

LA CONFORMITAT DEL DRET CATALÀ AL DRET EUROPEU EN MATÈRIA DE CONTRACTACIÓ AMB CONSUMIDORS: ELS EFECTES EN CAS DE DRET NO CONFORME

Lídia Arnau Raventós
Professora agregada de dret civil
*Universitat de Barcelona*¹

Resum

El treball parteix de l'exigència de conservar i mantenir un dret intern conforme a l'europeu i analitza fins a quin punt aquesta conformitat queda vinculada a la correcta incorporació de les directives europees. Atesa la competència legislativa en matèria civil de la Generalitat de Catalunya, el comentari incideix en l'oportunitat d'exercitar-la en el marc de la transposició de directives en matèria de contractació amb consumidors. Es planteja igualment, amb el rerefons de la manca d'eficàcia directa d'aquest instrument normatiu, fins a quin punt el principi d'interpretació del dret intern conforme a l'europeu empara l'aplicació subsidiària del dret estatal en cas de dret català no conforme.

Paraules clau: dret civil català, transposició de directives, interpretació, eficàcia directa, contractes a distància, contractes fora d'un establiment mercantil.

LA CONFORMIDAD DEL DERECHO CATALÁN AL DERECHO EUROPEO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN CON CONSUMIDORES: LOS EFECTOS EN CASO DE DERECHO NO CONFORME

Resumen

El punto de partida del estudio es la exigencia de conservar y mantener un derecho interno que sea conforme al derecho europeo. En este contexto, se analiza hasta qué punto esta conformidad queda vinculada a la correcta incorporación de las directivas europeas. Dada la competencia legislativa en materia civil de la Generalitat de Catalunya, el comentario incide en

1. Aquest treball s'emmarca dins del projecte DER 2017-82129-P. L'autora també pertany al grup de recerca consolidat 2017 SGR 151.

la oportunidad de ejercitarla en el marco de la transposición de directivas en materia de contratación con consumidores. Se plantea también, con el trasfondo de la falta de eficacia directa de este instrumento normativo, hasta qué punto el principio de interpretación del derecho interno conforme al europeo aboca a la aplicación subsidiaria del derecho estatal en caso de derecho catalán no conforme.

Palabras clave: derecho civil catalán, transposición de directivas, interpretación, eficacia directa, contratos a distancia, contratos fuera de un establecimiento mercantil.

CONFORMITY OF CATALAN LAW TO EUROPEAN LAW IN MATTER OF CONTRACTATION WITH CONSUMERS: THE EFFECTS IN CASE OF NO COMPLIANT LAW

Abstract

The comment focuses on the requirement to maintain a national law in accordance with the european law. Then, it is analyzed how much the conformity with the european law depends on the correct transposition of directives. The study claims for the transposition of directives about consumer contract by the Generalitat de Catalunya. Moreover, the lack of direct effect of directives suggests the supplementary application of State law in cas of catalan civil law not conform with the directives.

Keywords: Catalan civil law, transposition of directives, interpretation, direct effect, distance contracts, off-premises contracts.

1. PLANTEJAMENT

L'objecte d'estudi se situa en el marc de les relacions existents entre el dret civil català i el dret privat europeu. D'entre les moltes connexions que es detecten entre ambdós ordenaments, es vol centrar l'atenció en un escenari específic. Dos elements el delimiten: per una banda, la matèria regulada; per l'altra, l'instrument normatiu emprat per la Unió Europea (UE) de cara a aquesta regulació. Aquella matèria és la contractació amb consumidors i aquest instrument és el conjunt de les directives. Interessen, per tant, totes les que disciplinen l'atorgament de negocis de naturalesa contractual per qui és considerat consumidor i que s'adrecen o bé a regular conseqüències derivades d'una modalitat de contractació especial (com ho fa, a propòsit dels contractes atorgats a distància o fora d'un establiment mercantil, la Directiva [Dir.] 2011/83/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 25 d'octubre, sobre drets dels consumidors), o bé a establir regles concretes per raó d'allò (uns determinats tipus de béns o serveis) que s'ha contractat (amb aquesta finalitat, vegeu, per exemple, la

