



AUTONOMIA I DRET



V Jornada organitzada per:

CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA
CONSELL DE L'ADVOACIA CATALANA
COL·LEGI DE NOTARIS DE CATALUNYA

AUTONOMIA I DRET

AUTONOMIA I DRET

V Jornada organitzada per:

CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA
CONSELL DE L'ADVOCACIA CATALANA
COL·LEGI DE NOTARIS DE CATALUNYA

Coordinadors:

Senyor JOAN EGEA FERNÀNDEZ
*Vicepresident del Consell de Garanties Estatutàries
Catedràtic de Dret Civil de la Universitat Pompeu Fabra*

Senyor JOSEP CANÍCIO QUEROL
*President del Consell de l'Advocacia Catalana
Advocat*

Senyor JOAN CARLES OLLÉ FAVARÓ
*Degà president del Col·legi de Notaris de Catalunya
Notari*

Barcelona, 13 de maig de 2010

El resum dels col·loquis ha estat elaborat per:

ANNA CARBONELL ROURA

*Lletrada responsable de Biblioteca, Documentació i Publicacions
del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya*

EDITAT PER:

CONSELL DE GARANTIES ESTATUTÀRIES DE CATALUNYA

CONSELL DE L'ADVOCACIA CATALANA

COL·LEGI DE NOTARIS DE CATALUNYA

© Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya,
Consell de l'Advocacia Catalana i
Col·legi de Notaris de Catalunya

Maquetació i producció: R. Esteve i Associats
www.rosaesteve.com

Imprès a iGrafic Granollers
Dipòsit legal: B. 18659-2012
ISBN: 978-84-393-8967-5

PRESENTACIÓ

El llibre que presentem amb aquestes línies és tributari de la V Jornada sobre Autonomia i Dret, que va tenir lloc a la seu del Consell de Garanties Estatutàries el 13 de maig de 2010, organitzada pel mateix Consell, el Consell de l'Advocacia Catalana i el Col·legi de Notaris de Catalunya. En aquesta Jornada, el Consell de Garanties va prendre el relleu al seu antecessor, el Consell Consultiu de la Generalitat, cosa que va permetre la continuïtat del projecte de col·laboració iniciat l'any 2002 amb la I Jornada.

Seguint el camí traçat en les quatre edicions anteriors, aquesta publicació recull les paraules proferides en l'acte d'obertura pels representants de les institucions organitzadores, el text de les sis conferències pronunciades en les tres sessions, un resum dels col·loquis subsegüents i les paraules de cloenda de la Jornada.

La temàtica que hi trobareu reflectida té connexió directa amb el dret públic i privat de Catalunya, amb la particularitat que la celebració d'aquesta V Jornada es va afegir a la commemoració del 50è aniversari de la promulgació de la Compilació del dret civil de Catalunya. Per aquest motiu, la tercera sessió es va dedicar íntegrament a aquest text legal, amb dues ponències relatives a la institució de la rescissió per lesió i a l'oportunitat i

transcendència de la Compilació. Per la seva banda, la primera sessió es va circumscriure a l'àmbit del dret públic, amb l'anàlisi del paper de les comunitats autònomes a la Unió Europea després del Tractat de Lisboa, d'una banda, i l'estudi de la Llei òmnibus i els col·legis professionals, de l'altra. A aquest vessant públic va correspondre també la primera ponència de la segona sessió, referent a la Comissió Jurídica Assessora i a la seva tasca d'emissió de dictàmens. Finalment, la segona ponència de la mateixa sessió es va dedicar al Codi civil de Catalunya com a dret comú d'aquest territori fent èmfasi especial en la figura de la prescripció.

La qualitat de les ponències i l'intens debat que van generar mostren la potencialitat d'aquest tipus d'activitats com a fòrums plurals i oberts, amb l'objectiu fonamental de la reflexió i l'aprofundiment sobre el dret de Catalunya i la seva divulgació.

ELISEO AJA

*President del Consell
de Garanties Estatutàries*

PEDRO L. YÚFERA SALES

*President del Consell
de l'Advocacia Catalana*

JOAN CARLES OLLÉ FAVARÓ

Degà president del Col·legi de Notaris de Catalunya

Barcelona, octubre de 2012

I

ACTE D'OBERTURA

Intervencions:

Il·lustríssim Senyor JOAN CARLES OLLÉ FAVARÓ
*Degà president del Col·legi de Notaris
de Catalunya*

Excel·lentíssim Senyor JOSEP CANÍCIO QUEROL
President del Consell de l'Advocacia Catalana

Honorable Senyor ELISEO AJA
President del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya

INTERVENCIÓ DE L'HONORABLE SENYOR ELISEO AJA
President del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya

Il·lustríssimes autoritats, estimats col·legues, senyores i senyors, tinc l'honor d'inaugurar aquesta V Jornada sobre Autonomia i Dret, organitzada conjuntament pel Consell de l'Advocacia Catalana, el Col·legi de Notaris de Catalunya i el Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya. Per iniciar la presentació de la Jornada, té la paraula el senyor Joan Carles Ollé, degà president del Col·legi de Notaris de Catalunya.

INTERVENCIÓ DE L'IL·LUSTRÍSSIM SENYOR
JOAN CARLES OLLÉ FAVARÓ
Degà president del Col·legi de Notaris de Catalunya

Bon dia a tothom. Honorable President del Consell de Garanties Estatutàries, Excel·lentíssim President del Consell de l'Advocacia Catalana, il·lustríssimes autoritats, degans, amics i amigues. Com a degà del Col·legi de Notaris de Catalunya vull manifestar la meva satisfacció per poder celebrar aquesta nova

edició, la cinquena ja, de la Jornada sobre Autonomia i Dret, coorganitzant-la amb dues institucions catalanes de tan prestigi i arrelament com són el Consell de Garanties Estatutàries i el Consell de l'Advocacia Catalana. També vull manifestar el meu agraïment personal als senyors Joan Egea i Josep Caníció per la col·laboració i disponibilitat que en tot moment han esmerçat en la preparació d'aquestes ponències.

Autonomia i dret, dret públic i dret privat. Autogovern i dret civil. En definitiva, la voluntat d'autogovern i la fidelitat dels catalans al dret civil propi són dos eixos fonamentals, dues constants en la història de Catalunya, que formen part indestriable de la seva identitat, que han sobreviscut i que amb seguretat sobreviuran a tot tipus de conjuntures encara que siguin complexes i difícils. Si ens fixem només en el passat més recent, això es fa palès en fites tan emblemàtiques del segle XX com l'Estatut de 1932, el de 1979, la Compilació de 1960 i, ja en el segle XXI, l'Estatut de 2006 i el Codi civil actual, que de mica en mica va esdevenint una magnífica realitat, sens dubte un dels textos més innovadors i moderns d'Europa en aquests moments.

En aquesta edició s'ha volgut que la Compilació, de la qual aquest any commemorem el 50è aniversari, fos d'alguna manera el fil conductor de la Jornada i les ponències. És un encert. Penso que cal donar el màxim relleu a aquesta efemèride, per la gran importància del text compilat en el procés de conservació i elaboració del nostre dret civil. Aquesta importància, que jo penso que es percep amb més claredat a mesura que va passant el temps, ve donada, a parer meu, per tres factors: per la gran qualitat jurídica —penso que és un text d'extraordinària qualitat jurídica— del

text articulat; pel fet d'haver permès conservar i potser fins i tot salvar el dret en un moment en què anava entrant en decadència per diversos motius, i perquè ha estat un precedent clau, de referència de primer ordre, que ha fet possible tota la legislació civil catalana ja després de la Generalitat restaurada, posterior a la Constitució fins arribar al Codi civil actual. Penso que es pot afirmar amb una certa seguretat que sense la Compilació és pràcticament impensable el Codi civil actual.

Des del Col·legi de Notaris, juntament amb els altres organitzadors, aquest any hem escollit unes matèries que pensem que poden suposar unes bones i interessants aportacions. El notari de Girona Joan Bernà i Xirgo ha desenvolupat tota la qüestió relativa a la consideració del dret civil català com a dret comú a Catalunya, detenint-se especialment en les complexes qüestions que es plantegen en matèria de prescripció. I el notari de Barcelona Eladi Crehuet Serra ha preparat la seva ponència sobre la trajectòria i els dictàmens de la Comissió Jurídica Assessora, de la qual ell és membre, en els dos vessants de dret públic i dret privat. Pensem que pot ser una bona oportunitat per divulgar i estudiar l'excel·lent tasca de la Comissió, que no sempre és prou coneguda i destacada. Per cert, és una institució a la qual els notaris sempre hem estat molt vinculats, membres destacats de la qual han estat Ramon Maria Roca Sastre, Ramon Faus i Josep Maria Puig Salellas, que hi van participar activament en diferents etapes.

Res més. Ben segur que tots plegats gaudirem d'una Jornada i unes ponències de gran altura jurídica. Moltes gràcies per la seva presència i atenció.

INTERVENCIÓ DE L'EXCEL·LENTÍSSIM SENYOR
JOSEP CANÍCIO QUEROL
President del Consell de l'Advocacia Catalana

Moltes gràcies, Honorable Senyor President del Consell de Garanties Estatutàries, Il·lustríssim Senyor Degà del Col·legi de Notaris, honorables, excel·lentíssimes, il·lustríssimes autoritats, senyores i senyors. En primer lloc, com no podria ser d'altra manera, vull manifestar la meva satisfacció personal i del Consell de l'Advocacia Catalana per haver reprès aquestes jornades, i per continuar organitzant-les amb el Col·legi de Notaris i amb el Consell de Garanties Estatutàries. Les anteriors les vam organitzar el Col·legi de Notaris, el Consell de l'Advocacia Catalana i el Consell Consultiu de la Generalitat, i volia manifestar la meua satisfacció pel resultat, que sens dubte és excel·lent, i expressar d'una manera molt especial el meu agraïment i el de la institució que represento a les persones de les tres institucions que han estat treballant directament en l'organització i que són presents en aquesta sala.

La feina d'organitzar una jornada com aquesta, que després transcorre en unes quantes hores, els puc assegurar que és difícil: s'han de lligar molts caps i, en definitiva, s'ha d'aconseguir que el resultat sigui el que jo estic convençut que serà avui.

Els volia dir també, com ja ha dit en aquest cas el degà del Col·legi de Notaris, que hem volgut d'una manera especial, i així apareix a tot arreu, que la Jornada estigués absolutament relacionada amb el 50è aniversari de la Compilació del dret civil de Catalunya. Les dues ponències d'aquesta tarda són un exponent claríssim d'aquesta vinculació, tot i que estic convençut

que, a més, la referència a la Compilació apareixerà en altres ponències que es presentaran. Jo confio, com deia abans, en l'extraordinària qualitat dels ponents i en el contingut de les seves ponències. Crec que tots aprendrem avui del que es dirà aquí i després —com vostès saben— tindrem l'oportunitat de poder-ho llegir extensament al llibre que, com es fa tradicionalment, es publicarà.

Sobretot, a l'hora dels agraïments, moltes gràcies a tots per ser-hi, perquè sense vostès això no tindria cap sentit. Gràcies, bon dia.

INTERVENCIÓ DE L'HONORABLE SENYOR ELISEO AJA
President del Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya

Molt bé, moltes gràcies. Efectivament, aquesta és la V Jornada. La primera es va celebrar al 2002, coordinada, impulsada aleshores per l'Honorable Senyor Agustí Bassols, que ens honora amb la seva presència i amb la seva fortalesa avui també. El 2002 els temes més interessants van tractar de contractació, d'urbanisme, de l'elaboració del Codi civil català. Al 2004 —són jornades biennals—, s'hi va abordar el medi ambient, la mediació, el Codi civil, aleshores amb la participació del professor Badosa. A partir del 2006 s'hi incorpora el Col·legi de Notaris de Catalunya ja que les primeres jornades s'inicien amb el Consell de l'Advocacia Catalana. S'hi tracta el Tribunal Superior de Catalunya, la filiació, els drets reals a Catalunya. I el 2008, ja amb el nou Estatut, el decret llei, les fundacions, el dret al nom. Aquest any, el 2010, el Consell de Garanties Estatutàries

ha substituït el Consell Consultiu com a hereu també en moltes altres coses, però aquesta és una de les més agradables i de les més plaents per a nosaltres, sens dubte.

És un honor haver pres aquest relleu. Tanmateix, he de dir que la feina principal ha estat coordinada, per part nostra, pel professor Joan Egea, vicepresident del Consell de Garanties, i també per alguns treballadors destacats, funcionaris del Consell.

Aquest any, lògicament, ho saben vostès, ens centrem en les conseqüències del Tractat de Lisboa en els col·legis professionals arran de la Directiva de serveis, i també, per descomptat, en la celebració del 50è aniversari de la Compilació del dret civil de Catalunya.

Com enfoquem la Jornada? Per a un professor —i la major part dels membres del Consell ho són—, una jornada pot semblar una activitat relativament habitual. I és així, però no és en cap cas un tema d'estètica acadèmica. El dret és un instrument tècnic important, jo crec que especialment útil en moments de crisi, però té les seves exigències. Hem de saber valorar els precedents, hem d'aplicar amb rigor els mètodes d'interpretació, hem de fer una reflexió serena sense deixar-nos portar per l'alarmisme o les dificultats de les crisis, sense ignorar tampoc els problemes que hi ha. I per complir la nostra funció com una institució jurídica destacada de Catalunya, hem d'estar tan ben preparats com puguem.

Per tant, aquesta Jornada és per a nosaltres una eina d'aprenentatge i volem que sigui, així mateix, una concentració de treball i d'exposicions que en cada moment tinguin la màxima categoria, el màxim rigor possible. Amb aquesta filosofia hem enfocat la V Jornada i intentarem que cada dos anys, quan tenen

lloc les jornades, puguem millorar-ne la qualitat. Amb el treball de tots, la contribució de tots, espero que ho podrem aconseguir. Per tant, declaro inaugurada aquesta Jornada i comencem, si els sembla, directament a treballar amb la primera sessió.

II

PRIMERA SESSIÓ

1. LES COMUNITATS AUTÒNOMES A LA UNIÓ EUROPEA DESPRÉS DEL TRACTAT DE LISBOA

Ponent:

ENOCH ALBERTÍ I ROVIRA

*Catedràtic de Dret Constitucional i degà de la Facultat
de Dret de la Universitat de Barcelona*

Vull agrair, en primer lloc, la invitació que se'm va fer per participar en aquesta Jornada —que ja té una llarga tradició i també, segur, un llarg futur per endavant— per parlar d'una qüestió que presenta un interès indubtable per a l'autogovern de Catalunya i per al conjunt de les comunitats autònomes i l'evolució de l'estat autonòmic a Espanya, com és el marc general del que poden fer o podran fer les regions europees —em permetran que utilitzi aquesta terminologia, que és la pròpia del dret comunitari europeu— a partir del nou Tractat de Lisboa. Se'm va demanar que exposés la qüestió durant uns vint minuts, i això és el que faré, llançant només algunes idees sobre quin és el paper de les regions a la Unió Europea, a partir especialment del nou Tractat de la Unió, per aprofundir després en el col·loqui si hi ha ocasió.

El primer que crec que s'ha de dir és que no hi ha canvis radicals respecte de la situació anterior al Tractat de Lisboa; situació que arrenca als anys cinquanta amb la constitució de

les comunitats europees, que continua després amb la creació de la Unió Europea en el Tractat de Maastricht de 1992 i que arriba fins a l'1 de desembre de l'any 2009, en què entra en vigor el Tractat de Lisboa, amb un nou tractat de la Unió i un nou tractat que en regula el funcionament, que substitueixen els antics tractats de la Unió i de la Comunitat Europea. La primera observació que cal fer és, doncs, que en matèria regional hi ha una línia essencial de continuïtat respecte de la situació anterior; continuïtat que també es pot apreciar en moltes altres —jo diria que la majoria— matèries pròpies del Tractat.

Certament, hi ha algunes modificacions importants en matèria institucional, però aquests canvis no constitueixen cap revolució —de fet, la Unió Europea és essencialment poc inclinada als canvis bruscos, i l'única revolució que ha patit ha estat la de la seva pròpia creació— ni cap trencament de l'enfocament bàsic que les Comunitats i després la Unió han mantingut en aquesta qüestió. Com veurem més endavant, en el llarg procés constituent que es va obrir després del Tractat de Niça i que no va concloure fins a l'aprovació del Tractat de Lisboa, que va durar vuit anys, es va plantejar en un moment donat —en el punt àlgid d'aquest procés, a la Convenció constitucional— un canvi radical d'enfocament, però no va reeixir. La gran innovació institucional, i també funcional, a la Unió Europea, encara que no només i tampoc principalment en matèria regional, es va produir l'any 1992 amb el Tractat de Maastricht, i ara estem vivint encara el desplegament, el desenvolupament —jo diria quasi natural— de les grans decisions que es van prendre a Maastricht o, almenys, que estaven en germen al primer Tractat de la Unió.

Dit això, però, crec també que s'ha de posar en relleu que les modificacions que s'introdueixen en el Tractat de Lisboa no són per menystenir, no es poden passar per alt ni menysprear. I això tant pel que són com també pel que tenen de potencial per al futur i la tendència que indiquen.

Tradicionalment, vostès saben que la Unió Europea ha enfocat la qüestió regional des de la perspectiva del que se n'ha dit «el principi d'autonomia institucional». Dit molt ràpidament, aquest enfocament significava que la possible participació de les regions en la Unió Europea i, en general, el paper que poguessin tenir en els processos decisoris comunitaris, era una qüestió que pertanyia exclusivament a l'esfera domèstica dels estats, de manera que cada estat podia determinar el paper europeu de les seves regions de la manera que cregués millor, sense que la Unió Europea hi tingués res a dir. Això comportava que aquest paper europeu de les regions, si els estats respectius eren sensibles a la qüestió i els reconeixien un paper, es movia essencialment en l'esfera interna dels mateixos estats, en forma de participació de les entitats regionals en la formació de les posicions de l'estat en aquells afers que les afectaven. La forma concreta d'aquesta participació, si n'hi havia, era una qüestió que havia de decidir internament i de manera exclusiva cada estat. En una expressió de H. P. Ipsen encunyada ja l'any 1966 que va fer fortuna i que és molt plàstica, la Unió Europea era «cega» davant l'estructura institucional interna dels estats.

Això ha estat així des de pràcticament sempre, des dels inicis de les Comunitats Europees, on només Alemanya tenia una estructura territorial composta, i la participació regional interna ha funcionat millor o pitjor en funció dels estats, quan se n'hi han

sumat més amb una organització interna federal o quasifederal. Hi ha estats que s'han pres molt seriosament la participació de les seves entitats territorials de govern en els processos comunitaris europeus que afectaven les seves competències o fins i tot els seus interessos, com és el cas d'Alemanya o el d'Àustria, que han modificat les seves constitucions per millorar aquesta participació. I hi ha casos, com el d'Espanya, on aquesta preocupació ha estat d'una intensitat molt menor i la participació de les entitats territorials en els assumptes comunitaris s'ha articulat de manera més lenta i a través de pactes i acords de caràcter polític (com a Espanya els dels anys 1994 i 2004), que no tenen la mateixa entitat ni ofereixen les mateixes garanties que una reforma de la Constitució.

També és cert que la Unió Europea ha anat flexibilitzant la seva posició inicial de ceguesa o indiferència davant la realitat regional d'alguns estats. No seria ajustar-se a la veritat dir que la participació regional ha estat confiada de manera única i exclusiva a cada un dels estats membres i que aquests han pogut decidir amb absoluta llibertat quin és el paper que podien atorgar a les seves regions. La Unió Europea ha anat flexibilitzant aquest principi d'autonomia institucional i la seva indiferència davant de l'estructura interna dels estats perquè, entre altres motius, no ha pogut oblidar el pes que han adquirit les regions en el conjunt de la Unió Europea. Hem de pensar que si inicialment, quan es van crear les Comunitats als anys cinquanta, només Alemanya tenia una estructura federal, avui són cinc els estats que estan descentralitzats políticament en el seu interior i n'hi ha dos més on aquesta descentralització és parcial (Portugal i el Regne Unit); avui existeixen setanta-dues regions legislatives, que tenen una

autonomia garantida per les constitucions estatals respectives i gaudeixen de poders de caràcter legislatiu; i, avui, més de la meitat de la població europea, més de dos-cents setanta milions de persones, viuen en aquestes regions, en territoris que disposen d'un ampli autogovern. Per aquests motius, avui les regions són una realitat que la Unió Europea difícilment pot oblidar, actuant simplement com si no existissin.

S'ha de tenir en compte també, en aquest sentit, que moltes polítiques comunitàries són aplicades en l'interior dels estats, no per les instàncies centrals sinó per les instàncies de caràcter regional, amb autonomia. Aquest fet ha contribuït que, de manera progressiva, la Unió Europea hagi pres en consideració l'existència de les regions. Alguns exemples d'això podrien ser l'obertura a les regions del Consell, antic Consell de Ministres, que es va produir en el Tractat de Maastricht, permetent que en aquesta institució poguessin intervenir representants dels governs de les instàncies territorials. Certament, no com a representants dels governs territorials sinó formant part de la delegació governamental estatal, i per tant en representació de l'estat en conjunt, encara que no formessin part del govern central. Amb el Tractat de Maastricht, doncs, per primera vegada, la realitat regional va transcendir a la Unió, obrint el Consell, principal institució decisòria de la Comunitat, a la participació dels governs territorials, i creant també el Comitè de les Regions, encara que aquest donava veu no només a les regions legislatives, aquelles que estaven dotades amb poders legislatius de caràcter constitucional, sinó també a les entitats de caràcter local a Europa, mixtura que ha desnaturalitzat en gran part el paper que podrien haver tingut directament les regions legislatives a la Unió

Europea, en representació i defensa dels seus propis interessos i posicions en els processos decisoris de la Comunitat.

Però malgrat aquesta obertura a la realitat regional, és cert que la qüestió territorial va continuar estant en mans dels estats, pràcticament de manera exclusiva. No obstant això, en el debat constituent que es va produir entre l'any 2001, just després del Tractat de Niça, fins a l'aprovació a Roma del fallit Tractat constitucional l'any 2004, es va produir un gran debat sobre la participació regional. Simplificant molt, crec que es pot dir que en aquest moment es van posar sobre la taula dues posicions molt diferenciades sobre com la Unió podia abordar la qüestió regional.

En primer lloc, la posició que, impulsada en general per les mateixes regions i en particular per Catalunya, que va tenir un paper important, juntament amb alguns *länder* alemanys, les regions belgues, algunes regions italianes i alguns *länder* austríacs, sostenia que la Unió ha de garantir un paper propi a les regions, incorporant-les tant a la seva arquitectura institucional, com també, especialment, als processos decisoris que condueixen a l'aprovació de les normes comunitàries. Això significava que des de la mateixa Unió s'havia de preveure i garantir la participació d'aquestes regions amb poders legislatius tant en el sistema institucional com en els procediments de decisió. Això s'aconseguia atorgant a les regions un estatut especial que comportava determinats drets o facultats de participació. Per exemple, i de manera especial, el dret a ser consultades per la Comissió quan resultessin afectades les seves competències, o bé el dret a participar en el procediment de control del principi de subsidiarietat —al qual després faré referència—, o bé fins i tot

l'accés directe de les regions al Tribunal de Justícia de la Unió Europea quan resultessin afectades les seves competències, els seus poders.

Aquesta era, tan sintèticament expressada, la posició defensada especialment per les regions. I, en canvi, l'altra posició bàsica que es va sostenir en aquest debat va ser la de mantenir les coses com estaven. Per tant, mantenir l'enfocament clàssic, basat en el principi tradicional de l'autonomia institucional dels estats i la ceguesa per part de la Unió Europea davant l'estructura interna de cada un dels estats.

Hi va haver un moment en què va semblar que podria sortir triomfant la primera alternativa. En efecte, en un informe del Parlament Europeu, encara que certament no en la versió final sinó en la versió intermèdia, informe que no versava directament sobre la participació regional sinó sobre les competències de la Unió, l'Informe Lamassoure (de 6 de febrer de 2002, 2001/2024(INI), de la Comissió d'Afers Constitucionals), es va proposar la creació d'un estatut de regió associada a la Unió Europea que podrien tenir aquelles entitats territorials de govern que designessin els estats mateixos. I aquest estatut de regió associada comportaria determinades facultats de participació que són essencialment aquestes que els he referit fa un moment: dret a ser consultades per la Comissió quan les iniciatives comunitàries afectessin les seves competències, accés directe al Tribunal de Justícia i representació directa en el Comitè de les Regions.

Després, però, la versió final d'aquest mateix Informe (de 24 d'abril de 2002, A5-0133/2002 Final), es va tirar enrere i va acabar triomfant l'altra posició, la que propugnava mantenir les coses com estaven i per tant mantenir l'enfocament tradicional

basat en el principi de l'autonomia institucional. I això és efectivament el que s'ha recollit al Tractat de Lisboa. Aquesta és la posició que queda reflectida en el text finalment aprovat, tant del Tractat de la Unió com del Tractat de funcionament de la Unió Europea.

Però també és cert que mentre aquest continua sent el principi essencial que orienta el tractament de la qüestió regional a la Unió Europea avui, aquest principi s'ha flexibilitzat i s'ha produït una obertura més gran que la que existia fins al moment. Jo diria que, fins i tot, s'ha produït alguna esquerda en aquest enfocament tradicional. Aquesta obertura és perceptible almenys en dos terrenys o en dos plans diferents. En primer lloc, pel que fa a un cert reconeixement de les entitats territorials per part de la Unió Europea en el màxim nivell normatiu, directament per part dels tractats; i, en segon lloc, en l'obertura d'algunes noves possibilitats de participació regional en els processos de decisió normativa que se segueixen en el si de la Unió.

Passant ja a abordar aquestes qüestions, en primer lloc crec que és interessant destacar el reconeixement de la realitat regional que fa explícitament el Tractat de la Unió Europea. I és especialment interessant perquè és la primera vegada que es fa un reconeixement de les regions als tractats. És la primera vegada, en efecte, que en un text normatiu del màxim nivell, en el dret originari de la Unió Europea, se cita de forma explícita les regions. Em permeto recordar-los el que diu l'article 4.2 del Tractat de la Unió, en la versió, naturalment, aprovada a Lisboa. El 4.2 diu: «La Unió respectarà la igualtat dels estats membres davant dels tractats, així com la seva identitat nacional inherent a les estructures fonamentals polítiques i constitucionals d'aquests, [i

aquí ve l'interessant] també en el que fa referència a l'autonomia local i regional». Hi ha, doncs, una referència expressa, per part de la Unió, a l'autonomia local i regional. I això no és en qualsevol lloc, sinó a la clàusula que és coneguda com a *clàusula de respecte de la identitat nacional o estatal*, que inclou també les regions allà on existeixin.

Certament, aquesta és una declaració molt genèrica, de la qual no es desprenen conseqüències directes. El got, com sempre, es pot veure mig ple o mig buit. Si el volem veure mig ple s'ha d'admetre que això és important perquè és la primera vegada —com deia abans— que aquest reconeixement de les regions es porta a un tractat de la Unió, amb caràcter general i al màxim nivell. Si el volem veure mig buit, haurem d'admetre també que no deixa de ser un reconeixement dèbil, un reconeixement molt lleu, que no genera de manera immediata efectes directes i tangibles. Això no obstant, com saben, a vegades els principis, a la Unió Europea, acaben tenint desplegaments i efectes insospitats. Es posa una llavor en el tractat i després d'aquesta llavor poden nàixer plantes que ningú sabia què eren exactament en el moment en què es van plantar, i a vegades ni tan sols se sabia o es tenia plena consciència que s'havia plantat aquesta llavor. Podem dir ara que la llavor del reconeixement i la incorporació de les regions a la Unió està plantada, i la manera com germini i es desenvolupi dependrà de les pròpies circumstàncies ambientals i internes de la Unió.

En segon lloc, aquest reconeixement genèric, que pot tenir aquesta doble valoració, va acompanyat d'un cert reconeixement regional concret en algunes polítiques comunitàries. Per exemple, en matèria de transport, de cultura, de xarxes transfrontereres,

de cohesió econòmica, social i territorial, en matèria de medi ambient i de protecció civil. En totes aquestes àrees, en totes aquestes polítiques, i algunes són francament importants, el Tractat diu que la Unió ha de tenir en compte també la realitat regional. Com es tradueixi això, més enllà de les pràctiques que ja tenen lloc avui, és una qüestió que haurem de veure. El reconeixement regional ha arrelat de manera singular en aquests àmbits concrets, i així hi ha base en els tractats perquè les regions tinguin en el futur una participació més gran en aquestes polítiques.

Però, segurament, el més interessant és la possible participació de les regions en el mecanisme de control del principi de subsidiarietat. Si s'hagués de dir quina és la novetat més gran que presenta el Tractat de Lisboa, jo optaria per aquesta. No tant pel que fa a la possible participació de les regions, que és només una part, i potser la més petita, d'aquest mecanisme, sinó per la introducció d'aquest mecanisme en si, pel nou procediment en conjunt, perquè dóna entrada directa als parlaments dels estats, i indirectament als parlaments regionals, en el procés normatiu comunitari. I aquesta és una novetat absoluta, que pot transformar el procés d'aprovació de les normes en el si de la Unió Europea i modificar l'esquema del funcionament institucional en conjunt, en sentits que encara s'han de veure. El que resulta important destacar ara, en el moment d'examinar la participació de les regions a la nova Unió, és que en aquest nou procés, en el mecanisme de control del principi de subsidiarietat, les regions no s'han deixat de banda —la qual cosa hagués estat coherent si s'hagués aplicat estrictament l'enfocament pel qual la participació regional és cosa interna dels estats—, sinó

que les regions hi tenen cabuda i, a més, amb peu en el propi dret comunitari, i no només depenent de la voluntat de cada estat. Això és així, primer, perquè les regions s'han inclòs en la mateixa definició del principi de subsidiarietat. A l'article 5.3 del Tractat de la Unió, en efecte, quan es defineix el principi de subsidiarietat, es té en compte el nivell regional de govern dels estats, de manera que, dit molt ràpidament, la Unió només podrà actuar quan l'actuació dels estats no sigui suficient, tampoc a escala regional o local, per aconseguir les finalitats de la Unió incloses en els tractats comunitaris. És important que es digui expressament que l'acció dels estats s'ha de considerar en tots els seus nivells: no només el central, sinó també a escala regional o local. Per tant, a l'hora d'aplicar el principi de subsidiarietat amb caràcter general, s'han de tenir en compte també les possibilitats d'actuació que tenen les entitats de govern territorial. I aquesta qüestió, encara que es mogui en el pla dels principis generals, pot tenir un gran significat.

En segon lloc, a més, la Comissió ha de tenir en compte les regions a l'hora d'elaborar les seves iniciatives normatives. Ja saben que el monopoli de la iniciativa normativa de la Unió Europea correspon pràcticament a la Comissió, i la Comissió, avui obligada pel Tractat i pel Protocol segon, annex al Tractat, està obligada a consultar les regions abans de formular les seves iniciatives.

I en tercer lloc, les regions poden participar en el mecanisme directe de control d'aquest principi de subsidiarietat. Com? Perquè es demana (o simplement es permet, ja que aquí les interpretacions poden diferir) que els parlaments dels estats consultin els parlaments regionals a l'hora d'emetre els seus

dictàmens sobre les iniciatives legislatives comunitàries des del punt de vista del respecte del principi de subsidiarietat, dictàmens dels parlaments estatals que, en conjunt, acabaran determinant si una iniciativa de la Comissió respecta o no respecta el principi de subsidiarietat i, per tant, si pot prosperar o no. Aquesta és una qüestió, al meu entendre, d'una extraordinària importància, almenys potencial. Aquí s'obre una possibilitat molt significativa de participació de les regions en el procés d'aprovació de les normes en l'àmbit comunitari.

Però una altra vegada tornem a l'enfocament tradicional. El que fa aquí la Unió és obrir una possibilitat i remetre la seva concreció a la decisió interna de cada un dels estats, al dret intern dels estats. Aquesta és la qüestió clau, altra vegada. Alguns estats, perquè són especialment sensibles a la seva estructura composta interna i perquè no s'entenen a si mateixos sense les seves entitats territorials, han aprofitat ja aquesta possibilitat que ofereix el Tractat de la Unió, i altres estats, en canvi, sembla que l'estan desconeixent, o són més reticents, o l'estan situant en un nivell mínim d'intensitat. Lamentablement, almenys des del meu punt de vista, Espanya de moment sembla que se situa en aquesta darrera categoria.

Si vostès examinen la Llei 24/2009, de reforma de la Llei de 1994 que regulava la Comissió Mixta per a Afers Europeus Congrés-Senat, Comissió Mixta que, segons el que disposa aquesta mateixa Llei, és qui finalment a Espanya haurà d'emetre el dictamen de les Corts sobre el principi de subsidiarietat, veuran que el paper dels parlaments autonòmics es preveu en termes enormement limitats. Es diu, en primer lloc, que les iniciatives legislatives de la Unió seran enviades directament

als parlaments de les comunitats autònomes, sense prejudicar si afecten o no les seves competències, la qual cosa en principi és molt positiva perquè permet que els parlaments autonòmics puguin tenir coneixement oficial de totes les iniciatives legislatives comunitàries, sense l'aplicació de filtres previs que prejudicarien l'afectació de competències, que sempre pot resultar conflictiva. D'aquesta manera, els parlaments de les comunitats podran conèixer i examinar totes les iniciatives comunitàries i pronunciar-se sobre si, en la seva opinió i des de la seva perspectiva competencial, respecten el principi de subsidiarietat. Ara bé, això és pràcticament tot. Els parlaments autonòmics podran remetre el seu dictamen motivat a les Corts, en un termini de quatre setmanes des de la remissió de la proposta legislativa, i es diu simplement, i encara de manera indirecta, que el Congrés o el Senat —o la Comissió Mixta, que haurà d'emetre el dictamen— podran tenir-los en compte. I no hi ha més precisions, especialment sobre el grau en què s'hauran de tenir en compte, en funció del tipus de competències afectades. Es pressuposa que les Corts tenen plena llibertat per emetre la seva opinió, fins i tot sobre matèries que corresponen a la competència de les comunitats autònomes. Això no només és sorprenent, sinó que pot resultar contrari al sistema de distribució de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes. I encara més: els dictàmens dels parlaments autonòmics només seran «relacionats» al dictamen de la Comissió Mixta si aquesta emet un dictamen negatiu, amb les referències per poder-los consultar. Ni tan sols s'annexen els dictàmens autonòmics, perquè els conegui la Comissió i després, si escau, el Parlament Europeu.

Tota aquesta regulació, com es veu, atorga als parlaments autonòmics un paper molt secundari en el procés de control del principi de subsidiarietat, també en aquells casos en què poden resultar afectades competències pròpies de les comunitats, incloent-hi les exclusives. El paper central, i pràcticament únic, s'atribueix a les Corts Generals, deixant les comunitats al marge o simplement fent dependre la seva participació de la voluntat de les Corts en cada moment. La veritat és que, per a això, no feia falta cap regulació específica. Ni per obtenir la informació sobre les propostes normatives de la Unió, que com he dit semblava en principi l'aspecte més positiu de la Llei, perquè avui, gràcies als mitjans telemàtics i a la política d'informació de la Comissió i la resta d'institucions de la Unió, les iniciatives comunitàries ja es troben a disposició de tothom i se'n pot tenir informació de manera quasi immediata; ni tampoc per la possibilitat d'emetre dictàmens, amb els efectes que es preveuen, que són els aspectes més criticables de la Llei, perquè els parlaments, com qualsevol altre organisme o entitat, poden estudiar i pronunciar-se sobre el que creguin convenient, i fins i tot poden fer arribar la seva opinió a qui considerin oportú: en aquest cas, a les Corts o a les mateixes institucions comunitàries, que la poden rebre com poden rebre també qualsevol carta o comunicació, sense que les vinculi per a res. La qüestió essencial —que, aquesta sí, ha de ser objecte de regulació— és quins efectes té el pronunciament dels parlaments autonòmics respecte de les Corts. I, sobre aquesta qüestió clau, s'ha de dir que la Llei 24/2009 no n'atorga cap.

Crec que ha estat una ocasió perduda per regular una fórmula de participació efectiva de les Comunitats en el procés de control de la subsidiarietat i, en conseqüència, de la

participació autonòmica en els afers europeus que les afecten. Em sembla greu, especialment tenint en compte la cada vegada més gran implicació del govern intern —també, naturalment, del govern territorial autonòmic— respecte de les decisions preses en la Unió Europea. Avui és més evident que mai que el govern intern dels estats —incloent-hi també el dels seus nivells territorials— forma part d'un mecanisme de govern més ampli i superior, d'escala europea, i que la seva acció depèn en gran manera i cada vegada més de les decisions que es prenen en aquest nivell. No atorgar participació a les comunitats, ni tan sols en la mesura que permet la Unió Europea, perjudica sens dubte la seva capacitat d'autogovern, que no veu compensada la disminució d'autonomia —que pateix també l'estat— per una possibilitat de participació en aquells afers que l'afecten directament. Encara hi ha, doncs, molt de camí per recórrer, i no només en l'aspecte concret del control de la subsidiarietat, sinó en general per adequar les estructures de l'estat i l'autogovern als nous esquemes de la governança europea. Confio que se sigui conscient d'aquesta situació i del repte que suposa, en el qual l'estat s'hi juga la identitat constitucional —que, almenys des del 1978, és complexa i inclou l'autonomia de les nacionalitats i regions— i l'autogovern, la seva existència; i que, per tant, es reconsideri la participació autonòmica en el mecanisme de control de la subsidiarietat i, més en general, en els afers europeus.

2. LA LLEI ÒMNIBUS I ELS COL·LEGIS PROFESSIONALS

Ponent:

XAVIER CAMPÀ I DE FERRER

*Advocat. Subdirector general d'Entitats Jurídiques
de la Generalitat de Catalunya*

Sumari: 1. Els col·legis professionals i el seu reconeixement constitucional. 2. Distribució competencial en matèria de col·legis professionals: evolució de la doctrina del Tribunal Constitucional. 3. Les lleis de col·legis professionals de l'Estat i de Catalunya. 4. La Directiva de serveis en el mercat interior. 5. El conflicte competencial suscitat per la promulgació de la Llei òmnibus. 6. Consideracions finals

1. ELS COL·LEGIS PROFESSIONALS

I EL SEU RECONeixEMENT CONSTITUCIONAL

Els col·legis professionals són reconeguts per l'article 36 de la Constitució. Aquest precepte sembla que es limita a fer una simple remissió a una futura llei reguladora dels col·legis professionals o, millor, a la competència del poder legislatiu per regular el règim dels col·legis professionals. Però el precepte, llegit detingudament, descobreix una potencialitat superior a la remissió aparent i simple, en blanc, a una llei ordinària, i s'ha

configurat constitucionalment en els termes de les peculiaritats pròpies del seu règim jurídic, que, a parer nostre, marca el concepte de *col·legis professionals*. El fet que apareguin els col·legis professionals en una de les seccions del títol I, «Dels drets i deures fonamentals», podria fer-nos pensar que hi ha una peculiaritat en certes formes d'exercici social de drets que requereixen una forma organitzativa diferent.

La consideració que fa la Constitució dels col·legis professionals, juntament amb altres entitats representatives d'interessos, implica el reconeixement com a via d'intervenció entre l'Estat i la societat i, en aquest sentit, aquestes entitats són elevades a un ordre públic/institucional.

La connexió que s'estableix en l'article 36 de la Constitució entre col·legis professionals i professions titulades no és casual. Amb el títol de *professió titulada* es delimita un grup de professions dins del conjunt de les professions considerades, genèricament, «de les activitats professionals». Una professió és lliure —s'ha dit— quan el seu exercici no requereix disposar de cap títol, ja sigui acadèmic o professional. Una professió deixa de ser lliure i passa a ser regulada quan el seu exercici és disciplinat pel legislador; i és titulada quan requereix la tinença del títol acadèmic oficial. De la mateixa manera, una professió és col·legiada quan, a més del requisit de tenir aquests títols, l'exercici de la professió és condicionat per la pertinença obligatòria al col·legi professional respectiu, ja que és l'estructura corporativa l'encarregada de l'ordenació i la disciplina de la professió.

El concepte de *professió titulada* en la jurisprudència constitucional segueix una llarga evolució. A títol d'exemple, la STC de 10 d'abril de 1986, que analitza la Llei 43/1979, de 31 de de-

sempre, reguladora del Col·legi Oficial de Psicòlegs de Catalunya. El Tribunal Constitucional diu que: «correspon al legislador, atenent les exigències de l'interès públic i les dades produïdes per la vida social, atès que existeix una professió, quan aquesta ha de deixar d'ésser lliure per passar a ser una professió titulada, és a dir, professió per a l'exercici de la qual es requereix títol, entenent per aquest la possessió d'estudis superiors i la ratificació dels estudis referits mitjançant la consecució del corresponent certificat o llicència».

Els únics interessos que justifiquen la creació d'un col·legi professional han de ser sempre, necessàriament, interessos públics. La STC 194/1998, d'1 d'octubre (FJ 5), interpreta l'article 36 de la Constitució espanyola, que diu textualment: «la llei regularà les peculiaritats pròpies del règim jurídic dels col·legis professionals i l'exercici de les professions titulades», i atorga al legislador la determinació de certs aspectes: «la Constitució exigeix que sigui el legislador qui hagi de determinar quines professions queden fora del principi general de llibertat, valorant quines d'aquestes professions requereixen, per atendre les finalitats esmentades, la incorporació a un col·legi professional, així com, si és el cas, la importància que al respecte hi hagi d'atorgar a l'exigència d'una titulació prèvia per a l'exercici professional».

2. DISTRIBUCIÓ COMPETENCIAL EN MATÈRIA DE COL·LEGIS PROFESSIONALS: EVOLUCIÓ DE LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El constituent, en redactar l'article 36 de la Constitució —que remet a una futura llei la regulació de les particularitats

pròpies del règim jurídic dels col·legis professionals i l'exercici de les professions titulades—, no va reservar a l'Estat cap competència específica per dictar les bases sobre aquesta matèria en la distribució competencial continguda en el títol VIII, llevat de l'article 149.1.30, quant a la competència exclusiva per regular les condicions d'obtenció, expedició i homologació de títols acadèmics i professionals. Això va permetre (*ex art. 149.3 CE*) que gran part d'estatuts d'autonomia establissin la corresponent reserva competencial a favor de les comunitats autònomes en aquesta matèria; en el cas de Catalunya, amb caràcter exclusiu (art. 9.23 EAC 1979) «sens perjudici d'allò que disposen els articles 36 i 139 de la Constitució».

La primera norma estatal que preveia explícitament la competència de l'Estat per dictar els principis i les normes bàsics als quals s'havien d'ajustar l'organització i la competència de les corporacions de dret públic va ser la Llei orgànica d'harmonització del procés autonòmic (LOAPA), en l'article 21.2.

La STC 76/1983, de 5 d'agost, dictada en el recurs previ d'inconstitucionalitat contra la Llei esmentada (FJ 3), va entendre que no podia atribuir-se el caràcter bàsic, ja que el legislador estatal disposava d'una atribució competencial expressa per dictar aquella norma, remissió feta pels mateixos estatuts d'autonomia als articles 36 i 139 CE com a límits a l'exercici de la potestat legislativa autonòmica, convertint-los en títols atributius de competències (FJ 26). «El TC fa, així, una transmutació convertint els principis de l'harmonització en les bases de la legislació bàsica obviant la tècnica harmonitzadora».¹

1. CALVO, Luis. *Régimen jurídico de los colegios profesionales*. Civitas, 1998.

Reproduït aquell article 21.2 de la LOAPA a l'article 15 de la Llei 12/1983, de 14 d'octubre, del procés autonòmic, que deixava de tenir el caràcter d'orgànica i harmonitzadora, la STC 20/1988, de 18 de febrer, en el recurs interposat contra aquesta Llei per la Generalitat de Catalunya, el Tribunal Constitucional va matisar la seva doctrina anterior rectificanc explícitament la continguda en la STC 76/1983 i negant, ara, que l'article 36 CE es pugui considerar com una norma atributiva de competència legislativa a l'Estat.² A la vegada, construeix un nou argument que li permet incloure el règim jurídic dels col·legis professionals en algun dels supòsits de l'article 149 CE, i troba el seu encaix, finalment, en l'article 149.1.18 CE sobre les bases del règim jurídic de les administracions públiques, que fonamenta en la doctrina recollida en la mateixa Sentència, en concloure que aquestes corporacions «participen de la naturalesa jurídica de les Administracions Públiques», si bé diu que només és predicable del seu vessant públic però no del privat. Una part de la doctrina ha sostingut que aquesta interpretació, que desglossa els aspectes públics dels privats, no deixa de ser artificial, per la dificultat pràctica de fer tal distinció, i al mateix temps, distorsionadora. Posteriorment el TC ha modificat aquest criteri.

Però, amb tot, se seguia sense determinar l'abast del que s'entén per «bases del règim jurídic dels col·legis professionals», ja que ni la LOAPA ni el Tribunal Constitucional deien quins havien de ser els principis o bases als quals les comunitats autònomes han d'adequar la seva actuació, si bé hi va haver un

2. És reiterada la doctrina del Tribunal Constitucional en què adverteix que els articles 36 i 139 CE no són normes atributives de competència (STC 20/1988, de 18 de febrer, FJ 4; 52/1988, de 24 de març, FJ 3, entre d'altres).

intent frustrat en el si de la Comissió Constitucional del Congrés dels Diputats quan es debatia l'article 21.1 de la LOAPA i es va intentar, mitjançant una esmena transaccional, introduir, entre altres qüestions, la reserva a una llei estatal per constituir nous col·legis professionals en tot el territori de l'Estat. Precisament, una eventual pèrdua de substantivitat de les competències exclusives autonòmiques, que es podien veure reduïdes a meres competències administratives, va ser la justificació per rebutjar la proposta.

No va ser fins a la STC 330/1994, de 15 de desembre, que es considerà norma bàsica a favor de l'Estat la determinació de l'absència d'obligatorietat de col·legiació.³ Aquesta Sentència considera com a aspectes bàsics la denominació, l'absència d'obligatorietat i l'existència d'un «Consejo General».

Amb el nou Estatut d'autonomia de Catalunya del 2006 es modifica, d'alguna manera, el bloc de la constitucionalitat en superar la formulació de l'article 9.23 de l'EAC de 1979 i concretar millor les competències i la seva distribució amb les de l'Estat.

