho, seguint a Bregman, amb esperit de col·laboració i no pas de competició.

Moltes gràcies a tots els assistents que ens han honorat amb la seva presència.

II JORNADES D'ADR EN L'ÀMBIT REGISTRAL:
LES CLÀUSULES DE MEDIACIÓ EN ELS CONTRACTES*
7 de juny de 2023

MEDIACIÓ I CONTRACTACIÓ PÚBLICA

per

JOAQUÍN TORNOS MAS

Secretari i Acadèmic de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

I. LA MEDIACIÓ

Per tractar el tema de la mediació en la contractació pública cal abordar, en primer lloc, el significat general d'aquesta institució i, en segon lloc, els problemes de la seva aplicació dintre de les relacions regides pel dret administratiu.

A. Doncs bé, tractem d'abordar la primera qüestió. Què cal entendre per mediació? En termes generals la doctrina qualifica la mediació com un mètode la finalitat del qual és buscar la solució efectiva a determinats litigis i el procediment del qual és el diàleg dirigit. És un procediment autocompositiu en què les parts no deleguen en un tercer (àrbitre, jutge) la solució del seu conflicte. A la mediació l'interessat és amo i senyor de la seva situació, dels seus interessos i de les possibles solucions o alternatives per a la seva superació. Recentment Agudo González ha definit la mediació com aquella activitat en què «un tercer neutral (anomenat mediador) contribueix a la resolució d'un conflicte entre parts, organitzant l'intercanvi dels seus punts de vista, intentant aproximar-los i propiciant, en definitiva, un acord».

Normativament la Llei 5/2012 de mediació en assumptes civils i mercantils, al seu article primer, estableix que «s'entén per mediació aquell mitjà de solució de controvèrsies, sigui quina sigui la seva denominació, en què dues o més parts intenten voluntàriament assolir per si mateix un acord amb la intervenció d'un mediador».

La Llei catalana 15/2009 de mediació en l'àmbit del dret privat, a l'article primer, afirma que «als efectes de la present llei, s'entén per mediació el procediment no jurisdiccional de caràcter voluntari i confidencial que es dirigeix a facilitar la comunicació entre les persones, perquè gestionin per elles mateixes una solució als

* Organitzades per la Conselleria de Justícia, en col·laboració amb el Col·legi de Registradors.

conflictes que les afecten, amb l'assistència d'una persona mediatra que actua de manera imparcial i neutral». Citem, finalment, el Decret català 279/2006 de mediació escolar, l'article 18 del qual estableix que la mediació «és un mètode de resolució de conflictes mitjançant la intervenció d'una tercera persona, amb formació específica imparcial, per tal d'ajudar les parts a obtenir per si mateixes un acord satisfactori».

D'aquest conjunt de definicions se'n poden extreure una sèrie de principis que han de concórrer en tot cas perquè es pugui reconèixer l'existència de la figura de la mediació. Vegem quins són aquests principis.

- a. La mediació és un procediment, un mètode que té com a objectiu resoldre un conflicte. L'acord, si escau, és el resultat, però la mediació també pot finalitzar sense acord.
- b. La mediació és una fórmula d'autocomposició per resoldre controvèrsies quan el conflicte jurídic afecta drets subjectius de caràcter disponible.
- c. La mediació requereix voluntarietat. La mediació és voluntària per a les parts. Es pot pactar la subjecció a una mediació com a tràmit previ i en aquest cas serà obligatòria de forma prèvia al procés arbitral o judicial. Les parts es poden desvincular en qualsevol moment del procediment de mediació. Es pot imposar, si escau, assistir a una reunió informativa, però no acudir a la mediació.
- d. La mediació ha de respectar la igualtat de les parts. Les parts han d'intervenir amb plena igualtat d'oportunitats en el procediment de mediació.
- e. El mediador ha de ser imparcial. Si la mediació és institucional, l'òrgan mediador no pot estar vinculat amb l'Administració que participa al procés negociador.
- f. Neutralitat. El mediador no ha d'interferir en les negociacions de les parts. El resultat de la mediació ha de ser fruit de la col·laboració de les parts. El punt de vista del mediador no ha de condicionar el contingut dels acords.
- g. Confidencialitat. El mediador i les parts no poden revelar la informació que hagin pogut obtenir al si del procediment de mediació.
- h. Vinculació. L'acord a què s'arribi vincula les parts. L'acord té l'eficàcia del contracte. Es pot elevar a escriptura pública, adquirint la força del títol executiu.
- i. Economia processal. El procediment de mediació ha de ser àgil i no es pot demorar més d'un temps raonable, que es pot fixar amb caràcter general en tres mesos.

La mediació és una forma autocompositiva per resoldre un conflicte. Es tracta d'assolir una solució per acord entre les parts. No hi ha guanyador. Dintre de l'autocomposició cal incloure la conciliació i mediació. Dins la mediació, apuntarem al final la distinció entre mediació administrativa o intra judicial. Di-

ferent de la mediació és l'heterocomposició, el que succeeix quan la decisió del conflicte es posa a les mans d'un tercer. És un sistema de venciment, del que formen part l'arbitratge, el recurs administratiu (davant d'òrgans interns o davant d'òrgans independents) i el recurs judicial.

La mediació no intenta corregir irregularitats jurídiques, sinó que tracta de buscar l'aplicació de la norma que més satisfaci les parts que estan en una situació de conflicte. La mediació no pot comportar una decisió contrària a dret, però la seva funcionalitat no és aconseguir la correcta aplicació de la norma, sinó tractar d'assolir un acord entre les parts relacionades dins del marc legal aplicable. No hi ha control d'una actuació prèvia, sinó una llera per arribar a una solució acordada. Aquí rau la seva singularitat i la dificultat de la seva aplicació a les relacions regides pel dret administratiu, ja que l'administració en principi ha d'actuar amb la finalitat primordial de complir la norma de la manera més correcta possible en la persecució de l'interès general. La defensa de la mediació en aquest àmbit administratiu s'ha de basar en la constatació que aconseguir un acord amb els ciutadans afectats és una bona manera d'aconseguir la millor satisfacció de l'interès general que està definit a la norma aplicable.

B. Entrem en la segona qüestió. Quins problemes planteja l'aplicació de la mediació quan el conflicte està subjecte al dret administratiu?

Perquè l'administració pugui complir la seva funció de servir els interessos generals, el dret administratiu, el seu dret propi, ha establert que en les relacions jurídiques amb tercers l'administració tingui una posició privilegiada, que es concreta en els poders d'autotutela declarativa i executiva. Els actes de l'administració es presumeixen vàlids i són immediatament executius, podent executar-se per la pròpia administració. El control de l'administració es duu a terme en primera instància per la pròpia administració, recursos administratius, i en segona instància per una jurisdicció especialitzada, la jurisdicció contenciosa administrativa.

Per això, el recurs a la mediació és especialment complex quan es tracta d'un conflicte regit pel dret administratiu, a causa de la singular posició de l'Administració, cosa que impedeix aplicar de manera acrítica aquest institut jurídic tal com ha estat concebut i regulat per resoldre conflictes entre subjectes privats.

En aquest sentit, cal assenyalar que l'Exposició de Motius de la Llei 5/2012 de mediació en assumptes civils i mercantils afirma que «el segon eix de la mediació es troba en la deslegalització o pèrdua del paper central de la llei en benefici d'un principi dispositiu que regeix també en les relacions que són objecte del conflicte». Els subjectes privats, habilitats per aquest principi dispositiu, poden pactar tot allò que no sigui contrari a la llei i estigui dins de l'àmbit dels seus drets disponibles. Per això, podeu cercar l'acord a través d'un mediador sense cap altre límit que el del caràcter disponible del dret sobre el qual es negocia.

Doncs bé, allò que afirma l'Exposició de Motius esmentada no és aplicable a l'Administració. En l'activitat de l'Administració no es pot perdre el paper central de la llei o de la norma en benefici d'una llibertat de pacte per assolir una solució parcial per resoldre un conflicte determinat.

El recurs a fórmules autocompositives dels conflictes té, per tant, un primer gran límit quan una de les parts és una administració. La vinculació positiva de l'Administració a la norma que atorga les potestats redueix de manera molt important la capacitat de modular-ne l'aplicació per aconseguir una solució acordada d'un conflicte concret. La norma no pot perdre el seu paper central per aconseguir una solució del conflicte, contra *legem*, cosa que tampoc no cabria en l'àmbit privat, però quan actua l'Administració tampoc és possible en principi un acord *praeter legem*, el que sí que seria possible a les relacions interprivades.

Tot i això, creiem que és possible dur a terme una interpretació flexible de la vinculació positiva de l'administració a la norma i en aquest sentit entendre que en determinats supòsits gaudeix d'un marge d'aplicació que li permet arribar a acords sense situar-se fora del mandat normatiu. Sempre que la norma habiliti per assolir diverses solucions igualment correctes, o utilitzi conceptes jurídics indeterminats, l'administració podrà arribar a acords per concretar la solució final. Per això entenem que la mediació també s'hauria d'admetre en els supòsits de relacions singulars en què la norma exigeix un procés de concreció per dictar l'acte administratiu que tingui en compte les circumstàncies concurrents, sempre que aquesta decisió no afecta drets i interessos de tercers. Així, per exemple, en els conflictes en matèria de funció pública, supòsits de reclamacions de quantitat plantejades a l'Administració, ja sigui com a conseqüència d'una acció de responsabilitat contractual o extracontractual. També en supòsits en què s'ha d'acordar la provisió d'algun servei personal, i es pot negociar quin tipus de servei, la durada, el lloc de prestació i en matèria tributària en relació amb actes com la liquidació tributària, provisions de constrenyiment, denegació de beneficis fiscals o devolució de tributs. I finalment, i aquest serà el tema que tractarem a continuació, en els casos de litigi sorgits en l'execució d'un contracte.

II. LA MEDIACIÓ ADMINISTRATIVA I LA MEDIACIÓ INTRA JUDICIAL

Un cop definit el contingut de la mediació, com a forma auto compositiva de resolució de conflictes i els seus problemes quan s'ha d'aplicar a relacions regulades pel dret administratiu, cal diferenciar el recurs a la mediació en via administrativa del seu recurs en el que s'ha denominat mediació intra judicial.

En via administrativa es pot recórrer a la mediació abans de que es formalitzi un conflicte, o bé un cop formalitzat el conflicte dintre d'un recurs administratiu.

Si prenem com a exemple la matèria de la contractació pública, sobre la que tornarem, en via administrativa es podrà acudir a la mediació quan sorgeix un problema en la fase d'execució del contracte. L'administració té la prerrogativa de la interpretació del contracte, article 190 de la LCSP. Per tal de resoldre els dubtes que pugui plantejar la forma d'executar el contracte, es podria recórrer a un mediador que tractés d'apropar les postures de l'administració i el contractista i arribar a un acord sobre la forma d'executar el contracte. El contractista també podria impugnar en via administrativa l'acord de l'òrgan de contractació pel qual interpreta el contracte mitjançant un recurs administratiu ordinari. Dintre del recurs administratiu es podria intentar també una mediació. Finalment, si el conflicte es produeix, per exemple, en relació a la modificació contractual, els contractista podria plantejar un recurs especial en matèria de contractació, articles 44 a 60 de la LCSP. Davant de l'òrgan especial de resolució d'aquets recursos també es podria acudir a la mediació, assumint l'òrgan especial la proposta de resolució del conflicte que li formulessin les parts.

Si el conflicte ha arribat a la via judicial, es podrà recórrer a l'anomenada mediació intra judicial, que està contemplada a l'article 77 de la LJCA. En aquest cas, el conflicte que pugui sorgir en l'execució del contracte podrà ser derivat a mediació pel jutge o tribunal que conegui del cas, i si s'arriba un acord, el jutge o tribunal convertirà l'acord en sentència (si l'acord és conforme a dret).

III. LA MEDIACIÓ EN LA CONTRACTACIÓ PÚBLICA. PRINCIPIS GENERALS

Si portem les consideracions anteriors a la matèria contractual, com ja hem avançat, hem de distingir les dues grans fases de la contractació pública, la fase de preparació i adjudicació del contracte, i la fase d'execució i resolució contractual. A la primera fase, en què no hi ha contracte sinó un procediment administratiu que finalitza amb un acte d'adjudicació, els conflictes es plantejaran en relació al contingut dels plecs, a l'exclusió d'un contractista, a l'adjudicació. En tots aquests casos la resolució del conflicte ha de tenir en compte principalment l'interès general consistent a definir correctament el contingut contractual i les regles de selecció del contractista, garantint els principis de publicitat i concurrència i duent a terme la selecció de la millor oferta. D'altra banda, en aquests conflictes sempre hi pot ser present un tercer, el que no va resultar adjudicatari, o el tercer que va ser exclòs de la licitació. Per això, reconeixent que és molt difícil establir amb caràcter general allò que no és de lliure disposició per a l'Administració, creiem que tota la fase primera de la contractació pública, la que culmina amb l'acte d'adjudicació, hauria de quedar fora de la mediació.

Per contra, les qüestions relatives a l'execució del contracte tenen com a objecte aspectes vinculats directament a l'execució d'un negoci bilateral, en què

només hi ha dues parts, i on el que és rellevant és la bona execució del contracte de conformitat amb el que estableix el mateix i en la normativa contractual general. La resolució d'aquests conflictes requereix procediments ràpids i en la majoria de casos es tractaran qüestions tècniques o de caràcter patrimonial. L'interès general està determinat per una bona execució del contracte. Portar a procediments de mediació, o arbitrals, la resolució dels conflictes que puguin sorgir en aquesta execució ajudarà aquesta bona execució. Per això creiem que aquestes qüestions sí que poden ser objecte de mediació (o d'arbitratge). L'Administració contractant es pot veure privada de la seva prerrogativa d'interpretar unilateralment el contracte, o de determinar si hi ha ruptura de l'equilibri contractual i com es reequilibra el contracte, portant la resolució del conflicte que l'enfronti amb el contractista a un procediment de mediació. Les pretensions que exerciti el contractista a la fase d'execució són per això susceptibles de mediació.

Limitar la mediació a la fase d'execució del contracte pot tenir una altra justificació. Els conflictes que es poden suscitar en la fase d'adjudicació contractual es poden resoldre acudint al recurs especial en matèria de contractació, l'article 44.2 del qual enumera les qüestions que poden ser objecte d'aquest recurs. En aquests casos, l'ordenament ja ha creat una via ràpida i no costosa que resol aquests conflictes amb independència i qualificació tècnica. A més, si s'impugna l'adjudicació s'obté la suspensió del procediment d'adjudicació. El possible recurs a la mediació perd bona part del sentit.

Centrada la mediació en la fase d'execució del contracte, es poden fer les següents precisions.

A. *La matèria arbitrable*

Tornem breument sobre aquesta important qüestió. La mediació hauria de ser possible en tota mena de contractes del sector públic, ja siguin de dret administratiu o de dret privat. Seria bo que la llei precisés el llistat de les qüestions en les que es pot recórrer a la mediació dins de la fase d'execució. Així, els conflictes sobre el compliment contractual, terminis, qualitats, abonament de quantitats, conflictes sobre l'exercici del *ius variandi* o sobre la ruptura de l'equilibri econòmic, o conflictes sobre modificacions contractuals, com per exemple si hi concorren o no les causes que permeten la modificació, pròrrogues, revisió de preus, successió a la persona del contractista o cessió del contracte, ampliació de termini. També resolució i rescat.

B. *Caràcter voluntari*

Dins les notes que caracteritzen la mediació sempre s'ha destacat la voluntarietat, que es vincula directament amb el dret a la tutela judicial de l'article 24 de

la Constitució. En la mediació la voluntarietat sempre està present, en la mida en que l'acord depèn sempre de la voluntat de les parts.

Però es pot plantejar l'obligatorietat en el sentit que sigui obligatori acudir a la fase de negociació, acceptant l'actuació del mediador. La voluntarietat radica en el fet que l'acord només depèn de la voluntat de les parts.

S'hauria de tractar de potenciar l'acceptació de la mediació per part de l'Administració. L'Administració hauria de valorar que l'interès públic també aconsella comptar amb un mecanisme àgil que permeti resoldre els conflictes que sorgeixen durant l'execució del contracte per aconseguir-ne una eficaç execució.

C. *Procediment*

Creiem que seria positiu que la llei de contractes regulés algunes qüestions que responen a la singularitat de la mediació que estem proposant en matèria de contractes del sector públic. Passem a enumerar aquestes qüestions:

—La llei ha d'habilitar amb caràcter general el recurs a la mediació, però la possibilitat d'acudir a la mediació en l'execució d'un contracte concret s'hauria d'establir als plecs de clàusules administratives.

—La llei hauria de fixar el termini per sol·licitar la mediació, el termini per adoptar l'acord i els efectes d'aquest acord, en particular la suspensió dels terminis per interposar els recursos jurisdiccionals.

—També s'haurà de preveure la possibilitat de demanar i acordar mesures cautelars pel que fa a l'execució o resolució contractual.

—S'ha de regular el contingut general de l'acord, la seva eficàcia i executivitat, i la seva possible impugnació.

—Es pot preveure que les parts, Administració contractant i contractista, fixin el calendari del procediment i la pràctica de tràmits essencials, com la prova.

IV. MEDIACIÓ INTRA JUDICIAL EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ PÚBLICA

El recurs a la mediació en matèria de contractació pública també es pot donar dintre ja del procés contenciós administratiu. En aquest cas el jutge o Tribunal podrà fer ús de la possibilitat que ofereix l'article 77 de la Llei jurisdiccional 29/1998. Aquest precepte estableix que:

«1. En los procedimientos en primera o única instancia, el juez o tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimien-

to de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad.

Los representantes de las administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos.

2. El intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones salvo que todas las partes personadas lo solicitasen y podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia.

3. Si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el juez o tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros.

4. En todo caso, las actuaciones previstas en este artículo podrán llevarse a cabo por medios electrónicos».

Si bé el cert és que aquest precepte no parla de mediació, i si fa referència a la transacció i a la conciliació, doctrina i jurisprudència quan es refereixen a la mediació intra judicial fan referència a aquest precepte. Per tant, d'acord amb aquest precepte, en els procediments en primera o única instància, el jutge o tribunal, d'ofici o a instància de part, un cop formulats els escrits de demanda i contestació, pot derivar la resolució del conflicte a un procediment de mediació. El jutge o tribunal emplaçarà a les parts a tractar d'arribar a un acord sobre la qüestió que els planteja, nomenarà un mediador i fixarà un termini per arribar a un acord.

S'ha de dir que la mediació intra judicial no és una forma alternativa a la judicial per resoldre conflictes. No es pot qualificar d'ADR. Es tracta d'una forma alternativa a la sentència general, ja que la sentència es dictarà pel jutge o tribunal atinent a la proposta que li facin arribar les parts que han actuat amb l'ajut d'un mediador. Sempre que l'acord que les parts fan arribar al jutge o Tribunal sigui conforme a dret. L'acord, en forma de sentència, posa fi al conflicte.

Creiem que aquesta forma de mediació intra judicial pot ser especialment útil en matèria de contractació, en particular en conflictes que puguin sorgir en la fase d'execució en els que qüestions tècniques o financeres són d'especial importància. A tall d'exemple poden fer esment de la problemàtica avui molt present, de les reclamacions de reequilibri econòmic en contractes públics. Un cop es pugui precisar pel jutge o tribunal, amb un raonament jurídic, si concorren les causes de trencament de l'equilibri i per tant el necessari reequilibri, es plantejarà l'abast del reequilibri i les formes per tal de poder fer-lo efectiu. En aquest segon moment cal atendre a qüestions econòmiques complexes que acostumen a

escapar dels coneixements dels jutges i tribunals, que han de recórrer a dictàmens pericials costosos, i que de vegades no entenen plenament. En aquests supòsits el recurs a la mediació pot ser un recurs d'enorme utilitat. Amb un mediador que conegui el dret administratiu i tingui coneixements econòmics, les parts poden proposar un acord que doni satisfacció al contractista, a la bona execució del contracte i a l'administració, posant fi al litigi. Aquest acord serà convertit en sentència i les parts ja no plantejaran ulteriors recursos. L'administració acceptarà la mediació, ja que el seu acord serà homologat pel jutge o tribunal i no podrà reclamar-se responsabilitat al funcionari o polític que hagi arribat a l'acord.

V. FINALMENT, UNES CONSIDERACIONS SOBRE L'ARBITRATGE A LA CONTRACTACIÓ PÚBLICA

Si bé aquest treball té com a objecte la mediació a la contractació pública, volem afegir una última breu consideració final sobre el possible recurs a l'arbitratge a la contractació pública. El silenci actual de la Llei 9/2017, de contractes del sector públic, no implica la seva interdicció, ja que si el legislador ho hagués volgut prohibir així ho hagués fet. Per contra, el silenci de la llei permet entendre que ja no existeix la limitació de l'arbitratge als contractes de dret privat, com es desprenia de la legislació anterior. Conseqüentment, davant del silenci de la llei de contractes del sector públic haurem d'estar a allò que estableix la llei d'arbitratge, que no conté aquesta limitació.

L'article 2.2 Llei d'arbitratge estableix que són susceptibles d'arbitratge «les controvèrsies sobre matèries de lliure disposició d'acord amb dret». D'aquesta forma tornem al que hem exposat abans. En matèria de contractació pública son matèries de lliure disposició les relatives a les fases de execució i resolució del contracte.

La primera llei, en el dret intern espanyol, que va contemplar la possibilitat de l'arbitratge en la contractació pública va ser la llei d'Administració i Contabilitat de l'1 de juliol del 1911, la qual exigia que una llei especial autoritzés aquesta possibilitat. Molt temps més tard, el Reglament General de Contractació de l'Estat, de 1975, també va admetre l'arbitratge en la contractació, però amb el mateix requisit de la llei de 1911. El 1997, la Llei General Pressupostària va rebaixar l'exigència formal d'una llei habilitant de l'arbitratge, exigint un decret del Consell de Ministres i un Dictamen del Consell d'Estat.

Ja més recentment la Llei 13/1995, de contractes de les administracions públiques, a l'article 61.2 reitera la possibilitat del recurs a l'arbitratge, tot remeient-se als requisits de la Llei de 1977. Aquesta regulació es reitera al Text Refós de la Llei 2/2000, de contractes de l'Estat de les Administracions Públiques (arts. 60.2 i 117.3).

El canvi significatiu a aquest tractament legal es va produir amb la Llei 30/2007, de Contractes del Sector Públic, norma que suprimeix el requisit formal de comptar amb un Reial Decret habilitant introduint, per contra, límits materials al recurs a l'arbitratge. L'arbitratge serà possible si el contracte és de dret privat i només és possible en relació als conflictes que sorgeixin a la fase d'execució del contracte. Aquesta mateixa llei es remet, pel que fa a la regulació de l'arbitratge, a la Llei 60/2003. El Reial Decret Legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, va mantenir el que estableix la Llei de 2007, reproduint a l'article 50 el que va establir l'article 320 abans esmentat.

Actualment el marc normatiu de l'arbitratge en la contractació pública el trobem establert a la vigent Llei 7/2019, al Reial Decret Llei 3/2020 de sectors exclosos i en alguna norma autonòmica. Com ja hem dit la Llei 7/2019 ha suprimit tota referència a l'arbitratge a la contractació pública interna, contenint tan sols una breu referència als contractes que se celebrin amb empreses estrangeres.

Major interès té el que disposa el Reial Decret Llei 3/2020 de sectors exclosos. El seu article 123 estableix que:

«1. Les entitats contractants podran remetre a un arbitratge en dret, d'acord amb les disposicions de la Llei 60/2003, de 23 de desembre, d'arbitratge, la solució de les diferències que puguin sorgir sobre els efectes, el compliment i l'extinció dels contractes que celebrin, independentment de la quantia dels mateixos.

2. Els plecs de condicions determinaran la composició de l'òrgan col·legiat a què es remet la resolució de la controvèrsia, garantint que almenys un dels membres sigui proposat pel contractista.

3. Quan el plec no assenyali la composició de l'òrgan arbitral, i no hi hagi acord sobre aquesta entre l'entitat contractant i el contractista, la competència per resoldre l'arbitratge correspondrà a l'òrgan competent per a la resolució de la reclamació en matèria de contractació a què fa referència l'article 119».

D'aquest precepte cal destacar les qüestions següents. El legislador ha volgut fixar un marc legal, encara que breu, per a aquests tipus d'arbitratges. Així, exigeix que l'arbitratge sigui de dret, i disposa que es regularà pel que estableix la Llei 60/2003. També s'ocupa de preveure la composició del col·legi arbitral. En aquest punt fa una primera remissió a allò que puguin disposar els Plecs contractuals, exigint que, en tot cas almenys un dels membres sigui proposat pel contractista. Després, amb efectes subsidiaris, mancants de previsió en els Plecs o d'acord entre les parts, disposa que la competència per resoldre l'arbitratge correspon a l'òrgan competent per a la resolució de la reclamació en matèria de contractació a què es refereix l'article 119, és a dir, als Tribunals especials en matèria de contractació.

Novament es limita la matèria susceptible d'arbitratge a les qüestions contractuals relatives als efectes, compliment i extinció dels contractes que se celebren, independentment de la quantia dels mateixos.

Finalment, i això és especialment important com tractarem més endavant, la legislació autonòmica ens ofereix algunes respostes pròpies a aquest tema. Així, Aragó, per mitjà de l'art. 33.6 de la Llei 3/2012, del 8 de març, de Mesures Fiscals i Administratives de la Comunitat Autònoma d'Aragó, va afegir un article, el 22, a la Llei 3/2011, del 24 de febrer, de mesures en matèria de Contractes del Sector Públic d'Aragó, establint que els «diferents poders adjudicadors sotmesos a aquesta llei» poden sotmetre a arbitratge «la solució de les diferències que puguin sorgir sobre els efectes, compliment i extinció dels contractes que celebren».

També el Decret Llei 3/2021, de 16 de febrer, pel qual s'adopten mesures d'agilitació administrativa i racionalització dels recursos per a l'impuls a la recuperació i resiliència en l'àmbit de la Comunitat Autònoma d'Andalusia, en el seu article 33 permet expressament l'arbitratge «sobre els efectes, el compliment, les qüestions relatives al reequilibri econòmic del contracte i l'extinció dels contractes sobre matèries de lliure disposició d'acord amb el dret, d'expedients que es financin amb càrrec als fons europeus», establint a més que «sense que sigui necessari Decret acordat en Consell de Govern, atenent al que preveu l'article 21.3 del Text Refós de la Llei General de la Hisenda Pública de la Junta d'Andalusia».

Com es pot veure, de nou les normes autonòmiques limiten l'arbitrabilitat a les qüestions relatives als efectes, el compliment i l'extinció dels contractes, afegint la norma andalusa una referència especial a les qüestions relatives al reequilibri econòmic del contracte.

En darrer lloc volem fer esment de la recent llei de contractació pública d'Andorra 14/2022 de 12 de maig que, en el seu article 49.8, disposa: «els litigis relatius a l'execució de tots els contractes regulats per la llei, incloses les concessions d'obres i serveis, queden sotmesos a la jurisdicció dels tribunals andorrans. Quan estigui previst als plecs de clàusules administratives particulars, en els contractes es pot optar per l'arbitratge com a sistema de resolució de litigis».

XV PREMI PUIG SALELLAS ATORGAT A
L'EXCMA. SRA. MARIA EUGÈNIA ALEGRET BURGUÉS*
12 de desembre de 2023

PARAULES EN L'ACTE DE LLIURAMENT
DEL XV PREMI PUIG SALELLAS A
L'EXCMA. SRA. MARIA EUGÈNIA ALEGRET BURGUÉS

per
FRANCESC TUSQUETS I TRIAS DE BES
President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

I. Vull que les meves primeres paraules siguin per agrair a la Junta Directiva de l'Il·lustre Col·legi Notarial de Catalunya, per l'honor que per a mi representa l'encàrrec de fer la *laudatio* de Maria Eugènia Alegret Burgués, guardonada amb el prestigiós Premi Puig Salellas d'enguany.

Hi ha qui no creu en les casualitats.

No és el meu cas.

I no estic segur que sigui una casualitat, però vaig col·laborar professionalment per primer cop amb M. Eugènia Alegret (ho recordo perfectament), aquí, a la seu del Col·legi de Notaris.

Era a finals de l'any 2011, i el Col·legi Notarial va organitzar una jornada per analitzar la Llei 11/2011 de reforma de la Llei d'Arbitratge, a la que M. Eugènia va assistir com a magistrada del TSJ —al que la nova normativa atribuïa competències en matèria d'arbitratge—, i jo com a vocal del Tribunal Arbitral de Barcelona.

Molt poc temps després vaig ingressar a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, de la que M. Eugènia ja n'era acadèmica numerària.

Des de llavors, hem tingut una relació ben estreta i molt cordial, que s'ha intensificat en els darrers anys, en els que hem compartit tasques directives de l'Acadèmia.

Crec que puc dir que ens uneix una bona amistat.

Circumstància aquesta que sens dubte dificulta l'encàrrec rebut de glossar la figura de la guardonada.

II. Maria Eugènia Alegret va néixer a Barcelona, en el si d'una família aliena a la tradició jurídica. El seu pare fou enginyer naval.

* Sessió extraordinària organitzada conjuntament amb el Col·legi Notarial de Catalunya.

Estudià el batxillerat al Col·legi Santa Elisabeth, de les «*monges alemanes*» del carrer Copèrnic. Tampoc sé si és o no casualitat, però també és on van estudiar les meves dues germanes.

Després M. Eugènia va estudiar dret a la Universitat de Barcelona, compatibilitzant l'estudi amb el treball, i es llicencià l'any 1978.

Només dos anys després ingressà per oposició a la carrera judicial, essent destinada primer a Lorca, i després a Fraga i Sant Feliu de Llobregat.

L'any 1983 ascendeix a la categoria de magistrada i passa a ser jutgessa de Baracaldo, Terrassa i, l'any 1986, del jutjat de Primera Instància núm. 8 de Barcelona.

L'any 1991 ja és magistrada de l'Audiència Provincial de Barcelona, prestant serveis primer a la Secció 11 (civil) i després ja com a presidenta de la Secció 16 i de la Secció 14.

L'any 2004 és elegida presidenta del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, essent la primera dona a Espanya en presidir un Tribunal Superior de Justícia.

He descrit en molt poques paraules una brillantíssima carrera judicial, probablement sense parangó.

Aquesta trajectòria ens demostra que M. Eugènia és una excel·lent jurista.

Efectivament, reuneix les característiques pròpies dels bons juristes: cultura jurídica i per tant, cultura humanística, i prudència. Són virtuts essencials per a tots els juristes, i en particular pels jutges, com ja va posar de manifest el nostre acadèmic honorari Ignacio Sancho Gargallo, al seu discurs d'ingrés a l'Acadèmia intitulat «*Iuris Prudentia del juez civil*».

M. Eugènia Alegret és una jutgessa que es caracteritza perquè sap escoltar, cosa que agraïm profundament els advocats, i sap escriure; escriu molt bé.

Les seves sentències estan ordenades, són fonamentades i ben redactades, són un bon exemple d'allò que disposa l'article 218 de la LEC.

Però també constitueixen un exemple del que podem anomenar bona literatura jurídica.

En efecte, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya ha dictat, sota la ponència de la magistrada que avui homenatgem, moltes sentències realment rellevants.

Entre d'altres m'agradaria citar les següents:

La sentència de 12 de setembre de 2011, en matèria de prescripció; sentència 31/2021 de 3 de maig sobre atribució de la vivenda familiar; sentència 40/2023, de 22 de juny sobre violència vicària; sentència 6/2018, de 11 de gener sobre fideïcomís; sentència 44/2023, de 10 de juliol sobre acció publiciana; sentència 38/2007 sobre servituds; i la recent sentència 47/2023 de 21 de juliol sobre arbitratge.

Aquesta darrera sentència desestima una acció d'anul·lació d'un laude arbitral amb una clara fonamentació i motivació de la decisió, exponent amb precisió conceptes controvertits, com què s'entén per ordre públic econòmic a efectes de la

impugnació de laudes arbitrals, quines són les normes imperatives en la legislació sobre societats anònimes i les diferències entre la jurisdicció i l'arbitratge quant a la motivació de les resolucions.

Maria Eugènia Alegret, pionera en tants camps i causes, també ha estat dels primers jutges que han entès i aplicat amb correcció la nova normativa sobre arbitratge.

Permeteu-me aquí i ara recordar la immensa tasca que en aquest sentit va desenvolupar el notari, acadèmic i amic Elías Campo, premiat a títol pòstum amb el Premi Puig Salellas del darrer any.

A banda d'aquesta intensa activitat jurisdiccional, Maria Eugènia ha desenvolupat també una destacada activitat governativa a la Sala de Govern del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya.

En definitiva, és un clar referent per a tots els jutges de Catalunya.

III. A més de les activitats jurisdiccionals i governatives, l'avui guardonada ha volgut obrir-se a la societat i exercir també com a professora, ponent i conferenciant amb més d'un centenar d'intervencions en universitats, col·legis professionals, cambres de comerç i centres de formació, repartits per tota la geografia espanyola i també iberoamericana.

La temàtica de les ponències és enormement variada, amb preferència potser de qüestions relacionades amb el dret civil, i en particular el dret civil de Catalunya, dret processal i arbitratge.

IV. Maria Eugènia Alegret és autora també d'una vintena de publicacions científic-jurídiques. Permeteu-me que n'assenyali tres:

—«La rescissió per lesió *ultra dimidium* en la jurisprudència del Tribunal de Cassació i en la doctrina del Tribunal Superior de Justícia»

Fou el treball amb el qual adquirí la condició d'acadèmica numerària de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Discurs que contestà el notari i acadèmic Lluís Jou.

Maria Eugènia va escollir pel seu discurs d'ingrés a l'Acadèmia una institució típicament catalana, «*l'engany a mitges*», ben arrelada al nostre dret propi, que té els seus orígens en el Codi de Justinià: «*Si tú o tu padre hubierais vendido por menor precio una cosa de mayor precio, es humano que restituyendo tú el precio a los compradores recobres el fundo vendido, mediante la autoridad del juez o que, si el comprador lo prefiere, recibas lo que le falta al justo precio*».

—«Las nuevas competencias del Tribunal Superior de Justicia en materia de arbitraje».

Treball inclòs en l'obra col·lectiva *El arbitraje: nueva regulación y práctica arbitral*, que vaig tenir l'honor de codirigir.

Es tracta d'un llibre del que són autors advocats, jutges, notaris, professors i registradors, que tenia la pretensió de difondre la nova regulació de l'arbitratge. Ho destaco perquè sóc un ferm partidari de la col·laboració entre les diferents professions jurídiques.

Al seu treball, Maria Eugènia exposa amb claredat i precisió les noves competències del Tribunal Superior de Justícia en la reforma de 2011 de la Llei d'Arbitratge.

—«El incumplimiento y la resolución del contrato de compraventa en el Llibre VI del Codi Civil de Catalunya».

Treball que forma part del monogràfic sobre la compravenda a Catalunya de la *Revista Jurídica de Catalunya* l'any 2022, redactat conjuntament amb la professora de Dret Civil de la UB Chantal Moll de Alba.

En aquest treball s'exposen els remeis que la normativa catalana, inspirada en l'europea, ofereix a les parts en cas d'incompliment d'obligacions recíproques del contracte de compravenda.

Fixeu-vos que les qüestions tractades en els treballs de Maria Eugènia palesen les seves preocupacions i inquietuds tant per les institucions més tradicionals i arrelades, com per les més recents reformes legislatives.

V. Voldria referir-me també a la vessant d'acadèmica de l'avui homenatjada.

Maria Eugènia Alegret va ser elegida acadèmica l'any 2007, cobrint la vacant produïda pel traspàs del també magistrat Guillermo Vidal Andreu.

L'any 2010 llegí el seu discurs d'ingrés sobre la rescissió per lesió *ultra dimidium*, com ja s'ha dit.

Ostenta la medalla Pere d'Amigant i de Ferrer.

Maria Eugènia sempre assisteix a les sessions acadèmiques. Només va faltar quan formava part del Tribunal qualificador d'oposicions a notaris l'any 2015.

Sempre ben predisposada, col·labora i participa també de forma activa en les activitats acadèmiques, acreditant no només la seva cultura jurídica, sinó també la seriositat, el rigor intel·lectual, la seguretat i la independència de criteri.

Forma part del Consell de Redacció de la *Revista Jurídica de Catalunya*, que coedita l'ICAB i l'Acadèmia.

Va representar l'Acadèmia en la contestació del discurs d'ingrés de l'acadèmic Antonio Recio sobre «Protección del heredero frente a las deudas de su causante».

Va llegir l'emotiva necrològica de l'acadèmic traspasat, el magistrat Francisco Soto Nieto.

Ha presentat diverses i sempre interessants comunicacions en sessions acadèmiques ordinàries, sobre qüestions de dret civil català, sistemes alternatius de resolució de conflictes, dret processal i la problemàtica dels habitatges turístics en el règim de propietat horitzontal.

És, sens dubte, el membre de l'Acadèmia que més comunicacions ha presentat des de la seva incorporació a la institució.

Avui precisament teníem previst celebrar una sessió ordinària, en la que Maria Eugènia Alegret havia de presentar una comunicació sobre la reforma del recurs de cassació.

Sessió que, atesa la rellevància de l'acte que avui estem celebrant, hem ajornat fins després de Reis.

Maria Eugènia Alegret és actualment la vicepresidenta de l'Acadèmia, càrrec pel que fou elegida pels companys l'any 2017, i ha estat reelegida al finalitzar el seu mandat.

No hi ha doncs cap mena de dubte de la seva intensa i fructífera activitat acadèmica.

VI. La primera conclusió a la que podem arribar és que Maria Eugènia Alegret és una persona molt treballadora, que ha arribat ben lluny amb esforç i dedicació.

Com ella mateixa reconeix, va ser educada pel treball.

Voldria però fer també unes breus referències a la seva vida personal i familiar.

Maria Eugènia viu a Sarrià, en una casa en un carrer molt tranquil, on de ben segur ha passat moltes hores estudiant i treballant.

Casada amb el també magistrat José Manuel de Soler, tenen dos fills, un dels quals, Pablo, és advocat, i ja són avis.

Maria Eugènia, ja ho hem dit, va néixer en el si d'una família aliena al món del dret, però amb un marit magistrat i un fill advocat ja n'ha creat una amb tradició jurídica.