Dir. 2015/2302/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 25 de novembre de 2015, relativa als viatges combinats i als serveis de viatge combinats), o bé, en fi, a regular contractes específics atenent, alhora, l'objecte sobre el qual recauen i la manera en què s'han atorgat (n'és un exponent la Dir. 2002/65/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 23 de setembre, relativa a la comercialització a distància de serveis financers). Aquesta delimitació permet deixar de banda: primer, qualsevol altra matèria de dret privat considerada pel dret europeu, encara que la regulació es contingui en una directiva (com succeeix, quant a la responsabilitat per danys generats per productes defectuosos, amb la Dir. 85/374/CEE, del Consell, de 25 de juliol de 1985); en segon lloc, qualsevol aspecte relacionat amb la contractació amb consumidors però regulat al marge d'una directiva (així, entre d'altres, l'article 6 del Reglament 593/2008, del Parlament Europeu i del Consell, de 17 de juny, sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals).² El fet d'excloure d'aquest estudi l'un i l'altre àmbits (és a dir, tot el que no afecti la contractació amb consumidors i tot el que estigui regulat mitjançant un reglament) obeeix a raons distintes. En el cas de la normativa europea enclosa dins d'un reglament, el motiu és que aleshores no cal una actuació legislativa adreçada a incorporar el seu contingut a l'ordenament català, atès que aquest instrument normatiu té una eficàcia i una aplicació directes als ordenaments interns (art. 288, 2n par., Tractat de funcionament de la UE [TFUE]). I, com que no escau aquesta incorporació, esdevé sobrer valorar llavors què succeeix si aquella transposició no es produeix, que és, justament, una de les qüestions que s'han de tractar en aquest comentari. A més, el límit de les directives en matèria de contractació amb consumidors s'explica en part per una raó tècnica i en part per una opció metodològica. La raó tècnica parteix d'un pressupòsit: la Generalitat de Catalunya només pot incorporar directives si es tenen competències sobre la matèria regulada (art. 113 i 189.1 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya [EAC]). En aquest sentit, Catalunya té competència legislativa en matèria civil (art. 149.1.8 de la Constitució espanyola [CE] i 129 EAC), i són matèria civil tots els aspectes juridicoprivats relatius a la contractació amb consumidors. En canvi i pel que fa a la matèria mercantil, la competència legislativa recau, en exclusiva i sense fissures, a l'Estat (art. 148.1.6 CE). Per tant, totes les directives que regulen qüestions que en clau interna serien de dret privat però són relatives a matèria mercantil,³ no

2. El precepte determina la llei aplicable als anomenats *contractes de consum*.

3. Per exemple, la Directiva 2011/7/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 16 de febrer, per la qual s'estableixen mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials entre les empreses. Un altre exponent és la Directiva 2005/29/CE, del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de maig de 2005, relativa a les pràctiques comercials deslleials de les empreses en les seves relacions amb consumidors en el mercat interior. Cal fer notar que el que quedaria exclòs de la competència del legislador català seria l'àmbit de les relacions jurídiques privades entre «competidores» (art. 11.1 Dir. 2005/29), però no allò que afecti les accions que ha d'interposar el consumidor perjudicat per la pràctica deslleial (vegeu l'art. 11 bis Dir. 2005/29/CE, incorporat per l'art. 2.5 Dir. 2019/2161/UE, del 27 de novembre de 2019, per la qual es

poden ésser incorporades pel legislador català per manca de competència per a fer-ho; és per això que, de retruc, en aquests casos tècnicament no escau plantejar-se les conseqüències d'una eventual manca d'incorporació. Dins de l'àmbit civil, atendre només allò relatiu a la contractació amb consumidors obeeix no solament al pes que revesteix aquesta matèria en el conjunt de les directives de dret privat, sinó també al fet que el legislador català ha legislat sobre aquest particular i per aquesta raó s'han generat situacions que propicien tractar dels efectes d'una eventual manca de transposició o d'una transposició incorrecta.⁴

2. MANCA DE CONFORMITAT I MANCA DE TRANSPOSICIÓ DE DIRECTIVES: INTERACCIONS

Identificar possibles escenaris de manca de conformitat del dret català a l'europeu (i, si escau, determinar-ne el motiu) passa per delimitar prèviament els conceptes mateixos de *transposició* i *conformitat*. L'exercici, a més, suggereix plantejar si transposar o no directives és una tria que pot fer lliurement el legislador català.

2.1. TRANSPOSICIÓ DE DIRECTIVES *VERSUS* CONFORMITAT AL DRET EUROPEU: EL CARÀCTER FORMAL DE LA TRANSPOSICIÓ I EL SENTIT MATERIAL DE LA CONFORMITAT

Parlar de *transposició* (o d'*incorporació* o *execució*) de directives apel·la a una actuació material d'adopció de mesures, eventualment de distinta naturalesa,⁵ adreçades a assolir els resultats previstos en el text europeu.⁶ D'entre aquests mitjans, in-

modifiquem la Directiva 93/13/CEE, del Consell, i les directives 98/6/CE, 2005/29/CE i 2011/83/UE, del Parlament Europeu y del Consell, pel que fa a la millora de l'aplicació i la modernització de les normes de protecció dels consumidors de la Unió).