L'article 125, en allò que ens interessa destacar, diu:

«1. Correspon a la Generalitat, en matèria de col·legis professionals [...] i altres corporacions de dret públic representatives d'interessos econòmics i professionals, la competència exclusiva, salvant el que estableixen els apartats 2 i 3. Aquesta competència, respectant el que disposen els articles 36 i 139 de la Constitució, inclou en tot cas:

3. La STC 330/1994, de 15 de desembre, en el recurs d'inconstitucionalitat contra la Llei 9/1992, de 30 d'abril, de mediació d'assegurances privades, diu: «dado que en la ley se limita considerablemente la dimensión pública que tenían estos colegios [de mediadores] paralelamente el nivel de lo básico ha de ser reducido».

- a. La regulació de l'organització interna, del funcionament i del règim econòmic, pressupostari i comptable, i també del règim de col·legiació i adscripció, dels drets i deures de llurs membres i del règim disciplinari.
 - b. La creació i l'atribució de funcions.
 - c. [...]
2. Correspon a la Generalitat la competència compartida sobre la definició de les corporacions a què fa referència l'apartat 1 i sobre els requisits per a crear-ne i per a ésser-ne membre.
3. [...]
4. Correspon a la Generalitat, respectant les normes generals sobre titulacions acadèmiques i professionals i el que disposen els articles 36 i 139 de la Constitució, la competència exclusiva sobre l'exercici de les professions titulades, que inclou en tot cas:
- a. La determinació dels requisits i les condicions d'exercici de les professions titulades, i també dels drets i les obligacions dels professionals titulats i del règim d'incompatibilitats [...].»

3. LES LLEIS DE COL·LEGIS PROFESSIONALS DE L'ESTAT I DE CATALUNYA

L'única regulació legal d'àmbit estatal vigent en matèria de col·legis professionals és la continguda en la Llei 2/1974, de 13 de febrer, de col·legis professionals. Es tracta, per tant, d'una llei preconstitucional que va haver de ser modificada el 28 de desembre de 1978 per adequar-la a la nova realitat jurídica i que, més tard, va ser objecte de diverses modificacions puntuals aprofitant l'aplicació de mesures liberalitzadores: Reial decret llei

5/1996, de 7 de juny, de mesures liberalitzadores en matèria de sòl i de col·legis professionals; Llei 7/1997, de 14 d'abril, de mesures liberalitzadores, en matèria de sòl i de col·legis professionals; Reial decret llei 6/1999, de 16 d'abril, de mesures urgents de liberalització i increment de la competència, i Reial decret llei 6/2000, de 23 de juny, de mesures urgents d'intensificació de la competència en mercats de béns i serveis.

Totes aquestes modificacions legislatives tenen com a denominador comú l'intent de liberalitzar l'activitat professional que té el seu origen en l'Informe del Tribunal de Defensa de la Competència de juny de 1992, que li va encarregar el Govern de l'Estat per estudiar en quina mesura determinades pràctiques d'activitats professionals anaven en contra d'un «mercat flexible i competitiu».

El contingut d'aquestes reformes es pot sintetitzar en els aspectes següents:

a) Subjecció de l'exercici de les professions col·legiades al dret de la competència.

b) Reconversió de la funció col·legial de regular els honoraris mínims obligatoris a l'establiment d'honoraris merament orientatius.

c) Supressió dels honoraris en el visat deixant-ho al lliure acord de les parts.

d) Col·legiació única que permet l'exercici professional en tot el territori estant només inscrit a un sol col·legi.

e) Supressió del caràcter obligatori del cobrament d'honoraris professionals per mediació del col·legi.

La defensa de la competència continua sent avui un dels arguments principals per abordar la reforma legislativa en matèria

de col·legis professionals i que arriba al seu màxim exponent amb el Projecte de decret llei que està elaborant el Ministeri d'Economia en matèria de visats,⁴ el qual arriba a preveure que el treball professional, objecte de visat, el pot dur a terme un professional no col·legiat i que el visat el podrà expedir qualsevol col·legi professional «competent per raó de la matèria» diferent del d'adscripció del col·legiat, per la qual cosa vulnera l'àmbit competencial territorial dels col·legis professionals que garanteix l'article 13.1 de la Llei 2/1974.

Així mateix, les comunitats autònomes, que van assumir competències en matèria de col·legis professionals, han legislat sobre la matèria. No obstant això, aquesta regulació (estatal i autonòmica), lluny de clarificar la situació, va provocar una confusió amb la proliferació de col·legis professionals, abans inexistents, molts dels quals obeïen més aviat a interessos representatius de determinats col·lectius que a les exigències constitucionals.

A Catalunya, el Parlament va aprovar la Llei 7/2006, de 31 de maig, de l'exercici de les professions titulades i dels col·legis professionals, que va derogar l'anterior Llei 13/1982, de 17 de desembre. Aquesta Llei, per primera vegada, regula els requisits i les condicions que s'han de complir per tal de constituir un col·legi professional, posant d'aquesta manera ordre en aquest àmbit i expulsant del model col·legial aquelles entitats que no reuneixen les condicions i els requisits. Alhora, regula un tercer gènere entre col·legi professional i associació: les anomenades *associacions professionals*, que pretén introduir —segons l'exposició

4. Projecte de reial decret, de 30 d'abril de 2010, sobre obligacions de visat col·legial de treballs professionals, publicat al web del Ministeri d'Economia i Finances.

de motius— un element de flexibilitat en el sistema organitzatiu de les professions titulades i constitueix una alternativa a l'organització col·legial en els casos en què no s'aprecien motius que justifiquin suficientment la integració obligatòria dels professionals en una corporació de dret públic.

Amb la formulació de l'article 37, el legislador català només concep la creació de col·legis professionals d'adscripció obligatòria per a l'exercici de les professions de les quals es requereix títol universitari oficial i en les quals concorrin motius d'interès públic que ho justifiquin, a més d'una especial rellevància social o econòmica de les funcions inherents a la professió, positivitzant, així, la doctrina del Tribunal Constitucional.⁵ L'adscripció voluntària a un col·legi professional impedeix l'exercici efectiu de les funcions públiques com ara l'ordenació de la professió i la deontologia, per la qual cosa passen a ser meres associacions.

4. LA DIRECTIVA DE SERVEIS EN EL MERCAT INTERIOR

La Directiva 2006/123/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis en el mercat interior (DSMI), coneguda col·loquialment com a Directiva *Bolkenstein*, estableix un marc jurídic basat en la supressió de les barreres al funcionament del mercat interior dels serveis, de caràcter transversal, que —en paraules de Luciano

5. STC de 10 d'abril de 1986, que analitza la Llei de creació del Col·legi de Psicòlegs de Catalunya; STC 89/1989, d'11 de maig; STC 194/1998, d'1 d'octubre (FJ 5), entre d'altres.

Parejo—⁶ posa sota sospita de restricció indeguda qualsevol regulació jurídicopública de l'accés al mercat de les activitats de serveis o de l'exercici d'aquestes, i implica una reconversió radical del sistema administratiu del control de les activitats de serveis. La tesi defensada per Parejo consisteix a mantenir que la Directiva no solament compleix els seus objectius sinó que fins i tot ultrapassa l'habilitació que invoca que s'hauria de limitar a facilitar l'accés a les activitats de serveis en el mercat comú interior i que respon a una decisió política sense una base competencial clara que la sustenti, desconeixent el principi de subsidiarietat-proporcionalitat propi de la Unió Europea.

Tenint en compte l'obligatorietat d'execució de la Directiva, que afectaria en un moment delicat en ple curs de recessió de l'economia, només es podia esperar prudència i cautela per part del Govern de l'Estat, diu Parejo. No obstant això, les darreres lleis aprovades: la Llei 17/2009, de 23 de novembre, sobre el lliure accés a les activitats de serveis i el seu exercici, més coneguda com a *Llei paraguàies*, que transposa parcialment la DSMI, i la Llei 25/2009, de 22 de desembre, de modificació de diverses lleis per a la seva adaptació a la Llei de transposició, aposten per aprofitar intensivament el marc comunitari en idèntica direcció, reincidenten en el seu enfocament transversal i suposen una clara pertorbació de l'ordre constitucional intern.

Amb tot, la DSMI no restringeix la capacitat dels estats membres d'imposar als prestadors de serveis que es desplacin d'un estat a l'altre requisits que es troben justificats per raons

6. PAREJO ALFONSO, Luciano. «La Directiva Bolkenstein y la Ley Paraguas: ¿Legítima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado “autoritario”?». *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 32.

d'ordre públic, seguretat pública, salut pública o protecció del medi ambient (ex art. 16.2). Quant a la lliure prestació de serveis, únicament es pot restringir mitjançant regulacions justificades per l'interès general, en la mesura que aquest interès no es trobi ja salvaguardat per normes a les quals el prestador es troba subjecte en l'estat en què estigui establert. En el cas que ens ocupa, l'obligatorietat d'adscripció a un col·legi professional es tradueix, en la DSMI, en un règim d'autorització el qual ja es trobava regulat en el nostre ordenament jurídic intern a través del règim de col·legiació obligatòria a què la mateixa Directiva es refereix en diferents preceptes.

Per la seva banda, el Consell d'Estat, en el seu Dictamen 779/2009 a l'Avantprojecte de llei òmnibus, denuncia, també, l'excés de la reforma legislativa interna operada per la llei amb l'excusa d'adequar-la a la DSMI. Així i amb referència a la modificació de la Llei 2/1974, de 13 de febrer, de col·legis professionals, diu que la magnitud de la reforma és considerable ja que afecta gairebé tots els seus preceptes i n'introdueix d'altres, sense que moltes d'aquestes modificacions siguin exigides directament per la DSMI, i posa com a exemple la prohibició de poder fixar honoraris professionals (art. 14 de la Llei de col·legis) quan la DSMI només restringeix l'exercici de les activitats a l'exigència de «tarifes obligatòries mínimes o màximes» (art. 15.2.g DSMI).

5. EL CONFLICTE COMPETENCIAL SUSCITAT PER LA PROMULGACIÓ DE LA LLEI ÒMNIBUS

Amb la promulgació de la Llei 25/2009, de 22 de desembre, de modificació de diverses lleis per a la seva adaptació a la Llei

sobre el lliure accés a les activitats de serveis i al seu exercici, es modifica la Llei (estatal) 2/1974, de 13 de febrer, de col·legis professionals i es preveu:

a) Que la determinació de quines professions requeriran per al seu exercici la col·legiació obligatòria es farà en una llei estatal, consultades prèviament les comunitats autònomes.

b) Que les organitzacions col·legials hauran d'elaborar una memòria anual, la qual faran pública els respectius consells generals o superiors, i que els consells autonòmics i els col·legis territorials hauran de facilitar als seus respectius consells generals o superiors la informació necessària per elaborar la memòria.

c) Que el Govern de l'Estat determinarà, mitjançant un reial decret, quins treballs professionals han de ser visats pels col·legis de professions tècniques.

d) La prohibició que els col·legis professionals estableixin barems orientatius i qualsevol altra orientació, recomanació, directriu, norma o regla sobre honoraris professionals, llevat dels destinats a la taxació de costes i a la jura de comptes dels advocats, fins i tot pel que fa a l'assistència jurídica gratuïta.

Per tal de donar cobertura a les esmentades disposicions, la Llei invoca les competències de l'Estat per dictar les bases del règim jurídic de les administracions públiques de l'article 149.1.18 CE i per a la regulació de les condicions d'obtenció, expedició i homologació de títols professionals de l'article 149.1.30 CE.

El Departament de Justícia, considerant que aquestes previsions de la Llei òmnibus poden vulnerar l'article 125 de l'Estatut d'autonomia, en virtut del qual correspon a la Generalitat la competència exclusiva en matèria de col·legis professionals respectant el que disposen els articles 36 i 139

CE, així com també sobre l'exercici de les professions titulades, respectant les normes generals sobre titulacions acadèmiques i professionals, va sol·licitar, a través del Govern, el Dictamen preceptiu del Consell de Garanties Estatutàries (art. 76.3 de l'EAC i art. 16.2.a, 31 i concordants de la Llei 2/2009, de 12 de febrer, del CGE), amb caràcter previ a la interposició d'un possible recurs d'inconstitucionalitat.

Al seu torn, el Consell de Garanties Estatutàries va emetre el Dictamen 4/2010, d'11 de març, en virtut del qual conclou que son inconstitucionals els apartats cinquè, onzè, tretzè i catorzè de l'article 5, així com la disposició final primera, tots de la Llei òmnibus 25/2009, en entendre que vulneren les competències de la Generalitat previstes en l'article 125.1.a i b i 4.a de l'EAC. Aquest Dictamen va ser aprovat per majoria dels seus membres, amb dos vots particulars formulats pel seu president, Sr. Eliseo Aja, i pel conseller Sr. Pere Jover.

El Dictamen recorda que l'excepció de l'autorització al principi de llibertat contingut en la DSMI versa sobre el règim de serveis i no sobre els col·legis professionals, si bé el fet d'estar inscrit en un col·legi professional té una incidència per poder exercir una activitat. En aquest sentit, l'article 10 de la DSMI conté diversos criteris sobre el règim d'autoritzacions: que no siguin discriminatòries, que estiguin justificades per una raó imperiosa d'interès general, que siguin proporcionades a aquest interès general, etc. En qualsevol cas, quant a les condicions per a la concessió de l'autorització, «no qüestiona el repartiment de competències locals o regionals de les autoritats de l'Estat membre habilitades per a la seva concessió» (ex art. 10.7 DSMI).

Segons aquest Dictamen: «La jurisprudència comunitària remet a l'autonomia institucional dels estats membres la determinació de quines han de ser les administracions i quins els òrgans competents de la seva organització interna, encarregats de l'execució i l'aplicació del dret comunitari. [...] En coherència amb aquesta doctrina, el Tribunal Constitucional ha assenyalat que l'execució del dret comunitari s'ha de fer respectant la distribució de competències establerta en la Constitució i els estatuts d'autonomia», que té el seu reflex en l'article 113 EAC quan estableix que «correspon a la Generalitat el desplegament, l'aplicació i l'execució de la normativa de la Unió Europea quan afecti l'àmbit de les seves competències». I l'article 189.1 EAC diu: «L'existència d'una regulació europea no modifica la distribució interna de competències que estableixen la Constitució i aquest Estatut».

És en aquest punt on s'haurà de determinar si la transposició de la DSMI i l'adaptació de la Llei de col·legis professionals respecten el repartiment competencial derivat de l'anomenat *bloc de la constitucionalitat*.

Els preceptes de la Llei òmnibus dels quals es proclama la inconstitucionalitat es dicten a l'empara de l'article 149.1.18 i .30 de la CE.

Quant a l'apartat 30 de l'article 149.1 CE, no pot ser invocat com a títol competencial ja que es refereix únicament a condicions d'obtenció, expedició i homologació de títols però no a la regulació de l'exercici professional, mentre que l'article 125.4.a de l'EAC es refereix expressament a «la determinació dels requisits i les condicions d'exercici de les professions titulades». En aquest sentit, el Dictamen recorda

que el Tribunal Constitucional ha declarat que la subjecció a determinades condicions o el compliment de certs requisits per poder exercir una determinada activitat professional és diferent de la creació d'una professió titulada. L'exigència d'aquests requisits d'autorització no és equiparable a la regulació de títols professionals a què es refereix l'article 149.1.30 CE.⁷

Més dificultat d'interpretació presenta, a parer nostre, la invocació de l'article 149.1.18 CE, referent a les bases del règim jurídic de les administracions públiques, que, com hem dit, es construeix com a fonament per defensar la competència estatal després d'haver descartat els articles 36 i 139 CE en no ser títols d'atribució de competències. Certament, ja per si mateixa és difícil acomodar la competència bàsica estatal referida al règim jurídic dels col·legis professionals a través d'aquest títol competencial que es refereix a les administracions públiques; normes bàsiques les quals «no només han de ser reduïdes en aquest punt a aspectes molt puntuals sinó que han de dur a terme un simple paper de vinculació negativa ja que qualsevol orientació positiva suposaria desconèixer la potestat autonòmica d'autoorganització que ni tan sols es nega als ens locals».⁸ Pel que fa al règim jurídic de l'ordenació de les administracions de les comunitats autònomes —excloent-ne la matèria de la funció pública—, difícilment es podrà parlar d'una directriu o orientació estatal en un sentit determinat.

Ara bé, considerant la reiterada i pacífica doctrina constitucional ja citada, hem d'acceptar finalment que l'Estat

7. STC 122/1989, de 6 de juliol.

8. LISSET I BORRELL, Francesc. «Comentaris a l'article 10.1.1 de l'EAC (79)». Es refereix a la STC de 5 d'agost de 1983, FJ 38.

té competències per dictar les bases del règim jurídic dels col·legis professionals com a ens assimilables, per naturalesa, a les administracions públiques. En qualsevol cas, d'acord amb aquesta mateixa doctrina, l'espai bàsic reservat constitucionalment a l'Estat no inclou tota la matèria «col·legis professionals», sinó només determinades matèries, concretament els àmbits relatius als aspectes fonamentals de l'organització i la competència dels ens professionals, però no és competent per fixar la totalitat dels aspectes bàsics del règim jurídic de les organitzacions professionals de l'article 36 CE, com reconeix la STC 76/1983.

En aquest mateix sentit i en coherència amb la interpretació constitucional, l'article 125.2 de l'EAC prescriu que «correspon a la Generalitat la competència compartida sobre la definició de les corporacions a què fa referència l'apartat 1 i sobre els requisits per a crear-ne i per a ésser-ne membre». Recordem que l'apartat 1 atribueix a la Generalitat la competència exclusiva, respectant el que disposen els articles 36 i 139 CE: a) la regulació de l'organització interna, del funcionament i del règim econòmic, pressupostari i comptable, i també del règim de col·legiació i adscripció, dels drets i deures de llurs membres i del règim disciplinari.

I aquí és on rau, a parer meu, la diferent percepció que, de l'abast del títol competencial, tenen els membres majoritaris del CGE i els consellers que han emès el vot particular, en especial el del seu president. La diferència sembla versar sobre l'abast de la competència per establir les bases del règim jurídic dels col·legis professionals. Mentre la majoria interpreta que en la fixació de criteris bàsics en matèria d'organització i competència de les corporacions públiques professionals no es troba inclòs el

règim d'adscripció col·legial, ni el règim general dels col·legis professionals, el vot particular, discrepant de la majoria, sosté que el paràmetre de constitucionalitat aplicable al cas està integrat pels articles 149.1.8 CE i 125.2 EAC, d'acord amb els quals a l'Estat li correspon la competència bàsica, en la qual es trobaria la competència per establir la col·legiació obligatòria, i a la Generalitat, el desenvolupament legislatiu i l'execució en matèria de col·legis professionals. El vot particular del Sr. Jover, tot i acceptant que l'Estat té títol habilitant per dictar les bases de la col·legiació obligatòria, conclou que el legislador estatal s'ha excedit en els límits per establir un «mínim comú normatiu», cosa que vulnera l'article 111 de l'EAC.

És cert que la Llei 7/1997, de 14 d'abril, incorpora com a bàsics diversos preceptes de la Llei de col·legis professionals de 1974, entre els quals l'article 3.2, que determina l'obligatorietat d'adscripció per a l'exercici de les professions col·legiades, però no es menys cert que l'article 125.1.a EAC atorga competència exclusiva a la Generalitat per regular el règim de col·legiació i adscripció, competència que s'ha de complementar amb l'apartat 2 quan atribueix a la Generalitat la competència compartida sobre la definició de les corporacions a què fa referència l'apartat 1, i sobre els requisits per crear-ne i per ser-ne membre. En virtut d'aquesta competència, l'article 37 de la Llei catalana 7/2006, de col·legis professionals, estableix, per primera vegada a l'Estat espanyol, els requisits per crear un col·legi professional. L'article 38 de la mateixa Llei es refereix al règim d'adscripció obligatòria per a l'exercici de les professions col·legiades «en els termes establerts en la legislació vigent», i la legislació vigent era, fins a la promulgació de la Llei òmnibus, l'article 3.2 de la Llei 2/1974, en

la seva darrera versió, quan prescriu que «és requisit indispensable per a l'exercici de les professions col·legiades trobar-se incorporat al Col·legi corresponent», precepte que té el caràcter de bàsic a l'empara de l'article 149.1.18 CE. Per tant, l'Estat ja no tindria marge competencial per dictar el règim jurídic en matèria de col·legis professionals en allò que afecta el règim d'adscripció.⁹

Una altra interpretació, més generosa, seria entendre que l'Estat encara podria definir les bases sobre els requisits per crear-ne i per ser-ne membre (art. 125.2 EAC) en la línia que ha fet el legislador català en l'article 37.1 de la Llei 7/2006, es a dir: títol universitari oficial i professions en les quals concorrin motius d'interès públic que ho justifiquin i una especial rellevància social o econòmica de les funcions inherents a la professió que, en definitiva, són els mateixos que la doctrina del Tribunal Constitucional ha anat recollint en les sentències esmentades. En qualsevol cas, la regulació bàsica hauria de deixar marge suficient a les comunitats autònomes per al desenvolupament legislatiu. Més enllà d'aquestes facultats, estaria vedat al legislador estatal concretar quines determinades professions titulades han de ser d'adscripció col·legial obligatòria —com pretén amb la modificació operada per la Llei òmnibus— ja que aquesta competència, com hem dit, correspon al legislador català respectant allò que disposen els articles 36 i 139 CE. I el respecte a aquests preceptes constitucionals no s'infringeix sota el pretext del principi d'igualtat ja que, com ha sostingut el Tribunal Constitucional en seu d'un recurs d'empara contra l'obligatorietat d'adscripció col·legial, és possible constitucionalment que

9. Criteri mantingut, també, per l'advocat de la Generalitat en l'escrit d'oposició al recurs d'inconstitucionalitat contra la Llei 7/2006, de col·legis professionals.

cada comunitat autònoma pugui decidir com exercir les seves competències «si como es lógico, de dicho ejercicio derivan desigualdades en la posición jurídica de los ciudadanos residentes en cada una de las distintas Comunidades Autónomas, no por ello resulta necesariamente infringido el principio de igualdad».¹⁰

Finalment i davant el conflicte competencial generat per la Llei òmnibus, el Govern de la Generalitat ha optat per iniciar el procés de negociació previst en l'article 33.2 de la Llei orgànica del Tribunal Constitucional en el si de la Subcomissió de Seguiment Normatiu, Prevenció i Solució de Conflictes de la Comissió Bilateral Generalitat-Estat, destinat a resoldre les discrepàncies competencials suscitades abans d'interposar el corresponent recurs d'inconstitucionalitat.

En paral·lel, el Govern de la Generalitat va presentar al Parlament un projecte de llei de bases de delegació en el Govern per a l'adequació de normes amb rang de llei a la Directiva 2006/133/CE, que es va aprovar en el Ple del Parlament com a Llei 5/2010, de 26 de març.¹¹ En virtut d'aquesta delegació, el Govern està elaborant un projecte de decret legislatiu de modificació de diverses lleis per a la seva adequació a la DSMI, entre les quals es troba la Llei 7/2006, de 31 de maig, de l'exercici de les professions titulades i dels col·legis professionals.

10. STC 217/2003, d'1 de desembre, contra la col·legiació obligatòria dels secretaris, interventors i tesorers de l'Administració local. El recurrent addueix que en algunes comunitats autònomes és excepció l'obligació de col·legiació per al personal al servei de les administracions públiques.

11. DOGC de 6.04.2010.

6. CONSIDERACIONS FINALS

Des del Departament de Justícia s'ha valorat molt positivament el procés de transposició de la DSMI i de l'adaptació de la normativa de col·legis professionals en la línia de promoure la seva modernitat i els principis de defensa dels interessos dels ciutadans, usuaris dels serveis professionals, principis que ja es trobaven incorporats en la Llei 7/2006; però en cap cas es pot, en nom d'aquest desitjable procés, vulnerar les competències de la Generalitat i al mateix temps incloure en la regulació aspectes que no són objecte de la Directiva comunitària.

És cert que algunes professions titulades gaudeixen de protecció constitucional i que algunes no compleixen els requisits mínims per ser professions col·legiades i, per tant, per merèixer la consideració de corporacions de dret públic. El panorama en l'organització col·legial de Catalunya no és gaire diferent del de la resta de comunitats autònomes i es va produir, en un moment determinat, el fenomen de la «inflació» en la creació de col·legis professionals, que va ser la causa, en bona part, de la deformació de la institució en la creació d'alguns col·legis que obeïen a instàncies merament representatives.

Conscient d'això, el legislador català va incorporar a la Llei 7/2006 una disposició transitòria sisena en virtut de la qual el Govern pot obrir un procés de revisió de l'organització col·legial de Catalunya atenent als nous requisits de creació, i adoptar mesures de suport i de foment per a la conversió voluntària dels col·legis professionals en associacions professionals o per facilitar el procés de fusió entre col·legis professionals.

Els col·legis professionals han de fer un esforç per superar vells privilegis, més propis del passat, i per endegar un procés de renovació que permeti situar-los en un model col·legial modern i eficaç, propi del segle XXI, en què les exigències de l'exercici de les funcions públiques, com a garants de la bona praxi professional, es faci de forma prioritària, sense oblidar, però, els fins privatis orientats a oferir els millors serveis als col·legiats, els quals, directament o indirecta, també repercuteixen en la qualitat de la prestació del servei, en garantia dels usuaris.

COL·LOQUI POSTERIOR A LES PONÈNCIES PRESENTADES

Moderador:

MIQUEL SÀMPER RODRÍGUEZ

Degà del Col·legi d'Advocats de Terrassa

Les intervencions del col·loqui de la primera sessió van aprofundir les matèries tractades en les ponències precedents, de rerefons clarament europeu. L'atenció es va fixar, amb caràcter general, en l'elaboració, l'aplicació i el control del dret comunitari, i específicament es va incidir, d'una banda, en el paper que podien tenir les comunitats autònomes (*regions europees*, en la terminologia del dret comunitari) després del Tractat de Lisboa en aquests àmbits i, de l'altra, en la regulació dels col·legis professionals, principalment arran del nou marc normatiu derivat de l'obligada transposició de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis en el mercat interior, anomenada Directiva Bolkenstein (en endavant, Directiva).

Quant a aquesta última temàtica, es va posar èmfasi en la conflictivitat constitucional generada arran de la legislació estatal derivada de la Directiva, i que s'ha palesat en el Recurs d'inconstitucionalitat núm. 6851-2010, en relació amb diversos preceptes de la Llei 25/2009, de 22 de desembre (Llei òmnibus), plantejat per la Generalitat de Catalunya. D'altra banda, també es va fer esment de l'elaboració, en aquell moment, d'un decret legislatiu, per a l'adequació de les normes amb rang de llei a la

Directiva, en compliment del mandat de la Llei del Parlament de Catalunya 5/2010, de 25 de març, i de la situació de desorientació dels col·legis professionals, en aquesta etapa transitòria, sobre la necessitat d'adaptar els seus estatuts a la Llei òmnibus estatal sense esperar la modificació de la Llei catalana 7/2006, de 31 de maig, de col·legis professionals. El decret legislatiu esmentat, en tràmit d'elaboració en aquells moments, i coordinat pel Departament d'Economia, va veure la llum com a Decret legislatiu 3/2010, de 5 d'octubre, per a l'adequació de normes amb rang de llei a la Directiva 2006/123/CE del Parlament i del Consell, de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis en el mercat interior.

Aquesta situació normativa va emmarcar també la resta de qüestions plantejades. En aquest sentit, des de l'auditori es va mostrar la disconformitat respecte de la prohibició o supressió de la funció dels col·legis professionals quant a fixar barems orientatius mínims dels honoraris prevista a la Llei òmnibus de l'Estat, que —es va dir— anava més enllà de les previsions de la Directiva. Al mateix temps, es va voler remarcar que la previsió d'uns honoraris professionals mínims constituïa no un greuge sinó, precisament, una garantia per al ciutadà. Com a conseqüència d'això anterior, es va mostrar també una certa preocupació sobre quina seria l'actuació de l'Autoritat Catalana de la Competència davant de la regulació estatal, a manca encara de normativa catalana específica sobre la matèria.

En el mateix ordre de coses, es va fer referència al grau d'afectació de la Llei òmnibus estatal a la mobilitat dels professionals en l'àmbit de la Unió Europea i al paper de control assignat als col·legis professionals. El ponent va fer notar la necessària distinció entre la prestació ocasional de

serveis i l'establiment. La primera comportaria, exclusivament, una comunicació del professional al col·legi receptor. El segon exigiria el compliment dels requisits propis de l'Estat receptor perquè es pugui dur a terme l'exercici professional. En el cas de l'advocacia —es va dir— calia tenir en compte, a més, l'existència i l'aplicació de la normativa europea específica existent en la matèria.

Pel que fa a les intervencions suscitées per la primera ponència, van girar a l'entorn de dos temes que tenen plasmació expressa en l'Estatut d'autonomia de Catalunya: en primer lloc, la participació del Parlament de Catalunya en els procediments de control del principi de subsidiarietat i proporcionalitat en relació amb les propostes legislatives europees; i, en segon lloc, l'accés directe de la Generalitat de Catalunya al Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE). Efectivament, quant a la primera qüestió, el ponent es va referir a la previsió expressa de l'article 188 EAC, que es va fer ressò de la discussió, en el procés d'elaboració del Tractat de Lisboa, de la presa en consideració del nivell regional de govern dels estats en la definició del principi de subsidiarietat i que va desembocar en l'article 5.3 TUE. Tot i això, també va manifestar que la determinació de l'abast de la participació pertocava a cada estat membre i que, per tant, la participació podia variar molt en funció de la sensibilitat d'aquest en relació amb l'estructura composta interna. Enfront de la participació escassa i pràcticament ineficaç dels parlaments autonòmics prevista en la Llei 24/2009, de 22 de desembre, de modificació de la Llei 8/1994, de 19 de maig, per la qual es regula la Comissió Mixta per a la Unió Europea, per a la seva adaptació al Tractat de Lisboa, el ponent va contraposar el cas d'Alemanya,

on la participació dels *länder* —va sostenir— s'estén fins i tot a la ratificació dels tractats, sobre els quals aquests territoris poden exercir una mena de dret de vet.

Amb relació al segon dubte plantejat, relatiu a la possibilitat d'accés directe de les comunitats autònomes al Tribunal de Justícia de la Unió Europea, el ponent va voler palesar que, tal com l'Estatut d'autonomia reconeix, la seva articulació es feia «en els termes que estableixi la normativa europea» i, per tant, la determinació de les condicions d'aquest accés no constituïa una qüestió interna dels estats sinó del dret comunitari europeu. Amb referència a això, la Unió Europea havia estat enormement restrictiva a l'hora d'admetre que les entitats subestamentals poguessin recórrer utilitzant, per exemple, l'acció de nul·litat contra normes de la Unió que afectessin les seves competències o interessos. En aquest sentit, tradicionalment, la legitimació de les entitats territorials s'havia admès en els mateixos termes que la legitimació dels particulars, és a dir, si es produïa una afectació directa i individual, i el Tribunal de Justícia de la Unió havia interpretat de manera enormement restrictiva aquestes condicions de legitimació. La novetat introduïda pel Tractat de Lisboa, l'eficàcia de la qual calia veure a mitjà termini, s'adreçava a flexibilitzar, en determinats casos, aquestes condicions; en concret, quan es tractés d'actes no legislatius, exigint que hi hagués afectació directa, sense però que hagués de ser individual, la qual cosa significava una certa obertura en les condicions d'accés de les comunitats autònomes al TJUE. Enllaçant amb l'objecte de la segona ponència, es va fer constar que els col·legis professionals podien utilitzar la mateixa via d'accés al Tribunal

de Justícia que els particulars, complint les seves mateixes condicions de legitimitat.

Com a colofó del col·loqui es va fer menció del principi de primacia del dret comunitari, que —es va dir— constituïa el cor i un dels problemes essencials de la construcció europea. L'afirmació d'aquest principi, com havia fet el Tribunal de Justícia des del primer moment, era la garantia de l'existència d'un dret de la Unió Europea d'aplicació uniforme en tot el seu territori. I això adquiria una rellevància especial en l'aplicació i el desenvolupament del dret comunitari en l'interior dels estats membres que podia afectar o, fins i tot, vulnerar els drets fonamentals reconeguts per les constitucions d'aquests estats. Per fer front a la necessària consideració dels drets fonamentals es va incloure la previsió en el Tractat de Lisboa de l'adhesió de la Unió al Conveni europeu de protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals, i es va produir la incorporació, amb eficàcia plena, i amb el mateix valor que els tractats originaris, de la Carta dels Drets Fonamentals de la Unió Europea. Aquesta última vincula totes les institucions europees i, per tant, també el Parlament i el Consell, a l'hora d'elaborar i aprovar la seva normativa.

III

SEGONA SESSIÓ

1. DICTÀMENS DE LA COMISSIÓ JURÍDICA ASSESSORA EN MATÈRIA DE DRET PÚBLIC I DRET PRIVAT

Ponent:
ELADI CREHUET SERRA
Notari

Sumari: 1. La Comissió Jurídica Assessora. 1.1. Antecedents. 1.2. Regulació actual. 1.3. Funcions: dictàmens preceptius i consultius. 2. Avantprojectes en matèria de dret públic i de dret privat durant el període republicà. 2.1. Avantprojectes de dret públic. 2.2. Avantprojectes de dret privat. 3. Dictàmens en matèria de dret públic i de dret privat en el període actual

1. LA COMISSIÓ JURÍDICA ASSESSORA

1.1. Antecedents

Recentment es va celebrar el 75è aniversari de la creació de la Comissió Jurídica Assessora, que es va constituir mitjançant Decret de 24 d'octubre de 1932, i el 30è aniversari del seu restabliment, que va tenir lloc el 17 d'octubre de 1978, mitjançant un decret signat pel president Tarradellas. L'actual Comissió Jurídica Assessora és, per tant, continuadora de la creada l'any 1932 —així ho proclama expressament l'article 7

del darrer decret citat—, si bé les seves funcions, com de seguida veurem, no són exactament les mateixes.

La Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat de Catalunya, reconeguda per l'Estatut vigent com l'alt òrgan consultiu del Govern de la Generalitat, va ser creada, per tant, un mes després que les Corts constituents de la Segona República aprovessin l'Estatut de Catalunya de 15 de setembre de 1932. Tal com va recordar l'actual president de la Comissió, el senyor Tomàs Font, en el discurs pronunciat durant l'acte commemoratiu del 75è aniversari de la creació de la Comissió, celebrat al Palau de la Generalitat el dia 13 de maig de 2008, aquest nou organisme naixia seguint el model i la denominació de la Comisión Jurídica Asesora instaurada pel Govern de la República, sent ministre de Justícia Fernando de los Ríos, fins al punt que el Decret català de 24 d'octubre de 1932 i el seu preàmbul transcriuen quasi literalment el preàmbul i una bona part dels articles del Decret de 6 de maig de 1931, que havia creat la Comisión Jurídica Asesora espanyola.

Així doncs, la Comissió es va constituir com una autèntica comissió catalana de codificació, que tindria un paper clau en el desplegament normatiu de l'autogovern català. El decret de creació atribuï a la Comissió, entre altres funcions, la de formular l'Avantprojecte de la llei civil catalana (tasca que fins aquell moment havia estat encomanada a la Comissió de l'Apèndix del Dret Civil Català), la d'elaborar estudis dels projectes de llei que el Govern de la Generalitat li encomanés, així com els que per iniciativa pròpia estimés convenient preparar, i la d'evacuar informes sol·licitats pel Govern sobre qüestions d'ordre especial i concret.

D'acord amb aquestes funcions encomanades, la Comissió va elaborar, com de seguida veurem, els avantprojectes de llei més importants que van ser aprovats pel Parlament de la Generalitat republicana. En aquest punt és de justícia citar el molt complet i meritori treball elaborat pels professors Esther Arroyo i Jaume Ribalta sobre la història i l'obra legislativa desenvolupada per la Comissió Jurídica Assessora durant la Segona República espanyola (1932-1939), que serà publicat properament i que, sens dubte, constituirà una obra de referència en aquesta matèria.

La Comissió restablerta l'any 1978 tingué, especialment durant els primers anys de vida, un paper impulsor de la institucionalització jurídica de la Generalitat de Catalunya. Posteriorment, però, la Comissió s'ha anat concentrant en tasques dictaminadores sobre projectes normatius del Govern, especialment a partir de la Llei 3/1985, de 15 de març, de reorganització de la Comissió, i del Decret legislatiu 1/1991, de 25 de març, que va aprovar la refosa de les normes que regulaven la Comissió.

1.2. Regulació actual

Actualment, la Comissió Jurídica Assessora es regeix essencialment per la Llei 5/2005, de 2 de maig, i pel Decret 69/2006, d'11 d'abril, d'aprovació del Reglament d'organització i funcionament de la Comissió. Aquestes normes han consolidat, tal com es diu al preàmbul de la primera, la funció de la Comissió com a òrgan consultiu, objectiu i independent de les administracions catalanes.

L'any 2007, la Generalitat de Catalunya va editar un llibre de gran utilitat en el qual, a banda de la Llei i el Decret citats,

es reproduïx l'article 72.1 del vigent Estatut d'autonomia de Catalunya, que, amb el títol «Òrgans consultius de la Generalitat», estableix que la Comissió Jurídica Assessora és l'alt òrgan consultiu del Govern, i que una llei del Parlament en regula la composició i les funcions. També s'hi recullen la Resolució PRE/1050/2007, de 4 d'abril, per la qual es disposa la publicació de la relació actualitzada de disposicions que estableixen la sol·licitud preceptiva del dictamen de la Comissió i, com a annex, una guia per sol·licitar el dictamen de la Comissió. Aquest recull de normes va precedir d'una presentació feta pel president de la Comissió, senyor Tomàs Font, que justifica l'oportunitat de la publicació per la voluntat d'acostar la Comissió Jurídica Assessora a tota la ciutadania i, en particular, als diversos sectors que hi estiguin interessats: administracions públiques, òrgans consultius de la resta de comunitats autònomes i de l'Estat, judicatura, advocacia, funció pública, investigadors i estudiants, entre d'altres.

1.3. Funcions: dictàmens preceptius i consultius

Les funcions de la Comissió Jurídica Assessora estan determinades, essencialment, pels articles 8 i 9 de la Llei 5/2005, de 2 de maig; funcions que, d'acord amb l'article 1.2 del text legal citat, la Comissió exerceix amb autonomia orgànica i funcional, per tal de garantir-ne l'objectivitat i la independència, d'acord amb l'Estatut d'autonomia i la Constitució. En aquest sentit, l'article 2 del Decret 69/2006, d'11 d'abril, precisa que aquest alt òrgan consultiu actua amb total independència dels òrgans als quals assessora, no està adscrit a cap departament de

la Generalitat i no està sotmès a cap instrucció ni relació de jerarquia. Tanmateix, atesa la necessitat d'establir una via de comunicació entre la Comissió i el Govern, l'actual Reglament regulador estableix que la Comissió es relaciona amb el Govern per mitjà del Departament de la Presidència.

D'acord amb l'article 26 del Reglament esmentat, la Comissió Jurídica Assessora dictamina sobre les matèries que la Llei reguladora li atribueixi i sobre totes les altres que resultin de l'ordenament jurídic, quan així ho sol·licitin el president o la presidenta de la Generalitat, el Govern o els seus consellers o conselleres, a través d'un escrit adreçat al president o presidenta de la Comissió.

Els dictàmens de la Comissió tenen caràcter preceptiu en els supòsits que preveu l'article 8 de la Llei 5/2005. Aquest article està estructurat en tres paràgrafs, el primer dels quals distingeix entre dictàmens preceptius i facultatius en dir que els dictàmens de la Comissió tenen caràcter preceptiu en els casos previstos als dos apartats següents del mateix precepte, i també en tots aquells casos en què així ho determini una norma amb rang de llei, i caràcter facultatiu en la resta dels casos. Aquest primer paràgraf de l'article 8 estableix, finalment, que els dictàmens de la Comissió no són vinculants, llevat que ho hagin de ser per llei. Com a exemples de dictàmens vinculants es poden citar els supòsits de revisió d'ofici d'actes administratius i reglaments, en els quals el dictamen de la Comissió és vinculant, d'acord amb l'article 102 de la Llei 30/1992, en la mesura que la revisió només pot ser acordada per l'òrgan competent amb el dictamen favorable previ de la Comissió. Tanmateix, malgrat que els dictàmens de la Comissió, per regla general, no vinculen l'òrgan que els

demana, aquest només es pot apartar del criteri de la Comissió si en fonamenta els motius (art. 13.6 Llei 5/2005).

El paràgraf segon de l'article 8 de la Llei estableix que correspon a la Comissió Jurídica Assessora dictaminar preceptivament sobre els projectes següents:

- «a) Els projectes de disposicions normatives que elabori el Govern en virtut de delegació legislativa.
- b) Els projectes de reglaments o de disposicions de caràcter general que es dictin per a desplegar les lleis o el dret comunitari i llurs modificacions.»

Finalment, el paràgraf tercer de l'esmentat article 8 de la Llei diu que és preceptiu el dictamen de la Comissió sobre els expedients de l'Administració de la Generalitat o de l'Administració local referents a les tretze matèries següents:

- «a) Reclamacions de responsabilitat patrimonial de les administracions públiques, la quantia de les quals sigui igual o superior a 50.000 euros. [S'ha de fer constar que anteriorment la quantia mínima estava establerta en 600 euros.]
- b) Recurs extraordinari de revisió, excepte en els casos de no admissió.
- c) Revisió d'ofici d'actes nuls de ple dret.
- d) Revisió d'ofici de disposicions administratives.
- e) Resolució i nul·litat de concessions i d'altres contractes administratius, en els casos que estableix la normativa de contractació administrativa.

- f) Creació de comarques i modificació de les demarcacions comarcals.
- g) Creació de municipis de règim especial.
- h) Alteració de termes municipals.
- i) Constitució, modificació i supressió d'entitats municipals descentralitzades.
- j) Acords que tinguin per finalitat autoritzar els actes socials i de disposició a què fa referència la normativa vigent sobre alienació de participacions públiques en determinades empreses.
- k) Procediments de municipalització en règim de monopoli de serveis.
- l) La modificació de figures de planejament urbanístic que tingui per objecte alterar la zonificació o l'ús urbanístic dels espais lliures, les zones verdes o els equipaments esportius considerats pel planejament urbanístic com a sistemes urbanístics generals o locals, en els supòsits i en els termes que estableix la legislació urbanística.
- ll) Qualsevol altra matèria que sigui competència de la Generalitat respecte a la qual les lleis estableixin l'obligació de demanar dictamen.»

Pel que fa als dictàmens de caràcter facultatiu —que, en principi, són tots els que no han estat citats a l'article 8 de la Llei o en altres lleis que estableixin la seva preceptivitat—, estan recollits a l'article 9 de la Llei, que diu que correspon a la Comissió Jurídica Assessora dictaminar sobre els supòsits següents si l'òrgan competent els sotmet a la seva consideració:

- «a) Els avantprojectes de llei i els projectes de reglaments i de disposicions de caràcter general que no inclou l'article 8.2.b.

- b) Els plecs de clàusules administratives de contractació de caràcter estàndard.
- c) Els procediments sancionadors d'especial rellevància.
- d) Els convenis que l'Administració de la Generalitat signa amb l'Administració de l'Estat o amb les administracions d'altres comunitats autònomes.
- e) Les ordenances municipals de caràcter estàndard.»

Aquest mateix article estableix que la Comissió Jurídica Assessora ha de respondre a les consultes que el Govern o les administracions, per mitjà del Govern, li adrecin, i que pot adreçar al Govern, per mitjà del departament amb el qual es relaciona, les propostes i els suggeriments que consideri convenients amb relació a l'ordenament jurídic català, atenent als problemes que detecti en exercici de la seva funció consultiva.

2. AVANTPROJECTES EN MATÈRIA DE DRET PÚBLIC I DE DRET PRIVAT DURANT EL PERÍODE REPUBLICÀ

Utilitzem aquesta classificació tot i ser conscients que les matèries classificades no sempre encaixen totalment dins de l'àmbit del dret públic o del dret privat; en més d'un cas, els avantprojectes i dictàmens que citarem es refereixen a matèries híbrides o que, tenint predominantment caràcter de dret públic, contenen també alguns components privatístics, i a l'inrevés. Un cop fet aquest aclariment, podem passar a examinar, en primer lloc, els avantprojectes elaborats per la Comissió Jurídica Assessora durant la Segona República i, per acabar, farem una breu referència als dictàmens de la Comissió en el període actual.

2.1. *Avantprojectes de dret públic*

Ja hem dit que la Comissió Jurídica Assessora va desplegar, essencialment, una important tasca codificadora durant el període republicà, tant en matèries de dret públic com de dret privat. Recentment, el Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya ha publicat una edició facsímil molt recomanable que recull en dos volums els avantprojectes elaborats per la Comissió Jurídica Assessora durant els anys 1933 i 1934. Fer un repàs de la considerable tasca legislativa desenvolupada per la Comissió en el transcurs de només dos anys suposa també —o, potser, sobretot— un exercici de memòria jurídica i històrica del tot convenient.

Dins d'aquest període cal esmentar, en primer lloc, l'Avantprojecte de Constitució de Catalunya, elaborat per la Secció Primera de la Comissió Jurídica Assessora. Aquest projecte estava dividit en 110 articles, agrupats en deu títols: «Disposicions generals», «Drets i deures dels catalans», «Família i propietat», «Generalitat de Catalunya» (que regulava amb detall les funcions del Parlament, del President de la Generalitat i del Consell Executiu), «Règim local», «Funció judicial», «Ensenyament», «Finances», «Conflictes de poders» i «Reforma de la Constitució». La publicació d'aquest avantprojecte anava acompanyada dels vots particulars de dos membres de la Comissió Jurídica Assessora, els senyors Enric Febrer i Maspons i Anglasesell; aquest darrer posava en dubte, en vista de l'Estatut i de la Constitució espanyola llavors vigents, que Catalunya pogués establir una Constitució i esmentava diversos exemples de països europeus —el país Ruthé del Sud dels Càrpats, les províncies dels Països

Baixos, que eren autònomes i no tenien Constitució— per concloure que Estatut autonòmic i Constitució són dues coses incompatibles. Aquest text, després de nombroses modificacions en seu parlamentària, acabaria sent aprovat per la Llei de 25 de maig de 1933, amb la denominació final d'Estatut interior de Catalunya, per contrast amb l'Estatut exterior, de 15 de setembre de 1932.