És una persona educada, correcta, intel·ligent i discreta, plenament conscient de la rellevància de les seves funcions jurisdiccionals i acadèmiques.

Quan l'any 2015 la Dra. Encarna Roca llegí la *laudatio* del també acadèmic Lluís Puig Ferriol, guardonat aquell any amb el Premi Puig Salellas, va qualificar a Lluís Puig com un home digne, citant un article del notari i acadèmic Juan José López Burniol: «*La dignidad es una cualidad de todo ser humano, de toda persona, por el solo hecho de serlo, que es independiente de cómo somos, pensamos o lo que hacemos, pues esta dignidad originaria —proclamada por todos los textos de derecho internacional que se refieren a los derechos humanos— se erosiona y degrada a resultas de un comportamiento incorrecto según las pautas sociales dominantes. La dignidad requiere, por tanto, una educación o aprendizaje previos para el bien, es decir la recta formación de la inteligencia y de la voluntad*».

També de Maria Eugènia Alegret podem dir el mateix. Intel·ligent i ben formada, exerceix amb gran dignitat les seves funcions jurisdiccionals i acadèmiques.

M'interessa aquí i ara destacar la importància que dóna a la dignitat Javier Gomà Lanzón al seu assaig intítulat precisament «*Dignidad*».

Javier Gomá, filòsof i jurista, fill i germà de notaris, diu: «*La dignidad es el concepto más revolucionario del siglo XX, dotado de tal fuerza transformadora que su mera invocación, como si de una palabra mágica se tratara, ha servido para remover pesados obstáculos que frenaban el progreso moral de la humanidad dando impulso a su formidable avance en la última etapa*».

Al col·legi on jo vaig estudiar el batxillerat, els premis als millors estudiants eren qualificats com a «*dignidades*», que es proclamaven en un acte públic i solemne al final de curs.

Avui el notariat de Catalunya ha volgut premiar a una jutgessa, i en un acte públic i solemne els notaris, i conjuntament amb ells tot el món jurídic de Catalunya, proclamem la dignitat de Maria Eugènia Alegret Burgués, amb el prestigiós Premi Puig Salellas.

Enhorabona.

Moltes gràcies a tots.

DISCURS PREMI PUIG SALELLAS

per

MARIA EUGÈNIA ALEGRET BURGUÉS

Vicepresidenta de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Bona tarda a tothom.

Salutacions: digníssimes autoritats, assistents, familiar, amics i amigues

En primer lloc vull expressar el meu profund agraïment al Degà i a la Junta directiva del Col·legi Notarial de Catalunya per la concessió del prestigiós premi Puig Salellas d'enguany.

Em plau especialment perquè és la primera vegada que es concedeix el premi a un membre de la carrera judicial.

Moltes gràcies també a l'Excm. Sr. President de l'Acadèmia per la *laudatio* que ha fet de la meva persona.

Correspondria dir ara que no mereixo tal distinció i que és producte de l'estima i consideració que tinc pel Col·legi Notarial de Catalunya, en particular des que vaig formar part del tribunal d'oposicions a Notaries l'any 2015, presidit pel notari Sr. Josep Maria Valls Xufre, des de llavors bon amic juntament amb els altres membres del tribunal.

No obstant això, el Col·legi notarial ja ha valorat els meus mèrits encara que si es jutgen aquests per l'esforç i persistència en el temps només puc dir que manco d'ells perquè he gaudit cada minut de la que ha estat la meva professió —la judicatura— des que tenia 24 anys. Com deia en Baltasar Gracian «poco vale lo que poco cuesta».

Des dels 15 anys tenia clar que volia estudiar dret.

Quan vaig acabar la carrera només em vaig plantejar opositar perquè en aquell moment ascendir en el lliure exercici de l'advocacia, sent dona i sense cap antecedent familiar, semblava força complicat.

Tampoc no van ser fàcils els inicis en la carrera judicial.

L'any 1981, data del meu ingrés en la carrera, hi havia molt poques dones jutges a Espanya i vaig haver d'escoltar en més d'una ocasió, després d'atendre a

quí volia visitar-me, que el que jo deia estava molt bé però que ells volien veure al jutge de veritat.

En tot cas, ser jutge és una tasca apassionant, que s'ha d'exercir amb un profund sentit de la justícia en la definició clàssica d'Ulpiano com la constant i perpètua voluntat de donar-li a cadascú el que li correspon, amb subjecció al dret i amb la deguda empatia, posant-se en les sabates de l'altre i caminant amb elles com deia Attikus Finch a «Matar a un ruiseñor».

La resolució dels conflictes intersubjectius dels ciutadans aplicant les regles jurídiques que ells mateixos han elaborat, és l'únic que garanteix la pacífica convivència entre persones lliures i iguals i el que legitima l'actuació dels tribunals.

I tan important és el resultat del procés legislatiu com el respecte al procediment democràticament previst per a obtenir-lo.

La voluntat del jutge no ha d'estar per sobre de la voluntat de la llei.

No he cregut mai en l'ús alternatiu del dret i sí en la seguretat jurídica.

He intentat durant la meua vida professional ser una bona jutgessa: exercitar el que el magistrat Ignacio Sancho va definir l'any 2007 com les virtuts judicials: resoldre amb independència i imparcialitat, amb prudència, amb coneixement del dret i estudi del cas, amb consciència social i amb diligència, sense perdre de vista que la destinatària de la nostra funció és la societat a la qual servim.

Tampoc ha estat fàcil exercir de jutge en aquests últims temps.

Però els jutges hem jurat o promès guardar i fer guardar la Constitució i la resta de l'ordenament jurídic, interpretant-lo conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional i això és el que fem la majoria dels jutges, encara que a vegades la nostra labor no sigui compresa per tots, ni trobi el reconeixement que mereix.

Vull ressaltar tres fites que han marcat la meua vida professional i de les quals estic especialment orgullós.

La primera, l'exercici de funcions governatives dins de l'organigrama del poder judicial.

Particularment el temps en què vaig tenir l'honor d'ostentar la presidència del TSJC de l'any 2004 al 2010.

La segona és la meua etapa com a membre de número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya des de l'any 2010.

I la tercera és la meua labor des de l'any 2004 com a magistrada de la Sala civil del TSJC la qual conforma la jurisprudència del dret civil català.

1. PRESIDENCIA DEL TSJC

Siempre estuve interesada en las cuestiones gubernativas del Tribunal Superior. Fui 10 años miembro de la Sala de Gobierno del TSJ por elección entre mis compañeros y luego estuve 6 en la presidencia del TSJC. En el año 2019

volví a presentarme a las elecciones de la Sala de Gobierno en la que continuo a día de hoy.

El reto que tuve que afrontar como presidenta del TSJ no derivaba solo de la responsabilidad de ser la primera mujer que accedía a este cargo en España, sino porque tuve que suceder a un presidente muy carismático como fue Guillem Vidal.

Como miembro de la Sala de gobierno, la gestión de las competencias orgánicas del Tribunal Superior no me eran desconocidas, pero no contaba con ninguna experiencia en el ámbito representativo e institucional ni tampoco con conocimientos estratégicos de buena gobernanza.

Suplí aquellas carencias con dedicación y esfuerzo, escuchando y meditando antes de tomar cualquier decisión.

Tenía claro el objetivo de mi mandato: La dignificación de la función judicial; el buen orden interno y la mejora de la eficacia de la Administración de Justicia, y también cómo quería llevarlo a cabo: con transparencia, neutralidad, profesionalidad y activismo en la reivindicación de los medios que la justicia necesitaba.

No fue tarea simple y seguro que cometí muchísimos errores.

Enseguida aprendí lo fácil que es predicar y lo difícil que es dar trigo (como me advirtió mi maestro, el magistrado José Ramón Ferrándiz).

Comprobé la dificultad de la gestión de una administración de justicia en la que intervienen tantas personas, autoridades y administraciones con poderes y potestades diversas sobre un mismo ámbito de actuación.

La complejidad de la función representativa y de las relaciones entre las diferentes instituciones públicas y a la vez la absoluta necesidad de aunar esfuerzos para dar un mejor servicio a los ciudadanos.

Pude percatarme de cuan delicada y procelosa era la relación entre el Poder judicial y los medios de comunicación y qué frágil el equilibrio entre el derecho de informar y comunicar información veraz, el derecho a la presunción de inocencia y a la dignidad de las personas detenidas o presas.

Mantener la ecuación, motivó un acuerdo de la Sala de Gobierno que impedía la toma de fotografías y filmaciones de los detenidos e imputados durante los traslados y en los pasillos de los órganos judiciales, con el consiguiente enfado de los medios de comunicación.

Tampoco logré convencerles —a los medios de comunicación— de que no pusieran mi fotografía —semáforo rojo por supuesto— cuando se dictaba una sentencia polémica (porque yo no mandaba sobre las decisiones de los jueces).

Debo decir no obstante que durante esos años conté con mucha ayuda y colaboración.

De mi familia, mi esposo y mis tres hijos que nunca me reprocharon mi intensa dedicación al trabajo; de la Sala de gobierno y de los jueces y magistrados destinados en Cataluña que siempre me mostraron su lealtad y respeto y a los

que dedico también este premio, de la Secretaría de gobierno y demás personal colaborador, colegios profesionales, abogados, procuradores, graduados sociales notarios, registradores, policía judicial y también del Departament de Justícia con la consellera Tura entonces a cargo del mismo.

Entre todos hicimos posible la elaboración de protocolos de actuación entre el Tribunal Superior y otras instituciones, entre ellas con el Síndic de Greuges con el que firmamos el 13 de septiembre de 2006 un protocolo para prevenir el maltrato infantil que ha demostrado su eficacia a lo largo del tiempo.

2. ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ DE CATALUNYA

La segona fita es refereix al meu ingrés en l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya a la qual pertanyo amb plens drets, des de l'any 2010 en què vaig llegir el meu discurs d'ingrés.

Vaig entrar de la mà de tres grans juristes: Josep D. Guàrdia, i els enyorats Elías Campo i Lluís Puig i Ferriol.

Durant tots aquests anys, l'activitat de l'Acadèmia —de la qual m'honro a ser ara vicepresidenta— ha complert amb totes les meves expectatives com a fòrum per a la recerca, estudi del dret i de col·laboració a la tasca legislativa des del punt de vista teòric i pràctic.

Tots els seus il·lustres membres i els presidents als quals he tingut el plaer de conèixer i tractar, Josep Guàrdia i Canela, els notaris Robert Follia i Lluís Jou i actualment Francesc Tusquets Trias de Bes, han brillat en els seus respectius àmbits professionals, raó per la qual les sessions internes ordinàries, les sessions obertes i els informes emesos per a influir en l'activitat legislativa han estat molt enriquidors al mateix temps que esperem que hagin contribuït a millorar els projectes de llei sobre els quals ens han consultat.

El debat i la comunicació entre juristes de diferents àmbits engrandeix els coneixements de tots.

3. COM A MAGISTRADA DE LA SALA CIVIL I PENAL DEL TSJC

Finalment, com a magistrada de la sala civil del TSJC des de l'any 2004 fins a la data, m'omple de satisfacció haver contribuït a la conformació de la jurisprudència del dret civil de Catalunya.

L'objecte del premi que porta el nom de l'insigne jurista i notari Puig Salellas és guardonar la persona o institució que en l'àmbit de Catalunya hagi acreditat una destacada trajectòria d'estudi, investigació, creació, docència i aplicació del Dret.

Com el propi Puig Salellas, que va participar d'una manera molt activa en el procés de modernització del dret civil català, vull posar en relleu que totes les persones físiques i institucions guardonades des de la creació del premi a l'any 2009 han destacat per la creació, docència, investigació i aplicació del dret civil català.

Així els consellers de justícia que van impulsar el desenvolupament i codificació del dret civil català; els docents i catedràtics d'universitat guardonats que han dedicat part de la seva vida professional a l'estudi i l'ensenyament d'aquest Dret; notaris il·lustres que seguint la tradició han mantingut el vigor i l'aplicació pràctica del dret civil propi durant tants anys. I les Jornades de Tossa que tant han fet per a donar a conèixer i a aprofundir en el dret civil de Catalunya.

Vull esmentar especialment la tasca que en nom de la de seguretat jurídica preventiva realitzen els notaris i registradors al nostre país amb la seva professionalitat i bon fer.

És més important evitar els conflictes que resoldre'ls, encara que els primers no engrosseixin les estadístiques com fan els segons.

És lògic llavors que el premi es concedís en algun moment a algun dels aplicadors del dret civil català quan el conflicte s'ha produït.

A l'espera que els mitjans alternatius de resolució de conflictes —respecte dels quals em consta el Departament de justícia, drets i memòria, està molt interessat— fructifiquin, la veritat és que són molts els casos que arriben als tribunals.

Els tribunals superiors de justícia es van preveure en l'article 152 de la Constitució, com a òrgan en el qual culminava l'organització judicial en l'àmbit de la CA.

Però no van ser creats fins el 23 de maig de 1989.

Amb la seva instauració desapareixia l'Audiència Territorial de Barcelona i es conformaven les seves tres Sales actuals.

De les tres sales del tribunal, sens dubte la més emblemàtica en relació amb el dret civil propi és la Sala Civil i Penal, en la qual es va establir, el coneixement dels recursos de cassació i de revisió en matèria de dret civil català, de manera que es donava continuïtat a una de les funcions que el Tribunal de Cassació de Catalunya havia assumit entre els anys 1934 i 1939.

L'article 95.3 del vigent Estatut d'autonomia de 2006 va un pas més enllà en declarar que correspon en exclusiva al Tribunal Superior de Justícia de Catalunya la unificació de la interpretació del dret de Catalunya.

També cal tenir present que, sense oblidar les arrels del dret tradicional de Catalunya, el dret civil català ha estat actualitzat i adaptat pel legislador català a les reals i actuals necessitats de la ciutadania catalana fins al punt que pot afirmar-se que es tracta d'un dels drets més moderns i tècnicament més avançats de tots els drets peninsulars.

Fins i tot la Sala 1^a del TS en fa al·lusió en les seves sentències.

Tot i així, és impossible que la llei abarqui tots els casos que a la vida real es presenten. La Sala civil del Tribunal Superior ha hagut d'omplir llacunes, corregir

antinòmies no detectades pel legislador, o completar regulacions molt succintes d'algunes figures jurídiques.

No sempre les interpretacions facilitades per la Sala han estat compartides pel legislador, que alguna vegada les ha esmenat amb una modificació legal. En altres, per contra, ha plasmat legislativament el que ja era doctrina del Tribunal.

En qualsevol cas, el Tribunal aconsegueix la tasca assignada a l'article 1.6 del CC quan diu que la funció de la jurisprudència és la de complementar l'ordenament jurídic.

Jurisprudència per altra banda que segons l'article 111-2.2 de la Primera llei del Codi civil de Catalunya s'ha de tenir en compte en interpretar i aplicar el dret civil propi.

La Sala civil ha dictat des de la seva constitució unes 1.550 sentències de cassació. Jo he estat ponent en gairebé un terç d'elles.

No espero que el llenguatge de les meves sentències sembli poesia com qualificava el professor Pantaleón recentment una sentència del TS.

M'agrada la narració clara, senzilla i concisa. No m'interessa motivar bé, decidint malament.

Només desitjo haver encertat jurídicament, haver estat equitativa i justa dins del marge interpretatiu de les normes i sobretot haver contribuït a solucionar el problema que va portar a les dues parts davant el tribunal.

Des d'aquí vull retre homenatge i compartir aquest premi amb tots els magistrats/des que han constituït el Tribunal al llarg d'aquests anys, ja que tots ells, procedents de la carrera judicial o fiscal, de l'àmbit acadèmic o de l'exercici de l'advocacia, han contribuït, segons el meu parer, a conformar un cos de doctrina sòlid sobre el dret civil català, no solament d'una elevada qualitat tècnica, sinó també d'una transcendència pràctica indubtable.

Acabo reiterant el meu agraïment a totes les persones que han fet possible la concessió d'aquest guardó i a tots vostès per acompanyar-me en aquest dia per a mi tan entranyable.

Moltíssimes gràcies.

Sessions solemnes

SESSIÓ PÚBLICA I SOLEMNE DE CLOENDA DEL CURS
2022-2023 I DISCURS D'INGRÉS DE L'ACADÈMIC
SR. EUDALD VENDRELL FERRER
28 de juny de 2023

L'ACCÉS A L'HABITATGE DIGNE: UN DRET HUMÀ
FONAMENTAL

per
EUDALD VENDRELL FERRER
*Acadèmic de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència
i Legislació de Catalunya*

*Dans ma maison
Y'a pas de toit
Y'a pas de mur
Y'a pas de barreau
Y'a pas d'horloge...
Y'a des remparts invisibles contre le malheur...
Y'a des amis qui partagent des morceaux de vie
Y'a du réconfort...
Si tu trouves le chemin,
Dans ma maison, y'a que de l'amour.*

Dans ma maison, JACQUES PRÉVERT

Une maison est une machine à habiter... outre une réponse aux besoins matériels, elle doit être l'étui de la vie, la machine de la félicité pour le rayonnement de la personne dans le cadre du civisme.

LE CORBUSIER

La vivienda no es solo un bien inmobiliario, es sobre todo una forma de consolidación espiritual.

MARIO BENEDETTI

El voto sin vivienda y sin atención sanitaria es usar los derechos de primera generación como cortina de humo para oscurecer las fuerzas subyacentes que deshumanizan a las personas... No queremos libertad sin pan, ni tampoco pan sin libertad. Tenemos la obligación de sufragar todos los derechos fundamentales y las libertades asociadas a una sociedad democrática.

NELSON MANDELA

Sr. President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya,
Membres de la seva Junta de Govern i
Senyores i senyors acadèmics,
Autoritats presents,
Familiars, amigues i amics, i
Persones totes assistents a aquest acte,

Vull que les meves primeres paraules siguin d'agraïment a aquesta Acadèmia, que m'ha fet l'honor d'acceptar-me com a membre; a l'Il·lustre Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, quina seu ens dona acollida ara mateix, i que m'ha acollit també, com a «segona casa meva» des de fa 53 anys.

També als bons amics i companys acadèmics que em varen fer la confiança de presentar la meva candidatura: Josep Joan Pintó, Elías Campo —dos grans juristes i amics, persones d'una extraordinària qualitat humana, que malauradament ja no són entre nosaltres—; i Agustín Luna, mestre, amic, company, exemple magnífic de la fusió catalano-aragonesa amb la *finezza* italiana, que també avui m'acompanya com a padrí de la cerimònia juntament amb l'estimada Encarna Roca; i a Eugeni Gay, per la generositat d'acceptar la funció corporativa de fer la contestació al meu discurs.

El fet de trobar-me avui aquí és el fruit de molts i diversos elements i vivències, als qui em considero amb el deure de recordar amb gratitud: en primer lloc, la família, la dels que per desgràcia ja no hi són, els pares i el germà, i dels que encara tinc al costat, família que ha estat el gran coixí que m'ha donat la vida i l'impuls per continuar-la.

I després, els qui m'han donat la formació i l'exemple, com a jurista i persona, començant pels mestres i referents en el camí de la meva vocació, que ja ens han deixat: els grans catedràtics Francisco Fernández de Villavicencio (qui em va fer la gran i immerescuda confiança d'acollir-me com a professor a la Càtedra de Dret Civil), Josep Maria Font i Rius, Lluís Puig Ferriol, Ángel Latorre.

I tants companys amb qui he compartit molts anys de docència i amistat, Encarna Roca, Francisco Rivero, Joan Egea, Isabel Miralles, Josep Ferrer, entre molts d'altres; i amb el record emocionat vers els qui ja ens han deixat, entre els

qui no puc deixar d'esmentar la historiadora del dret Teresa Tatjer, els civilistes Antoni Mirambell i l'inoblidable Ramon Casas, que va passar de deixeble brillantíssim a mestre i conversador de tantes savieses, i de qui vull ara recordar que fa molts anys em va oferir d'impartir, a la nostra estimada Facultat de la UB, un curset monogràfic sobre la Llei d'Arrendaments Urbans (la de 1964, precisament en l'època en què s'estava discutint la seva reforma); i els puc dir que moltes de les coses que llavors vaig dir i estudiar, em serveixen i semblen actuals encara avui, i han deixat algun rastre en aquest discurs.

I també els companys de feina, amb totes i tots els que hem compartit esforços i il·lusions en el dia a dia del despatx professional, i, perquè els he tingut molt presents a l'hora d'escollir el tema d'aquest discurs i preparar-lo, les persones i entitats que desinteressadament treballen a casa nostra i arreu per la defensa efectiva del dret a un habitatge digne; record que vull personalitzar en les companyes i companys del grup de treball sobre el dret a l'habitatge de JUSTÍCIA I PAU, amb els qui he gaudit d'un treball rigorós i compromès, tot seguint l'impuls i el missatge d'Arcadi Oliveres.

El jurista, quina medalla i setial tindrè l'honor d'ostentar des del dia d'avui, fou Ramon Martí d'Eixalà i per això, seguint la tradició corporativa, s'escau ara fer-ne l'oportú record.

Malgrat la seva curta vida —morí als 49 anys—, Martí d'Eixalà fou un personatge de referència de la seva època i que deixà un important llegat com a jurista, filòsof, professor i tractadista, advocat i també com a polític i parlamentari.

Per a no abusar de la seva paciència, em permeto remetre a qui vulgui conèixer més a fons la seva polifacètica personalitat, el que s'ha escrit recentment sobre ell en dues documentades publicacions: la semblança signada per Daniel Vallès, inclosa en l'obra col·lectiva dirigida per Eugeni Gay *L'Advocacia de Barcelona, 200 anys de la seva història* (2019) i especialment l'excel·lent monografia *Vida i pensament de Ramon Martí d'Eixalà* (2011) del catedràtic de Filosofia del Dret i concitadà cardonenc, Josep Maria Vilajosana i Rubio.

Em limitaré, doncs, a algunes pinzellades que ajudin a conèixer i situar el seu paper i aportacions a la vida jurídica, social i política del país.

Ramon Martí d'Eixalà va néixer a Cardona el dia de Reis de 1808 (de ben petit, doncs, ja va viure la convulsa època de la «*Guerra del Francès*»), i de la mateixa manera, en plena joventut, va haver de veure i patir els horrors de la primera guerra carlina), en el si d'una família benestant i arrelada: per part del pare, del comerç de la sal; per la materna, net de Baltasar d'Eixalà i de Maerschalk, doctor en lleis, que va ser assessor jurisdiccional del Duc de Cardona.

Va estudiar dret a la Universitat de Cervera, assolint els graus de batxiller el 1827 i de llicenciat en lleis el 1830, amb les millors qualificacions.

Instal·lat a Barcelona, on va residir entre la Rambla (concretament en un pis del Palau de la Virreina) i la llavors vila de Gràcia, a prop de l'actual plaça del

Nord, on encara avui un carrer amb el seu nom recorda el lloc on es trobava la seva torre; va contraure matrimoni amb Ángela del Romero Wahls, amb qui tingué tres filles i formaren una família molt unida i amb fermes creences religioses, com quedà demostrat arran de la seva mort.

Constatem que Martí va ser un eloqüent exemple del paradigma del bon ciutadà burgès de la Barcelona de la primera meitat del segle XIX (o, com diríem avui, de la *societat civil catalana*): culte, lliberal moderat i allunyat del pensament reaccionari i carlí, bon defensor i impulsor dels interessos econòmics i de la naixent classe empresarial, i per això, ferm defensor del «proteccionisme» econòmic, membre de les Reials Acadèmies d'Arts i Ciències i de Bones Lletres, de la Societat Econòmica d'Amics del País, i, com no podia ser d'altra manera atesa la seva formació i vocació jurídica, del Col·legi d'Advocats i de l'Acadèmia de Jurisprudència, que va presidir entre els anys 1848 i 1856.

També va tenir un paper destacat en la restauració de la Universitat de Barcelona, en la que va obtenir el Doctorat en lleis l'any 1837 i va pronunciar el discurs reglamentari d'inauguració del curs acadèmic l'any 1849.

Totes aquestes condicions feren d'allò més normal que acabés la seva vida com a representant destacat dels interessos d'aquesta classe social a les Corts de la monarquia isabelina.

Cal destacar també la seva faceta com a docent, que es va decantar primerament per l'estudi i ensenyament de la filosofia, que va portar a terme en diferents acadèmies i institucions (va ser el primer «seglar» que va impartir acadèmicament filosofia, l'any 1835). Precisament, en aquest camp de la filosofia, va suposar un canvi de tendència i d'època, ja que s'allunyà del mètode escolàstic i és considerat com introductor a casa nostra de l'anomenada *escuela escocesa o filosofía del sentit comú* i pioner en l'ensenyament de la història de la filosofia; com a bon pedagog, va formar una notable generació de deixebles, sent-ne el més destacat el filòsof Xavier Llorens i Barba. Per contra, la seva obra escrita com a filòsof no és massa extensa, centrada en el *Curso de Filosofía Elemental (sic)*, publicat l'any 1841.

La seva presència i activitat com a jurista va ser plena fins a la seva mort, complementada amb la vessant de la seva vocació política.

Exercí com advocat, participà en l'elaboració de les Ordenances municipals de Barcelona, però sobretot, una vegada més, destacà en la docència universitària, per raó de la qual va escriure els dos manuals que més fama li han donat, i que corresponen a les dues branques del dret en què va centrar el seu estudi. Parlo del *Tratado Elemental (sic) del derecho civil romano y español* (en dos volums) però sobretot, el seu més famós i reeditat *Instituciones de derecho mercantil de España* (1848).

Pel que fa a la seva relació amb el dret civil català, cal destacar la seva participació com a coautor, amb Pere Nolasc Vives i Cebrià, del Dictamen que va impulsar l'any 1845 la Junta del Col·legi d'Advocats de Barcelona per tal de defensar

les institucions autòctones front al nou intent de codificació uniformitzadora per tota Espanya endegat per la *Comisión General de Códigos*.

En política, Martí es va moure en el camp del liberalisme moderat, però manifestant una certa independència de criteri, allunyat com era de consignes i dogmes, i així ho va demostrar en les votacions a les sessions parlamentàries en les legislatures en què va participar (les de 1844-1846 i la de 1853): en ambdues ocasions, i després de memorables discursos, va votar en contra de les propostes dels Governos (precisament, del partit moderat) adreçades a reformar, en direcció més conservadora o reaccionària, les respectives Constitucions de 1837 i 1845.

La seva intensa, però breu vida va concloure, precisament, a Madrid, a les portes d'un nou període parlamentari per al que havia sigut escollit Diputat a Corts en les eleccions de març de 1857, en què es va imposar a la candidatura «progressista» de Prim (i en aquella ocasió, a més, hi anava amb una altra comanda, la de vocal de la Comissió per a la reforma del Codi de Comerç): el 27 d'abril de 1857 va iniciar a Barcelona el llavors llarg i incòmode viatge en diligència que en 4 dies el portaria a la capital (per desgràcia, encara no teníem, a Espanya, llevat de petits trams anecdòtics, la xarxa ferroviària que convertiria l'Europa més avançada de mitjans del segle XIX en el paradís d'intercanvis de cultura, indústria i política que amb tanta bellesa i erudició ens descriu Orlando Figes al seu llibre *Los Europeos*).

Només arribat, i acabat d'allotjar a la fonda del carrer Espoz y Mina núm. 14, emmalaltí del que fou diagnosticat com una pulmonia aguda, i ja no en sortí: morí allà mateix, la tarda del 18 de maig de 1857, lluny de la família, però envoltat d'alguns amics catalans, entre ells el metge Josep de Letamendi i el seu antic deixeble i conegut advocat, polític i economista republicà, Laureà Figuerola, amb qui compartia una molt estreta amistat, malgrat la distància dels respectius pensaments religiosos i polítics.

Havia testat a la mateixa pensió, cinc dies abans de morir, en la forma tradicional catalana, instituint l'esposa com a *senyora, poderosa i usufructuària* universal, i les filles com a hereves; allà mateix rebé els auxilis espirituals i les seves despulles foren enterrades al cementiri de San Justo, de la mateixa capital.

No m'estendré en les curioses circumstàncies de la vida posterior de la seva vídua i filles, només diré que totes elles (i acompanyades també per la seva fidel minyona), després de fer nombroses obres de beneficència amb la més que notable herència rebuda, varen *entrar en religió*, com a monges saleses al convent que encara avui es coneix amb aquest nom, al passeig de Sant Joan de Barcelona i van morir totes elles en tal condició, per la qual cosa s'extingí la seva nissaga directa.

Concluc, ara sí, afirmant que Ramon Martí d'Eixalà fou un personatge excepcional en totes les facetes i projeccions de la seva vida i obra, que va ser qualificat, l'endemà mateix de la seva mort com «*un sabio modesto y un modelo de virtudes*», i que ha deixat empremta positiva en l'esdevenidor del país per mitjà

sobretot del gran nombre de deixebles formats per ell, que excel·liren, com a membres destacats de la *Renaixença*, en diferents àmbits de la vida social, política, econòmica i cultural de la Catalunya de la segona meitat del segle XIX: Manuel Duran i Bas, Francesc Permanyer i Ayats i Estanislau Reynals i Rabassa (qui en feu l'elogi fúnebre a l'Acadèmia de Bones Lletres), juristes; els ja esmentats Francesc Xavier Llorens i Barba, filòsof, i Laureà Figuerola, economista, i literats i filòlegs com Joaquim Rubió i Ors, Josep Coll i Vehí, Joan Mañé i Flaquer i Manuel Milà i Fontanals.

Record del meu predecessor en la medalla que avui assumeixo:

Santiago Hernández Izal (Barcelona, 1921-2008), fou també un destacat personatge, d'una notable presència corporal, que excel·lí no només com a jurista (arribant a ser un dels més grans experts en dret marítim), sinó també humanista de múltiples curiositats i inquietuds: excursionista (en el sentit romàntic i intel·lectual de la paraula, com ho fou el seu bon amic i mestre Josep Maria Font Rius, qui per cert va ser l'acadèmic que va contestar el seu discurs d'ingrés a la Corporació); historiador, geògraf i meteoròleg, navegant i capità de la marina mercant, professor, advocat, editor i gran propagador de l'idioma esperanto...

Com he dit, va ser advocat en exercici, col·legiat des de l'any 1954 fins a la seva mort, assessor d'empreses i corporacions públiques (per exemple, del Port de Tarragona) i doctor en Dret, amb una tesi llegida l'any 1963, sobre una matèria tan nova per l'època com les responsabilitats dels abordatges entre naus pel deficient funcionament dels radars, de la que va ser director el també acadèmic i mestre de mercantilistes Dr. Antonio Polo Díez, amb la coincidència d'haver-lo també ell precedit com a titular de la medalla acadèmica Martí d'Eixalà.

Va pertànyer a la nostra Acadèmia des de l'any 1998 i el seu discurs d'ingrés versà sobre «*Els costums marítics de Barcelona*», tema que va desenvolupar no només des d'una perspectiva històrica, sinó també, com recordà l'acadèmic Rafael Jiménez de Parga en la seva necrològica llegida a la sessió corporativa de 21 d'abril de 2010, com a element indispensable per a la construcció d'un sistema normatiu homogeni i rigorós, que ha servit per a una eficient regulació del tràfic marítim.

També va destacar en la funció docent, com a professor d'Economia Marítima de l'Escola Oficial (avui, Facultat) de Nàutica de Barcelona, i impartint cursos i seminaris de Dret Marítim a la *càtedra Consolat de Mar* de la Universitat de Barcelona.

La seva producció com a publicista és també extensíssima i variada, i inclou tractats generals, com el seu conegut *Derecho Marítimo*, aparegut el 1968 i reeditat en tres volums entre els anys 1984 i 1995, així com monografies de temàtica variada (alguns de tan curiosos com *Meteorología y Oceanografía*); també va escriure regularment articles, recensions i cròniques, entre els anys 1953 i 2000, a la *Revista Jurídica de Catalunya*, a la Societat Catalana de Geografia

(de la que va ser membre destacat) i altres publicacions periòdiques, tractant temes de rabiosa actualitat i que han esdevingut tristament famosos, com per exemple les responsabilitats derivades dels vessaments d'hidrocarburs des de vaixells al mar.

L'obra que més m'ha cridat l'atenció, però, és *Dictámenes de Derecho Marítimo* (Barcelona, 2004), que comprèn (en el primer i únic volum que va veure la llum, encara que en tenia preparats dos més), 55 dictàmens i més de 1.000 pàgines, en què toca múltiples i interessants qüestions d'àmplia temàtica i que posen de manifest la seva enciclopèdica cultura i coneixements, no només en matèries jurídiques sinó també històriques i geogràfiques, redactats amb fluïdesa en castellà, català, francès i anglès.

He de dir que, en llegir-los, he quedat especialment captivat pels seus escrits en català, amb un llenguatge alhora tècnic i precís però també literàriament molt atractiu, amb reminiscències noucentistes que ens recorden escriptors com Carner i Sagarra...

Per concloure, vull deixar constància del seu generós acte de donació de la seva extraordinària biblioteca al nostre Col·legi d'Advocats, on es conserva.

I ara començo ja la meva dissertació tot afirmant el meu convenciment que poder accedir i gaudir d'un lloc o espai adequat i digne per a viure-hi —el que en diem *vivenda* o *habitatge*— constitueix un dret humà bàsic o fonamental per a totes les persones i famílies, i així ha de ser tractat i defensat amb la màxima intensitat, amb els instruments polítics i legals adients, de la manera que intentaré concretar en la part final de la meva intervenció.

Per arribar a aquesta conclusió, em valdré del següent esquema de treball:

- I. Què entenem per casa, vivenda, habitatge.
- II. L'habitatge: problema i necessitat.
- III. El concepte de *dignitat* aplicat a l'habitatge.
- IV. Visions i aportacions des d'àmbits no estrictament jurídics: la sociologia i la demografia, l'ètica del bé comú, l'economia, la política i el pensament religiós. La qüestió dels límits al dret de propietat.
- V. Inclusió del dret a l'habitatge en la categoria dels drets humans / drets fonamentals: Declaracions, Tractats, Constitucions, Legislacions i altres instruments jurídics.
- VI. Consideració del dret a l'habitatge en l'espai jurídic i social de l'Europa actual: Unió Europea i Consell d'Europa, en especial la jurisprudència i les Directives i altres instruments d'acció i de treball: el *Pilar Social Europeu* aprovat per la Comissió Europea a Göteborg l'any 2017.
- VII. Escenaris en el cas espanyol: Lloguer *versus* Propietat. — Mercat lliure *versus* Protecció Oficial. — Darreres iniciatives legislatives.
- VIII. Cloenda: Algunes propostes i reflexions finals.

I. QUÈ ENTENEM PER HABITATGE

L'habitatge és un element essencial per a la vida de les persones, en la mesura que és un bé imprescindible per poder gaudir d'estabilitat, seguretat, intimitat i benestar. La manca d'una llar —*sensellarisme*— o que no disposi de condicions dignes —*infrallarisme*— suposa no solament la privació o reducció d'aquests valors, sinó un obstacle insalvable al ple desenvolupament de la vida personal i familiar, així com a la participació plena de tots els ciutadans en la vida política, econòmica, cultural i social.

Com s'afirma en un editorial de la plataforma d'opinió «Converses a Catalunya», de setembre de 2020, «*Junt amb el treball, poder crear una família o accedir a un habitatge digne són dos dels elements essencials en la vida d'una persona*».

És evident que aquest concepte de llar o habitatge va molt més enllà d'un espai físic o material, d'un sostre, una porta i unes parets.

Per això, els experts, entitats i organismes que es dediquen a aquesta qüestió, parlen d'«*exclusió residencial*», i l'han descrit i catalogat en quatre categories «ET-HOS» (sigles de: Tipologia Europea de Sensellar i Exclusió Residencial), de més a menys intensitat de l'exclusió, tot tenint en compte que no es tracta de «compartiments estancs», ja que hi pot haver concurrència tangencial de varies d'elles:

- Persones sense sostre
- Persones sense habitatge
- Persones amb habitatge insegur (en el sentit d'inseguretat jurídica o insuficiència de cobertura legal)
- Persones amb habitatge inadequat.

La coneguda institució *Càritas*, veritable braç social de l'Església catòlica tan sensible als problemes i necessitats de les nostres societats actuals, ens n'ofereix, a la seva publicació *La llar és la clau* (amb motiu d'unes Jornades Internacionals sobre la crisi de l'habitatge celebrades a Barcelona l'any 2018), una descripció que, per la seva bellesa de llenguatge i profunditat d'esperit, no em resisteixo a reproduir:

«Què és una llar? El lloc que et dona seguretat, estabilitat, on construir la identitat, espai de relació i de desenvolupament del projecte familiar... és un lloc on poder descansar, on mirar la vida i planificar-la, on somiar... amb la llar ens podem arrelar a l'entorn... per això afirmem que la llar és necessària per a una vida digna i veritablement humana i que l'habitatge és un dret essencial de la persona i un element relacional i de participació en la societat.»

O, com també s'ha dit sovint, no és una simple *cosa*, ni molt menys una «mercaderia», sinó, en paraules de Mario Benedetti, «*una forma o un espai de consolidació espiritual*».

I, ja que parlem de Càritas, val la pena recordar que aquesta entitat és la promotora i que dona suport a la Fundació FOESSA, els informes anuals i estudis de la qual són un model de rigor i alhora, un punyent cop d'atenció als problemes de la pobresa i les desigualtats en la nostra societat; per posar només un exemple de la nostra situació més propera, l'Informe de l'any 2021 assenyala que més d'un milió de persones (un 41,4%) viuen en «*exclusió residencial*» (en qualsevol de les categories que abans he esmentat) en el territori de la diòcesi de Barcelona —que és l'àmbit geogràfic d'acció de Càritas, i que tenia una població total de 2.780.000 habitants—; i que 725.000 persones paguen una despesa excessiva per l'habitatge, fet que les situa ja en la pobresa una vegada han fet front a les despeses de lloguer/hipoteca i subministraments.

S'entén per despesa excessiva aquella que supera un 40% dels ingressos del conjunt familiar; doncs bé, el percentatge de població que hi dedica per sobre d'aquesta xifra, al conjunt d'Espanya se situava l'any 2018, en un 43%, proporció que segons les últimes dades de 2022, ja és del 48%, mentre que a França, per posar un exemple proper, en la mateixa època, era d'un 18%, i al conjunt de la Unió Europea, el 27,9%.