4. Ara per ara, la manca de regulació catalana en matèria de responsabilitat extracontractual permet metodològicament deixar al marge d'aquest comentari la Directiva 85/374/CEE.

5. Així: normes de rang legal, reglamentàries o administratives (vegeu, fent ús de la tríada, per exemple, l'art. 11 Dir. 99/44/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 25 de maig, sobre determinats aspectes de la venda i les garanties dels béns de consum).

6. El referent és l'art. 288, 3r par., TFUE, que estableix: «La directiva obligarà al estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios». El precepte no parla, literalment, de transposició; ho fa, en canvi, l'art. 260 TFUE, relatiu a la imposició de multes als estats que no informin la Comissió de les mesures de «transposició» adoptades. El concepte de *transposició* també rubrica, a vegades, els preceptes que les directives reserven al deure dels estats membres d'implementar allò que preveu el text europeu (vegeu, per exemple, els art. 16 Dir. 2008/122/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 14 de gener de 2009, relativa

teressa el consistent a legislar. Per la seva banda, la idea de *conformitat* remet a la de *no-oposició* i descriu la relació existent entre l'ordenament intern i l' europeu: el primer serà o no conforme al segon en funció de si els objectius previstos en la directiva s'assoleixen o no degudament en el dret intern. Això últim (que el dret intern s'avingui plenament amb l'europeu) es pot valorar tant quantitativament (el dret intern preveu *tots els aspectes* que imposa la directiva) com qualitativament (cadascun d'aquests aspectes es regula en els termes [en la seva extensió o intensitat] previstos en el text europeu).⁷ En qualsevol cas, esdevé un element determinant de cara a valorar aquesta conformitat el nivell o l'estratègia de protecció imposada per la Directiva o, altrament dit, pel seu llinar d'harmonització o uniformització dels drets interns. Les directives que s'anomenen *de protecció mínima*⁸ cerquen, només, imposar als estats un nivell mínim de protecció del consumidor, per bé que resta a voluntat del legislador intern mantenir o adoptar disposicions més favorables per a aquell contractant (art. 8 Dir. 577/85, del Consell, de 20 de desembre, referent a la protecció dels consumidors en cas de contractes negociats fora dels establiments comercials; art. 14 Dir. 97/7; art. 8 Dir. 93/3/CEE, del Consell, de 5 d'abril, sobre clàusules abusives en contractes celebrats amb consumidors; art. 8 Dir. 99/44; art. 15 Dir. 87/102/CEE, de 22 de desembre, del Consell, relativa a l'aproximació de les disposicions legals, reglamentàries i administratives dels estats membres en matèria de crèdit al consum; art. 11 Dir. 94/47/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 d'octubre, relativa a la protecció dels

a la protecció dels consumidors respecte a determinats aspectes dels contractes d'aprofitament per torn de béns d'ús turístic, d'adquisició de productes de vacances de llarga durada, de revenda i d'intercanvi; 28 Dir. 2011/83; 42 Dir. 2014/17/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de febrer, sobre contractes de crèdit celebrats amb consumidors per a béns immobles d'ús residencial; 28 Dir. 2015/2302; 24 Dir. 2019/771, de 20 de maig, relativa a determinats aspectes del contracte de compravenda de béns; 7 Dir. 2019/2161). En canvi, els termes triats foren *aplicación* en l'art. 15 Dir. 97/7/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 20 de maig, en matèria de contractes a distància, i *incorporación al derecho nacional* en la rúbrica de l'art. 27 Dir. 2008/48/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'abril, relativa als contractes de crèdit al consum. L'art. 189.1 EAC opta pels conceptes, també genèrics, d'*aplicación* i *execució*; els anticipa l'art. 113 EAC, que hi afegeix el desenvolupament (vegeu X. ARZOZ SANTISTEBAN, «La transposició de directives en el estado autonómico: diagnóstico y perspectivas de futuro», a X. ARZOZ SANTISTEBAN (dir.), *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del derecho de la UE en el estado autonómico*, Barcelona, Institut d'Estudis Autonòmics, 2013, p. 525 [Institut d'Estudis Autonòmics; 85], qui encabeix en aquestes conceptes la transposició de directives,).