La Comissió Jurídica Assessora republicana elaborà també, durant els anys esmentats i dins de l'àmbit del dret públic, els avantprojectes següents:

a) Avantprojecte de Llei municipal de Catalunya, desenvolupat en 333 articles, agrupats en quinze títols, que anaven precedits d'una exposició de motius en què es feia constar que l'Avantprojecte s'inspirava en el principi fonamental de l'autonomia del municipi; s'establien diferents formes de governar els municipis, segons tinguessin més de 5.000 habitants, entre 500 i 5.000 o menys de 500; es regulaven, entre altres matèries, les mancomunitats de municipis, la població, l'empadronament, el carnet d'identitat, el règim electoral, la competència municipal, el referèndum municipal, les cartes municipals, els béns municipals, els funcionaris municipals i la responsabilitat dels gestors municipals. En canvi, no s'articulaven les finances municipals, «donada la impossibilitat de preveure el seu règim, fins i tant no es fixin les relacions entre la Hisenda local i la Generalitat i la d'aquesta amb la de l'Estat». Aquesta Llei fou aprovada, per parts, pel Parlament de Catalunya, els dies 14 d'agost de 1933, 5 de gener, 19 de febrer i 16 de juliol de 1934.

b) Avantprojecte de llei del Tribunal de Cassació de Catalunya, compost de 75 articles estructurats en nou títols,

precedits d'una exposició en què es destacava que aquest Avantprojecte desplegava l'article 11 de l'Estatut de Catalunya de 15 de setembre de 1932; que el Tribunal de Cassació havia de ser, al nostre territori, «la més alta expressió de la magistratura en les matèries civil i administrativa que li estan confiades en darrera instància». A l'Avantprojecte es regulava el nomenament dels magistrats per concurs i, en una de cada quatre vacants, per oposició; el Tribunal quedava estructurat en dues sales: una de Justícia Civil i una altra de Contenciosa Administrativa; es fixava la competència del Tribunal per raó de la matèria i s'establia un procediment definidor de la competència entre el Tribunal Suprem de la República i el de Cassació de Catalunya. La Llei creadora del Tribunal de Cassació de Catalunya fou aprovada pel Parlament el 10 de març de 1934.

c) Avantprojecte de la llei reguladora del procediment per a l'exercici dels drets de referèndum, formada per 16 articles, que regulava la manera de sotmetre a vot popular l'aprovació o el refús de propostes per a la dissolució del Parlament i establia, al seu article 2, que la proposta havia de ser feta pel president de la Generalitat o per iniciativa autoritzada pel 20% dels electors inscrits en votació pública. Aquest Avantprojecte fou objecte de dictamen per la Comissió de Justícia i Dret del Parlament, però no esdevingué llei.

d) Avantprojecte de llei electoral, desplegada en 67 articles estructurats en tretze títols diferents, en els quals es regulaven el sufragi actiu i passiu, el cens electoral, el carnet electoral, la divisió territorial per a les eleccions a diputats al Parlament, el nombre de diputats i de regidors (amb un mínim de 14 diputats per circumscripció), la jurisdicció electoral, el sistema electoral

(representació proporcional, per llistes), la votació, l'escrutini i la proclamació, la provisió de vacants, els recursos i les sancions penals. Aquest Avantprojecte topà, segons sembla, amb interessos contraposats dels diversos partits (entre els que defensaven el sistema majoritari i els que volien el sistema proporcional), i no arribà a ser llei.

e) Avantprojecte de la llei reguladora dels recursos en les vies governativa i contenciosa administrativa, integrat per 106 articles dividits en dos títols, relatius, respectivament, a la via governativa i a la contenciosa administrativa. Tot i que tampoc no va arribar a ser llei, les solucions que proposava en matèria de procediment administratiu avancen en molts anys el que després establiren la Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa de 1956 i la de procediment administratiu de 1958.

f) Avantprojecte de la llei reguladora de la procuradoria de Catalunya, composta de 20 articles, que regulava la composició i les funcions d'aquest òrgan, que, entre altres atribucions, tenia la de portar la veu de la Generalitat davant del Tribunal Suprem de l'Estat i defensar la competència del Tribunal de Cassació de Catalunya; representar i defensar l'Administració de la Generalitat, així com els ajuntaments catalans i els establiments i les institucions públiques de Catalunya, davant els Tribunals, i exercitar l'acció pública, en nom i a instància del Govern de la Generalitat. La Llei reguladora de la procuradoria de Catalunya fou finalment aprovada pel Parlament el 16 de juliol de 1936 i signada pel president Companys el 18 de juliol, el dia de la rebel·lió militar que iniciaria la Guerra Civil i acabaria, durant gairebé quaranta anys, amb les institucions catalanes.

2.2. Avantprojectes de dret privat

Durant el període republicà, la Comissió, a més d'algun avantprojecte que restà inacabat (el de prelación de fonts de dret civil), elaborà nou importants avantprojectes de llei en matèria de dret privat, una bona part dels quals, com veurem, es van arribar a promulgar com a lleis i, en el seu moment, van suposar un veritable impuls en pro de la modernització del nostre dret agrari, familiar i successori; modernització que quedà, com sabem, dramàticament interrompuda; són avantprojectes de llei que mereixerien formar part d'un possible museu de la memòria jurídica i històrica del nostre poble:

a) Avantprojecte de Llei sobre contractes de conreu, sol·licitat amb caràcter d'urgència pel conseller de Justícia, seguit d'un breu Avantprojecte de llei especial per a la solució dels conflictes pendents derivats dels contractes de conreu, anomenat *Llei petita*. El primer d'aquests avantprojectes, que tenia com a rerefons el desnonament dels rabassaires produït arran de la crisi de la fil·loxera, estava integrat per 125 articles estructurats en set capítols (disposicions generals, durada dels contractes, millores, revisions, dret d'adquisició, drets de tempteig, retracte i rescabament i concòrdia i arbitratge). L'Avantprojecte anava precedit d'una exposició, en la qual es feia constar que, d'acord amb l'article 11 de l'Estatut, la Generalitat tenia competència exclusiva sobre aquesta matèria; que els principis animadors de l'Avantprojecte eren la llibertat de contractació i l'equitat, i que la regulació de la durada dels contractes obeïa a l'aplicació d'aquests dos principis, amb la finalitat d'aconseguir la màxima estabilitat del conreador de la terra. El preàmbul

destacava també que una de les qüestions més delicades —la de la revisió del preu o quota part dels fruits en els contractes de conreu als efectes d'atansar-la a termes d'equitat— es va escometre assenyalant una fórmula per determinar en cada cas concret quin fóra el preu just i la distribució equitativa. Al projecte es regulava per primer cop el dret d'adquisició, amb la convicció —deia el preàmbul— que a Catalunya esdevindria un instrument fecund de redistribució de la propietat; també s'hi regulava el retracte legal a favor del conreador, limitant-ne l'abast, amb vista a evitar l'estancament de la contractació, i es fixaven els òrgans de concòrdia i arbitratge, que tant encaixaven —es deia— amb la vida del camp i la consciència del nostre poble.

L'anomenada *Llei petita* fou aprovada el 26 de juliol de 1933 i la Llei de contractes de conreu, l'11 d'abril de 1934. Tanmateix, a instàncies de la Lliga i de l'Institut Agrícola Català de Sant Isidre, la Llei de contractes de conreu va ser declarada inconstitucional pel Tribunal de Garanties Constitucionals (TGC) per Sentència de 8 de juny de 1934, i l'anomenada *Llei petita* de 1933 va córrer la mateixa sort en virtut de diverses sentències del TGC de 27 i 28 de novembre de 1934 i de 17 de gener de 1935. Tanmateix, la Llei fou novament aprovada pel Parlament català el 14 de juny de 1934 en termes idèntics, si bé, posteriorment, s'aprovà un Reglament que incorporava determinades modificacions reclamades pel Govern central, les quals foren recollides en el Text refós de 21 de setembre del mateix any 1934. Arran dels fets d'octubre de 1934, es decretà la inaplicabilitat de la Llei sobre contractes de conreu, circumstància que provocà l'expulsió de la terra de nombrosos masovers, parcers i arrendataris. Un cop restablerta l'autonomia, el Decret de 2 de març de 1936 restablí la

vigència del Text refós de la Llei de 21 de setembre de 1934 i un Decret de 14 de març de 1936 restituí la possessió de les terres.

b) Avantprojecte de llei sobre majoria i habilitació d'edat, dividit en tretze articles, que establia la majoria d'edat als 21 anys i fixava com a edat per poder ser habilitat en edat (situació anàloga a l'actual emancipació) els 18 anys. La Llei de majoria d'edat seria aprovada pel Parlament el 12 de desembre de 1933. Posteriorment, ja durant la Guerra Civil, un Decret de 13 de novembre de 1936 fixà als 18 anys la majoria d'edat i permetia l'habilitació als 16 anys.

c) Avantprojecte de llei sobre capacitat jurídica de la dona i dels consorts, integrada per deu articles, que establia la igualtat de capacitat civil per raó del sexe, sens perjudici de les especialitats que estableixen les lleis, per raó de les diferències fisiològiques. La llei autoritzava els consorts per celebrar entre ells tota mena d'actes jurídics i derogava expressament el *Senatusconsultus Velleianus*, l'*Authentica si qua mulier*, el capítol VIII de la novel·la 134, el capítol XI del *Recognoverunt proceres* i el costum 1, paràgrafs 1er i 2n, rúbrica 7, del llibre IV del *Llibre dels costums escrits de la ciutat de Tortosa*, normes que suposaven restriccions a la capacitat d'obrar de la dona. La Llei sobre capacitat jurídica de la dona fou aprovada pel Parlament el 13 de juny de 1934.

d) Avantprojecte de la llei reguladora de l'autoritat paterna, compost de 43 articles dividits en tres capítols, titulats, respectivament: «A qui correspon», «Exercici» i «Restricció, privació i extinció». L'article 3 de l'Avantprojecte establia que l'autoritat paterna corresponia als progenitors, si bé el pare en tindria l'exercici i la mare compartiria amb ell la cura de la persona

dels fills. També regulava amb detall el contingut de l'autoritat paterna, i també les diferents causes que podien implicar la seva privació, extinció o, si fos el cas, restricció, establint que el delegat de tuteles podia apartar qui exerceix l'autoritat paterna de l'administració de tot o de part dels béns del menor, quan els administri malament. Aquest Avantprojecte, presentat al Parlament durant el conflicte sobre la Llei de contractes de conreu, no arribaria mai a ser llei.

e) Avantprojecte de llei de tutela i curatela, desenvolupat en 236 articles, dividits en cinc títols: «Tutela», «Curatela», «Fur tutelar», «Registre i estadística» —registre que quedava sota la guarda del magistrat de tuteles— i «Prescripció» —que per a les accions de responsabilitat civil dels tutors i les derivades de la rendició de comptes s'establí en quatre anys. El títol primer se subdividia en set capítols: «Casos de tutela», «Organització de la tutela» —que s'estructurava a l'entorn de tres figures: el tutor, el Consell de Tutela i el magistrat de tuteles—, «Inventari i assegurances», «Exercici de la tutela», «Intervenció del menor en actes de la tutela», «Modalitats de la tutela» i «Extinció de la tutela». El títol segon estava subdividit en tretze capítols, l'enunciació dels quals pot donar idea de la meticulositat de la regulació proposada: «Curatela del pròdig»; «Curatela per capacitat limitada»; «Curatela dels interdictats»; «Curatela dels concebuts»; «Curatela d'herència, llegat o donació»; «Curatela dels béns dels fills», quan el que exerceix l'autoritat paterna està privat de llur administració; «Curatela de determinats béns o explotacions», instituïda pel Consell de Tutela i Curatela; «Curatela de l'habilitat en edat», «Curatela de l'absent», «Curatela de l'herència jacent», «Curatela en els casos d'oposició o con-

currència d'interessos», «Curatela per a la defensa del presumpte incapaç o pròdig» i «Curatela de la persona incerta i del no concebut». Presentat al Parlament durant el conflicte sobre la Llei de contractes de conreu, no arribaria mai a ser llei.

f) Avantprojecte de llei sobre successió intestada. Aprovat el mes d'abril de 1936, tenia per objecte posar fi al problema de l'aplicació de la Llei de béns vagants de 1835 a Catalunya per part de la jurisprudència del Tribunal Suprem. Desenvolupada en 30 articles, regula la successió *ab intestato* i la successió causada pels fills nascuts fora del matrimoni i pels impúbbers. Es promulgà com a llei el 7 de juliol de 1936. La Compilació de dret civil de 1960 recolliria, mutilats, alguns d'aquests preceptes.

g) Avantprojecte de llei de redimibilitat de censos. Desenvolupat en 22 articles, establia que els censos ja constituïts eren redimibles a voluntat del censatari quan haguessin transcorregut seixanta anys des del seu establiment. Es presentà el Projecte de llei al Parlament però no es va arribar a discutir.

h) Avantprojecte de llei de filiació extramatrimonial. És el darrer avantprojecte que aconseguí concloure la Comissió durant el període republicà. Regulava amb detall, al llarg de 32 articles, la declaració judicial i el reconeixement de la paternitat i la maternitat. Mai no va ser aprovat com a llei.

3. DICTÀMENS EN MATÈRIA DE DRET PÚBLIC I DE DRET PRIVAT EN EL PERÍODE ACTUAL

Finalment, cal que ens referim, tot i que sigui breument, als dictàmens aprovats per la Comissió durant el període actual, que s'inicia, com ja hem dit, en el moment que el president

Tarradellas signa, el 17 d'octubre de 1978, el Decret que ordena el restabliment de la Comissió Jurídica Assessora.

Per fer el present resum, ens ha estat de gran utilitat l'estudi realitzat, seguint en gran part les memòries publicades cada any per la Comissió, pel doctor Enric Argulloll, en què analitza l'activitat consultiva d'aquest òrgan d'ençà del seu restabliment. Com diu Argulloll, si bé durant els primers anys la seva activitat era variada, i anava des de la preparació de projectes normatius a la resolució de consultes i a la mateixa elaboració de parers (o dictàmens) sobre propostes normatives elaborades pel Govern, que és la més genuïna funció dels òrgans consultius, a partir de 1990 aquesta darrera funció ha omplert i multiplicat l'activitat de la Comissió, que, com veurem, ha anat establint i perfilant una doctrina pròpia sobre les diverses matèries sotmeses als seus dictàmens preceptius i facultatius.

En aquest sentit, mereix una menció especial el Dictamen de la Comissió, emès el dia 3 d'octubre de 1979, sobre el projecte de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, que constitueix el primer estudi tecnicojurídic de l'Estatut de 1979. En aquest Dictamen, la Comissió fa un examen sistematitzat de les previsions estatutàries en el marc dissenyat a partir de l'article 149 CE, i duu a terme una classificació sistematitzada de les competències amb l'exposició del règim jurídic de cada tipus de competència autonòmica (competències exclusives de la Generalitat, competències concurrents i competències executives). La Comissió adverteix que el sistema que l'Estatut adopta en matèria d'economia i finances és, fonamentalment, el de participació en el total d'impostos de l'Estat. Una altra característica important del sistema establert per l'Estatut de Núria —que la Comissió

destaca— és el de l'absència de previsions sobre la capacitat de despesa de la Generalitat.

Pel que fa a l'activitat consultiva de la Comissió durant el període actual, Argullol l'estudia en vuit apartats diferents, que comentem tot seguit:

- 1) Al primer d'aquests apartats, es repassa la interpretació que ha anat fent la Comissió Jurídica Assessora de determinats preceptes de l'Estatut d'autonomia de 2006, prestant una atenció especial als articles 110 i 111 de l'Estatut. La Comissió ha interpretat l'article 110 en el sentit que la normativa que l'Estat hagi elaborat sobre les matèries i submatèries incloses, en forma precisa, pel nou Estatut dins de les competències exclusives de la Generalitat, quedaria desplaçada a Catalunya per la regulació que aquesta pugui aprovar sobre aquelles matèries. D'altra banda, la Comissió ha portat a terme una interpretació ponderada del darrer incís de l'article 111 de l'Estatut, que condueix a entendre que, en determinats casos, pot ser vàlid el desplaçament directe de les bases estatals per part del Govern de la Generalitat.
- 2) Al segon apartat es fa referència a l'exercici de la potestat reglamentària, i es destaca que la Comissió ha insistit, de forma continuada, en la necessitat de respectar escrupolosament la tramitació obligada dels projectes reglamentaris i de complir els requisits exigits amb la substantivitat i funcionalitat que li són propis. En aquest sentit, la Comissió ha recordat la necessitat que la memòria que ha d'acompanyar el projecte (art. 63.2 Llei 13/1989), ha de figurar a l'expedient des de l'inici de la seva tramitació; també s'ha referit la Comissió a la preceptivitat del tràmit de participació ciutadana i de l'audiència de les entitats representatives, així com al fet que les al·legacions que es formulin han de ser específicament

informades i valorades per l'Administració. També ressalta que, per assegurar la legalitat de la disposició projectada, cal adjuntar-hi l'informe preceptiu dels serveis jurídics del departament corresponent, especialment quan es tracta de matèries complexes de dret comunitari.

- 3) L'apartat tercer està dedicat als pronunciaments de la Comissió sobre diversos aspectes de l'ordenament local i es destaquen aquells que fan referència a demarcacions territorials i al règim de la Carta de Barcelona. La Comissió distingeix els supòsits d'alteracions de municipis d'aquells altres que són meres delimitacions, que només pretenen aclarir la fixació dels termes. Quant al règim especial del municipi de Barcelona, la Comissió ha subratllat el caràcter de llei especial que indubtablement té la Carta i ha al·ludit a la prevalença de l'ordenament especial del municipi de Barcelona sobre la legislació general en l'àmbit o les matèries que li han estat assignades, de manera que les seves normes especials desplacen, en el territori del municipi, les normes generals, si bé la possible existència de llacunes pot donar lloc a l'aplicació de la legislació general com a norma supletòria.
- 4) Un altre tema destacat a l'estudi que comentem és el referit al tractament que efectua la Comissió Jurídica Assessora de les anomenades *autoritats administratives independents*, entitats que han estat creades en diversos àmbits sectorials d'actuació de l'Administració per desenvolupar funcions de gestió, control i fins i tot de producció normativa de caràcter reglamentari que poden arribar a suposar innovacions en l'ordenament jurídic. L'exemple més típic a Catalunya és el del Consell de l'Audiovisual de Catalunya (CAC), creat per la Llei 2/2000, de 4 de maig, i, més recentment, l'Agència

Catalana de Protecció de Dades, creada per la Llei 5/2002, de 19 d'abril. La Comissió ha assenyalat que els reglaments que aquestes entitats puguin aprovar, en exercici de la potestat reglamentària que els ha estat reconeguda, estan subjectes preceptivament al dictamen de la mateixa Comissió.

- 5) A l'estudi esmentat es resumeix també la doctrina de la Comissió sobre el supòsit de nul·litat de ple dret de l'article 62.1.f de la Llei 30/1992, en virtut del qual són nuls de ple dret els actes expressos o presumptes contraris a l'ordenament jurídic per part dels quals s'adquireixen facultats o drets quan no es tinguin els requisits essencials per a la seva adquisició. La Comissió ha reiterat que els vicis de validesa de l'article 62.2.f consisteixen en la falta de concurrència de requisits essencials per adquirir el dret o la facultat, concepte que ha de ser objecte d'una interpretació restrictiva. Per tant, no tot requisit necessari per adquirir el dret o la facultat de què es tracti mereix la qualificació d'essencial, sinó que ha de produir una discrepància substancial, un xoc qualificat amb l'ordenament jurídic i una vulneració flagrant d'aquest. La Comissió s'ha pronunciat sobretot sobre aquest article en matèria d'urbanisme i de funció pública; en concret, en matèria d'urbanisme, la Comissió entén que es presenta la causa referida de nul·litat, entre altres casos, quan s'obté una llicència per dur a terme una actuació incompatible amb el règim jurídic del sòl.
- 6) El Decret legislatiu 1/1990, de 12 de juliol, establí que, quan la modificació de plans, normes complementàries i subsidiàries i programes d'actuació afectava zones verdes, espais lliures o zones esportives, era exigible el dictamen vinculant de la Comissió. **Actualment, però, després de la Llei 10/2004, de 24 de desembre, el règim d'intervenció de**

la Comissió ha variat substancialment i ja no es requereix per a les matèries esmentades el seu dictamen vinculant.

- 7) Pel que fa a la contractació administrativa, es destaca que d'ençà de l'any 2008 la Comissió ha constatat un augment dels casos d'incompliment contractual, vinculats a la crisi econòmica actual i a les dificultats financeres dels contractistes. Els casos més destacats han tingut per objecte la resolució de contractes de compravenda i d'obres. Tanmateix, aquestes dificultats, a criteri de la Comissió, només poden ser tingudes en compte quan es justifiquin degudament a l'expedient i, per tant, no són suficients les manifestacions que puguin efectuar en aquest sentit les persones afectades. La potestat de modificació contractual —l'anomenat *ius variandi*— també ha estat objecte d'anàlisi per part de la Comissió i es posa en relleu la necessitat de comprovar que es donen i es justifiquen les causes d'interès públic que han d'avaluar qualsevol modificació de contractes públics i, en concret, si concorren les necessitats noves o les causes imprevistes a què es refereix la Llei. La pròrroga contractual només s'admet excepcionalment, en circumstàncies molt extraordinàries i amb un abast circumscrit. L'existència d'aquestes circumstàncies s'ha d'acreditar de manera detallada i expressa. Finalment, en matèria de contractació, la Comissió ha recollit la distinció substancial entre plecs de clàusules administratives generals (amb contingut normatiu) i particulars (que es refereixen a un contracte concret).
- 8) Per acabar, Argullol s'ocupa de la doctrina de la Comissió en matèria de responsabilitat patrimonial de l'Administració, que és la matèria sobre la qual es produeixen un nombre més elevat de dictàmens. La Comissió s'ha pronunciat, entre altres temes, sobre la qüestió de la indeterminació de

la quantia reclamada (considerant que es podia interpretar que l'Administració ja havia tingut en compte aquesta circumstància, en trametre el dictamen a la Comissió); sobre la legitimació activa de les persones reclamants, aplicant l'article 137.2 del Codi civil; sobre la legitimació activa dels funcionaris, entenent que el concepte de *particular* no pot ser objecte d'una interpretació estricta; sobre la prescripció de l'acció de responsabilitat, que aplica d'una manera força restrictiva; sobre diversos supòsits d'interrupció de la prescripció; sobre la necessitat de sotmetre l'acord d'acabament convencional al dictamen de la Comissió; sobre els supòsits de concurrència de responsabilitats; sobre la influència en la producció del dany d'altres actors distints a l'acció o omissió administrativa; sobre els danys desproporcionats i els danys morals; sobre el principi de plena indemnitat o de reparació integral dels danys causats; sobre el consentiment informat, precisant que únicament donarà lloc a responsabilitat quan es pugui determinar el nexa de causalitat entre l'incompliment del deure d'informació i el dany produït.

Breument: els pronunciaments en matèria de responsabilitat patrimonial de la Comissió Jurídica Assessora són molt nombrosos i molt casuístics, cosa que en dificulta el resum. No obstant això, es pot afirmar que la Comissió, en aquesta matèria i també en d'altres, ha anat perfilant una doctrina pròpia que queda reflectida en les memòries que anualment publica; doctrina que sovint és citada per diferents òrgans de l'Administració i que, especialment en l'àmbit de la responsabilitat, té un caràcter evolutiu i adaptat a cada cas concret.

2. EL CODI CIVIL DE CATALUNYA COM A DRET COMÚ A CATALUNYA, AMB ESPECIAL CONSIDERACIÓ DE L'APLICACIÓ NORMATIVA DE LA PRESCRIPCIÓ

Ponent:

JOAN BERNÀ I XIRGO

Notari

La configuració del caràcter de dret comú a Catalunya del Codi civil de Catalunya es troba en la Llei 29/2002, de 30 de desembre, primera llei del Codi civil de Catalunya, i a mi em fa la impressió que, com no pot ser d'una altra manera, és un trasllat de la realitat sociològica del país. El Codi es produeix amb una certa ambigüitat, en part lògica en un territori en el qual, encara que hi hagi una convivència exemplar, hi ha persones que tenen adscripcions psicopolítiques o psicoculturals diferents. I s'intenta, a través d'aquest Codi, donar una mica de satisfacció a tothom, sense, a parer meu, acabar-ho d'aconseguir.

Des del punt de vista jurídic, els juristes que estem en l'àmbit de la seguretat preventiva i també els que estan en la preventiva i la contenciosa, tenim sempre l'obligació d'assolir la seguretat jurídica en les relacions que considerem, i també d'informar sempre els nostres clients i assessorats d'allò que pugui ser més creïble i més vàlid. I a mi em sembla que, justament, la part primera d'aquest llibre és un reflex molt gran d'aquesta

ambigüitat. Aprofitant, si em permeten la llicència, un símil esportiu, l'eufòria futbolística d'aquesta setmana històrica, aquest llibre comença fent una mena de *catenaccio* tipus Inter de Milà, continua amb un *centrecampisme* bastant espès i no arriba mai a fer el gol. I del que es tracta, des del punt de vista jurídic i de realització de les coses, és de concretar-les.

El preàmbul de la Llei 29/2002, primera llei del Codi civil de Catalunya, ja anuncia el caràcter del Codi com el preferent a Catalunya, i es destaca, en el seu article 111.4, que el nou Codi civil té aquest caràcter de dret comú a Catalunya i, per tant, caràcter supletori de les altres lleis. I s'afegeix, en l'article 111.5, que es refereix tant al caràcter preferent de les disposicions del dret civil de Catalunya, llevat del supòsit en què siguin directament aplicables normes de caràcter general, com a la matèria de l'heterointegració mitjançant l'aplicació com a supletori del dret de l'Estat, la qual cosa només és possible quan no sigui contrari al dret propi o als principis generals que l'informen.

Del dret de l'Estat, se'n parla en el preàmbul, no se'n parla en el text concret de l'article 111.5. La normativa positiva, el text concret d'aquests enunciats, és el paràgraf 4, com hem dit, de l'article 111, sota la rúbrica «Caràcter de dret comú», i el paràgraf 5è, amb el títol «Preferència i supletorietat». I recull gairebé literalment amb aquesta significativa diferència que en el preàmbul parla de la legislació de l'Estat, i en el text concret de l'article 111.5, no. El nou Codi, d'alguna manera —això se li ha de reconèixer—, desemboira els dubtes que s'havien derivat de la legislació i de la pràctica jurisprudencial anteriors i aclareix el panorama, en part. Hi ha una vocació, podríem dir de completesa, de ser realment el dret del Codi civil de Catalunya,

de ser el dret principal aplicable a Catalunya i, en principi, ser autosuficient. És congruent, lògicament, amb els predicaments constitucionals i estatutaris arran de la competència autonòmica que tenim assignada sobre conservació, modificació i desenvolupament del dret civil català. La qüestió d'aquest caràcter de dret comú, tal com s'ha pretès, suposo, en la definició de l'enunciat, pren una especial rellevància quan contactem amb la institució de la prescripció. Tots recordem que des de l'usatge *Omnes Causae* fins a l'article, tan conegut, 344 de la Compilació del dret civil de Catalunya, es preveia el període de trenta anys per a immobles, sempre diferent dels períodes de deu a vint anys que estan establerts en els supòsits del Codi civil espanyol i en tot el seu ordenament històric precedent.

El nou Codi civil de Catalunya dóna un abast objectivament més extens de la noció de *prescripció* que el Codi espanyol, això és veritat. El títol segon del llibre primer és un epígraf anomenat «Prescripció i caducitat», i regula aquestes institucions de forma més moderna i dinàmica que el Codi civil espanyol, ancorat encara en conceptes romanistes i vuitcentistes, en el qual es confonen sovint la prescripció i la caducitat, i no és clara la frontera amb aquella i la usucapció o prescripció adquisitiva. El llibre primer afegeix, en el preàmbul, que abans de la seva vigència la prescripció era regulada per l'article 344 de la Compilació, una compilació de la qual sabem que aquest any se celebren els cinquanta anys de vigència, i pel Codi civil espanyol, al qual hi havia una remissió expressa; és a dir, la mateixa Compilació feia, en l'article 344, una remissió expressa al Codi civil espanyol, com feia també en altres matèries, per exemple en l'àmbit del dret successori, del dret *ab intestato*, i tots sabem que les normes de

la Compilació remetien a l'article 930 i següents del Codi civil, cosa que ara no succeeix, des del Codi de successions de 1991, i per descomptat tampoc en el Codi actual de 2008.

Per tant, hi havia aquesta remissió expressa, que ara no hi és. Continua dient el preàmbul que l'escassa aplicació a les accions personals que els tribunals catalans han fet del termini de prescripció de trenta anys (és a dir, sabem que els tribunals desvirtuaven la legislació catalana) ha determinat que s'optés per una regulació detallada d'aquesta institució, tenint en compte les recopilacions i regulacions diverses de diferents països europeus.

Aquesta regulació detallada ha suposat una extensió objectiva, i així la prescripció s'ha fet extensible a totes les accions i pretensions. Com manifesta el mateix preàmbul, la prescripció s'aplica a les pretensions, enteses com el dret a reclamar a una altra persona una acció o una omissió. Des d'un punt de vista processal, aquesta ampliació és prou positiva. Nogensmenys, aquesta puntualització no pot deixar de reflectir, a parer meu, un oblit: atesa la no-completesa normativa que hi havia abans (abans no hi havia aquesta vocació de completeness que defineix l'article 111.4, complementat per l'article 111.5), i que obria molt sovint la porta a l'aplicació del Codi civil espanyol, s'ha considerat que la solució adequada és la regulació detallada de tots els supòsits que cabalment es puguin presentar. I jo em pregunto: molt bé, us heu oblidat de l'acció hipotecària, de la qual tractaré al final d'aquesta exposició?

En definitiva, el que s'ha fet des d'un punt de vista pràctic, deixant de banda tot el que pot ser definició i declaració d'objectius, és evitar una aplicació supletòria del Codi espanyol, mitjan-

çant la regulació completa de les institucions, amb una vocació de totalitat, de globalitat, de completesa. Com a conseqüència de la nova normativa tenim, per definir les diferències que hi ha actualment entre el sistema del Codi civil català i del Codi civil espanyol, i entrant només en terminis, per no estendre'm més enllà del que es pot pretendre en una exposició d'aquesta limitació temporal, que a Catalunya hi ha un termini general de prescripció de deu anys, la prescripció decennal, tal com diu l'article 121.20, que és molt important, llevat que algú hagi adquirit abans el dret per usucapió o que les disposicions d'aquest codi o les lleis especials disposin una altra cosa. La remissió a lleis especials planteja el dubte de quina és la llei especial en qüestió, si l'especial catalana o la llei especial estatal, amb la qual cosa jo em trobaria, si tingués davant un opositor a notaries, per exemple, amb un dilema. En l'àmbit immobiliari, l'aplicació de la legislació hipotecària planteja dubtes. Moltes normes, per exemple les del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals, remetent a la legislació hipotecària. Hi ha una remissió expressa a la legislació hipotecària. Però aquesta legislació hipotecària no és directament dret català en allò que és registral. Tanmateix, en allò que és civil, és llei especial. Com que normativament, per la competència estatutària i autonòmica, l'ordenació de registres és competència estatal, no podem regular els registres de la propietat, encara que tenim una Direcció General de Drets i Entitats Jurídiques i fem les resolucions, però no tenim una llei hipotecària. Però és que la llei hipotecària regula aspectes que són registrals, l'ordenació de registres, que això és competència de l'Estat, i aspectes purament civils. Quan la llei hipotecària, o per falta de regulació expressa, el seu reglament, i en concret

l'article 14, diu que l'opció de compra caduca als quatre anys, és a dir, que no es pot inscriure a més de quatre anys, no estem en ordenació de registres sinó en llei civil. Aquí no tenim problema perquè, per exemple i justament, en aquest tema de l'opció de compra tenim ja el nostre llibre cinquè, que diu que el termini màxim de l'opció és de deu anys. Aleshores, els primers dubtes que van sorgir des del registre o des d'àmbits potser de vocació més estatal, relatius al fet que no és possible establir un termini que vagi més enllà de la Llei hipotecària, han decaigut en el sentit de reconèixer que no és que estiguem ordenant registres, estem simplement establint legislació civil.

Aleshores, seria bo, atès que ens agradi o no tenim una normativa estatal i una normativa autonòmica, poder fer una dissecció sobre quin és el concepte concret aplicable, en cada cas. Perquè està molt bé que fem aquí, en aquest *centrecampisme* tan bonic, l'afirmació que el nostre dret és complet i que té tracte de dret comú, però després tenim el problema irresolt de les lleis especials, els articles 111.4 i .5.

He fet un incís a propòsit de l'article 121.20, que és el que estableix el termini de prescripció general decenal. Sobre prescripcions especials, cal recordar que hi ha accions que prescriuen triennalment: els pagaments periòdics, les remuneracions de serveis i obres, el cobrament de preu en les vendes del consum, la regulació extracontractual. A propòsit de la regulació extracontractual, sabem que en el Codi estatal el termini és d'un any, tenim l'article 1968, i també hi ha la prescripció anual de la possessió, i en aquest punt són iguals el dret civil català i el Codi civil espanyol.

A efectes d'usucapció, en el Codi civil espanyol es continua distingint el que és la prescripció d'accions i el que és usucapció. Tenim l'article 1957, que parla de deu anys entre presents i de vint entre absents, amb bona fe i just títol; i sense títol ni sense cap d'aquests requisits, els trenta anys de l'article 1959. I ara nosaltres hem tingut, primer, els deu anys de l'article 121.20, per bé que, actualment, des de la publicació de la Llei 5/2006, de 10 de maig, que aprova el llibre cinquè, relatiu als drets reals, tenim els vint anys de l'article 531-27. I dintre del Codi civil espanyol, també hi ha les accions reals: el que són prescripcions, són sis anys de mobles (art. 1962) i trenta anys d'immobles (art. 1963). Tot això té molta importància amb vista a saber si una pretensió és o no actuable, en judici, en funció de quina sigui la llei aplicable. És molt conegut en l'àmbit judicial l'article 1964 del Codi civil espanyol, que assenyalava que a les accions que no tenen termini especial de prescripció, se'ls apliquen quinze anys. I recordem que ara tenim l'article 121 català, que assenyalava deu anys. I l'acció hipotecària, segons el 1964, té un termini de vint anys.

Finalment, permetin-me afirmar que dintre del nostre àmbit són molt corrents i en l'àmbit de vostès també, perquè són operacions molt freqüents, les qüestions relatives a la condició resolutòria explícita i a l'acció hipotecària. A la resolutòria explícita —ja saben que està regulada en l'article 1504 del Codi civil i en el 59 del Reglament hipotecari—, sempre se li ha aplicat el termini de prescripció dels quinze anys. Vostès segurament han vist sentències de divers contingut sobre aquest punt, amb el dubte de què és el que s'aplicava a Catalunya, si el termini de prescripció de l'article 1964, de quinze anys, o els trenta anys de l'article 344. Crec que finalment es va acabar imposant el

termini català dels trenta anys. El tema va ser punyent, sobretot arran d'una sentència de la Sala Tercera del Tribunal Suprem de 31 de gener de 2001, que, de fet, ens va donar un cop de mà molt important, atesa la consideració posterior del Codi civil de Catalunya com a dret comú. Aquesta sentència va anul·lar l'article 177 del Reglament hipotecari, que s'havia aprovat el 4 de setembre de 1998, el qual, recordem-ho, era redacció íntegra de registradors. Aquest article preveia la possibilitat de caducitat legal quan hagués transcorregut el termini per exigir pretensions, per exigir accions. I, entre aquestes, es preveia també la condició resolutòria. De manera que la condició resolutòria tenia, per aquest article del Reglament hipotecari, una caducitat legal de cinc anys. El Tribunal Suprem, en aquesta sentència de 31 de gener de 2001, el va anul·lar, pel criteri ben raonable de jerarquia normativa. Certament, el Reglament hipotecari no pot anar contra una llei, però és que no anava contra la Llei hipotecària; simplement anava, tal com va dir la mateixa sentència, contra les normatives navarresa i catalana sobre prescripció. Totes dues preveien trenta anys i, per tant, s'havien de respectar. Val a dir que qui va al·legar això van ser, crec, dues associacions notariales, cosa que demostra la seva implicació jurídicocial a Catalunya, amb l'argument que realment tenim un termini de prescripció propi i, per tant, no es podia aplicar el termini de prescripció de l'article 1964 del Codi civil espanyol.

Suposo que, encara a hores d'ara, es continua plantejant aquest dubte. El problema, actualment, s'ha traslladat a un altre termini. Després de l'anul·lació plausible de la reforma reglamentària, es va dictar la famosa Llei 24/2001 de 27 de desembre, d'acompanyament, que va produir una modificació hipotecària

molt important i que va donar peu a la nova redacció del paràgraf cinquè de l'article 82 de la Llei hipotecària, que estableix un supòsit de caducitat legal; aquest article és molt interessant perquè permet distingir molt clarament els conceptes de *caducitat* i de *prescripció*. Estableix un principi de caducitat legal per a totes aquelles accions o pretensions que faci més d'un any que hagin prescrit, conforme a la legislació civil. Aleshores, l'article 82.5 de la Llei hipotecària és el que ara invoquem a les escriptures quan volem demanar la cancel·lació registral pel fet que s'ha produït una caducitat legal, per bé que això no resol el problema de fons civil perquè, en aquest punt, la caducitat legal opera des del punt de vista registral, i el problema de fons civil és el de quan es produeix la prescripció. Aleshores, crec que hem d'entendre que, si estem en seu de condició resolutòria, cal aplicar el termini de l'article 121.20, dels deu anys. El que passa és que, com que no portem prou temps perquè hagi transcorregut el termini aplicable a relacions anteriors, caldrà aplicar la disposició transitòria única del llibre primer, que resol molt bé la transitorietat, dient que si el termini de prescripció establert per aquesta llei és més llarg, la prescripció es consuma quan ha transcorregut el termini establert per la legislació anterior.

En el cas de la condició resolutòria, si han transcorregut els trenta anys de l'article 344, per regulació anterior, la prescripció està consumada. Si no, hem d'anar al paràgraf C de la mateixa disposició transitòria, i hem de comptar el nou termini de prescripció dels deu anys, des de l'entrada en vigor del llibre primer, l'1 de gener de 2004. Actualment, ens trobem en el cor d'aquest període transitori, amb moltes pretensions que encara no estan prescrites per virtut de la legislació anterior. Per exemple, hem

d'aplicar els trenta anys per a una resolutorià establerta el 1985, que prescriurà al 2015; si fos del 1995, en lloc de prescriure als trenta anys (és a dir, al 2025), ho faria als deu des de la vigència de la nova legislació, és a dir, l'1 de gener de 2014.

Sembla cada vegada més clar, i les resolucions així ho estableixen, tant les de la jurisprudència registral estatal com les de la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques, que a la prescripció de la condició resolutorià s'aplica, o bé el termini dels trenta anys, o bé el dels deu, segons la data de constitució de la condició. No s'hi apliquen els quinze de l'article 1964 del Codi civil espanyol.

En tema d'acció hipotecària, curiosament, podent-ho fer, el legislador català no ha regulat la qüestió. És a dir, aquí hi ha molta passada al mig del camp, però a l'hora de definir, falta el gol. «L'acció hipotecària prescriu als vint anys perquè el Codi Civil català diu que prescriu als vint anys». No hagués costat res, d'establir això. Amb tot, entenc que s'aplica el termini dels vint anys, i així ho entenen la majoria de jutges i d'operadors jurídics. L'article 1964 del Codi civil espanyol i l'article 128 de la Llei hipotecària estableixen un termini de vint anys per a aquesta acció. No s'aplica el termini general dels deu anys, previst a l'article 121.20 del nostre Codi, sinó el de vint anys. En quin concepte? Com a llei especial que disposa una altra cosa, segons preveu el mateix precepte, però no com a dret registral —perquè la qüestió no és d'ordenació de registres sinó de caire civil—, sinó com a llei material civil especial. Així, no només l'article 1964 del Codi civil espanyol és llei civil pura, sinó també l'article 128 de la Llei hipotecària, en el sentit que, des del punt de vista de la prescripció, normativitza una matèria civil, no registral.

COL·LOQUI POSTERIOR A LES PONÈNCIES PRESENTADES

Moderador:

MARIANO GIMENO VALENTÍN-GAMAZO

Notari

Censor del Col·legi de Notaris de Catalunya

Al final de la segona sessió de la Jornada, el primer bloc d'intervencions del col·loqui es va referir a la ponència sobre els dictàmens de la Comissió Jurídica Assessora en matèria de dret públic i privat, aprofundint en l'etapa més recent de la Comissió, i completant així l'exposició del ponent sobre el seu devenir històric i la seva contribució al dret de Catalunya.

En aquest sentit, les qüestions que van suscitar més interès van versar sobre el tema de la independència de la Comissió respecte del poder polític, tant des del punt de vista de l'emissió dels dictàmens com del nomenament dels seus integrants. Quant a aquesta última qüestió, es va posar de manifest que els nomenaments dels membres els efectua el Govern per un període de sis anys i, durant aquest període, que és renovable per uns altres sis, els membres són inamovibles del seu càrrec, la qual cosa es va considerar una garantia de la independència i l'autonomia amb què actua la Comissió. D'altra banda, la independència —es va dir— també es veu reflectida en la tasca d'emissió de dictàmens i en el valor i la credibilitat que atorguen el Govern i les administracions a aquests pronunciaments.

Així, es van palesar una sèrie de dades estadístiques relatives al seguiment dels dictàmens, que es xifra, en els últims sis anys, en un 96% en allò que són observacions de caràcter essencial. En els casos de dictàmens no vinculants de la Comissió i, en concret, en el procediment d'elaboració dels decrets, la Llei obliga que quan aquests s'aprovin es manifesti si s'ha seguit el criteri de la Comissió («d'acord») o no («vist»). Doncs bé, aquesta última fórmula —es va insistir— s'ha emprat només en el 4% dels casos. Tot això anterior sens perjudici dels supòsits en què els dictàmens són vinculants per a l'Administració en els quals, per tant, el sentit de la decisió de la Comissió adquireix caràcter obligatori, com ara en matèria de revisió d'ofici d'actes administratius o bé de certs supòsits en matèria urbanística.

Finalment, en resposta a una qüestió sobre si era exigible la responsabilitat ulterior de la Comissió en cas que el seu dictamen fos desestimatori de la pretensió i en un recurs contenciós administratiu posterior aquesta s'estimés, per exemple, en un supòsit de responsabilitat sanitària, es va dir que no existia una acció posterior per reclamar a la Comissió quan a conseqüència del seu dictamen s'hagués hagut d'interposar un recurs contenciós administratiu.

El segon bloc d'intervencions, que va mostrar opinions contraposades, es va referir a la matèria de l'aplicació de la prescripció extintiva, atès el diferent règim previst en el Codi civil estatal i el Codi civil de Catalunya. Com a qüestió prèvia, però, es va voler posar en relleu la tasca meritòria dels jutges i de les audiències provincials, significadament la de Barcelona, en l'àmbit de la prescripció aplicable a les relacions de dret privat de Catalunya i de la seva articulació amb el dret estatal esmentat. I

això anterior, malgrat que algunes qüestions fossin objecte d'una certa controvèrsia judicial, especialment arran d'una Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona (Sentència de 13 de desembre de 2007), d'acord amb la qual la regulació catalana de la prescripció només s'aplicaria quan la pretensió es fonamenta en una norma de dret civil català.

A continuació, es va recordar que la regulació d'un termini propi per a la prescripció a Catalunya derivada de l'usatge *Omnes causae* es va recollir a la Compilació en l'article 344 i que s'establia en trenta anys, en contraposició al general, de quinze anys, per a les accions personals de l'article 1964 del Codi civil. Aquesta diferència —es va incidir— ja va provocar una certa disparitat jurisprudencial sobre quina previsió s'aplicava, de manera que per tal d'intentar escurçar la durada tan excessiva, per als temps moderns, del termini de trenta anys per a les accions personals, en algun cas s'havia aplicat la previsió del Codi civil, encara que fos *contra legem*. Així mateix, es va insistir en el fet que, segurament, la problemàtica en l'aplicació augmentaria amb la nova previsió del llibre primer del Codi civil de Catalunya, que, a més d'una regulació integral de la institució de la prescripció, fixava diferents terminis (de tres i un anys), a part del general de deu anys.

Finalment, dins d'aquest marc normatiu es va fer referència especial a l'acció hipotecària i als problemes que podia plantejar en relació amb la prescripció. Es va fer notar que aquesta no era una matèria pacífica i que hi ha dues posicions doctrinals dispars sobre aquesta qüestió. D'una banda, el sector doctrinal que defensa l'autonomia de l'acció hipotecària com a acció de caràcter real i, per tant, l'aplicació d'un termini de prescripció

d'aquesta autònom de l'acció principal. Aquest termini es xifraria en vint anys, d'acord amb l'article 1964 del Codi civil i l'article 128 de la Llei hipotecària. I, de l'altra, el sector doctrinal que considera l'acció hipotecària com una garantia i, consegüentment, l'entén com a accessòria a l'acció principal. En aquest últim cas, doncs, si la prescripció de l'acció personal es consumés, això provocaria també la prescripció de l'acció hipotecària. Aquesta última posició —es va sostenir— coincidiria amb la voluntat del legislador a l'hora d'elaborar la Llei hipotecària de 1861, que va voler assimilar el termini d'aquesta acció amb el de vint anys, que estava vigent per a la prescripció de les accions personals, tot i que posteriorment el Codi civil, en l'article 1964, va dissociar els dos terminis. D'acord amb aquesta posició, el termini de prescripció de l'acció hipotecària lligada a les accions personals seria de quinze anys si s'apliqués el Codi civil estatal, i de deu si s'apliqués el Codi civil de Catalunya, d'acord amb el seu article 121-20.