I sobre això, una dada encara més preocupant, perquè afecta també al dret de les persones joves a emancipar-se i iniciar nous projectes de vida: a finals de l'any 2019, els joves espanyols menors de 30 anys que vivien de lloguer, havien de destinar-hi de mitjana el 84% del seu sou (quan l'any 2008, abans de la crisi immobiliària, només era d'un 55%). Això sens dubte frena moltes il·lusions i iniciatives, entre elles la de formar noves famílies i ha fet que l'Estat espanyol presenti una de les taxes d'emancipació més baixes d'Europa, i que s'aprofundeix any rere any.

Una altra situació igualment confrontada amb l'exclusió o violació del dret fonamental a l'habitatge, i per desgràcia cada dia més estesa, és la de les persones i famílies sense cap recer o lloc d'estada que es pugui qualificar com a llar: persones que viuen a la intempèrie, al carrer, en racons de l'espai públic, i, per això en una desprotecció absoluta; fins i tot, com veiem massa sovint en els noticiaris, són també víctimes d'accidents com incendis o asfíxies, d'espoli de les seves escasses pertinences, d'agressions i maltractament.

Per veure'n l'abast a casa nostra, val la pena fer esment dels *recomptes* periòdics de persones que dormen als carrers, que en fa la Fundació Arrels: l'any 2020 —en plena pandèmia—, només a la ciutat de Barcelona es van comptabilitzar 1.239, l'any 2021, 1.064, i el 2022, 1.163.

Aquestes persones són l'expressió més crua de l'exclusió social, però, com certifiquen els experts, treballadors socials i voluntaris que treballen en aquest camp, cal afegir-ne moltes altres, especialment aquelles que malviuen al carrer durant el dia i que a la nit maldormen en locals, naus industrials, o rellogats en habitatges atapeïts i insalubres.

Aquest fenomen, conegut com «*sensellarisme*» o «sense sostre», és un element més de l'ampli conjunt de persones i famílies que pateixen el problema de l'habitatge.

Per això és lloable la recent iniciativa legislativa que ha endegat un conjunt apreciable d'entitats socials, mitjançant la presentació a la Mesa del Parlament de Catalunya, d'acord amb el que estableixen els arts. 111 b i 112 del seu Reglament, d'una Proposició de Llei de mesures transitòries i urgents per a fer front i erradicar el *sensellarisme*, en desenvolupament del que disposa l'art. 26 de l'Estatut de Catalunya.

Voldria també esmentar, encara que sigui breument, una de les seqüeles que es desprenen de la cronificació del problema de l'habitatge; així, la vinculació entre infrahabitatge, insalubritat i afectació a la salut, que tanta preocupació va generar ja als «*higienistes*» mèdics i socials del segle XIX, continua ben viva i és objecte de crítica i anàlisi, com es fa palès en un rigorós informe titulat «Cuando la casa nos enferma», publicat el novembre de 2018 per l'Associació «Provienda», sota la direcció del sociòleg Thomas Ubrich i que conclou que:

«Las personas en situación de calle, que viven hacinadas o en viviendas insalubres o las que se encuentran ocupando viviendas por necesidad, padecen más enfermedades, tanto físicas como mentales que el conjunto de la población y tienen una menor esperanza de vida, e incluso son más propensas al suicidio.»

I encara, una altra cara del problema provocada pel greu i innegable dèficit social i buits legals existents, és el fenomen de l'ocupació il·legal més coneguda amb l'expressió «OKUPA», que genera conflictes, tensions i fins i tot abusos perpetrats per persones i organitzacions que s'aprofiten (com passa també en l'àmbit dels migrants i refugiats) de la desgràcia aliena i de la inoperància dels poders públics per lucrar-se. Raons òbvies de temps i espai m'excusen d'estendre'm més en l'anàlisi d'aquest dramàtic fenomen, que és prou present en el debat públic i mitjans de comunicació, i que ha propiciat la recent Llei 1/2023 del Parlament de Catalunya, de 15 de febrer, per facilitar-ne l'expulsió, ampliant la legitimació per emprendre aquesta acció; només voldria dir que una anàlisi seriosa del problema obliga a distingir entre situacions de greu o extrema necessitat, que mereixen immediata resposta social, i les d'aprofitament injustificat de la propietat aliena, que han de ser castigades.

II. L'HABITATGE: PROBLEMA I NECESSITAT

La percepció social, i també legal, dels temes relacionats amb l'habitatge com un *problema*, o una *crisi*, ve de lluny i es manté com una constant històrica, amb variables temporals que arriben fins al dia d'avui, primer terç del segle

XXI, moment en què hom aprecia un canvi de cicle, amb les grans convulsions derivades del crac hipotecari mundial del 2007, l'esfondrament de l'anomenada «bombolla immobiliària» tan sobredimensionada al nostre país, i, quan s'albirava una certa claror, el cop inesperat de la pandèmia de la Covid-19, amb les seves seqüeles, a banda de les d'afectació estrictament sanitària, d'atur forçós en moltes famílies i la necessitat de confinar-se en espais insuficients i precaris.

No podem, evidentment, posar una data certa a l'eclosió d'aquesta identificació com a «problema» o preocupació d'abast social, però, a casa nostra, ja se'n va fer ressò una curiosa disposició legal que, tot salvant els arcaïsmes i floritures del llenguatge vuitcentista, podria aplicar-se perfectament al panorama que ofereixen avui dia, i encara més després de la pandèmia, molts barris o *guetos* marginals de les nostres viles i ciutats.

Em refereixo a la Real Orden que va dictar el dia 9 de setembre de 1853, el Ministerio de Beneficencia y Sanidad del breu govern del partit moderat que va presidir el general Francisco de Lersundi (per cert, el que governava a Espanya en l'últim període en què Martí d'Eixalà va exercir de Diputat al Congrés), publicada a la *Gaceta de Madrid* del dia 13, que per a alguns (Vaquer Caballeria) és considerada la primera actuació administrativa en matèria d'habitatge a Espanya, i adreçada específicament als Governadors civils de Barcelona i de Madrid, als quals ordenava:

«que se excite el celo y la filantropía del Ayuntamiento de esas capitales, en las que el aumento de población y el excesivo número de las clases jornalera y proletaria exige más que en otros puntos la adopción de medidas higiénicas y de policía en las habitaciones a ellas destinadas, para que se ocupe con toda preferencia en escogitar los medios más aptos de edificar en barrios extremos una o más habitaciones para pobres, en las que la comodidad e indispensable holgura se unan con la baratura de los alquileres y con los hábitos de esta clase de población, ya que la lobrete y los miasmas más deletéreos forman la corrompida atmósfera de la mayor parte de las casas en las que viven el bracero, el operario, el desvalido cesante o la mísera viuda rodeada de tiernos niños en triste orfandad.»

I concloïa amb una invocació a la providencial magnanimitat de la Corona, a qui situava en l'origen d'aquesta preocupació social:

«Persuadida Su Majestad de que la habitación es una de las cosas más importantes en la vida del pobre, y de que a procurársela en buenas condiciones de higiene, aereada y sana, deben encaminarse los esfuerzos de la administración por lo que al bienestar de las clases desvalidas interesa, tanto

como por lo que afecta a la pública salubridad, desea que tan importante mejora se realice cuanto antes en bien de las clases desvalidas.»

Panorama que, per altra part, devia ser bastant comú en d'altres llocs, ja que ens porta flaires de les descripcions dels districtes marginals del Londres de Dickens, del Petersburg de Dostoievski o del París de Zola.

No m'ha estat possible fer el seguiment de si efectivament es va portar a execució aquest lloable i *arcàdic* propòsit legislatiu, però més aviat en soc escèptic si tenim en compte que el govern que el va promulgar no va durar més enllà de 4 mesos...

En tot cas, els bons desitjos dels governs espanyols per a resoldre el problema de l'habitatge han sigut molt abundants, però sempre parcials i poc efectius, sobretot per la migradesa dels pressupostos públics invertits i les inestabilitats governamentals del període de la Restauració; com es desprèn de la llarga llista d'instruments, organismes, patronats, reglaments, plans, obres i instituts que apareixen i desapareixen en els butlletins i altres publicacions oficials almenys des de principis del segle XX i arriben fins pràcticament el dia d'avui, mentre que a d'altres països s'optava per una legislació amb perspectiva global i execució mantinguda durant anys i a tot el territori, com és, per exemple, el cas del Regne Unit amb la modèlica *Housing and Town Planning Act* de 1919.

No és el propòsit d'aquest discurs, ni el moment, de fer i analitzar una relació exhaustiva d'aquesta autèntica *selva* normativa, que ja ha merescut estudis més especialitzats, (Mir de la Fuente, Artola, Vaquer, ...); per això em limito a recordar algunes de les més significatives, com són la Llei de 13 de juny de 1911, sobre les «cases barates» (model que, a diversos barris de Barcelona o en poblacions industrials properes ha deixat unes acceptablement dignes i encara vives petjades); el Decret del ministre Gabino Bugallal de juny de 1920, que va ser una victòria dels incipients «sindicats de llogaters» i va aconseguir consolidar les pròrrogues i congelar les rendes del lloguer, i fins i tot les va retrotraure als preus de l'any 1914, disposició molt polèmica, que va revoltar el sector dels propietaris urbans, i va ser molt present en el debat públic, incloent campanyes de premsa, de les que n'és exemple una humorística portada de la revista satírica *L'Esquella de la Torratxa* del 30 de juliol de 1920, que he reproduït en el text. I ja, en període republicà, la Llei de 25 de juny de 1935 sobre «*viviendas de alquiler para la clase media*», popularment coneguda com a *Ley Salmón*, pel cognom del ministre que la va impulsar. La II República espanyola, per cert, no va tenir ni el poder ni el temps per desenvolupar una legislació nova i completa sobre aquest problema ja llavors tan viu, i es va limitar a adoptar mesures parcials sobre pròrrogues dels contractes d'arrendament (que, per cert, en gran mesura es van mantenir vigents fins a l'aprovació de la Llei d'Arrendaments Urbans de 1994, ja que en període franquista es van anar reiterant i refonent) i poca cosa més; a diferència de la seva major sensibilitat i preocupació pel problema agrari.

III. EL CONCEPTE DE DIGNITAT APLICAT AL DRET A L'HABITATGE

Anem avançant: com hem vist, a l'hora de qualificar el dret a l'habitatge, en pràcticament tots els textos legals i literatura jurídica en general, se li afegeix la nota de *digne*, sens perjudici de que, en molts casos, encara s'afegeixin altres qualificatius (per exemple, *adequada*, a l'art. 47 de la Constitució espanyola).

Aquesta connotació ens remet al concepte més ampli de «dignitat de la persona», que la Declaració Universal dels Drets Humans de 1948 proclama en el seu pòrtic, i la pròpia Constitució ja esmenta en el Preàmbul, i col·loca, en l'art. 10, com a centre o pilar del sistema polític i social, pressupostos necessaris de l'ordenament jurídic, tal com va posar de relleu el company acadèmic Eugeni Gay Montalvo, ja en el mateix títol del seu discurs d'ingrés a aquesta Corporació (2008).

Tampoc m'estendré massa en aquesta qüestió, no perquè no sigui important, sinó perquè és innecessari reiterar el que ja va quedar proclamat en aquell valuós text, amb el que m'identifico plenament.

Només recordar que, certament, la conquesta de la dignitat no s'esgota en un dia o en una època, ni en un aspecte, per important que sigui, de les vides personals ni de la vida social, sinó que requereix un esforç, una tensió constant, per descobrir-la i exigir-la en tot moment i ocasió, aplicada o adaptada als nous fenòmens o problemes que es van plantejant en un món de canvis accelerats i interconnectats per l'omnipresent globalització.

Algú pot pensar que aquest combat incessant per la dignitat és quelcom il·lús o inconcret, però, com va dir Jean-Paul Sartre, «*les idees, abans de materialitzar-se, posseeixen una estranya semblança amb la utopia*»; i Hanna Arendt ja va afirmar a *Els orígens del totalitarisme* (1951) que la privació dels drets, i en especial, del dret a la dignitat «*es manifesta en la privació d'un lloc al món en què es facin significatives les opinions i efectives les accions*».

És per això que l'adjectiu «*digne*» l'entendem com a consubstancial a la gran majoria de drets, i així l'apliquem al treball, al salari, a l'ensenyament, al medi ambient, a les pensions, fins i tot als tractaments penitenciaris, etc...

Dit això, cal reconèixer la dificultat de traduir aquesta expressió a les realitats i situacions concretes: qui i com determina quan un habitatge és realment «*digne*»; la resposta dependrà de múltiples factors variables o contingents, com són els llocs geogràfics, urbans o rurals, els factors climàtics, les tradicions locals, la composició familiar. En aquest últim aspecte, es fa necessari entendre el gran canvi que s'ha produït en les últimes dècades, per l'increment de les famílies reduïdes o monoparentals, en detriment dels grups familiars extensos que es componen de prole nombrosa i convivència de varies generacions.

Malgrat la dificultat, és comprensible que hagin existit intents de mesurar, fins i tot amb normes imperatives, el grau de dignitat dels habitatges, o almenys,

la seva adequació a les necessitats personals i familiars, emprant l'expressió, menys solemne però potser més pràctica, d'«habitabilitat».

Així s'ha fet, històricament i des del dret administratiu, especialment en l'àmbit dels habitatges de protecció oficial, amb l'abundant i reglamentista normativa sobre condicions mínimes d'habitabilitat referides a superfícies i número d'estances, instal·lacions i serveis, qualitat dels materials de construcció, etc...

Alguns exemples històrics, a casa nostra, són l'aparició de la figura de la «*cédula de habitabilidad*» que expedia la Fiscalía de la Vivienda, que es va imposar per Ordre de 16 de setembre de 1943 (i que encara es manté, evidentment amb molts canvis, a dia d'avui, ja que la darrera regulació vigent a Catalunya, en funció de la competència exclusiva en matèria d'habitatge que atorga l'art. 137 de l'Estatut de Catalunya, és la del Decret 141 de 2012); o la fixació d'uns *standards* mínims d'estructura de tot habitatge com els que va requerir l'Ordre Ministerial de 29 de febrer de 1944: qualsevol vivenda familiar s'havia de compondre, com a mínim, de cuina-menjador, un dormitori capaç per a dos llits i un «*retrete*»...

IV. VISIONS I APROXIMACIONS AL DRET A L'HABITATGE DES D'ÀMBITS NO ESTRUCTURALMENT JURÍDICS. LA QÜESTIÓ DELS LÍMITS AL DRET DE PROPIETAT I A LA LLIBERTAT ABSOLUTA DEL MERCAT

Si partim de la dada empírica que el dret a l'habitatge, per tal que sigui efectiu i susceptible de ser gaudit, requereix —a diferència del que passa amb altres drets fonamentals del tipus de les llibertats individuals o personals— d'una base física o material, que pot anar des d'un pilot de blocs de tova i un sostre d'uralita sobre un tros de terra fangosa d'una «*villa miseria*», fins al Palau de Buckingham, això ens obliga a prendre en consideració la naturalesa o condició jurídica i econòmica d'aquesta base; dit d'altra manera, el dret a l'habitatge obliga a plantejar qüestions entorn del dret de propietat (o dels drets d'ús i gaudi per qualsevol altre títol), que recauen sobre aquells béns considerats, en el dret civil tradicional, com «immobles».

Per això ens seran útils determinades visions o aportacions no estrictament jurídiques sobre el dret de propietat i el contracte d'arrendament que recau sobre béns immobles.

a) En primer lloc, l'ètica i l'*economia dels béns comuns o comunals* (o simplement «*commons*», en terminologia anglosaxona), com a alternativa que posa en qüestió el concepte de propietat i situa l'accent més en la participació i l'ús que se'n fa, allunyant-se així de la noció de bé-mercaderia que acostuma a ser dominant en el binomi estat-mercat.

En la història, ja trobem en documents medievals referències als béns comunals, com la *Charter of the Forest*, document anglès de 1215, que era com un

complement a la famosa *Carta Magna*, o, a Catalunya mateix, l'*Usatge 72/73* que estableix que una sèrie de béns considerats comunals, com les aigües corrents, les fonts vives, els prats i pastures, o els boscos, no poden tenir-se en alou ni domini pel rei ni pels senyors, «*més que sien tots temps a emprament de tots aquels pobles...*».

I és prou conegut que alguns d'aquests règims d'aprofitaments comunals de boscos, pastures o altres explotacions, es mantenen en plena vigència encara avui, constituint un dels elements més estesos del dret consuetudinari.

Trobem una experiència interessant, al segle XVI, en la doctrina i la pràctica de la vida en comú del reformador alemany Thomas Münzer, antecedent d'una sèrie de comunitats de vida tancada, tradicional i amb fort element religiós, tan presents encara avui dia, especialment a molts llocs d'Amèrica del Nord i del Sud.

I ja més endavant amb els projectes dels socialistes i anarquistes utòpics, i les seves comunitats (les «*Arcàdies*», «*Icàries*», i «*falansteris*») de Proudhon, Saint-Simon, Fourier, Cabet..., que trobaren eco, per exemple, en l'anarquisme català del tombant dels segles XIX i XX.

Ja en època contemporània, obre un camí vers una concepció social de l'economia, el britànic John Manyard Keynes, amb la seva obra *Teoria General de l'ocupació, l'interès i el treball* (1937), continuat per alguns dels seus epígons, entre els que podem esmentar els americans John K. Galbraith, James Tobin (Premi Nobel 1981), Paul Krugman (Premi Nobel 2008), l'hindú Amartya Sen (Premi Nobel 1998), el bengalí Mohammad Yunus (Premi Nobel, en aquest cas de la Pau 2006), la francesa Esther Duflo (Premi Nobel 2019) i el més provocador, el també francès Thomas Piketty.

Segurament la fama de radical d'aquest darrer és exagerada: el que ell sosté és que una societat justa és aquella que facilita l'accés als béns fonamentals, de la manera més àmplia possible, a tots els ciutadans, i això no implica igualtat absoluta ni uniformitat de tots els individus, i fonamenta la seva proposta de reforma social en quatre pilars: el canvi en la governança de les empreses, la propietat temporal, la fiscalitat progressiva i el federalisme a escala mundial.

Tots ells, amb diversos matisos, han propugnat doncs la necessària connexió entre economia, justícia i drets socials, especialment en relació a l'auge i caiguda de l'*estat del benestar* i s'han manifestat com a clars oponents a les teories ultraliberals de l'escola de Chicago de Milton Friedman i els seus seguidors.

La mateixa idea la va expressar, amb contundents paraules, el llegendari jurista, conegut com «l'advocat del poble americà» i després Jutge del Tribunal Suprem dels Estats Units, entre 1916 i 1939 —precisament coincidint amb l'època de la «*gran depressió*»— Louis D. Brandeis, contemporani de Keynes i mentor successivament de diverses generacions de juristes i filòsofs del dret tan influents com Pound, Llewellyn, (dels qui, per cert, va ser introductor i propagador a la cultura jurídica de casa nostra, l'acadèmic Josep Puig Brutau), Rawls i Dworkin:

«We can have democracy in this country, or we can have great wealth concentrated in the hands of a few, but we can't have both.»

Com poden imaginar, també ell va ser titllat, en la seva època, d'*ultraradical*.

Aquests enfocaments de l'economia, en definitiva, pretenen interpel·lar la societat sobre la necessitat de traslladar determinats «béns», escassos i/o essencials fora del mercat: aigua i altres subministraments bàsics, salut i alimentació, habitatge, educació i cultura...

Per aquest motiu, alguns pensadors ja proposen, com a nova categoria o generació dels drets humans, *«el dret a una transformació dels continguts de la propietat orientada a la solidaritat més enllà de l'estat i del mercat, i per això cal reinventar un tercer àmbit de domini: un domini social col·lectiu, no centrat en un estat "dictador"; i també un àmbit privat, però no centrat només en el lucre»* (J. Ordóñez).

Podríem, en aquest context, preguntar-nos pel paper que haurien de jugar, en el panorama d'aquesta economia social o «cooperativa», els anomenats «grans tenidors immobiliaris», especialment aquelles empreses que pertanyen a fons d'inversió, de titulars anònims i utòpics (en el sentit que no se'n coneix ni el lloc de naixença, ni la localització geogràfica real dels seus beneficiaris i rendiments), amb camaleònica facilitat per a canviar de nom i d'imatge, que fan passar de mà en mà, de vegades en una sola escriptura notarial, milers i milers d'habitatges ocupats per gent senzilla, que ni tan sols s'assabenten del canvi, i sense cap raó aparent.

Aquests voraços personatges del mercat immobiliari, que en llenguatge ja plenament assumit, són qualificats amb epítets poc amables, representen el paradigma del model d'economia que no és productiva, ni genera riquesa veritablement *enriquidora* (si em permeten el joc de paraules) o «distribuïdora de benestar», ni llocs de treball, sinó que és merament especulativa, que fa circular capitals i guanys intangibles i que busca sempre la mínima pressió fiscal.

Dit això, afegixo que no crec que aquestes figures, els grans tenidors i els fons immobiliaris, hagin de ser demonitzades: no vull caure en el maniqueisme de pensar que ells són els únics «dolents de la pel·lícula», i que les entitats defensores dels llogaters, els únics bons. Estic convençut que en una societat democràtica, avançada socialment i civilitzada, com crec que encara avui és la nostra, hi ha d'haver espai perquè puguin conviure en harmonia els propietaris de pisos —especialment els modestos, els qui han aconseguit aquest patrimoni amb el seu treball i el seu estalvi— i els llogaters; els promotors o constructors immobiliaris i els qui desitgen comprar un habitatge; els bancs i els demandants d'hipoteques ..., això sí, sempre que regeixi i es respecti un marc en el que es prioritzin les necessitats i drets dels febles i desvalguts. Parlo d'un marc que s'ha d'implementar, amb el màxim consens possible, des d'una *bona governança*, per part dels qui tenen encomanada la responsabilitat de legislar, governar i impartir justícia.

Per això, m'inclino per fugir de qualsevol política extremista de supressió o erradicació d'aquests criticats protagonistes del mercat immobiliari; només caldria emprar una política de control estricte de qualsevol corrupció i fiscalment avançada, que inclogués alhora rigor sobre l'origen i destí dels resultats de les seves operacions, i incentius que els permetin una actuació més social, unes limitacions al seu poder de negociació (o més aviat d'imposició) per restablir l'equilibri entre elles i els seus «usuaris», que serien els llogaters dels seus immobles; tal com concretaré en les meves propostes finals.

b) També hi tenen veu la demografia i la sociologia: no es pot negar que el que hem anomenat «problema de la vivenda» està estretament lligat amb els fenòmens migratoris i demogràfics, especialment amb motiu dels desplaçaments massius de poblacions dels camps a les ciutats, dels èxodes forçats de les èpoques bèl·liques i postbèl·liques i de les situacions de taxes de natalitat molt elevades, principalment en els països menys desenvolupats.

Per centrar-ho en un moment que ens resulta molt proper en el temps i en l'espai geogràfic, hom ha constatat que a conseqüència dels processos migratoris de les últimes dècades, i encara més per la crisi econòmica que es va iniciar l'any 2008, s'han fet més visibles els canvis en qüestions com l'accés i l'estabilitat en el sistema residencial espanyol. Canvis que no només impedeixen l'accés a l'habitatge de les noves generacions, sinó que també afecten a les persones d'edat més avançada, incloent els ancians (sector per al qual l'estabilitat habitacional és una necessitat essencial).

El professor José A. Módenes, del Centre d'Estudis Demogràfics de la UAB, que ha estudiat el fenomen, ha extret una sèrie de conclusions al respecte, entre les que destaca l'increment de la presència i del pes del règim de lloguer, a diferència del de propietat que era el més estès entre les dècades de 1960-2000; però aquest, atesa la nul·la o mínima presència d'un sector públic i d'habitatge social a casa nostra, provoca, entre d'altres conseqüències socialment negatives, que menys del 70% dels joves de 30 a 35 anys s'hagin emancipat, ja que Espanya és el segon país europeu on els joves tenen com a principal problema el de l'accés a l'habitatge i que, en ambdós extrems de la piràmide d'edats, es pateixi un gran sobreesforç econòmic per a satisfer el cost de la vivenda, pràcticament insostenible (que arriba al 50% en la part dels joves, i el 80% de les llars amb menors ingressos).

c) Crec que és innegable que el fet religiós, especialment pel que fa a les creences o confessions que ens són més properes, també ha mostrat preocupació per les situacions de les persones més desvalgudes i ha predicat la necessitat de compartir béns, aixecant veus molt crítiques a l'acumulació de riquesa. Això forma part de les essències del judaisme, el cristianisme i l'islam, així com en

les pràctiques ancestrals de molts pobles indígenes o originaris, totes elles donant cabdal importància a un concepte tan expressiu de la solidaritat entre els humans com és el d'«hospitalitat», i això malgrat la secularització actual de les nostres societats.

Em centraré en les aportacions del cristianisme, per raons evidents de presència i proximitat en les nostres arrels, i també, perquè forma part de la meua convicció personal.

En l'actualitat, els punts més importants del pensament de l'Església catòlica en qüestions socials, econòmiques i polítiques, es troben recollits en un text (no estàtic o tancat com un «codi» en el sentit tècnic que fem els juristes, si no obert, en evolució, atent sempre a les modificacions o actualitzacions que imposen els «signes dels temps», si em permeten fer ús d'aquesta expressió que tanta fortuna ha trobat en l'esperit cristià a partir del Concili Ecumènic Vaticà II, que rep el nom de *Compendi de la Doctrina Social de l'Església*, citat usualment amb les sigles DSE.

Faré referència a algunes de les seves precisions sobre el tema que ens ocupa, tot i ser tal vegada massa breus i insuficients, però que en tot cas reflecteixen una llarga tradició i la creença perenne dels cristians en què el món (la «creació», en llenguatge bíblic), i tots els seus béns són el do d'un Déu bo i misericordiós que els ha volgut per a «destí universal» de tots els homes, que estan cridats a cuidar-los, fer-los fructificar i gaudir de forma fraternal i solidària. Des d'aquest punt de vista, té molts punts de coincidència amb la filosofia dels béns comuns que he esmentat més amunt.

En aquesta línia de pensament, és freqüent citar (i així ho ha fet precisament el papa Francesc en la seva encíclica *Fratelli Tutti*), textos molt radicals sobre la immoralitat de l'acumulació de béns front a les situacions de pobresa, per part d'alguns dels anomenats «Pares de l'Església». Sant Joan Crisòstom va dir: «*No compartir amb els pobres els propis béns, és robar-los i prendre'ls la vida. Els béns que tenim, no són nostres, sinó d'ells*»; i sant Gregori Magne: «*quan donem als pobres les coses necessàries, no els donem allò que és nostre, ans els hi retornem allò que és seu*».

També és digna d'esment la influència, a partir del segle XIII, de la doctrina de les escoles filosòfiques i teològiques d'àmbit franciscà, sobre el diner, la riquesa, i l'economia en general, en defensa dels drets dels més pobres en unes societats en què els banquers i usurers tenien el control pràcticament de ciutats senceres d'Itàlia.

Enfront d'aquestes realitats punyents, els franciscans, que predicaven una vida de pobresa radical, i entre els que podem destacar l'occità fra Peire Joan Oliu (per cert, citat i tingut en extraordinària consideració pel nostre Francesc Eiximenis), o sant Bernardí de Siena, reaccionen amb tota la força de la seva predicació i també amb l'elaboració d'autèntics tractats econòmics sobre la caritat i el bé

comú, emprant el concepte i tècnica d'«el preu just» de les coses com a element indestriable de tota transacció econòmica i comercial (Bazicchi).

Em plau posar l'accent en aquesta figura, tota vegada que ens resulta tan propera als juristes catalans, que encara avui la mantenim (tot i que limitada al contracte de compravenda) i precisament com a element de justícia o equilibri, en el nostre dret contractual, per evitar l'*engany* (seguint la denominació tradicional), com a fre o límit a l'imperi absolut del liberalisme, del «valor lliure» o de «mercat».

En efecte, la vigent legislació catalana fa una referència al «*preu manifestament no raonable*» a l'art. 621-5.3 del Codi Civil, i manté la rescissió per lesió, ampliada a qualsevol part perjudicada (recordem que en l'anterior legislació només el transmissor gaudia d'aquest remei). Aprofito per preguntar-me si no seria possible aplicar-la, més enllà del contracte de compravenda, per exemple, al preu o cost del lloguer, en una funció semblant a la del «*equo canone*» que durant tants anys ha funcionat, i amb èxit, a Itàlia, o a l'*índex de referència dels preus de lloguer* de la recent legislació catalana sobre habitatge...

Ja en èpoques modernes, no podem deixar d'esmentar la preocupació per la injustícia que suposa la situació social dels pobres i proletaris, que és la base de l'encíclica *Rerum Novarum* (1891) de Lleó XIII, que, malgrat la seva prudència i intent d'equilibri, va irritar el pensament reaccionari de l'època.

En temps de la Segona Guerra Mundial, el papa Pius XII, en el seu Missatge de Nadal de 1942, reclamava que, per la gran destrossa d'habitatges produïda pels combats, l'Estat procurés a les famílies estances condicionades amb espais i llum necessàries per tal de preservar el valor material i moral de les famílies, i acabava amb la pregunta «*com és que s'en vol fer un negoci abusiu, amb un bé humà i social tan essencial?*».

El gran papa renovador, Joan XXIII, en l'encíclica *Pacem in Terris* de la que enguany s'escau el 60è aniversari, també va situar el gaudi d'un habitatge digne com a fita de plena garantia dels drets fonamentals (epígraf 11); i poc després se'n va fer ressò el document conciliar *Gaudium et Spes* (1965), en els seus epígrafs 27 i 71.

No els cansaré amb més cites, només recordaré que la denúncia del problema de l'habitatge en relació a les situacions de pobresa i exclusió social, ha estat present en múltiples textos i al·locucions de tots els darrers Pontífexs, des de Pau VI fins a Francesc, aquest darrer, de forma molt clara i contundent, en la seva encíclica *Laudato Si'* (152). En tots ells hi ressona la idea clau del «deure d'hospitalitat», tantes vegades proclamat a la Bíblia.

Finalment, de manera més concreta, el Compendi de la DSE planteja l'aparent dilema entre «destí universal dels béns» i «propietat privada» i el resol en base a la doctrina de la «funció social de la propietat» (d'origen no específicament cristià) i la invocació de l'«*opció preferencial pels pobres*» (epígrafs 176 i següents).

d) La problemàtica del gaudi o de l'accés a l'habitatge ha estat lògicament present en el debat polític i objecte d'estudi i reivindicació, especialment pels programes i partits englobats en l'espai que solem anomenar *d'esquerres*; per no allargar-me, només faré esment a dos episodis significatius.

Un d'ells és la publicació, de l'obra *Contribució al problema de la vivenda* (que, en principi, va aparèixer en forma d'articles de premsa entre els anys 1872 i 1873), del filòsof alemany Friedrich Engels, estret col·laborador polític i ideològic de Marx, i coautor amb ell del *Manifest Comunista*.

Aquesta obra, que va tenir molt ressò a l'època, va ser una resposta crítica a la visió «idealista» del socialisme de Proudhon, motiu pel qual la podem considerar una de les primeres manifestacions de les divergències entre socialisme i comunisme i dels enfrontaments, en l'arc polític de les esquerres, sobre les tàctiques i estratègies necessàries per assolir una societat plenament socialista i igualitària.

En resum, Engels, després d'analitzar amb exemples vius dels països que més coneixia, com Prússia, França o Anglaterra, de quina manera la manca o la carestia d'habitatges adequats era una de les principals causes de la pobresa i l'explotació dels obrers en la societat capitalista, argumentava que la construcció d'habitatges públics i la regulació del mercat immobiliari eren mesures pràctiques i necessàries per a la millora de les condicions de vida de la classe obrera, però no eren incompatibles amb la lluita per enderrocar-la i substituir-la per una societat plenament comunista, en què la propietat privada restaria abolida.

Més a prop nostre, el civilista i sociòleg francès, i convençut socialista Jean Carbonnier (1908-2003), conegut sobretot per la seva famosa obra *Flexible Droit*, ha expressat la seva visió crítica sobre la funció del contracte d'arrendament de vivenda en almenys dues ocasions, que són els respectius prefacis a l'obra col·lectiva i dirigida per ell, *L'immeuble urbain à usage d'habitation* (1963) i al llibre *Essai sur les principes d'un droit civil socialiste*, de Suzanne Daligny (1976), on resumeix així el seu pensament:

«... des d'una òptica socialista, podem concloure que es tracta d'un contracte (el de lloguer d'immobles), o, millor, d'una relació, que respon a dues necessitats fonamentals de l'home: habitació i desenvolupament del seu treball, que es presenten en situació de crisi quasi insoluble per l'economia capitalista, que, per sortir de l'impasse, li ha calgut instrumentar reformes fonamentals en benefici de l'arrendatari i en detriment de l'arrendador, per mantenir viu el contracte, però que trenquen alguns principis bàsics del dret civil burgès... però aquestes solucions implementades al principi per moments de crisi, haurien de ser portades a les seves darreres conseqüències com a situació normal. I és així, perquè si l'habitatge és un servei públic que ha de ser tractat com a necessitat essencial dels homes, s'ha de sostreure de forma total a la llei de l'oferta i la demanda, del mercat lliure... si el socialisme pot reconèixer el dret a la propietat individual dels locals destinats a

habitatge, és amb la condició que respongui a unes normes solidàries d'ocupació... el contracte d'arrendament, tot i les reformes actuals, és essencialment de concepció capitalista, doncs es fonamenta en l'explotació econòmica de la propietat per a un ús personal, i de la que se n'extreu un benefici sense treball ...».

Situats també a França, és interessant recordar el gran debat polític-social entorn al dret a l'habitatge i a les relacions entre propietaris i llogaters que es va produir a partir de l'any 1981, coincidint amb la presidència de F. Mitterrand, el primer socialista des de la Segona Guerra Mundial, i que va tenir gran ressò a la premsa i fins i tot al carrer.

Per concloure aquest periple per diferents aproximacions al dret i al problema de l'habitatge, esmentaré les aportacions de l'Informe, no vinculant però necessari, emès l'any 2019, per la «Plataforma DESC Espanya» per preparar i contribuir a l'examen periòdic universal que porta a terme l'Organització de les Nacions Unides sobre la situació dels drets econòmics, socials i culturals arreu del món, i les consideracions i conclusions de l'Informe final que va presentar el Relator Especial, el professor i jurista australià Philip Alston, després de la seva estada a l'Estat espanyol entre gener i febrer de 2020 (poques setmanes abans de l'esclat de la pandèmia), on va visitar 8 ciutats i mantenir més de cent entrevistes, amb polítics, administracions, experts, ONGs i ciutadans particulars.

Centrats en el cas de l'habitatge (que, en ambdós documents és tractat amb especial extensió i profunditat), el primer d'aquests informes sosté que:

«en la actualidad, estamos inmersos en la mayor crisis de asequibilidad de la vivienda en este país, debido a la explosiva combinación de la reducción de la renta familiar y al enorme aumento de precios de la vivienda, en alquiler y en compra ... desde 2015, cientos de miles de personas y familias en nuestro Estado, experimentan cada día la dificultad en el acceso a este derecho humano, el miedo a perderlo, y la desesperación de encontrarse sin poder recuperarlo.»

A continuació presenta xifres i estadístiques demolidores, i conclou amb 6 propostes entre les que jo destaco: desenvolupar un pla estratègic d'habitatge orientat al lloguer social i a la rehabilitació, considerar l'habitatge social com a equipament públic amb reserva d'importants percentatges de sòl (en la línia que defensen, per exemple, els nostres coneguts experts Carme Trilla, Juli Ponce, Sergi Nasarre) i modificar algunes normatives, com la Llei d'Arrendaments Urbans, per tal de protegir i donar més estabilitat als llogaters, modificar l'excessivament dispersa legislació sobre vivendes de protecció oficial, per tal d'impedir que puguin, en el futur, ser objecte de venda especulativa, i la legislació hipotecària per a fer efectiva, de manera clara i definitiva, la defensa dels drets dels consumidors en línia amb la jurisprudència del TJUE.

I pel que fa a l'Informe del Relator Alston, dedica a aquest problema la màxima extensió (epígrafs 4, 7, 8, 9, 10, 20 i 36 a 43), després de situar-lo en la segona posició dels dèficits socials que ha verificat a Espanya i qualificar-lo de «una crisi de enormes proporciones...». Afirmar que, malgrat que el Govern ha reconegut que l'accés a la vivenda és fonamental per combatre la pobresa, s'ha fet «molt poc» per garantir aquest dret, i li recomana que faci un gran esforç, com el que ha fet Portugal amb la seva Llei Bàsica de Vivenda de l'any 2019.

Entre les moltes xifres i estadístiques sobre les quals va treballar i verificar el Relator, i amb les que no els vull cansar, en destaca la que, per a mi, és més significativa: la despesa pública espanyola en habitatge, l'any 2019, era de les més baixes d'Europa, el 0,3% del PIB, enfront de la mitjana de l'1,1% (o sigui, menys d'una tercera part, calculada sobre un total de països en el que s'hi troben molts que, en principi, creuríem que se situen, en termes de desenvolupament, molt per sota del nostre...).

No vull acabar aquest comentari sobre l'Informe d'aquest gran expert (no només pel seu prestigi personal i moral, sinó sobretot per la seva trajectòria en els serveis de l'entitat per la qual treballava, l'ONU) sense recollir la seva sorpresa pel fet paradoxal que, en un país on ha trobat tanta carència i pobresa habitacional, sigui també el que té més habitatges infra aprofitats: buits, abandonats o aturats a mitja construcció; i finalment, dues observacions seves que, com es diu en acudits, «que n'hi ha una de dolenta i una de bona»: la primera, les descripcions colpidores de la misèria i manca absoluta de serveis que va comprovar en les seves visites a assentaments de treballadors migrants i altres persones marginades, en dos llocs diferents: la tristament famosa «Cañada Real» als afores de Madrid, i en camps de temporers sense papers a Almeria; va dir, literalment, que es tracta de llocs que la gran majoria de ciutadans espanyols seria incapaç de creure que es podrien trobar en el seu país.