7. En aquest sentit, hi ha manca de conformitat si el dret europeu, per exemple, imposa al professional un seguit de deures precontractuals tant de caire informatiu com de tipus documental, de manera que el dret intern en considera uns però no d'altres, o succeeix que, preveient-los tots, les mencions informatives no són totes les que exigeix el dret europeu, o, tot i ser-hi totes, el dret intern no exigeix facilitar-les amb l'antelació, el format, etc., que imposa la directiva. Hom pot reconduir també cap a una manca de conformitat qualitativa les mancances o els desajustos processals que no permeten fer valer degudament les mesures previstes en la norma europea (vegeu *infra* nota 94).

8. Vegeu, rubricat «Cláusula mínima», l'art. 14 Dir. 97/7. De manera semblant, l'art. 8 Dir. 99/44/CE es titula «Derecho interno y protección mínima».

consumidors en relació amb determinats aspectes dels contractes d'adquisició d'un dret d'utilització d'immobles en règim de temps compartit; art. 8 Dir. 90/314/CEE, del Consell, de 13 de juny, relativa als viatges combinats, les vacances combinades i els circuits combinats). Per la seva banda, les directives d'harmonització plena no permeten que els estats mantinguin o adoptin disposicions «contràries» (art. 4 Dir. 2011/83 i 4 Dir. 2015/2302) en el sentit de «diferents» (art. 22 Dir. 2008/48/CE) o de «que se aparten» d'allò previst en la mateixa directiva (art. 4 Dir. 2019/770, de 20 de maig, relativa a determinats aspectes dels contractes de subministrament de continguts i serveis digitals; art. 4 Dir. 2019/771). Aquest nivell d'uniformització exclou tant les disposicions nacionals que protegeixin menys, com les que ho facin més intensament del que ho fa el mateix text europeu.⁹

Mentre que una transposició —diguem-ne— ben feta¹⁰ determinarà la conformitat del dret intern a la directiva incorporada, la conformitat pot apreciar-se independentment d'aquella transposició, és a dir, tot i que la normativa europea no s'hagi implementat o s'hagi incorporat però no del tot bé (així, fora del termini previst per a transposar, sense comunicar a la Comissió les mesures adoptades, sense incloure en els textos legals interns una referència a la norma incorporada, etc.). De fet, aquesta desvinculació entre conformitat i transposició es pot apreciar en dos supòsits, i el dret català ofereix mostres d'ambdós. El primer cas s'esdevé si el dret intern vigent en el moment d'aprovar-se i aplicar-se la directiva ja s'avé, considerant el nivell

9. Vegeu l'art. 2 Dir. 2014/17. És el precepte que aquesta directiva reserva al «Nivel de armonización». Combina les estratègies de protecció mínima i les de protecció màxima en funció de les mesures de què es tracti; així, la norma general seria el nivell de protecció mínima (art. 2.1), per bé que, a propòsit de determinades qüestions, s'exclouen les disposicions nacionals «que diverjan» d'allò previst en la directiva (art. 2.2). Ben mirat, aquesta idea de combinació de llinars de protecció és present en la pràctica totalitat de les directives que, d'entrada, s'autoqualifiquen d'harmonització plena però que, tot seguit, anticipen excepcions (així, per exemple, art. 4 Dir. 2011/83: «[...] salvo disposición en contrario de la presente Directiva [...]»). Aquestes esclertes es corresponen amb supòsits en què el legislador intern pot regular una determinada qüestió de manera distinta a com ho preveu el text europeu, amb el benentès que pot tractar-se de normes que intensifiquin el nivell de protecció previst però no és possible que el rebaixin (per exemple, escurçant terminis, suprimint drets, etc.). La fórmula que en resulta combina les estratègies de protecció màxima (regla general) i les de protecció mínima (excepció). És clar, però, que l'abast quantitatiu i qualitatiu d'aquests excepcions pot arribar a posar en dubte que materialment es tracti d'una directiva d'harmonització màxima o, en fi, fer-ne trontollar el fonament (vegeu M. J. MARÍN LÓPEZ, «La Dir. 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los estados miembros», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, gener-març 2012, p. 13, qui destaca que l'excepció de l'art. 4, *in fine*, Dir. 2011/83 facilita la fragmentació jurídica que es vol impedir amb l'estratègia de protecció màxima, .