IV

TERCERA SESSIÓ

1. LA RESCISSIÓ PER LESIÓ A LA COMPILACIÓ I EL SENTIT ACTUAL D'AQUESTA INSTITUCIÓ

Ponent:

MIQUEL MARTÍN CASALS

Catedràtic de Dret Civil de la Universitat de Girona

Sumari: 1. Orígens en el dret romà. 2. L'expansió de la *laesio enormis* en el *ius commune*. 2.1. Introducció. 2.2. El *dolus ex re ipsa* (l'engany de «la cosa en si mateixa») no és dol. 2.3. *Laesio enormis* i usura s'exclouen mútuament. 2.4. El significat de la lesió en el context del preu just. 3. Apogeu i decadència de l'equivalència objectiva en l'intercanvi. 4. El destí de la *laesio enormis* en l'època de la codificació. 4.1. La posició restrictiva. 4.2. La lesió com un vici de la voluntat. 5. La *laesio enormis* en la Compilació catalana. 5.1. Regulació actual i caràcter purament objectiu. 5.2. Jurisprudència recent sobre l'àmbit d'aplicació de la institució. 6. La necessària actualització de la *laesio enormis*? 6.1. «Excessiva desproporció», «benefici excessiu o avantatge deslleial» o «explo-tació deslleial». 6.2. La textura oberta d'un «sistema flexible»

1. ORÍGENS EN EL DRET ROMÀ

Com és ben sabut, els orígens de la rescissió per lesió (*laesio enormis*, coneguda també com a *laesio ultra dimidium*) es remunten

a dos rescriptes dels emperadors romans Dioclecian i Maximian dels anys 285 i 293 dC, els quals foren inclosos més tard en el Codi de Justinià.

En el primer (C. 4, 44, 2), un cert Lupus Aurelius afirma que ell o el seu pare ha venut un valuós terreny a diverses persones per un preu extremadament baix. Els emperadors consideren que és just o equitatiu (*humanum est*) que el jutge, tot fent ús de la seva autoritat, intervingui per tal que el venedor, mitjançant la devolució del preu que va obtenir, pugui recuperar el seu terreny o, si el comprador ho prefereix, el venedor pugui rebre la quantitat addicional de diners que mancava fins arribar al preu just i que es mantingui així la compra. Al final del text s'assenyala que el preu és extremadament baix si ni tan sols ha estat pagada la meitat del preu real (*verum pretium*).¹

En el segon rescripte, relatiu a la venda d'un altre terreny, el venedor també sosté que l'ha venut per un preu extremadament baix. D'una banda, és clar que no hi ha hagut dol, violència o intimidació, fets que justificarien l'anul·lació del contracte. D'altra banda, com es desprèn de la resposta dels emperadors, el simple fet que s'hagi pagat un preu lleugerament inferior no justifica la rescissió. Després d'una llarga disquisició sobre com en el procés de negociació les parts cedeixen respecte de les seves posicions originals, tot reduint el venedor el preu que en un principi demanava i tot incrementant el comprador el preu que oferia, fins arribar a un acord sobre el preu de la compravenda, el

1. C. 4, 44, 2: «Rem maiors pretii si tu vel pater tuus minoris pretii distraxit, humanum est, ut vel pretium te restituente emptoribus fundum venditum recipias auctoritate intercedente iudicis, vel, si emptor elegerit, quod deest iusto pretio recipies. Minus autem pretium esse videtur, si nec dimidia pars veri pretii soluta sit».

text insisteix que no es pot concedir la rescissió i, d'una manera abrupta, sobtada i inesperada, assenyala que la rescissió no es podrà produir «llevat de si no s'ha pagat menys del que era la meitat del preu just en el moment de la venda, tot respectant-se l'elecció que ja s'ha donat al comprador».²

Aquests rescriptes dels emperadors són més sorprenents si hom té en compte que hi ha molts textos romans clàssics dels quals deriva de manera clara que la fermesa dels contractes d'intercanvi no depèn d'un cert grau d'igualtat entre prestació i contraprestació.³ Aquest fet, juntament amb altres particularitats del text (com ara que el rescripte segon es refereix a un rescripte publicat vuit anys abans, quan per regla general els rescriptes no es publicaven; la importància donada a l'equitat (*humanum est*), que no sembla encaixar amb el moment històric en el qual es va dictar el primer rescripte, o alguns aspectes formals dels textos), ha donat lloc a una controvèrsia sobre si aquests textos han estat «interpolats» més tard per juristes de l'època de Justinia en el moment de redactar el

2. C 4, 44, 8: «Si voluntate tua fundum tuum filius tuus venum dedit, dolus ex calliditate atque insidiis emptori argui debet vel metus mortis vel cruciatus corporis imminens detegi, ne habeatur rata venditio hoc enim solum, quod paulo minori pretio fundum venumdatum significas, ad rescindendam emptionem invalidum est quod videlicet si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petierat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiant pretium, profecto perspiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc consensum finitum contractum vel statim vel post pretii, quantitatis disceptationem: nisi minus dimidia iusti pretii quod fuerat tempore venditionis datum est, electione iam emptori praestita servanda».

3. Vegeu, entre d'altres, D. 19, 2, 23 i D. 4, 4, 16, 4.

Còdex. Aquest és un debat que s'ha mantingut durant els últims cent anys i que avui en dia encara no està tancat.⁴

Amb tot, si aquests textos havien estat interpolats o no és quelcom irrellevant per al que va succeir després, quan el dret romà fou redescobert al segle XI. El que és important és que els glossadors, primer, i després els comentaristes, tracten el textos rebuts com una unitat, és a dir, com si tots haguessin de ser interpretats com un tot i sistematitzats els uns amb els altres per tal de donar lloc a un significat lliure de contradiccions. Els grans creadors de la *laesio enormis* com una institució jurídica que tindrà un paper central en la història del dret privat continental fins a l'època de la codificació seran els glossadors i, sobretot, els seus successors, els comentaristes. En menor mesura, els canonistes també van contribuir a la seva expansió després d'introduir la institució en les seves fonts, les decretals.⁵

4. Tradicionalment, els romanistes han adoptat una de les tres posicions bàsiques següents: (1) El remei fou introduït en l'època de Justinià mitjançant una ampla tasca interpoladora. (2) El remei fou introduït efectivament pels emperadors Dioclecià i Maximià i es va mantenir vigent des d'aleshores, tot impregnant el dret romà amb l'«aequalitas» i la «humanitas». (3) El remei fou efectivament introduït pels emperadors Dioclecià i Maximià, però representava unes solucions excepcionals que no foren compartides pels emperadors subsegüents, els quals les van ignorar; però en l'època de l'emperador Justinià va esdevenir important en virtut de les condicions econòmiques imperants en aquells moments. Vegeu, per tots, Karl HACKL, *Zu den Wurzeln der Anfechtung wegen laesio enormis*, SZ 98 (1981), p. 147 i seg., p. 156 i seg., clarament a favor de la tercera posició. Per a una anàlisi recent i detallada de totes les posicions, vegeu Doris Regina GÖTLICHER, *Auf der Suche nach dem gerechten Preis. Vertragsgerechtigkeit und humanitas als Daueraufgabe des römischen Rechts*, Göttingen, V & R unipress, 2004, p. 137 i seg. I també Jan Dirk HARKE, *Laesio enormis als error in negotio*, SZ 122 (2005), p. 91-102.

5. X. 3, 17, 3 («Cum dilecti») i X. 3, 16, 6 («Cum causa»), procedents, respectivament, de les cartes dels papes Alexandre III (escrita entre 1159 i 1181) i Innocenci III (de 27.11.1207).

2. L'EXPANSIÓ DE LA LAESIO ENORMIS EN EL IUS COMMUNE

2.1. Introducció

Des de les primeres glosses que han arribat als nostres dies està clar que els glossadors no van concebre la rescissió per lesió com un remei exclusivament en favor de venedors de terres o altres immobles. Consideraven que també els compradors estaven protegits per aquest remei i feien llargues disquisicions sobre quin mètode s'havia d'emprar per calcular quina era la lesió «en més de la meitat» en el cas del comprador. Així, mentre alguns defensaven el mètode de l'anomenat «càlcul geomètric» (si el preu just de la cosa era 10, la lesió «en més de la meitat» requeriria que el comprador l'hagués comprat per 21 o més), altres sostenien que el sistema de còmput més apropiat era «l'aritmètic» (és a dir, haver pagat 16 o més per una cosa amb un preu just de 10).⁶ Aquests debats aporten també proves que, poc més tard, es produeix una expansió de l'àmbit d'aplicació de la institució a altres contractes d'intercanvi, com ara als contractes de permuta o d'arrendament i, en general, a tots el contractes onerosos. La seva expansió territorial segueix la progressiva recepció del *ius*

6. Vegeu, en favor del càlcul geomètric, PLACENTINUS, *Summa Codicis*, Lyon 1577, reimpressió Torino: Bottega d'Erasmus, 1962, Tit. 44, p. 176. No obstant això, segons AZO PORTIUS, *Summa Aurea* (*Summa Codicis*), Lyon 1557, reimpressió Frankfurt am Main: Minerva, 1968, «De rescindenda venditione», p. 156, la majoria dels autors estaria a favor del mètode de càlcul aritmètic. Per a un debat entre els glossadors, vegeu ROGERIUS, *Dissensiones Dominorum sive controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur*, cur. Gustavus HAENEL, Lipsiae: Sumptibus I.C. Hinrichs, 1834, §254, C, de «Rescindenda venditione» (C. 4, 44), L. 12. *Quando emtor enormiter laesus dicatur?*, p. 426-427. Vegeu també, recentment, TAMMO WALLINGA, «La *laesio enormis* a través de la Glosa», *Revista General de Derecho Romano*, 16 (2011), p. 1-26, en especial, p. 25-26.

commune en els diversos territoris europeus i, al començament del segle XVII, és coneguda i aplicada des de la Mediterrània fins al mar Bàltic.⁷ El *ius municipale* de molts territoris europeus també dedica normes especials a la institució, sigui per ampliar el seu abast o per limitar-lo, tot establint, per exemple, que no s'apliqui als contractes sobre béns mobles,⁸ o a determinats tipus o modalitats contractuals.⁹ De vegades, redueixen el límit permisible de la

7. Vegeu, per exemple, per a ESPANYA: *COSTUMS DE TORTOSA, Consuetudines Dertosae*, Tarragona, ed. I. E. T. Ramon Berenguer, IV, 1972; *FURS DE VALÈNCIA, Furs et ordinations fetes per los gloriosos reys d'Aragó als regnicoles del regne de València*, València: Universitat de València, 1976; *Los Códigos espanyoles concordados y anotados*, Madrid: A. de San Martin, 2a ed., 1872. Per a FRANÇA: *DROIT COUTUMIER, Nouveau Coutumier General ou Corps des Coutumes Generals et Particuliers de France et des Provinces*, Paris: Claude Robustel, 1734. Per a ITÀLIA: ENRICO BENEDETTI, *Rescissione de la vendita per causa di lesione*, in *Archivio Giuridico*, 84, 1910, p. 278 i seg. Per a ALEMANYA: Winfried Trusen, *Äquivalenzprinzip und gerechter Preis im Spätmittelalter*, a Franz MAYER (Hrsg.), *Festgabe für Günther Küchenhoff*, Göttingen: Schwartz, 1967, p. 262 i seg.; Wolfgang Georg SCHULZE, *Die laesio enormis in der deutschen Privatrechtsgeschichte* (Inaugural-Dissertation), Münster: Universitäts-Druckerei Joh. BURLAHE, 1973, p. 22 i seg. Per a una visió general que inclou aquests i altres territoris vegeu, Hans SCHEUER, *Die Laesio enormis im römischen und in modernem Recht*, Teil 2, *ZVR* 48 (1934), p. 304-365, p. 305 i seg.

8. **Aquest acostuma a ser el cas en el Droit coutumier** francès. Vegeu, per exemple, Carolus MOLINAEUS, *Prima Pars Commentariorum in Consuetudines Parisinensis*, Parisiis, Poncet le Preux, 1539, Tit. I, par. XXII, n. 47; Jacques DE LA LANDE, *Coutume d'Orleans commenté par Monsieur Delalande*, Paris: Claude Robustel, 1722, T. II, Tit. XX, art. 446, n. 7 i seg. Claude Ignace PROHET, *Les Coutumes du haut et bas pays d'Auvergne conférées avec le droit civil et avec les Coutumes de Paris, Bourbonnois, de la Marche, de Barri, et de Nivernois. Avec les notes de Me. Charles du Moulin*, Paris: Jean Gaignard, 1695, Tit. XVI, art. 9, afirma, en relació amb l'exclusió dels béns mobles, que «C'est coutume générale en France».

9. Com ara en la compravenda en subhasta pública (*Leyes de Estilo*, L. 220; *Coutume de Cambresis*, Tit. XXI, art. 4) o en les transaccions (*Coutume de Bretagne*, art. 282 —vell, de 1539— o art. 295 —nou, de 1580—). Vegeu les referències corresponents citades en la nota 7.

meitat, en general, a un terç,¹⁰ i fins i tot adopten solucions molt concretes per posar fi a la incertesa derivada dels nombrosos debats doctrinals a què havia donat lloc la institució.

Cal preguntar-se, però, quina fou la força que va contribuir a aquesta expansió tan extraordinària. Fou tal vegada una «preocupació justificada per evitar o almenys impedir l'exploració de la usura?». ¹¹ Fou, potser, la consideració de la *laesio enormis* com una mena de frau (*dolus ex ipsa re*).¹² Com veurem, la resposta a totes dues qüestions ha de ser negativa.

2.2. El dolus ex re ipsa (l'engany de «la cosa en si mateixa») no és dol

Pel que fa al dol, Fransen ens va ensenyar fa més de seixanta anys que els juristes medievals veien el dol, essencialment, des del punt de vista d'una causa de dany, d'una lesió que havia de ser reparada.¹³ Sens dubte, el perjudici econòmic causat per l'engany havia de ser intencional, però el que atreia l'atenció dels juristes de l'època era més l'existència d'un perjudici o dany que

10. Com fou el cas, per exemple, en el *ius municipale* de Roma (Estatut I, 54), Gubbio o en el *Württembergisches Landrecht*. Vegeu les referències corresponents citades en la nota 7.

11. Com ha assenyalat recentment sense cap fonament de pes Martin Josef Schermeier, *Mistake, misrepresentation and precontractual duties to inform: the civil law tradition*, a Ruth Sefton-Green, *Mistake, Fraud and Duties to inform in European Contract Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 54-55.

12. Cf. Schermeier, *ibídem*.

13. Gerhard Fransen, *Le dol dans la conclusion des actes juridiques (Evolution des doctrines et système du Code Canonique)*, J. Dumlot, Gembloux, 1946, p. 50.

la reprobable intenció de la part que va dur a terme l'engany.¹⁴ A diferència del dol que donava lloc a la conclusió del contracte (*dolus causam dans*), l'anomenat dol incidental (*dolus incidens*) no determinava la conclusió sinó només que el contracte es duqués a terme en unes condicions que eren més desfavorables que les que s'haurien pogut pactar si el dol hagués estat absent. O, en altres paraules, en el cas del dol incidental, la part que el patia hauria volgut contractar, malgrat la seva existència, però ho hauria fet en unes condicions més favorables.¹⁵

D'acord amb la comprensió dels glossadors i comentaristes, la principal conseqüència dels contractes afectats pel dol era que la part que el patia no havia obtingut el preu just.¹⁶ En canvi, el *dolus ex re ipsa*, que era com es qualificava la *laesio enormis*, no tenia res a veure amb un acte o omissió fraudulents de l'altra part, sinó amb una avaluació incorrecta del preu just del que s'intercanviava, una avaluació que no havia estat provocada per l'altra part

14. FRANSEN, *ibídem*, p. 22.

15. En aquest sentit, Andreas WACKE, *Circumscribere, gerechter Preis und dolus unter Berücksichtigung der §§ 138 II und 123 BGB*. SZ 94 (1977), p. 184-246.

16. Entre d'altres, ROGERIUS, *Summa Codicis*, Bibliotheca Iuridica Medii Aevi, vol. 1, A. GAUDENTIUS / I. B. PALMERIO (ed.), Bononiae: Societatis Azzoguidianae, 1913, p. 125, CINUS DE PISTOIA, *In Codicem et aliquot titulos primi Pandectarum tomi*, Francofurti ad Moenum, 1578, reimpressió Torino: Bottega d'Erasmus, 1964, Com. C. 4, 44, 2, n. 17, «...sed tunc incidit cum alias erat contracturus, se credit pro 10 et ille introducit ut vendat pro 5...», or Panthaleon CALDERIUS CREMONENSIS, *Practicabilis repetitio legis rem maioris pretii ij. C. de rescin. ven.*, Papias: Jacobus de Burgofranco, 1510, Col. III, s.n.: «Secundo modo potest adhiberi iste dolus deceptivus, non dando causam contractui sed faciendo cum blanditiis et persuasionibus... quod ille qui bene erat contracturus contrahit sed viliori aut maiori pretio quam valeat res: et tunc iste dolus quod non intervenit circa totalitatem aliquorum ex sustancialibus contractus sed solum circa aliquem partem pretii...». Vegeu també WACKE, *cit.*, p. 238.

contractant o per un tercer, sinó «per la cosa en si mateixa».¹⁷ I aquest mateix criteri era el que defensaven els canonistes.¹⁸ Com ha afirmat encertadament un destacat autor modern, «[E]ls glossadors no deien, com van dir alguns juristes del segle XIX, que el preu que era massa baix o massa alt fos una prova de dol en el seu sentit propi i que, per aquesta raó, s'hagués d'atorgar un remei. Simplement assenyalaven que els remeis per al dol incidental intencional i els remeis per al preu injust es dirigien contra el mateix mal: en tots dos casos una de les parts havia pagat massa poc o massa».¹⁹

2.3. *Laesio enormis i usura s'exclouen mútuament*

L'anàlisi de les fonts també mostra que els juristes medievals sempre van considerar la *laesio enormis* i la usura com dues institucions diferenciades i mútuament excloents. El concepte d'usura partia de la idea que el diner no pot produir fruits i, per tant, tot interès que hom pagui per un préstec de diners és il·lícit; a més, la usura, si bé no requeria la intenció de fer mal a altri,

17. Per tots, ACCURSIUS, *Corpus iuris civilis Justiniani*, Lugduni: Comp. des Libraires, 1569, Glo. «Dolum habet» ad D. 45, 1, 36 i BALDUS DE UBALIS, *In Codicis praelectiones. In quartum et quintum Codicis praelectiones...*, Lugduni: Servianus, 1561, Com. C. 4, 44, 2, n. 2.

18. Vegeu HOSTIENSIS (HENRICUS DE SEGUSIO), *In Tertium Decretalium Librum Commentaria*, Venetiis, 1581, reimpressió Torino: Bottega d'Erasmus, 1965, Com. X. 3, 17, 3, n. 6: «...ubi non dat causam, nec incidit, sed ipso facto inest deceptio, et excedit dimidiam iusti pretii».

19. James GORDLEY, *The Philosophical Origins of Modern Contract Law*, Oxford: Clarendon Press, 1991, p. 66.

comportava la intenció de voler enriquir-se de manera il·legítima. La *laesio enormis*, en canvi, comportava només l'existència d'un desequilibri entre prestació i contraprestació que fos en més de la meitat del preu just.²⁰

A més, el diner no podia ser considerat com una mercaderia subjecta a un preu just, sinó com un mitjà de canvi, el valor del qual no podia fluctuar en el mercat perquè havia estat establert d'una vegada per totes pel sobirà.²¹

20. Vegeu John T. NOONAN, *The Scholastic Analysis of Usury*, Cambridge: Harvard University Press, 1957, p. 82-99, i Jean IBANÈS, *La doctrine de l'Eglise et les realites economiques au XIIIè. Siècle*. Paris, PUF, 1967, p. 34 i seg. Més recentment, Odd LANGHOLM, *The Legacy of scholasticism in economic thought: Antecedents of choice and power*, Cambridge: Cambridge University Press, 1998, i Joel KAYE, *Economy and nature in the fourteenth century: money, market exchange, and the emergence of scientific thought*, Cambridge: Cambridge University Press, 2000. D'acord amb la Glossa ordinària a les *Decretales Gregorii IX. Suis commentariis illustratae: ab innumeris pene mendis repurgatae, et pristino suo nitore ex antiquorum exemplarium collatione....; Quibus add. sunt ex integris ipsis Decretalibus ... annotationes, et interpretationes Germanae ... Opera et diligentia Martini Gilberti*, Lutetiae Parisiorum: Merlin & Desboys, 1561, Glo. ord. "Comparant" ad X. 5, 19, 6: «Non decepti in iusto pretio sed scienter pluris emerunt propter dilationis solutionis. Si enim decepti essent, quia darent ultra pretium iustum, non haberet speciem usurae: quia licet contrahentibus sese ad invicem decipere ff. de mino, in causa idem pomponius ait [i.e. D. 4, 44, 16] in pretio usque ad dimidium iusti pretij supra de empt. et ven., cum dilecti [i.e. X. 3, 17, 3 i 6] C. de rescin. vend l. ij [i.e. C. 4, 44, 2]».

21. Vegeu, per exemple, Guilielmus BONT, *Tractatus de usuris, a Tractatus universi iuris*, Tomus Septimus, *De contractibus*, Venetiis: Zilettus, 1584, p. 77 v. n. 65, tot citant Henricus de Gante: «Henrici de Ganda. Quo dicit quod nummissi masive pecunia inventa est, non ut sit terminus, sed medium commutationem, hoc est, ut non esset merx, sive res empta, sed medium emptionis et venditionis». Vegeu també NOONAN, cit., p. 23-95; IBANÈS, cit., p. 44 i seg.; KAYE, cit., p. 80 i seg. Sobre els conceptes del diner com a mitjà d'intercanvi i mesura del valor, vegeu també KAYE, ibídem, p. 137 i seg., i p. 170 i seg.

Finalment, els contractes usuraris eren nuls, mentre que els contractes en els quals una de les parts havia patit una *laesio enormis* només podien ser rescindits, si bé l'altra part podia evitar la rescissió tot pagant el que faltava fins arribar al preu just. Per tant, o bé el contracte podia ser perjudicial a causa de l'existència d'una *laesio enormis*, i aleshores era rescindible, o bé podia ser usurari i, aleshores, era nul.²²

Aquestes diferències es veuen clarament quan les parts conclouen contractes que, si concorren determinats elements, es poden considerar fets en frau a la prohibició de la usura. Així succeeix, per exemple, quan comprador i venedor acorden que durant un temps determinat el venedor podrà recuperar la cosa venuda tot retornant la mateixa suma de diners que ha rebut com a preu o una certa quantitat superior o inferior. En aquests casos:

a) Si hi ha una certa disparitat entre el preu pagat i el preu just, encara que no sigui de més de la meitat del preu just, i concorren altres circumstàncies que revelen que una de les parts contractuals ha estat especulant sense córrer cap mena de risc per part seva, el contracte serà considerat usurari. Aquest és el cas, per exemple, quan no es limita temporalment la possibilitat de recuperar la propietat de la cosa venuda o quan el comprador és una persona que habitualment presta diners (*solitus foenerari*).

b) Per contra, si no hi ha altres circumstàncies que mostren que la part que rep més en l'intercanvi pretén obtenir un benefici

22. Tot mantenint *laesio enormis* i usura totalment separades, NOONAN, *The Scholastic Analysis of Usury*, cit., p. 82 i seg., i 397-398. També, JOHN W. BALDWIN, *The Medieval Theories of Just Price*, a *Transactions of the American Philosophical Society, New Series - Volume 49, Part. 4*, Philadelphia, 1959, p. 35, 37 i seg., i p. 74. KAYE, *Economy and nature in the fourteenth century*, cit., p. 94 i seg.

sense córrer cap mena de risc, el contracte podrà ser rescindit, però només quan la disparitat de les prestacions intercanviades sigui superior a la meitat del preu just.²³

2.4. El significat de la lesió en el context del preu just

Per als juristes medievals, la idea d'igualtat en l'intercanvi expressada pel límit de la meitat del preu just establert per la *Lex Secunda* del Codi de Justinià es converteix en el filtre a través del qual han de passar totes les disposicions de dret romà que tracten temes relacionats amb el preu. Així, per exemple, quan el Digest estableix que, sempre que no concorrin el que avui podríem anomenar *vicis del consentiment*, és quelcom naturalment lícit que, pel que fa al preu, les parts puguin fer veure que la cosa val més o menys del que efectivament val (D. 4, 4, 16, 4),²⁴ els juristes medievals

23. PANORMITANUS (NICOLAUS DE TUDESCHIS), *Interpretationes in ... Decretalium librum abatis Panormitani ... interpretationum in ... Decretalium librum pars ...* Lugduni: Senneton, 1547, Lib. III, Com. X. 3, 17, 5, n. 8: «Item hic intervenerat modicitas precij: ut infra clarius dicam. Illud ergo non sufficit ad praesumendum contractum foeneratarium» i a n. 12: «Nam sola modicitas precij non est sufficiens argumentum doli, sed oportet quod concurrant aliae presumptionibus de quibus supra». També Antonius BURGOS, *Super utili et quotidiano titulo de emptione et venditione*, Parmae: Seth Vioti, 1574, Com X. 3, 17 5, n. 50 «...pondero tex. nostrum, dum de pretio loquitur vix tangentem dimidium valoris rei, et per conesquens ista parvitate pretij isto modo considerata, contractus potius pignoratitius in veritate, quam emptionis, et venditionis iudicabitur...». Tot informant sobre la pràctica a la Cort Reial de Catalunya en el segle XVI, Michael FERRER, *Observantiarum Sacri Regii Cathaloniae Senatus*, Barcinonae: Simon, 1608, Pars II, cap. 439, explica que: «Pactum de retrovendo factum cum magna modicitate pretii, videlicet minus dimidia quantitate iustii pretii, esse usurarium, licet emptor non esse solitus foenerari declaratum fuit Die 12 Novembris 1569...».

24. D. 4, 4, 16, 4: «Idem Pomponio ait in pretio emptionis et venditionis naturaliter licere contrahentibus se circumvenire».

afegiran que ho poden fer «només fins a la meitat del preu just, però no més enllà».²⁵ Quan els textos romans rebuts diguin que «[L]a naturalesa de la compra i venda permet comprar per menys el que val més i vendre per més el que val menys, tot aprofitant-se recíprocament» (D. 19, 2, 22, 3),²⁶ els juristes medievals comenten aquest principi tot dient que això és possible, «però només fins a la meitat del preu just».²⁷ Finalment, quan les fonts romanes estableixen que «quan s'ha fet un contracte d'arrendament no pot ser anul·lat pel fet que la renda és massa baixa llevat que hom pugui provar que l'altra part ha estat dolosa» (D. 19, 2, 23), els juristes medievals comenten el principi tot dient que això és cert, però només si el preu baix no és de menys de la meitat del preu just, d'acord amb el ja assenyalat D. 19, 2, 22, 3, interpretat conjuntament amb la *Lex Secunda* del Codi de Justinià.²⁸

25. Així, per exemple, ODOFREDUS DE DENARIIS, *Lectura Super Codice*, Lugduni, 1552, reimpressió Bologna: Forni, 1968/69, C. 4, 44, 2, n. 3, i BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In primam Codicis partem Commentaria*, Augustae Taurinorum: Nicolaum Beuilaquam, 1574, Com. C. 4, 44, 2, n. 1.

26. D. 19, 2, 22, 3: «Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minoris emere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est».

27. Vegeu ODOFREDUS DE DENARIIS i BARTOLUS A SAXOFERRATO, *ibídem*.

28. En aquest sentit, BARTOLUS A SAXOFERRATO, *ibídem*, que considera que la frase «ita in locationibus quoque et conductionibus iuris est» en D. 19, 2, 22, 3, prova que la *laesio enormis* també s'aplica a la *locatio conductio*. Per a una explicació amb detall de l'abast d'aquestes disposicions en el *ius commune*, vegeu IONANNES DEL CASTILLO SOTOMAYOR, *Opera Omnia Quotidianarum Controversiarum Iuris*, Lugduni: Anisson et Devenet, 1658, T. VIII, Cap. VIII.

No obstant això, també s'assenyala que mentre això és el que succeeix en la pràctica dels tribunals d'acord amb la interpretació que els juristes fan del dret romà i canònic, els moralistes consideren que en el «fur de la consciència», és a dir, en l'àmbit moral, la virtut requereix que s'observi la plena igualtat en l'intercanvi. En aquest sentit, serà essencial la traducció al llatí de l'*Ètica a Nicòmac* d'Aristòtil en la segona meitat del segle XIII i el posterior desenvolupament de l'escolàstica primerenca i, més específicament, de Tomàs d'Aquino, per establir el paradigma contractual que regirà fins poc abans de la codificació.²⁹

Segons Tomàs d'Aquino, quan una persona dóna el seu consentiment a la transferència de present o de futur de la seva propietat, exerceix o bé la virtut de la justícia commutativa o bé la de la liberalitat, i les obligacions de cada part dependran de quina és la virtut que s'exercita. Els actes de la justícia commutativa exigeixen la plena igualtat en l'intercanvi. No obstant això, la llei humana no pot prohibir tot el que és contrari a la virtut perfecta, i s'ha de limitar a prohibir aquelles falles que destrueixen els llaços de la societat.³⁰ Per aquesta raó, la llei humana corregeix només les injustícies que siguin excessives, que és el que fa la *Lex Secunda*

29. Entre els estudis clàssics sobre la relació entre la teoria del preu just i la *laesio enormis*, a més de BALDWIN, *The Medieval Theories of Just Price*, cit., i NOONAN, *The Scholastic Analysis of Usury*, cit., p. 82-99, vegeu també les obres dels altres autors citats a la nota 20.

30. THOMAS AQUINATIS, *Summa Theologiae*, Torino: Marietti, 1962, T. II, Pars IIa-IIae, q. 77, a.1 Ad primum.

del Codi de Justinia.³¹ En canvi, la llei divina no pot deixar sense càstig res que sigui contrari a la virtut perfecta i, per tant, d'acord amb la llei divina, el fet que en les vendes i altres intercanvis no s'observi la justícia commutativa es considera il·lícit.³² Així, mentre que segons la llei divina qualsevol manca d'igualtat en l'intercanvi, mesurada amb relació al preu just, és un pecat, d'acord amb la llei romana terrenal, només la manca d'igualtat que va més enllà de la meitat del preu just és un factor que vicia el contracte. El contracte pot ser rescindit llevat que l'altra part opti per restaurar l'equilibri perdut i, aquesta vegada, totalment.

El paper que aquest límit de la meitat del preu just té en el dret contractual medieval pot ser fàcilment malentès si el mirem amb ulls moderns, sense captar el significat que tenia la teoria del preu just en el context de l'època i la seva relació amb el consentiment. Cal destacar, d'entrada, que aquest límit de la meitat del preu just no es considera establert com una mena de protecció al lliure consentiment de les parts contractants, sinó com un requisit essencial de l'intercanvi. El consentiment es dóna a la conclusió d'un contracte que té una finalitat determinada (o, com diríem avui, una funció), és a dir, la d'intercanvi, la qual requereix una certa proporció entre el que es dóna i el que es rep, una proporció que, d'acord amb la

31. **Thomas AQUINATIS**, *ibídem*: «...si absque fraude venditor rem suam supervendat aut emptor vilius emat, nisi sit nimius excessus: quian tunc etiam lex humana cogit ad restituendum, puta si aliquis sit deceptus ultra dimidiam iusti pretii quantitatem...».

32. **Thomas AQUINATIS**, *ibídem*: «...Sed lex divina nihil impunitum relinquit quod sit virtuti contrarium. Unde secundum divinam legem illicitum reputatur si in emptione et venditione non sit aequalitas iustitiae observata...».

Lex Secunda del Codi de Justinià, s'entén que està delimitada per, com a mínim, la meitat del «preu just».³³

Els juristes medievals identifiquen aquest «preu just» amb el general o valor de canvi comú de les coses, és a dir, amb el que actualment anomenaríem *preu de mercat*.³⁴ A partir dels textos romans, afirmen que el preu just és el preu que resulta de «l'estimació comuna dels homes» (*communis aestimatio hominum*).³⁵ No ignoren que els preus varien dia a dia i de regió a regió, atès que poden obtenir aquestes dades de les mateixes fonts del dret romà (D. 35, 2, 63, 2),³⁶ però no es preocupen per desenvolupar teories més elaborades sobre quins són els factors que determinen aquesta «estimació comuna dels homes». Segons el seu punt de vista, els textos romans rebutgen la idea que els

33. AZO PORTIUS, *Summa Aurea*, cit., Tit. 44, *De rescindenda venditione*, p. 156, tot assenyalant que una compravenda no es pot rescindir, excepte si el venedor «...dixerit se donare quod erat ultra pretium conventum. Quod semper videtur dici si sciam rem valere ultra dimidium». BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In primam Codicis partem Commentaria*, cit., Com. C. 4, 44, 2, n. 14: «Aut nota quis scit valorem rei, et iste bene potuit pretio viliori vendere et sic parte donare». Vegeu també BALDWIN, *The Medieval Theories of Just Price*, cit., p. 46; LANGHOLM, *The legacy of scholasticism in economic thought*, cit., p. 105, i GORDLEY, *The Philosophical Origins*, p. 55 i *passim*.

34. VEGEU KAYE, *Economy and nature in the fourteenth century*, cit., p. 88 i seg., amb una explicació detallada sobre la comprensió de la teoria medieval del preu just per part de la historiografia econòmica moderna.

35. Per a més detalls, BALDWIN, *The Medieval Theories of Just Price*, cit., p. 28 i seg.; NOONAN, *The Scholastic Analysis of Usury*, cit., p. 81-99. IBANÈS, *La doctrine*, cit., p. 35-41, i KAYE, *Economy and nature in the fourteenth century*, cit., p. 92 i seg.

36. D. 35, 2, 63, 3, 2: «Nonnullam tamen pretio varietatem loca temporaque adferunt: nec enim tantidem Romae et in Hispania oleum aestimabitur nec continuis sterilitatibus tantidem, quande secundis fructibus, dum hic quoque non ex momentis temporum nec ex ea quae raro accidat caritate pretia constituentur».

preus puguin dependre de la particular afecció d'una persona individual. L'afecció individual no és rellevant com a element del preu i ha de ser considerada com una mena de liberalitat.³⁷

Atès que la igualtat en l'intercanvi no pot tolerar una diferència en més de la meitat del preu just, si aquesta desigualtat existeix, no pot tenir el seu fonament en un contracte d'intercanvi i el contracte es pot rescindir. No obstant això, aquesta manca d'igualtat pot tenir l'origen en el fet que la part que pateix un perjudici no només té la intenció de dur a terme un intercanvi, sinó també per fer una liberalitat, i aleshores aquesta diferència troba el seu fonament en una voluntat de donar.³⁸

Quan es pot considerar, però, que la part que sembla patir una lesió de més de la meitat, en realitat no pateix cap lesió sinó que fa una donació? Les respostes a aquesta pregunta aniran variant en el decurs dels segles, però la resposta que hi donen glossadors i comentaristes és que la part contractant té la intenció de fer una donació quan sap quin és el preu just.³⁹

37. Vegeu, per exemple, D. 9, 2, 33 («...pretia rerum non ex affectione nec utilitate singulorum, sed communiter fungi...») i D. 35, 2, 63 («Pretia rerum non ex affectu nec utilitate singulorum, sed communiter funguntur...»). També ACCURSIUS, *Corpus iuris civilis Justiniani*, cit., Glos. D. 35, 2, 63: «communi pretio aestimatur res. Quod ergo dicitur res tantum valet quantum vendi potest, scilicet communiter» i Glo. *Iudicis* ad C. 4, 44, 2 i Glo. *Paulo vilioris* ad 4, 44, 15.

38. BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In primam Codicis partem Commentaria*, cit., Com. C. 4, 44, 2, n. 14: «Quaero quod si dictum est in instrumento, quod illud plus valet, dedit et donavit tamquam bene merito an per hoc videatur recessum a beneficio huius legis. Azo in summa huius tituli, videtur dicere quod sic...».

39. BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In primam Codicis partem Commentaria*, cit., Com. C. 4, 44, 2, n. 14: «Aut nota quisscit valorem rei, et iste bene potuit pretio viliori vendere, et sic parte donare...».

Val la pena subratllar aquí que el paradigma medieval és l'invers a l'actual: la part en desavantatge no és objecte de protecció pel fet que pateix un vici de la voluntat (en aquest cas, un error en el preu). El que es protegeix és un cert grau d'igualtat en l'intercanvi, que els autors de l'època consideren que forma part essencial de la seva naturalesa. El coneixement del preu just permetrà que aquesta desproporció, que no pot trobar el seu fonament en l'intercanvi, trobi la seva justificació en l'existència d'una donació, i aleshores la rescissió ja no serà possible.⁴⁰

La idea que un acord en el preu pot incorporar un element de gratuïtat es converteix en lloc comú i, per tal d'evitar la rescissió d'una compravenda, esdevé necessari saber quins són els elements que mostren que la part que s'allunya tan exageradament del preu just està fent una donació en comptes de patir una lesió.

Aquí, un cop més, s'ha de fer la distinció entre el fur de la consciència (que es regeix per la llei divina) i el *forum fori* o món dels tribunals del dret humà. Bartholomaeus Caepolla, tot seguint Bernardinus de Siena i Sant Tomàs d'Aquino, sosté que en el fòrum de la consciència hi ha cinc elements que ens impedeixen considerar que hi ha donació quan s'ha produït una lesió: la ignorància, la lleugeresa, la inexperiència, l'afecció particular i la necessitat.⁴¹ Si qualsevol d'aquests cinc elements és present, no es pot considerar que la part contractant ha volgut que la

40. PLACENTINUS, *Summa Codicis*, cit., Tit. 44, p. 176: «Item in summa illud sciendum est, quod iudicio meo, ei, qui vendit ex certa scientia non dabitur rescindenda licentia». Vegeu, amb més detall, GORDLEY, *The Philosophical Origins*, cit., p. 55 i *passim*.

41. Bartholomaeus CAEPOLLA, *De contractibus et aliis illicitis*, in *Tractatus universiuris*, Tomus Septimus, *De contractibus*, Venetiis: Zilettus, 1584, n. 62 i seg.

diferència en el preu hagi estat una liberalitat. Per tant, aquest autor redefineix el preu just tot dient que «és el preu al qual les coses poden ser venudes comunament quan hom coneix i entén les condicions de la cosa, i no hi ha lleugeresa, o qualsevol tipus de necessitat, inexperiència o afecció».⁴²

Amb tot, cal destacar, però, que això és cert pel que fa al fur de la consciència. En canvi, en l'aplicació terrenal del dret romà i canònic, els juristes consideren fins al segle XVI que la manca de coneixement del preu just serà l'únic motiu per a l'exclusió d'una donació i, a partir del segle XVI, ocasionalment, també faran referència a la necessitat.⁴³

En resum, hom pot concloure que el remei de la *laesio enormis* no es considera des d'una perspectiva subjectiva, com una protecció específica contra la voluntat viciada de les parts més febles, sinó com un element definitori de la naturalesa mateixa de l'intercanvi. L'intercanvi, en la pràctica jurídica, requereix que cada part rebi alguna cosa d'un valor de mercat que no sigui

42. CAEPOLLA, *De contractibus...*, cit., n. 72: «...quantum communiter vendi potest... scienti et intelligenti conditionem rei... non existente in egestate, nec in aliqua necessitate, nec in aliqua levitate, nec in aliqua nimia affectione vel commoditate».

43. Vegeu, per exemple, Ioannis MATIENZO, *Commentaria in librum quintum Recollectionis Legum Hispaniae*, Mantuae Carpetanae (Matriti): Madrigal, 1613, Lib. 5, Tit. 11, l. 1, gl. 8, n. 36 i seg., tot defensant la *communis opinio* tradicional que exclouia del remei aquells que sabien quin era el preu just, a diferència d'Arius PINELUS, *Omnia qua quidem hactenus extant opera, id est, In constitutiones Cod. De Bon. Maternis, itemque ad rubrica et lex 2 Cod. de rescindenda venditione Commentarij*, Lugduni: Sumptibus Philippe Tinghi Florentini, 1576, P. I, Cap. II, n. 12 i seg., qui, malgrat reconèixer que és una opinió gairebé unànime, rebutja que el coneixement del preu just sigui l'únic element que impedeixi al lesionat exercir l'acció i hi afegeix també la «necessitate vel alia causa».

inferior a la meitat del preu just o valor de mercat del que dóna. Si aquest no és el cas, la prestació de la part que dóna més es troba, en part, mancada de justificació (o, més correctament, de causa) i el contracte no compleix amb la funció que justifica la seva existència (causa, de nou, però aquí, en el sentit de funció economicosocial).

Hom es podria preguntar per què aquest paradigma considerava imprescindible que els contractes respectessin una certa equivalència objectiva mínima en els intercanvis. La resposta és que aquest paradigma considerava que, per tal de fer possible els intercanvis, era essencial un cert grau d'igualtat o d'equivalència objectiva. El preu just es formava, com s'ha assenyalat, d'acord amb «l'estimació comuna dels homes», expressió que, en la terminologia moderna, coincidiria a grans trets amb el «preu de mercat». No obstant això, si bé els juristes i els moralistes medievals sabien que els preus poden canviar i que l'escassetat de l'oferta pot dur a l'alça dels preus i un excés de subministrament, a la seva caiguda, ignoraven, però, que els preus d'equilibri es poguessin assolir pel funcionament adequat del mateix mercat. En desconèixer l'existència de la «mà invisible» d'Adam Smith, van considerar que el bon funcionament del mercat només es podia aconseguir amb l'actitud personal de venedors i compradors que intercanviessin a preu just, és a dir, que s'ajustessin a «l'estimació comuna dels homes» en els seus intercanvis individuals.⁴⁴

44. Això ja ho havia assenyalat Hans Georg SCHATCHTSCHABEL, *Der gerechte Preis: Geschichte einer wirtschaftlichen Ideen*, Berlin: Junker und Dünhaupt, 1939, p. 77 i seg., p. 87. Més recentment, FRANCISCO GÓMEZ CAMACHO, *Luis de Molina. La Teoría del Justo Precio*, Madrid: Edición Nacional, 1981, p. 38 i p. 52; LANGHOL, *The Legacy of Scholasticism...*, cit., p. 85, i GORDLEY, *The Philosophical Origins*, cit., p. 98.

3. APOGEU I DECADÈNCIA DE L'EQUIVALÈNCIA OBJECTIVA EN L'INTERCANVI

L'escolàstica tardana va adoptar de Tomàs d'Aquino la classificació dels contractes en actes de liberalitat i actes de justícia commutativa i la va desenvolupar. Tot basant-se en la classificació d'autors espanyols de l'Escola de Salamanca, com ara Francisco de Vitoria,⁴⁵ Domingo de Soto⁴⁶ i Luis de Molina,⁴⁷ Groci va desenvolupar un sistema complet.

Groci (1583-1645) defineix el contracte com un «acte humà que tendeix a la utilitat dels altres», els divideix en «simples» i «compostos», tot classificant ulteriorment els «simples» en «beneficiosos» (és a dir, gratuïts) i «permutatoris» (és a dir, onerosos),⁴⁸ i duu a terme una ordenació més detallada en atenció a la utilitat que proporcionen. En aquest sentit, la utilitat dels «contractes permutatoris» es basa en el fet que o bé pretenen intercanviar béns o crear una comunitat d'interessos, com ara en el cas del contracte de societat.⁴⁹ Tot emprant la classificació romana

45. Francisco de VITORIA, *De iustitia*, ed. D V. Beltrán de Heredia, Madrid, 1934, Quaestio LXXVII, art. I, p. 116 i seg.

46. Domingo de SOTO, *De justitia et de iure*, Salamanca, 1556, reimpressió amb traducció al castellà. Madrid: CEC, 1968, vol. III, Lib. VI, Quaestio II i seg.

47. Luis de MOLINA, *De iustitia et de iure*, Conchae: Ex officina Ioannis Masselini, 1593, T. II. *De Contractibus*, disp. 253 (també en versió castellana a Gómez Camacho, *La teoría del justo precio*, cit.). Per a més detalls, GORDLEY, *The Philosophical Origins*, cit., p. 102-103.

48. Hugo GROTIUS, *De Iure Belli ac Pacis libri tres*, Lausannae, 1758, Lib. II, Cap. XII, I.

49. GROTIUS, *De Iure Belli ac Pacis libri tres*, Lib. II, Cap. XII, III.

del *do ut des*, *do ut facias* i *facio ut facias*, divideix ulteriorment els contractes en aquells en els quals hom dona alguna cosa per rebre'n una altra, hom dona quelcom perquè es faci alguna cosa a canvi, o hom fa alguna cosa per tal que es faci també alguna altra cosa a canvi.

En el cas dels contractes d'intercanvi, cada part ha de rebre tant com el que dóna d'acord amb un valor objectiu de canvi o preu de mercat, i, per tant, després de l'intercanvi, cada part ha de tenir a les seves mans una cosa que té exactament el mateix valor de canvi del que tenia abans.⁵⁰ Si manca aquesta igualtat en l'intercanvi, el contracte serà contrari a l'*aequalitas* i la part contractant que ha rebut menys tindrà una acció per obtenir de l'altra part contractant la restitució de l'equivalència perduda. I això és així perquè quan les parts conclouen un contracte d'intercanvi, com ara un contracte de compravenda, estan fent servir un instrument jurídic que té per objecte no només l'intercanvi de prestacions sinó l'intercanvi de prestacions que tenen el mateix valor. Per aquest motiu no hi ha cap raó per suposar que les parts fan ús d'un instrument jurídic que té una funció econòmica perfectament definida (la d'intercanvi de valors iguals) per aconseguir un resultat que és aliè a aquest tipus de contracte.⁵¹ O, en altres paraules, les parts no poden alterar la funció econòmica del contracte sense destruir el tipus de contracte de què es tracti. Quan una part dóna el seu consentiment a un determinat tipus de contracte (per exemple, una compravenda) també el dóna a la funció econòmica que li és pròpia. Per descomptat, la part

50. GROTIUS, *De Iure Belli ac Pacis libri tres*, Lib. II, Cap. XII, XI, 1.

51. GROTIUS, *De Iure Belli ac Pacis libri tres*, Lib. II, Cap. XII, XI, 1.

pot no voler que existeixi aquesta igualtat en l'intercanvi, però aquesta falta d'igualtat ha d'estar justificada en la seva voluntat, en un ànim liberal, i aleshores el contracte ja no és una compravenda, sinó un contracte mixt de compravenda i donació (*negotium mixtum*).⁵²

Puffendorf (1632-1694) comparteix el mateix enfocament i afegeix aquests contractes mixtos com un tercer element en la classificació bàsica. Considera que, si bé abans que visquessin en societat els homes podien fixar lliurament el preu de les coses, van perdre aquest dret quan van començar a viure en societat. Des d'aleshores, el preu és establert bé per les autoritats (*pretium legitimum*) o bé per l'estimació comuna dels homes (*pretium iustum*), i el que han de fer les parts contractants és donar el seu consentiment al preu establert per un d'aquests dos procediments.⁵³

Aquest i altres autors consideren, però, que la plena igualtat en l'intercanvi és quelcom que només exigeix la Llei natural i assenyalen que el menor grau d'igualtat que requereix la *Lex Secunda* del Codi de Justinià és acceptable en l'àmbit del dret positiu perquè si s'exigís la plena igualtat els tribunals no podrien fer front a tots els litigis que es produirien.⁵⁴

Christian Thomasius (1655-1728) seguirà aquestes doctrines en un principi,⁵⁵ però aviat substituirà postulats eticosocials

52. GROTIUS, *De Iure Belli ac Pacis libri tres*, Lib. II, Cap. XII, V.

53. Vegeu Samuel PUFFENDORF, *De iure Naturae et Gentium*, Francofurt et Lipsiae, 1759, Lib. V, Cap I, § VIII.

54. GROTIUS, *ibídem*, Cap. XII, XII, 2. PUFFENDORF, *ibídem*, Cap III, § IX.

55. Christian THOMASIIUS, *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, 7th. ed. Halle, 1730, reimpressió Aalen: Scientia Verlag, 1963, Lib. II, Cap. XI, n. 49, 50, 51 i 52. La primera edició fou publicada l'any 1687.

heretats de la tradició tomista per un plantejament individualista i una de les seves obres sobre l'equitat imaginària (*aequitas cerebrina*) de la *Lex Secunda*⁵⁶ es convertirà en el flagell més implacable i influent en contra de la igualtat en l'intercanvi i de la *laesio enormis*.