I la bona: en el seu Informe sobre els drets socials, deixa en molt bon lloc la situació i nivell de qualitat del servei públic i universal d'atenció a la salut (malgrat constatar una certa davallada en els últims anys, per la reducció de la inversió pública i pel corrent privatitzador que s'està, lamentablement, portant a terme). I dic que és «bona notícia», perquè ens dona la mesura del que pot fer, si hi ha voluntat, una societat avançada, amb la participació i capteniment conjunt de la ciutadania i les administracions públiques: jo em pregunto, si ho hem aconseguit en els camps del dret a la salut (i també en el de l'ensenyament), perquè no posem les mateixes eines —voluntat i aportació pressupostària— per redreçar aquest dret tan malmès?

V. PROCLAMACIÓ I INCLUSIÓ DEL DRET A L'HABITATGE EN LA CATEGORIA DELS DRETS HUMANS

El dret a l'habitatge està inclòs a la Declaració Universal dels Drets Humans (París, 10 de desembre de 1948), concretament en el primer paràgraf de l'art. 25,

que es refereix a aquells drets que possibiliten el desenvolupament d'una vida digna, i que diu:

«Tothom té dret a un nivell de vida adequat que li asseguri la salut i el benestar, a ell i a la seva família, incloent-hi l'alimentació, el vestit i l'habitatge ...»

Com tots sabem, aquesta Declaració, sens perjudici del seu altíssim valor moral, polític i jurídic, que podem considerar una de les més elevades fites del progrés de la humanitat, ja que proclama que aquests drets pertanyen a tota persona, pel sol fet de ser-ho, no és pròpiament un tractat que contingui mesures d'execució o aplicació directes, dit en altres paraules, no està dotat de l'element de la «coercitivitat»; tampoc pretén, a diferència del que posteriorment han dut a terme altres normes o la doctrina, cap classificació dels drets en categories o «generacions», tot i que la seva mateixa ordenació numèrica ja dona a entendre unes eloqüents prioritats, en situar en primer lloc les clàssiques llibertats individuals.

Però, posteriorment i per a dotar la Declaració d'uns instruments més efectius d'aplicació, les Nacions Unides van adoptar el Pacte Internacional de Drets Econòmics, Socials i Culturals (1966, ratificat per l'Estat espanyol el 1977) —en endavant, «DESC»— per donar compliment a aquells drets, imposant obligacions vinculants per als estats signataris. L'art. 11 reitera el dret de tota persona a un nivell de vida adequat, per a ella mateixa i la seva família, incloent-hi l'habitatge, i també a una millora constant de les seves condicions de vida.

En desenvolupament d'aquest dret, diverses «observacions» emeses pel Comitè DESC de Nacions Unides, algunes funcions del qual ja he esmentat més amunt, han precisat que ha d'incloure l'accés permanent a recursos naturals i comuns, a aigua potable i a energies per a la cuina, la calefacció i la llum; i que també en forma part la protecció contra els desnonaments forçosos i l'obligació dels poders públics de garantir reallotjament adequat per a les famílies desnonades.

Cal esmentar, en aquest punt, que aquest Comitè ha intervingut ja, en resolució de 20 de juny de 2017, per a condemnar l'Estat espanyol per una execució de desnonament a Madrid, d'una família amb fills menors, en estat de pobresa extrema i sense alternativa de reallotjament, situació a la que la nostra jurisdicció interna no havia donat resposta. Concretament es tracta del cas *Ben Djazia et al. vs. Espanya*, on expressa:

«... las obligaciones de los estados parte con relación al derecho a la vivienda deben ser interpretadas conjuntamente con todas las otras obligaciones de derechos humanos; y, en particular, en el contexto de los desalojos, con la obligación de conceder a la familia la más amplia protección.»

Aquesta intervenció externa va ser possible, ja que l'Estat havia ratificat, l'any 2013, el Protocol Facultatiu que permet les denúncies de ciutadans particulars o d'entitats acreditades, davant el Comitè DESC.

Encara que potser massa tard, aquestes mateixes consideracions van propiciar una certa obertura i nova sensibilitat del Tribunal Constitucional, fins aleshores molt poc procliu a la garantia efectiva dels drets socials; així ho veiem, per exemple, en la STC 113/2021 de 31 de maig de la que va ser ponent el magistrat J.A. Xiol, que va atorgar l'emparament i va anul·lar una ordre judicial de desnonament, amb l'argument de l'afectació de dos drets que es troben fora de la cobertura de l'art. 53.2: el de la protecció de la família i dels menors de l'art. 39, i el de les persones amb discapacitat del 49, afegint una clara referència a la necessitat de proporcionar «una solució habitacional»; i, amb un precedent, malauradament aïllat, el del vot particular del també acadèmic Eugeni Gay respecte de la inadmissió, pel Ple del Tribunal, en la qüestió d'inconstitucionalitat plantejada pel titular del Jutjat de 1.^a instància 2 de Sabadell, en *Auto* de 19 de juliol de 2011.

Aquests pronunciaments tenen lloc en el terreny de la inadequació de la legislació i pràctica judicial espanyola als requeriments de la jurisprudència del TJUE sobre la protecció dels consumidors que han adquirit mitjançant hipoteca la seva vivenda habitual, i que s'enfronten a desnonaments per raó de procediments rígids d'execució, a conseqüència de no haver pogut fer front a les quotes hipotecàries, i, per això considero que tenen rellevància pel que fa al dret que és objecte del meu discurs. Així, en el Vot particular esmentat, llegim que «*este panorama de fondo —es refiere a l'enorme crisi econòmica global generada a partir dels anys 2007-2008— atestigua, sin que de ello quepa la menor duda, que los ciudadanos que, como los recurrentes en el proceso a quo, contrataron en estos últimos años productos hipotecarios como único medio de obtener el dinero necesario para adquirir su vivienda habitual, sin poderse percatar, al tiempo de otorgar su consentimiento, de unos riesgos imprevistos y muy distintos de los que ciertamente implicaba la operación ...*».

Un altre i més recent projecte de les Nacions Unides en el camí per a la millora de les condicions de vida de tota la humanitat, em refereixo a l'*Agenda 2030 pel Desenvolupament Sostenible (ODS)*, que estableix els objectius que han d'inspirar les polítiques i les accions de tots els governs, inclou, com a Objectiu núm. 11, assolir la garantia de l'accés de totes les persones a «*habitatges segurs, assequibles i adequats*».

Ens traslladem ara a l'espai europeu, per examinar algunes de les seves iniciatives legals i polítiques sobre el dret en qüestió.

En primer lloc, i en l'àmbit del Consell d'Europa, cal constatar que el seu pilar en matèria de drets, el Conveni de Roma per a la protecció dels Drets Humans i Llibertats Fonamentals (1950, ratificat per Espanya el 1979), no fa esment específic del dret a l'habitatge, però tangencialment es pot considerar cobert

per la protecció del dret al respecte a la «*vida privada i familiar*» de l'art. 8, que inclou també el «*respecte del domicili*», ja que aquest és base i marc material necessari per a la vida.

Però precisament el Protocol Addicional núm. 1 del propi Conveni, adoptat a París el 20 de març de 1952, destinat a completar-ne alguns continguts, i que té per objecte configurar el reconeixement del dret de propietat, permet una defensa del dret a l'habitatge, en la mesura en què accepta que els Estats membres estableixin límits a l'exercici del dret a la propietat privada «*d'acord amb l'interès general*» (expressió similar a la de la ja clàssica funció social de la propietat, que figura a l'art. 33 de la nostra Constitució) i que resulta de plena aplicació als conflictes entre propietaris i habitants/llogaters en què es produeixin situacions d'abús per part d'aquells.

En aquesta línia, el Tribunal Europeu de Drets Humans —en endavant, TEDH— que és l'òrgan jurisdiccional creat pel Consell d'Europa per jutjar les violacions del Conveni portades a terme pels estats signataris, a denúncia dels ciutadans, s'ha recolzat en l'esmentat art. 8 i el Protocol núm. 1 per reconèixer la violació del dret i anul·lar l'embargament sobre un habitatge familiar, en la Sentència del cas *Mc. Donald contra el Regne Unit* de 8 d'octubre de 2008, amb l'argument dels vincles i repercussions de les limitacions dels drets civils sobre els socials. Es tractava d'un cas en què la reclamant havia vist embargada la seva vivenda per l'Administració tributària, per no haver pogut fer front a l'elevat import de l'Impost de Successions per la mort de la seva germana, amb la que vivia en aquella casa i de la que era copropietària, impost meritat precisament per heretar la meitat de la premorta, amb la circumstància que aquestes germanes eren ancianes, pensionistes sense cap altra propietat i sense més família propera. Encara que el recurs es fonamentava també en el caràcter excessivament oneros, quasi «confiscatori» de l'impost, el Tribunal, sense entrar a valorar la justícia o no del sistema fiscal, va posar l'accent en el dret a la propietat sobre un bé que era precisament l'únic que podia garantir la dignitat de la «vida privada» de la Sra. Mac Donald, en els termes de l'art. 8 del Conveni.

En altres ocasions, el TEDH s'ha pronunciat sobre l'equilibri o col·lisió entre els drets de propietaris i arrendataris i les garanties de manteniment dels habitatges; la primera Sentència d'aquesta sèrie és la del cas *James i altres contra el Regne Unit*; i una de les més interessants és la de *Mellacher i altres contra Àustria*, de novembre de 1989, en què el Tribunal va considerar correcta i no atemptatòria del dret de propietat una mesura governamental que va imposar a un grup de propietaris (que eren els demandants) l'obligació de reduir les rendes pactades amb els seus llogaters, per raó del seu estat de necessitat i mereixedors de major protecció.

Així doncs, el TEDH s'ha valgut de la interconnexió entre l'art. 8 del Conveni i el Protocol núm. 1 per donar cobertura a la protecció del dret a l'habitatge, que finalment pot ser tutelat sobre la base de què ha de ser un lloc adequat per a desenvolupar-hi amb plenitud i dignitat la vida familiar.

Sí que apareix reconegut expressament, en canvi, el dret a l'habitatge, mitjançant la fórmula d'establir l'obligació dels estats de promocionar i facilitar la construcció d'habitatges adaptats a les necessitats de les famílies, en el primer text de la Carta Social Europea de 1961 (coneguda com a *Carta de Torí*); i, de manera més reforçada i contundent, en la nova *Carta Social Europea Revisada (CSER)*, que va entrar en vigor l'any 1999, tot i que, per sorprenent que sigui, no va ser ratificada per l'Estat espanyol fins al juliol de 2021. En concret, el seu art. 31 conté una sèrie d'obligacions que els estats han d'implementar per fer efectiu el dret, amb la peculiaritat d'incloure per primera vegada de forma explícita l'obligació de «*prevenir i reduir el fenomen del sensellarisme, amb l'objectiu d'eliminar-lo progressivament*».

Precisament en el moment en què redacto aquest discurs, s'ha fet públic que a la segona quinzena de maig de 2023, tindrà lloc a Reykjavik la cimera de caps d'estat i de govern dels països del Consell d'Europa, i un dels punts que s'hi tractaran es refereix a la necessitat d'impulsar i reforçar les garanties efectives dels drets socials inclosos a la CSER (i, en conseqüència, també el d'habitatge) «*que són drets humans reconeguts com a indivisibles i interdependents per la comunitat internacional*». Aquest punt de l'ordre del dia ha estat introduït a petició de la Conferència de les ONGs acreditades davant el Consell, entre les quals es troba *Justícia i Pau*.

Passant del pla internacional al del dret intern espanyol, el dret a l'habitatge és reconegut a l'art. 47 de la Constitució de 1978:

«Tots els espanyols tenen dret a un habitatge digne i adequat. Els poders públics promouran les condicions necessàries i establiran les normes pertinents per tal de fer efectiu aquest dret, i regularan la utilització del sòl d'acord amb l'interès general per tal d'impedir l'especulació.»

És important remarcar que aquest precepte està situat, no en la part dedicada a enunciar i proclamar els «drets fonamentals i llibertats públiques» dels arts. 15 al 29, sinó en una ubicació que m'atreveixo a titllar de poc preeminent, per la sistemàtica i, especialment, pel menor nivell de garanties en la seva protecció i implementació.

Concretament el trobem al Capítol Tercer del Títol I, sota la rúbrica de «principis de la política social i econòmica» que comprèn els arts. 39 a 52, sobre qüestions tan variades com la protecció a la família, els drets a la sanitat i previsió social, al medi ambient, la cultura i l'esport, etc. Alguns autors arriben a parlar d'un «subgrup» de drets, els dels arts. 45 a 47, que anomenen «*Constitució ambiental*» (Vaquer).

Més endavant m'ocuparé de les raons d'aquest baix grau de protecció i en faré l'oportuna crítica, amb el repte de trobar-hi alternatives.

La manca, almenys fins ara, d'una clara voluntat política per a desplegar de forma seriosa aquest article en la legislació ordinària d'àmbit estatal, tot i que, en

el moment de redactar aquest document s'acaba d'anunciar un imminent acord polític-parlamentari que permetria aprovar una Llei estatal marc sobre l'habitatge, unit al fet del reconeixement de competències autonòmiques, encara que parcials, en la matèria, ha propiciat que siguin les Comunitats Autònomes les qui hagin desenvolupat normatives pròpies, no sempre concordants ni animades per la mateixa aposta de progrés social, circumstàncies que sovint han provocat conflictes amb l'estat, forçant intervencions reiterades dels Tribunals de control: Tribunal Constitucional i, en el cas de Catalunya, Consell de Garanties Estatutàries.

Per la seva part, el vigent Estatut d'Autonomia de Catalunya recull el dret a l'habitatge a l'art. 26, que, en fórmula gramatical potser massa restrictiva, substitueix les habituals expressions «*tothom, totes les persones, tots els ciutadans*» o similars, per «*les persones que no disposen dels recursos suficients*»; i posa l'accent en l'obligació dels poders públics, d'establir «*per llei*» un sistema de mesures per a garantir-lo.

El desplegament d'aquest precepte, i del 137 del mateix Estatut, el Parlament de Catalunya ha legislat en diverses ocasions (Llei 18/2007 de 28 de desembre —modificada per la Llei 9/2011 de 29 de desembre—, Llei 24/2015 de 29 de juliol, Llei 4/2016 de 23 de desembre i la molt recent Llei 1/2023 de 15 de febrer), i la Generalitat ha desplegat una abundant normativa de rang inferior i reglamentari, mitjançant Decrets i Ordres, normativa impulsada per governs de diferent color polític, que massa sovint ha resultat estèril i confusa, víctima dels embats creuats entre vaivens i discrepàncies polítiques en el propi país i els rigors del Tribunal Constitucional en els darrers anys, més inclinat al paper de controlador estricte dels espais competencials que a la preocupació per un millor assoliment dels drets socials, i que ha tingut també conseqüències en la prudència mostrada pel Consell de Garanties Estatutàries, per exemple, en el seu extens i rigorós Dictamen 7/2020 de 5 d'agost sobre la Proposició de Llei de Mesures Urgents de contenció de Rendes en els contractes d'arrendament d'habitatges. Per raons de temps no em puc endinsar en aquest valuós document, només diré que conté interessants aportacions de dret comparat i que examina amb rigor i profunditat el *maleït*, si em permeten l'expressió, concepte de «*bases de les obligacions contractuals*» de l'art. 149.1.8 de la Constitució.

Per acabar aquest recorregut per les diverses implementacions legals del dret a l'habitatge, diré que el seu esment i reconeixement, són freqüents en els textos constitucionals més moderns, seguint els precedents d'altres constitucions històricament pioneres, com la mexicana de 1917.

Dit això, hom constata una diferència entre Constitucions que —amb diferents graus d'exigibilitat— parlen directament del dret a l'habitatge digne, i aquelles que es limiten a imposar límits al dret de propietat en raó de la seva funció social, i per tant, només tangencialment s'aplicarien a la vivenda, però en canvi una part important d'aquestes parlen més explícitament del «dret a la terra»,

sovint des de la visió de les comunitats originàries, tradicionals i camperoles dels continents no europeus.

En el primer grup, a més d'Espanya, podríem incloure les de França, Alemanya, Itàlia, Portugal, Països Baixos, Andorra (aquesta última amb un format peculiar, o redundant, ja que per l'art. 3 incorpora, en bloc la Declaració Universal dels Drets Humans, que en el seu art. 25 ja reconeix el dret a l'habitatge, i en l'art. 33 reitera específicament aquest dret, amb una redacció molt similar a la del nostre art. 47), Índia i Sudàfrica.

En el segon bloc es trobarien les Constitucions —o normes de rang similar— d'Argentina, Brasil, Colòmbia, Xile i Xina.

Em permetré només un breu excurs pel cas de Sudàfrica, ja que és un país en què, com han posat en relleu els estudiosos (Brand, Liebenberg), els tribunals han portat a terme interpretacions i decisions que han permès l'efectiva i directa implementació del dret reclamat pels particulars, tot i partir d'una categoria i ubicació *febles*, o sigui de mers principis, molt similar a la de la nostra mateixa norma suprema.

En efecte, la Constitució sudafricana de 1996 reconeix el dret a l'habitatge, a la Secció 25, amb paraules quasi idèntiques al nostre art. 47, però amb un interessant afegitó, que prohibeix els desallotjaments «arbitraris». Precisament, la interpretació d'aquest darrer incís ha permès pronunciaments judicials de tribunals ordinaris, confirmats per la Cort Constitucional de la República, com són, entre els més comentats, els casos «*Grootboom vs. Ostenberg Municipality*» (2001) i «*Port Elizabeth Municipality vs. Various Occupiers*» (2005).

En el primer, un grup de persones que havien estat desallotjades per l'Ajuntament dels assentaments en què vivien, van demanar al Tribunal que obligués l'Administració a donar-los-hi allotjament, fins al moment que poguessin accedir a un habitatge social definitiu. La Cort ho va estimar, declarant que tenien dret a ser proveïts de vivendes dignes a costa de l'Estat.

En el segon, el Tribunal va determinar que l'Administració estava obligada a adquirir els terrenys, que eren de propietat privada, per tal que els demandants poguessin romandre en les cases que hi havien construït (sense llicències ni contracte amb el propietari) i on vivien des de feia anys, per preservar el seu dret a l'habitatge. El conflicte s'havia plantejat quan el propietari havia obtingut una ordre de desnonament a conseqüència d'un procés, formalment legal, per recuperar la seva plena propietat; i amb la seva decisió el Tribunal va argumentar que era la manera més efectiva de compaginar alhora el dret a la propietat privada i el de gaudir d'habitatge, reconeguts ambdós a la Constitució amb el mateix rang.

M'he permès aquest incís perquè, al meu entendre, ens demostra la possibilitat que els tribunals, encara que amb textos constitucionals insuficients, poden tenir un ampli espai d'acció per a la implementació efectiva dels drets socials.

Cal plantejar-se doncs, la raó de ser, les conseqüències i la utilitat actual d'una qüestió que tanta tinta ha fet córrer: la de les distincions i classificacions en cate-

gories o *generacions* dels drets humans. Si bé cal reconèixer l'oportunitat, en els primers moments de l'eclosió del concepte dels drets humans i de les seves primeres plasmacions normatives, d'establir certes prioritats o graus i que la doctrina ha contribuït a elaborar, jo crec que una mirada honesta i alhora crítica sobre les situacions de desemparaments i exclusions socials en el món d'avui, hauria de permetre una revisió d'aquelles classificacions; en concret, propugno una nova perspectiva que faci possible una igual garantia d'exigibilitat per la protecció directa dels drets socials, en especial el d'habitatge, malgrat la seva ubicació a la CE; per això, em pronuncio clarament, i així ho incloc en les meves propostes finals, per una modificació de la carta magna que ressitui i enforteixi la garantia dels drets socials.

La necessitat d'aquest canvi d'enfocament és reclamat no només per les entitats i institucions internacionals de protecció dels drets humans i per sectors doctrinals cada dia més amplis, sinó també per tribunals de jurisdiccions tant nacionals com internacionals (encara que penso que amb excessiva timidesa, com hem vist en alguns dels exemples que els hi he presentat).

De fet, ja la Declaració i Programa d'Acció sobre els Drets Humans aprovada per les Nacions Unides el 25 de juny de 1993 a Viena, va dir:

«... todos los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes, y están relacionados entre sí; la comunidad internacional debe tratarlos en forma global de manera justa y equitativa, en pie de igualdad, dándoles a todos el mismo peso.»

Per això reitero que ni les classificacions acadèmiques o doctrinals, que són bones i útils a efectes pedagògics, ni les jerarquitzacions per raons de concepció política o de sistemàtica legislativa, poden servir d'excusa per rebaixar les garanties efectives d'assoliment de tots els drets. En aquest sentit, coincideixo amb les opinions que expliquen aquesta diferència per l'origen i posicionament *liberal* (en el mal sentit de la paraula) de moltes de les Constitucions operatives avui dia. Perquè, tal com va dir Luigi Ferrajoli, *«el impedimento se encuentra más en el plano real que jurídico, y los obstáculos para derivar de los derechos sociales, garantías normativas y jurisdiccionales, son de naturaleza política más no jurídica»*.

Les mateixes reflexions serien aplicables a altres drets inclosos sota la rúbrica dels principis a què es refereixen els arts. 39 a 52 CE; en el cas concret del dret a la cultura, que apareix a l'art. 44, és molt remarcable l'aportació de Roca Trias que en una recent publicació, l'hi reconeix la categoria d'autèntic dret constitucional, i desenvolupa de forma exhaustiva la crítica al fet que aquest dret, igual que els altres que anomenem socials, gaudeixin una protecció més feble (*«Eppur si muove: la cultura, derecho fundamental»*, 2022), postura que comparteixo.

Certament, la literalitat de l'art. 53.3 de la Constitució podria portar a pensar que els drets socials no són justiciables (en el sentit de merèixer tutela directa pels

Tribunals), ni vinculen el poder legislatiu; per tal d'eliminar aquesta conclusió, que considero contrària al sentir general de la humanitat sobre la importància dels drets socials, jo aspiro, ingènuament potser, a modificar la Constitució, per tal que gaudeixin de la mateixa protecció que els de «primer nivell».

Mentre això no es produeixi, conscient com soc de l'enorme —però no justificable— dificultat de qualsevol reforma constitucional a l'Estat espanyol, cal que tots els implicats facin seva, decididament, una expressió verbal que apareix al mateix precepte, l'apartat 3 de l'art. 53: el reconeixement, el respecte i la protecció dels principis «... *informaran la legislació positiva, la pràctica judicial i l'actuació dels poders públics*».

Per a mi, aquesta forma verbal és un mandat vinculant, i no una simple exhortació retòrica; només cal decisió ferma per posar-la en pràctica.

VI. CONSIDERACIÓ DEL DRET A L'HABITATGE EN L'ÀMBIT JURÍDIC I SOCIAL D'EUROPA

Els he de confessar que, per a mi, aquest espai que anomenem Europa, es troba encara avui més decantat cap al mercantil (el «mercat», com es deia en una de les seves anteriors denominacions) que cap als drets de les persones, o almenys, als drets socials i hem dedicat més esforços per a la unió econòmica per sobre de la social!

Això no vol dir que no existeixin alguns avenços i en els darrers anys s'han produït moviments jurisprudencials i de normativa que, tot i no contenir una afirmació contundent del dret a l'habitatge com a fonamental, incideixen col·lateralment en la seva protecció, en el marc de qüestions tan properes com les crisis financeres, les garanties dels drets dels consumidors (que precisament, en la majoria de casos, l'objecte del seu *consum* és la vivenda familiar), la defensa contra les clàusules abusives dels contractes d'hipoteca, etc...

És digne de senyalar, en aquest terreny, la Sentència del TJUE de 10 de setembre de 2014, en el cas *Monika Kuosionova contra Smart Capital, A.S. / República d'Eslovàquia*, en què el Tribunal va declarar que la pèrdua de la llar no només pot lesionar greument els drets dels consumidors, sinó que també posa a la família en situació d'exclusió del dret a l'habitatge garantit per l'art. 7 de la carta. I en sentit similar, i sobre la necessitat de tenir en compte els drets socials a l'aplicar la Directiva 93/13, la Sentència del cas *Sánchez Morcillo i altres contra Banco de Bilbao-Vizcaya-Argentaria / Espanya*, també de 2014.

Com deia, però, hom constata excessiva tebior o manca d'audàcia de la «màquina europea» en el camí d'enfortiment dels drets socials; per exemple, l'extensa Directiva 17/14, que semblava cridada a desenvolupar en aquesta direcció alguns continguts de la 93/13 que acabo d'esmentar, no ha complert aquesta expectativa

i més aviat ha causat decepció. Així, a l'art. 28, que tracta sobre «*retards (de pagament) i execució hipotecària*», es limita a una simple i ingènua recomanació per protegir els desnonaments, en aquests termes:

«los Estados miembros adoptarán medidas para alentar (sic) a los prestamistas a mostrarse razonablemente tolerantes (sic) antes de iniciar un procedimiento de ejecución.»

I per això proposa uns requisits més estrictes per a accedir a les execucions d'aquells habitatges que es consideren més modestos, en concret aquells que tenen un valor (de taxació) inferior als 75.000€.

Per raons òbvies de temps i espai no puc endinsar-me més en l'anàlisi d'aquesta jurisprudència i normativa, però sí deixar constància que ha sigut un dels elements que han impulsat una recent acció/proclamació de la Unió, per part dels seus òrgans de govern, l'anomenat *Pilar Social Europeu* que es va adoptar a la Conferència de Göteborg de 2017 i que té com a punt de partida el reconeixement de la bretxa (que s'ha agreujat els darrers anys per les crisis financeres, migratòries i d'altres), entre la política purament econòmica i la dimensió social de la Unió, a la que m'he referit a l'inici d'aquest apartat.

No es tracta certament, d'un text normatiu, a diferència de les Directives 93/13 i 17/14, ja que més aviat es va concebre com una recomanació, desenvolupada en 20 principis o propostes destinades a incorporar-se en el futur a una bateria de noves directives, fons, plans i altres accions necessàries per a donar resposta a les creixents desigualtats socials i impulsar una nova agenda social europea.

La qüestió del dret a l'habitatge hi és present en el *principi núm. 19*, que conté les següents indicacions:

«a) Debe proporcionarse a las personas necesitadas acceso a viviendas sociales o ayudas a la vivienda de buena calidad. b) Las personas vulnerables tienen derecho a una asistencia y una protección adecuadas frente a un desalojo forzoso. c) Debe facilitarse a las personas sin hogar un alojamiento y los servicios adecuados con el fin de promover su inclusión social.»

La pregunta torna a ser la mateixa: hi haurà força i convicció suficients en el Parlament i en la Comissió, per dur a terme aquest programa? O prevaldran els interessos dels defensors a ultrança del mercat lliure sense límits?

La professora Natalia Caicedo, destacada estudiosa dels drets socials i del seu lloc en l'àmbit de la UE, es mostra crítica de les polítiques que fins ara s'han implementat en aquest terreny, que en general considera tímides i mancades de compromís, i en concret, escèptica front als resultats efectius que pugui generar el *Pilar*, al que titlla de limitar-se a una visió merament «assistencialista» del

problema de la crisi habitacional, allunyada de la proclamada *clàusula social* que incorpora l'art. 5 bis del Tractat de Lisboa de 2007.

Per últim vull aportar un element temporalment molt proper, i que va en la línia de reforçar la jurisprudència del cas *Kuosionova*: es tracta de les conclusions de l'advocada general Sra. Laila Medina, en un extens i ben fonamentat informe presentat el 12 de gener de 2023, corresponent al cas *SP-CI contra Vseobecna uberova Banka s.a.* (que procedeix també de la jurisdicció eslovaca). L'Advocada general, entre d'altres consideracions, proposa una resolució que endureixi els supòsits de qualificació com abusives de les clàusules dels contractes d'hipoteca en la mesura que «debilitin» les formalitats i controls per a les execucions de béns immobiliaris que resultin ser habitatges familiars.

Tenint en compte que tradicionalment el Tribunal es mostra receptiu respecte dels Informes dels Advocats Generals, això fa presagiar el progrés de la jurisprudència europea vers postures més socials.

VII. EL MARC NORMATIU ESPANYOL

En aquest punt m'he de remetre al que ja he avançat en l'apartat 5 del discurs, pel que fa al pla del reconeixement formal del dret.

Voldria, no obstant, fer una indicació sobre la transcendència que, en el moment d'analitzar les causes del problema i les seves possibles solucions, ha suposat la tensió entre els dos models, «*habitatge en propietat*» i «*habitatge de lloguer*», iniciada a partir dels anys 60 del segle passat i que s'ha decantat per una primacia del primer d'ells, en una desproporció que ens ha allunyat de la gran majoria dels països europeus.

Per explicar-ho, es donen raons sociològiques, entre les quals és molt important la cultura o carrera del *desenvolupisme* propugnada pel règim franquista, a partir del moment en què l'enorme pobresa de la postguerra va començar a canviar de signe, que va impulsar la creença en el valor de la propietat, en un país en què aquesta sempre havia estat molt mal repartida; en el cas de Catalunya hi trobaríem potser també el rastre de la mítica expressió popularitzada pel president Macià, de «*la caseta i l'hortet*» com a paradigma del progrés i benestar social per a les creixents classes mitjanes, i també les proletàries més qualificades (els famosos «*productores*» del discurs franquista).

Sigui com sigui, també la política legislativa hi va influir: mentre es mantenia immobilitzada o anquilosada la legislació sobre els lloguers (en el seu text més famós, la *LAU refosa de 1964*, que en realitat era el manteniment, amb retocs dels anys 1946 i 1955, de normativa casuística i proteccionista iniciada durant el període republicà), s'impulsava, sota l'aparença de modernitat i agilitat, la normativa per accedir a la preuada *propietat*, en concret mitjançant dos instruments legals:

la reforma de la Llei Hipotecària per facilitar les garanties registrals, i la llei expressament dictada per a regular la seguretat jurídica dels qui hi accedien: la Llei de Propietat Horitzontal de 21 de juliol de 1960, raonablement breu i pràctica en el seu articulat, a diferència del seu Preàmbul, redactat en termes tan exageradament ampul·losos i triomfalistes, pur reflex del discurs polític del règim, que més aviat sembla obra d'un humorista.

Com deia, la mal anomenada Llei d'arrendaments urbans de 1964, es va mantenir intacta, especialment pel que fa a la congelació de rendes i manteniment de pròrrogues per a la protecció dels llogaters, almenys fins a l'any 1990, de tal manera que això va provocar la irritació dels propietaris i l'absoluta desincentivació per a promoure habitatge nou en règim d'arrendament, que va quedar reduït a un parc marcat per la decadència, no sols pel que fa als «subjectes» sinó també dels «objectes» o sigui les finques, moltes d'elles orfes de manteniment o conservació per impossibilitat econòmica dels petits propietaris.

Com és habitual en aquest país, i després de tants anys de desídia, la reforma que es va portar a terme per la nova Llei 29/1994 (després de passar per la interinitat del maldestre i mal anomenat *Decret Boyer*, pròpiament, Reial Decret Llei 2/1985 de 30 d'abril) va suposar anar d'un extrem a l'altre: d'un proteccionisme asfixiant a una llibertat de pactes quasi absoluta, que va posar fi a les dues màximes aspiracions dels arrendataris, una raonable estabilitat temporal i una contenció de la quantia de les rendes; però que, en canvi, no va produir l'efecte esperat, que era estimular la figura de l'arrendament com a mitjà d'accés i gaudi de l'habitatge i invertir la desproporció entre parc de vivendes en lloguer i en propietat, per acostar-nos als *estàndards* europeus.

A més d'aquest fracàs, la vida de la LAU de 1994 tampoc ha sigut «gloriosa», sotmesa com ha estat a nombroses reformes i pegats que no han nascut d'una visió i planificació de conjunt del problema, sinó més aviat fruit de les confrontacions polítiques i canvis de color dels governs de torn.

En són exemple les reformes de 2013 i 2019:

La primera es va fer per la Llei 4/2013, sota govern del Partit Popular, amb el títol «*mesures de flexibilització i foment del mercat de lloguer d'habitatges*», amb la pretensió, una vegada més, d'invertir el model, després de deixar constància de la feblesa del mercat de lloguer (un 17%) enfront del de propietat, quan la mitjana europea d'aquell era d'un 30%.

La recepta va ser, com diu el nom, la flexibilització que, en la pràctica es va traduir en tres aspectes fonamentals: reforç de la «llibertat de pactes» enfront del principi d'irrenunciabilitat de drets; escurçament de la duració del contracte i de les pròrrogues i facilitació de la recuperació per part de l'arrendador. És evident que aquesta reforma porta el segell de la ideologia més liberal i, per això, els opositors la varen considerar com una cessió enfront de les pressions i interessos dels grans propietaris i de la banca.

No és d'estranyar, doncs que el canvi de govern —i d'ideologia— del PP al PSOE provoqués una ràpida *contrareforma*, mitjançant el Reial Decret Llei 7/2019 de 6 de març, convalidat pel Congrés el 3 d'abril, que, amb títol i pretensió més amplis, doncs no parla de «mercat» i es refereix a l'habitatge en general, va recuperar, en síntesi, els elements més tuitius envers els llogaters de la Llei de 1994, i encara els va reforçar, a més d'incloure normes complementàries com incentius fiscals, proteccions específiques en cas de desnonament de famílies vulnerables i altres en la mateixa línia.

Pel que fa al mercat de les vivendes en propietat, va viure un enorme ascens quantitatiu en els primers temps del desenvolupisme econòmic (que no qualitatiu, ja que el fenomen es va sostenir sobre la baixa qualitat de la construcció i dels serveis —interiors i exteriors— dels edificis i dels barris on es localitzaven). Però ja que normalment anava associat als préstecs hipotecaris, va patir un estancament els anys 80 i 90 pels elevats tipus d'interès, per reprendre amb força al tombant de segle, arribant així al creixement desbordat del període que coneixem com de la *bombolla immobiliària*, el trist final de la qual tots coneixem prou bé, i ha sigut el detonant de la crisi habitacional que he intentat descriure i analitzar en aquesta dissertació.

En l'àmbit de la vivenda «protegida», o «social», expressions que inclouen diverses tipologies i models impulsats per les administracions per l'accés a habitatges exclosos total o parcialment del «lliure mercat», la dispersió normativa ha estat enorme, i sovint amb unes tècniques excessivament reglamentistes i això ha dificultat la consecució dels objectius de política social previstos. Per no allargar-me, em remeto als autors que han tractat més específicament aquesta qüestió i que esmento en la bibliografia. Vull fer, això sí, una constatació: aquestes fórmules, associades normalment a l'obtenció d'ajudes o subvencions públiques, han propiciat sovint frau, especulació i corrupteles, que han contribuït al seu descrèdit; per això, una reivindicació comuna de cara a un nou enfocament en aquest sector, insisteix en que no es permeti la posterior «privatització» d'allò que ha sigut concebut, i finançat, amb òptica social.

VIII. PROPOSTES I REFLEXIONS FINALS

Voldria concloure amb unes propostes, ja que prefereixo no parlar de conclusions: per a mi, sincerament, de conclusió no n'hi ha més que una, que és, precisament, la del mateix enunciat d'aquesta exposició: el dret a un habitatge digne per a tothom forma part del nucli d'allò que és indispensable i irrenunciable, si aspirem a una societat més justa. Propostes, doncs, que ens permetin avançar pel camí del canvi i superació de la crisi actual; propostes, algunes més conceptuals, altres més pràctiques, combinant les reformes legals amb les decisions més polítiques i econòmiques pròpies d'allò que en diem *la bona governança*.

Seguint un ordre de major a menor impacte i complexitat, començaré per aquelles de caràcter estructural: en primer lloc, la ja insinuada modificació de la Constitució de 1978, pel que fa a les classificacions i sistemàtica dels drets, de tal manera que tots, inclosos els socials, gaudeixin del mateix i màxim grau de garantia efectiva; això obligaria també a un canvi de nomenclatura, eliminant la distinció entre drets fonamentals i principis rectors de l'acció política i econòmica, quedant tots ells sota el paraigües protector dissenyat a l'incís 2 de l'art. 53.

Mentre això no succeeixi, caldrà un esforç comú per tal d'aconseguir, per l'educació i sensibilització, que els cridats al bon govern de la cosa pública, i sobretot els tribunals que molt sovint tenen la darrera resposta als problemes de les persones, s'impliquin de manera real per a donar contingut, que també és exigència imperativa, a allò que disposa l'incís 3 del mateix precepte.

En segon lloc, és absolutament imprescindible un increment de la inversió pública destinada a les polítiques d'habitatge, via pressupostos, per tal d'apropar-la gradualment als mateixos nivells dels països més propers i del conjunt d'Europa. En aquest sentit s'ha proposat per part del «*Pacte per l'Habitatge 2020-2030*», promogut per un ample ventall d'entitats de l'àrea metropolitana de Barcelona, però que hauria de ser extensible a tot l'Estat, un increment gradual per arribar, en els propers 7 anys, a l'1,5% del PIB, i amb una continuïtat posterior sostinguda, almenys durant 10 anys més (període raonablement mínim per redreçar la penosa situació de què partim). Pensem que aquest percentatge és encara molt inferior al que, per voluntat col·lectiva, hem volgut esmerçar en altres drets socials fonamentals com els de salut i educació públiques i universals, dels que tan orgullosos ens sentim...

Faig aquí un incís per retre homenatge a Ernest Lluch, l'enyorat polític, economista i intel·lectual, honest servidor públic, que, per la seva visió i capacitat de gestió, va ser peça absolutament clau per a la instauració a Espanya del servei públic i universal de la sanitat.

Personalment, comparteixo aquesta aposta per l'increment de la inversió i afegeixo que el destí prioritari de la despesa pública que això generaria hauria de ser l'adquisició o dotació de sòl i la construcció d'habitatge públic majoritàriament en règim de lloguer, l'import del qual en cap cas pogués superar el 30% dels ingressos familiars, mateix percentatge que també s'hauria de respectar per a les quotes hipotecàries, en els casos d'adquisició en propietat; i, en segon lloc, la rehabilitació del parc ja existent, que molt sovint es troba degradat i obsolet, per a millorar-ne la sostenibilitat i habitabilitat; i la recuperació d'actius ja existents, per exemple els de la malaguanyada i desaprofitada SAREB (com ha anunciat recentment el President del Govern) o d'entitats fallides, molts dels quals es troben en un escandalós estat de ruïna o abandonament oferint un paisatge fantasmagòric escampat pel nostre territori.