10. S'identifiquen com a supòsits d'incompliment de l'obligació de transposar els d'«incorporación tardía, falta de comunicación de las medidas de transposición, incorporación incompleta o defectuosa, mantenimiento de normativas contrarias al derecho de la UE», a H. LÓPEZ BOFILL, «La transposición de directivas de la Unión Europea en el estado autonómico: una aproximación de derecho comparado», a X. ARZOZ SANTISTEBAN (dir.), *Transposición de directivas y autogobierno*, p. 217.

d'harmonització imposat, amb les mesures que preveu la dita normativa. Literalment, l'expressió que sovinteja en els textos europeus a l'hora de fixar el grau d'uniformització pretesa rebla aquesta hipòtesi, ja que, juntament amb l'adopció de disposicions noves, s'hi considera el manteniment de les que ja es tenen (art. 8.2 Dir. 99/44: «Los estados miembros podrán adoptar o *mantener* [...]»). En aquestes circumstàncies, la transposició es fa innecessària,^{11,12} però hi ha conformitat del dret intern a l'europeu. Un exemple el proporciona, ara per ara, l'article 621-41.1 i 2 CCCat en relació amb l'article 13.4c Dir. 2019/771, pendent de transposició. Aquest darrer permet, en cas de manca de conformitat greu del bé comprat, optar directament per la resolució o la rebaixa del preu, sense necessitat d'intentar abans la reparació o la compensació.¹³ L'article 621-41.1 CCCat també permet a qualsevol dels contractants, en cas d'incompliment «essencial» de l'altre, resoldre el contracte; enclou, per tant, l'incompliment «greu» de l'obligació de garantir la conformitat del bé venut al consumidor i, per això, assumint l'equivalència entre la gravetat i l'essencialitat de l'incompliment, que la norma sigui conforme a la Directiva 2019/771 fins i tot abans d'ésser incorporada.

El segon cas podria obeir a una transposició tardana o no acompanyada d'alguna de les formalitats que les directives afegeixen a l'obligació mateixa de transposar (comunicar a la Comissió les mesures adoptades; indicar expressament la norma interna aprovada per a incorporar una determinada directiva que compleix aquesta funció...)¹⁴ El retard en la transposició, però, no compromet la conformitat de l'ordenament intern a l'europeu des del moment que s'acaba implementant

11. Quant a aquesta possibilitat, vegeu X. ARZOZ SANTISTEBAN, «Métodos de transposición y requisitos jurídicos europeos e internos», a X. ARZOZ SANTISTEBAN (dir.), *Transposición de directivas y autogobierno*, p. 78.

12. Un altre exponent són els articles 38 i seg. de la Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç minorista (LOCM). Aquests preceptes van regular la venda a distància inspirant-se en els treballs preparatoris del que seria la Directiva 97/7, que, un cop aprovada, no fou necessari incorporar al dret intern. Cal fer notar que el legislador estatal va ampliar l'àmbit subjectiu d'una regulació que el dret europeu només imposava en cas de compravenda atorgada per un consumidor; és per això que aquells preceptes parlaven, simplement, de «comprador» (vegeu, en canvi, l'art. 48 LOCM, que, relatiu a la irrenunciabilitat de drets, només regia en cas de comprador consumidor).

13. És clar, però, que en les regles contingudes en l'art. 621-41.1 i 2 CCCat caldria afegir-ne una altra, almenys per al cas de compravenda de consum i d'incompliment de l'obligació de lliurar un bé conforme al contracte, i en virtut de la qual, en cas de fracàs d'un primer intent de compliment (sia sol·licitant la reparació, sia reclamant la substitució del bé [art. 621-37.1a CCCat]), el consumidor pugui optar també per la resolució encara que la manca de conformitat no impliqui una privació substancial d'allò a què té dret en virtut del contracte. De fet, la no previsió d'una regla semblant aboca el consumidor, després d'aquell fracàs inicial, a insistir en els remeis obligacionals o a optar per la rebaixa del preu; aquest règim contradiu l'art. 13.4 Dir. 2019/771.