Thomasius es pregunta sobre l'origen del preu (*pretium vulgare*) i considera que la valoració de les coses no depèn de la seva substància, qualitat o valor d'ús comú. Trencant amb la tradició anterior, creu que la primera font del valor de les coses es troba en el desig dels homes (*cupiditas*) i la segona en l'escassetat (*raritas*). Si les coses no són desitjades, no tenen cap valor, i si ho són, l'escassetat o l'abundància, respectivament, el fan augmentar o disminuir.⁵⁷ Atès que aquest desig o *cupiditas* és diferent segons les persones, no es pot establir el valor de les coses amb caràcter general sinó que depèn del valor que hi dóna cada persona d'acord amb el seu desig individual.⁵⁸

A més, Thomasius afirma que, d'acord amb la llei natural, les parts contractants són iguals, és a dir, gaudeixen de la mateixa

56. Christian THOMASIVS, *Tractatio iuridica De Aequitate Cerebrina L. 2. Cod. de Rescindenda Venditione eiusque Usu Practico*, Halae Salicae, 1749. La primera edició fou publicada l'any 1706. Sobre el significat de l'expressió «*aequitas cerebrina*», vegeu Clausdieter SCHOTT, *Aequitas Cerebrina, a Rechtshistorische Studien Hans Thieme zum 70. Geburtstag*, Köln/Wien: Böhlau Verlag, 1977, p. 132-160, p. 155, que la defineix com «*eher eine Form der iniquitas und iniustitiae*» i com «*ein Mangel sowohl moralischer wie intellektueller Art*».

57. THOMASIVS, *Tractatio iuridica De Aequitate Cerebrina*, cit., Cap. II, §§ XV i XVI.

58. THOMASIVS, *Tractatio iuridica De Aequitate Cerebrina*, cit., Cap. II, §§ XVII i XVIII.

llibertat i, per això, cadascuna pot estimar lliurement el valor del que té. Per tant, per tal que sigui possible l'intercanvi, i a diferència del paradigma vigent fins aleshores, ja no caldrà que cadascuna de les parts intercanviï valors iguals. El que caldrà és que les parts siguin igualment lliures per tal de poder estimar el que tenen en el valor que considerin apropiat.⁵⁹

Atès que els homes tendeixen a valorar més les coses pròpies i menys les que pertanyen als altres, mentre mantinguin aquesta posició l'intercanvi serà impossible. Per tal que l'intercanvi tingui lloc, caldrà que les parts negociïn, és a dir, que valorin menys les coses pròpies i més les que pertanyen als altres, fins arribar al preu que sigui convenient per a ambdues parts.⁶⁰ Aquest procés de negociació s'ha de regir per les regles de la prudència, no per les regles de la justícia. Les regles de la prudència exigeixen que cada part amagui el seu desig d'obtenir allò que pertany a l'altra part ja que, com se sap, el desig (*cupiditas*) n'augmenta el valor. No obstant això, si una no amaga el seu desig, seria una estúpida de l'altra part no demanar un preu superior al que hauria demanat si aquest desig s'hagués mantingut ocult.⁶¹ Quan una part contractant actua imprudentment en la negociació del preu és responsable de la seva conducta; la imprudència no pot perjudicar l'altra part, atès que ambdues parts gaudeixen de la mateixa llibertat en la negociació del preu.⁶²

59. THOMASIIUS, *ibídem*, Cap. II, § XX.

60. THOMASIIUS, *ibídem*, Cap. II, § XXI i XXII.

61. THOMASIIUS, *ibídem*, Cap. II, § XXIII.

62. THOMASIIUS, *ibídem*, Cap. II, § XXVI.

D'acord amb aquest nou paradigma, l'únic preu rellevant és el preu negociat i acordat per les parts. Abans que s'acordi, no hi ha un preu i, per tant, no pot haver-hi un preu per sota o per sobre de la meitat del valor de la cosa.⁶³ El preu acordat per les parts sempre serà just perquè respon al seu lliure albir. Aleshores, la justícia requereix que es pagui el preu acordat. Per tant, no és cert que en els contractes d'intercanvi les parts hagin de respectar la *aequalitas*, és a dir, que hagin de rebre un valor igual al que donen. La igualtat de valors no és ni inherent a les coses que s'intercanvien, ni depèn de l'opinió dels altres o d'una «estimació comuna». Depèn exclusivament de l'estimació de les parts contractants.⁶⁴ En conseqüència, ja no es podrà parlar d'equivalència econòmica en l'intercanvi, sinó només de l'existència o inexistència de consentiment.

Altres autors de l'escola del jusnaturalisme racionalista seguiran el nou paradigma⁶⁵ i, a finals del segle XVIII, hom considerarà que, des del punt de vista del dret natural, la *laesio enormis* és una excepció de dret romà, la qual no es pot estendre a altres contractes ni convertir-se en principi general de tots els contractes d'intercanvi. Hom considerarà que la *Lex Secunda*

63. THOMASIVS, *ibídem*, Cap. II, § XXVII.

64. THOMASIVS, *ibídem*, CAP. II, § XXVI i seg., i XXXIII i seg. Vegeu també Klaus LUIG, *Bemerkungen zum Problem des gerechten Preises bei Christian Thomasius (1655-1728)*, a Karl-Heinz POLLOK (Hrsg.), *Tradition und Entwicklung. Gedenkschrift für Joahann Riederer*, Passau: Passavia, 1981, p. 167-178.

65. Vegeu Gottfredus ACHENWALL, *Ius Naturae in usuauditorum*, Gottingae, 7. ed., 1774, p. 198 i seg. I també Ludwig Julius Friederich HOPFNER (1743-1797), *Naturrecht des einzelnen Menschen der Gesellschaften und der Völker*, Giessen 1780, §§ 85, 92 i *passim*.

del Codi de Justinià és una «disposició absurda» (*abgeschmackte Vorschrift*), la qual, malgrat no tenir una fonamentació sòlida, es converteix en una «font de litigis cars i sovint inútils».⁶⁶

4. EL DESTÍ DE LA LAESIO ENORMIS EN L'ÈPOCA DE LA CODIFICACIÓ

Els codis civils de la majoria de països europeus, o bé no van incloure la institució en el seu articulat, o bé la van mantenir com a excepció o afegint-hi requisits de tipus subjectiu i convertint-la així en un mitjà més de tutela de l'autonomia de la voluntat. Entre els primers trobem el Codi civil alemany⁶⁷ i també l'espanyol, on ja havia estat rebutjada en el Projecte de 1851, en concloure García Goyena les seves crítiques a la institució tot dient que: «Últimamente, cualquiera que esté medianamente versado en la materia, sabe la infinidad de cuestiones que la embarazaban, y convertían en un manantial perenne de pleitos difíciles de resolver: este manantial queda cegado».⁶⁸

66. En aquest sentit, Adolf Dietrich WEBER, *Systematische Entwicklung der Lehre der natürlichen Verbindlichkeiten und deren gerichtlichen Wirkung*, 4 A., Schwerin und Wismar, 1805, p. 41.

67. Per tots, SCHULZE, *Die laesio enormis in der deutschen Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 83 i seg.

68. Florencio GARCIA GOYENA, *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid, 1852, reimpressió amb una nota preliminar de J. L. LACRUZ BERDEJO, Zaragoza: Cometa, 1974, p. 621. L'article 1164 disposava que «ninguna obligación ó convenio se rescinde por lesión, aunque sea enormísima, sino en los

4.1. La posició restrictiva

El Codi civil francès (1804) va disposar que «la lesió vicia els acords només en determinats contractes i pel que fa a certes persones, com s'explica a la mateixa Secció» (art. 1118 C. civ.), i es referia a la lesió en el cas dels menors (cf. art. 305 i 1312 C. civ.) —la qual no està relacionada amb la *laesio enormis* sinó amb la *restitutio in integrum* romana—, en el cas dels adults que necessiten protecció especial (adults sota protecció judicial o sota curatela, cf. art. 1313, 491.2 i 510.3 C. civ.), i per a la resta dels adults es referia a la lesió en la partició de l'herència (cf. art. 887 C. civ., en què la rescissió per lesió respon a altres principis) i a la venda d'immobles (art. 1674 C. civ.). Pel que fa a la rescissió en la venda d'immobles, el Codi disposa que:

«Si el venedor ha patit una lesió de més de 7/12 parts del preu d'un immoble, té dret a demanar la rescissió de la venda, fins i tot quan hagi renunciat expressament en el contracte la facultat de demanar la rescissió i hagi declarat donar la diferència.» (art. 1674 C. civ.)⁶⁹

Encara que el *Droit coutumier* i la pràctica dels tribunals francesos ja havien reduït l'abast del remei en determinats casos

casos del artículo siguiente», i l'article 1165 afegia que «las obligaciones pueden rescindirse: 1° Por vía de restitución á las personas sujetas á tutela ó curaduría. 2°. Por el fraude cometido en perjuicio de los acreedores en la enagenación de los bienes de su deudor. 3°. En los demás casos en que especialmente lo determina la ley».

69. Article 1674 C. civ.: «Si le vendeur a été lésé de plus de sept douzièmes dans le prix d'un immeuble, il a le droit de demander la rescision de la vente, quand même il aurait expressément renoncé dans le contrat à la faculté de demander cette rescision, et qu'il aurait déclaré donner la plus-value».

(per exemple, en excloure el remei en la compravenda de béns mobles), la institució va arribar a la vigília de la codificació com un remei general.⁷⁰ La decisió sobre el manteniment de la *laesio enormis* en el Codi civil francès és el resultat d'un llarg debat i, com és ben sabut, es pot atribuir a la intervenció personal de Napoleó.⁷¹ La regulació final, com a excepció per a la protecció

70. Vegeu Robert Joseph POTHIER, *Traité de contrat de vente et des retraits*, a *Œuvres de Pothier*, Publié par M. Siffrein, T. III, Paris: Siffrein, 1826, Partie V, Chapitre II, p. 235, que considerava que «L'action rescisoire pour cause de lésion n'est pas fondé seulement sur la loi 2. Cod. De resc. Vend.; mais elle est fondé sur un principe tiré de la nature des contrats commutatifs, dans lesquels chacune des parties contractants n'entend donner ce qu'elle donne, que pour recevoir l'équivalent; d'où il suit que ces contrats sont vicieux, et doivent être, comme tels, rescindés, lorsque l'une des parties y souffre une lésion énorme, et ne reçoit pas à beaucoup près de l'équivalent de ce qu'elle donne. Or il est évident que ce principe ne milite pas moins à l'égard de l'acheteur qu'à l'égard du vendeur». En canvi, Jean DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, Part. I. Livre I. T. I, S. XI, p. 180-181, a *Oeuvres complètes de Jean Domat*, J. Remy (ed.), Paris: Alex Gobelet, 1835, amb una posició més restrictiva que va inspirar els redactors del Codi civil francès.

71. NAPOLEÓ fa un pas decisiu en la reformulació del remei, tot exclouent del seu àmbit d'aplicació tant els contractes sobre béns mobles com els compradors: «Ne voit-on pas que la loi de la rescision est une loi de mœurs qui a pour objet le territoire? Peu importe comment un individu dispose de quelques diamants, de quelques tableaux mais la manière dont il dispose de sa propriété territoriale n'est pas indifférente à la société» (P. A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 13 vols., Paris: Vidécoq, 1836, T. XIV, p. 57). I afegeix: «On objecte que dans les principes de la justice civile les contrats doivent être respectés. Il n'y a pas de contrat de vente lorsque l'on ne reçoit pas l'équivalent de ce qu'on donne quand la séduction des passions ou le besoin ont déterminé un propriétaire à céder sa chose pour rien. Peut-il être dans les principes de la justice civile de sanctionner un acte par lequel un individu sacrifie dans un moment de folie l'héritage de ses pères et le patrimoine de ses enfants à l'emportement de sa passion? S'il a cédé au besoin, pourquoi la loi ne prendrait-elle pas la défense du pauvre opprimé contre l'homme riche, qui, pour le dépouiller, abuse de l'occasion et de sa fortune?» (ibídem, p. 58).

dels propietaris de terres,⁷² representa un cert compromís entre les diferents posicions.⁷³

En el dret francès la lesió no dona lloc a la presumpció d'existència d'un vici del consentiment, ni es pot evitar la rescissió tot demostrant que no va existir cap vici d'aquesta mena. Tampoc depèn de cap circumstància subjectiva, com ara l'explotació de la necessitat, la ignorància o la inexperiència de la part que pateix la lesió. A més, només es pot acollir al remei el venedor de béns immobles, i no es pot aplicar la institució a altres contractes d'intercanvi, com ara la permuta (cf. art. 1706 C. civ.) o la transacció (cf. art. 2052 C. civ.) ni, en general, a altres contractes que tenen per objecte transferir la propietat de béns immobles. Finalment, malgrat el text clar i exprés del Codi, la jurisprudència considera vàlides tant la renúncia com la declaració de voler donar la diferència si realment concorden amb la voluntat de la part que fa aquestes declaracions.⁷⁴

Per tant, a l'ordenament jurídic francès, la *laesio enormis* és només una excepció mancada d'un fonament general que la justifi-

72. Vegeu FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, cit., en diversos volums. En un extrem, BERLIER, tot inspirant-se en THOMASUS, s'oposa frontalment a la institució (vegeu, per exemple, T. XIII, p. 44) i presenta la seva pròpia proposta de regulació, que intenta convertir el remei en una mena de presumpció legal d'error en el preu (T. XIV, p. 34-35). En l'altre extrem, PORTALIS defensa la bondat de la institució (per exemple, al T. XIV, p. 38 i seg.).

73. Com ara, per exemple, que la lesió no és en més de la meitat sinó en més de les 7/12 parts, o que si el comprador opta per complementar el preu per evitar la rescissió es beneficia d'una reducció del 10% del preu just. Vegeu FENET, cit., T. XIV, p. 73 i seg. i *passim*.

74. Cf. JACQUES GHESTIN, *Traité de droit civil (Les obligations). La formation du contrat*, 3è. ed., Paris: LGDJ, 1993, p. 767 i seg., p. 782 i seg.

figui. Dotzenes de tesis doctorals mostren com en els segles XIX i XX diverses generacions de juristes han tractat d'encaixar les restes medievals en el nou paradigma tot intentant apropar la lesió als vicis del consentiment.⁷⁵ Així s'ha sostingut, per exemple, que la lesió és un altre tipus de dol, o que la rescissió s'atorga per protegir la part necessitada de la violència que comporta veure's obligat a vendre a un preu vil.⁷⁶ Aquests i altres esforços, però, no s'han vist recompensats amb l'acceptació dels tribunals. Els tribunals només tenen en compte l'aspecte objectiu de la desproporció, i continuen tractant la institució com una excepció.

4.2. *La lesió com un vici de la voluntat*

Probablement, un dels pocs codis civils europeus moderns que encara dóna una certa importància a la *laesio enormis* és el Codi civil austríac (cf. §§934 i 935 ABGB).⁷⁷

75. Vegeu, per exemple, la llarga llista de tesis doctorals en la bibliografia que incorpora Gaël CHANTAPIE, *La lésion*, Paris: LGDJ, 2006, p. 510-519.

76. Vegeu, per exemple, Fernand HAYEM, *De l'idée de lésion dans les contrats entre majeurs*, Paris: Cerf, 1899, p. 86 i seg.; André BRETON, *La notion de la violence en tant que vice du consentement*, Paris: Association des Étudiants de Doctorat, 1935, p. 261 i seg.; Michel BLOND, *Le fondement de la lésion*, Lille: Douriez-Bataille, 1935, p. 121 i seg., i Marie-Angèle PÉROT-MOREL, *De l'équilibre des prestations dans la conclusion du contrat*, Paris: Dalloz, 1961, p. 191 i seg.

77. §934: «Hat bei zweiseitig verbindlichen Geschäften ein Teil nicht einmal die Hälfte dessen, was er dem anderen gegeben hat, von diesem an dem gemeinen Werte erhalten, so räumt das Gesetz dem verletzten Teile das Recht ein, die Aufhebung und die Herstellung in den vorigen Stand zu fordern. Dem anderen Teil steht aber bevor, das Geschäft dadurch aufrecht zu erhalten, daß er den Abgang bis zum Gemeinen Werte zu ersetzen bereit ist. Das Mißverhältnis des Wertes wird nach dem Zeitpunkte des geschlossenen Geschäftes bestimmt».

En termes generals, la normativa austríaca tracta d'encaixar la vella *laesio enormis* en el nou paradigma, on el preu ja no es considera «just» o «injust», i en el qual l'equivalència objectiva, en el sentit de la igualtat o proporció en els valors de canvi, ha deixat de ser considerada com a requisit essencial dels contractes onerosos. Per tal de mantenir viva la institució dins del nou paradigma d'equivalència subjectiva o, més correctament, de preu format només pel lliure consentiment de les parts, la normativa austríaca posa en primer pla un dels antics requisits bàsics, històricament referit a l'existència o no de donació —a saber, el coneixement o la ignorància del preu just—, i converteix l'«error sobre el preu» en el fonament de la institució.

Des del *Codex Theresianus* de 1776 al projecte final de Zeiller, la regulació de la rescissió per *laesio enormis* es va incloure sempre en els textos austríacs, segons s'afirma, a causa de la influència directa de Franz von Zeiller (1753-1828), qui considerava que la *laesio enormis* era un supòsit especial d'error rellevant (un error en el preu) i que també procedia el remei quan venedor o comprador havien comprat o venut impel·lits per la necessitat.⁷⁸ En un esquema general, i d'acord amb la redacció del Codi civil austríac actualment en vigor:

§ 935: «Die Anwendung des §934 kann vertraglich nicht ausgeschlossen werden; er ist jedoch dann nicht anzuwenden, wenn jemand erklärt hat, die Sache aus besonderer Vorliebe um einen außerordentlichen Wert zu übernehmen; wenn er, obgleich ihm der wahre Wert bekannt war, sich dennoch zu dem unverhältnismäßigen Werte verstanden hat; ferner, wenn aus dem Verhältnisse der Personen zu vermuten ist, daß sie einen, aus einem entgeltlichen und unentgeltlichen vermischten Vertrag schließen wollten: wenn sich der eigentliche Wert nicht mehr erheben läßt; endlich, wenn die Sache von dem Gerichte versteigert worden ist».

78. Vegeu Hans SCHEUER, *Die Laesio enormis im römischen und in modernem Recht*, cit., p. 328 i seg. Vegeu també SCHULZE, *Die laesio enormis in der deutschen Privatrechtsgeschichte*, cit., p. 99 i seg.

a) La part que pateix el perjudici només ha d'al·legar un error en el «valor real» (*wahre Wert*). No obstant això, s'exclourà el remei si l'altra part demostra que el lesionat coneixia el veritable valor de la cosa. Tampoc es podrà fer ús del remei si el lesionat, malgrat conèixer el preu, va donar el seu consentiment a la manca d'equivalència.⁷⁹

b) En relació amb el comprador o, en general, l'adquirent, s'ha de tenir en compte, però, que la greu desproporció també es pot atribuir a un especial valor d'afecció que la cosa pot tenir per a ell i, si aquest fos el cas, l'adquirent no podrà acollir-se al remei de la rescissió.⁸⁰

c) Finalment, en relació a ambdues parts contractants, s'ha de tenir en compte si, per la seva relació específica, volien concloure un contracte mixt en el qual tenien en part la intenció de vendre o intercanviar i en part la de donar.⁸¹

També val la pena destacar que la prova de la necessitat o manca de necessitat no apareix com a requisit en la normativa austríaca de la rescissió per lesió i que el Codi civil austríac conté una disposició

79. Vegeu Peter BYDLINSKI, a Helmut KOZIOL, Peter BYDLINSKI, Raimund BOLLENBERGER (Hrsg.), *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, Ehegesetz, Konsumentenschutzgesetz, IPR-Gesetz und Europäisches Vertragsstatutübereinkommen*, Wien/New York: Springer, 2., überarb. u. erw. Aufl., 2007, §924, Rz 2 i §935. Vegeu també Michael SCHWIMANN (Hrsg.), *ABGB Praxiskommentar Band zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch samt Nebengesetzen*, 4. 1 §§859-1089 ABGB, bearb. von Peter APATHY/Martin BINDER, Wien: Otag, 1988, SCHWIMANN/BINDER, ABGB IV/1, §§934-935.

80. Cf. §935 ABGB. Vegeu BYDLINSKI a KBB §935 Rz 2. SCHWIMANN/BINDER, ABGB IV/1, §§935 Rz. 2.

81. Cf. §935 ABGB. Vegeu BYDLINSKI *ibídem*. SCHWIMANN/BINDER, ABGB IV/1, §§935 Rz. 4, que parla de «gemischte Schenkung».

específica (cf. §879 ABGB) per a la protecció de les parts més febles de l'explotació per la seva lleugeresa o imprudència (*Leichtsinn*), situació de necessitat (*Zwangslage*), manca de criteri (*Verstandesschwäche*), inexperiència (*Unerfahrenheit*) o sobreexcitació (*Gemütsaufregung*). L'enumeració no és taxativa i admet altres supòsits amb l'únic fil conductor que no constitueixen pròpiament un vici del consentiment, i per aquesta raó, cal també l'ulterior requisit de la lesió o manca d'equivalència per dur a terme la rescissió.⁸²

Per la seva part, el legislador italià de l'any 1942 va trobar una altra fórmula de mantenir viva la *laesio enormis* en el nou paradigma: barrejar-la amb un requisit subjectiu, l'explotació de l'estat de necessitat (*stato di bisogno*) de la part que pateix la lesió en més de la meitat (cf. art. 1148 cc) i vinculant-la, així, amb la usura.⁸³ El remei s'aplica a tots els contractes onerosos (excepte

82. §879 (1) 4. ABGB: «Ein Vertrag, der gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig: ... 4. Wenn jemand den Leichtsinn, die Zwangslage, Verstandesschwäche, Unerfahrenheit oder Gemütsaufregung eines anderen dadurch ausbeutet, daß er sich oder einem Dritten für eine Leistung eine Gegenleistung versprechen oder gewähren läßt, deren Vermögenswert zu dem Werte der Leistung in auffallendem Mißverhältnisse steht». Vegeu BOLLENBERGER a KBB §879 Rz 18, i SCHWIMANN/APATHY, ABGB IV/1, §§879 Rz 14 i seg.

83. Art. 1148: «Azione generale di rescissione per lesione. Si vi è sproporzione tra la prestazione di una parte e quella dell'altra, e la sproporzione è discesa dallo stato di bisogno di una parte, del quale l'altra ha approfittato per trarne vantaggio, la parte danneggiata può domandare la rescissione del contratto.

L'azione non è ammissibile se la lesione non eccede la metà del valore che la prestazione eseguita o promessa dalla parte danneggiata aveva al tempo del contratto.

La lesione deve perdurare fino al tempo in cui la domanda è proposta.

Non possono essere rescissi per causa di lesione i contratti aleatori.

Sono salve le disposizione relative alla rescissione della divisione».

els aleatoris), a favor d'ambdues parts contractants i tant si tenen per objecte béns immobles com mobles.⁸⁴

En aquest cas, el remei requereix la concurrència de dos elements subjectius i d'un element objectiu:

a) Pel que fa als elements subjectius, un pren la perspectiva del lesionat, és a dir, té en compte si va ser induït a concloure el contracte a causa de la necessitat, entesa en el sentit més ampli, que inclouria no només la necessitat econòmica —que en principi semblaria poder referir-se només a l'alienant—, sinó també la necessitat d'obtenir un determinat actiu o bé, com ara un producte farmacèutic o una matèria primera —referida aleshores a l'adquirent.⁸⁵

L'altre element subjectiu té en compte la perspectiva del demandat i requereix que s'hagi aprofitat (*approfittamento*) de la situació de necessitat del demandant lesionat. El coneixement de la necessitat del lesionat no és suficient i cal, com a mínim, la intenció de treure profit de la situació.⁸⁶

b) L'element objectiu és aquí una desproporció en més de la meitat del preu de mercat requerida per la *laesio enormis*

84. Vegeu Giuseppe MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, 2a ed., Napoli: Jovene, 1962; Rodolfo SACCO a Rodolfo SACCO/Giorgio DE NOVA, *Il Contratto*, 2 vol., Torino: UTET, 1993, vol. I, p. 472 i seg., i Michele SESTA, *La rescissione del contratto*, a Guido ALPA/Mario BESONE, *I contratti in generale*, IV. *Efetti, invalidità e risoluzione del contratto*, Torino: UTET, 1991, p. 805-831.

85. SACCO, *Il Contratto*, I, cit., p. 474 i seg.; SESTA, *La rescissione del contratto*, cit., p. 812 i seg.

86. MIRABELLI, *La rescissione del contratto*, cit., p. 92 i seg.; SACCO, *Il Contratto*, I, cit., p. 447 i seg.; SESTA, *La rescissione del contratto*, cit., p. 815 i seg.

tradicional.⁸⁷ En aquest punt, a parer meu, es podria dir que la solució italiana erra el tret. Tot i que pot ser cert que l'intercanvi a preu just i d'acord amb condicions justes en general pot excloure l'explotació, igualment és cert que també pot ser censurable un desequilibri més petit si la necessitat és més apressant o l'actitud del demandat voreja el dol.

5. LA LAESIO ENORMIS EN LA COMPILACIÓ CATALANA

5.1. Regulació actual i caràcter purament objectiu

Com és ben sabut, la rescissió per lesió *enormis* o *ultra dimidium* està regulada actualment als articles 321 i 322 CDCC i, en concret, l'article 321 CDCC disposa que:

«Els contractes de compra-venda, permuta i altres de caràcter oneros, relatius a béns immobles, en què l'alienant hagi sofert lesió en més de la meitat del preu just, seran rescindibles a instància seva, baldament en el contracte concorrin tots els requisits necessaris per a la seva validesa.

Aquesta acció rescissòria no serà procedent en les compra-ventes o alienacions fetes mitjançant subhasta pública, ni en aquells contractes en els quals el preu o contraprestació hagi estat decisivament determinat pel caràcter aleatori o litigiós del que s'adquireix o pel desig de liberalitat de l'alienat. En les vendes a carta de gràcia o amb pacte de retrovenda no es podrà exercitar la dita acció rescissòria fins que s'hagi extingit o hagi caducat el dret de redimir, lluir, quitar o recuperar.»

87. SACCO, *Il Contratto*, I, cit., p. 478 i seg.; SESTA, *La rescissione del contratto*, cit., p. 817.

La institució que recull la Compilació té un abast ampli. Actua com a norma causal de l'onerositat que tutela l'equivalència objectiva de prestacions i que possibilita que es rescindeixi el contracte quan no s'observa el grau mínim d'equilibri econòmic entre prestació i contraprestació. Aquesta configuració és pròpia d'un concepte material d'onerositat, és a dir, d'aquell que no es conforma amb la recíproca causalitat entre prestació i contraprestació sinó que exigeix, a més a més, que existeixi una equivalència econòmica no inferior a la meitat del preu just,⁸⁸ i correspon, com s'ha assenyalat, al paradigma del *ius commune*. Amb tot, no té un abast tan ampli perquè la regulació de la Compilació reserva aquest concepte material de l'onerositat només per a determinats casos. Així: a) es manté d'una manera asimètrica, és a dir, només en benefici d'una de les parts del contracte oneros, que és l'alienant;⁸⁹ b) només en els contractes

88. Vegeu, per tots, Pablo SALVADOR CODERCH, «Onerosidad y contratos agrarios: Control del precio y rescisión por lesión en el art. 323 de la Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña», *Rivista di Diritto Agrario*, 4, (1975); Luis PUIG FERRIOL / Encarna ROCA TRÍAS, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, T. IV, Vol. 2, Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1982, p. 15 i seg., i 54-55; Miquel MARTÍN CASALS, a Manuel ALBALADEJO (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXX, arts. 277 al final. Compilación de Cataluña, Madrid: Edersa, 1987, p. 495 i seg., i *Perspectives de futur de la rescissió per lesió ultra dimidium*, a ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *El futur del Dret patrimonial de Catalunya (Materials de les Desenes Jornades de Dret català a Tossa)*, València: Tirant lo Blanch, 2000, p. 165-265, i Juan Manuel ABRIL CAMPOY, *La rescisión del contrato por lesión: enfoque doctrinal y jurisprudencial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003.

89. Vegeu, en aquest sentit, la STSJ de 20.3.1995 (RJ 1995 \ 6775), la qual parla de manca de legitimació del comprador en no tenir la condició d'alienant.

translatius del domini, i, finalment, c) només en els que tinguin per objecte béns immobles.⁹⁰

Amb tot, no hi ha cap dubte del caràcter purament objectiu de la institució. La jurisprudència del TSJC afirma aquest caràcter objectiu de la rescissió per lesió catalana, el qual sovint contraposa al caràcter subjectiu que té en la Compilació navarresa, i situa també la manca d'equivalència objectiva que produeix la lesió en l'àmbit de la causa onerosa. En aquest sentit, entre l'abundant jurisprudència del TSJC que remarca el caràcter objectiu de la regulació catalana actual, cal destacar la STSJC de 20 de desembre de 1990 (RJ 1992\2580),⁹¹ la qual assenyalava que:

«En opinión de la Sala de instancia, la venta en menos de la mitad del justo precio presume —salvo prueba en contra a cargo del comprador— que el vendedor contrató con la voluntad viciada por error, engaño o acuciante necesidad, parecer subjetivista que considera la lesión como vicio del consentimiento con regulación análoga a la prevista por los arts. 1265 y siguientes del Código Civil. Tesis que choca frontalmente con el art. 321.1 de la Compilación cuando prevé que la resolución se producirá “aunque en el contrato concurren todos los requisitos necesarios para su validez”. La doctrina de la presunción *iuris tantum* de vicio de la voluntad, si bien ha sido sostenida por algún ilustre hipotecarista⁹² y recogida en aisladas

90. Vegeu, amb més detall, MARTÍN CASALS, *Comentarios...*, cit., p. 505 i seg., i ABRIL CAMPOY, *La rescisión del contrato por lesión*, cit., p. 125 i seg.

91. Vegeu també, d'entre altres, les STSJC 22.12.1993 (RJ 1993\10201), 19.10.1995 (RJ 1995\8181), 25.5.2000 (RJ 2000\7442), 31.1.2005 (RJ 2005\1140), 18.9.2006 (RJ 2006\8118), 9.10.2008 (JUR2009\296117) i 2.11.2009 (RJ 2010\257).

92. És referència a l'opinió, aïllada en el context de la doctrina catalana, de Ramón María ROCA SASTRE, *La lesión ultra dimidium y las alteraciones del valor de la moneda*, a

Sentencias, verbigracia la de 23.11.1955 (RJ 1955\3583), es rechazada por la doctrina catalana ampliamente mayoritaria. Así, Borrell i Soler nos dice que aunque se hable de dolo o engaño, estos vicios de consentimiento no son necesarios ni suficientes para obtener la rescisión, sino que precisa y basta probar el verdadero valor de la cosa y que, comparado el precio, guarda la desproporción expresada. Se aplica pues —concluye Borrell— un “criterio meramente objetivo”. La jurisprudencia anterior y posterior a la Compilación concede el mismo fundamento objetivo a la rescisión por lesión. “Considerando que ni de la letra ni del espíritu de las leyes citadas del Código de Justiniano, ya aisladamente examinados, ya en relación con otros afines del mismo cuerpo legal, puede deducirse que la lesión *ultra dimidium* requiera, como causa de rescisión de la compraventa, el complemento de otra o elementos subjetivos para su existencia...” [STS 25.11.1935 (RJ 1935\2187)]. “La figura del Derecho foral catalán de la rescisión por lesión *ultra dimidium* o engany de mitges... no requiere el complemento de otras circunstancias o elementos subjetivos para su existencia o eficacia” [a diferencia de lo que para el Derecho foral navarro impone la Ley 499 del Fuero Nuevo, pues se entendía que el engaño iba embebido en la lesión misma [STS 3.12.1981 (RJ 1981\5042) y, en idéntico sentido la 18.3.1982 (RJ 1982\1385)]. Este Tribunal Superior ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el tema en la Sentencia de 4 julio del presente año: “En la Compilación vigente, el abandono de la tradicional expresión catalana de engany de mitges coincide, según la doctrina más autorizada, con la atribución de un fundamento puramente objetivo a la rescisión por lesión. Los contratos onerosos relativos a bienes inmuebles serán rescindibles, aunque concurren todos los

Estudios de Derecho Privado, T. I (Obligaciones y contratos), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1948, p. 260-261. Per a una crítica a aquesta teoria, MARTÍN CASALS, *Comentarios...*, cit., p. 481 i seg.

requisitos necesarios para su validez, cuando el enajenante haya sufrido lesión en más de la mitad del justo precio (art. 321.1). No se requiere la concurrencia de error, engaño o necesidad que, según su trascendencia, podría determinar la ineficacia del contrato con sujeción a las normas comunes del derecho de obligaciones”.»

Més recentment, la STJC 2.11.2009 (RJ 2010\257) insisteix en la mateixa idea tot dient que:

«[...] en el vigente Derecho civil catalán y pese a su denominación tradicional (“engany a mitges”) la institución ha adquirido una naturaleza jurídica objetiva, independiente, pues, de los vicios de consentimiento que hayan determinado la manifestación de voluntad (art. 321.1 CDCC), a diferencia de lo que ocurre en el Derecho Navarro (Ley 499), de ahí se deduce la absoluta necesidad de que el precio sea una compensación estricta del valor de la cosa recibida, causalizándose, en consecuencia, la equivalencia de las prestaciones, lo que excluye de aquél cualquier elemento ajeno a dicha consideración (SSTSJC de 24/1998 de 2 oct. y 33/1998 de 7 dic.) y exige en las ventas no solo la correspondencia de prestaciones, sino también la equivalencia de las mismas.»

L’afirmació que el remei és objectiu o, dit d’altra manera, que és una norma causal de l’onerositat, va indissolublement lligada a la necessitat d’observar un cert grau d’equivalència objectiva, la qual només es pot deduir, per definició, de la comparació amb una dada externa al que han pactat les parts i, per tant, al contracte. Aquesta dada externa és el preu just o, en la terminologia actual, el preu de mercat. La institució no pregunta per quina

raó les parts s'han allunyat d'una manera tan extrema del preu del mercat en pactar el preu. Es limita a constatar que entre el preu pactat per un immoble i el seu preu de mercat hi ha una manca d'equivalència superior a la meitat del preu just, com ara si el preu de mercat del bé era de 10 milions i se n'ha pactat un d'inferior als 5.

Una qüestió diferent de la seva naturalesa jurídica és quin és el fonament de política jurídica de la institució o, dit d'una altra manera, per què es manté la institució de la manera que es manté. Amb tota probabilitat, el que pretenia el legislador català era protegir els patrimonis familiars, fonamentalment, la propietat immobiliària, base de la riquesa d'una economia en la qual el capital familiar s'acumula amb terres i edificis. I volia evitar que aquest patrimoni que es transmetia de generació en generació es pogués dilapidar fàcilment, tal vegada per la irreflexivitat dels més joves, per la debilitat dels més grans, o per la necessitat urgent de tots ells d'obtenir diners per satisfer les seves necessitats familiars. El que succeeix, però, amb la regulació actual, és que aquell fonament o naturalesa jurídica, o dit d'una altra manera, com es regula la institució, i el fonament de política jurídica o, dit d'una altra manera, la finalitat per la qual es va mantenir la institució, no concorden. O, si es vol dir amb menys rotunditat, no concorden necessàriament i d'aquí provenen moltes de les dificultats actuals de la figura.

Com que totes les circumstàncies subjectives esmentades, que amb tota probabilitat estaven presents en la ment del legislador a l'hora de delimitar l'àmbit d'aplicació de la figura, no afloren com a requisits de l'exercici de l'acció, es produeixen una sèrie d'incongruències. Així, per exemple, com que en l'actualitat la

idea que s'hagi d'imposar una certa relació amb el preu just o de mercat al preu pactat per les parts, sense cap altra consideració de tipus subjectiu, és quelcom que repugna la nostra consciència jurídica i econòmica, es recorre a raons subjectives per justificar el manteniment d'un remei que es configura jurídicament d'una manera objectiva i per a l'eficàcia del qual és absolutament irrellevant si en lesionar concorria o no alguna de les circumstàncies subjectives esmentades. O bé es dissimula el seu veritable significat sota el tecnicisme del caràcter peculiar de l'onerositat catalana, com si aquest fos un altre dels trets identitaris essencials del nostre dret que cal preservar.

5.2. Jurisprudència recent sobre l'àmbit d'aplicació de la institució

En els darrers anys, la jurisprudència del TSJC ha actuat decididament i ha clarificat tres problemes relatius a l'àmbit d'aplicació de la institució.

5.2.1. El caràcter civil o mercantil de la compravenda d'immobles

En diverses ocasions,⁹³ el TSJC s'ha enfrontat amb el problema de determinar si és rescindible la compravenda «mercantil» d'immobles. L'article 344 Ccom. disposa que:

93. Cf. STSJC 7.6.1990 (RJ 1992\2576), 7.11.1995 (RJ 1995\9976), 20.11.1995 (RJ 1995\9977), 22.11.2004 (RJ 2005\93), 10.10.2005 (RJ 2006\1009), 10.9.2007 (RJ 2009\642), 30.12.2008 (JUR 2009\295643), 26.7.2010 (RJ 2010\5266) i 31.3.2011 (JUR 2011\241645).

«[N]o se rescindirán las ventas mercantiles por causa de lesión; pero indemnizará daños y perjuicios el contratante que hubiere procedido con malicia o fraude en el contrato o en su cumplimiento, sin perjuicio de la acción criminal.»

La resolució del problema parteix d'una primera qüestió sobre si en l'ordenament jurídic espanyol hi pot haver compravendes mercantils de béns immobles o no.

En contra de la mercantilitat de la compravenda d'immobles s'ha indicat tradicionalment que:

1) El Codi de comerç no esmenta la compravenda d'immobles. L'article 325 Ccom diu que serà mercantil «la compravenda de coses mobles», i els articles 326 a 345 parlen només de «mercaderies», «gèneres» i «efectes», tots objectes que es pesen i es mesuren (art. 334, 1r i 338 Ccom), se'n lliura una quantitat determinada (art. 300 Ccom), es dipositen (art. 331, 332, 339 i 340 Ccom), o s'enfarden o embalen (art. 336 Ccom).

2) El Codi de comerç no regula la compravenda d'immobles i la seva normativa és totalment inadequada per regular les compravendes que tenen per objecte un immoble.

3) Fins i tot si s'admetés la mercantilitat de la compravenda d'immobles (art. 2, II Ccom: «[S]erán reputados actos de comercio los comprendidos en este Código y cualesquiera otros de naturaleza análoga»), aquesta seria purament teòrica perquè abans d'aplicar analògicament les normes establertes per a la compravenda d'immobles s'hauria de recórrer a l'article 50 Ccom, que disposa que els contractes mercantils «se regirán en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común».

En favor de la mercantilitat de la compravenda d'immobles s'han assenyalat, entre d'altres, els arguments següents:

1) A diferència del Codi de comerç de 1829 (art. 360: «No se consideran mercantiles: las compras de bienes raíces y efectos accesorios a éstos, aunque sean muebles [...]»), el Codi de comerç vigent no exclou la mercantilitat de la compravenda d'immobles.

2) L'exposició de motius del Codi de comerç vigent admet que la compravenda mercantil pugui recaure sobre immobles.⁹⁴

3) El criteri d'interpretació de les normes en atenció a la realitat social del temps en què han de ser aplicades (art. 3.1 CC). Així, per exemple, la STSJC de 20 de novembre de 1995 (RJ 1995\9977), FD 6è, indica que si neguéssim el caràcter mercantil a aquestes compravendes «negaríamos la evidencia de nuestro tiempo y nos colocaríamos fuera de la realidad contra lo que dispone el artículo 3.1 del Código civil [...]».⁹⁵

Si el problema es resol en un sentit afirmatiu, caldrà encara trobar la solució a problemes ulteriors, com ara: existirà compravenda mercantil si qui adquireix, malgrat ser empresari, fins i tot

94. Assenyalat que «si bien la simple compra de bienes raíces no constituye un acto mercantil, podrá adquirir semejante carácter cuando vaya unida a otras especulaciones sobre efectos muebles corporales o incorporeales» i afegeix que l'apreciació per qualificar com a mercantil la venda de béns immobles «dependerá de las circunstancias que concurren en cada caso, la cual harán los tribunales».

95. Vegeu, sobre aquestes qüestions, les STSJC 7.6.1990 (RJ 1992\2576); Tribunal 1990 Civil, núm. 6, p. 466-70, i el comentari de Miquel MARTÍN CASALS, *La dació en pagament: rescindibilitat per lesió ultra dimidium i caràcter mercantil del negoci antecedent. Comentari a la sentència de la Sala Civil del TSJC de 7 de juny 1990*, LA LLEI, 1991-1, p. 136 a 152; STSJC 7.11.1995 (RJ 1995\9976) i el comentari de Juan Manuel ABRIL CAMPOY, *Dos aspectos controvertidos de la rescisión por lesión: las compraventas mercantiles y la opción de compra*, LA LLEI, núm. 128, maig 1996, p. 1 a 5; STJC 20.11.1995 (RJ 1995\9977),

dedicat al negoci immobiliari, adquireix per al seu ús particular? I si qui adquireix ho fa no per revendre sinó com a inversió empresarial? Finalment, serà mercantil la compravenda si qui adquireix ho fa per revendre amb ànim de lucre?

El TSJC s'ha mostrat generalment cautelós a l'hora de tractar la mercantilitat de les compravendes d'immobles i només en la jurisprudència més recent ha donat passos decidits. Així, el TSJC s'havia pronunciat en diverses ocasions sobre la possible existència de compravendes mercantils d'immobles i la seva relació amb la rescissió per lesió, si bé no en treia conseqüències jurídiques perquè, finalment, acabava qualificant les operacions analitzades com a compravendes civils.⁹⁶ Aquest és el cas, per exemple, de la STSJC de 20.11.1995 (RJ 1995\9977) en què, si bé s'admet *obiter dictum* l'existència de compravendes mercantils d'immobles, també s'acaba considerant que la compravenda en qüestió era civil i, per tant, també rescindible per lesió.

El primer cas en què s'exclou el remei rescissori en considerar que la compravenda tenia caràcter mercantil es troba a la STSJC 10.9.2007 (RJ2009\642). Aquí, la societat actora, dedicada a la promoció urbanística de terrenys, venia juntament amb altres

comentari de Ramón CASAS VALLÉS, *Arrendamiento con opción de compra y rescisión por lesión. Comentario a la STSJC, Sala Civil, de 20 de noviembre de 1995*, LA LLEI, núm. 121, gener 1996, p. 1 a 12, i Ramón MORRAL SOLDEVILA, *La compraventa de inmueble para uso o consumo empresarial (Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 20 de noviembre de 1995)*, RDM, 1997, p. 777-796. Vegeu també MARTÍN CASALS, *Perspectives de futur de la rescissió per lesió ultra dimidium*, cit., p. 179-186, i ABRIL CAMPOY, *La rescisión del contrato por lesión*, cit., p. 251-278.

96. Cf. STSJC 7.6.1990 (RJ 1992\2576), 7.11.1995 (RJ 1995\9976), 22.11.2004 (RJ 2005\93), 10.10.2005 (RJ 2006\1009).

persones físiques, amb contracte privat i per un preu global, diverses finques incloses en un pla d'actuació urbanística a una altra societat, l'objecte social de la qual era la compra, la promoció, la construcció i la rehabilitació de solars i immobles per a la posterior venda o lloguer. L'operació es formalitzava en part mitjançant la venda en escriptura pública de la finca a una societat designada per la compradora i els altres venedors aportaven les finques alienades a aquesta mateixa societat a canvi de participacions socials que finalment també van vendre a persones relacionades amb la compradora. Al cap de poc temps, la compradora va vendre les finques a una tercera per un preu molt superior.

El TSJC, tot atenent fonamentalment a la interpretació de les normes conforme a la realitat social del temps en el qual han de ser aplicades (cf. art. 3.1 CC), considera en aquest cas que «tal operació, en la mesura en què forma part de la sèrie orgànica d'actes propis del tràfic de les empreses immobiliàries litigants (compravenda de béns immobles per revendre'ls en la mateixa forma o degudament urbanitzats i parcel·lats) ha de reputar-se com de contracte mercantil». En funció d'aquest caràcter mercantil exclou la possibilitat de rescissió tot argumentant que «en la raó de no poder rescindir les compravendes mercantils de béns mobles subjau [sic] la idea de la seguretat del tràfic mercantil que requereix que les transaccions comercials es realitzin amb certa rapidesa i agilitat i en condicions de fermesa i en les que el risc de guany o pèrdua forma part d'aquestes operacions. La mateixa identitat de raó s'aprecia en les compravendes especulatives entre societats que es dediquen al tràfic immobiliari com són les que ara litiguen».