Evidentment aquest increment de despesa pública hauria d'estendre's i ser compartit per totes les administracions (estat, comunitats autònomes i ajuntaments), que haurien de millorar també la coordinació de les seves polítiques d'habitatge; i per aprofitar eficientment aquesta inversió econòmica, caldrà modificar la normativa administrativa per tal d'agilitar i desburocratitzar els procediments urbanístics per a la dotació de sòl, incloent la possibilitat de recórrer a expropiacions per raó d'interès públic i de fomentar plans mixtes amb propietaris privats amb la condició de destinació d'un percentatge —quina xifra haurien de determinar els experts— d'habitatge social en preferència, de lloguer.

Aquestes mesures, que, repeteixo, per a mi són les prioritàries, haurien d'anar acompanyades de moltes altres complementàries, de caràcter sectorial i sovint urgents, entre les que proposo un pla de xoc per fer front a les situacions d'emergència social. Aquí incloc tant les d'abast col·lectiu, això és, per a donar sortida digna a les bosses d'infrahabitatge de barris sencers, assentaments i altres espais marginals en què malviuen, de manera habitual o ocasional determinats col·lectius (penso ara en el tristament famós *edifici Venus* del barri de La Mina, o de certes naus de Badalona que són l'únic refugi de molts migrants sense papers...); com les situacions individuals, per a donar protecció a les persones i famílies desnonades o en risc de ser-ne.

Altres mesures, de caire sostingut i menys conjunturals, que em permeto proposar, serien: refundre la legislació general en matèria d'habitatge, contemplant els dos grans àmbits en què es fa efectiu aquest dret: règim de lloguer i règim de propietat.

Pel primer d'ells, els punts clau serien la garantia d'estabilitat, mitjançant l'establiment d'uns terminis mínims de duració, quina regla general hauria de ser almenys de 10 anys (llevat d'excepcions molt restringides) i dret a pròrrogues raonables, així com l'establiment d'eventuals mesures de contenció o de rendes, mitjançant límits al seu import o als seus increments, els famosos «*topalls*» o «*índex de referència*».

Soc conscient que aquesta darrera és una qüestió molt debatuda, i que genera postures força enfrontades, a favor i en contra. La meva opinió personal, reforçada després d'estudiar les experiències i resultats de mesures similars ja adoptades en altres indrets, especialment en grans ciutats europees que pateixen crisis d'habitatge similars a la nostra, és que aquestes mesures són plenament legítimes i compatibles en el marc de les polítiques socials i econòmiques pròpies de l'estat social i democràtic de dret. En tot cas, aquestes mesures de contenció han de ser susceptibles de control parlamentari, en funció del caràcter d'excepcionalitat que impliquen.

I em reafirma en aquesta opinió la lectura de l'aprofundit estudi que dedica a la qüestió el Consell de Garanties Estatutàries en el seu Dictamen 7/2020, a què abans m'he referit, específicament als apartats 2 i 3 del Fonament Jurídic Primer;

aspecte diferent és el de la competència per adoptar aquestes mesures, en funció de la interpretació del concepte de *bases de les obligacions contractuals* de l'art. 149.1.8 CE. Crec doncs en la viabilitat de la mesura, si és adoptada en el marc d'una Llei estatal i general de desenvolupament de l'art. 47 de la Constitució, que sembla ser la decisió ja presa pel Govern amb el recolzament d'altres partits, segons s'ha fet públic en el moment d'escriure aquest discurs.

I pel cas de compravenda, l'extensió del dret de rescissió per lesió respecte del «preu just» amb l'opció de demanar el rescabament de l'excés de preu; i la millora del mercat hipotecari, reforçant les garanties dels deutors en el marc de la legislació sobre usuaris i consumidors, tant pel dret a la informació adequada com per la transparència i dret de defensa en els casos d'execució, en el sentit que propugna el dret comunitari i la jurisprudència del TJUE.

I, en ambdós casos, l'exigència de sotmetre's a mediacions rigoroses prèvies a les vies i procediments judicials susceptibles d'acabar en desnonaments.

També una política fiscal —similar a la que es practica en països del nostre entorn— que afavoreixi incentius o avantatges als agents del mercat immobiliari, ja siguin persones físiques o empreses, que promoguin inversions o pràctiques respectuoses del dret, tals com posta a disposició de part dels seus *stocks* a les administracions per resoldre situacions d'emergència, polítiques de rehabilitació i millora de les condicions dels habitatges i la seva sostenibilitat, acceptació voluntària de terminis o pròrrogues superiors als mínims legals o de límits als increments de lloguer; o, en sentit invers, de penalització com ja he exposat quan m'he referit a la política que caldria seguir respecte dels grans tenidors; per exemple mitjançant taxes pels pisos buits o ruïnosos o recàrrecs sobre els impagaments de quotes de les comunitats de propietaris de les que formin part, ja que aquesta pràctica, massa freqüent, provoca una inacceptable i severa caiguda dels nivells d'habitabilitat dels blocs de finques on es troben, en perjudici dels altres copropietaris complidors.

Amb això vull dir que crec indispensable un gran canvi en les polítiques presupostàries i fiscals que permetin donar resposta valenta a aquella pregunta que es fan molts economistes d'aquelles escoles a què abans m'he referit, almenys en països més desenvolupats: el gran misteri (o, si em permeten l'expressió, l'*aporia de Brandeis* que he esmentat abans) de com és possible que societats democràtiques i riques siguin incapaces de distribuir millor la riquesa i eliminar les grans bosses de pobresa que s'hi perpetuen.

Per últim, vull expressar el meu convenciment que les anteriors propostes, o altres que puguin néixer del diàleg social imprescindible per afrontar el problema de la vivenda, i que espero que sigui constructiu i allunyat de partidisme i crispació, amb motiu del debat de l'anunciada nova Llei de l'Habitatge, necessitaran sempre per a la seva implementació efectiva, un teixit de col·laboracions i complicitats entre totes les persones i entitats implicades, ja que l'experiència ensenya que un problema global només pot ser enfrontat i superat amb esforç col·lectiu.

En aquest sentit, els hi posaré un exemple que inclou una experiència personal: parlo d'un projecte polític-social que es va intentar implementar l'any 2015, el *Fons d'Habitatge de Lloguer destinat a Polítiques Socials*: el dia 12 de juny de 2015, es va signar, sota la presidència del conseller de Territori i Sostenibilitat, amb gran solemnitat, el document que donava fe de la seva constitució i posada en marxa; Fons creat per Resolució del Parlament de Catalunya, de 18 de novembre de 2014 i que tenia per objecte la creació i consolidació d'un parc públic d'habitatge de lloguer destinat a polítiques socials per a les persones i famílies en risc d'exclusió social, gestionat per l'Agència Catalana de l'Habitatge i els Ajuntaments, i amb la participació d'entitats municipalistes i altres agents socials, com sindicats, associacions veïnals, organitzacions de consumidors, ONGs actives en el sector...; jo personalment en vaig ser un dels signants, en nom de *Justícia i Pau*. Ara bé, la manca d'instruments legals per fer-hi participar les entitats bancàries encara propietàries d'immobles i la SAREB, unit a la manca de seguiment per causa de canvis de color polític o de prioritats en l'administració catalana, el va deixar inoperant i no es va tornar a reunir mai més...

El que vull transmetre amb aquest exemple, és que si volem que la «nova política» d'habitatge funcioni, caldrà crear o «recrear» aquest o altres òrgans similars, en tot cas dotats de personalitat jurídica, i amb la inclusió obligatòria dels parcs d'habitatge de tots els municipis i dels grans tenidors, que estableixi regles clares de distribució i accés a tots els habitatges disponibles, fins i tot aquells que estan desocupats; però, per damunt dels noms o estructures que els vulguem donar, que esdevinguin veritables taules o plataformes amb vocació de diàleg i cooperació, amb participació de servidors de la cosa pública honestos i competents, experts que alhora siguin tècnicament preparats i amb sensibilitat social, i representants dels sectors implicats (propietaris, constructors i inversors, llogaters i usuaris, entitats bancàries...) capaços d'explicar i defensar les seves posicions, però sempre amb disposició al diàleg.

Acabo: Soc conscient que molta gent pensa i diu que aquest dret no es pot fer efectiu amb abast públic i universal, perquè tindria un cost impossible d'assumir per cap societat.

Certament la dotació d'habitatge digne, i encara més, partint de la situació precària en què ens trobem, requereix una gran despesa necessària per a l'adquisició del sòl i l'edificació i gestió dels habitatges i els seus serveis... però no ens preguntem el cost que ha tingut la implementació d'altres drets socials, que hem considerat essencials, i dels que ara en gaudim amb plena naturalitat i un grau de satisfacció més que notable.

Em torno a referir a l'educació i a la sanitat, respecte dels quals no ens queixem, de fet trobem d'allò més normal, la despesa pública que suposa, en el primer cas, el cost de construcció i manteniment dels centres escolars i educatius, de la retribució de la gran quantitat de personal que requereix, entre ensenyants i

d'administració i els serveis complementaris que ofereix; i el mateix podem dir pel que fa a la salut, on a més del cost dels grans edificis clínics i hospitalaris i de tota la xarxa assistencial local i el seu personal, hi hem d'afegir tota la despesa farmacèutica i de tractaments que es proporciona de forma pràcticament gratuïta a tota la població...

Doncs bé, jo sostinc que ara toca aplicar el mateix esforç polític i social al dret de l'habitatge, amb la precisió de que no parlo —ni la gran majoria dels experts— d'un accés indiscriminat i capriciós a qualsevol habitatge, i de caràcter gratuït, sinó de la posada a disposició d'aquells que ho necessitin, de llars dignes i suficients, de les que puguin gaudir a un cost assequible, amb l'aportació pública necessària per aquells que no puguin fer-hi front, mitjançant sistemes de copagament o de subvencions estrictament reglats; i que podria coexistir amb un mercat lliure per aquells que vulguin i puguin permetre-s'ho, com succeeix també amb els altres dos exemples: sanitat privada i centres educatius privats i, per suposat, amb fórmules intermèdies o *concerts*, ben legítimes sempre que no impliquin abusos ni privilegis.

Per a mi personalment, tot això que els he exposat, és qüestió de pura justícia, i, tal com va dir Ramon Llull, «*la justícia et proporcionarà pau, però també treballs*».

Tant de bo sigui així per a tots.

Moltes gràcies.

BIBLIOGRAFIA

- ARTOLA, M. «La transformación del mercado de alquiler de fincas urbanas en España (1920-1960)», *Revista Bibliográfica de Geografía y Ciencias Sociales*, vol. XVII, agost 2012, pàgs. 2-22.
- BAZICCHI, O. *Dall'economia civile francescana all'economia capitalistica moderna*. Roma, 2013.
- BENITO SÁNCHEZ, J. C. «Los pronunciamientos del Comité DESC sobre el derecho a la vivienda relativos a España». *Lex Social*, 2019, pàgs. 583-603.
- BRAND, D. *El experimento de Sudáfrica con los derechos socio-económicos justiciables*, a Courtis, C. i Ávila, R., directors, «La protección judicial de los derechos sociales», Quito, 2009, pàgs. 479-541.
- CAICEDO, N. «La supervisión bancaria y el derecho de la vivienda en el ámbito del Pilar Social Europeo de la UEM», a *Futuro y retos jurídicos de la Unión Económica y Monetaria Europea*, València 2022, pàgs. 243-276.
- CARBONNIER, J. Prefaci a *Essai sur les principes d'un droit civil socialiste*, de Suzanne Dalligny, París, 1976.
- CÀRITAS DIOCESANA DE BARCELONA, *La llar és la clau*, Barcelona 2018.

- CARRERA, J. i MURILLO, D. «Recuperar els béns comuns, reivindicar el bon viure». *Quaderns CJ*, Barcelona, 2022.
- FERRAJOLI, L. *Derechos y garantías: la ley del más débil*. Madrid 2001.
- GARRIDO GUTIÉRREZ, P. *El derecho a una vivienda digna en España: crisis residencial, origen, consecuencias y respuestas de los poderes públicos*. Vitoria, 2022.
- GONZÁLEZ GUZMÁN, J. y SABATÉ MURIEL, I. «Cien años de lucha por la bajada de los alquileres: el Decreto de 1920», *El Salto*, juny 2020.
- LIEBENGERG, S. *Derechos socioeconómicos en la Constitución sudafricana: metas, logros, decepciones y lecciones*, *Cátedra Oppenheimer*, Universitat de Stellenbosch, 2021, pàgs. 10-27.
- MIR DE LA FUENTE, T. «Un derecho de la vivienda con nombre y apellidos». *Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia de les Illes Balears*, 2020, pàgs. 51-88.
- MÓDENES, J. A. «Cambio demográfico, formación de hogares y sistema habitacional», a *España 2015: Situación social*, Barcelona, 2016, pàgs. 18-27.
- MUHBA (Publicacions del Museu d'Història de Barcelona). *Diari de l'habitatge. Barcelona segle XX*. Barcelona, 2022.
- ORDÓÑEZ, J. «Passió, mort i resurrecció dels Drets Humans». *Quaderns CJ*, Barcelona, 2021.
- PIKETTY, T. *Capital i ideologia*, Barcelona, 2019.
- PONCE SOLÉ, J. «Cincuenta años de relaciones entre derecho urbanístico y vivienda asequible en España». *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*. 2017, pàgs. 343-372.
- PRIETO, F. i MARIÑAS, I. «El derecho de la vivienda en España: gente sin casas y casas sin gente». *Portal Infolibre*, Madrid, 2018.
- ROCA TRIAS, E. «Eppur si muove: la cultura, derecho fundamental», a *Libro Homenaje al Profesor Luis Cazorla Prieto*, vol. II, pàgs. 1461-1479. Madrid, 2021.
- VAQUER CABALLERÍA, M. *La eficacia y la efectividad del derecho a la vivienda en España*, Madrid, 2011.

CONTESTACIÓ

per

EUGENI GAY MONTALVO

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

Sr. President,
Sr. Degà,
Sres. i Srs. Acadèmics,
Sres. i Srs.,

Acabem d'escoltar un magnífic discurs d'ingrés a la nostra Acadèmia en el que reconeixem l'autoria del gran jurista que l'ha pronunciat i en qui podem distingir, d'una manera especial, la figura i l'estampa de l'advocat. De l'advocat en el sentit més noble i, alhora, genuí de la defensa, que és la funció essencial d'aquesta professió i, en aquest cas concret, en la defensa d'un dret tan important com és el dret a l'habitatge; és a dir, a la vivenda a la que tothom ha de tenir accés i que ha estat reconegut com un dret fonamental en la nostra Constitució, que ja en el seu primer article diu: «*Espanya es constitueix en un Estat social i democràtic de dret*». És precisament per això que aquest enunciat ens ha de permetre aprofundir en la vigència i efectivitat dels Drets Humans, doncs la democràcia és un marc que permet l'evolució social dins de les regles que ella mateixa dissenya i que ha de servir per aprofundir en l'efectivitat dels Drets Fonamentals que proclama, per tal de garantir la dignitat de cadascú de nosaltres, sense oblidar mai la llibertat com a bé suprem de la persona, tal i com ha reconegut solemnement la Comunitat Internacional a partir de la fi de la Segona Guerra Mundial, de manera que avui podem dir que aquests drets formen part de la consciència jurídica de la Humanitat.

És per això, Sr. President, que he d'agrair l'honor que l'Acadèmia em fa perquè, en el seu nom, respongui al discurs del recipiendari, l'amic Eudald Vendrell Ferrer, i ho faig no únicament per respondre, com indiquen els nostres Estatuts, ho faig tot corresponent-li a l'honor que representa per a nosaltres la seva incorporació com a acadèmic de número.

Hem de recordar, però, que les nostres medalles, a diferència del que passa en altres acadèmies, no tenen número, sinó que responen al nom d'un il·lustre jurista que ha brillat pels seus coneixements i pel seu compromís social. Nosaltres

els tenim com a pares d'aquesta Acadèmia, ja que d'ells hem après que el Dret no té altra finalitat que la de convertir-se en l'art de les coses bones i justes, tal i com deien els grans juristes clàssics, dels que som hereus; és a dir, fer possible el progrés de la humanitat i la pau social.

* * *

El nou acadèmic ha fet l'elogi d'en Ramon Martí d'Eixalà, nom que distingeix la medalla que ocuparà, i també de l'inoblidable company, advocat i acadèmic que fou Santiago Hernández Izal, l'últim en ostentar aquesta medalla. Res he d'afegir que no s'hagi posat encertadament de manifest pel nostre recipiendari. Em permetran, però, que faci referència a dues persones, que assistiren a Martí d'Eixalà en el moment de la seva mort a causa d'una inesperada malaltia a Madrid. Tots dos eren companys d'universitat i amics: Laureano Figuerola i el Dr. Josep Maria de Letamendi. El primer d'ells, advocat i catedràtic de Dret, inscrit el dia 11 de juliol de 1841 al nostre Col·legi, on va ostentar, abans d'iniciar la seva brillant carrera política, el càrrec de Diputat Quart de la nostra Junta de Govern i va mantenir la col·legiació fins al moment de la seva mort l'any 1903. Mort que fou glossada en la Memòria que va retre el gener de l'any 1904 l'aleshores Degà d'aquesta casa, D. Joan Josep Permanyer i Ayats; en aquells moments, Figuerola ostentava el número 2 d'antiguitat en la Casa, i el Degà en referir-se a ell digué: *«Que transportado desde su juventud a otras tierras nunca rompió los lazos que con nosotros le unían, como lo prueba la constancia con que continuó siempre formando parte del Colegio»*. El segon, el Dr. Letamendi, catedràtic també, com l'anterior, però de Medicina, avui dona el nom a una important plaça de l'Eixample de Barcelona, i va fer famosa la seva sentència que deia als joves metges i estudiants de Medicina: *«El médico que solo Medicina sabe, ni Medicina sabe»*. Frase que m'he permès en moltíssimes ocasions de manifestar-la —tot citant l'autoria— aplicada a l'àmbit del Dret als joves llicenciats quan s'incorporaven al Col·legi, i als meus propis passants i col·laboradors, doncs no hi ha disciplina universitària que no estigui en relació amb el coneixement de les Ciències en general, de la Història i de la pròpia Història del Pensament.

* * *

Deia, Sr. President, que em sentia lògicament honorat en respondre a aquest discurs en nom de l'Acadèmia; però he de dir que, al mateix temps, sento una gran satisfacció en fer-ho, doncs des de que érem batxillers m'ha unit amb el nou acadèmic una amistat quasi fraternal, tant amb ell com amb el seu germà Ramon, enginyer químic de Sarrià, mort massa jove, el qual tenia la meua mateixa edat.

Eudald Vendrell Ferrer, neix a Barcelona el dia 20 de gener de 1948, i es llicencia en Dret per la seva Universitat l'any 1970, incorporant-se aquell mateix any a l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona. Completà els seus estudis universitaris en els cursos de Dret Comparat celebrats a les Universitats d'Estrasburg (març 1968), Pescara (1969), i Lliure d'Àmsterdam (juliol de 1973); becat per l'«*Instituto de Derecho Comparado de Barcelona*», del Consejo Superior de Investigaciones Científicas, i així es va incorporar tant a l'activitat docent com professional.

En quant a la primera, com a professor ajudant de Dret Civil a la Universitat de Barcelona des de l'any 1970 fins al 1986, al Departament de Dret Civil de la Càtedra que ostentava el recordat professor i acadèmic Francisco Fernández de Villavicencio. De 1986 fins al 2013, com a professor associat al Departament de Dret Civil a la Càtedra de la nostra companya, la professora Encarna Roca i Trias.

En el seu vessant professional fa les pràctiques de passantia al prestigiós despatx dels advocats Gassiot; i posteriorment, em plau manifestar que terminada, també, la meua passantia al despatx del recordat mestre i advocat Joan Amat Cortés, fundem, juntament amb el meu germà Leopoldo, el despatx «*Gay - Vendrell, Advocats*». Des d'aleshores, ha exercit la professió ininterrompudament, fonamentalment en l'àmbit del Dret Privat en totes les seves branques, sense abandonar altres especialitats com la mercantil, penal i contenciós-administrativa, rebent un indiscutible reconeixement a la Cúria, on ha actuat davant de totes les instàncies jurisdiccionals i davant del propi Tribunal Constitucional i els Tribunals europeus.

Durant aquests anys d'exercici professional i docent ha estat professor col·laborador de l'Escola de Pràctica Jurídica del nostre Col·legi des de l'any 1982, impartint cada any cursos, seminaris i classes en matèries de Dret Civil; immobiliari i de la construcció; de responsabilitat civil medico-sanitària; Dret Civil català; arrendaments urbans; Dret de Família; etc. I en els Màsters de Dret de Successions i Pràctica Processal civil en els anys 2008, 2009, 2010.

Ha estat professor en diferents programes de màster i cursos de postgrau a la Universitat Pompeu Fabra de Barcelona sobre Dret Civil, Dret de Família i Dret de l'Empresa, tot impartint, durant 5 anys, les classes corresponents en Propietat Intel·lectual (Màster de Dret d'Empresa).

Igualment, ho ha fet al Màster de Propietat Intel·lectual organitzat per la Universitat Carlos III de Madrid sobre la «*Gestión de Derechos de Propiedad Intelectual: los contratos de artes escénicas*» durant els anys 2005 a 2008, ambdós inclosos.

Dins del nostre Col·legi ha estat President de la Secció de Dret Civil de la Comissió de Cultura de l'any 1985 al 1988; membre de diverses seccions de la mateixa Comissió entre les que destaca la seva participació important en la Comissió de Dret Matrimonial i de Família. És membre del consell de redacció de la *Revista Jurídica de Catalunya* i va ser vicedegà del nostre Il·lustre Col·legi des de juny del 2009 fins al juny del 2013.

La seva participació en activitats socials és ben palesa i, si m'ho permeten, fructífera, doncs va ser membre fundador del «Grup de Juristes Roda Ventura», constituït per un grup de companys en memòria del nostre estimat i recordat Degà i que es va convertir en la secció catalana del Moviment Internacional de Juristes PAX ROMANA, de quin grup va ser President en els anys 1995 a 1997; i va participar activament en les Sessions Plenàries de la «Comissió de Drets Humans» de les Nacions Unides amb seu a Ginebra, que vaig tenir l'honor de dirigir i coordinar des de l'any 1983 al 1989, tot intervenint mitjançant comunicacions escrites i orals sobre qüestions tan importants com els drets dels immigrants, la condemna de tot tipus de violacions dels Drets Humans i aspectes relacionats amb geopolítica i enfrontaments bèl·lics d'aquells anys.

Va ser membre de «*Justícia i Pau*» des de 1987, vocal de la seva Junta durant el període de 1989 a 1993 i, finalment, president de la mateixa institució.

Vocal en qualitat de jurista expert de la CATIC («*Comissió Assessora pel Tractament de la Informació Confidencial*») del Departament de Sanitat i Seguretat Social de la Generalitat de Catalunya.

Membre del Gabinet de Drets Humans de la Creu Roja de Catalunya, professor en diferents cursos sobre «Dret Humanitari Internacional» organitzat per aquesta institució; membre del Plenari de l'«Observatori de Dret Civil Català» en els períodes 2000-2003 i 2005-2008.

Va ser també membre fundador de l'«Institut de Drets Humans de Catalunya», amb el grup de companys del «Grup de Juristes Roda Ventura» del que vaig tenir l'honor de ser primer director des de l'any 1983 fins al 2001, on la seva participació va ser especialment activa com a professor i conferenciant en diferents cursos impartits per aquesta entitat i autor de diferents articles sobre comentaris a Sentències del Tribunal Europeu de Drets Humans publicades a la revista *Informatiu*, òrgan d'expressió de l'Institut.

El Consell d'Europa va encarregar al nostre Institut de Drets Humans una traducció al català del «Conveni Europeu de Drets Humans» i de la «Carta Social Europea» perquè es convertís en la versió oficial del Consell. En aquell treball, va ser un dels coautors juntament amb la companya acadèmica Encarna Roca Trias i amb mi mateix, entre d'altres.

Nombroses són també les seves publicacions, ponències, comunicacions i participacions en congressos i jornades, entre les que em permeto destacar:

PUBLICACIONES

—*La nacionalidad y el «ius soli»*, Revista Jurídica de Catalunya, 1981, pp. 977-1008.

—*La vivienda familiar y su protección. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 31 de octubre de 1986*, RJC 1987, pp. 985-1009.

—*Lliurament i possessió de llegats... Comentari a la Sentència 1/1990 de 25 de gener de la Sala Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya*, RJC 1990, pp. 799-809.

—*Libertad de expresión del Abogado y derecho de defensa. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional de 15 de octubre de 1996*, RJC 1998, pp. 429-440.

PONÈNCIES, COMUNICACIONS I PARTICIPACIONS EN CONGRESSOS I JORNADES

—Ponent en «II Jornadas aragonesas de derecho del consumo» organitzades per la Diputación General de Aragón, Teruel, octubre de 1988, sobre: «Las garantías del arrendatario como consumidor en los contratos de arrendamiento de viviendas urbanas».

—Ponent en «VIII Jornades de Dret Català a Tossa» (Tossa de Mar, setembre de 1994): «La liquidació del règim de separació de béns» (Ponència publicada a: *Materials de les VIII Jornades de Dret Català a Tossa*, València, 1996, pp. 357-373).

—Ponent «Convengo di Studio, Univesità di Sassari» (Sassari, Sardenya, novembre de 1992): «El respeto de los principios fundamentales en la Europa del Derecho».

—Ponent en «Journées des Barreaux de Toulouse, Montpellier et Barcelona» (Toulouse, novembre 1992): «L'arbitrage en droit espagnol».

—Comunicació presentada a «V Jornades de Dret Català de Tossa» (Tossa de Mar, setembre de 1988): «*Ius Commune* europeu, art. 1320 del Codi Civil i Dret Català». Publicat a *Materials de les Jornades*. Barcelona, març de 1997.

—Ponència «Les disposicions generals sobre matrimoni i la compensació per desequilibri econòmic entre cònjuges», a «Jornades sobre el nou Codi de Família», organitzades pel Col·legi d'Advocats de Barcelona, a Barcelona, desembre de 1996. Publicada al número monogràfic sobre *El nou Dret de Família a Catalunya*, Barcelona, 1997, pp. 3 a 5.

—Ponència «La práctica de la adopción desde la perspectiva del Abogado», en el Seminari «Migración infantil y adopción» (Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, Barcelona, juny 1992).

—Ponent com expert en Taula Rodona sobre «Mujer y relaciones familiares» en el Seminari «Mujer, Sociedad y Derecho» (Consejo General del Poder Judicial, Madrid, març 1994).

—Ponència sobre «Pensions per divorci i règim de béns a Catalunya» en el curs «El divorci: l'única solució jurídica a la crisi matrimonial?», Universidad Internacional Menéndez y Pelayo, Barcelona, novembre 1997.

—Ponència sobre «Perspectiva històrica dels Drets Humans» en el curs «Drets Humans: Teologia i Pastoral», Facultat de Teologia de Catalunya, setembre de 1997.

—Lliçó inaugural en «Jornades Universitats sobre la protecció del menor», organitzades per la European Law of Students Association i Facultat de Dret Abat Oliba, febrer 1998: «Los derechos del niño y del menor adolescente en nuestro derecho positivo».

—Ponència en el «Congrés sobre tutela i incapacitació», Diputació de Barcelona, març 1998, sobre «Declaració judicial de la incapacitat» (publicació Diputació de Barcelona, octubre 1999, pp. 55 a 76).

* * *

Centrant-me, però, en l'objecte de la dissertació del nou acadèmic, queda clar que, ja de bon començament, afirma que el dret a la vivenda «*constitueix un dret humà o fonamental de totes les persones i així ha de ser tractat amb la màxima intensitat*» i va desgranant tot el seu argumentari per deixar ben palès que aquest dret resulta inherent a la dignitat de la persona i inescindible de la mateixa com a tal dret.

Posa clarament de manifest que, sense el gaudi d'aquest dret, la persona no pot considerar-se segura, estable, ni capaç de gaudir de la pròpia intimitat, que, en sí mateixa, és també un dels drets més preuats, quina vulneració, com tots nosaltres sabem, troba resposta a la Llei Penal. I no dubta en relatar-nos què és el que s'ha d'entendre per una «llar»; és a dir, aquell lloc en el què es desenvolupa el primer nucli de sociabilitat de la persona i que és el germen dels afectes familiars, tan necessaris per a la convivència, i a través de la qual les persones s'incorporen a una comunitat d'afecte i fraternitat, que li permetran que s'incorpori, més enllà de les pròpies fronteres físiques, polítiques i geogràfiques, a la gran família humana.

Són nombroses les dades que posa en el nostre coneixement per argumentar la necessitat de l'habitatge com un dret essencial a fi de no caure en la marginalitat i l'abandó del què tan i tan difícil resulta sortir. No cal, però, més que obrir els ulls i romandre atents al que passa al voltant nostre per prendre consciència de la profunda injustícia que representa el que ell atinadament anomena com «*el Sensellarisme*».

Les dades estadístiques en les que ens il·lustra el seu discurs són realment esferidores, però les estadístiques estan fetes sempre sobre casos concrets i és en aquests casos concrets en els que veiem la importància de la tragèdia, el veritable problema personal, l'angoixa que representa la carència de la llar, que és molt més que un aixopluc, doncs és el que ens proporciona l'estabilitat de sentir-nos segurs.

El recorregut històric i doctrinal que aporta en el tractament del tema relatiu a la necessitat de la vivenda així com als exemples que posa sobre la vida en comunitats tancades de mútua ajuda com a substitutiu de la llar, que encara perduren essencialment en el món religiós o no, com el cas del «Beguinage», que encara exis-

teix en alguns indrets, demostren la voluntat dels responsables públics i de diferents col·lectius i ONGs d'urgir mesures que evitin aquest desemparament.

Però, fou certament a partir de la Declaració Universal dels Drets Humans, de la que enguany es compleix el 75 aniversari, quan eclosionà la necessitat d'un reconeixement jurídic que obligui a les societats a fer-lo efectiu i exigible. Així aquells redactors, encapçalats pel que fou el gran jurista Renné Cassin, la inicien, en el primer paràgraf del seu Preàmbul, fent una gran afirmació de profund sentit i contingut ètic i moral, en assentar-la en aquesta concreta redacció, que diu: *«que el reconeixement de la dignitat inherent a tots els membres de la família humana i de llurs drets iguals i inalienables constitueix el fonament de la llibertat, la justícia i la pau en el món»*. Serà, doncs, a partir d'aquí, que van desgranant-se aquests drets iguals i inalienables en el seu text articulat per, ja al final, concretament a l'article 28, fer una crida a la positivització dels drets en ella proclamats, apel·lant a un nou *«ordre jurídic de caràcter social i internacional»* que els faci plenament efectius. En aquest moment les Democràcies inseriran en la part dogmàtica de les seves Constitucions aquests drets i també s'anirà desplegant un nou ordre jurídic internacional que afectarà tant al Dret Públic com al Dret Privat.

Tot i que el Pacte de Drets Econòmics, Socials i Culturals de 1966 compromet els Estats Part, per tal d'harmonitzar les polítiques, la legislació i les pràctiques nacionals en relació a la vivenda d'acord amb les obligacions que se'n deriven; el veritable impuls que rep el reconeixement d'aquest dret serà a partir de la Declaració de Vancouver de 1976 sobre els assentaments humans, a la que varen seguir a nivell de les Nacions Unides la proclamació de l'Any Internacional de la Vivenda per a les Persones Sense Llar de 1987, i un llarg seguit de pactes i conferències fins als nostres dies, que posen l'accent en la importància de gaudir d'una *«vivenda adequada»*. Aquesta necessitat s'ha posat de manifest d'una manera sagnant en el període de la recent pandèmia del Covid-19, a la que ha fet referència i posat de manifest recentment la pròpia Conferència de Vancouver.

Així, com ens ha dit el Sr. Vendrell, resulta necessari tenir en compte l'objectiu número 11 que es va fixar a l'«Agenda 2030 per al Desenvolupament Sostenible» (ODS) en el que s'implica per a l'aconseguiment per a totes les persones d'habitacles *«segurs, assequibles i adequats»*.

* * *

Pel que respecta al marc jurídic i d'emparament d'aquest dret en la nostra Europa comunitària que, afortunadament, malgrat tots els entrebancs, segueix endavant tal com la van imaginar i posar en marxa els seus pares fundadors, el nou acadèmic fa una anàlisi doctrinal i jurisprudencial ben eloqüent que ha de merèixer la nostra felicitació, doncs repassa la legislació i la pròpia doctrina, il·lustrant-la amb nombrosa i molt interessant jurisprudència dels Tribunals espanyols i europeus.

És impossible ignorar la importància que els articles inclosos al Capítol 3r del Títol I de la nostra Constitució sobre els Principis de la Política Social i Econòmica, i en tal sentit hem de senyalar que no poden ser drets de segona categoria, o simples proclamacions pròpies d'un Preàmbul o d'una Exposició de Motius i, per això mateix, la implicació del legislador i, sobretot, del jutgador no pot oblidar l'imperatiu que representa el dret a l'habitatge, tot i que no sigui possible admetre una facultat subjectiva per exercitar-los, com sí ho són els enumerats en el Capítol 1r del mateix títol constitucional.

El repàs al Dret comparat que ha fet el nostre conferenciant ens posa de manifest que aquest tema essencial es fa present també en àrees geogràfiques i polítiques llunyanes. Naturalment, no podem oblidar que són milions de persones que viuen en situacions terribles, moltes vegades de mera existència, en el més absolut menysteniment de la seva dignitat i dels drets que els hi serien inherents. Guerres, desplaçaments forçats, camps de refugiats que no són altra cosa que veritables camps de concentració on molts d'ells, neixen, viuen i moren. Serà encara llarga la lluita i, com veiem, cruenta a costa de tanta mort i misèria per conquerir el respecte de la nostra dignitat.

Va ser precisament el menysteniment de la dignitat humana el que va moure les consciències, després de les conflagracions bèl·liques del passat segle, les que portaren als juristes que, com Renné Cassin al que abans em referia, aixecaren un nou edifici jurídic i moral. Precisament a ell, li va tocar lluitar com a soldat a la Primera Guerra Mundial i va ser un dels pocs supervivents del seu batalló, quedant invàlid per la resta de la seva vida, que va dedicar fins al final a la lluita per la dignitat i la pau, tot creant, immediatament després de la Primera Guerra, una associació de mutilats dels dos bàndols contendents. Després, patí el nazisme i l'ocupació del seu país, França, i precisament de la seva ploma sorgí la magnífica Declaració Universal dels Drets Humans. Mai millor expressat al «cedant arma togae», que pronuncià Ciceró tot resumint el paper dels juristes en la solució dels conflictes i en l'ordenació de la societat.

Una vida paral·lela en el temps i en la consciència d'aquest jurista fou la d'un capellà de poble, Angelo Giuseppe Roncalli, que va viure, com a capellà castrense, a les trinxeres durant la Primera Guerra Mundial i després a les delegacions diplomàtiques de la Santa Seu a Bulgària, Turquia i Grècia durant la Segona Guerra Mundial, implicant-se en la protecció i ajuda de les minories perseguides pels nazis en els països que anaven ocupant i sotmetent. En el moment de l'alliberament de França va ser destinat com a Nunci apostòlic a París, l'any 1944, on va viure molt de prop el procés d'elaboració de la Declaració Universal que veia la llum en aquella ciutat el 10 de desembre de l'any 1948. Uns anys després, Mons. Roncalli fou elegit Papa i adoptà el nom de Joan XXIII, i immediatament convocà, de forma inesperada, el II Concili Vaticà, que representà una veritable revolució de les consciències cristianes, tot posant l'Església en la realitat dels signes dels temps, la

qual cosa propicià uns documents d'extraordinària importància per a l'Església i el Món, entre els quals, em permeto destacar, la Constitució *Lumen Gentium* i la *Gaudium et Spes*, tot i que en finalitzar el Concili, ell ja havia mort. En el seu curt pontificat, però, publicà dues encíclics que resumeixen el seu pensament i el seu compromís: l'encíclica *Mater et Magistra*, pensada *ad intra* i, pel que aquí interessa, l'encíclica *Pacem in terris*, pensada *ad extra*, publicada el dia de Dijous Sant de l'any 1963, ara fa tot just 60 anys. Poques setmanes després Joan XXII moria, per la qual cosa, podem considerar aquesta darrera encíclica com un veritable testament del seu pensament, compromís i desig per a la gran família humana.

Aquesta encíclica, adreçada, per primera vegada, a tots els fidels i també «a tots els homes de bona voluntat», fa una explícita referència a la Declaració Universal dels Drets Humans, tot encoratjant a la comunitat mundial a seguir en el compliment del que en ella es proclama, com un primer pas per construir una comunitat mundial de la que hem de ser conscients que tots som membres vivents de la mateixa. I indica al respecte que «l'orde entre els éssers humans en la convivència és de naturalesa moral. En efecte, (diu) es tracta d'un ordre que es fonamenta en la veritat, que s'ha de practicar segons la justícia; demana ser vivificat i integrat per l'amor i, finalment, ha de ser orientat a assolir una igualtat cada dia més humana, respectant la llibertat». És realment aquest esperit el que informa la clara i rotunda defensa que el Sr. Vendrell fa durant tot el seu discurs.

* * *

Res, com he dit, puc afegir doncs resulta impossible dir-ho igual ni millor que ho ha fet el recipiendari. Certament, el problema de la vivenda s'ha convertit al nostre país en un dels principals centres del debat social i les mesures que s'estan prenent afecten de manera directa al nostre ordenament jurídic en el marc competencial dels poders de l'Estat i en els ordenaments civils, penal i administratiu que els afecten. Hem de dir que a Espanya existeixen actualment 290.000 vivendes de caràcter social, el que representa un 1,6% dels 18,6 milions de vivendes, segons indica l'«Observatorio de Vivienda y Suelo del Ministerio de Transportes»; de les mateixes unes 180.000 són de titularitat de les Comunitats Autònomes i 110.000 pertanyen a diferents Ajuntaments. La diferència del nostre país amb els països europeus del nostre entorn és veritablement preocupant, doncs en els països més pròxims es troba al voltant del 15%.