14. Formalitats que obeixen a la «política de visibilidad» de la transposició (en aquests termes, X. ARZOZ SANTISTEBAN, «La transposición de directivas en el estado autonómico: diagnóstico y perspectivas de futuro», a X. ARZOZ SANTISTEBAN [dir.], *Transposición de directivas y autogobierno*, p. 78).

aquella incorporació, sigui quan sigui. Aquella mateixa conformitat tampoc no queda en dubte si la transposició, puntual o no, no es trasllueix en el títol de la norma incorporadora o no es comunica degudament a la Comissió. La relació de conformitat o de no-oposició entre ordenaments, que s'ha de valorar i apreciar en un determinat moment, cal establir-la al marge o prescindint dels paràmetres temporals o formalistes de la transposició. Des d'aquesta perspectiva, hom podria considerar avui que els articles 621-1 i següents del CCCat, en matèria de contracte de compravenda, són conformes al dret europeu perquè s'avenen a allò previst en la Directiva 99/44,¹⁵ per bé que: primer, la incorporació d'aquest text només es trasllueix tímidament en el paràgraf 7 del preàmbul de la Llei 3/2017, de 15 de febrer, del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes («La regulació de la compravenda de consum incorpora les normes que estableix la Directiva 1999/44/CE [...]»); segon, aquesta incorporació es produeix un cop transcorregut àmpliament el termini previst a aquests efectes (i als de comunicació a la Comissió) en l'article 11 de la Directiva 99/44 (que era fins l'1 de gener de 2002).

2.2. EL DRET INTERN NO CONFORME A UNA DIRECTIVA: UN CAS TAMBÉ, I COM A MÍNIM, DE DRET NO APLICABLE? PLANTEJAMENT

L'exigència de conformitat no es pot desvincular dels efectes que es deriven en cas de dret intern no conforme; de fet, la intensitat d'aquella exigència serà, pràcticament, major o menor en funció de la major o menor rigidesa d'aquells efectes.

2.2.1. *La directiva com a norma sense aplicació directa als estats*

La no aplicació del dret intern no conforme a l'europeu és una manifestació de l'anomenada primacia del dret de la Unió Europea. Aquesta inaplicació (de la norma interna) deriva, sense esgotar-la, de l'aplicabilitat directa del dret primari (o tractats de la UE [art. 1.2 TFUE]) i, d'entrada, només dels instruments normatius de dret derivat de la UE que tenen reconeguda, indubtablement, aquesta aplicació directa (art. 288, 2n par., TFUE: «El reglamento [...]. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada estado miembro»). Aquesta aplicació directa exclou, perquè

15. L'afirmació que es fa en el text s'ha d'entendre en un sentit general, tot i que a vegades (vegeu *infra* nota 30) hom pot detectar una incorporació no ben ajustada d'alguna de les regles de la Dir. 99/44.

serien sobrereres, l'exigència i la necessitat de mesures d'incorporació¹⁶ i permet fer valer, a més d'aquell efecte exclouent de la norma interna no conforme, els drets i les obligacions emparats directament en la norma europea. Continua sent referent en aquest particular la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (STJUE) de 9 de març de 1978 (C-106/77, cas Simmenthal),¹⁷ que, a més de reconèixer aquell efecte (positiu) fonamentador de posicions jurídiques (ap. 15è), desenvolupa l'efecte (negatiu) d'exclusió de l'aplicabilitat de la norma interna no conforme, cosa que fa declarar: primer, que es predica igual si es tracta d'una norma anterior a la disposició europea o d'una de posterior (ap. 17è); segon, que aquesta no aplicació opera «de pleno derecho» (ap. 17è) i, en conseqüència, en cap cas no depèn de la derogació o, si escau, d'una declaració eventual de nul·litat o inconstitucionalitat de la norma nacional contrària (ap. 24).^{18,19} Això últim permet un darrer desenvolupament, a mode d'efecte negatiu reflex: certament, no cal, a fi d'invalidar la norma interna, que sigui derogada o declarada nul·la, però aquesta no aplicació tampoc no comporta derogació o expulsió de l'ordenament jurídic. És per això que la inaplicació és, des d'aquesta

16. Tot i que en poden ser necessàries d'execució o de desenvolupament, que també estaran lògicament subjectes a l'exigència de conformitat (vegeu *infra* nota 78).

17. ECLI:EU:C:1978:49.

18. El Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) ha declarat que, de cara a aquesta inaplicació, no és imprescindible plantejar abans una qüestió prejudicial davant del TJUE, tret que es tracti d'un òrgan judicial que esgoti la via jurisdiccional. Vegeu els apartats 53 de la Sentència de 19 de gener de 2010 (C-555/07, cas Seda Küçükdececi [ECLI:EU:2010:21]) i 32 de la Sentència de 5 d'abril de 2016 (C-689/13, cas Pulgigenica Facility Esco [ECLI:EU:C:2016:199]) i un comentari d'aquesta darrera a M. CIENFUEGOS ΜΑΤΕΟ, «Eficacia vinculante de la interpretación del Tribunal de Justicia e inaplicabilidad de las normas y prácticas nacionales limitativas del procedimiento de cuestiones prejudiciales. A propósito de la sentencia Pulgigenica Facility Esco, de 5 de abril de 2016», *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 41 [2017], p. 98-127.