La Sentència, entre altres factors, també té en compte «l'element intencional de revenda del comprador [com a] factor essencial, però no únic, per determinar la naturalesa de la venda», però no té l'oportunitat de resoldre què succeiria si el venedor lesionat, un simple particular, hagués venut a una empresa immobiliària, tema debatut llargament per la doctrina.

L'oportunitat per pronunciar-se sobre aquest darrer aspecte es produeix en la STSJC 30.12.2008 (JUR 2009 \ 295643), en la qual la venedora era una persona física no comerciant i, si bé la compradora es dedicava a la intermediació immobiliària, no va quedar acreditat que comprés la finca amb la intenció de revendre-la a un tercer. En realitat, la compravenda es va instrumentalitzar com una operació de finançament de la part venedora, mitjançant dos contractes independents, ambdós d'ídèntica data, de compravenda de l'habitatge i d'arrendament amb opció de compra a favor de la mateixa venedora. Aquí, el veritable enriquiment o guany per part del comprador es produïa no amb l'alienació de l'immoble, sinó amb l'abonament de la quantitat de 18.000 euros en concepte de cànon per l'exercici del dret d'opció de compra i la consegüent devolució de la suma de 50.000 euros —corresponent al preu de la compravenda— que es va convenir entre les parts contractants.

En un cas semblant, la STSJC 31.3.2011 (JUR 2011 \ 241645) —atorgament simultani a la venda d'un arrendament a favor de la venedora sobre la finca objecte de transmissió, per un termini de dotze mesos prorrogables fins a un màxim de cinc anys, amb opció de recompra per part de la venedora—, el TSJC també considera que la compravenda no ha estat mercantil sinó civil i resumeix la seva jurisprudència tot destacant que per determinar

si la compravenda és civil o mercantil s'ha d'atendre fonamentalment al contingut dels pactes o estipulacions de les parts per veure si prevalen els de naturalesa civil o mercantil.

En aquest sentit, indiquen la mercantilitat de la compravenda:

a) Que el venedor tingui per objecte de la seva activitat la promoció de béns immobles i l'operació s'inscrigui en la sèrie orgànica d'actes propis de l'empresa.

b) Que el comprador tingui el mateix ànim especulatiu, si bé aquest sembla que és un element de menys importància, atès que, com diu la STSJC 30.12.2008 (JUR2009\295643): «als efectes de qualificació com a civil o mercantil s'ha de valorar primordialment en aquests casos la condició personal del venedor —que és qui té reconeguda l'acció— més que la del comprador».

c) L'ànim de revendre *a un tercer* (èmfasi afegit) de la part compradora, atès que la possibilitat de revendre al mateix venedor podria indicar un altre tipus d'operació especulativa allunyada de l'activitat empresarial immobiliària pròpiament dita.

5.2.2. Moment de la valoració del preu just en l'opció de compra

Un dels temes més conflictius i més difícils que ha hagut d'afrontar la jurisprudència del TSJC ha estat el de la rescissió per lesió dels contractes de compravenda d'immobles atorgats mitjançant l'exercici d'un dret d'opció per part del comprador, que, en molts casos, era també arrendatari de l'immoble sobre el qual es concedia l'opció.

Molt sintèticament, es podrien apuntar dues visions extremes:

1) Segons la primera, es tractaria d'un únic contracte de compravenda, al qual hom afegeix el pacte d'opció. El contracte de compravenda ja es troba perfectament configurat abans de l'exercici de l'opció i és perfet. L'efecte que té l'exercici del pacte d'opció és «posar en vigor» el contracte projectat. Es diu aleshores que l'exercici de l'opció suposa demanar que es compleixi l'obligació que ja s'ha contret o que l'exercici de l'opció suposa la possibilitat de determinar el moment d'exigibilitat o de posada en vigor.

2) Segons la segona, caldria distingir entre el contracte d'opció i la compravenda, com dos negocis jurídics vinculats però diferents. En el primer, una part, concedent de l'opció, atribueix a l'altra, optant o beneficiària, el dret o la facultat de perfeccionar dins d'un termini un contracte de compravenda, amb un preu i un objecte que ja es determina o que és determinable. El segon, contracte de compravenda, és un contracte que simplement està dissenyat o projectat i que es perfecciona amb l'exercici del dret d'opció. Si aquest dret d'opció no s'exerceix i es deixa caducar, no s'arriba a perfeccionar mai.⁹⁷

A principis dels anys noranta es va començar a estendre una opinió, majoritària en la doctrina actual, que considera que el moment per apreciar l'existència de lesió és el de perfecció del contracte d'opció i no el de l'exercici de l'opció. Aleshores,

97. Per a un tractament amb més detall, vegeu Jordi RIBOT IGUALADA, *Lesió ultra dimidium i opció. Notes per a una possible reforma «de mínims» de la rescissió per lesió*, a ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (COORD.), *El futur del Dret patrimonial de Catalunya (Materials de les Desenes Jomades de Dret català a Tossa)*, València: Tirant lo Blanch, 2000, p. 563-605. Vegeu també MARTÍN CASALS, *Perspectives de futur de la rescissió per lesió ultra dimidium*, cit., p. 186-196 i, més recentment, ABRIL CAMPOY, *La rescisión del contrato por lesión*, cit., p. 214-251, i allí més referències.

malgrat configurar-se l'opció de compra com un precontracte unilateral i considerar-se que la perfecció de la compravenda de l'immoble es produeix amb l'exercici de l'opció, s'entén que, com que quan s'ha convingut l'opció ja han quedat determinats l'objecte i la causa de la compravenda, aquest és el moment en què ha quedat determinada la causa onerosa i en el qual s'ha originat la manca d'equivalència de prestacions. Per tant, si en el contracte d'opció, com a precontracte unilateral, es troben perfectament determinats els elements de la compravenda futura, el defecte de la causa onerosa, és a dir, la manca d'equivalència econòmica de prestacions, ja es pot produir en aquest moment i, per aquesta raó, la valoració del immoble objecte del contracte, per tal de saber si el preu ha estat just o no, s'haurà de referir a aquest moment.⁹⁸

Inicialment, la jurisprudència del TSJC es va mostrar vacil·lant. En un primer moment —cf. STJC 22.3.1993 (1994\2847) i 9.11.1993 (RJ 1993\10197)— va seguir la doctrina mantinguda majoritàriament pel Tribunal Suprem, la qual considerava com a «indudable» que l'apreciació de l'existència de lesió s'ha de

98. Vegeu Eulàlia AMAT LLARÍ, *Rescisión por lesión ultra dimidium y opción de compra. Comentario a la sentencia del TSJC, Sala Civil, de 22 de marzo de 1993*, LA LLEI, 1993-2, p. 3 a 12, p. 7 i seg.; Jordi RIBOT IGUALADA, *Rescissió per lesió ultra dimidium: opció de compra en garantia i preu just d'immobles arrendats. Comentari de la sentència del TSJC de 22 de desembre de 1994*, LA LLEI, 1995-1, p. 105-119, p. 109-110; Francisco de Paula BLASCO GASCÓ, *Rescisión por lesión, opción de compra y de descompra y pluralidad de objetos. A propósito de la STSJC de 24 de julio de 1995*, LA LLEI, 1995-2, p. 168-178, p. 171; Juan Manuel ABRIL CAMPOY, *La jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña acerca de la rescisión por lesión*, TRIBUNAL, 1997-II, p. 73-88, p. 84-85 i, amb un ampli desenvolupament, Jordi RIBOT IGUALADA, *El precio justo en la doctrina jurisprudencial sobre rescisión por lesión ultra dimidium*, TRIBUNAL, 1995-I, p. LXI a LXXXIV, p. LXXV i seg. Crític amb relació a aquesta posició tan unànime, MARTÍN CASALS, *Perspectives de futur de la rescissió per lesió ultra dimidium*, cit., p. 192 i seg.

fer en atenció al moment en el qual es pretén exercir el dret d'opció —cf. STS 18.5.1955 (RJ 1955\1706), 7.11.1967 (RJ 1967\4111) i 18.3.1982 (RJ 1982\5).

En canvi, a la STSJC 24.2.1994 (RJ 1994\10565), l'alt tribunal es va pronunciar en un *obiter dictum* sobre la qüestió en el sentit contrari a la jurisprudència anterior del TS i del mateix tribunal tot afirmant que «no es pot exercir l'acció de rescissió per lesió si el preu és just quan es va convenir l'opció, perquè des d'aquest moment l'alienant està obligat a transmetre la cosa pel preu convingut en l'opció, que en aquest cas era una clàusula d'un contracte de compravenda» (FD 3, *in fine*). Partia aquí de la idea que l'exercici del dret d'opció implica el compliment d'una relació jurídica que ja es va establir, és a dir, «comporta demanar el compliment de les obligacions que ja havien assumit les parts quan es va pactar l'opció», per concloure que «com que segons l'art. 1091 del Codi civil les obligacions contractuals s'han de complir segons el contingut dels contractes, s'ha de concloure que en el contracte d'opció de compra ja es van convenir tots els requisits que conformen jurídicament el contracte de compravenda i que per consegüent el posterior contracte de 1989 en la intenció dels contractants determinava únicament que es produïssin els efectes d'una compravenda que ja havia nascut a la vida del dret. La qual cosa porta a la conclusió que no es pot exercir l'acció de rescissió per lesió si el preu és just quan es va convenir l'opció, perquè des d'aquest moment l'alienant ve obligat a transmetre la cosa pel preu convingut en l'opció, que en aquests cas era una clàusula d'un contracte de compravenda».

La primera sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya que va aplicar com a *ratio decidendi* aquesta doctrina

fou la STSJC 19.5.2003 (RJ 2003 \ 6230) i la decisiva ha estat la STSJC 7.1.2011 (RJ 2001 \ 1418), la qual sistematitza i completa els arguments en favor d'aquesta posició:

1) La utilitat del dret d'opció de compra és permetre a l'interessat adquirir un immoble en un termini temporal determinat, i en virtut d'un preu fixat com a inamovible, una determinada finca que per qualsevol causa li interessava, però que en el moment d'atorgar l'opció no estava en disposició de fer-ho per manca de liquiditat o per qualsevol altra circumstància. Per tant, si es prengué com a «preu just» el de la data de l'exercici del dret d'opció i, per tant, el del moment d'atorgar la corresponent compravenda, quedaria tan minvada la finalitat del dret d'opció de compra que desnaturalitzaria la mateixa essència d'aquest contracte.

2) La variació de valor de l'immoble objecte de l'opció és una circumstància que pot incidir tant a favor com en contra de l'optant i del promitent. Aquesta característica del dret de què ara es tracta quedaria en certa manera mitigada o suprimida en cas que el concedent tingués a favor seu la possibilitat hipotètica de rescindir el contracte quan el preu de l'objecte de l'opció s'incrementés tant durant el termini previst per a l'exercici del dret que excedís en més de la meitat del preu previst per les parts.

3) La nova regulació del dret real d'opció de compra, en el llibre cinquè del Codi civil, ratifica el que s'ha dit anteriorment, en el sentit que l'opció és un contracte perfecte, plenament definit, de caràcter unilateral o bilateral segons s'estableixin o no obligacions per part de l'optant, com es el pagament d'una prima (cf. art. 586-6.c CCCat), que quan s'exerceixi l'opció

positiva en el termini assenyalat comportarà un futur contracte de compravenda conclosa i perfeccionada que començarà a produir tots els seus efectes. L'alt tribunal entén que en permetre de manera expressa la constitució dels drets d'adquisició voluntària de forma onerosa (art. 568-1 CCCat) determina la possibilitat a què hauran d'acudir els contractants en cas d'instituir drets d'adquisició preferent per períodes llargs, en forma de clàusules d'estabilització o d'increment del preu (com altrament succeeix en el cas debatut) per tal d'impedir que el transcurs del temps incideixi negativament en l'equilibri de prestacions de què es parteix en la data del contracte.

5.2.3. La rescindibilitat dels contractes aleatoris

El segon apartat del l'article 321 CDCC, en indicar quins contractes queden exclosos del remei rescissori, diu que «aquesta acció rescissòria no serà procedent [...] en aquells contractes en els quals el preu o contraprestació hagi estat decisivament determinat pel caràcter aleatori [...] del que s'adquireix». Com és ben sabut, els contractes aleatoris es caracteritzen pel fet que el seu resultat econòmic es fa dependre d'un factor d'incertesa (un *dubius eventus*, com deien els clàssics), el qual s'introdueix en el contracte mitjançant una condició o un termini incert. Quan aquesta incertesa es resol es produeix sempre un desequilibri econòmic, amb una pèrdua per a una part i un guany per a l'altra. En atenció a aquestes consideracions, la doctrina i jurisprudència modernes, de manera gairebé unànime, interpretava aquesta expressió de l'article 321.2 CDCC en el sentit que exclou la rescissió per lesió *ultra dimidium* en els contractes aleatoris. Així, s'afirmava que l'àlea present en aquests contractes «impedeix

que puguin actuar les normes corresponents a la causa onerosa catalana perquè, per definició, el contracte aleatori produeix un desequilibri que no es produeix en els contractes commutatius als quals es refereix el primer apartat de l'article 321.2 CDCC». ⁹⁹

En contra d'aquesta opinió majoritària en la doctrina i la jurisprudència, s'havia assenyalat que en els contractes aleatoris l'equivalència objectiva pressuposa un equilibri entre prestació i contraprestació en previsió del risc assumit per les parts i que, aleshores, de la mateixa manera que per atorgar l'acció rescissòria en els contractes commutatius es té en compte si la relació de valor establerta per les parts supera o no la meitat d'una valoració objectiva efectuada d'acord amb el preu just, per atorgar-la en els contractes aleatoris s'hauria de tenir en compte si la relació de valor establerta per les parts supera o no la meitat d'una valoració objectiva feta en atenció al preu just de prestació i contraprestació i el risc assumit per les parts. ¹⁰⁰

S'assenyalava així que si en un contracte aleatori un contractant fa una prestació que no guarda cap proporció en relació amb el risc assumit difícilment es podrà dir que hi ha onerositat, ni tampoc equivalència objectiva en el sentit exigít per la Compilació. La rescissió per lesió té en compte, només en el moment de la conclusió del contracte, l'equivalència de

99. En aquest sentit, Lluís PUIG FERRIOL / Encarna ROCA TRÍAS, *Fundamentos de derecho civil de Cataluña*, T. IV, vol. 2, Barcelona: Bosch, 1982, p. 31. En un sentit anàleg, els mateixos autors a *Instituciones del Dret civil de Catalunya*, 5a ed., vol. I, València: Tirant lo Blanch, 1998, p. 118-119.

100. Cf. MARTÍN CASALS, *Comentarios...*, cit., p. 520-521. Vegeu també, més recentment, ABRIL CAMPOY, *La rescisión del contrato por lesión*, cit., p. 185-190, i allí més referències.

prestacions en atenció al risc assumit i és totalment irrellevant la manca d'equivalència que es pugui produir després en complir-se la condició o arribar el termini.¹⁰¹ També s'afegia que la dificultat de valorar l'element d'incertesa que comporta l'aleatorietat no podia servir d'excusa per negar el remei rescissori, atès que si aquesta valoració es considerava factible en l'època dels autors catalans del *ius commune*, molt més fàcil havia de ser avui amb l'ajut de l'estadística i la informàtica.¹⁰²

Finalment, davant de l'argument que l'article 321.2 CDCC exclou la rescissió per lesió *ultra dimidium* en els contractes aleatoris, un sector de la doctrina ja havia assenyalat que el text de l'article 321.2 CDCC no exclou els contractes aleatoris, sinó que es refereix a un supòsit diferent en el qual no hi ha lesió derivada del desequilibri de prestacions perquè s'ha fixat un preu més baix que el just precisament en atenció al caràcter aleatori del contracte.¹⁰³

Aquesta opinió minoritària ha estat finalment recollida en la STSJC de 18.9.2006 (RJ 2006\8118) i confirmada per la STJSC de 14.2.2008 (RJ 2009\3132), referents totes dues a un contracte de pensió vitalícia. Segons la Llei 6/2000, de 19 de

101. Cf. MARTÍN CASALS, *Comentarios...*, cit., p. 521.

102. Cf. MARTÍN CASALS, *Comentarios...*, cit., p. 522, amb citació de Ioannes Petrus FONTANELLA, *Tractatus de pactis nuptialibus sive de capitulis matrimonialibus... multis Regiae Audiëntiae Principatus Cathaloniae, et aliourum gravissimorum Senatuum... decisionibus ornatus*, clau. 4, par. 5., núm. 204.

103. En aquest sentit, Fernando BADOSA COLL, «Rescisión por lesión. Comentario a la Sentencia de 5 de abril de 1968», a CÀTEDRA «DURAN I BAS», *El Derecho civil catalán en la jurisprudencia*, T. VI, Barcelona, Publicaciones de la Càtedra «Durán i Bas», 1970, p. 54-55. Vegeu també Jordi RIBOT I IGUALADA, *Rescissió per lesió i expectatives urbanístiques: l'aleatorietat d'allò adquirít i el càlcul del preu just*, RJC 1992, p. 305-348, p. 311.

juny, de pensions periòdiques:¹⁰⁴ «[E]l violari o pensió vitalícia consisteix en el dret de crèdit a percebre i la consegüent obligació de pagar una pensió periòdica en diners, durant el temps definit per la vida d'una persona o més d'una que visquin en el moment de la constitució» (cf. art. 10), i, quan es constitueix a títol onerós, «té com a causa la percepció d'un capital en béns mobles o immobles» (cf. art. 11).

En la primera Sentència, la beneficiària o creditora de la pensió era una senyora de 79 anys, la qual rebia 35.000 pessetes al mes (aprox. 210 euros al mes [=2.520 euros a l'any]), actualitzables anualment amb l'IPC, a canvi d'una finca valorada en 77.440 euros (o només en 76.147 euros, segons l'informe pericial). En un negoci immediatament posterior, l'adquirent del immoble concedia a la beneficiària de la pensió un dret d'usdefruit que li permetia continuar vivint en l'habitatge de la finca lliurada. Aquest dret es valorava en un 10% del valor de l'immoble, tot tenint en compte l'expectativa de vida «de la dona catalana», que s'estimava en 9,48 anys més (és a dir, en 88,48 anys, operacions que, segons la valoració inicial més baixa, donaven a l'immoble un valor de 68.499,70 euros). Llevat d'error o omissió, aquestes operacions donarien lloc que, com a màxim, la beneficiària podria percebre pensions fins a l'import de 23.889,60 euros, quantitat que no arribaria ni a la meitat del preu just del immoble, és a dir, a 34.224,85 euros.

En la segona Sentència, la STJSC 14.2.2008 (RJ 2009 \ 3132), es tractava d'una senyora de 90 anys que, per poder continuar finançant la seva estada en una residència geriàtrica, va subscriure amb una seva veïna un violari o pensió vitalícia sobre l'immoble

104. DOGC núm. 3174, de 4.7.2000, p. 8638 i seg.

de la seva propietat. D'acord amb el contracte, la veïna adquiria la nua propietat sobre l'immoble, i la beneficiària de la pensió rebia la quantitat de 1.502,53 euros al mes, revalorables amb l'IPC, i en conservava el dret d'usdefruit. La beneficiària va morir al cap de quatre anys i la seva hereva va interposar una demanda contra la deutora de la pensió tot demanant de manera principal la nul·litat del contracte i de manera subsidiària la seva rescissió per lesió. El tribunal també estableix aquí que l'import de la pensió s'ha de fixar en atenció al valor real de l'immoble que es transmet i als anys de vida de la persona que rebrà la pensió, però després de desestimar la nul·litat del contracte pels vicis al·legats, desestima també la seva rescissió perquè considera que el demandant no ha acreditat el preu just de l'immoble.¹⁰⁵

6. LA NECESSÀRIA ACTUALITZACIÓ DE LA LAESIO ENORMIS?

6.1. «Excessiva desproporció», «benefici excessiu o avantatge deslleial» o «explotació deslleial»

La *laesio enormis* com s'entenia en la tradició del *ius commune*, és a dir, fonamentada exclusivament en el requisit de la manca d'equivalència objectiva entre prestacions, a parer meu, no hauria de tenir cabuda en el dret contractual del segle XXI i, per tant, tampoc hauria de tenir un lloc en el llibre sisè del Codi civil de

105. Sobre aquesta Sentència, vegeu el comentari de Sònia Ramos González, «Rescissió per lesió del violari o pensió vitalícia sobre béns immobles: la consolidació d'una línia jurisprudencial del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*. Societat Catalana d'Estudis Jurídics. DOI: 10.2436/20.3004.02.23, Vol. 10 (2009), p. 183-210.

Catalunya que haurà de ser elaborat en el decurs dels propers anys. D'una banda, el criteri de l'equivalència objectiva en com a mínim la meitat del preu just pot ser excessiu, perquè pot fer rescindibles contractes que meritarien la total protecció del l'ordenament jurídic tot atenant a altres circumstàncies que els envolten. D'altra banda, també pot ser insuficient, en no permetre posar fre a formes d'aprofitament injust de la posició contractual pròpia o aliena quan la lesió és inferior a la meitat.

Al meu entendre, la solució adoptada per les institucions de l'«excessiva desproporció» (*gross disparity*) de l'article 3.10 dels Principis d'UNIDROIT (en endavant, PICC)¹⁰⁶ i que ara es denomina «explotació deslleial» a l'article II.7: 207 del Marc comú de referència¹⁰⁷ (en endavant, DCFR), sembla assolir un equilibri just en els interessos en joc.

D'acord amb l'article 3.10 (1) PICC:

«Artículo 3.10.- Excesiva desproporción

(1) Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores:

106. UNIDROIT, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, Unidroit, Roma, 2004.

107. Christian VON BAR / Eric CLIVE, Hans SCHULTE-NÖLKE et alii, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Outline edition, Munich: Sellier, 2009. Vegeu també Matthias E. STORME, *Freedom of Contract: Mandatory and Non-mandatory Rules in European Contract Law*, *Juridica International* XI/2006, p. 34-44, p. 39. Els Principis de dret contractual europeu —que no s'analitzen aquí en considerar que han estat substituïts pel DCFR— es referien a la institució com a «benefici excessiu o avantatge deslleial» (cf. art. 4: 109 PECL) i la regulen d'una manera molt semblant a com ho fa el DCFR.

- (a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y
- (b) la naturaleza y finalidad del contrato.»

Amb una redacció molt similar, l'article II.7: 207 DCFR (*explotació deslleial*) disposa que:

- «(1) Una part pot anul·lar un contracte si, en el moment de la seva conclusió:
 - (a) la part tenia una relació de confiança amb l'altra part o depenia d'ella, es trobava en dificultats econòmiques o tenia necessitats urgents, era imprevisora, ignorant, inexperta o mancada d'habilitat en la negociació, i
 - (b) l'altra part coneixia o es podia esperar raonablement que conegués aquest extrem i, ateses les circumstàncies i l'objecte del contracte, va explotar la situació de la primera part, tot traient un benefici excessiu o un avantatge manifestament injust.»¹⁰⁸

108. Article II.7: 207: Unfair exploitation.

«(1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract:

- (a) the party was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill; and
- (b) the other party knew or could reasonably be expected to have known this and, given the circumstances and purpose of the contract, exploited the first party's situation by taking an excessive benefit or grossly unfair advantage [...].»

Ara, la «Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea» (SEC [2011] 1165 final, SEC [2011] 1166 final), Brussel·les, 11.10.2011, COM (2011) 635 final (en endavant, CELS), disposa:

Ambdues disposicions tenen en compte situacions en què, en el moment de la conclusió del contracte, hi ha algun tipus de feblesa d'una part que permet a l'altra obtenir un avantatge que es considera injustificat. Per tant, combinen elements subjectius, que afecten el consentiment de la part lesionada, i objectius, amb elements relatius a l'equilibri de les prestacions.

Amb tot, a diferència de disposicions similars que trobem en els codis europeus en vigor i que tenen el seu origen en l'antiga idea de la usura (cf. per exemple, el ja esmentat §879 ABGB o el §138 II BGB),¹⁰⁹ aquestes disposicions ofereixen a totes dues parts contractants la possibilitat de demanar l'adaptació del contracte per tal de conservar-lo i evitar que es produeixi la seva anul·lació. En aquest sentit, tant l'article 3.10 (2) PICC com l'article II.7: 207 (2) DCFR estableixen que la part legitimada per demanar l'anul·lació del contracte també pot demanar als tribunals que adaptin el contracte o la clàusula en qüestió «a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial»

Artículo 51. *Explotación injusta*

Una parte podrá anular un contrato si, en el momento de su celebración:

- a) tenía una relación de dependencia o de confianza con la otra, se encontraba en dificultades económicas, tenía necesidades urgentes o era imprevisora, ignorante o inexperimentada; y
- b) esta otra parte sabía o cabía esperar que supiera dicha situación del otro contratante y, atendidas las circunstancias y la finalidad del contrato, se aprovechó de ello para conseguir un beneficio excesivo o una ventaja injusta.»

109. Cal observar, però, que a Alemanya els arrendaments que infringeixen el §138 II BGB no són declarats nuls, sinó que el que fan els tribunals és substituir la renda excessiva per una que s'ajusti al preu de mercat (MARKESINIS, *The German Law of Contract. A Comparative Treatise*, 2nd. ed. Oxford, Hart, 2006, p. 250).

(PICC)¹¹⁰ o de «posar-lo en conformitat amb el que podria haver estat acordat si s'haguessin respectat els requisits de la bona fe i de l'honestedat en els tractes» (DCFR).¹¹¹ A més, la part contra la qual es reclama l'anul·lació del contracte també podrà demanar al tribunal que l'adapti sempre que ho faci de manera immediata després de tenir coneixement de la sol·licitud d'anul·lació i abans que la part perjudicada hagi actuat de conformitat amb la seva voluntat d'anul·lar el contracte (cf. art. 3.10 [3] PICC i II7: 207 [3] DCFR).¹¹² Per tal d'evitar que la protecció

110. «Artículo 3.10.- (Excesiva desproporción).

(2) A petición de la parte legitimada para anular el contrato, el tribunal podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a fin de ajustarlos a criterios comerciales razonables de lealtad negocial.»

111. Article II.7: 207: Unfair exploitation

«(2) Upon the request of the party entitled to avoidance, a court may if it is appropriate adapt the contract in order to bring it into accordance with what might have been agreed had the requirements of good faith and fair dealing been observed.»

112. «Artículo 3.10. (Excesiva desproporción): 3) El tribunal también podrá adaptar el contrato o la cláusula en cuestión, a petición de la parte que recibió la notificación de la anulación, siempre y cuando dicha parte haga saber su decisión a la otra inmediatamente, y, en todo caso, antes de que ésta obre razonablemente de conformidad con su voluntad de anular el contrato. Se aplicarán, por consiguiente, las disposiciones del Artículo 3.13(2).» Per la seva banda, amb una redacció molt semblant, el DCFR desposa que: «II.7: 207: Unfair exploitation: (3) A court may similarly adapt the contract upon the request of a party receiving notice of avoidance for unfair exploitation, provided that this party informs the party who gave the notice without undue delay after receiving it and before that party has acted in reliance on it».

La Proposta de Reglament del Parlament Europeu, en canvi, es distancia dels seus precedents, tracta l'explotació injusta com un supòsit més de vici del consentiment subjecte a les mateixes regles de notificació, confirmació i anul·lació (cf. art. 52-57 CELS) i no atorga a cap de les parts la facultat de demanar l'adaptació del contracte.

que aquesta institució ofereix a la part feble es vegi eludida, es prohibeix que s'exclouï la seva aplicació o que es limiti l'abast de la institució (cf. art. 3, 19 PICC i II.7: 215 [1] DFCR).¹¹³

Tant els comentaris als PICC com al DCFR intenten delimitar l'element objectiu de l'avantatge o benefici excessius. En aquest sentit, els comentaris als PICC estableixen que «fins i tot un desequilibri considerable en el valor i el preu o algun altre element que pertorbi l'equilibri entre prestació i contraprestació no és suficient per permetre l'anul·lació o l'adaptació del contracte en virtut d'aquest article. El que cal és que el desequilibri, ateses les circumstàncies, sigui tan gran com per colpir la consciència d'una persona raonable». ¹¹⁴ Per la seva banda, els comentaris al DCFR indiquen que «l'article s'aplica quan el benefici obtingut és “palesament excessiu en comparació del preu ‘normal’ o altres rendiments en aquesta mena de contractes”», ¹¹⁵ però també que «l'article es pot aplicar fins i tot si l'intercanvi no és excessivament

113. Amb relació als PICC vegeu, per tots, BONELL, *An International Restatement...*, cit., p. 162-168; Ulrich DROBNIG, *Protection of the Weaker Party*, a Michael J. BONELL / Franco BONELLI (A cura di), *Contratti commerciali internazionali e Principi Unidroit*, Milano, Guiffrè, 1997, p. 215-224, i Guido ALPA, *La protezione della parte debole di origine internazionale (con particolare riguardo al diritto uniforme)*, p. 225-246, i, més críticament, Luciano PONTIROLI, *La protezione del «contraente debole» nei Principles of International Commercial Contracts di Unidroit: much a do about nothing?*, *Giurisprudenza commerciale*, 1997, p. 566/I- 606/I. Amb relació al DCFR vegeu els comentaris als articles corresponents a Christian VON BAR / Eric CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, Munich, Sellier, 2009, 6 vol., vol. 1, p. 507 i seg.

114. UNIDROIT, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, cit., p. 107.

115. Cf. art. II.7: 207 DCFR, Comentari D, p. 508.

desequilibrat en termes del valor que s'ha donat pels diners, si l'avantatge manifestament injust s'ha obtingut d'una altra manera. Per exemple, un contracte pot ser injust per a una part que difícilment se'l pot permetre, fins i tot si el preu no és irraonable».¹¹⁶

Els comentaris als dos articles revelen que rebutgen l'establiment d'un criteri aritmètic pur i dur com és el cas en la *laesio enormis* tradicional.¹¹⁷ No obstant això, es refereixen a factors molt subjectius i que probablement no són la millor manera d'establir l'existència d'una situació de desequilibri. Si no, què és un «desequilibri, que ateses les circumstàncies, sigui tan gran com per colpir la consciència d'una persona raonable» (comentaris als PICC)? O quin és aquest preu «normal» o aquest «avantatge manifestament injust» quan el preu «no és irraonable» (comentaris al DCFR)?

Per tal de trobar un criteri més precís, Drobnig suggereix, en relació amb els PICC, que podria ser útil recórrer a la definició de l'excessiva onerositat (*hardship*) que fa l'article 6.2.2 PICC, com l'alteració fonamental de l'«equilibri del contracte».¹¹⁸ Certament, en el cas d'excessiva onerositat, aquesta alteració és deguda a esdeveniments que es produeixen o són coneguts per la part que pateix el desavantatge després de la conclusió del

116. Cf. Comentari a l'art. II.7: 207 DCFR, cit., p. 509.

117. En aquest sentit, BONELL, *An International Restatement...*, cit., p. 166 i nota 145.

118. «Artículo 6.2.2 (Definición de la “excesiva onerosidad” [hardship]).

Hay “excesiva onerosidad” (hardship) cuando el equilibrio del contrato es alterado de modo fundamental por el acontecimiento de ciertos eventos, bien porque el costo de la prestación a cargo de una de las partes se ha incrementado, o porque el valor de la prestación que una parte recibe ha disminuido, y:

contracte i, en canvi, en el cas que ara ens ocupa, el moment temporal rellevant és el moment de la conclusió del contracte. No obstant això, la idea bàsica que s'ha de retenir, d'acord amb Drobnig, és la idea d'una «alteració fonamental de l'equilibri del contracte».¹¹⁹

Més dubtosa, però, és la seva interpretació pel que fa a quan existeix aquesta «alteració fonamental». A partir dels comentaris sobre l'excessiva onerositat en la versió de 1994 dels PICC, que consideren que una alteració del 50% o més donaria lloc probablement a una «alteració fonamental»,¹²⁰ Drobnig sostenia que també en el cas de l'excessiva desproporció de l'article 3.10 PICC el límit de la meitat «es pot utilitzar com un llindar mínim per considerar que existeix un “avantatge excessiu”».¹²¹

Tot deixant de banda el fet que l'edició 2004 dels PICC va canviar aquest comentari i va eliminar la referència al 50%, cal tenir en compte que, a diferència de l'excessiva onerositat, en què l'alteració del 50% o més es produeix de manera sobrevinguda després de la conclusió del contracte i, per tant, pren com a referència l'equilibri acordat per les parts (és a dir,

- (a) dichos eventos acontecen o llegan a ser conocidos por la parte en desventaja después de la celebración del contrato;
- (b) los eventos no pudieron ser razonablemente tenidos en cuenta por la parte en desventaja en el momento de celebrarse el contrato;
- (c) los eventos escapan al control de la parte en desventaja; y
- (d) el riesgo de tales eventos no fue asumido por la parte en desventaja.»

119. Vegeu DROBNIG, *Protection of the Weaker Party*, cit., p. 230.

120. UNIDROIT, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, cit., Comentari a l'article 6.2.2.

121. Vegeu DROBNIG, *Protection of the Weaker Party*, cit., p. 230.

un criteri d'equivalència subjectiva), en el cas de l'excessiva desproporció o de l'aprofitament indegut, el desequilibri ja ha existit des del principi i, per tant, no pot prendre com a punt de referència l'equivalència entre prestació i contraprestació acordada per les parts, ja que és precisament això el que està en qüestió. Per tant, s'ha de referir a quelcom que és extern al que les parts han acordat en el contracte. Per aquesta raó, hi ha una diferència substancial entre l'excessiva onerositat (*hardship*) i l'excessiva desproporció (*gross disparity*), i la solució proposada per Drobnig tornaria a introduir per la finestra, i en una forma que és similar a la seva versió moderna italiana, la *laesio enormis* que ja ha estat foragitada per la porta principal.

6.2. La textura oberta d'un «sistema flexible»

L'anàlisi de l'«excessiva desproporció», el «benefici excessiu» o l'«avantatge injust» requereix valorar el context de tots els termes del contracte i la situació en què s'ha assolit l'acord. Això impedeix que es pugui valorar el desequilibri injust d'acord amb una regla rígida com la continguda en la «justícia de la meitat» de la tradicional *laesio enormis* i requereix tenir en compte criteris més flexibles i més oberts. Aquesta possibilitat de considerar totes les circumstàncies del cas només es pot aconseguir concedint un cert marge de discrecionalitat al jutge, limitat per una norma general que estableixi el marc de l'objectiu de política jurídica que persegueix la institució, i el preu a pagar per aquesta formulació pot ser una certa pèrdua de seguretat jurídica.

En aquest sentit, Matthias Storme ha afirmat recentment que a «l'exploració deslleial» del DCFR «hi ha un perill d'arbitrari-

etat, per la vaguetat de la norma», però considera que «[S]i bé aquesta norma pot donar lloc a una greu limitació de la llibertat contractual, és un preu raonable a pagar per l'ampliació del mecanisme de mercat per als participants més febles. L'alternativa a aquesta norma és una limitació molt més greu de la llibertat de contractació, que consisteix en la regulació dels continguts dels contractes, els preus fixats, el control, etc.».¹²²

En tot cas, sembla si més no discutible que, per la vaguetat de la norma, l'article 3.10 PICC o l'article II.7: 207 DCFR puguin conduir a una greu limitació de la llibertat de contractació o a l'arbitrarietat. D'una banda, perquè, com reconeix el mateix Storme, el clar propòsit d'aquesta norma és protegir la integritat del consentiment, és a dir, donar una acció per posar remei a les conseqüències del consentiment donat sense la plena llibertat d'elecció, i no simplement solucionar una manca d'equivalència objectiva entre prestacions. A la pràctica, ha de ser percebuda com una mesura excepcional, en el sentit que es tracta d'una norma de tancament del sistema dels vicis del consentiment quan hi ha un perjudici per a un dels contractants i el consentiment contractual es veu afectat d'una manera que impedeix que sigui plenament lliure però que no es pot incloure dins dels tradicionals vicis del consentiment.

D'altra banda, la vaguetat que es pot atribuir a les clàusules generals es pot superar, en certa manera, tot fent recurs a un «sistema flexible» o «mòbil» (en el sentit del *bewegliches System*

122. Vegeu STORME, *Freedom of Contract: Mandatory and Non-mandatory Rules in European Contract Law*, cit., p. 34-44, p. 39.

de Walter Wilburg).¹²³ Aquest sistema, com se sap, pot ser entès com un compromís entre les clàusules generals i les regles rígides que vinculen una conseqüència jurídica a un supòsit de fet.¹²⁴

Les clàusules generals es caracteritzen perquè necessiten ser omplertes mitjançant una valoració, atès que no donen els criteris necessaris per a una solució particular i aleshores la solució s'ha d'assolir tot adaptant el valor general a les circumstàncies específiques de cada cas. Les regles fixes, en canvi, poden ser massa rígides per adaptar-se a la multiplicitat de situacions que tenen lloc a la pràctica.¹²⁵ El «sistema flexible» o «mòbil», en canvi, té per objecte determinar d'una manera general els «elements» rellevants, tant pel que fa al contingut com al nombre, i només configura de manera variable la seva «relació de combinació» per fer-la dependre de les circumstàncies del cas. El «sistema flexible» permet perfilar millor els contorns borrosos de supòsits de fet semblants a clàusules generals i ofereix així la possibilitat de superar la contradicció que sovint té lloc entre, d'una banda, voler vincular el jutge de manera total i, de l'altra, no poder resoldre legislativament

123. Per tots, vegeu Walter WILBURG, *Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht*, Graz: Kienreich, 1950; Claus-Wilhelm CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, 2. A., Berlin: Dunker & Humblot, 1983. p. 74-85; Heinz KREJCI, *Bewegliches System und kombinatorisch gestaltete Anfechtungs- und Nichtigkeitstatbestände*, a BYDLINSKI / KREJCI / SCHLICHER / STEININGER (Gesamtredaktion), *Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht*, Wien/New York: Springer, 1986, p. 128 i seg.; Franz BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, 2. A., Wien/New York: Springer, 1991, p. 529-543. Vegeu també Frank O. FISCHER, *Das «Bewegliche System» als Ausweg aus der «dogmatischen Krise» in der Rechtspraxis*, AcP 197 (1997), p. 589-608.

124. Vegeu BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, cit., p. 533 i *passim*.

125. CANARIS, *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, cit., p. 92.

totes les qüestions que es plantegen i haver de traslladar-li tot allò que és problemàtic sense poder donar-li prèviament, i d'una manera clara, uns criteris de valoració que siguin operatius.¹²⁶

Aquestes disposicions pròpies d'un sistema flexible estableixen, doncs, els elements que s'han de combinar, que en el cas que ens ocupa serien els següents:

a) Per part del perjudicat, com a elements subjectius alternatius, cal que existeixi la dependència de l'altra part, tenir-hi una relació de confiança, estar en situació de dificultats econòmiques o de necessitat urgent, o que el perjudicat sigui imprevisor, ignorant, inexpert o mancat d'habilitat negociadora. El perjudicat ha de provar l'existència de qualsevol d'aquests elements subjectius.¹²⁷

b) Pel que fa al causant del perjudici, l'element subjectiu és que conegués o hagués pogut conèixer que el perjudicat es trobava en una posició de feblesa. D'acord amb els PICC, no cal que existeixi la intenció d'aprofitar-se de qui resulta perjudicat. Això no obstant, encara que Drobnig, al meu entendre amb raó, considera que cal que concorri algun dels requisits subjectius previstos per al perjudicat amb algun dels previstos per a la altra part contractual que se n'aprofita, el comentari oficial sembla considerar que poden ser alternatius, en el sentit que l'avantatge obtingut per una de les parts pot ser injustificable «encara que la part que es beneficia d'aquesta situació no hagi abusat de la posició negociadora feble de l'altra part».¹²⁸ En canvi, en el

126. BYDLINSKI, *Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff*, cit., p. 534.

127. DROBNIG, *Protection of the Weaker Party*, cit., p. 222.

128. UNIDROIT, *Principios sobre los contratos comerciales internacionales*, cit., p. 108, i també Michael Joachim BONELL, *An International Restatement of Contract Law*.

DCFR el coneixement o almenys el deure de conèixer la posició més feble de l'altra part és un requisit cumulatiu, en indicar clarament l'article II.7: 207 (1) (b) DCFR que la segona part «explota la situació de la primera part, tot obtenint un benefici o avantatge excessius» i subratllar, amb el nou títol del precepte («Explotació injusta») aquest aspecte subjectiu en la part que obté l'avantatge.

c) Finalment, l'element objectiu és un «avantatge excessiu» (art. 3.10 [1] PICC) o «un benefici excessiu o avantatge excessivament injust (*grossly unfair advantage*)» (art. II.7: 207 (1) (b) DCFR). En aquests dos conjunts de normes, aquestes circumstàncies poden referir-se, per descomptat, al desequilibri entre els valors objectius de prestació i contraprestació. Així, el comentari considera que hi ha un benefici excessiu «quan el benefici obtingut per una part és manifestament excessiu en relació amb el preu “normal” o altres rendiments en aquesta mena de contractes».¹²⁹

No obstant això, el desequilibri també es pot fonamentar en altres circumstàncies que no tinguin només en compte si el preu pagat pels béns o serveis o la contraprestació rebuda són excessius o irrisoris. En primer lloc, perquè fins i tot l'equivalència més objectiva no es pot analitzar sense examinar els altres termes del

The Unidroit Principles of International Commercial Contracts, 3rd. ed, New York, Transnational Publishers, 2005, p. 170-171. No obstant això, DROBNIG, *Protection of the Weaker Party*, cit., p. 222, creu que els factors de les lletres (a) i (b) han de ser considerats com a acumulatius, com ho demostra, entre altres aspectes, l'ús de la copulativa i que vincula l'un amb l'altre.

129. Cf. art. II.7: 207 DCFR, Comentari D, p. 508.

contracte (la «naturalesa i finalitat del contracte», com disposa l'article 3.10 [2] b PICC), ni sense analitzar si els termes que semblen excessivament avantatjosos o perjudicials han tingut el seu reflex en el preu o contraprestació, atès que el desequilibri també pot resultar d'una injusta distribució de riscos o remeis que no es reflecteix en el preu negociat. En segon lloc perquè, segons el DCFR, la facultat d'anul·lar el contracte o demanar la seva adaptació també es concedeix quan «l'intercanvi no és excessivament desequilibrat en termes del valor que s'ha donat pels diners, si l'avantatge manifestament injust s'ha obtingut d'una altra manera. Per exemple, un contracte pot ser injust per a una part que difícilment se'l pot permetre, fins i tot si el preu no és irraonable».¹³⁰

Tenint en compte que són rellevants diversos conjunts d'elements o requisits, per tal que es pugués anul·lar el contracte o demanar la seva adaptació a un «sistema flexible», es requeriria que: 1) concorrin tots els diversos conjunts d'elements, encara que sigui en un grau o proporció molt baix, i 2) la presència escassa d'un conjunt d'elements es pugui compensar amb la presència més destacada d'altres.

Malgrat que els PICC i el DCFR requereixen una combinació més complexa de diferents elements, la *laesio enormis* o, més precisament, la idea intuïtiva i atàvica que la justícia està en el punt mitjà de totes les mesures, pot captivar fàcilment les nostres consciències. Amb tot, les fórmules que proposen tant els PICC com el DCFR s'adapten molt millor que la *laesio enormis* tradicional al nou paradigma contractual, fins i tot quan hom complementa la venerable institució tot incorporant-hi elements subjectius com han fet algunes regulacions actualment en vigor.

130. Cf. art. II.7: 207 DCFR, Comentari E, p. 509.

2. OPORTUNITAT I TRANSCENDÈNCIA DE LA COMPILACIÓ: L'ESFORÇ DELS COMPILADORS

Ponent:

JOSEP JOAN PINTÓ RUIZ
Doctor en Dret i advocat

Sumari: 1. Exordi. 2. El dret civil de Catalunya en el moment de la promulgació de la Compilació: la seva invocació. 3. La decreixent invocació aleshores del dret civil de Catalunya. La progressiva innovació del Codi civil comú. 4. La funció revitalitzadora de la Compilació. Oportunitat i fecunditat. 5. L'anticipació important de l'efecte revitalitzador de la Compilació. 6. Moltes de les singularitats transcendents del dret civil de Catalunya afloren amb la Compilació i posteriorment també el dret civil comú *ex novo* les incorpora i desenvolupa. 7. La dedicació dels compiladors. L'abast de la Compilació. La seva intensitat

1. EXORDI

Com que aquí estem entre juristes, ara me'n recordo d'aquell pensament tan edificant de l'amic Faus: «La gratitud no és solament un deure moral sinó que també és clarament

proclamat¹ un deure jurídic, i cal complir-lo». Per això, jo he de donar les gràcies al Consell de Garanties Estatutàries de Catalunya, al Consell de l'Advocacia Catalana i al Col·legi de Notaris de Catalunya per haver-me proporcionat l'ocasió de poder parlar des d'aquesta tribuna, la qual cosa comporta per a mi una gran i especial honra. Malgrat la coneguda teoria organista de Gierke,² les persones jurídiques, si bé és cert que no tenen cor, en la seva realitat ontològica se sent el batec del cor d'aquella humanitat que es predica d'aquells que les regeixen. I el senyor moderador, al qual jo professo un tan i tan merescut

1. Aquest sentir, i el pensament del jurista Faus, està clarament expressat en diverses intervencions. Una al·lusió a aquest pensament i al lloc de la seva expressió es pot veure en el volum I del *Libro-Homenaje a Roca Sastre*. Madrid, 1976. Destaquem el fragment següent (p. 38), quan diu: «Desgraciadamente la gratitud es planta que arraiga en muy pocos corazones, y hasta el refranero popular, tan sabio en otras ocasiones, parece inclinarnos a la ingratitud, al decirnos “no des a nadie el brazo, porque te pedirá la mano” o “no prestes dinero al amigo, porque perderás el dinero y el amigo”». Més endavant, amb significativa contundència diu: «Al elevarse el deber de gratitud a jurídico, caminamos hacia lo que Castán llama “la espiritualización del derecho, por la introducción de los deberes morales en la esfera jurídica”; arrancamos, por decirlo así, pedazos a la moral, para atraerlos a nuestro campo, y nos movemos en frase de Camelutti “en aquella región donde están las raíces divinas del derecho”».