Les expectatives dels governs del nostre país de les últimes dècades no s'han arribat a complir respecte al que havien promès i anunciat; i les que, en aquest període electoral, s'estan prometenent podrien també incomplir-se. Però el sol fet de que les promeses es reiterin, una i mil vegades, vol dir fins a quin punt és greu el problema que afecta a la garantia d'aquest dret tan imprescindible. És lògic, doncs, que l'habitatge sigui un dels principals problemes del país i que, d'una manera

alarmant, s'hagi posat de manifest en els programes i promeses dels partits polítics quan demanen a la ciutadania la seva confiança per governar.

És en aquest sentit que el nostre recipiendari destaca la importància i la necessitat de seguir l'impuls de la Unió Europea mitjançant el «Pilar Social Europeu» adoptat a la conferència de Göteborg, tot i que no sigui un text normatiu però sí una voluntat de combatre més enllà de la bona voluntat i un dels problemes socials més preocupants que tenen els països que proclamen l'Estat del Benestar, tan imprescindible pel progrés i per arribar a una societat veritablement justa a la que tots aspirem.

Acabant ja la meua intervenció, no puc deixar de manifestar en aquests moments d'una manera rotunda que la vivenda únicament poden facilitar-la la iniciativa privada i la iniciativa dels poders públics; en aquest cas obligats, no per un interès econòmic, sinó per una obligació més moral que jurídica, però de caràcter indeclinable a la vista del panorama que el nostre recipiendari ens ha demostrat. En cap cas, la funció pública pot desatendre aquest dret com tots els drets de caràcter fonamental; el dret a la vivenda és un d'aquests drets.

Estem assistint, però, a un fenomen realment preocupant com és el de l'ocupació, que desgraciadament és una trista i delictual realitat que vulnera un altre dret fonamental, que també ha d'estar sota la protecció dels poders públics. Recentment el Prof. Gonzalo Quintero manifestava que no podem oblidar que el problema d'accés a la vivenda és un dels més greus que té Espanya i que darrera d'aquestes ocupacions, en molts casos, hi ha terribles drames humans, però que, d'aquests drames, se'n beneficien grups criminals ben coneguts, que mitjançant l'extorsió i el xantatge s'enriqueixen il·licitament i cauen en el delicte. Entenc, amb el Prof. Quintero, que no hi ha possibilitat legal que avaluï una ocupació ni base formal per exigir l'efectiu exercici de la possessió, ni crec que es pugui obligar al recurs d'accions civils per recuperar, en aquests casos, la possessió. És molt important tenir en compte que, com a mínim, el furt —per no citar altres delictes— ha tingut des de sempre una consideració penal en els ordenaments dels països democràtics. Hem vist el percentatge de vivenda pública que hi ha a Espanya i em pregunto: On està la responsabilitat?

* * *

I ara, Sr. President, em permetrà que manifesti que la incorporació del Sr. Vendrell i Ferrer, que formulareu solemnement en finalitzar aquest acte, honora la nostra Acadèmia, doncs un gran jurista i destacadíssim advocat que ha exercit la professió durant més de 50 anys, ens aporta una visió omnicomprendiva del Dret, com a necessitat per garantir la dignitat humana que a tots ens iguala.

DISCURS DE CLOENDA DEL CURS 2022-2023

per

FRANCESC TUSQUETS I TRIAS DE BES

President de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Salutacions,

I. Seguint la tradició acadèmica, correspon a la presidència pronunciar unes paraules per cloure l'acte. Tradició que de molt bon grat assumeixo.

Celebrem avui la darrera sessió del curs 2022-2023.

Curs que vam inaugurar amb el discurs d'ingrés pronunciat per l'acadèmic Tomàs Font sobre «*La ciutat i el seu dret*», i que clausurem avui també amb el discurs d'ingrés que sobre «*L'accés a un habitatge digne: un dret humà fonamental*», ha llegit en Eudald Vendrell.

I al llarg del curs hem celebrat sessions ordinàries, però també sessions obertes. Hem coorganitzat jornades amb altres institucions jurídiques; hem confegit informes. Finalment hem concorregut a la informació pública sobre l'Avantprojecte de reforma del Codi civil de Catalunya, en matèria de suport a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones.

I tot això amb el convenciment i la il·lusió d'estar donant compliment als objectius que la nostra Corporació persegueix des de fa gairebé dos-cents anys.

Però a l'Acadèmia també hi ha dies de festa.

II. Festegem avui que en Eudald Vendrell ha adquirit la plenitud de drets a la nostra corporació.

Ha ingressat a l'Acadèmia un advocat, advocat que exerceix la professió des de fa més de 50 anys, amb especial dedicació al dret civil i que ha estat vicedegà del Col·legi de l'Advocacia de Barcelona, que ell mateix ha qualificat com la seva segona casa.

Però paradoxalment el discurs que hem escoltat no és només el discurs d'un advocat, advocat. És el treball d'un jurista amb un sòlida formació cristiana, que s'ha ocupat i preocupat pels drets humans i ha ostentat càrrecs tan rellevants com la presidència de Justícia i Pau.

Vendrell ha defensat en el seu treball que l'accés a un habitatge digne és un dret fonamental i proposa modificar la Constitució, tot eliminant la distinció entre drets fonamentals i principis rectors de l'acció política i econòmica.

Es tracta d'una qüestió d'interès jurídic i, sens dubte, d'actualitat.

Cal valorar de forma ben positiva que el discurs, a més d'estar encorat amb els corresponents fonaments jurídics, contingui referències a encíclics papals, i treballs de sociòlegs, economistes i filòsofs.

Ja ho he dit en altres ocasions, però vull insistir: un bon jurista ha de tenir coneixements de les altres ciències i arts, en definitiva una àmplia cultura general.

És evident que les manifestacions culturals, artístiques i de pensament influeixen en el desenvolupament del dret.

Com es preguntava retòricament el professor R. Jiménez de Parga en contestar el meu discurs d'ingrés a l'Acadèmia (l'any 2012) *¿Hubiera sido posible aceptar con entusiasmo la «Teoría pura del derecho» de Kelsen, sin que en aquellos días de entreguerras dominara la poesía pura; la pintura cubista, el florecimiento positivo o la divulgación de la ciencia?*

* * * *

III. Vaig conèixer Eudald Vendrell a la Facultat de Dret de la UB, on vam tenir uns professors excel·lents, del tarannà dels quals vam aprendre moltes més coses que els continguts dels programes de les respectives assignatures que impartien. Molts d'aquells professors eren o van ser després acadèmics, i tres afortunadament encara formen part de la nostra Corporació: Encarna Roca, Ferran Badosa i Josep Guàrdia.

Ha contestat el discurs, en nom de l'Acadèmia, el company Eugeni Gay Montalvo, que ha fet, com correspon, la lloança del recipiendari i ha analitzat amb deteniment i convicció el raonament i les conclusions del discurs.

Em pertoca per tant felicitar al protagonista de la sessió pública i solemne que estem celebrant, Eudald Vendrell, i agrair el seu treball a l'acadèmic Eugeni Gay.

IV. La problemàtica de l'accés a un habitatge digne com a dret fonamental serà debatuda, com fem habitualment, en una de les primeres sessions que celebrarem el curs vinent.

Perquè a l'Acadèmia defensem l'humanisme i el pensament crític.

Només així podrem avançar.

Cal pensar i reflexionar, però també escoltar i respectar les opinions dels altres.

Malauradament, el diàleg —que està en l'origen de l'Acadèmia de Plató—, està desapareixent, substituït per la confrontació, que menysprea i fins i tot criminalitza al que pensa diferent.

Enfront d'aquesta deplorable realitat, des de l'Acadèmia reivindicuem el diàleg com a mètode per comunicar als altres el que sabem, però també per aprendre d'ells i així arribar a saber més.

Com va escriure el professor triestí Claudio Magris, saber i seguir sent alumne no és poca cosa, és com ésser ja quasi un mestre.

Cal seguir doncs civilitzadament endavant, descansar en la dificultat com proposava Rilke i continuar sent un referent en el món jurídic català.

Assumim l'obligació com Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, de continuar liderant les tasques de promoure el coneixement i el desenvolupament del dret. I això amb la profunda convicció que estem fent el que cal fer per tornar a dignificar la importància del dret.

I, per tant, puc cloure l'acte i el curs amb el ple convenciment que avui, amb la incorporació amb plenitud de drets d'en Eudald Vendrell, l'Acadèmia fa un pas endavant i en definitiva s'enriqueix.

Moltes gràcies a tots els que ens heu fet l'honor d'acompanyar-nos en aquest acte.

S'aixeca la sessió.

Altres treballs acadèmics

LA MEDIACIÓ EN LA FUNCIO PÚBLICA

per

JOAQUÍN TORNOS MAS I TOMÀS FONT LLOVET

Secretari i vicesecretari respectivament de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya
24 d'octubre de 2023

DICTAMEN

Que emet l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, a sol·licitud de la Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació del Departament de Justícia, Drets i Memòria de la Generalitat de Catalunya.

És objecte del Dictamen les actuacions a dur a terme per part de l'Administració per fomentar la Mediació en l'àmbit de la funció pública de la Generalitat.

Ha estat confegit pels dos acadèmics Sr. Joaquín Tornos Mas i Sr. Tomàs Font Llovet, ambdós catedràtics de dret administratiu.

ÍNDIX

- I. *La resolució de conflictes en les relacions subjectes al dret administratiu*
- II. *La mediació*
- III. *La mediació en les relacions regides pel dret administratiu*
- IV. *La mediació en les relacions entre les administracions i els seus funcionaris*
- V. *Algunes breus referències al dret comparat: França i Itàlia*

I. LA RESOLUCIÓ DE CONFLICTES EN LES RELACIONS SUBJECTES AL DRET ADMINISTRATIU

El dret administratiu és la branca del dret que s'ocupa d'ordenar normativament l'organització de les administracions públiques i les relacions d'aquestes amb els ciutadans. L'administració és un poder servicial del poder polític, un conjunt de mitjans personals, materials i financers que tenen com a raó de ser sa-

tisfer les finalitats d'interès general que defineixen les lleis i que concreta el poder polític a través de la potestat de direcció política, el que els italians anomenen «l'indirizzo político».

Per poder complir amb aquesta finalitat l'administració té en les relacions jurídiques amb tercers una posició privilegiada que es concreta en els poders d'autotutela declarativa i executiva. Els actes de l'administració es presumeixen vàlids i són immediatament executius, podent executar-se per la pròpia administració. El control de l'administració es duu a terme en primera instància per la pròpia administració, recursos administratius, i en segona instància per una jurisdicció especialitzada, la jurisdicció contenciosa administrativa. Certament, juntament amb aquests privilegis en més, hi ha uns privilegis «en menys», unes regles que limiten o condicionen l'actuació de l'administració. L'administració està vinculada a la llei, només pot actuar si compta amb atribució de potestat, ha d'actuar mitjançant un procediment predeterminat, ha de motivar les seves decisions i respondrà per tota lesió (dany no suportable) que causi als particulars.

Doncs bé, amb caracter general el nostre sistema jurídic ha dissenyat un model de resolució de conflictes entre l'administració i els ciutadans formalment correcte, però a la pràctica imperfecte. El sistema es basa en l'articulació d'una primera via administrativa, obligatòria si s'ha d'interposar recurs d'alçada i potestativa si el recurs a interposar és el de reposició, i una ulterior via judicial, a la qual es pot accedir amb una àmplia legitimació i amb uns costos moderats, ja que la justícia és gratuïta atès que no hi ha taxes per a persones físiques i la presència del procurador és optativa. El cost és el lletrat.

Però la realitat és una altra i les garanties davant el poder de l'administració són en la seva aplicació defectuoses. Pel que fa als recursos administratius (no tenim dades oficials, per la qual cosa ens basem en l'experiència personal) les diverses administracions triguen a resoldre'ls, si es resolen; poques vegades s'estimen i moltes vegades contenen unes breus motivacions que no sempre guarden relació amb allò plantejat pel recurrent¹.

¹ Sobre el recursos administratius i la seva ineficàcia com a mecanisme de garantia dels administrats són interessants les consideracions que es contenen en el «Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción contencioso administrativa» del Ministerio de Justicia, año 2012, págs. 24 i 25. També es poden veure, entre d'altres, BAÑO LEÓN «El recurso administrativo como ejemplo de la inercia autoritaria del derecho público español», i CIERCO SEIRA, C. «El procedimiento de recuso administrativo: su virtualidad y necesidad de reforma», els dos treballs a «Las vías administrativas de recurso a debate», coordinador López Ramón, IX CONGRESO AEPDA, INAP, Madrid 2016, págs. 647- 675 i 676-787. Recentment, T.R. FERNANDEZ ha dit que «los recursos administrativos no sirven para nada. Debería suprimirse la obligatoriedad de la alzada y convertirlo en facultativo como la reposición. Que los utilice el que quiera, pero servir, lo que se dice servir, no sirven para nada, más que para perder el tiempo a menos que medie un cambio del gobierno, estatal, autonómico o local» (en «Un acuerdo básico sobre la necesidad de reformar la estructura de la jurisdicción contencioso-administrativa, RAP n° 220, enero-abril 2023, pág. 77).

A la seu contenciosa el problema és que el recurs judicial no sempre compleix l'exigència constitucional de donar una tutela judicial efectiva. La justícia és lenta, i poc procliu a concedir mesures cautelars. De vegades, a més, en relació amb el tipus de conflicte que es plantegi, el jutge/essa i els tribunals no tenen els coneixements tècnics suficients.

D'altra banda, en la conflictivitat d'escassa rellevància econòmica l'accés a la via judicial ha de ser una via excepcional, ja que en principi no té sentit. D'una banda hi ha els costos del procediment, excessius per resoldre litigis de menys de 3.000 euros, i de l'altra hi ha els costos per a l'administrat, ja que encara que es puguin contenir difícilment s'arriscarà a pledejar qui hagi d'assumir un cost de 1.500 euros si la seva reclamació és de 500 euros. Sembla evident que si la via administrativa tradicional és inoperant, i que la via judicial (irrenunciable en virtut de l'article 24 de la CE) presenta greus llacunes, cal buscar altres alternatives. I aquí hi entra en joc la reflexió sobre la mediació, com una d'aquestes possibles alternatives.

Per aquestes raons és important analitzar la possibilitat de recórrer a la mediació, els diferents moments en què es pot fer ús d'aquesta institució, i la seva aplicació en el cas concret de les relacions de l'administració amb els seus funcionaris, qüestió aquesta última que constitueix l'objecte central d'aquest Informe.

II. LA MEDIACIÓ

En termes generals es pot dir que la resolució de conflictes amb l'administració poden ser de dos tipus. Per una banda, mecanismes d'autocomposició: es tracta d'assolir una solució per acord entre les parts. No hi ha guanyador. Conciliació i mediació. Dins la mediació, cal diferenciar entre mediació extra judicial i intrajudicial. I per altra banda, mecanismes d'heterocomposició. La decisió del conflicte es posa a les mans d'un tercer, és un sistema de venciment. Arbitratge, recurs administratiu (davant òrgans interns o davant òrgans independents) i recurs judicial.

El nostre sistema jurídic preveu diversos mitjans alternatius a la via judicial per a la resolució de conflictes, que s'acostumen a denominar genèricament ADR, pel seu acrònim en anglès (*Alternative Dispute Resolution*). També s'utilitza l'acrònim MASC (Mitjans adequats de solució de conflictes). Els més coneguts, són sens dubte, l'arbitratge, la mediació i la conciliació.

Com ja hem dit, l'arbitratge és un sistema heterocompositiu, en el sentit que és un tercer, imparcial i independent (l'àrbitre) qui posa fi al conflicte, mitjançant una decisió (laude), que equival a una sentència judicial, en el sentit que produeix efectes de cosa jutjada.

Per contra, la mediació i la conciliació són sistemes autocompositius, ja que són les pròpies parts les que intenten resoldre la controvèrsia amb la intervenció d'un professional imparcial i independent, el mediador i el conciliador.

Les diferències entre l'arbitratge, d'una banda, i la mediació i la conciliació, de l'altra, són molt clares. En l'arbitratge, l'àrbitre té un rol decisiu i en dictar el laude, posa fi al conflicte. En canvi, en la mediació i en la conciliació, la decisió correspon a les mateixes parts que, amb l'ajut d'un professional, intenten arribar a una solució acordada, que pot no assolir-se i quedar en un mer intent. Per contra, les diferències entre la mediació i la conciliació són més subtils. Així, s'acostuma a destacar que el mediador ha de procurar que les parts arribin a una solució, que ell pot proposar, mentre que el conciliador, en principi, es limita a reunir a les parts i suggerir que s'arribi a una solució pactada al conflicte.

La conciliació i la mediació tenen una base comuna, són un mitjà autocompositiu en el que intervé un tercer per tal de facilitar l'acord entre les parts. Per això la distinció entre ambdues figures és molt difusa, sobretot perquè estan regulades de diferents maneres en les diverses legislacions.

En principi es pot afirmar que la mediació és un mètode per resoldre un conflicte en el que les parts implicades tracten d'arribar a un acord amb l'ajut d'un tercer imparcial, el mediador. Són les parts les que tracten de conformar l'acord, mentre que el mediador tracta de reduir l'enfrontament, justificar els avantatges d'un acord i aportar possibles vies de solució. En la conciliació el conciliador proposa solucions que les parts poden o no acceptar.

La mediació seria un mode de resoldre un conflicte per les mateixes parts que el tenen, amb l'ajut d'un tercer imparcial que per mitjà de la seva formació oferiria vies d'entesa i afavoriment del diàleg perquè acostin postures i que siguin elles mateixes de forma pacífica les que posin fi al conflicte.

Normativament la Llei 5/2012 de mediació en assumptes civils i mercantils, al seu article primer, estableix que «s'entén per mediació aquell mitjà de solució de controvèrsies, sigui quina sigui la seva denominació, en què dues o més parts intenten voluntàriament assolir per elles mateixes un acord amb la intervenció d'un mediador».

La Llei catalana 15/2009 de mediació en l'àmbit del dret privat, a l'article primer, afirma que «als efectes de la present llei, s'entén per mediació el procediment no jurisdiccional de caràcter voluntari i confidencial que es dirigeix a facilitar la comunicació entre les persones, perquè gestionin per elles mateixes una solució als conflictes que els afecten, amb l'assistència d'una persona mediatra que actua de manera imparcial i neutral». Citem, finalment, el Decret català 279/2006 de mediació escolar. El seu article 18 estableix que la mediació és un mètode de resolució de conflictes mitjançant la intervenció d'una tercera persona, amb formació específica imparcial, per tal d'ajudar les parts a obtenir per si mateixes un acord satisfactori».

La Guia sobre la mediació i les administracions públiques elaborada pel Col·legi d'Advocats de Madrid defineix la mediació com «un sistema alternativo de

resolución de conflictos, distinto a la vía judicial y al arbitraje, por el que dos o más personas, denominadas las partes, trabajan en su conflicto con la ayuda de un tercero, el mediador, para que, si así lo desean, alcancen un acuerdo satisfactorio para los intereses de todos ellos».

Amb caràcter general es pot afirmar que les notes bàsiques de la mediació són les següents:

a) La mediació és un procediment, un mètode que té com a objectiu resoldre un conflicte. L'acord, si escau, és el resultat, però la mediació també pot finalitzar sense acord.

b) La mediació és una fórmula d'autocomposició per resoldre controvèrsies quan el conflicte jurídic afecta drets subjectius de caràcter disponible.

c) La mediació requereix voluntarietat. La mediació és voluntària per a les parts. Es pot pactar la subjecció a una mediació com a tràmit previ i en aquest cas serà obligatòria de forma prèvia al procés arbitral o judicial. Les parts es poden desvincular en qualsevol moment del procediment de mediació. Es pot imposar, si escau, assistir a una reunió informativa, però no acudir a la mediació.

d) La mediació ha de respectar la igualtat de les parts. Les parts han d'intervenir amb plena igualtat d'oportunitats en el procediment de mediació.

e) El mediador ha de ser imparcial. Si la mediació és institucional, l'òrgan mediador no pot estar vinculat amb l'Administració que participa al procés negociador.

f) Neutralitat. El mediador no ha d'interferir en les negociacions de les parts. El resultat de la mediació ha de ser fruit de la col·laboració de les parts. El punt de vista del mediador no ha de condicionar el contingut dels acords.

g) Confidencialitat. El mediador i les parts no poden revelar la informació que hagin pogut obtenir al si del procediment de mediació.

h) Vinculació. L'acord a què s'arribi vincula les parts. L'acord té l'eficàcia del contracte. Es pot elevar a escriptura pública, adquirint la força del títol executiu.

i) Economia processal. El procediment de mediació ha de ser àgil i no es pot demorar més d'un temps raonable, que es pot fixar amb caràcter general en tres mesos.

No cal ampliar més les referències generals a la mediació² però sí cal recordar l'interès de la normativa europea per aquesta forma de resolució de conflictes així com el seu desenvolupament en el dret intern espanyol.

² Amb caràcter general es pot consultar BARRAL-LAUROBA, «El concepte jurídic de la mediació», en l'obra col·lectiva «Materials del llibre blanc de la mediació a Catalunya», Centre d'estudis jurídics i de formació especialitzada, Barcelona 2009, pág. 177. Per aquestes autores la mediació és «un procés de resolució o gestió de conflictes —tenint en compte aquesta precisió— on intervé un tercer el qual assisteix les parts en nom de la superació de l'esmentat conflicte, mitjançant acords que construeixen elles mateixes».

La Unió Europea està molt interessada en les modalitats alternatives de solució de conflictes, singularment en la mediació.

El Llibre Verd de 2002, el Codi de Conducta dels mediadors i posteriorment la Directiva 2008/52, s'inscriuen en el marc dels treballs que la Unió Europea està realitzant dins de l'aspiració de consolidació d'un espai de llibertat, seguretat i justícia, i més concretament per garantir un millor accés a la justícia.

La Directiva 2008/52 va suposar un pas qualitatiu essencial en el context de l'impuls europeu de la mediació. Brinda, no només unes recomanacions de caràcter general perquè els Estats membres poguessin acollir-les en el si de les seves legislacions nacionals, sinó un text articulat per a la mediació civil i mercantil en conflictes transfronterers.

Pel que fa al dret intern, Catalunya va ser la primera Comunitat Autònoma en legislar sobre mediació familiar amb la Llei 1/2001, del 15 de març, de mediació familiar, posteriorment derogada per la Llei 15/2009, de 22 de juliol, de mediació en l'àmbit del dret privat, la qual ja s'adaptava a la directiva abans esmentada.

La Llei 9/2020 de 31 de juliol actualitza la Llei 15/2009 i el Centre de Mediació de Catalunya esdevé la institució de referència, de manera que és el que homologa les persones mediadores, facilita les sessions informatives gratuïtes i designa el mediador en el cas que ho demanin les parts o bé quan la mediació és instada per l'autoritat judicial.

L'Estat va incorporar la Directiva 2008/52CEE mitjançant la Llei 5/2012 de 6 de juliol de mediació en assumptes civils i mercantils. Segons la seva exposició de motius el model de mediació es basa en la voluntarietat i lliure decisió de les parts i en la intervenció d'un mediador, del qual es pretén una intervenció activa orientada a la solució de la controvèrsia per les mateixes parts.

La llei indica que se circumscriu estrictament a l'àmbit de les competències de l'Estat en matèria de legislació mercantil, processal i civil, que permeten articular un marc per a l'exercici de la mediació, sens perjudici de les disposicions que dictin les Comunitats Autònomes en l'exercici de les seves competències. Els conflictes en matèria de dret administratiu queden fora de la llei espanyola.

III. LA MEDIACIÓ EN LES RELACIONS REGIDES PEL DRET ADMINISTRATIU

De les diverses formes de solució alternativa de conflictes ens centrarem en la mediació. Dintre de les relacions administratives, i en particular en les relacions entre les administracions i els seus funcionaris, el recurs a la mediació es pot produir en tres moments temporals.

a) La mediació com a mecanisme que pretén evitar un conflicte o com a fórmula per assolir la millor decisió possible.

- b) La mediació com a mecanisme que tracta de donar solució a un conflicte. L'alternativa al recurs administratiu.
- c) La mediació intrajudicial.

A. *La mediació com a via per evitar el conflicte. La mediació preventiva*

Parlem de mediació preventiva en els supòsits en els quals es tracta d'acordar el contingut de l'acte amb l'administrat, o els administrats directament afectats, abans que es dicti l'acte administratiu que posa fi a un procediment. No es resol un conflicte ja existent, ja que es tracta d'evitar un possible conflicte.

En aquests supòsits la mediació pot tenir una doble funcionalitat. Per una banda pot actuar dintre del procediment administratiu amb la finalitat de tractar de definir de forma participada el contingut de l'acte, obrint la decisió a un procediment en el que les parts implicades i l'administració, amb l'ajut d'un mediador, tracten d'aconseguir la millor decisió possible i aquella que satisfà totes les parts implicades. Pensem, per exemple, en el procediment per definir a Barcelona les super illes, la seva ubicació i contingut, cercant l'acord de veïns, comerciants i administració, amb l'ajut d'un mediador. El fet d'obrir el procediment als administrats per configurar de comú acord el contingut de la decisió final administrativa seria una forma de «mediació» i d'evitar conflictes ulteriors.

En segon lloc, la mediació pot ser útil en procediments singulars, en els que, per exemple, l'administració es planteja una possible responsabilitat patrimonial pública o imposar una sanció. Es pot acordar la quantia de la indemnització o el tipus de sanció. En aquests supòsits la mediació evita el conflicte i l'acte que finalment s'adopti serà acceptat. En aquests casos caldrà tenir en compte l'article 86 de la Llei 39/2015, de procediment administratiu comú³. Són supòsits de mediació preventiva⁴.

Finalment la mediació pot ser també útil si existeix un conflicte en l'aplicació d'una norma. Pensem en una operació de reallotjament que suscita enfrontaments amb l'Administració que l'ha de dur a terme. Es podrà acudir a la figura d'un mediador perquè tracti d'impulsar l'acord de les parts enfrontades per adoptar l'acte concret pel que s'aplica el reallotjament.

³ Sobre la finalització convencional del procediment administratiu es pot consultar DELGADO PIQUERAS, F. *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, 1995; DE PALMA TESO, A. *Los acuerdos procedimentales en el derecho administrativo*, 2000; BUSTILLO BOLADO, R.O. *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento administrativo*, 2004.

⁴ Sobre la mediació preventiva, vid. BELANDO GARÍN, B. La mediació en los procedimientos disciplinarios, en la obra colectiva *Mediación y arbitraje en la administración pública*, director Bauza Martorell, F.J. Ed. Bosch, Barcelona 2022, pág. 217.

En tot cas, els problemes d'acudir a mecanismes d'autèntica mediació per poder evitar que es generi un conflicte són encara importants. Ens trobem amb la manca de cultura administrativa (un poder amb autotutela no té interès a negociar), ja que l'administració entén que ella defineix l'interès general, si escau escoltant els interessats, i després ho imposa, però no precisa la intervenció d'un mediador. D'altra banda, el principi de legalitat i la interpretació estricta de la vinculació positiva de l'administració a la llei dificulten obrir espais de negociació. Aquesta dificultat s'ha incrementat els darrers anys arran dels casos de corrupció i les actuacions del Ministeri Fiscal. De fet, tot conveni, tot acord, s'ha convertit en una cosa sospitosa de prevaricació. Per tant, el responsable públic entén que és millor no intentar avançar per la via dels acords.

En tot cas, com s'ha dit, les dificultats conceptuals i la manca d'una cobertura legal específica que permeti la mediació en l'adopció d'un acte administratiu «no desdice ni bloquea la posibilidad de inyectar la mediación como simple técnica instrumental o de apoyo en la tramitación de cualquier procedimiento administrativo, a fin de buscar una posible solución al conflicto subyacente entre el funcionario y la administración que pueda conducir después a dictar un acto administrativo unilateral en el que se recoja el contenido del acuerdo»⁵.

En definitiva, no es pot oblidar que la mediació és una activitat material que pot finalitzar amb un acord, que serà un acte o una norma, i que aquest acte o norma seran susceptibles d'impugnació per tercers. Tornarem sobre aquestes qüestions.

B. *La mediació com alternativa al recurs administratiu*

Un segon moment en el que es pot considerar la conveniència de recórrer a la mediació és quan l'administració ja ha dictat l'acte, però l'administrat no està d'acord amb el seu contingut. Per tant, l'acte ha generat un conflicte. Com ja hem dit, el dret administratiu ofereix al particular una primera garantia per oposar-se a l'acte lesiu dels seus drets o interessos mitjançant el recurs administratiu. Però, com també ja hem dit, el recurs administratiu no és una veritable garantia. Però suprimir el recurs administratiu, o configurar-lo en tot cas com potestatiu, per tal que el ciutadà pugui accedir directament a la justícia administrativa tampoc és la solució. No cal insistir en les mancances del nostre sistema judicial i la necessitat de cercar formes alternatives de resolució de conflictes. La mateixa Exposició de Motius de la llei de la Jurisdicció contenciosa administrativa de 1998 va reconèi-

⁵ GAMERO, E. «Estructura de la mediación en las administraciones públicas: organización administrativa y procedimiento de mediación», en la obra colectiva *Mediación para la resolución de conflictos de personal en las administraciones públicas*, coordinadores Gamero-Rodríguez Piñero, Consejo Andaluz de relaciones Laborales, Sevilla 2006, págs. 206. En aquest mateix sentit, HUERGO LORA, A. *Los contratos sobre actos y las potestades administrativas*, Civitas, Madrid 1998.

xer aquesta situació quan va afirmar que «el control de la legalitat de les activitats administratives es pot i s'ha d'exercir així mateix per altres vies complementàries de la judicial, que caldria perfeccionar per evitar la proliferació de recursos innecessaris i per oferir fórmules poc costoses i ràpides de resolució de nombrosos conflictes».

En aquest mateix sentit, s'ha manifestat de manera reiterada el Consell d'Europa, i ha reclamat la necessitat d'introduir i aplicar fórmules alternatives a la judicial per a la resolució de conflictes. Així, a la Recomanació R (81) 7 de 14 de maig i R (86)12. De particular interès en el nostre cas és la Recomanació R (2001) 9 de 5 de setembre en què s'advoca per estendre les vies alternatives a la solució judicial als conflictes entre autoritats administratives i els ciutadans. En el seu expositiu número 5 es fa referència a la constatació que en molts estats el gran nombre d'assumptes que s'acumulen davant dels tribunals que resolen assumptes administratius, impedeix que els resolguin en un temps raonable, i així es vulnera el que disposa l'article 6.1 de la Convenció Europea de Drets Humans. D'altra banda, la Directiva 2008/52/ CE del Parlament i del Consell sobre certs aspectes de la mediació en assumptes civils i mercantils també vincula la necessitat d'implantar vies alternatives a la necessitat de fer realitat l'accés dels ciutadans europeus a la justícia. Finalment en el mateix sentit cal citar també la resolució del Parlament Europeu de 13 setembre 2011 sobre l'aplicació de la directiva abans esmentada.

Especialment rellevant és l'actual article 112 de la Llei 39/2015 (anterior article 107 de la Llei 30/1992), precepte que analitzarem més endavant. Segons aquest article, les lleis poden substituir el recurs d'alçada o el de reposició pel procediment de mediació.

En tot cas en aquests casos, el conflicte ja existeix i la Llei 39/2015 «habilita», o potser millor dit, incita, a què altres lleis puguin substituir les vies administratives prèvies dels recursos d'alçada o reposició per un procediment d'autocomposició com el de mediació (el mateix precepte també fa referència a la conciliació o l'arbitratge). D'aquesta manera la llei administrativa es remet a una institució que està regulada en normes de dret privat, de manera que integra aquesta tècnica prevista per solucionar conflictes inter privats en la possible solució de conflictes que enfronten l'Administració amb els ciutadans. La realitat ens demostra, però, que fins ara, el que l'article 107 de l'anterior Llei 30/1992 va preveure amb caràcter general i abstracte, no s'ha desenvolupat. No hi ha lleis que hagin establert la substitució dels recursos administratius per procediments de mediació. Però, al mateix temps també és cert que la llei autonòmica pot establir la mediació com alternativa al recurs administratiu per determinat tipus de conflictes.

Aquesta manca de desenvolupament de la mediació com alternativa al recurs administratiu pot tenir el seu fonament en les crítiques que bona part de la doctrina va realitzar a la possible substitució del recurs administratiu per una me-

diació. En aquest sentit CARBONELL PORRAS, Eloisa, defensa l'atribució de la resolució del recurs administratiu a òrgans separats de l'administració activa, experts en la matèria i dotats d'independència funcional, com preveu l'article 112 de la Llei 39/2015 i abans l'article 107 de la Llei 30/1992, però critica que es pugui acudir a una mediació per resoldre un recurs administratiu, per tant, quan l'acte ja s'ha dictat⁶. L'autora esmentada diu que «varias son las razones que explican esta desconfianza: desde los principios generales de legalidad y competencia hasta la presunción de validez de los actos administrativos y su ejecutividad y ejecutoriedad, incluyendo la expresa prohibición de transigir judicial y extrajudicialmente sobre los bienes y derechos del patrimonio del Estado o de la Hacienda Pública, o someter a arbitraje las contiendas que los mismos susciten».

No compartim aquesta crítica al que estableix l'article 112 de la Llei 39/2015. De la mateixa forma que és possible la mediació intrajudicial, creiem que és possible que en el moment de resoldre un recurs administratiu contra un acte, l'òrgan competent per resoldre el recurs accepti una mediació per tal d'adoptar una resolució acordada amb el recurrent amb la intervenció d'un mediador. S'ha de tenir present que, en la mediació, en tot cas l'administració manté el poder de decidir de forma unilateral, perquè pot retirar-se de la mediació o no arribar a un acord. Arribarà a l'acord si el considera conforme amb el marc normatiu i satisfactori tant pel recurrent com per l'administració. El que sí cal és desenvolupar la previsió genèrica de l'article 112 de la Llei 39/2015.

C. *La mediació intrajudicial*

Finalment, en tercer lloc, cal referir-se a la mediació un cop el conflicte està ja plantejat en seu contenciosa. En aquest cas la mediació ja no és una alternativa a la via judicial, sinó una forma alternativa a la finalització del procés. Es tracta de l'anomenada mediació intrajudicial, que l'article 77 de la Llei 29/1998 anomena conciliació. En aquest cas el jutge/essa o el tribunal pot derivar la resolució del conflicte a una mediació. Les parts, amb l'ajuda del mediador, poden acordar la finalització del plet amb un acord. Aquest acord pot ser homologat pel jutge/essa o pel tribunal, posant fi al procediment judicial amb la conformitat de les parts implicades⁷.

⁶ Vid. CARBONELL PORRAS, Eloisa, «La sustitución de los recursos administrativos ordinarios (o la alteración de algún elemento de su régimen general): algunas sugerencias ante el inmovilismo del legislador, a «Nuevas perspectivas en la defensa de los ciudadanos frente a las administraciones públicas», coordinador Huergo Lora, Iustel, Madrid, 2018, págs. 80-82, amb referència a diverses opinions doctrinals sobre aquesta qüestió.

⁷ Sobre la mediació intrajudicial, amb caràcter general, vid. MARTÍN DIZ, F. *Mediación en el ámbito Contencioso-administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 183 -359, ORTUÑO RODRIGUEZ, A. E. *Potestad jurisdiccional y mediación en el orden contencioso-administrativo* y MARTÍNEZ LAGE/AYALA DE LA TORRE, *Algunas consideraciones sobre la mediación intrajudicial en el ámbito contenciosa administra-*

Cal concloure, doncs, que la mediació pot ser una tècnica útil per configurar millor les decisions administratives, per evitar un conflicte, per donar una resposta eficaç un cop el conflicte ja s'ha plantejat, ja sigui en via administrativa (alternativa al recurs administratiu) o com a complement del recurs judicial que permeti una finalització acordada del plet judicial. Però en tot cas, com s'ha recordat, cal tenir en compte que quan la institució de la mediació s'ha d'aplicar en una relació jurídica en la que una de les parts és l'administració, aquesta institució s'ha d'adaptar a la singularitat d'aquesta relació en la que les dues parts no es troben en situació d'igualtat, i en la que la necessària defensa de l'interès genera i estarà sempre present. Així en el pròleg de l'obra col·lectiva dirigida per GAMERO CASADO i RODRÍGUEZ PIÑERO es diu que «cuando se trata de analizar el modo en que la institución jurídica opera en el ámbito público la premisa sobre la que construir todo el razonamiento, como advierte Parejo, es que la administración pública construye sus relaciones jurídicas de manera diferente a los sujetos privados, no simplemente adaptando las figuras privadas (a veces preexistentes) mediante la definición de una serie limitada de especialidades o particularismos, sino viéndose abocada a erigir un edificio organizativo y procedimental verdaderamente distinto y novedoso del que opera en el escenario jurídico-privado, en razón de las diferencias dogmáticas que distinguen la posición de la administración pública y sus modos de actuación en el mundo del derecho»⁸.

IV. LA MEDIACIÓ EN LES RELACIONS ENTRE LES ADMINISTRACIONS I ELS SEUS FUNCIONARIS

Un cop entrem ja en l'estudi de la mediació dintre de la funció pública cal fer unes precisions prèvies sobre l'objecte d'aquest Informe.

El nostre estudi analitza la mediació en relació al personal funcionari al servei de l'administració pública. Per tant, no analitzarem el recurs a la mediació en les relacions amb el personal no funcionari. Mediació possible però sotmesa a la normativa privada i al dret laboral⁹.

tiva, aquests dos treballs en l'obra col·lectiva *Mediación y arbitraje en la administración pública*, director BAUZA MARTORELL, F. Ed. Bosch, Barcelona 2022, págs. 369 -384 i 385-359. També cal tenir presents la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, del CGPJ de 2013 i modificada en part el 2016, així com la creació pel Ministerio de Justicia de la Unidad de Mediación Intrajudicial, UNIM.

⁸ GAMERO CASADO y RODRIGUEZ PIÑERO, *La mediación para la resolución de conflictos de personal en las administraciones públicas*, Consejo Andaluz de relaciones laborales, Sevilla 2006.

⁹ Sobre la mediació en aquestes relacions es pot veure PÉREZ GUERRERO, M. L., *Los medios de solución extrajudicial de conflictos laborales en el sector público: problemática*. Temas Laborales nº 140 de 2017, págs. 400-444. Vid. també el número monogràfic de la *Revista Andaluza del trabajo y bienestar social* nº 154 de 2020, dedicada a la mediació y el arbitraje en la resolució de conflictos laborales, en particular el treball de CRUZ VILLALÓN, P., «Balance general de la mediación y el arbitraje en los conflictos laborales», págs. 13-55.