19. Que el control de l'encaix o la conformitat de la legislació interna a l'europea correspon a la jurisdicció ordinària, sense que tampoc no hi hagi d'intervenir el Tribunal Constitucional (TC), ho declara aquest darrer en la Sentència 28/1991, de 14 de febrer (fonament jurídic [FJ] 7) (ECLI:TC:1991:28). Vegeu M. MARCO AVATO, «Una reflexión sobre la primacía del derecho europeo, la aplicación judicial de la norma y la producción normativa», *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 29 (2017), p. 34. Aquest autor empra la idea de *desplazament de la norma interna per l'europea*, que faria que la primera s'inapliqués. Aquesta mateixa idea («la capacidad de desplazar») és present en la Declaració 1/2004, del Tribunal Constitucional, de 13 de desembre, relativa a les relacions entre la Constitució espanyola i el dret de la UE (ECLI:ES:TC:2004: 1D) (FJ 4).

perspectiva, un efecte amb una intensitat mínima: la norma no serà aplicable en el sentit d'invocable,²⁰ però continuarà essent vàlida i vigent en l'ordenament intern.^{21,22} La inaplicació de la norma interna, entesa així, es predica indubtablement, ja s'ha dit, només de la que esdevingui no conforme al dret europeu d'aplicació directa.²³ Vin-

20. De fet, al marge de la invocació o al·legació per les parts, s'imposa un control d'ofici de la conformitat del dret intern a l'europeu per part dels òrgans judicials (vegeu STJUE Simmenthal, ap. 24: «[...] el juez nacional [...] está obligado a garantizar la plena eficacia de dichas normas dejando, si procede, inaplicadas, *por su propia iniciativa*, cualesquiera disposiciones contrarias de la legislación nacional»; la cursiva és nostra). La jurisprudència del TJUE no ha variat en aquest particular. Vegeu l'ap. 74 de la Sentència de 22 de juny de 2010 (assumptes C-188/10 i C-189/10, casos Melki i Abdali [ECLI:EU:C:2010:363]).

21. És per això que, per exemple, la derogació de la normativa europea que determinava la no conformitat de la norma interna farà que aquesta, si no ha estat derogada, recuperi la seva aplicabilitat plena. Vegeu, però, insistint en el fet que els estats han de derogar o modificar les normes internes no conformes al dret europeu a fi de garantir la seguretat jurídica, M. LÓPEZ ESCUDERO, «Primacía del derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 64 (2019), p. 794. Destaca la manca de mecanismes, en l'ordenament espanyol, de cara a eliminar *erga omnes* les lleis no conformes al dret europeu, (l'*Informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español*, de 14 de febrer de 2008; [vegeu: <<http://consejo-estado.es/pdf/Europa.pdf>>, p. 224 i 248 i seg.

22. Destaca que no hi ha «expulsió» de les normes incompatibles amb el dret europeu, ni tan sols quan aquesta incompatibilitat l'ha declarat el TJUE arran d'una qüestió prejudicial, E. COBREROS MENDAZONA, «Efectos de la sentencia prejudicial», *European Inklings* (dir.: R. Alonso García i J. I. Ugartemendia Eceizabarrena), núm. 4 (2014), *La cuestión prejudicial europea*, p. 140, on l'autora, a més, extreu una conseqüència d'aquesta no expulsió: «[...] con lo que no es, en absoluto, descartable, una aplicación incorrecta en el ordenamiento estatal del derecho europeo». Vegeu, a propòsit de la facultat d'interposar un recurs d'empara davant del TC, per infracció del dret a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), en aquells supòsits en què l'òrgan judicial intern ha acabat aplicant la norma interna declarada contrària al dret europeu pel TJUE i, per tant, ha fet «una selecció irracional de la norma jurídica aplicable al caso», la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 145/2012, de 2 de juliol (ECLI: ES:TC:2012: 145) (FJ 4), i la STC 75/2017, de 19 de juny (ECLI:ES:TC:2017:75) (FJ 1). Des d'una altra perspectiva, vegeu M. LÓPEZ ESCUDERO, «Primacía del derecho de la Unión Europea», p. 814. L'autor es planteja just la situació contrària, és a dir, què s'ha de fer si la inaplicació de la norma interna contrària al dret de la UE implica infringir o desconèixer un dret fonamental reconegut en la constitució nacional.