2. Vegeu Otto GIERKE, *Deutsche Privatrechts*, t.1, §§58-78; id., *Das deutsche Genossenschaftsrecht*, 3 vol., 1868-1881; id., *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtsprechung*, Berlín 1897; id., *La función social del Derecho privado: Naturaleza de las asociaciones humanas*, trad. de Navarro de Palencia, Madrid, 1904. CASTÁN, en el seu *Derecho Civil español común y foral*, tom I, volum II, Madrid, 2007, p. 382, referint-se a la persona jurídica, expressa el pensament de Gierke dient que: «es para él una persona colectiva real (*realer Gersammt-person*), formada por seres humanos reunidos y organizados para la consecución de fines que traspasan la esfera de los intereses individuales, mediante una común y única fuerza de voluntad y de acción. Este todo colectivo es un organismo dotado, al igual que el hombre, de una propia capacidad de querer y de obrar, que sirve de base y fundamento natural a su personalidad jurídica».

afecte extraordinari i un singular agraïment per la benevolència tan generosa que sempre —i ara— ha tingut amb mi, m'ha de permetre dir que, en presentar-me, ha parlat més el bategar de l'afecte que té per mi ja que és evident que jo sóc en la meua parvitat de molt i molt més modestes dimensions.

2. EL DRET CIVIL DE CATALUNYA EN EL MOMENT DE LA PROMULGACIÓ DE LA COMPILACIÓ: LA SEVA INVOCACIÓ³

És clar que aleshores a Catalunya hi havia una consciència social prou arrelada de l'existència de determinades singularitats

3. Segons una opinió, ben fundada i autoritzada, i molt generalitzada (jo també tinc el mateix parer), en el temps en què es va promulgar la Compilació no abundava l'explícita invocació de les normes pròpies del dret civil de Catalunya perquè les seves fonts formals eren moltes i no sistematitzades, disperses i de difícil recerca, mentre que el dret civil comú disposava d'un Codi civil, de fàcil consulta, invocació i aplicació, que estava fàcilment a mà. I això és veritat. I també és veritat que l'explicitació, sistematització i, en fi, codificació, encara que parcial, que va comportar la compilació de 1960 va obviar substancialment la dificultat d'invocació del dret civil de Catalunya, i va constituir un revulsiu revitalitzador de decisiva importància i transcendència.

I com que això és indubtable que va anar així, no insistiré gaire en aquest aspecte. Però el que vull ressaltar és que, malgrat aquesta dificultat, l'any 1960 el dret civil català estava veritablement poc explicitat i publicat, però en els seus aspectes més importants i fonamentals estava encara ben viu i era respectat. El dret civil català no s'invocava bé, no se citava suficientment, però es vivia i encara es respectava i resolvia convincentment. Un exemple. Les clàusules successòries *ad cautelam* que la tradició catalana respectava (el Codi civil espanyol va incloure una disposició transitòria —la disposició transitòria segona— que en determinava la ineficàcia per al futur) i va continuar respectant després de ser vigent el Codi civil, van continuar clarament respectades després de la vigència del Codi civil espanyol, per l'explícita jurisprudència del Tribunal Suprem. Els compiladors, en les redaccions inicials, també les respectaven, però al final no van aconseguir-ne la subsistència per al futur.

La compilació del 1960, doncs, va comportar bàsicament una explicació inicial forta i vigorosa de les fonts formals, substituint les anteriors difuses, asistemàtiques

del dret civil de Catalunya: eren institucions ben assimilades⁴ la rescissió *ultra dimidium*, la lligítima curta amb la consegüent

i de difícil recerca, per unes altres, sense menysprear el costum i l'heterointegració que el text compilat ja proclamava. I, en definitiva, va provocar una revitalització de la conscienciació de l'existència, importància i adaptabilitat al futur del dret civil català. I cal advertir que això ho va aconseguir l'importantíssim article primer de l'esmentada Compilació, que va configurar la tradició jurídica catalana no ja com un element arqueològic, estàtic i immobilitzador, sinó com un aspecte dinàmic revelador de la trajectòria expressiva de les successives consciències socials, i del camí d'aquestes, imprimint així a la interpretació jurídica un profund aspecte dinàmic amb essencial caràcter integrador de les expressions normatives, sempre amb respecte al caràcter informador dels primers principis. I encara que el text de l'article primer va ser minvat, suprimint la paraula *integrar*, malgrat aquesta supressió, l'article primer va ser absolutament efectiu, i des de llavors es va consolidar aquest element útil i bo, peculiar del dret civil de Catalunya. Per això, la labor compiladora va ser d'una eficàcia i utilitat extraordinàries.

4. Vegeu la nota anterior. Sobre aquest tema és fonamental la lectura de dues obres cabdals. L'article de Ramon M. ROCA SASTRE —publicat en el *Estudio sobre sucesiones*, Instituto de Espanya, Madrid, 1981, tom I, p. 60 —titulat «La necesidad de diferenciar lo rústico de lo urbano», i l'obra del notari FAUS CONDOMINES *Els capítols matrimonials a la comarca de Guissona*, on es mostrava la virtualitat i l'antiga abundància de l'atorgament dels capítols matrimonials amb el seu heterogeni contingut institucional. I és ben cert que el contingut dels protocols notariais és inspirador del text compilat. I si bé ara els capítols matrimonials, minvada l'explotació familiar rural, tenen un caràcter molt diferent (ja poden contenir previsions en cas de separació, nul·litat o divorci), el text compilat està rotundament inspirat en aquells antics protocols.

El que cal és que aquell propòsit de crear instruments útils de perdurabilitat de l'explotació familiar més enllà de la mort i superant el pas de generacions successives, i els ressorts que es van crear, inspirin també a la modernitat actual urbana i mercantil la creació negocial d'instruments (més enllà i més perfectes que el trust i altres nebuloses institucions fiduciàries), més ordenats a l'estabilitat empresarial. No oblidem que és el benèfic efecte de la sempre creadora *autonomia de la voluntat* el que dins del sentit peculiar català de respecte a la llibertat civil ha de permetre, en allò urbà, seguir l'exemple capitular d'allò rústic. El modern dret civil successori català preveu una àmplia possibilitat de pactes successoris. Però és l'*autonomia de la voluntat* la que, com van fer els nostres avantpassats en allò rústic, haurà d'omplir el contingut dels pactes en allò urbà i mercantil (malgrat el reglamentarisme asfixiant de l'actual *ius mercatorum* tan intoxicat per tantes i tantes disposicions legislatives de *ius cogens*).

major amplitud de llibertat de testar, la improcedència d'exigir la vènia marital (encara que una nebulosa, d'altra banda creixent, generava dubtes que comportaven la conseqüència que «pel que pugui ser» l'adquirent o el creditor —sobretot el creditor hipotecari— l'exigien), la necessitat de nomenament d'hereu o marmessor universal per a l'eficàcia del testament, i sobretot en el món rural es vivia encara⁵ tot l'ampli i ric contingut de les capitulacions matrimonials, amb la seva funcionalitat viscuda i volguda, encaminada a la conservació de la casa (del patrimoni) pairal i ben lluny de la seva fragmentació, procurant la conservació i l'engrandiment de l'esmentada universalitat malgrat el pas de les generacions successives. A la ciutat a poc a poc s'anava transitant del testament que instituïa hereu el descendent i usufructuària la vídua⁶ cap al

5. Però en significatiu trànsit descendent, per l'atracció de la ciutat, i la minva significativa del rendiment de l'explotació rural familiar. Cada vegada, la posició de l'hereu era més sacrificada que la del cavaller que se n'anava a la ciutat a obrir-se un camí, certament insegur, però suggestiu per la seva independència.

6. L'usdefruit rural capitular era, pròpiament, un usdefruit de *regència*. El període intermedi de fills menors d'edat amb mort prematura del *pater familias*, tot esperant la successió del *pater* per l'hereu, era resolta per una autèntica «regència» de la usufructuària, que amb facultats molt superiors a les institucions pròpies de l'*usdefruit* feia d'autèntica mestressa (la hi esmentaven com a «senyora, majora, poderosa i usufructuària»), mentre que la *consetudo vulgari* comportava el deure, almenys moral, que l'excedent, després de cobrir totes les necessitats, les ampliacions, el pagament de llegendes i altres despeses, feia trànsit cap al patrimoni *relictum* i no al particular de la *usufructuària*. Ella regia, però no solament administrava, sinó que disposava i manava àmpliament.

A la ciutat l'usdefruit era, no de regència, sinó el típic de subsistència. I aquest usdefruit de subsistència cada vegada més està fent trànsit cap a una successió hereditària plena, gravada amb llegats. I això per diverses raons fonamentals: primera, que la subsistència, cada vegada més, pot exigir vendre béns sent insuficient la rendibilitat, i segona, que a la ciutat la dona casada no es vol sentir reduïda a fer els treballs de casa i suportar exclusivament o substancialment

testament més típic urbà que instituïa hereva la dona i legitimaris els descendents, per via de llegat.⁷

Era una època,⁸ potser poc analitzada, en què la dona urbana era especialment considerada i se li dispensava una assenyalada dosi de confiança. La institució de la «posada de béns a nom de la dona» i la institució d'hereva eren una realitat innegable.

La dona (esposa) era la titular, ja en vida del marit i *post mortem* d'aquell, d'un patrimoni familiar que era incòlume enfront de les responsabilitats derivades del tràfic mercantil —important— de l'empresa del marit, amb el reforç que representava l'autèntica *si qua mulier* i el senatconsult Veleià.⁹ Això volia dir un assenyalat grau de confiança en el seu valer, la seva intel·ligència

l'atenció i educació dels fills sinó que se sent creadora de riquesa i plenament capaç per a activitats productives professionals de direcció, gestió o treball remunerat. Per tant, pot succeir amb plenitud el seu marit i substituir-lo, mitjançant la subrogació hereditària en les tasques d'aquell. Tercera, la dona casada de la classe mitjana alta ja no es limita a tocar el piano, rebre visites i visitar i fer activitats a casa, i regir el servei, sinó que ja estudia seriosament més enllà de l'abans expressada amb el nom de cultura general.

No oblidem, en canvi, que el matrimoni d'assalariats a la ciutat comportava per a l'esposa la sobrecàrrega d'anar a la fàbrica, o de fer feines i portar la casa, en la seva plenitud. El marit, però, li lliurava (excepte esporàdiques «cises») l'import total de la nòmina. Ella, en el fons, a més a més, era almenys «administradora general».

7. Vegeu l'aspecte sociològic d'aquest trànsit en la nota precedent.

8. «Era» i encara pot ser, almenys en part «és». Ens referim a la realitat urbana en la qual la dona serveix «d'escut» protector enfront de les lesions que tercers podrien produir (àdhuc legítimament) al patrimoni. La revitalització de l'acció pauliana i el concepte de *persona significativa* del dret concursal afebleixen aquesta pràctica de posar els béns a nom de la dona. Però deixen clar que ni tota posada a nom és il·legal o fraudulenta, ni tampoc és fraudulenta i il·legal tota la disposició fiduciària en la constitució de qualsevol trust.

9. El senatconsult Veleià feia anul·lable la intercessió o aval de la dona a qualsevol altre, i l'autèntica *si qua mulier* feia nul de ple dret (àdhuc apreciable d'ofici) l'aval o intercessió de la dona casada en favor del seu marit vigoritzant una obligació a càrrec

i la seva *honestedat*. I també era cert que, mentre ella vivia, les reclamacions legítimes i els conflictes patrimonials quedaven ajornats, o bé resolts. Era també la gran *pacificadora*.

Però la idea ara proclamada d'un ordenament jurídic català era, en la realitat, substituïda pel concepte d'excepcionalitat puntual en relació amb un dret comú.

I en la vivència d'aquest panorama,¹⁰ el que ens hem de preguntar és: quin era el grau d'invocació del dret civil de Catalunya. I ens hem de preguntar si aleshores la invocació i, consegüentment, l'aplicació creixia, es mantenia estàtica o era decreixent.

3. LA DECREIXENT INVOCACIÓ ALESHORES DEL DRET CIVIL DE CATALUNYA. LA PROGRESSIVA INNOVACIÓ DEL CODI CIVIL COMÚ

No cal pas filosofar gaire per comprendre la realitat del fenomen. Ni cal escalfar-se el cap indagant les causes de l'esmentat fenomen, i la seva naturalesa. La raó eficient d'aquesta realitat va ser simple, senzilla i vulgar.

d'aquell. Però els articles que explicitaven aquells drets tradicionals (art. 321 i 322 de la Compilació de 1960) van ser derogats per la denominada Llei de constitucionalització de la Compilació, que es va promulgar el 20 de març de 1984. Per això, ara aquests preceptes ja no hi són.

10. Per descomptat —hi insisteixo— que el dret català estava viu. El que passava és que la invocació de les fonts formals en els escrits judicials anava minvant, i en comptes de citar-les se citaven preceptes paral·lels de contingut igual o aproximat o fins i tot històrics (com les Partides) quan reflectien la procedència comuna de la tradició romana. En fi, era més fàcil citar un article del Codi civil comú que citar el seu antecedent que obrava en el Corpus.

Existeixen zones molt àmplies el contingut essencial de les quals és senzillament igual per al dret civil de Catalunya i per al dret comú.

El lletrat tenia a la seva disposició no només un Codi civil espanyol, de lectura i maneig fàcil, que contenia preceptes concrets d'aplicació immediata i directa, sinó també el celebèrrim Medina i Marañón, que reunia el Codi civil, la Llei i el Reglament hipotecaris i certes lleis especials, a més del Codi de comerç i la Llei d'enjudiciament civil. A més, aquest conjunt disposava d'unes meravelloses notes a peu de pàgina redactades per emigrants juristes que expressaven amb encert concís i genial les complementacions jurisprudencials. Un tom petit, immaneable, i després només dos, es trobaven al despatx i eren utilitzats fins i tot en les vistes de les apel·lacions davant l'Audiència Territorial de Barcelona. Els lletrats consultaven molt el Medina Marañón. Mireu si era fàcil i ràpid consultar qualsevol dubte normatiu.¹¹ I mireu si n'era, de fàcil, omplir els fonaments de dret amb el Medina Marañón. O si era fàcil assegurar-se ràpidament de l'encert en evacuar una consulta. Aquesta facilitat no existia en

11. Sobretot l'apel·lant, que parlava després del recurrent, feia un ús freqüent del Medina Marañón mentre escoltava, alhora, el seu oponent. Si això era possible, no ho era tenir en aquell moment a la vista tot el *Corpus iuris civilis*, les *Decretals* del papa Gregori IX i la Compilació (que era, aquesta sí, una compilació, no una codificació, i per tant sense sistematitzar ni dotada de redacció adient) de 1704.

Cal recordar una coneguda anècdota de llavors, d'altra banda, pública. Un lletrat per tots conegut tant per la seva ciència i prudència, saviesa i honestedat com per l'agudesa del seu sentit de l'humor, mentre acabava l'informe oral, l'apel·lant fullejava el Medina i Marañón. En conferir-li la paraula va dir quelcom així com «la sinrazón del apelante salta a la vista con solo releer el artículo del Código civil español que es [...]». Va examinar diversos fulls del llibre, sense trobar l'article que buscava, però en no trobar-lo, amb aplom i serenitat va dir: «[...] el artículo que la Sala conoce aún mejor que el que informa».

relació amb el dret català. No es disposava d'un conjunt unitari omnicomprensiu, codificat sistemàticament, concís, sobri i fins i tot materialment manejable per raó del seu volum, sinó que fins i tot les fonts formals no codificades (a part del costum i la doctrina dels autors) eren les *Decretals* del papa Gregori IX, el *Corpus Iuris Civilis* de Justinià, col·leccions de costums i tot el dret singular de Catalunya reunit en l'anomenada *Compio* del 1704. Per transportar aquell material almenys calia disposar d'un carretó.

El lletrat, atordit per l'excés de pes, la molta feina, la pressa, i pel deure de servir el client amb la major simplificació i cost, què creieu que feia? Per poc que poguéssiu, recórrer al Codi civil comú. Cada vegada eren menys citades les fonts formals pròpies del dret civil català. I, malgrat allò de *Da mihi factum, dabo tibi ius*, els jutges no eren insensibles a l'aportació jurídica i la invocació que feien els lletrats.¹²

12. Era natural que moltes vegades atenguessin la invocació feta per les parts, d'un precepte del Codi civil, que coincidia amb la normativa pròpia del dret civil català, sobretot si aquesta norma de Catalunya, a més de coincidir amb la del dret comú, no gaudia d'una expressió normativa explícita, clara i d'interpretació no dubtosa. Pensem en l'alt contingut consuetudinari del dret civil de Catalunya, sense que les col·leccions de Costums, no sempre recollides en la seva plenitud, fossin suficients, i pensem en el fet que el conjunt tradicional no sempre determina ja clarament si expressions normatives determinades substituïen, derogaven, modificaven, completaven o complementaven les anteriors. En situacions així, el més assenyat i oportú (i tot i administrant justícia en un cas concret el més assenyat i oportú és el just) era el que feien els jutges amb la seva institucional prudència i encert declarant i ordenant allò correcte per obtenir la justícia material del cas concret. I sota un punt de vista encara extremadament legalista, el caràcter supletori del Codi civil comú (art. 12 i 13, llavors vigents, abans de la reforma de l'actual títol preliminar) suplía aquelles normatives, que per la seva dubtosa o contradictòria dignificació no eren (com deia l'art. 6 de l'antic Codi civil espanyol) «exactamente

4. LA FUNCIO REVITALITZADORA DE LA COMPILACIO.

OPORTUNITAT I FECUNDITAT

En el moment de promulgar-se,¹³ la Compilació va revitalitzar la invocació al dret català, i va fer-la més fàcil.

La seva promulgació no podia ser més oportuna en un moment de màxima substitució de les fonts formals del dret civil de Catalunya¹⁴ per la citació no només del Codi civil comú,¹⁵

aplicables» al cas. Per tant, aquesta invocació no solament era convenient, sinó que tècnicament era impol·luta i rigorosament legítima.

I quan la realitat normativa era clara, la jurisdicció nostra mai va dubtar a respectar el dret civil de Catalunya.

De vegades, més enllà encara de la codificació que va ser (parcialment, això sí) la magnífica Compilació del 1960. Per exemple el Tribunal Suprem va respectar l'eficàcia a Catalunya de les clàusules *ad cautelam* testamentaries no admeses pel Codi civil comú, fins al moment en què la Compilació nostra les va suprimir (Compilació del 1960, disposició transitòria tercera —sense que els compiladors pensessin així únicament. Va ser una decisió certament molt discutida).

Però exposat això, és indubtable que la cada vegada més intensa falta d'al·lusió, invocació i aplicació expressa de disposicions específiques del dret català originava que aquest perdés la seva singularitat. Per això, la Compilació —ho repetim una vegada més— va representar un autèntic, útil i oportú revulsiu positiu.

13. Vegeu *supra* la nota 3. Vegeu *supra* la nota 10. Així mateix, vegeu *supra* la nota 12.

14. Vegeu la nota 13.

15. El dret català estava dispers. Les constitucions i altres drets de Catalunya de 1704. Les *Decretals* del papa Gregori IV abans esmentades, el *Corpus Iuris civilis* (*Instituta, Digest*, Codi de Justinià i les *novellae constitutiones* (*Liber constitutiones novellarum*) i la doctrina dels autors era un cos massa complicat per al professional atabalat de feina i escàs de temps.

En canvi, el Codi civil espanyol, al cap i a la fi, molt tributari del francès, que alhora respirava el costum de Poitiers, i una elevada dependència del dret romà, era una norma codificada (és a dir, ordenada sistemàticament, redactada *ad hoc*, simplificada, intel·ligible, de fàcil lectura i assimilació), que proporcionava al professional atabalat una més fàcil consulta, més dominant invocació, i per això encara que les fonts genuïnes catalanes

sinó també del seu dret històric.¹⁶

Els operadors jurídics, amb la Compilació reben un important instrument jurídic que no només els facilita la invocació fàcil de les normes d'aplicació immediata, sinó també un instrument que,

disposessin, en un punt concret, el mateix, no se citava la font realment aplicable, sinó el Codi. I així cada vegada, amb més intensitat. I era lògic que així ocorregués.

Demandar una recerca afanyosa —llevat d'excepcions en què hi havia una autèntica diferència— pel *Digest*, les *Decretals* o la jurisprudència, tenint un precepte codificat senzill i intel·ligible, era demanar massa. Sigui aquesta o una altra l'explicació, el cert és que la invocació directa del dret civil de Catalunya era cada vegada menys freqüent. En la successió abintestat a Catalunya (no oblidem que el dret successori integra assenyaladíssimes singularitats i principis divergents respecte al dret comú) amb molta freqüència es dictaven interlocutòries de declaració d'hereus abintestat, que disposaven que «*se reservan a la viuda los derechos que el Código civil dispone al efecto*». Per exemple, també en citar-se els fonaments jurídics que emparaven una rescissió *ultra dimidium*, ben lluny d'invocar Dioclecià, s'invocaven les partides d'Alfons X el Savi. Si ara poguéssiu veure la Sala de Togues del Col·legi d'Advocats, i els bancs situats a l'entrada de les Sales 1a i 2a de l'Audiència Territorial de Barcelona, veuríem com molts i molts advocats duïen a la vista el cèlebre Medina i Marañón, on com és natural no està impresa la Compilació, que encara no existia com a llei. És clar que hi havia dictàmens amb fonament en el peculiar dret civil de Catalunya, però això era molt menys que l'allau de la vida ordinària judicial que a poc a poc s'anava allunyant de la invocació correcta. Certament que el Codi civil espanyol estava aleshores legalment en situació de supletori però en la realitat, de segon graó, o supletori del supletori, ben a l'inrevés de ser l'últim text legal a examinar, era abundantment el primer.

Això no vol dir que, a l'hora de la veritat, quan hi havia un problema singularment diferent (llegítima curta, la successió de l'impúber, capítols matrimonials i separació de béns), l'especialitat era respectada durament i enèrgicament. El dret català era viscut i respectat. Les fonts genuïnes, les més emprades.

16. Vegeu el final de la nota anterior. És que —i això era disfunció, però era explicable— no és que solament en lloc de citar la font formal catalana, se citava la més assequible consistent en un precepte del Codi civil espanyol, sinó que quan no existia precepte aplicable del Codi civil (com passava amb la rescissió *ultra dimidium*), en lloc d'acudir a la citació de la constitució de Dioclecià (C, 4, 44, 2 i 8) s'invocaven les Partides, encara que per la seva clara romanització i reproducció de continguts propis del dret romà.

sobretot amb el seu article primer,¹⁷ revitalitza i de nou fa visibles les singulars característiques del nostre dret i les seves peculiaritats.

Això comporta, no ja un renaixement, ja que sempre i en tot moment el dret civil de Catalunya va restar viu en la vida social,¹⁸ sinó una revitalització, un perfeccionament tècnic i un increment summament important de la seva explicitació i reutilització de les seves fonts formals; és més, es comencen a utilitzar normes

17. Com veurem —després hi insistirem—, l'article 1 de la Compilació regula l'aplicació del dret, i clarament l'heterointegració de les normes jurídiques, ben lluny de la interpretació *more gàlic* i ben a prop de la interpretació *more itàlic*, com ja va patrocinar el II Congrés Jurídic Català. L'article 1 de la Compilació de 1960, en la seva redacció original dels compiladors, encara era més explícita i contundent que el text promulgat (promulgació de l'any 1960) ja que al·ludia a *integrar*, verb aquest que després es va restablir (Llei del Parlament de Catalunya, aprovada el dia 29-II-1984 i promulgada el 20 de març de 1984).

Ferran BADOSA COLL va redactar un pròleg (vegeu la 2a edició de la Compilació del dret civil de Catalunya —text refós i text original— de l'Editorial Bosch. Barcelona, 1985) en què, amb la minúcia i precisió exquisida i la profunditat analítica pròpies d'una ressonància magnètica unida a una visió panoràmica de futur, va ser una mena d'apoteosi de l'article primer. Tothom hauria de llegir pausadament aquest pròleg.

L'article primer, immediatament, va explicitar eficaçment el sentit guardat a Catalunya de la seva manera d'aplicar el dret, atenent a l'equitat i, en conseqüència, a la justícia del cas concret i subtilment al fet que el Codi civil fos supletori, sí, però supletori del dret supletori català. L'abundant bibliografia jurídica posterior i les successives promulgacions tenen el seu origen en aquell article primer, model de tècnica jurídica i fruit d'una subtil habilitat i encert dels compiladors. Tot el que l'article primer deia, ja ho deia, i va ser explicitat posteriorment amb les successives promulgacions. Però la norma que ho inspirava era una mica més, moltíssim més, que una simple norma interpretativa. Era una mena de retrat del nostre sistema d'aplicació del dret.

18. Vegeu *supra* el capítol 2 precedent.

específiques, codificades.¹⁹ I això va comportar una significativa conscienciació social i comuna de l'exigència i virtualitat del dret civil de Catalunya.

Les generacions presents han de sentir —i això és just— un profund respecte i agraïment a l'obra magna dels compiladors.

Així, cal posar ara de manifest no només l'oportunitat en atenció al moment en què es va produir, sinó també segons els resultats subsegüents. Cal apreciar una gran fecunditat, un gran i transcendent benefici, un gran bé. I tal com deien els escolàs-

19. Realment, encara que es va utilitzar el nom de *compilació*, la genial creació dels compiladors no era pròpiament una compilació, sinó una codificació parcial. Certament que tota codificació, com deia LACRUZ BERDEJO té una vocació d'aconseguir la universalitat per ser omnicomprensiva de tota la matèria, de tal manera que el codi tendeix a ser sempre autosuficient. Però, en el fons, les característiques pròpies i essencials de la codificació que informen aquesta compilació i la consegüent i real utilitat pràctica d'aquesta, permeten que es pugui dir que la veu *compilació* està erròniament utilitzada —i jo també, *mea culpa*— perquè les diferències entre la nostra compilació i el contingut institucional d'un codi són essencials. La compilació és aquella que agrupa successives disposicions o elements normatius, tal com es van promulgar una darrere d'una altra amb predomini, més que de la sistemàtica, de la cronologia, o atenint-se a l'autor, inspirador o promulgant. La codificació, en canvi, encara que comporti una autèntica *iuris continuatio*, sempre (com passa en el nostre cas) és un text refós, que no manté la mateixa redacció de les diverses, successives i heterogènies expressions normatives sinó que crea la norma que determina el contingut jurídic d'aplicació, substituint les moltes expressions normatives per les (codificades) que expressin el contingut real volgut per al futur.

Els avantatges, per a l'operador jurídic que té al seu abast un codi, enfront del que té una compilació, són, d'altra banda, obvis i importants. L'inconvenient de la codificació radica en la gal·lica sacralització de l'expressió normativa i de la llei, la seva rigidesa i falta de flexibilitat veien (ben lluny del *ius honorarium* o *ius pretorium* dels romans) en la integració, correcció o modalització de la norma, un atac a la seguretat jurídica. Doncs bé, com veurem, aquest greu inconvenient estava superat pel dret català tradicional (vegeu el llibre del II Congrés Jurídic català), i el germen per a l'article primer de la Compilació, que pròpiament era una codificació. Posteriorment, parlarem de la brillant expansió del sistema d'aplicació del dret català (a l'estil propi del *mos italicus*), conseqüència d'aquest poderós i fecund «gra de mostassa» que va ser l'article primer tantes vegades esmentat.

tics, «*de facto ad potentiam valet consequentia*», és a dir: els fets mateixos donen fe d'aquesta fecunditat i, consegüentment, de l'extraordinària oportunitat del seu esforç i de la seva obra.²⁰

5. L'ANTICIPACIÓ IMPORTANT DE L'EFECTE REVITALITZADOR DE LA COMPILACIÓ

El projecte redactat pels compiladors va ser tan operatiu (és a dir, va impactar tan intensament en el món jurídic) que va ser aplicat en l'estricta realitat abans de promulgar-se, quan encara no era pròpiament una font formal. Això és tan extraordinari com real.

Jo no he vist mai, no conec cap llei que ja s'apliqués abans de promulgar-se. La Compilació catalana es promulgà l'any 1960 (Llei de 21 de juliol de 1960) i el Tribunal Suprem, a la Sentència de 25 de novembre de 1955, va dir:

«[el] reciente proyecto de compilación del derecho civil de Cataluña, que aún sin revestir de momento el rango legal, marca una orientación legislativa autorizada y merecedora de que se la tome en consideración al aplicar reglas de derecho en materia foral catalana.»

20. La denominada Compilació catalana no solament va ser un revulsiu revitalitzador de la invocació del dret civil de Catalunya, sinó que, a més, va transcendir *ad extra*. Allò que, tot i sent tradicional de Catalunya, perdurava a través dels temps i que la Compilació, gràcies als compiladors, va fer més fàcilment notori, va veure com el dret comú espanyol es modificava legislativament, apropant-se i aproximant-se al contingut del dret català compilat. Aquest fenomen, que van posar de manifest (vegeu *infra* el capítol IV), és cert i existent. No volem caure en la fal·làcia *post hoc ergo propter hoc*, però el fenomen —ho repeteixo— és cert.

És més, aquest text encara no promulgat al qual es remetia el Tribunal Suprem era més extens que el promulgat, que va sofrir alguna «poda»²¹ en el contingut.

No cal insistir en la importància que té aquest fet, però cal fer palesa la importància, l'eficàcia i l'autenticitat de l'extraordinària obra dels compiladors.

21. Per exemple, la paraula *integrar* del paràgraf 2n de l'article primer va ser suprimida, però en el projecte, encara que no promulgat, hi constava clarament. Després, com és sabut, la paraula *integrar* va reaparèixer en el text promulgat el 20 de març de 1984. Però —hi insistim— la paraula *integrar* hi era i constava en la promulgació originària de la Compilació.

Un altre exemple semblant el podem veure en la supressió de l'eficàcia de les clàusules *ad cautelam* (el testament reforçat amb una paraula o paraules estampades cautelament en el testament impedia la revocació per un testament posterior si en aquest testament posterior no es feia constar el nou pel testador —només ell les sabia— amb exacta coincidència, per protegir-se així el testador de qualsevol coacció posterior). Però possiblement en la solitud de la masia, si els convenients, a pretext de la dolença del testador, portaven el notari a peu de llit.

El Projecte establia l'eficàcia de les clàusules *ad cautelam* i diverses sentències del Tribunal Suprem consolidaven l'esmentada eficàcia a Catalunya. Però, al final, aquesta doctrina —que els compiladors van respectar— no va passar. I només va passar una transitòria:

«3. Surtirá efecto la cláusula “ad cautelam” contenida en testamento abierto otorgado ante Notario antes de la vigencia de esta Compilación, en la que el testador disponga que solamente quedará revocado por otro posterior si en éste se emplean ciertas palabras o frases que consigna.»

6. MOLTES DE LES SINGULARITATS TRANSCENDENTS DEL
DRET CIVIL DE CATALUNYA AFLOREN AMB LA COMPILACIÓ
I POSTERIORMENT TAMBÉ EL DRET CIVIL COMÚ EX NOVO LES
INCORPORA I DESENVOLUPA

El fet que expressem en l'encapçalament és inqüestionable. És un fet real. No cal filosofar, afirmant que la Compilació va ser una causa eficient, o que amb independència de tot això, el millor sempre s'imposa al final, o que aquesta posterior convergència és deguda a l'existència d'antecedents jurídics comuns, o en fi, l'exageració que estem assistint a una catalanització del dret comú. L'important és la realitat d'aquesta significativa convergència, que es va manifestar, *ad exemplum* en els casos següents, que descrivim per separat.

Primer. Regulació de l'aplicació, determinació²² o institucionalització²³ del dret. El dilema «codificació sí, codificació no».

22. VALLET, en els seus múltiples estudis sobre les fonts, sosté que aquella norma particular que regula el cas concret, que és la sentència, no és una recreació—com podria afirmar la Freischule—del jutge, sinó que, per contra, lluny de crear, el que ha de fer és atenir-se al sistema de fonts; ni tampoc no és una simple aplicació automàtica o tributària només de la lletra de la llei que es determina aplicable, sinó que és, tenint en compte tot l'ordenament jurídic i la norma o conjunt de normes que resulten aplicables i el caràcter informador dels primers principis, una «determinació» en funció de tots els elements esmentats que entren en consideració.

23. ROCA SASTRE sempre entén que l'ordenament jurídic crea institucions, el contingut de les quals no està plenament ni íntegrament descrit (no és possible) en les expressions normatives. Les institucions tenen una significativa i important riquesa de contingut. L'operador jurídic ha de captar ben a fons la naturalesa de la institució (descrita pel legislador) i en funció d'aquesta i de la definició dels seus contorns, determinar la solució del cas controvertit, que sempre passa per la introspecció de l'esmentada intimitat mateixa de la institució. Vegeu ROCA-SASTRE MONCUNILL, Ramón M.^a *Roca Sastre, jurista en su vida y en su obra*. Madrid, 1998, p. 97.

Seguretat jurídica o justícia del cas concret. La reforma de 1973 del títol preliminar del Codi civil comú acull la solució catalana i l'explicita àmpliament.

La Compilació va ser una codificació parcial del dret civil de Catalunya guardant substancialment la *juris continuatio*. Els compiladors van reviuir i van sentir, fins a sofrir-lo íntimament, el dilema que va precedir la codificació europea («codificació sí, codificació no»). D'una banda, la claredat, simplificació, precisió i definició d'un text legislatiu codificat era preferible a un conjunt de fonts compilades i diverses coexistent amb més o menys intensa nebulositat en ser diverses en el contingut i successives en el temps. Però, de l'altra, la fixació pròpia de les expressions normatives codificades, la seva immobilitat, la falta de flexibilitat en concórrer circumstàncies en la realitat que malgrat ser decisives en casos determinants no es preveuen en el tipus establert pel legislador, i el perill greu de lesionar la justícia del cas concret en virtut de l'excessiva sacralització del text escrit de la llei, tot això preocupà seriosament els compiladors.²⁴

24. Els compiladors, amb entusiasme, prudència i habilitat van complir excel·lentment la seva tasca. Però en la intimitat del seu cor revivien el drama europeu de la lluita entre «codificació sí (TIBAU), codificació no (SAVIGNY)»; lluita tradicional, com va explicar en FIGA FAURA a l'Acadèmia Matritense del Notariado sota la rúbrica «Mos Galicus, mos italicus y los juristas catalanes».

D'una banda, la codificació comportava la sacralització de la norma jurídica positiva vigent (codi) amb directa influència de la *mens legislatoris*, encara que objectivada en el sentit de la norma, era adient la deïficació de la «seguretat jurídica», era prevalent allò de *dura lex sed lex*; de l'altra, la flexibilitat del dret no codificat, la prevalença de la justícia exigida pel cas concret amb àmplia utilització de l'equitat, amb —si calia— interpretacions laxes de la norma, amb caràcter, més que no pas supletori, informador dels primers principis i

dels principis generals del dret, i la incidència en interpretar la voluntat del poble segons la seva «consciència social» (Savigny) o «l'ànima del poble» (Puchta, el seu deixeble), en tant que l'Escola catalana que es recolzava en Savigny, singularment representada per DURAN i BAS i TELL, es preguntava: «On és la veu o la boca parlant de la consciència social o de l'ànima del poble?» I la resposta era: els juristes pràctics: «notaris, advocats i jutges». I tenien raó: Un poble sense legisladors és bàsicament consuetudinari i, com deia JULIA (D. I, III, 36), el poble, a més del sufragi, parla amb fets («el costum») i en el seu fer (costum) existeix l'ànima del poble, que els juristes del carrer capten dia a dia. Però també és cert que la codificació napoleònica va significar una revitalització del dret i del mateix cultiu de la ciència jurídica, una concreció i facilitació del seu coneixement, i en fi, a Europa van triar la codificació. Davant d'aquest dilema, què havien de fer els compiladors? Triar la seguretat i definició del dret sota la prevalença de la norma, cosa pròpia i típica de la codificació o, per contra, triar la flexibilitat, no regint la norma *per se* sinó aquell contingut més ampli i vari, segons les circumstàncies, que hi ha darrere de l'expressió normativa, que és pròpia dels que no volien la codificació?

Els compiladors, no sense íntimes vacil·lacions, però escollint el millor (ja veurem com), efectivament, van codificar. El mateix ROCA SASTRE va confirmar el dia de la promulgació de la Compilació que tenia un profund sentiment agredolç. La codificació (perquè la compilació va ser una codificació parcial) es diferencia de les compilacions en el fet que la codificació és sistemàtica. Té l'esperit de síntesi i d'universalització que van explicar des d'Aristòtil fins a García Goyena. La compilació és reduïda, clara, simplificada, «codificada», purga totes les circumstàncies menys freqüents de les que formen el fet hipotètic, perquè l'expressió normativa sigui al més universal possible. És de fàcil lectura i comprensió. Això va ser la Compilació. Valia la pena fer fàcil el coneixement, l'estudi, l'aplicació i la clarificació del dret català. Però, i la singularitat i la justícia del cas concret? I la incidència en el cas de circumstàncies no previstes però «previsibles com a possibles» en l'expressió normativa? Aquí va caldre ser genial i ho van ser, de manera extraordinària i anticipada.

La preocupació dels compiladors no era vana. L'anomenada aplicació del dret encaminada a la imposició d'allò just (*jus suum quique tribuere*) en el cas concret és quelcom essencialment imprescindible. És la causa, final i alhora eficient del dret. Sense l'acompliment d'aquesta finalitat el dret no té sentit. No hi ha contradicció més catastròfica i anihiladora que disposar en sentència una injustícia en nom de la justícia. Admetem que això pot passar; som homes i ens podem equivocar. Però ha de quedar clar que això no ha de passar, no ha de ser. Tanmateix, una anarquia interpretativa, un voluntarisme concret segons interpretacions personals arbitràries, tampoc és quelcom admissible. L'extrema difusió i heterogeneïtat de

les fonts formals del dret, la dificultat d'il·luminació, la nebulosa en el coneixement són contraris a un saber a què atènyer-se.

Què hem de triar doncs? La genialitat i valentia dels compiladors és evident. Aprofitar tot allò bo tant si correspon a una tesi com a l'oposada i foragitar tot allò dolent o inconvenient, tant si se sustenta en una tesi com en l'altra.

El dret ha de ser (PUIG SALELLAS) delimitació (assenyalar límits), perfilant claredat de fàcil accés i intel·ligència. La labor de precisió, ordenació, sistematització, perfilació que és pròpia d'un sistema codificat, valia la pena, encara més amb una realitat de dispersió com la que patia aleshores el dret català. Una concreció, una facilitat immensa de consulta, un sistema de citació molt fàcil, i una verificació també molt fàcil per al jutgador aconsellaven acceptar aquest sistema. Els estudis del dret català es van incrementar, la Càtedra Duran i Bas en va ser un exemple edificant. Però l'inconvenient que significava petrificar la interpretació, ser tributari de la lletra sacra de l'expressió normativa, més que del sentit de les institucions, el rigor interpretatiu com si la Compilació fos una espècie de braguer ortopèdic amb absència de tota interpretació flexible, el manteniment de l'estigma *dura lex sed lex*, l'automàtica aplicabilitat de l'expressió normativa concreta, sense contemplació incident de l'ordenament jurídic i l'efecte informador dels primers principis i dels principis generals del dret, sembla que hauria pogut inclinar la balança cap a la codificació.

Més encara, la genialitat dels compiladors va comportar una proposta feliç a la següent pregunta: Per què no podem aprofitar els avantatges de la codificació, i alhora (aprofitant la doctrina dels que no creuen en la codificació) flexibilitzem la norma, acordant una interpretació fins i tot integradora a l'estil *more italicò* flexible, integradora, amb atenció a l'equitat, a la tradició jurídica i amb recerca de la justícia singular del cas concret? I és que, al cap i a la fi, la sentència és una norma particular, no pas arbitrària, sinó tributària de l'ordenament jurídic i dels principis esmentats que regula el cas concret, regulació que realitza un jurista que en sap i és honest: té autoritat jurídica i moral. I és que el jutgador no jutja segons el seu únic i propi parer, sinó d'acord amb tot l'ordenament jurídic, que constitueix un tot orgànic (DIEZ PICAZO) i serveix a la realització disposada pel legislador de les institucions, de tal manera que ha de mirar més les institucions perfilades pel legislador que aïlladament a una sola norma que amb altres la configuren (ROCA SASTRE, «dret institucional»), atenent així mateix a la naturalesa mateixa d'aquelles, a allò que és natural, raonable (CASTÁN, VALLET) sabent triar la norma aplicable al cas quan potser és el conjunt de normes aplicables, o una altra la que s'ha de tenir en consideració (CASTÁN, «excloent la que genera injustícia en el qual cas no és aplicable ja que no està feta per a això»), sempre sota l'actitud vigilant i informadora dels primers principis («que afavoreixen l'equitat», ALBALADEJO).

La genial solució catalana, plena de seny, prudència i oportunitat, no va transcórrer per reiterades especulacions cervel·lines per inclinar-se per un sistema o un altre. Ben a la catalana, van optar per admetre el millor de cada sistema oposat, diluint per superació el dilema entre seguretat jurídica o justícia del cas concret, tributària del repetit «codificació sí, codificació no».

El «sentiment jurídic» (CASTÁN) conduirà el jutge a una visió global i justa, però configurada i no pas arbitrària ni personalista, i per això després verificarà la viabilitat jurídica del seu sentiment.

I aquesta va ser la genialitat més destacada i important dels compiladors. Seguretat, certesa de les normes generals, precisió del dret, determinació certa del contingut de l'ordenament jurídic en el cas concret.

La tècnica d'aplicació del dret al cas concret es perfecciona, s'abandona el sistema rigorista de la codificació i se substitueix per les excel·lències del respecte a les institucions determinades per l'ordenament jurídic, i els principis inspiradors, la singular codificació del cas concret, i la prevalença de la justícia específica amb franca utilització de l'equitat. Per què no es podia aplicar la interpretació *more italico* a un sistema codificat? Ells van veure que era perfectament possible.

En resum: els compiladors van triar codificar (delimitar, fer fàcil l'aprehensió de la normativa) però van patrocinar una interpretació laxa, integrativa (que integrava en la norma la *ratio rationis legis*, les circumstàncies concurrents en el cas i la tradició). Això era agafar la seguretat d'un sistema i la flexibilitat de l'altre, o sigui, la possibilitat d'enriquir la norma amb l'heterointegració consegüent de la tradició, i novetats i canvis socials del moment de l'aplicació.

Els compiladors, en fi, van proporcionar a la societat aquella llum, que dispersa ombres inoportunes o desviades, que mostra que el dilema entre seguretat jurídica o justícia del cas concret no és tal dilema, ja que el conjunt de l'ordenament jurídic condueix sempre a la justícia mateixa, perquè és en la justícia del cas concret on es verifica, comprova i confirma el sentiment autèntic i real de la seguretat jurídica. Es dorm tranquil quan es té la seguretat que el «sistema» garanteix la seguretat jurídica àdhuc en el cas concret. Això és la seguretat jurídica. El dilema, com a tal dilema, no existeix, és a dir, no ha d'existir. Anys després, allò tan sòbriament consignat pels compiladors es va desenvolupar, confirmar i, en el fons, admirar.

Van anar al que és pràctic, útil, convenient. Amb una condensació genial i oportunista, van condensar tot el contingut de la seva genialitat en l'article primer de la Compilació de 1960.

Aleshores, el títol preliminar del Codi civil comú mostrava el rigor interpretatiu gèl·lic i era una mostra típica i clàssica de la codificació. Però l'any 1973 es reforma el títol preliminar del Codi civil comú, i el dret comú s'acull a la genial solució catalana, l'estén, l'explicita i la fa de comuna aplicació.²⁵ Aquesta reforma tan transcendent succeeix després que l'article primer de la Compilació iniciés el camí.

Segon. El principi de lliure investigació de la paternitat i de respecte a la veritat biològica consagrat per l'article 4 de la Compilació és posteriorment admès pel Codi civil espanyol, que en la seva versió original s'atenia al principi de prohibició de la investigació.

25. 1r. L'aplicació del dret i l'article 1.2 de la Compilació. La posterior i consonant reforma del Codi civil espanyol (art. 3, 6 i 1)

Sense seguir l'estereotip de la codificació i assumint, en canvi, la posició d'aquella genialitat dels juristes catalans compiladors: codificar però flexibilitzar la interpretació i integració de les normes, ordenant tot això a l'efectiva justícia del cas concret, es va repetir i desenvolupar en la reforma del títol preliminar del Codi civil espanyol (vegeu la Llei de 17 de març de 1973 i el Decret de 31 de maig de 1974), que flexibilitza la integració amb singular sintonia amb la genialitat catalana. En efecte: el paràgraf 1r de l'article 3 del Codi civil espanyol diu el següent:

«Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, *los antecedentes históricos y legislativos*, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente *al espíritu y finalidad de aquellas.*»

L'article 1, paràgraf 2n, de la Compilació deia (Llei de 21 de juliol de 1960):

«Para interpretar los preceptos de esta Compilación se tomarán en consideración la tradición jurídica catalana, encargada en las antiguas leyes, costumbres y doctrina de que aquéllos derivan.»

La tradició jurídica catalana («las antiguas leyes, costumbres y doctrina») de l'article 1 de la Compilació ressona en «los antecedentes históricos y antiguas leyes y la realidad social del tiempo que han de ser aplicadas». La norma codificada ja no està «petrificada» sinó que s'ha d'integrar heterointegrant-la. «L'aplicació del dret» que la genialitat dels compiladors va dibuixar (en un sistema d'origen tan estricte com és el propi de la codificació) trencant motllos, ressona en el nou títol preliminar del Codi civil.

Quan l'article d'aquella Compilació diu que per interpretar s'han de prendre en consideració «las costumbres», és a dir, allò que el poble fa, en el moment de jutjar també veu una ressonància en el nou títol preliminar (art. 3.1) del CC espanyol quan disposa que en interpretar s'ha de fer «en relación con la realidad social del tiempo en que [les lleis] han ser aplicadas», és a dir, s'ha d'heterointegrar la llei amb el que fa (el que s'acostuma a fer) al temps d'aplicar —no de promulgar— la llei.

El sistema del Codi ja reformat és tan flexible i tan pròxim a l'explicitat sistema dels compiladors, que al·ludeix a la «realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» de forma, doncs, que en interpretar, s'han de considerar les variacions de la realitat social, que incideix de tal manera que operen les del moment de jutjar, flexibilitzant així en funció dels fets socials que «s'integren» en interpretar. I encara que als compiladors, el verb *integrar* se'ls va suprimir, ells ho van utilitzar encertadament.