Per altra banda, els conflictes amb el personal al servei de l'administració poden ser conflictes col·lectius (afecten als interessos generals d'un grup genèric de treballadors, tenen com a interlocutors naturals a les centrals sindicals i el seu abast és general a tot un segment o parcel·la de funcionaris o d'empleats laborals de l'administració) o conflictes individuals, que afecten a un empleat concret (o grup determinat, no tot un grup professional) i tenen com a objecte un desacord sobre un aspecte concret de la relació¹⁰. El nostre estudi només analitzarà els conflictes individuals del personal funcionari. Certament la mediació en les relacions de l'administració amb els seus funcionaris ha estat reconeguda en els conflictes col·lectius, i és en aquest àmbit on es poden trobar més aplicacions pràctiques, estudis i creació d'institucions dedicades a aquesta mediació¹¹. Pel que fa a les institucions cal fer referència al CEMICAL, ens consorcial que segons l'article 2 dels seus Estatuts (de 24 de març de 2015, BOP de 31 de juliol de 2015) té com a objecte «la resolució extrajudicial dels conflictes que es plantegin en matèria de personal en l'àmbit dels ens locals de la província de Barcelona»¹².

Tenint en compte aquesta distinció, el cert és que l'EBEP, RDL 5/2015 de 30 d'octubre, text refós de l'estatut bàsic de l'empleat públic, només reconeix en el seu article 15 el dret al plantejament de conflictes col·lectius de treball, i en el seu article 45 contempla la possible solució extrajudicial de conflictes col·lectius¹³. De la mateixa forma la Llei 9/1987 de 12 de juny de Órganos de

¹⁰ Vid. GAMERO CASADO, *Apunte sobre la mediación como técnica para la resolución de conflictos en el empleo público*, RAP n° 170, pág. 343-344.

¹¹ Sobre els conflictes col·lectius, la mediació i l'article 45 del EBEP es pot consultar CRUZ VILLALON, *La mediación en la solución de conflictos colectivos en la función pública*, en la obra colectiva dirigida por GAMERO CASADO y RODRIGUEZ PIÑERO, *La mediación para la resolución de conflictos de personal en las administraciones públicas*, Consejo Andaluz de relaciones laborales, Sevilla 2006. GÓMEZ CABALLERO, R. «Especialidades de los procedimientos autónomos de solución de conflictos en el ámbito de los funcionarios públicos», en el número monogràfic de la *Revista Andaluza del trabajo y bienestar social* n° 154 de 2020, dedicat a la mediació i l'arbitratge en la resolució de conflictes laborals, págs. 195-219 i PÉREZ GUERRERO, M. L. «Los medios de solución extrajudicial de conflictos laborales en el sector público: problemática», en *Temas Laborales*, 140/2017, pág. 400-444.

¹² El Preàmbul dels Estatuts precisa que l'objectiu del CEMICAL és «la mediació i la conciliació en els conflictes col·lectius d'interessos i jurídics que es poguessin plantejar en l'àmbit d'actuacions dels ens locals». La pàgina web del CEMICAL, per la seva banda, diu que el CEMICAL pot intervenir en conflictes individuals sempre que estimi que el conflicte pot tenir transcendència o incidència en un interès col·lectiu. Sobre el CEMICAL vid. MAURI, J. «El CEMICAL: un modo de solución de conflictos para la función pública local», GAPP n° 2, enero-abril 1995.

¹³ «Artículo 45. solución extrajudicial de conflictos colectivos:

1. Con independencia de las atribuciones fijadas por las partes a las comisiones paritarias previstas en el artículo 38.5 para el conocimiento y resolución de los conflictos derivados de la aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos, las Administraciones Públicas y las organizaciones sindicales a que se refiere el presente capítulo podrán acordar la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos.

2. Los conflictos a que se refiere el apartado anterior podrán ser los derivados de la negociación, aplicación e interpretación de los Pactos y Acuerdos sobre las materias señaladas en el artículo 37, excepto para aquellas en que exista reserva de ley.

Representación, Determinación de las Condiciones de Trabajo y Participación del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas només contempla la mediación en la negociación de las condiciones generales de trabajo (artículo 38)¹⁴. Però com ja hem dit no és objecte d'aquest Informe la mediación en la relació als conflictes col·lectius.

La manca de previsió legal de la mediación en els conflictes individuals en matèria de funció pública no impedeix, no gensmenys, i com ja hem dit, el recurs a aquesta institució d'acord amb les normes generals que regulen l'actuació de l'administració i la resolució dels seus conflictes amb els funcionaris, respectant en tot cas el principis propis del dret administratiu. En aquest sentit la mediación haurà de respectar els següents principis: immediación, audiència i contradicció, gratuïtat, celeritat, voluntarietat (per l'administrat), antiformalisme i imparcialitat i professionalització del mediador¹⁵.

Delimitat l'objecte del nostre Informe en la mediación en els conflictes individuals en matèria de funció pública analitzarem a continuació, d'acord amb el que abans s'ha exposat, el possible recurs a la mediación en la fase prèvia a l'existència d'un acte, com alternativa al recurs administratiu i dintre del recurs jurisdiccional.

3. Los sistemas podrán estar integrados por procedimientos de mediación y arbitraje. La mediación será obligatoria cuando lo solicite una de las partes y las propuestas de solución que ofrezcan el mediador o mediadores podrán ser libremente aceptadas o rechazadas por las mismas. Mediante el procedimiento de arbitraje las partes podrán acordar voluntariamente encomendar a un tercero la resolución del conflicto planteado, comprometiéndose de antemano a aceptar el contenido de la misma.

4. El acuerdo logrado a través de la mediación o de la resolución de arbitraje tendrá la misma eficacia jurídica y tramitación de los Pactos y Acuerdos regulados en el presente Estatuto, siempre que quienes hubieran adoptado el acuerdo o suscrito el compromiso arbitral tuviesen la legitimación que les permita acordar, en el ámbito del conflicto, un Pacto o Acuerdo conforme a lo previsto en este Estatuto. Estos acuerdos serán susceptibles de impugnación. Específicamente cabrá recurso contra la resolución arbitral en el caso de que no se hubiesen observado en el desarrollo de la actuación arbitral los requisitos y formalidades establecidos al efecto o cuando la resolución hubiese versado sobre puntos no sometidos a su decisión, o que ésta contradiga la legalidad vigente.

5. La utilización de estos sistemas se efectuará conforme a los procedimientos que reglamentariamente se determinen previo acuerdo con las organizaciones sindicales representativas».

¹⁴ Artículo 38: «1. Las Administraciones Públicas y los Sindicatos a que se refieren los artículos 30 y 31.2 podrán nombrar de mutuo acuerdo un mediador o mediadores cuando no resulte posible llegar a acuerdo en la negociación o surjan conflictos en el cumplimiento de los Acuerdos o Pactos.

2. La mediación se efectuará conforme al procedimiento que reglamentariamente se determine.

3. Las propuestas del mediador y la oposición de las partes, en su caso, deberán hacerse públicas de inmediato».

¹⁵ A aquests principis fa referència TRAYTER, J. en el seu treball «Materias susceptibles de mediación en conflictos individuales del personal de las administraciones públicas», al llibre col·lectiu GAMERO CASADO y RODRIGUEZ PIÑERO, *La mediación para la resolución de conflictos de personal en las administraciones públicas*, Consejo Andaluz de relaciones laborales, Sevilla 2006, pág. 135.

A. *La mediación preventiva*

D'acord amb els tres moments temporals abans exposats en els que es pot evitar o es pot solucionar un conflicte entre l'administració i el personal funcionari al seu servei, analitzarem, en primer lloc, el que s'ha anomenat la mediació preventiva, és a dir, aquella que es pot dur a terme abans que hi hagi un acte administratiu¹⁶.

Aquesta mediació preventiva pot incloure dos supòsits. Per una banda, la mediació com a mecanisme per resoldre el que anomenarem «conflictes no jurídics», entenent per aquests conflictes els que no finalitzaran amb un acte administratiu.

Dintre d'una organització tancada, com és la pròpia de l'administració, poden sorgir conflictes interpersonals entre el superior i el funcionari, o entre companys, que no tenen un marc normatiu clar per a la seva solució, però que reclamen alguna fórmula de solució, per posar fi al conflicte i restaurar les relacions dintre de l'organització de la pròpia administració. Es pot pensar en els casos de possible assetjament laboral, on moltes vegades és difícil conèixer la realitat dels fets o la seva prova, però sí que existeix una real tensió entre el superior i el funcionari/a¹⁷.

En aquests casos la mediació pot jugar un paper essencial. El mediador permet el diàleg entre les parts afectades i pot proposar una solució no formalitzada com a acte administratiu, sinó basada en el reconeixement d'uns fets, la comprensió dels mateixos i el disseny d'unes regles futures de conducta acceptades per ordenar la nova relació.

Com ha dit BELANDO GARÍN, Beatriz¹⁸, «en un procedimiento disciplinario, como la falta de respeto, la imposición de la sanción no resuelve el conflicto, sino que por supuesto puede agravarlo. Esa relación que subsiste tras la sanción disciplinaria se verá afectada y puede generar en un futuro nuevas situaciones infractoras que inciden en el conjunto de la organización y no sólo en la persona directamente afectada. Tal y como recuerda la sentencia de 19 de enero de 2012, RJ 2012/307, *la mediación como modalidad alternativa de resolución de conflictos llega a soluciones menos traumáticas que la judicial que dicta sentencia interpretando y aplicando correctamente la norma jurídica, resultando un vencedor y un*

¹⁶ BELANDO GARÍN, Beatriz, op.cit. pág. 217, diferencia la mediación preventiva de la reactiva. Aquesta segona és la que parteix d'un acte previ, enfront del qual la llei permet interposar un recurs administratiu i/o un recurs contenciós-administratiu o bé acudir a la mediació alternativa al recurs administratiu o com alternativa a la resolució judicial.

¹⁷ Vid. Al respecte GÓMEZ JIMÉNEZ, Esther. «El acoso en la administración pública. Una propuesta de intervención a través de la mediación», en Lan harremanak: Revista de relaciones laborales n.º 36, 2017.

¹⁸ Op. cit. pág. 219.

vencido, cuando los temas jurídicos tienen o pueden tener un trasfondo humano, al que sí llega el instituto de la mediación».

En segon lloc, la mediació preventiva pot intervenir un cop identificat el conflicte, abans d'iniciar el procediment o dintre del procediment, però abans que el conflicte s'hagi materialitzat en un acte administratiu. En aquest cas la mediació finalitzarà amb un acte, fruit de l'acord entre les parts. Com s'ha dit¹⁹, la mediació «puede ser especialmente idónea para articular un sistema de resolución de conflictos individuales de personal, tales como los relativos a vacaciones, permisos y licencias, cobro de retribuciones, concreción de las funciones del puesto de trabajo con arreglo a la RPT, solicitud de prestaciones del plan de acción social, etc. ...el acuerdo de mediación determinaría las funciones que concretamente corresponden al puesto de trabajo (siempre en el marco de la RPT), acordaría un plan de vacaciones que conciliaría el interés del funcionario con las necesidades del servicio, acordaría una jornada laboral flexible que le permitiera conciliar el trabajo con otras obligaciones o aficiones, etc.».

En aquests supòsits la mediació s'integra dintre del procediment administratiu amb la finalitat que l'acte administratiu sigui el fruit d'un acord previ. Per tant, es tracta d'aconseguir una finalització convencional del procediment.

Donat que el EBEP no contempla la mediació en la solució de conflictes individuals, cal trobar el marc normatiu de l'acord que estem defensant en el que estableix l'article 86 de la Llei 39/2015, precepte que contempla la finalització convencional dels procediments administratius.

Aquest article estableix que «1. *Las Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que, en su caso, prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no, a la resolución que les ponga fin.*

2. *Los citados instrumentos deberán establecer como contenido mínimo la identificación de las partes intervinientes, el ámbito personal, funcional y territorial, y el plazo de vigencia, debiendo publicarse o no según su naturaleza y las personas a las que estuvieran destinados».*

Del precepte transcrit cal destacar dues qüestions. Per una banda, l'acord fruit de la mediació pot finalitzar el procediment, o bé es pot inserir en el procediment amb caràcter vinculant per l'òrgan que hagi de dictar l'acte. En segon lloc, la finalització convencional requereix una norma de desenvolupament de l'article 86

¹⁹ GAMERO CASADO, Apunte sobre ...ep.cit. pág. 349.

de la Llei 39/2015²⁰. Actualment no existeix aquesta norma de desenvolupament per a la finalització convencional dels procediments en matèria de personal al servei de les administracions públiques, raó per la qual no es podria acudir a la mediació. Però, si avui l'article 86 esmenat no dona cobertura a la mediació en els temes que ens interessin, el que sí és cert és que aquest precepte conté de fet una incitació a les administracions per tal que aprovin una norma que reguli la mediació com a forma de resolució dels conflictes individuals en matèria de funció pública.

D'acord amb el que s'acaba de dir volem destacar que la Generalitat de Catalunya té competència en matèria de procediment administratiu, i com a desenvolupament de la norma bàsica estatal, l'article 86 de la Llei 39/2015, podria regular la mediació en el procediment administratiu en matèria de personal al seu servei. Aquesta norma podria determinar si la mediació és obligatòria per a l'administració en el cas que l'administrat la demani (s'entén que seria obligació d'acudir a la mediació, no obligació d'arribar a un acord), les matèries concretes en les que podria fer-se ús de la mediació, la tramitació de la mediació, el termini per arribar a un acord²¹, si aquest acord posa fi al procediment o s'integra en el procediment amb caràcter vinculant, com integrar a tercer interessats, si l'acord podria ser objecte de la seva extensió a tercers en la mateixa situació, si l'acord és impugnable per les parts que han intervingut i si és o no susceptible de revisió d'ofici, així com altres qüestions que donessin la major seguretat jurídica possible a la mediació i la seva força com a finalització del procediment. Qüestió també molt important és la relativa a la figura del mediador. Qui pot actuar com a mediador/a, qui el designa, com es remunera?

En aquests moments existeix un avantprojecte de llei del procediment administratiu i del règim jurídic de les administracions públiques de Catalunya, que en la introducció del document pel que es va sotmetre a la consulta pública diu que «es posa de manifest la necessitat d'abordar nous enfocaments en aquest àmbit i de regular altres aspectes que la legislació vigent no contempla, com ara la previsió d'una regulació general de la mediació com a mètode alternatiu de resolució de conflictes en l'àmbit administratiu». Per tant, en la reforma de la Llei 26/2010 es podria regular de forma general la finalització convencional en matèria de procediments en matèria de funció pública, amb remissió al reglament per tal que regulés aquesta concreta forma de mediació²².

²⁰ Sobre la necessitat d'aquesta norma de desenvolupament i les diferents posicions doctrinals, vid. GAMERO CASADO, op.cit. pàg. 348-350.

²¹ Cal recordar en relació al termini per arribar a un acord que la disposició addicional 29, apartat Quart de la Llei 14/2000 de 29 de desembre estableix que «La terminación convencional de procedimientos administrativos, así como los procedimientos de mediación, arbitraje o conciliación, no están sujetos al régimen de silencio administrativo previsto en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común».

²² Cal destacar que en el procediment de consulta pública varen intervenir el Col·legi de professionals de mediació del Col·legi d'Educadors i Educadors socials de Catalunya, l'Associació

B. *La mediació com alternativa al recurs administratiu*

Com ja hem exposat, creiem que sí és possible substituir el recurs administratiu per un procediment de mediació per tal de resoldre conflictes individuals entre els funcionaris de l'administració. L'article 112 de la Llei 39/ 2015 dona cobertura legal a aquesta possibilitat.

L'article 112, en el seu apartat segon, estableix el següent: «*Las leyes podrán sustituir el recurso de alzada, en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique, por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o Comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas, con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a las personas y a los interesados en todo procedimiento administrativo.*

En las mismas condiciones, el recurso de reposición podrá ser sustituido por los procedimientos a que se refiere el párrafo anterior, respetando su carácter potestativo para el interesado.

La aplicación de estos procedimientos en el ámbito de la Administración Local no podrá suponer el desconocimiento de las facultades resolutorias reconocidas a los órganos representativos electos establecidos por la Ley».

D'aquest precepte cal destacar els següents aspectes. Per una banda estableix una clara reserva de llei. La possibilitat que crea l'article 112, com a norma bàsica, ha de ser desenvolupada per una llei. En aquest sentit s'ha dit que a l'establir-se una reserva de llei «la apertura de nuevos espacios a la mediación solo puede venir de la mano del Estado o de las Comunidades Autónomas, que no han llegado a generalizar estas vías a pesar del requerimiento expreso que al efecto les ha dirigido el legislador»²³. Requeriment reiterat en la disposició addicional segona de la Llei 4/1999 de 13 de gener, que va ordenar al Govern a remetre a les Corts, en el termini de 18 mesos el projecte o projectes de llei necessaris per desenvolupar l'article 107.2 de la Llei 30/1992, precedent de l'article 112 de la Llei 39/2015.

En segon lloc, la substitució del recurs administratiu per fórmules alternatives de resolució de conflictes com la mediació s'ha de justificar. Per tant la llei ens diu que es podrà recórrer a la mediació «*en supuestos o ámbitos sectoriales determinados, y cuando la especificidad de la materia así lo justifique*». Si s'introdueix la mediació en les relacions individuals entre l'administració i els seus funcionaris estarem davant d'un àmbit sectorial determinat, i es podrà justificar que l'especificitat de la matèria aconsella recórrer a la mediació.

de Professionals de la mediació de conflictes de Catalunya i el Grup Europeu de Magistrados para la Mediación, amb aportacions a favor de la introducció de la mediació administrativa.

²³ GAMERO CASADO, E. op.cit. pàg. 351.

En tercer lloc, la qüestió més complexa és determinar si la introducció de la mediació suposa una opció per l'administrat, o bé un mecanisme que un cop introduït pel legislador deixa sense efecte el recurs administratiu. GAMERO CASADO diu que «la escasa doctrina que se ha pronunciado expresamente sobre este extremo mantiene sus diferencias. Así, BUSTILLO entiende que la legislación sectorial que instaure estos mecanismos podrá decidir que sean alternativos o reemplacen al recurso, en tanto que SANCHEZ MORÓN estima que la literalidad de la Ley no deja lugar a equívocos e impone la supresión de la vía de recurso allí donde se instaure el mecanismo alternativo». GAMERO CASADO es mostra partidari de la primera tesi, amb uns arguments que compartim. De forma principal creiem que la mediació no es pot imposar a les dues parts, en particular a l'administrat, que ha de gaudir de la possibilitat d'acudir a una o altra via, encara que s'estableixi que no són complementàries i que per tant, haurà d'optar per interposar el recurs o sol·licitar la mediació. El que no és possible és recórrer al mateix temps a la mediació o al recurs administratiu, però l'opció per una o altra via ha de quedar a la decisió de l'administrat.

En tot cas, correspon al legislador donar contingut a la previsió de l'article 112 de la Llei 39/2015. La Generalitat, que com hem dit és competent en matèria de procediment administratiu, pot, per tant, introduir la mediació com a mecanisme de resolució de conflictes individuals en matèria de funció pública, amb l'única condició que la mediació s'haurà de regular «*con respeto a los principios, garantías y plazos que la presente Ley reconoce a las personas y a los interesados en todo procedimiento administrativo*».

Passem a exposar alguns dels aspectes que creiem haurà de tenir en compte el legislador català si vol introduir la mediació dintre del procediment de resolució d'un recurs administratiu:

a) Determinar quines matèries són susceptibles de mediació, és a dir, quins conflictes individuals es poden resoldre mitjançant el recurs a la mediació. La norma pot establir una llista tancada o exemplificativa, que permeti decidir en cada cas concret si és possible o no la mediació. Si es tenen en compte els drets individuals dels empleats públics reconeguts a l'article 14 del EBEP, creiem que els conflictes individuals que podrien ser objecte de mediació són els relatius a les següents qüestions: desenvolupament de funcions, carrera administrativa i promoció interna, retribucions i indemnitzacions, respecte a la intimitat, orientació sexual, pròpia imatge i dignitat, no discriminació, vacances, descans, permisos, llicències, jubilació, prestacions de la seguretat social. Han de ser conflictes individuals que no afectin a tercers.

b) Determinar si la mediació és alternativa o no al recurs administratiu. En aquest sentit creiem que la mediació s'hauria d'integrar dintre del procediment de resolució del recurs. És a dir, un cop notificat l'acte de forma expressa o produït per silenci administratiu, s'ha d'interposar el recurs administratiu. En

aquest moment les parts poden acordar acudir a la mediació (es podria imposar a l'administració l'obligació d'acudir a la mediació si ho demana el funcionari). Superades les causes de no admissió del recurs es suspèn la tramitació del recurs i es tracta d'arribar a un acord en un termini fixat per la llei, amb possible ampliació per causa justificada. Si s'arriba a un acord l'administració posa fi al conflicte amb l'emanació de l'acte fruit de l'acord. L'administrat no pot impugnar l'acte. Si no s'arriba a l'acord l'administració resol el recurs i posa fi igualment al conflicte mitjançant un acte exprés o per silenci negatiu. Acte exprés o presumpte que podrà ser impugnat pel funcionari en via jurisdiccional.

c) Possibilitat de demanar i acordar mesures cautelars durant el procés de mediació.

d) Establir les garanties formals de l'article 118 de la Llei 39/2015.

e) Com ja hem dit, possibilitat d'impugnar l'acte que resol el recurs si no s'arriba a un acord o si l'acord amb què es posa fi al recurs no integra de forma correcta l'acord adoptat en el procés de mediació. El termini d'impugnació hauria de ser el propi del recurs contra la desestimació del recurs administratiu. Es pot plantejar la impossibilitat que l'administració que arriba a un acord el revisi d'ofici o almenys que no pugui impugnar-lo per la via de la lesivitat.

f) S'ha de determinar si es crea un ens públic de mediació en aquest àmbit, amb personalitat pròpia, amb participació dels ens locals, com administració independent, establint la forma de la seva actuació, els criteris generals per aprovar un llistat de mediadors i la forma de designar el mediador en cada cas concret.

Com hem dit en l'apartat anterior, en aquests moments existeix un avantprojecte de llei del procediment administratiu i del règim jurídic de les administracions públiques de Catalunya en el que es fa explícita referència a l'interès per introduir la mediació en les relacions de dret administratiu. Per tant, en la reforma de la Llei 26/2010 també es podria regular, desenvolupant la previsió de l'article 112 de la Llei 39/2015, la introducció de la mediació dintre del procediment de resolució dels recursos administratius.

C. *La mediació intrajudicial*

En tercer lloc cal fer referència a la mediació dintre d'un procés contenciós administratiu. En aquest cas la mediació ja no actua com a mecanisme per evitar un litigi judicial, ja que el litigi judicial ja està plantejat. La mediació actua com una forma alternativa de posar fi al procediment, mitjançant una sentència o una providència d'execució de sentència que, com veurem, pot incloure l'acord al que hagin arribat les parts.

La mediació intrajudicial té el seu fonament legal en l'article 77 de la Llei 29/1998, de la jurisdicció contencioso-administrativa. Aquest precepte estableix

que: «1. En los procedimientos en primera o única instancia, el juez o tribunal, de oficio o a solicitud de parte, una vez formuladas la demanda y la contestación, podrá someter a la consideración de las partes el reconocimiento de hechos o documentos, así como la posibilidad de alcanzar un acuerdo que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad.

Los representantes de las Administraciones públicas demandadas necesitarán la autorización oportuna para llevar a efecto la transacción, con arreglo a las normas que regulan la disposición de la acción por parte de los mismos.

2. El intento de conciliación no suspenderá el curso de las actuaciones salvo que todas las partes personadas lo solicitasen y podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia.

3. Si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el juez o tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros»²⁴.

D'aquest precepte cal destacar el següent. Correspon al jutge o tribunal, un cop formulats els escrits de demanda i contestació, i per tant delimitat el perímetre del conflicte i amb coneixement dels arguments de les dues parts, derivar a les parts la possibilitat d'arribar a un acord. Intent d'acord que denomina conciliació, malgrat que s'acostuma a parlar sempre de mediació per la doctrina i en les guies i protocols que han desenvolupat aquest precepte.

La possible derivació a la mediació es limita als supòsits de matèries susceptibles de transacció i, en particular, si es tracta d'un conflicte sobre determinació de quantitat.

La llei no diu si la derivació a mediació és o no obligatòria per a les parts, però creiem que el jutge o tribunal sí que pot imposar a les parts l'obligació d'acudir a la mediació, encara que després no arribin a un acord.

La llei també diu que el procediment no suspèn en principi les actuacions, no fixa un termini general per tal d'arribar a un acord, però sí diu que en tot cas la mediació pot allargar-se fins que el plet es declari finalitzat i es fixi dia per dictar sentència.

²⁴ Sobre la mediació intrajudicial es pot consultar MARTÍN DIZ, F. *Mediación en el ámbito contencioso administrativo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pàgs. 183-359, ORTUÑO RODRIGUEZ, A. E. Potestad jurisdiccional y mediación en el orden contencioso-administrativo y MARTÍNEZ LAGE/AYALA DE LA TORRE, *Algunas consideraciones sobre la mediación intrajudicial en el ámbito contencioso administrativo*, aquests dos treballs en l'obra col·lectiva *Mediación y arbitraje en la administración pública*, director BAUZA MARTORELL, F. Ed. Bosch, Barcelona 2022, pàgs. 369-384 i 385-359. També cal tenir presents la *Guía para la práctica de la mediación intrajudicial*, del CGPJ de 2013 i modificada en part el 2016, així com la creació pel Ministerio de Justicia de la Unidad de Mediación Intrajudicial, UNIM.

Finalment, la llei estableix que si les parts arriben a un acord que impliqui la desaparició del conflicte, el jutge o tribunal mitjançant un aute declararà la finalització del procediment (llevat que l'acord al què s'ha arribat no sigui homologable).

La llei no diu si aquesta mediació també es pot donar en fase d'execució de sentència, però els tribunals han admès aquesta possibilitat²⁵. El jutge o tribunal designarà el mediador, o acudirà a una entitat determinada per tal que el designi (un centre de mediació públic, un col·legi d'advocats amb servei de mediació...). És important poder disposar d'un número significatiu de mediadors formats en dret administratiu. El pressupost públic ha de cobrir els costos de la mediació i ha d'abonar als mediadors els seus serveis.

Malgrat que el recurs a la mediació intrajudicial ens sembla molt positiu, tant en la fase de dictar sentència com en el procediment de la seva execució, en aquest Informe no volem fer especial referència a aquesta mediació donat que en tractar-se de la mediació intrajudicial la Generalitat de Catalunya no té competència per desenvolupar aquesta institució.

Aquesta manca de competència normativa no vol dir que la Generalitat no pugui actuar a favor de la mediació intrajudicial. A la Generalitat li correspon actuar afavorint aquesta mediació. En aquest sentit proposem que des de la Generalitat s'afavoreixi que en els conflictes en els que és part s'accepti el recurs a la mediació i es tracti d'arribar a acords que puguin posar fi al conflicte. El mateix cal dir respecte de les entitats locals, amb les que es pot treballar conjuntament per donar difusió a aquesta possibilitat i els seus avantatges. La Generalitat pot treballar amb jutges/esses per redactar protocols i guies d'actuació, pot crear un centre de mediació amb mediadors formats en dret administratiu, pot organitzar jornades d'estudi per aprofundir en aquesta mediació i donar coneixement d'experiències d'èxit. El coneixement de casos concrets pot fer entendre millor els avantatges d'aquesta mediació.

V. ALGUNES BREUS REFERÈNCIES AL DRET COMPARAT: FRANÇA I ITÀLIA

A) França

A França, després de la Llei 2016-1547 de 18 de novembre per a la modernització de la justícia el segle XXI, la Llei n° 2021-1729 de 22 de desembre, per la confiança en la institució judicial, va donar un gran impuls a la mediació en

²⁵ Sobre aquesta possibilitat és important l'aute del Tribunal Suprem n° 76/2019 de 8 de febrer de 2019. Vid. També EZQUERRA HUERVA, A. *La transacción inter partes en sede de ejecución de sentencias de lo contencioso-administrativo*, en la obra colectiva *Mediación y arbitraje en la administración pública*, director BAUZA MARTORELL, F. Ed. Bosch, Barcelona 2022, pàgs. 417-437.

l'àmbit de les administracions territorials, establint diferents formes de mediació: la mediació prèvia obligatòria (MPO), la mediació per iniciativa de les parts, i la mediació per iniciativa del jutge²⁶.

D'aquestes tres possibilitats importa comentar la MPO. Introduïda de forma experimental per la llei de modernització de la justícia de 2016 va entrar en vigor el 2018 i s'ha plasmat de forma definitiva mitjançant la llei abans esmentada de 2021 i el Decret n° 2022-433 de 25 de març pel que fa a determinats conflictes en matèria de funció pública. L'article 2 del Decret de 2022 determina en quins supòsits la mediació és un procediment obligatori abans de poder anar a la via judicial. Són els conflictes que tenen com a objecte: la remuneració, l'oposició a canvis de lloc de treball o situació en disponibilitat o de vacances no remunerades, la tornada després de la situació de disponibilitat, unes vacances per raons familiars, la classificació del lloc de treball o del lloc obtingut per promoció interna, la formació professional, les mesures relatives als treballadors discapacitats, les condicions dels treballadors funcionaris que no poden exercir les seves funcions per raons de salut. Com es veu, una relació molt detallada de possibles conflictes.

En aquests supòsits l'administració que dicta la resolució té l'obligació de fer constar que la mediació és preceptiva, i el funcionari que vol impugnar aquesta decisió té l'obligació d'acudir a la mediació en el termini del recurs contenciós administratiu, dos mesos. En el cas que el funcionari acudís directament al jutge, aquest rebutjarà el recurs i remetrà el conflicte al mediador designat pel Centre de Mediació. Aquests centres públics són els encarregats de gestionar aquestes mediacions. L'actuació del mediador suspèn la tramitació del recurs contenciós. Aquest termini torna a córrer si de forma manifesta queda clar que la mediació ha fracassat i que no s'ha arribat a cap acord. Per tant, la mediació finalitza o bé amb un acord o bé amb acte on queda palès el desacord. El cost eventual de la mediació anirà a càrrec de l'administració.

Segons dades publicades en el Blog de Vie Publique «Au coeur du debat public» de 29 d'abril de 2022, des de 2018 s'han dut a terme 4.364 mediacions, de les quals el 76% varen finalitzar amb un acord.

B) *Itàlia. La mediació en l'ocupació pública a Itàlia*

Els mecanismes de mediació i conciliació en el camp de la funció pública a Itàlia s'han desenvolupat vinculats al procés de privatització de la relació d'ocupació pública que es va produir a partir de la Llei 421/1992. En ella s'establí «que les relacions de treball i d'ocupació dels treballadors de les administracions [...] es regeixen per les normes del dret civil i es regulen per contractes individuals i

²⁶ Sobre la mediació a França, vid. BOUSTA, R. *La notion de médiation administrative*, ed. L. 'Hartmann, Paris 2021 i MARTÍN DÍZ, F. op.cit. pàgs. 241-246.

col·lectius». Així, doncs, a Itàlia, la relació d'ocupació pública es regeix amb caràcter general pel dret privat, excepció feta d'unes poques categories d'empleats públics: magistrats, militars i forces de seguretat, advocats de l'estat, diplomàtics, professorat universitari, etc.

En virtut d'això, la jurisdicció competent sobre la matèria d'ocupació pública és la jurisdicció ordinària —per contraposició a la jurisdicció administrativa—, i en concret les seccions especialitzades de l'ordre social o «giudice del lavoro», a les quals és d'aplicació el Codice di Procedura Civile (CPC). Segueix sent competent la jurisdicció administrativa per les categories amunt citades i, en tot cas, per les controvèrsies sobre els procediments de selecció del personal mitjançant concurs públic.

En aquest sentit, l'exemple italià no cobriria l'aspecte central d'aquest informe, referit a la relació funcionarial. De fet, no hi entren en joc amb caràcter general els recursos administratius ni les formes alternatives als mateixos, com la mediació.

Tot i així, convé saber que en aquest context, el Decret Legislatiu 28/2010 («Reforma Brunetta») va introduir l'intent de conciliació obligatòria com a requisit previ per accedir a la via judicial en determinades matèries de dret privat, entre elles les relatives a l'ocupació pública. Però al cap de pocs mesos, la Llei de 4 de novembre de 2010 n. 183 va suprimir l'obligatorietat de l'intent de conciliació en els conflictes individuals relatius a les relacions laborals per compte de les administracions públiques i va establir el seu caràcter facultatiu, com en la resta de conflictes de dret del treball.

D'altra banda, la Llei 10 novembre de 2014, n. 162 va introduir una nova modalitat, la denominada negociació assistida per advocats, que seria exigible com requisit per a la posterior demanda judicial, en les reclamacions de quantitat inferiors a 50.000 euros.

El Decret legislatiu de 10 d'octubre de 2022, n. 149, delegat per la Llei 26 de novembre de 2021, n. 206 («Reforma Cartabia») introdueix importants novetats de cara a l'eficiència del procés civil i per a la revisió de la disciplina dels instruments alternatius de resolució de conflictes, i manté l'obligatorietat de la mediació i la negociació assistida com condició de procedibilitat, en un ampli àmbit de matèries civils, i en desplega els requisits i condicions de la mediació a través de centres inscrits al registre del Ministeri de Justícia, i introdueix determinats avantatges fiscals i econòmics de cara a la seva incentivació.

Tanmateix, les controvèrsies en matèria de les relacions de treball, incloses les d'ocupació pública, segueixen el règim de la mediació o conciliació voluntària. Aquesta pot abastar tots els aspectes de la relació laboral pública, com ara la retribució, la carrera professional, la mobilitat, la disciplina, l'acomiadament, la seguretat, el benestar organitzatiu, etc.

La conciliació pot ser prejudicial i intrajudicial. La conciliació o mediació prejudicial es pot intentar, individualment o a través de mecanismes sindicals, per

mitjà de les comissions de conciliació establertes a les direccions provincials del Ministeri de Treball, i suspèn la prescripció i el transcurs d'altres terminis (art. 410 CPC). També es pot intentar en els llocs i en la forma previstos pels convenis col·lectius subscrits pels sindicats més representatius. Fins i tot pot derivar cap a un procediment arbitral en determinades circumstàncies. Ha estat anomenada una mediació «mitigada».

La mediació en l'ocupació pública a Itàlia es regula per l'Agenzia per la Rappresentanza Negoziale delle Pubbliche Amministrazioni (ARAN), que és un organisme públic encarregat de negociar els convenis col·lectius del sector públic i de promoure la solució pacífica dels conflictes laborals. Un Memoràndum d'entesa de 29 d'abril de 2021 entre l'ARAN i els sindicats més representatius dels empleats públics defineix els mètodes i criteris per a l'activació de la mediació, tant en conflictes individuals com col·lectius.

En la conciliació intrajudicial, o mediació «demandada pel jutge», comuna a altres processos de dret laboral, l'òrgan judicial, en la primera audiència, intenta la conciliació de la controvèrsia i formula una proposta de transacció o de solució conciliadora a les parts, i en el cas d'arribar-se a l'acord, esdevé títol executiu (art. 420).

CONCLUSIONS

Primera. La resolució de conflictes amb l'administració poden ser de dos tipus. Per una banda, mecanismes d'autocomposició: es tracta d'assolir una solució per acord entre les parts. No hi ha guanyador: són la conciliació i la mediació. Dins la mediació, cal diferenciar entre mediació extrajudicial i intrajudicial. I per altra banda mecanismes d'heterocomposició, on la decisió del conflicte es posa a les mans d'un tercer. És un sistema de venciment: són l'arbitratge, el recurs administratiu (davant òrgans interns o davant òrgans independents) i el recurs judicial.

Segona. Dintre de les relacions administratives, i en particular en les relacions entre l'administració i els seus funcionaris, es pot plantejar el recurs a la mediació en tres moments diferents.

a) La mediació com a mecanisme que pretén evitar un conflicte o com a fórmula per assolir la millor decisió possible.

b) La mediació com a mecanisme que tracta de donar solució a un conflicte ja plantejat. L'alternativa al recurs administratiu.

c) La mediació intrajudicial.

Tercera. Els conflictes de les administracions amb el seu personal poden ser conflictes col·lectius (afecten als interessos generals d'un grup genèric de treballadors, tenen com a interlocutors naturals a les centrals sindicals i el seu

abast és general a tot un segment o parcel·la de funcionaris o d'empleats laborals de l'administració) o conflictes individuals, que afecten a un empleat concret (o grup determinat, no tot un grup professional) i tenen com a objecte un desacord sobre un aspecte concret de la relació. Aquest Informe només ha analitzat el recurs a la mediació en els conflictes individuals.

Quarta. Dintre de les relacions entre les administracions i els seus funcionaris la mediació pot ser útil per resoldre el que anomenem «conflictes no jurídics», entenen per aquests conflictes els que no finalitzaran amb un acte administratiu, i conflictes que finalitzaran amb un acte fruit de la mediació. En aquest segon cas la mediació pot intervenir un cop identificat el conflicte abans d'iniciar el procediment o dintre del procediment, però abans que el conflicte s'hagi materialitzat en un acte administratiu. En aquest cas la mediació finalitzarà amb un acte, fruit de l'acord entre les parts. L'article 86 de la Llei 39/2015 dona cobertura normativa a aquesta mediació. La mediació pot tenir com a objecte conflictes relatius a vacances, permisos, llicències, retribucions, concreció de les funcions del lloc de treball, prestacions del pla d'acció social, conciliació de la vida laboral i familiar... La Generalitat, en exercici de les seves competències en matèria de procediment administratiu, d'acord amb l'article 86 de la Llei 39/2015 podria regular la mediació en el procediment administratiu en matèria de personal al seu servei amb el contingut que es determina en el cos d'aquest Informe.

Cinquena. La mediació també pot ser un mecanisme alternatiu al recurs administratiu quan el conflicte ja s'ha formalitzat. En aquest cas l'article 112 de la Llei 39/2015 dona la cobertura normativa per tal de recórrer a la mediació. Però cal una llei de desenvolupament de l'article 112, llei que pot aprovar la Generalitat. Aquesta llei hauria d'abordar les següents qüestions:

a) Determinar quines matèries són susceptibles de mediació, és a dir, quins conflictes individuals es poden resoldre mitjançant el recurs a la mediació.

b) Determinar si la mediació és alternativa o no al recurs administratiu. En aquest sentit creiem que la mediació s'hauria d'integrar dintre del procediment de resolució del recurs. És a dir, notificat l'acte de forma expressa o produït per silenci, s'ha d'interposar el recurs administratiu. En aquest moment les parts poden acordar acudir a la mediació (es podria imposar a l'administració l'obligació d'acudir a la mediació si ho demana el funcionari).

c) Possibilitat de demanar i acordar mesures cautelars durant el procés de mediació.

d) Establir les garanties formals de l'article 118 de la Llei 39/2015.

e) Possibilitat d'impugnar l'acte que resol el recurs si no s'arriba a un acord o si l'acord amb què es posa fi al recurs no integra de forma correcta l'acord adoptat en el procés de mediació. Es pot plantejar la impossibilitat que l'administració que arriba a un acord el revisi d'ofici o almenys que no pugui impugnar-lo per la via de la lesivitat.

f) S'ha de determinar si es crea un ens públic de mediació en aquest àmbit, amb personalitat pròpia, amb participació dels ens locals, com administració independent, establint la forma de la seva actuació, els criteris generals per aprovar un llistat de mediadors i la forma de designar el mediador en cada cas concret.

Sisena. Finalment la mediació es pot integrar dintre d'un procés contenciós administratiu. En aquest cas la mediació ja no actua com a mecanisme per evitar un litigi judicial, ja que el litigi judicial ja està plantejat. La mediació actua com una forma alternativa de posar fi al procediment, mitjançant una sentència o una providència d'execució de sentència que pot incloure l'acord al que hagin arribat les parts. Tenint en compte que la Generalitat de Catalunya no té competències en matèria de dret processal, el desenvolupament normatiu d'aquesta possibilitat no s'ha tractat en aquest Informe. Però sí que es destaca la importància que des de la Generalitat s'afavoreixi i es promoció el recurs a la mediació intrajudicial en els plets en matèria de funció pública en els que siguin part les administracions catalanes, la Generalitat i les administracions locals.

OBSERVACIONS A L'AVANTPROJECTE DE LLEI
DE MODIFICACIÓ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA
EN MATÈRIA DE SUPORTS A L'EXERCICI
DE LA CAPACITAT JURÍDICA DE LES PERSONES

per

Coordinador: JOAN EGEA FERNÁNDEZ

Censor i Acadèmic de Número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

I. CONSIDERACIONS GENERALS

Abans de res, volem posar de manifest que es tracta d'una reforma imprescindible que dona resposta adequada a la necessitat de modificar el Codi civil de Catalunya i adaptar-lo completament al canvi de paradigma en la concepció de la capacitat que introdueix la *Llei 8/2021, de 2 de juny, per la qual es reforma la legislació civil i processal per al suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica*. Com és sabut, aquesta concepció ara es fonamenta en el ple desenvolupament de personalitat i el dret a gaudir dels mitjans que en permetin l'exercici en igualtat de condicions per a tothom.

Efectivament, l'eliminació del procediment de modificació judicial de la capacitat d'obrar i la seva substitució pels processos sobre provisió de mesures judicials de suport a les persones amb discapacitat ha implicat un nou concebiment de la capacitat jurídica, terme amb el qual s'ha traduït a l'ordenament espanyol la *legal capacity* de l'art. 12.2 de la *Convenció de Nova York, de 13 de desembre de 2006*, i que s'adapta millor a dita Convenció. Això fa inexcusable, com dèiem, la completa implantació d'un nou règim i la caracterització de les institucions de suport a les persones amb discapacitat, tal com ja anunciava el *Decret-llei 19/2021, de 31 d'agost, pel qual s'adapta el Codi civil de Catalunya a la reforma del procediment de modificació judicial de la capacitat*, en establir un règim transitori i provisional.

Dit això, i abans d'entrar en el detall de la regulació, volem assenyalar, com a observació general, que pel que fa als controls a les persones que presten suport a les persones amb discapacitat, no considerem del tot escaient que es passi d'un sistema, certament massa rígid, a un altre que pràcticament prescin-

deix dels controls obligatoris per part de persones independents com són els tribunals, tal i com estableix també l'article 12 de la Convenció abans referida. En aquesta línia, s'han suprimit les autoritzacions judicials obligatòries per a la realització de determinats actes jurídics de les persones amb grans discapacitats intel·lectuals, les fiances, els inventaris i les rendicions de comptes periòdiques que, en canvi, d'altres ordenaments, com el Codi civil espanyol, mantenen.

D'altra banda, des del punt de vista lingüístic valorem també molt positivament l'esforç d'incorporar a l'Avantprojecte un ús inclusiu o no sexista del llenguatge, tot i que observem que en algun cas la solució lingüística que s'adopta no és homogènia per a supòsits semblants. En aquest sentit, per exemple, si bé predomina la utilització del masculí amb valor genèric per a referir-se al «notari», en diversos articles es fa al·lusió al caràcter d'autoritat i es parla d'«autoritat notarial» (art. 222-28. 4 i 5; 222-29.2 i 3; 222-41.4; 222-44.2 i 222-45.3), mentre que en d'altres s'empra l'expressió «la notaria», és a dir, entesa com a entitat o oficina pública (art. 221-12.2 i 222-20).

Per acabar aquestes breus consideracions generals, volem posar de manifest que reformes legislatives de la magnitud i rellevància de la que ara ens ocupa mereixen que les institucions cridades a formular-hi observacions disposin, a ser possible, de més temps per a poder-les analitzar amb més detall i profunditat.

II. OBSERVACIONS

1. *El títol de l'avantprojecte de llei*

És norma de bona tècnica legislativa que el títol de la llei sigui precís, exacte i complet, en el sentit que ha de sintetitzar allò més essencial de la regulació del seu objecte. En el cas de l'*Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones* trobem, però, que no dona completa raó de l'abast de la modificació que proposa introduir.

D'una banda, perquè la seva regulació no es limita tan sols als suports a l'exercici de la capacitat jurídica (Capítols II i III de l'Avantprojecte), sinó que incorpora també canvis molt rellevants en les institucions de protecció de les persones menors d'edat (Capítol I), com és, per exemple, l'eliminació de la curatela, a la que després ens referirem. I, d'una altra, perquè la referència als *suports en l'exercici de la capacitat jurídica de les persones* tampoc no és prou explícita, ja que omet al·ludir al fet que els suports ho són a les persones majors d'edat *amb discapacitat*, tal com expressa l'Exposició de Motius (apt. I-7) quan afirma que: «El text que ara es presenta constitueix el desplegament normatiu i

articulat dels principis, el règim i els diferents tipus de suports que s'ofereixen a les *persones majors d'edat amb discapacitat* per tal que puguin exercir la capacitat jurídica d'acord amb la seva voluntat».

Aquesta mateixa ommissió a les circumstàncies que determinen les mesures de suport de la persona es produeix també, com posarem de relleu més endavant, en el text articulat dels Capítols II i III abans referits.

2. *Article únic. Modificació del Títol II del Llibre segon del Codi Civil de Catalunya*

Article 221-1. *Funció de les institucions de protecció*

En l'apartat 3 suggerim suprimir el mot «preferentment», ja que entenem que no és del tot adequat si d'allò que es tracta és de que s'apliqui en primer lloc una altra llei. A banda d'això, l'objecte i la finalitat de cada norma ja determina els supòsits als quals s'aplica; la forma de suplir les llacunes ja té el seu sistema en el Llibre I del CCCat.

Article 221-4. *Caràcter gratuït*

Al nostre parer, en la mesura que, com indica la seva rúbrica, aquest precepte es refereix al caràcter gratuït de l'exercici de les funcions de protecció dels menors, no és sistemàticament la seu més adequada per establir, com fa l'apartat 2, una regla d'aliments (concretament, l'obligació dels progenitors de continuar prestant-los en el cas que les funcions de protecció les exerceixi l'Administració Pública).

En qualsevol cas, la mateixa obligació d'aliments ja ve establerta per l'art. 221-64.4 de l'Avantprojecte, per al cas d'exercici de les funcions tutelars per l'entitat pública en el supòsit de suspensió o privació de la potestat parental derivada de la declaració de desemparament, i per l'art. 221-67.2 per a la guarda per l'entitat pública.

Entenem, per tant, que l'apartat 2 es podria eliminar.

Article 221-48. *Actes fets sense autorització judicial*

«[...] També els poden impugnar aquelles persones que succeeixin a títol hereditari la persona *sota tutela*,...»

Sugerim substituir l'expressió «sota tutela», que té una connotació de situació de poder sobre la persona tutelada per «en tutela», que és, d'altra banda, la que, al nostre parer de forma més escaient, empen la resta de preceptes de l'Avantprojecte: art. 221-7; 221-14.2.b; 221-18.3; 221-22.2 i 221-34.2, entre d'altres.

Per la mateixa raó entenem també que l'expressió de l'apartat II-4 de l'Exposició de Motius «posar-los *sota* la tutela ordinària» es podria substituir per «posar-los *en* tutela ordinària».

Article 221-64.1. *Efectes de la declaració de desemparament*

La remissió que el darrer incís de l'apartat 1 fa al Capítol II, hauria de ser la Capítol I, que és la seu en la qual l'Avantprojecte regula la tutela.

Capítol II. *Mesures de suport a l'exercici de la capacitat jurídica*

Com dèiem a l'inici del present escrit, en les consideracions generals, ni la rúbrica d'aquest capítol ni el text articulat que l'integra contenen cap referència al fet que el suport es presta a persones amb discapacitat. És evident que ho pressuposa i opta per emprar exclusivament l'expressió «persona concernida» que pot semblar més inclusiva, però hom troba a faltar que, en algun lloc del capítol, encara que sigui tan sols en la seva intitulació, es refereixi a les circumstàncies per les quals aquesta persona es veu concernida.

En aquest sentit, entenem que el text milloraria si seguís el mateix criteri de l'Exposició de Motius, que, d'una manera al nostre parer més escaient, relaciona persona concernida amb persona amb discapacitat. Així ho fa, per exemple, just a l'inici quan afirma que «El text que ara es presenta constitueix el desplegament normatiu i articulat dels principis, el règim i els diferents tipus de suports que s'ofereixen a les *persones majors d'edat amb discapacitat* per tal que puguin exercir la capacitat jurídica d'acord amb la seva voluntat i necessitats, que s'incorpora al Títol II del Llibre segon del Codi civil de Catalunya. Tot això, tenint en compte i *respectant la voluntat de la persona concernida*» (EM, I,7).

Per això suggerim afegir a la rúbrica del Capítol II «... *de les persones majors d'edat amb discapacitat*». De fet, això concordaria amb l'esmentada Exposició de Motius (VII-9) que parteix de que aquest és el títol efectiu de l'esmentat Capítol II quan afirma que «La disposició final vuitena aclareix que totes les referències que qualsevol normativa vigent faci a la tutela, la curatela i la potestat parental prorrogada o rehabilitada per a persones majors d'edat s'ha d'entendre que es fan al nou *règim de mesures de suport a les persones amb discapacitat* dels Capítols 2 i 3 del Títol II del Llibre segon del Codi civil de Catalunya».

D'altra banda, aquest aclariment harmonitzaria millor amb el criteri que adopten d'altres preceptes de la resta de llibres del Codi, en la reforma que proposa l'Avantprojecte, els quals sí que fan referència expressa a les *persones amb discapacitat*. És el cas, per exemple, dels art. 121-16 lletres *b* i *g* [suspensió de la prescripció en les pretensions de les quals sigui titular *una persona amb discapacitat*]; art. 425-10.1 [en seu de substitució exemplar]; art. 531-26.1 lletra *b* [usucapció contra les *persones amb discapacitat mentre no puguin accedir a les mesures de suport*]; art. 552-10 [divisió de la cosa comuna que pot perjudicar a *la persona amb discapacitat sense mesura de suport*]; art. 621-4 lletra *e* [prohibició de l'assistent de *la persona amb discapacitat d'adquirir per venda*].

Article 222-1. *Dret al suport*

L'apartat 1, segons el qual «Tota persona major d'edat té capacitat jurídica per ser titular de drets i obligacions i per exercir-los», s'hauria d'harmonitzar amb la reforma de l'art. 211-3 CCCat, actualment en curs de tramitació parlamentària (Projecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya, BOPC 457, de 19 de desembre de 2022). Ho diem en el sentit que com que l'esmentat apartat 1 no és pròpiament una regla de dret al suport, sinó de reconeixement de la capacitat jurídica de les persones majors d'edat per ser titulars de drets i obligacions, es podria reubicar sistemàticament en l'art. 211-3, el qual, aleshores, es podria intitular «*Capacitat jurídica i el seu exercici*».

És a dir, atès que la capacitat jurídica és inherent a tota persona física des del naixement [com ho és la personalitat civil (art. 211-1), en la qual fins i tot hom pot entendre que aquella queda englobada] entenem que, suprimint la referència a la majoria d'edat, l'esmentat apartat 1 de l'article 222-1 es podria reubicar sistemàticament en el Títol I Capítol I, que precisament s'intitula «Personalitat civil i capacitat».

En el mateix sentit caldria establir unes directrius mínimes que permetin aclarir el paper que juga la capacitat natural en la realització d'actes i negocis jurídics. En aquest sentit, no acaba d'encaixar que mentre l'esmentat art. 222-1 reconeix que tota persona major d'edat té capacitat jurídica per exercitar els drets i les obligacions, en canvi l'art. 211-3 de la proposta de reforma que incorpora el citat Projecte de llei de 19 de desembre de 2022 afegeixi que l'exercici ha de ser «*d'acord amb la seva capacitat natural*».

Si, com sembla deduir-se de l'art. 211-3, allò que es pretén és que, amb caràcter general, la capacitat natural esdevingui requisit de validesa de l'acte jurídic, caldria dir-ho clarament, ja que hi ha preceptes del mateix Codi que la requereixen expressament per a uns actes jurídics concrets, mentre que d'altres no s'hi refereixen, creant el dubte de si cal o no. Concretament, s'hi refereixen (de vegades en relació amb els menors i d'altres en general): els art. 211-5, 211-6, 235-11, 236-18, 321-2, 323-1 421-4, 431-4, 521-3 i 531-21. L'Avantprojecte només incorpora *ex novo* la referència a la capacitat natural en l'art. 425-10, en seu de substitució exemplar.

Finalment, l'apartat 3, segons el qual «El fet de comptar amb suport per prendre decisions en condicions d'igualtat no suposa, en cap cas, una limitació de la capacitat jurídica de la persona», també es podria reubicar en l'art. 211-3, tot eliminant l'expressió «en cap cas». Així, a banda de no canviar el sentit del precepte, s'avindria millor amb la possibilitat de limitar l'exercici de dita capacitat tal com preveuen els art. 222-49 i 222-50 quan afirmen que tant l'autoritat judicial com la persona amb discapacitat poden establir la necessitat d'autorització prèvia per a la realització de determinats actes.

Article 222-4. *Abast del suport*

Pel que fa al suport per a la realització d'actes jurídics continguts en les lletres *c* (Orientar-la sobre els seus drets i com fer-los efectius); *d* (Ajudar-la a comprendre els actes jurídics i les seves conseqüències); o *e* (Assistir-la en la consideració d'opcions i fer-li recomanacions en relació amb un determinat acte jurídic), sembla com si l'assistent hagués de tenir coneixements de dret. Potser fora millor no especificar o concretar tots els actes en què la persona ha d'assistir, o bé afegir una expressió més genèrica com ara «mitjançant l'assessorament oportú».

Article 222-10. *Mediació*

En la mesura que entre els «altres mecanismes de resolució de conflictes» a què fa referència l'apartat 1 s'inclou l'arbitratge, caldria tenir en compte que aquest (possible únicament en matèria de drets disponibles) és un mecanisme privat de resolució de conflictes no fonamentat en el diàleg i no equiparable a la mediació. Considerem, per tant que les matèries a les que es refereix aquest precepte no són adequades per l'arbitratge, raó per la qual s'hauria d'excloure expressament, o bé caldria definir els mitjans alternatius com es fa en la disposició final novena de l'Avantprojecte.

Article 222-11. *Contingut dels suports no formalitzats*

Cal repensar si és convenient regular legalment pràctiques socials. Imposar deures jurídics amb la corresponent eventual responsabilitat pot dificultar que aquestes pràctiques, inspirades en motius altruistes i solidaris, es continuïn exercint i, en conseqüència, que això acabi repercutint en perjudici de les persones amb discapacitat. Tal vegada fora millor tractar el règim dels suports no formalitzats sense especificar tant el seu règim jurídic, a l'estil del que fa la regulació encara vigent de la guarda de fet.

Article 222-12. *Exercici dels suports no formalitzats*

Entenem que aquest precepte guanyaria en claredat i precisió si s'hi afegís que el suport no formalitzat que presten una o diverses persones físiques o jurídiques es defineix, en general, pel seu caràcter continuat en el temps, tal com, en seu de legitimació per sol·licitar la constitució de l'assistència judicial, fa l'art. 222-32.2, que legitima la «persona que presti un *suport continuat* a la persona concernida».

Secció tercera. *El poder preventiu*

Suggerim canviar el títol de la secció pel de «El poder i el mandat preventius», en concordança amb l'art. 222-21, que preveu totes dues figures.

Article 222-14. *El poder preventiu*

Dels termes en els quals està redactat aquest article podria semblar que el poder preventiu sempre ha d'ésser acceptat, quan resulta que, a diferència

del mandat, el poder és un acte unilateral que depèn exclusivament de la voluntat del poderdant.

En aquest sentit, en l'apartat 2 sobraria la frase «una vegada acceptat l'encàrrec», que es podria traslladar a l'apartat 4, que es podria redactar així:

«4. En el mandat preventiu cal l'acceptació del mandatari. En el poder preventiu el simple exercici de qualsevol de les facultats conferides implica l'acceptació. La persona facultada, una vegada acceptat l'encàrrec, queda obligada i respon del compliment de les instruccions donades (o “rebudes”).».

En aquest cas, caldria substituir totes les mencions que al llarg de l'articulat es fan al «poder preventiu» per «representació preventiva», tal com fa l'esmentat art. 222-21, com també «poderdant» per «representat» i apoderat per «representant».

Una altra solució podria consistir en eliminar tota referència al mandat en aquest llibre segon i portar la regulació del mandat preventiu al llibre sisè.

De mantenir-se aquí la referència al mandat, allò lògic seria establir que: «El poder preventiu és gratuït; en el mandat preventiu s'està a allò que mandant i mandatari hagin acordat».

Article 222-20. *Extinció*

Entenem que els poders preventius atorgats a favor del cònjuge o de la parella estable s'han d'extingir quan cessi la convivència, llevat que expressament es vulguin mantenir. Passa sovint que la gent no recorda que ha fet poders, fins i tot testaments, i no els revoca.

Article 222-25. *Abast i funcions*

Aquest article delimita tres tipus d'assistència i defineix el contingut de cadascun. Crida l'atenció, però, que tot i que presenti les tres categories en correlació amb els diferents graus d'intensitat en el suport que es presta a la persona amb discapacitat (més intens en l'assistència representativa i menys en la de col·laboració), en realitat el suport que deriva de l'assistència de codecisó pot arribar a ser tant o més intrusiu que l'assistència representativa, ja que, en els àmbits en els quals s'ha d'actuar conjuntament, deixa en mans de la persona que assisteix decidir si es duu a terme l'acte jurídic de que es tracti. És a dir, en els esmentats àmbits, pot no deixar marge per a que la persona amb discapacitat pugui actuar per ella mateixa. Per contra, l'assistència representativa, tot i que és qualificada d'excepcional, no sempre implica la limitació de les facultats dispositives de la persona assistida, ja que aquesta, en principi, pot actuar per ella mateixa (ni tan sols li cal el consell), llevat que dita limitació s'hagi establert de manera expressa en l'acord notarial o judicialment.

De la problemàtica que planteja aquesta classificació tripartida de l'assistència en seu d'impugnació dels actes realitzats sense la intervenció de la persona que assisteix, en parlarem en les observacions a l'art. 222-57.

En un altre ordre de coses, el tenor literal del darrer incís de l'apartat 3 al·ludeix al caràcter excepcional de l'«assistència judicial», quan probablement es vol referir al de l'«assistència judicial *representativa*». Cal tenir en compte, a més, que la judicial representativa no és l'única assistència que té caràcter excepcional, sinó que, d'acord amb l'art. 222-29.5, també el té, i en els mateixos termes, la constituïda per acord notarial de suport.

Article 222-27. *Extinció*

D'acord amb el que estableix l'apartat 1, en la seva lletra *a*, l'assistència s'extingeix, entre d'altres circumstàncies, «Per la voluntat de la persona concernida».

Fins ara, la realitat ha estat que la majoria dels processos sobre la modificació judicial de la capacitat s'iniciaven, bé a instància dels familiars, o bé a instància del Ministeri Fiscal. De vegades la persona amb discapacitat s'hi oposava influïda per tercers que no en volen perdre el control. Només de forma extraordinària el procés s'iniciava a instància de la persona amb discapacitat.

D'altra banda, la constitució de l'assistència podria arribar a ser forçosa en el cas de la judicial, atès que es troben activament legitimades d'altres persones diferents de la persona amb discapacitat i la mateixa LEC preveu un procés contradictori. En aquests casos l'assistència no s'ha de poder extingir per la simple voluntat de la persona que necessita els suports.

En aquest sentit, caldria introduir com a forma d'extinció la resolució judicial, per la qual cosa proposem incloure una nova lletra *f*:

«En el cas de constitució judicial no voluntària, per decisió de l'autoritat judicial quan s'hagin produït canvis que possibilitin deixar sense efecte l'assistència».

Així concordaria amb el punt 2 d'acord amb el qual: «En l'assistència constituïda judicialment, la persona que presta l'assistència ha d'informar de manera immediata a l'autoritat judicial sobre els canvis dels que hagi tingut coneixement i que possibilitin deixar sense efecte l'assistència o el seu abast».

Així mateix, la referència a la voluntat de la persona concernida que fa la lletra *a* (com a causa d'extinció de l'assistència voluntària) hauria de concordar amb l'art. 222- 6.1.b). És a dir, si l'establiment, el contingut, l'exercici i l'abast del suport que vol rebre la persona concernida el determina la seva voluntat sempre que «no sigui el resultat d'una simptomatologia clínica que limita el ple coneixement de la seva situació i necessitats...», aquest mateix requisit hauria de

concórrer també quan allò que vol la persona amb discapacitat és extingir l'assistència. Per això proposem la següent redacció de la lletra *a* de l'art. 222-27.1:

«Per la voluntat de la persona concernida, *sempre que la seva simptomatologia clínica no limiti el ple coneixement de la seva situació i necessitats*».

Article 222-28. *Acta prèvia*

D'acord amb l'apartat 6: «Si el suport es requereix per un acte concret o per l'atorgament d'un poder específic, no és necessària l'escriptura de constitució de l'assistència, però sí l'acta prèvia a la qual s'ha de fer referència en l'instrument públic en què es formalitzi o s'executi».

Aquesta formulació no acaba d'encaixar amb l'apartat 2 de l'art. 222-23, segons el qual: «L'assistència pot abastar tant l'àmbit personal com el patrimonial, i tenir per objecte el suport per a un afer o qüestió concreta, ocasional o recurrent, o un suport de caràcter continuat en el temps». Si tots són casos d'assistència, perquè es diu que no s'haurà de constituir l'assistència?

També s'hauria d'aclarir la locució «poder específic per a un acte concret». Fora més adequat seguir la nomenclatura coneguda: «poder general», «poder especial», «poder exprés».

Article 222-29. *Escriptura de constitució*

Es pot eliminar el darrer incís de l'apartat 4 segons el qual «Aquesta última [la persona que assisteix] pot, en tot cas, confirmar els actes fets sense la seva intervenció en la forma prevista», ja que aquesta mateixa regla l'estableix l'art. 222-25, com a disposició general de l'assistència notarial i judicial.

Article 222-32. *Constitució*

L'apartat 2 atribueix legitimació per sol·licitar la constitució de l'assistència judicial a la persona que presta suport continuat a la persona concernida, però el procediment de jurisdicció voluntària a què es remet (art. 42 bis lletra *a* LJV) no contempla aquesta especial legitimació.

Article 222-41. *Deure general d'informació*

Volem fer notar que els informes que segons aquest precepte pot demanar l'autoritat judicial ja estan previstos en l'art. 42 bis lletra *b* LJV, que és la seu més adequada, de manera que en aquest punt la norma es pot considerar supèrflua.

En relació amb la constitució notarial seria més adequat situar-la en la seva subsecció. En tot cas, no es pot descartar que els tercers es neguin a donar informació que pugui contenir dades personals protegides a qui no és autoritat judicial.

Article 222-44. *Revisió de les mesures de suport*

En l'apartat 2 s'estableix que les assistències constituïdes notarialment s'han de revisar per l'autoritat notarial cada sis anys, o en el termini inferior indicat expressament per la persona concernida.

Caldria establir el procediment que ha de seguir el notari per a les revisions, que entenem que hauria de ser mitjançant acta prèvia, igual que la constitució.

En tot cas, no trobem necessari que les mesures de suport constituïdes voluntàriament hagin de revisar-se d'ofici pel notari cada sis anys. Serà la persona interessada qui ho haurà de demanar.

Article 222-49. *Autorització per a determinats actes*

L'apartat 1 disposa que l'autoritat judicial i la persona concernida, en constituir la mesura de suport o amb posterioritat, poden disposar que per a determinats actes de la persona que exerceix la mesura de suport calgui l'autorització prèvia. Ara bé, si tenim en compte que l'apartat 2 afirma que l'autorització pot encomanar-se, indistintament, a un òrgan de supervisió o a l'autoritat judicial, no és clar que un particular [la persona concernida] pugui atribuir la funció d'autoritzar directament a l'autoritat judicial.

Article 222-51. *Òrgan de supervisió*

Allà on diu «col·lateral de tercer grau per consanguinitat» hauria de dir «...fins al tercer grau per consanguinitat» per incloure els graus anteriors.

D'altra banda, com hem dit a l'inici d'aquest escrit, no veiem raonable que la supervisió deixi de fer-la un òrgan independent com és l'autoritat judicial i que no sigui necessària en tots els casos d'assistència representativa.

Article 222-57. *Validesa dels actes fets mitjançant suports*

En primer lloc, volem fer notar que la rúbrica no s'ajusta bé al contingut de l'article. En efecte, a més del que s'indica, l'article regula, d'una banda, la possibilitat d'impugnació dels actes fets sense la intervenció de qui assisteix la persona amb discapacitat, si aquesta intervenció és necessària i, d'una altra, la dels actes en els quals hi ha conflicte d'interessos entre la persona concernida i qui li presta suport.

Entrant en el contingut, analitzarem, en primer lloc, l'apartat 2, el tenor literal del qual és el següent:

«L'acte jurídic fet sense la intervenció de la persona que l'assisteix, si aquesta intervenció és necessària d'acord amb la mesura voluntària o judicial d'assistència, pot ser impugnat per qui exerceix les funcions de suport, la persona concernida i les que la succeeixin.»

Entenem que la referència als actes jurídics fets «sense la intervenció de la persona que l'assisteix, si aquesta intervenció és necessària...» és massa general i pot generar dubtes sobre l'abast dels actes impugnables. Efectivament, tal com està redactat permet entendre que es pot impugnar qualsevol acte jurídic realitzat sense la intervenció de l'assistent, sigui quin sigui el tipus d'assistència de la qual s'hagi prescindit, és a dir, tant si és de col·laboració, de codecisó o de representació (art. 222-25).

Al nostre parer, encara que en la mesura d'assistència de col·laboració es determini que per a determinats actes la persona amb discapacitat ha de ser aconsellada per l'assistent, no és clar que l'acte realitzat per aquesta sense l'esmentat consell pugui ser impugnat per la mateixa persona amb discapacitat ni per la que li presta el suport. I això perquè com que el consell no condiciona ni vincula la decisió que pugui prendre la persona amb discapacitat, hom pot aplicar el mateix criteri de validesa que per als actes realitzats malgrat tenir prevista una assistència de representació quan notarialment o judicial no han estat limitades les facultats de disposició de la persona amb discapacitat (art. 222-25.3).

D'altra banda, fora convenient que el precepte (o en el Títol I Capítol I del mateix Llibre segon) aclarís també si els actes jurídics realitzats per la persona amb discapacitat que no té constituïda cap mesura de suport s'han de considerar vàlids, o bé han de passar pel sedàs de la concurrència de capacitat natural en el moment de realitzar l'acte. En aquest punt, tot i que l'apartat 1, interpretat *a contrario*, permetria entendre que l'acte jurídic realitzat sense un suport formal es pot anul·lar per manca de voluntat de la persona concernida, caldria aclarir si aquesta manca de voluntat ve determinada pel fet de no tenir capacitat natural, o bé el precepte es refereix només als casos en els quals el suport està formalment constituït. Això tampoc queda clar en els preceptes que, amb caràcter general, regulen la capacitat en l'Avantprojecte, ja que, com ha quedat dit en les observacions a l'art. 222-1, mentre l'art. 211-3 (en la redacció que li dona el Projecte de Llei de 19 de desembre de 2022) estableix que «totes les persones poden exercitar per si mateixes els seus drets civils amb les mesures establertes per la llei *en el seu benefici* [expressió, per cert, que al nostre parer no encaixa bé amb la nova concepció de la capacitat a la qual abans hem fet referència], *d'acord amb la seva capacitat natural*», l'art. 222-1 omet referir-se a la capacitat natural i es limita a reconèixer que «tota persona major d'edat té capacitat jurídica per ser titular de drets i obligacions *i per exercir-los*».

Article 223-1. *Supòsits de defensa judicial*

Segons aquest precepte, l'autoritat judicial ha de nomenar provisionalment una persona que actuï com a defensora judicial, entre d'altres casos:

«c) Si hi ha un conflicte d'interessos entre qui exerceix la tutela i la persona tutelada o entre la persona que exerceix la mesura de suport i la persona assistida.»

Entenem que aquesta norma pot entrar en contradicció amb l'art. 222-53.h), que faculta l'òrgan de supervisió per autoritzar els actes quan hi hagi un conflicte d'interessos.

Article 223-5. *Règim jurídic*

En el seu apartat 1 estableix que:

«A la defensa judicial de la persona menor d'edat o de la persona menor d'edat emancipada se li apliquen les normes de la tutela.»

Aquesta regla deriva de la supressió total de la curatela (també per a persones menors emancipades) que duu a terme l'Avantprojecte i que l'Exposició de Motius justifica pel caràcter residual que aquesta institució protectora ha acabat tenint en la pràctica. Caldria, per tant, adaptar aquest criteri a l'art. 211-7 i modificar la redacció que li dona el mencionat Projecte de Llei de 19 de desembre, que encara manté la referència a la curatela de menors emancipats.

Aprofitem per dir que, al nostre parer, el règim de la curatela (assentiment del curador per als actes que determina l'art. 211-12) fins i tot terminològicament s'adapta millor a la condició de persona menor emancipada que no pas la defensa judicial (terme, d'altra banda, que ha substituït el de «defensor judicial», perdent així, si més no nominalment, la consideració de càrrec personal), que es preveu per a una heterogeneïtat de supòsits. A l'argument de la poca utilització de la curatela de persones menors emancipades que expressa l'Exposició de Motius ja hi dona resposta l'encara vigent art. 223-5, en preveure que només s'ha de constituir, a instància dels menors, quan calgui la intervenció de curador.

3. *Disposició final primera. Modificació del Llibre primer del Codi Civil de Catalunya*

Modificació de l'art. 211-12. *Actes que requereixen assentiment*

La redacció de l'apartat 4 de la proposta de modificació que fa l'Avantprojecte, a diferència del que estableix la regulació encara vigent, no vincula la no-necessitat d'assentiment (en relació amb els béns i els drets adquirits per donació o a títol successori) al fet que el donant o el causant l'hagin exclòs expressament. Pensem que es tracta d'una errada de redacció o d'un oblit.

4. *Disposició final segona. Modificació del Llibre segon del Codi Civil de Catalunya*

Modificació de l'art. 233-2. *Mesures definitives*

En l'apartat 7 disposa que, «A més d'allò que estableixen els apartats 4, 5 i 6, el conveni regulador pot incloure pactes de submissió a mediació i *altres mecanismes alternatius de resolució de conflictes*».

Suggerim aclarir aquesta frase afegint: «... altres mecanismes de resolució *dialogada* de conflictes» (com a la disposició final novena). Tal com està redactat, l'art. 233-2.7 es pot entendre que inclou l'arbitratge que, com és sabut, només pot recaure sobre drets de lliure disposició i no ho són, per exemple, els inclosos en l'apartat 4.

Modificació de l'art. 235-27. *Impugnació del reconeixement de la paternitat*

Si allò que vol dir l'apartat 1, en relació amb la possibilitat d'impugnar el reconeixement de la paternitat fet sense capacitat, es refereix al reconeixement fet pel menor d'edat, cal que ho digui expressament, ja que pot donar lloc a equívocs. En tot cas sembla necessari tenir capacitat per tal de reconèixer a un fill.

L'art. 235-11 demana 14 anys i capacitat natural per a reconèixer, establint en l'apartat 2 que l'acció de nul·litat per manca de capacitat caduca al cap de dos anys de l'arribada a la majoria d'edat. Ara l'Avantprojecte en eliminar la referència a «o de la recuperació de la capacitat» planteja el dubte sobre quina és la capacitat exigible al major d'edat per reconèixer (que sembla ser la natural), però sobretot el termini de caducitat i el seu còmput, ja que deixa sense precisar el moment a partir del qual es compta.

Modificació de l'art. 235-30. *Requisits personals per a adoptar*

D'acord amb l'apartat 1, per a poder adoptar la persona adoptant ha de ser major de vint-i-cinc anys, llevat que es tracti de l'adopció del fill del cònjuge o de la parella estable o de parents orfes, i tenir com a mínim catorze anys més que la persona adoptada. La nova redacció no exigeix ni tan sols la capacitat natural. Entenem que una cosa és que s'hagi de respectar la dignitat de les persones amb discapacitat en la presa de decisions que afectin la seva vida i una altra de molt diferent que puguin prendre decisions sobre la vida i el patrimoni dels altres.

El mateix cal dir de l'art. 235-36 pel que fa al cessament de l'acolliment pre-adoptiu, que suprimeix la incapacitat dels acollidors.

5. *Disposició final quarta. Modificació del Llibre quart del Codi Civil de Catalunya*

Modificació de l'art. 421-10. *Testimonis*

No apreciem cap canvi respecte de la redacció anterior.

Modificació de l'art. 425-10. *Requisits*

La redacció de l'apartat 2 seria tècnicament més precisa si, en lloc de referir-se a «no haver atorgat cap acte d'última voluntat», afegís «...o *pacte successori*». Aquesta és la distinció que, al nostre parer encertadament, fa la vigent redacció d'aquest mateix precepte diferenciant entre testament i pacte successori.

Ho diem en el sentit que el caràcter irrevocable dels pactes successoris determina que no es puguin considerar actes d'última voluntat, de manera que, de mantenir-se la redacció que proposa aquest precepte, el fet que la persona substituïda hagués atorgat heretament no impediria que es pogués ordenar substitució exemplar.

Modificació de l'art. 431-4. *Capacitat*

Estableix, en el primer paràgraf, que «Els atorgants d'un pacte successori han de ser majors d'edat i gaudir de capacitat».

A quina capacitat es refereix, si la capacitat jurídica la té tothom i la d'obrar s'ha suprimit? No pot ser la capacitat natural, ja que és la que exigeix aquest mateix precepte per a l'atorgant del pacte menor d'edat que només té la condició d'afavorit i al qual no li és imposada cap càrrega.

El mateix dubte planteja *l'article 431-10*, el qual, en regular l'acció de nul·litat, parla de «manca de capacitat», terme que es pot referir tant als pactes successoris atorgats per una persona menor d'edat com als que ho han estat per una persona major d'edat sense gaudir de la capacitat a la qual al·ludeix aquest mateix art. 431-4 en el seu darrer incís.

Per evitar inseguretats jurídica insistim en què caldria aclarir la capacitat que s'exigeix per a atorgar pactes successoris i també en què es diferencia de la capacitat natural que aquest mateix precepte exigeix, com hem vist, per als atorgants menors que només tenen la condició d'afavorits pel pacte.

Modificació de l'art. 432-3. *Capacitat per a atorgar donacions per causa de mort*

D'acord amb l'apartat 2: «Pot acceptar donacions per causa de mort o els seus representants legals».

Fàcilment es pot apreciar que manca la referència al donatari i a la capacitat per acceptar-les. En el dret encara vigent, aquest precepte disposa que pot acceptar-les «el donatari amb capacitat per a contractar o els seus representants legals». Proposem, però, aprofitar la present proposta de reforma per harmonitzar-lo amb l'art. 531-21, el qual estableix que poden acceptar les donacions *inter vivos* «les persones que tenen capacitat natural», a banda, és clar, dels representants legals.

No té sentit que, com fa la legislació encara vigent, s'exigeixi més capacitat per atorgar una donació *mortis causa* que per una *inter vivos*.

6. *Disposició final sisena. Modificació del Llibre quart del Codi Civil de Catalunya*

Modificació de l'art. 622-37 *Desistiment del mandatari*

No apreciem cap canvi respecte de la redacció anterior.

DISPOSICIÓ FINAL 9 BIS (proposta de nova incorporació)

Proposem afegir *una nova DISPOSICIÓ FINAL* amb el títol «*Mesures fiscals*», amb el següent redactat:

«Per tal d'afavorir la constitució de patrimoni protegit de les persones amb discapacitat o en situació de dependència, el Govern de la Generalitat presentarà, dins el termini d'un any, a comptar des de l'entrada en vigor d'aquesta llei les mesures legislatives de caràcter fiscals adients».

La proposta es justifica per la necessitat d'implementar polítiques fiscals que incentivin la creació d'aquests patrimonis. Les bonificacions fiscals existents en l'actualitat són tan reduïdes que han resultat del tot ineficients per a assolir la finalitat de fonamentar la constitució i l'increment dels patrimonis protegits.