En la reforma del títol preliminar del CC espanyol el cos doctrinal que emergeix dels principis generals del dret ja no és com abans (art. 6 del CC espanyol, versió originària) el «farolillo rojo», o sigui l'últim en la prelació de les fonts del dret, sinó que amb notòria ressonància en l'esmentada genialitat catalana a aquests principis se'ls atribueix en general el caràcter informador (art. 1 CC espanyol actual), de tal manera que sempre informen com un vigilant silenciós de la interpretació. És el cos de «doctrina» de l'article 1.2 a què es referien els compiladors, amb aquella imposada sobrietat plena d'implicacions.

Ben lluny també de les rigoristes sacralitzacions de les expressions normatives, amb submissió a aquestes i allunyament de la consideració global de l'ordenament jurídic, excel·lent així mateix la ponderació tant del passat com del temps d'aplicació, que és futur a la promulgació, el reformat títol preliminar ja no reproduceix l'antic article 5 del CC, que promulgava durament la desaparició dràstica de la llei derogada i el caràcter exclusiu i excel·lent de la llei vigent, enfront de les lleis antigues, i de la consciència social inclús canviada i futura. La reforma del títol preliminar del CC, igual que l'article 1.2 de la Compilació, imposa que es prenguin en consideració «las antiguas leyes», ressonant així —repeteix— en la crida a «los antecedentes históricos y legislativos» (art. 3.1 del CC espanyol) i la «realidad social del momento de su aplicación» (art. 3.1 CC espanyol).

Finalment, com deia FIGA, l'article 6.2 del nou títol preliminar està ben lluny del rigor sacralitzant de la llei pròpia de la Codificació, ja que admet l'exclusió voluntària de la

En aquest aspecte, la cosa no pot ser més clara. A Catalunya sempre es va admetre la investigació de la paternitat.²⁶ En canvi, el Codi civil comú espanyol la prohibia radicalment.

Els compiladors, amb respecte a la *juris continuatio* proclamen el principi de lliure investigació de la paternitat. El Codi civil comú espanyol canvia el criteri radicalment i es passa al principi romà-canònic-català, primer amb l'article 39 de la Constitució espanyola, que inclou la frase: «La llei farà possible la investigació de la paternitat», i després en reformar *ad hoc* el mateix Codi civil espanyol.

Llei aplicable, salvant el respecte als drets del tercer, i a l'ordre i interès públic, que són conceptes sociològics diferents de la llei concreta. Finalment, l'article 1 del CC espanyol (reformat el seu títol preliminar) en disposar que la jurisprudència «complementarà» l'ordenament jurídic (1.6) donant transcendència a la contemplació de la justícia del cas concret, fent-ne aportació a «l'ordenament», que així s'heterointegra d'acord amb la doctrina dels compiladors i la tradició jurídica catalana. Volem dir —resumint— que si la codificació comportava sempre rigor en la virtualitat i submissió a l'expressió normativa, els compiladors van saber triar la codificació, però en foragiten aquest rigor, i adopten i mantenen el peculiar sistema flexible d'al·locució del dret típicament català.

Després d'aflorar i ser coneguda la Compilació, el legislador espanyol reformava el títol preliminar del codi estatal. El nou títol preliminar mostra una autèntica ressonància d'aquell magnífic article 1.3 de la Compilació, tan sobri, hàbil, ple d'implicacions i que incorpora a la interpretació de les expressions normatives en el més ampli sentit aquella flexibilitat del *mos italicus* (*no mos gallicus*), pròpia del cos doctrinal d'aquells que no volien de cap manera la codificació.

Aquesta nota i l'anterior coincideixen substancialment en fragments de la posterior publicació de l'autor en l'obra de la Fundació Roca Sastre (Cervera, 2011), titulada *L'extraordinària magnitud de l'esforç dels compiladors*.

26. Les *Decretals* (cap. III, tit. 17, llibre IV) del papa Gregori IX —més un precedent romà (D. Fr. 20, 22, 3)— i la mateixa jurisprudència del Tribunal Suprem (Sic 5 de juliol de 1944) i de l'antic Tribunal Superior de Cassació de Catalunya (17 de juliol de 1937), admetien clarament la lliure investigació de la paternitat a Catalunya.

Així doncs —hi insistim—, el Codi civil espanyol de 1889, seguint el criteri francès i partint del fet que *pater incertus est*, va atribuir la paternitat (especialment l'extramatrimonial) no al pare biològic sinó a aquell que volgués reconèixer el seu fill, expressament o tàcitament (taxada també l'expressió de la voluntat tàcita).

Els compiladors, fidels a la tradició jurídica catalana, van admetre la investigació de la paternitat i aquesta podia ser declarada com a conseqüència de tota classe de proves (enllestit així tota limitació).

Doncs bé, després de la promulgació de la Compilació, el Codi civil espanyol és reformat i s'admet la investigació de la paternitat, i la prevalença de la veritat biològica, seguint així —com va fer la Constitució espanyola— la mateixa tendència que tants anys abans van proclamar ja els compiladors. No és que l'exemple dels compiladors fos la causa eficient de la posterior reforma del dret comú, però el que no es pot negar és la ressonància o consonància evident, ni la mateixa anticipació dels compiladors, seguint i respectant la tradició jurídica catalana.

Tercer. A Espanya, el dret comú exigia la vènia marital perquè la dona casada pogués atorgar determinats actes jurídics. Els compiladors confirmen que la tradició jurídica catalana no ho exigia. La dona casada catalana podia contractar lliurement vers els seus (parafernals) béns. Amb posterioritat a la Compilació, el dret comú es reforma i ja no és necessària la vènia marital.

Els compiladors van deixar clar que la dona casada podia fer, respecte dels seus béns, tots els actes que estimés oportuns sense necessitat de vènia marital (art. 49 de la Compilació originària); ella es valia, malgrat estar casada, per si mateixa. El Codi civil,

en canvi, exigia la intervenció del marit perquè la dona casada pogués realitzar els actes dispositius dels seus béns, amb l'extensió prohibitiva que determinaven els articles 1263-3, 60, 61 i 62, de tal manera que no podia comparèixer en judici, ni adquirir o transmetre béns, sense el «permís» del marit.

Doncs bé, el principi inspirador de l'article 49 de la Compilació va *ressonar* després (Ley del Estado español 14/1975), de tal manera que la dona va recobrar aquella disponibilitat natural que els compiladors abans van consignar en el repetit article 49. És clar que aquest reconeixement de la disponibilitat de la dona era antic a Catalunya (vegem, per exemple, *Commemoracions* de Pere Albert), però els compiladors van fer clarament aquesta proclamació, anticipant-s'hi.²⁷

Quart. Generalització de la possibilitat catalana de pagar la llegítima amb diners. És clar que, a Catalunya, la llegítima curta facilitava evitar el desmembrament del patrimoni familiar atribuït als successius hereus intermediando l'usdefruit de regència de la vídua la majoria de vegades.

27. Malgrat la clara tradició catalana, l'exigència de venia marital, una mal entesa prevaricació, s'estava imposant a Catalunya injustament, però també d'una manera insistent.

Els compiladors, en aquest punt, van ser valents malgrat el corrent aleshores existent, per falta d'informació. Tant és així que quan jo mateix vaig acompanyar la meva dona, que va adquirir un pis seu, amb hipoteca que garantia el preu ajornat, em van exigir que jo fes constar la meva vènia. Vaig dir que jo i la meva dona érem catalans, i que el pis era a Barcelona i que la financera estava domiciliada a Catalunya i que el negoci jurídic s'arregava a Barcelona i que no era necessària la vènia. L'advocat de la creditora em va dir: «Miri, vostè pensi el que sigui, jo el respecto, però sense la vènia no hi haurà hipoteca». Vaig claudicar. La creditora no era partidària de les *Commemoracions* de Pere Albert.

Però és que, a més que la llegítima fos curta, el que pogués pagar-se a l'arbitri de l'hereu en diners ajudava a evitar el desmembrament. Això evitava la segregació material d'una part que, encara que era petita, podia disminuir la integritat del patrimoni i fins i tot la seva funcionalitat, sobretot si el patrimoni no s'engrandia i la fragmentació es repetia en successives generacions. Per això, era cosa bona poder pagar la llegítima en diners.

Això que passava al camp també resolia el problema en l'empresa mercantil on el successor que assumia la responsabilitat d'aconseguir continuïtat en l'empresa podia evitar perdre la concentració de poder si així li estava permès pagar en diners, i no necessàriament desintegrant parcialment el patrimoni en explotació.

També l'atractiu de poder pagar en diners la llegítima ha penetrat en el dret comú. No obstant això, aquesta penetració ha estat en el dret comú més atenuada. Aquesta facultat no és natural de l'hereu, sinó que cal, perquè existeixi, una expressa disposició del testador²⁸ i la llegítima és menys curta, però la profunda significació de les institucions («Zelant per la conservació de les cases principals», deia l'antiga Constitució) i la seva consegüent utilitat han provocat aquesta expansió.

Una vegada més, la bondat intrínseca de les institucions catalanes, que els compiladors van saber respectar i posar de manifest, projecta la seva llum expansivament.²⁹

28. Vegeu l'article 847 del Codi civil espanyol. També el comptador-partidor expressament autoritzat té aquesta facultat. Vegeu l'article 1075 del Codi civil espanyol.

29. Vegeu, en *Estudios de Derecho Privado*, tom II, de Ramon M. ROCA SASTRE, el genial estudi sobre la llegítima. Aquesta, encara que garantida realment pel patrimoni hereditari, i que provocava l'esment de l'article 15 de la Llei hipotecària en la inscripció dels immobles hereditaris, era no una part dels béns, sinó una part del valor dels béns.

És ben cert que, sense cap mena de dubte, després de la «Constitució zelant per la conservació de les cases principals», la llegítima catalana tenia per objecte allò que, diguin el que diguin, va ser exposat amb l'expressiva, profundament pedagògica, fidel i clarament descriptiva definició d'en Roca Sastre³⁰ «*pars valoris bonorum*». La llegítima era una part del valor dels béns de l'herència que l'hereu podia satisfer, segons ell volgués, en béns de l'herència o en diners. En canvi, en el dret del Codi civil espanyol, la llegítima era una *pars bonorum*, una part dels béns de l'herència. A Catalunya, l'hereu, per no fragmentar ni dividir el patrimoni heretat, ni minvar-ne l'explotació orgànica, no havia d'entregar «un tros» de la seva herència, sinó que per mantenir-la en la seva unitat i integritat orgànica podia, si volia, pagar en diners encara que no n'hi hagués en la mateixa herència. Amb això, els compiladors van tenir exquisida cura de guardar aquesta facultat.

Però en el dret comú no podia ser. El legitimari tenia dret a una part dels béns de l'herència.

Doncs bé, també la ressonància d'allò que els compiladors havien respectat i així promulgat és apreciable en la reforma de l'article 841 del Codi civil espanyol de 13 de maig de 1981, que va permetre que el testador disposés el pagament de la llegítima i de la millora en diners.³¹

Ara, a poc a poc, s'ha anat minvant el caràcter real automàtic d'aquesta garantia, i una tendència molt soterrada però forta fa pensar en la seva supressió. Les causes de desheretament actuals són mostra d'aquesta tendència. Però les llegítimes, encara que afeblides, encara existeixen.

30. Vegeu la nota anterior.

31. No podem acollir-nos al sofisme que allò que ve després d'un esdeveniment es causa per aquest (*De facto ad potentiam valet consequentiam*, igual a sofisme) però els fets són aquests, i jo penso que el bé és sempre atractiu.

Cinquè. L'expansió de la distinció entre preterició intencional i no intencional.

Pel que aquí interessa, cal destacar que la reforma del Codi civil espanyol de 13 de maig de 1981, en allò que afecta el seu article 814 (del Codi civil espanyol), va significar establir en el dret comú la distinció entre «preterició intencional» —que no anul·la la institució d'hereu ni el testament, sinó que només dóna dret a exigir la llegítima— i «preterició errònia» o no intencional, que en els casos que cita produeix l'esfondrament de la institució d'hereu³² i la nul·litat del testament. La introducció d'aquest «distinguo» (que significa que la preterició no sempre provoca la nul·litat abans esmentada) comporta una major prevalença del principi de conservació del testament i de la llibertat de testar i sintonitza amb la Constitució del rei Pere III de 1339 i l'exegesi que la tradició jurídica catalana realitzés, com es pot veure només de comparar l'actual article 814 del Codi civil, citat, i l'article 141 de la Compilació de Catalunya (avui 451-16 del Codi civil de Catalunya), salvant una més que perfecta redacció d'aquell.

Diem això perquè la tradició jurídica catalana havia captat que una cosa era que un testador privés deliberadament de la llegítima a un fill (en aquest cas el fill podia exigir la llegítima, però la resta del testament valia) i una altra cosa diferent era que un testador no atribuís en el seu testament la llegítima en favor d'un fill, l'existència *del qual ignorava, o que ell el creia mort* quan estava viu. En aquest cas, com que ell no cridava el seu fill, perquè ignorava la seva existència, el testament era ineficaç.

32. És clar que és lògic que, si hagués sabut que tenia un fill, l'hagués preferit enfront d'un estrany o d'un parent més llunyà. Però en caure l'hereu així erròniament nomenat, cau també el testament, i així és jurídicament.

Doncs bé, aquesta fina distinció que els compiladors van disposar en l'article 141, paràgraf 3er, de la Compilació, no es va introduir en el Codi civil espanyol fins a la reforma del 13 de maig de 1981, encara que aquest contingut va ser proclamat clarament molt abans pels compiladors amb la Compilació de 1960.

La filosofia d'aquesta norma és ben clara: una cosa és que un pare, amb raó o sense, privi un fill seu de la llegítima, i una altra de ben diferent és que un pare que ignora que té un fill no li deixi res i, en canvi, els béns relictos facin trànsit a parents més llunyans o estranys.

En el primer cas, com que la llegítima és un dret que té el fill per ministeri de la llei i no per arbitri del pare, la conseqüència no pot ser una altra que, malgrat la preterició injusta, el fill pugui eficaçment fer seva la llegítima. Però, en el segon cas, resulta que tots els béns marxen per voluntat del pare a persones diferents del fill sense que el pare hagi volgut privar el seu fill de la llegítima *ni d'altres béns*, ja que ignora l'existència del fill pòstum. És evident que, si hagués sabut que tenia un fill, l'hagués preferit més que a d'altres persones.

Aquesta institució va ser viscuda abans de la Compilació de 1960 a l'empara de la rica tradició jurídica catalana. L'any 1936 va començar una guerra civil a Espanya. Molts joves, alguns d'ells acabats de casar, van ser cridats per anar al front. Prematurament allí els van matar. Després, l'esposa s'adona que està esperant un fill. El seu marit ja és mort.

Molts d'aquests fills van reclamar contra els més llunyans que, a l'empara d'un testament del soldat mort, es feien amb els béns relictos. El dret civil de Catalunya, quan encara no havia estat

compilat ni promulgada la Compilació de 1960, va imperar i el testament atorgat amb aquesta greu ignorància va ser anul·lat.

Els compiladors van tenir l'encert (quants i quants encerts van tenir) de respectar amb evident *iuris continuatio* aquesta normativa, i van generar així dos beneficis assenyalats:

1. Conservar per a Catalunya una institució respectable.
2. Provocar una millora de la normativa pròpia del dret comú.³³

Sisè. La compilació i el dret supletori del dret mercantil.

L'article 50 del Codi de comerç, vigent aleshores i ara, disposava que el dret comú és supletori del dret mercantil en matèria obligacional.

La tasca dels compiladors en dur a terme la Compilació de 1960 va ser causa eficient d'una important conclusió doctrinal. El dret supletori, en aquesta matèria del dret mercantil, no és el dret civil comú, sinó el dret civil corresponent a l'ordenament especial d'aplicació. El qualificatiu *comú* no vol dir el dret del Codi civil espanyol, sinó el dret —que llavors es denominava *especial* o *foral*— corresponent a l'ordenament jurídic d'aplicació. *Mutatis mutandis*, això ara vol dir que el dret supletori en aquesta matèria del dret mercantil és el dret civil de la comunitat autònoma que correspongui.

Aquesta doctrina va ser clarament declarada per la Sentència del Tribunal Suprem de 8 de juny de 1968, que va suscitar

33. Assenyalem el fet concret. El Codi civil espanyol no preveia aquesta distinció. La distinció va venir després de promulgar-se la Compilació catalana, en reformar-se l'article 814 del Codi civil comú (repetixo aquí l'explicat *supra* en la nota 30). És curiós que el dret tradicional català, tan antic, hagi avançat i s'hagi anticipat al dret codificat espanyol. El fenomen és clar.

els comentaris consegüents, alguns de fortament apassionats. La Sentència va aplicar l'autèntica *si qua mulier* (la qual els compiladors van positivar en l'article 322 de la Compilació de 1960) i va declarar la nul·litat de la intercessió d'una dona casada a favor del seu marit estampada en una lletra de canvi. Mentre que el Jutjat de Primera Instància i l'Audiència de Barcelona van entendre que l'autèntica no era aplicable, perquè ho era el dret comú —és a dir, el dret del Codi civil— i consegüentment van condemnar a pagar, el Tribunal Suprem, en canvi, va apreciar la nul·litat de la intercessió perquè el terme *dret comú* volia dir «amb oposició a dret mercantil», el dret especial d'aplicació a l'ordenament jurídic civil català. L'article 322 de la Compilació va ser derogat per Llei del Parlament de Catalunya de 20 de març de 1984, però el que no s'ha derogat és aquella doctrina de la Sentència esmentada que aleshores ja va obrir una llum transcendent i important.³⁴

34. Aquesta Sentència proclamava: «Que al referirse el art. 50 del C. Com. a las reglas generales del Derecho común, para regular la capacidad de los contratantes es indudable que esas reglas son las constituidas por la del C. Civ. que contiene los principios fundamentales de la contratación, pero al aplicarse en este caso el Derecho Civil especial de Cataluña con preferencia hay que entender que el concepto de Derecho común se refiere a la legislación que contiene dichos principios fundamentales, tanto si están en el C. Civ. como en el Derecho regional, y como éste es el aplicable en el presente recurso, no cabe duda de que ese Derecho común para los catalanes está integrado por su Compilación, y como el art. 322-1 de la misma decreta la nulidad de pleno derecho de la fianza prestada por la mujer casada a favor de su marido, precepto que es de rigurosa observancia, ello implica la estimación de los dos primeros motivos del recurso». Vegeu, així mateix, l'estudi de PUIG FERRIOL, la lectura del qual recomanem vivament (RJC 1969, p. 355 i seg.).

7. LA DEDICACIÓ DELS COMPILADORS. L'ABAST DE LA COMPILACIÓ. LA SEVA INTENSITAT

Els compiladors —tots—, amb gran dedicació i prescindint del transcurs del temps, no només van meditar, van estudiar i van aprofundir immersos en la ciència del dret,³⁵ sinó que també es van esforçar a recollir la seva experiència professional i, a més, es van dedicar a penetrar en la mateixa ànima íntima del poble de Catalunya, esbrinant, atenent a la pràctica real, allò que es vivia, allò que es volia i allò que es necessitava,³⁶ i reportant a més tota l'experiència per ells viscuda. I no solament això (que és molt important, moltíssim), sinó que es van auxiliar de les

35. En esforçar-se, no es van limitar (tot i que això ja és moltíssim) a estudiar amb esperit crític i intens les fonts tradicionals, i la doctrina dels autors clàssics (MENOCHIO, el cardenal MANTICA, PEREGRINO, CANCER, FONTANELLA, GREGORIO LÓPEZ, LUIS DE MOLINA, BARBOSA MERLINO, VUET, i també KUNKEL, BONFANTE i els clàssics BROCA, BORRELL I SOLER, PELLA I FORGAS, MAS PONS, etc., etc.), a més dels romanistes moderns (per descomptat, SAVIGNY, i MAYNZ, SHOM, VAN BETER) i també KIP. No es van limitar a això, sinó que es van esforçar a escodrinyar des de les seves respectives activitats professionals la realitat de la vida d'aquell moment, que bullia immersa en la seva privacitat.

36. Des de la normativa més general fins a aquelles més entranyables singularitats aflorades amb la màxima cura i fins i tot amb afecte, tal com *ad exemplum*, el factor personalíssim del testament i l'heretament fiduciari del Pallars, la diversa concepció de la vida rústico-familiar-econòmica i de la vida urbana, el concepte dinàmic de la tradició catalana i la seva influència en interpretar, i la magnífica concreció i classificació d'heretaments en favor dels contraents i en favor dels *nasciturus*, purs, preventius i prelatius i aquella corona d'institucions que adornaven l'acte complex que eren les capitulacions matrimonials xuclant amb agudeses dels mateixos protocols notariaus, sense oblidar aquest llibre de l'ascendent de FAUS (FAUS CONDOMINES): *Els capítols matrimonials a la comarca de Guissona*, aflora la «institució contractual d'hereu», avui en franca decadència, però inspiradora de solucions semblants que permetien facilitar la perdurabilitat de l'empresa mercantil amb l'esperança que l'autonomia de la voluntat ompli l'espera de contingut.

seves amistats per aprofundir més, contrastar opinions i dur a terme³⁷ la bona fi del projecte. Per descomptat que el sentit comú va presidir totes les seves actuacions: es van guardar molt bé de prendre actituds numantines que només servien per honrar l'energia dels intransigents³⁸ i no generen aquells resultats que la prudència, la mesura i la força de la raó proporcionen. No van faltar, per tant, l'habilitat, sempre honesta i lleial, que anava encaminada a finalitats lícites i sentides

37. El seu prestigi personal, les seves amistats, les seves relacions i els vincles familiars van potenciar i auxiliar el seu esforç amb una immensa força, solidari auxili i col·laboració. Moltes més persones que ells mateixos participaven de la seva tasca amb plena consciència del seu valor. També això ho van desitjar, demanar i aconseguir. Els obstacles a la culminació de l'obra o les dificultats específiques van ser remoguts per la llum i l'habilitat de persones lligades d'alguna manera als compiladors. Ells no solament van contribuir a la consecució de l'objectiu bo i convenient amb el seu esforç, sinó també sol·licitant ajuda d'uns altres que també es van esforçar a arribar al feliç final.

38. De vegades, les lluites aferrissades i les posicions numantines obeeixen més a una egolatria personal que a la recerca d'allò possible en el marc d'un bé públic. 1. Aquesta posició desviada que Sal·lusti en les seves catilinàries fustigava amb la frase «*Bonum publicum simulantes, quisque pro sua potentia certaban*». La posició dels compiladors no va ser aquesta, sinó que estava situada als antípodes d'aquella. 2. Es tractava de salvar al màxim el tot encara que haguessin de sacrificar parcialitats. Per exemple, la genialitat que comportava l'article primer (compatibilitzant codificació amb flexibilitat aplicativa i osmosi bilateral societat-poder) i que després va confirmar, explicitat i estès territorialment, canviant el sentit purament gèl·lic del Codi civil comú, gràcies al fet que van sofrir la supressió del paraula *integrar*, salvant-se la qüestió pel sentit general del precepte. També van veure com desapareixia per al futur la possibilitat de l'atorgament de clàusules *ad cautelam* testamentàries, però, en canvi, van fer aflorar la magnífica i constructiva regulació que es predica de la irrevocabilitat i la magnífica regulació de la institució contractual d'hereu. 3. Van ser sensibles a la pertorbació que es produïa a Catalunya amb el drama dels fills il·legítims (adulterins, sacrílegs o incestuosos), que tenien amb els seus progenitors incapacitats relatives, recíproques per succeir-se. La tradició comportava que el fill adulterí no podia rebre successòriament del seu pare, i no solament no tenia dret a la legítima

pels que estan immersos en un ordenament jurídic específic,³⁹ de tal manera que allò que deia, amb tanta humilitat com grandesa, Ramon M. Roca Sastre: «El derecho no se crea, solo se descubre», va ser intensament buscat pels compiladors, que penetraven en les mateixes entranyes de la societat amb incontenible curiositat, selectivitat i afany de servei, àdhuc més enllà del que era la seva obligació. Van sofrir —repeteix— el sentiment agredolç de codificar⁴⁰ amb concreció i definició, però percebent íntimament el risc de fossilitzar normativament el dret, que ells creien que contínuament està operant amb transcendència osmòtica bilateral (norma, societat i principis) i heterointegrant els continguts, i adoptant aquella genial solució eclèctica de codificar, sí, però mantenint la fluïdesa i l'osmosi via interpretació fins i tot integrativa, solució respectada per gairebé totes les compilacions posteriors.

sinó que el pare encara que volgués no podia deixar-los res. I això era tradicional, però aleshores el poble català això no ho volia. Hàbilment, establint que aquests fills podien ser adoptats pels seus progenitors, van suprimir la incapacitat relativa per succeir (vegeu l'hàbil mitigació del problema que va proporcionar l'últim paràgraf de l'article 252, que deia: «Aquesta incapacitat *no afectarà al fill* adulterí adoptat ni al seu adoptant, ni en tot cas quan el causant no deixi parents amb dret a succeir abintestat»; vegeu també l'article 125, que deia: «Els fills adoptius *sense distinció* tenen dret a la llegítima igual que els legítims». D'aquesta manera, aquests fills podien gaudir de la llegítima, podien succeir els seus progenitors i gaudir també del contingut de la pàtria potestat atribuïda al seu adoptant progenitor). Amb curiosa anticipació i albirant l'actualitat, lamenta el paorós problema de la denominada *violència de gènere*. Els compiladors, en l'article 255, ja deien: «seran causes d'indignitat, les indicades, el fet d'haver-hi el cònjuge supervivent maltractat d'honra o injuriat greument al seu consort difunt».

39. Vegeu *ad exemplum* la nota *supra* anterior, paràgraf 2.

40. Aquesta angoixa i el consegüent sentiment agredolç, els va manifestar verbalment, tot patint, Ramon M. Roca Sastre, que es va lliurar a la tasca compiladora amb tota la força de la seva intel·ligència i capacitat d'observació, però també amb tot el cor.

Just promulgada la Compilació de 1960, es va editar un llibre de les conferències que llavors van pronunciar els juristes Ramon M. Roca Sastre, Ramon Faus Esteve, Antoni Borrell Macià, Francesc de A. Condomines Valls, Lluís Figa Faura i Francisco F. de Villavicencio. Una cuidada glossa, íntima i profunda de la significativa força il·luminadora dels sentiments cristians cap a la Compilació de 1960, de l'autèntic humanisme cristià, va ser meravellosament glossada per la conferència de Ramon Faus,⁴¹ penetrant detalladament en el contingut del text legislatiu, i exposant el seu contingut explicador de les notes de *moderatio*,

41. Ramon Faus estava convençut del sistema interpretatiu *more italico* i, consegüentment, patia per les conseqüències de la codificació que va significar la Compilació; però, patrocinant la solució flexible i integradora de l'article primer de la Compilació, va superar, gràcies a aquesta genialitat, aquell sentiment «agredolç» que tant a ell com a Roca Sastre tant els preocupava.

De vegades penso que aquesta preocupació va provocar la genial solució que després, anys després, va transcendir en la posterior i explicadora reforma del títol preliminar del Codi civil comú, amb la franca admissió de l'equitat, el caràcter informador dels principis i la interpretació heterointegrativa, així com la incidència de la consciència social del moment d'aplicació de la llei (en concordança amb aquell dir de Roca Sastre segons el qual: «el dret no es crea, només es descobreix»). Vegem el que deia FAUS en la seva conferència abans al·ludida: «[...] me han hecho reaccionar cada vez más contra los postulados de la escuela positivista que tanto predicamento tuvo en nuestra Patria, pretendiendo buscar todo el derecho en la Ley escrita y toda la ciencia en la dogmática, desvinculando el derecho de la moral y encariñarme cada vez más con nuestra Compilación, que por la influencia del Derecho Canónico, cuya norma clave es que el respeto a la Ley sólo es exigido en cuanto no perturbe un orden superior o no ocasione un mal mayor que el que se trata de evitar, y sus principios de equidad, dispensa, disimulo y tolerancia; de nuestro derecho indígena y por el amplio campo de aplicación de la costumbre, permite cohesionar las exigencias de la seguridad jurídica, con este sentido eminentemente espiritual de nuestro derecho tradicional, querido por el pueblo, favorecedor del bien común, soporte de una sólida organización familiar y respetuoso como ningún otro con la libertad civil».

benignitas, pietas i humanitas, que —ho repeteixo— van informar el text legislatiu.

Cal tenir molt en compte, doncs, aquesta important reflexió que corona la visió d'un text legislatiu noble, profund i ple d'autèntic humanisme, assenyalat i cristià.

Tampoc podem oblidar el rigor tècnic de la conferència de Ramon M. Roca Sastre, qui, prenent com a fil conductor pedagògic l'aportació romanista a la Compilació, ens en dóna també una franca visió, perfecta, sintètica i completa. I conté, així mateix, un missatge que no podrem oblidar:

«Que cuando las nuevas generaciones examinen la eficacia de la Compilación a través de los tiempos, puedan contestar que no ha sido un yugo, sino el camino *abierto*, el vehículo que ha guiado y conducido nuestro pueblo a la libertad, a la justicia, a la equidad en las relaciones humanas y, a través de todo ello, a la prosperidad que este mundo pueda darnos.»

Era una ben motivada esperança.

COL·LOQUI POSTERIOR A LES PONÈNCIES PRESENTADES

Moderador:

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

*Vicepresident del Consell de Garanties Estatutàries
Catedràtic de Dret Civil de la Universitat Pompeu Fabra*

El col·loqui posterior a la tercera sessió de la Jornada es va centrar en una sèrie de qüestions suscitàdes arran de la ponència sobre la rescissió per lesió (*laesio enormis* o *laesio ultra dimidium*) a la Compilació i la seva vinculació al sentit actual d'aquesta institució.

El primer dels temes analitzats es va referir a la possibilitat de renunciar a l'exercici de l'acció de la rescissió per lesió i al moment en què aquesta es podia fer efectiva. Sobre això, el ponent es va pronunciar en favor de la seva admissibilitat, indicant que la història d'aquesta institució anava estretament lligada a la previsió de la seva exclusió, i va recordar que la Compilació, a l'article 322.II, establia que l'acció esmentada només era renunciabile després de celebrat l'acte lesiu. Amb aquesta previsió, la Compilació imposava una certa cautela per tal com prohibia que l'esmentada renúncia constés en el mateix acte d'alienació del bé i exigia que transcorregués un interval de temps perquè es pogués produir. En cas contrari —va afegir—, la institució mateixa quedaria totalment desvirtuada. Aquesta previsió i, a

parer del ponent, de manera poc justificable, tenia una excepció, per previsió expressa de la Compilació mateixa, a Tortosa i el seu antic territori.

Un segon tema relacionat amb l'exercici de l'acció de la rescissió per lesió es va referir a la legitimació per exercir-la per part dels hereus, una vegada acceptada l'herència, i dels legitimaris. Pel que fa als hereus, no hi va haver discussió sobre la seva legitimació, emparada en l'article 322 de la Compilació catalana i que respon al fet que aquests són els únics que succeeixen, que ocupen el lloc del causant. En el cas dels legitimaris, es va sostenir que aquests tenen un dret que es deriva del ministeri de la llei i que, per tant, no només si els lesionen en més de la meitat, sinó que si els lesionen en la seva llegítima, tenen l'acció de complement o de reclamació d'aquesta. En conseqüència, no els és d'aplicació l'acció de rescissió per lesió perquè tenen altres instruments per exigir el seu dret. Només l'exercici de la rescissió per lesió podria tenir lloc en el cas de la constitució de *dote contenta* (o pacte d'acontentament), instituïda per la Decretal del papa Bonifaci VIII, en què la noia que es casa pot renunciar a la llegítima perquè la rep anticipadament com a dot, quan encara no ha nascut el dret pròpiament legitimari, i, per tant, si es donessin les circumstàncies requerides es podria exercir l'acció de rescissió per lesió. Sobre això, es va puntualitzar que el nou Codi civil de Catalunya, en certa manera, ha desactivat l'acció de rescissió per lesió en el cas del pacte d'acontentament quan estableix un termini de quatre anys, a comptar des de l'atorgament del pacte, per rescindir la renúncia per lesió atenent a l'import que tindria la llegítima del renunciant en aquella data.

Relacionat amb això anterior es va plantejar el possible exercici de l'acció de rescissió per lesió en un supòsit de venda dels drets d'herència, quan aquesta contingés béns immobles. Des de l'auditori es van formular opinions contraposades. D'una banda, els que sostenien que aquesta no seria procedent, atès que l'herència és una universalitat de dret i, sigui quina sigui la naturalesa dels béns que componen el patrimoni del causant, el traspàs dels drets s'ha de fer sobre la universalitat patrimonial. D'una altra banda, els que opinaven que l'exercici de l'acció era possible, sobretot si la immensa majoria dels béns que constituïen l'herència eren immobles, ja que aquests decidien el principal de l'herència i ens trobàvem davant d'una compravenda, i, per tant, d'un contracte de caràcter oneros.

Aprofundint en l'àmbit de la llegítima, es van postular diversos parers sobre quines actuacions podia dur a terme el legitimari si es convenia que no podia exercitar l'acció de rescissió per lesió. Així, una intervenció es va postular en el sentit que el legitimari podia instar la revocació de donacions per inoficiositat, ja que si realment la transmissió s'havia fet per un valor inferior a la meitat del preu, es podia justificar que havia tingut lloc un negoci mixt de donació i compravenda. Una altra proposta anava en la línia que el legitimari podia exercir l'acció subrogatòria per enfortir l'herència, ja que això el beneficiava i, per tant, el seu dret també es veuria intensificat. A continuació, es va adduir també que potser la solució es trobaria en el principi general que deriva de l'article 24.1 CE, que legitima activament per poder defensar el seu dret a qualsevol que tingui un interès legítim, en la mesura que qualsevol interès legítim digne de ser protegit ha de comptar amb la corresponent tutela judicial. Així doncs, si el legitimari

pogués demostrar que l'actuació de l'hereu el perjudica, perquè no defensa els seus drets o no els defensa de la forma que ell ho faria, podria recórrer als tribunals.

Finalment, i al marge del contingut de les ponències, des de l'auditori es va reclamar la conveniència de promoure la celebració d'un congrés jurídic, de manera semblant al II Congrés Jurídic Català de l'any 1971, per tal de reivindicar la tasca de tots els juristes, abans i després de la Compilació, que havien fet possible el desenvolupament del dret civil català fins al punt que, pràcticament, el Codi civil de Catalunya estava complet i només mancaven els llibres segon (persona i família) i sisè (obligacions i contractes). El llibre segon, en aquell moment gairebé enllestit, es va aprovar per mitjà de la Llei 25/2010, de 29 de juliol.

V

ACTE DE CLOENDA

Intervenció:

IL·LUSTRE SENYOR JOAN EGEA FERNÀNDEZ
Vicepresident del Consell de Garanties Estatutàries
Catedràtic de Dret Civil de la Universitat Pompeu Fabra

INTERVENCIÓ DE L'IL·LUSTRE SENYOR JOAN EGEA FERNÀNDEZ
Vicepresident del Consell de Garanties Estatutàries
Catedràtic de Dret Civil de la Universitat Pompeu Fabra

Arribem al final de la Jornada i em correspon, com a vicepresident del Consell, dir unes paraules de cloenda.

M'he preparat unes notes per a aquest acte de clausura, i he començat per mirar com s'havien plantejat i quin havia estat el balanç de les sessions de la IV Jornada. El primer que m'ha cridat l'atenció en la presentació que precedia la publicació d'aquella Jornada és que els representants de les tres institucions —el Col·legi de Notaris de Catalunya, el Consell de l'Advocacia Catalana i, aleshores, el Consell Consultiu— remarcaven el desig que en el futur se'n mantingués la continuïtat, com si pogués haver-hi dubte sobre aquesta.

Concretament, un dels seus coordinadors, l'Honorable Senyor Agustí M. Bassols, en l'acte de cloenda deia: «[E]ns plauria molt que aquesta Jornada es perpetués [...] i veuríem amb molta satisfacció que el Consell de Garanties Estatutàries també assumís aquesta activitat que el seu antecessor, el Consell Consultiu, ha dut a terme». I, efectivament, com veieu, aquestes

han tingut continuïtat. No podia ser d'una altra manera, tant per l'èxit científic que han assolit les quatre edicions anteriors com per les publicacions i el bagatge que han deixat; de fet, fins i tot, quan ens vam reunir els tres representants de les institucions, ens vam deixar influir conscientment pel model seguit fins aleshores, que més aviat feia recaure poc pes en la durada de les ponències. Vista l'experiència d'enguany, crec que en el futur ho podem revisar allargant una mica el temps de les exposicions, sense que això repercuteixi en una minva del protagonisme de la intervenció del públic.

Puc dir, amb tota rotunditat, que no he assistit a gaires jornades en què els assistents, els «jornalistes», els congressistes —diguem-n'hi com vulguem— tinguessin una presència i un protagonisme tan important. Em sembla que això és un actiu prou destacable i, per tant, ho vull deixar ben palès.

En aquesta V Jornada, com haureu sentit reiteradament en les intervencions del matí i de la tarda, ens hem volgut afegir al 50è aniversari de la promulgació de la Compilació el 20 de juliol de 1960. Precisament, hem concentrat la part destinada més a retre honors a la Compilació en aquesta tercera sessió. I qui millor que dos ponents com el professor Miquel Martín i l'advocat Josep Joan Pintó per dur a terme aquesta tasca. Des de perspectives, com heu pogut veure, molt diferents. Una, de la institució viva, la rescissió per lesió, però analitzada des del passat, des del present i del que serà en el futur. I una altra, des de l'enfocament de què significa o què ha significat la Compilació, amb multitud d'anècdotes interessantíssimes que expliquen per què avui ens trobem davant d'un Codi civil de Catalunya gairebé desenvolupat plenament. Per cert, confiem que no gaire més tard

del mes de juny puguem tenir el Llibre segon, amb el que això suposaria per a la completesa del Codi.

La Compilació, com ha dit Pintó, va tenir l'encert, segurament derivat del mateix R. M. Roca Sastre, d'inspirar-se en una perspectiva codificada però de no tancar les portes al que va significar *l'escola històrica*, és a dir, la flexibilitat, que el ponent apuntava, de donar entrada a la tradició jurídica catalana. Aquest ha estat el gran valor i, a més a més, el que en certa mesura ens ha deixat cobertes les espatlles per al futur en el desenvolupament del dret civil català. Hem vist com, mentre el Tribunal Constitucional feia un enfocament *foralista*, és a dir, vinculava el desenvolupament del dret català a l'existència d'institucions connexes, el legislador català, amb aquesta obertura a la tradició jurídica catalana, ha pogut actuar amb més assossec i ha pogut trobar connexions amb el dret català històric, incloent-hi el dret romà i el dret canònic, que podem dir que encara continuen vius a través de l'esmentada tradició jurídica.

Però és que, a més a més d'aquest «invent» que deia Pintó, d'aquest *pasteleo*, que deia d'en Roca, dels compiladors, aquests van aportar una altra contribució que també ens ha ajudat molt a desenvolupar el dret civil de Catalunya; em refereixo al fet que allò que tradicionalment havíem après a la facultat sobre la derogació de les lleis, ells ho van reinterpretar i adaptar a aquella realitat. I van partir del fet que la Compilació no deroga sinó que substitueix el dret anterior. Això va significar que, amb els matisos que vulgueu, també es deixava viu el dret anterior.

El legislador català modern també ha seguit aquest criteri en moltes lleis —fixeu-vos-hi—, conscientment o inconscient, de no derogar el dret sinó de continuar la tècnica de substitució. I

això dóna molta confiança, molta seguretat, i manté la tècnica de l'abassegament —com en la construcció d'obra—, d'anar aplegant materials que resten en reserva, i proporciona una gran cobertura a l'activitat legislativa present i futura.

Es dóna la paradoxa que, avui dia, la Compilació només conté una institució d'entitat, que és la rescissió per lesió. Institució que, en la ponència del professor Martín, ens ha servit també per veure on som en l'àmbit competencial de les obligacions i els contractes.

Estem enterrant un text al qual, al mateix temps, li rendim uns merescudíssims honors. Diria que celebrem els actes de funeral de la Compilació, però com sol fer l'Església, amb tots els ritus i l'honor i la satisfacció de saber que la Compilació ens ha ajudat a construir un cos de dret civil gairebé complet. És a dir, a disposar d'un codi civil propi.

Dic que es dóna la paradoxa que la Compilació ara només conté la rescissió per lesió, després que hem vist aquests tres enfocaments, els quals ens han presentat una institució descrita històricament, que ha evolucionat amb la jurisprudència i que fins i tot s'ha aplicat a la venda d'accions de societats anònimes patrimonials; és una institució que, com deia, ens ha servit també per comprovar que és en l'àmbit de les obligacions on tenim més dificultats a l'hora de completar el Codi civil de Catalunya, tot i que ja s'estan creant les comissions per redactar la part relativa al contracte de compravenda, el de serveis i, segurament en el futur, el d'arrendament o d'altres.

Certament, la Compilació va néixer —no ho hem d'oblidar— amb la vocació que, més endavant, el seu contingut

s'incorporaria al Codi civil espanyol. Però era una vocació que resultaria enganyosa perquè, pocs anys després de la seva aprovació —aquí s'ha esmentat—, la jurisprudència reconeixia el caràcter comú del dret català i, amb aquest, la seva consideració com a ordenament autònom. En aquest sentit, el professor Villavicencio, mestre de tants juristes catalans, l'any 1968, va aconseguir un pronunciament del Tribunal Suprem en què s'afirmava que el dret civil de Catalunya era dret comú a Catalunya i l'aplicava —avui ho discutíem en parlar de la prescripció— com a supletori del dret mercantil.

Aquest va ser el motiu, precisament, que ens va portar a incloure una ponència sobre el dret civil català com a dret comú. L'any 1968 —no és un descobriment d'avui dia— ja hi havia aquesta visió i aquest «aportar llum», que la Compilació del dret civil especial de Catalunya, amb un nom aparentment tan poc ambiciós, tot just després de la seva promulgació, havia esdevingut un cos legal independent completament emancipada d'un Codi espanyol que pretenia ser únic per a tot l'Estat.

Bé, la Jornada s'ha completat amb altres ponències que també han estat interessantíssimes, com hem pogut veure al llarg del matí. D'una banda, la dedicada a la història de la Comissió Jurídica Assessora i a analitzar també com aquest òrgan consultiu va exercir una funció de conformació del dret català en el període republicà i d'impuls de projectes de llei. D'una altra, dues ponències més amb les quals hem volgut incloure el dret europeu en aquesta jornada pluridisciplinària; una, destinada a analitzar quin és el paper de les regions a la Unió Europea, i l'altra, que ha tractat d'un tema de molta actualitat sobre el qual aquest

Consell s'ha hagut de pronunciar com és el de la Llei òmnibus i la problemàtica competencial que es planteja en matèria de col·legis professionals.

Ha estat una jornada *plural* tant per les diferents disciplines que hi han tingut cabuda, com per la naturalesa, també diferent, de les institucions que l'organitzem, en el sentit que totes tres institucions representem diferents perspectives dins l'àmbit jurídic però tenim en comú el fet de treballar pel dret civil de Catalunya i pel dret de Catalunya en general, i això és el que ens ha unit en el disseny d'aquesta polifonia —diguem-ho així— de ponències.

Bé, per acabar, només em resta agrair la seva presència als ponents perquè sé que han tingut moltes dificultats per quadrar les agendes. Agrair als assistents, perquè s'ha demostrat la bondat d'aquest model, la intervenció activa en els debats de cada ponència, i sobretot regradar el personal del Consell i de la resta d'institucions organitzadores. Em refereixo específicament al personal del Consell perquè des de la intenció de les jornades, aquí al Palau Centelles, han contribuït, com sempre, que tot sortís rodat.

Res més. Dèiem fa dos anys que, en el futur, desitjàvem la continuïtat de la Jornada i jo us emplaço perquè d'aquí dos anys ens tornem a veure aquí. Moltes gràcies i fins llavors.

V JORNADA SOBRE AUTONOMIA I DRET

Barcelona, 13 de maig de 2010

I ACTE D'OBERTURA

Intervencions:

Il·lustríssim Senyor Joan Carles Ollé Favaró	9
Excel·lentíssim Senyor Josep Canficio Querol	12
Honorable Senyor Eliseo Aja	13

II PRIMERA SESSIÓ

1. LES COMUNITATS AUTÒNOMES A LA UNIÓ EUROPEA DESPRÉS DEL TRACTAT DE LISBOA	19
Ponent: Enoch Albertí i Rovira	
2. LA LLEI ÒMNIBUS I ELS COL·LEGIS PROFESSIONALS.....	35
Ponent: Xavier Campà i de Ferrer	
COL·LOQUI POSTERIOR A LES PONÈNCIES PRESENTADES	57
Moderador: Miquel Sàmper Rodríguez	

III
SEGONA SESSIÓ

1. DICTÀMENS DE LA COMISSIÓ JURÍDICA
ASSESSORA EN MATÈRIA DE DRET PÚBLIC
I DRET PRIVAT 65
Ponent: Eladi Crehuet Serra
2. EL CODI CIVIL DE CATALUNYA COM A
DRET COMÚ A CATALUNYA, AMB ESPECIAL
CONSIDERACIÓ DE L'APLICACIÓ NORMATIVA
DE LA PRESCRIPCIÓ..... 89
Ponent: Joan Bernà i Xirgo

COL-LOQUI POSTERIOR
A LES PONÈNCIES PRESENTADES99
Moderador: Mariano Gimeno Valentín-Gamazo

IV
TERCERA SESSIÓ

1. LA RESCISSIÓ PER LESIÓ A LA COMPILACIÓ I EL
SENTIT ACTUAL D'AQUESTA INSTITUCIÓ 105
Ponent: Miquel Martín Casals
2. OPORTUNITAT I TRANSCENDÈNCIA DE LA
COMPILACIÓ: L'ESFORÇ DELS COMPILADORS175
Ponent: Josep Joan Pintó Ruiz

COL·LOQUI POSTERIOR A LES PONÈNCIES PRESENTADES	211
Moderador: Joan Egea Fernàndez	

V
ACTE DE CLOENDA

Intervenció de l'Il·lustre Senyor Joan Egea Fernàndez.....	217
--	-----