23. Contextualitzar la jurisprudència dictada en la matèria, a voltes molt generalista i sense matís quant a les modalitats del dret derivat a què es refereix, avala aquesta afirmació. Així, per exemple, en la STC 75/2017, de 19 de juny, s'afirma que, «[c]omo consecuencia de lo anterior, los jueces y tribunales ordinarios de los estados miembros, al enfrentarse a una norma nacional incompatible con el derecho de la Unión, tienen la obligación de inaplicar la disposición nacional, ya sea posterior o anterior a la norma de derecho de la Unión [...]». Esta obligación, cuya existencia es inherente al principio de primacía antes enunciado, recae sobre los jueces y tribunales de los estados miembros con independencia del rango de la norma nacional, permitiendo así un control desconcentrado, en sede judicial ordinaria, de la conformidad del derecho interno con el derecho de la Unión [...]» (FJ 2, *in fine*). En les tres sentències que el TC cita a fi de fonamentar el seu pronunciament, es plantejava la qüestió relativa a la inaplicació de normes internes per raó de la seva manca de conformitat a un reglament europeu (STJUE del cas Simmenthal [cit.] i STJUE de 5 d'octubre de 2010 [C-173/09, cas Elchinov; ECLI:EC:C:2010:581]) o al mateix TFUE (STJUE dels casos Melki i Abdali [cit.]). Aquesta darrera, però, té com a antecedent que cita (vegeu ap. 70) la STJUE de

cular aquest efecte a una directiva implica plantejar-se si la inaplicació de la norma interna pot vincular-se a una regulació europea que no té aplicació directa als estats (art. 288, 3r par., TFUE). Basten, en aquest context, dues reflexions.²⁴ Ambdues s'inclinen per la inaplicació. La primera seria que la manca d'aplicació directa de les directives implica negar a aquests instruments la força necessària i suficient tant per a excloure o desplaçar l'aplicació de la norma interna no conforme com per a generar *recta via* drets i obligacions. Aquesta negació, però, no pot desconnectar-se de l'efecte vinculant de les directives amb relació a l'«estado miembro destinatario» (art. 288 TFUE). Aquesta vinculació implica, objectivament, l'exigència d'emprendre totes les mesures necessàries per a assolir el resultat previst en la directiva; subjectivament, es projecta sobre totes les «autoridades» del dit estat (art. 288 TFUE).²⁵ La reflexió ulterior és fins a quin punt l'autoritat judicial, atès aquest deure d'actuació, està o no legitimada (o hauria d'estar o no legitimada) per a, senzillament, abstenir-se d'aplicar la norma interna no conforme.

La segona observació mena cap a les anomenades *directives d'harmonització plena* i, en especial, cap a les que pràcticament neguen qualsevol marge de maniobra als estats de cara a poder intensificar alguna de les mesures previstes. En aquests casos, les diferències entre directives i reglaments, quant al contingut de la regulació que acabarà esdevenint aplicable als estats, es desdibuixen: tota ella serà (en el cas dels reglaments) o coincidirà amb (en el cas de les directives) la que hagi aprovat la UE. La diferència entre un instrument i l'altre es redueix a l'esclatxa de discrecionalitat que continuen tenint els estats en el cas de les directives; esclatxa, però, que només és de caire formal i es projecta sobre la manera d'incorporar el contingut de les directives al dret intern (així, per mitjà d'una llei nova especial, d'una modificació d'una llei preexistent...). ¿Fins a quin punt, aleshores, considerant que l'opció de la directiva només

19 de gener de 2010 (C-555/07, cas Seda Küçükdececi; ECLI:EU:2010:21). Certament, en aquesta darrera sentència, que deriva d'un litigi entre particulars, el TJUE es pronuncia a propòsit d'una regulació nacional contrària al principi de no discriminació per raó d'edat (elevat a principi general del dret de la UE [ap. 21]) i a la Dir. 2000/78/CE, del Consell, de 27 de novembre de 2000, relativa a l'establiment d'un marc general per a la igualtat de tracte en el treball i l'ocupació. El TJUE acaba resolent que «[e]n tales circunstancias, corresponde a los jueces nacionales que conocen de un asunto [...] garantizar, en el marco de su competencia, la protección jurídica que confiere el derecho de la Unión a los justiciables, *dejando si es preciso sin aplicación cualesquiera disposiciones de la normativa nacional contrarias*» al dret de la UE (ap. 51) (la cursiva és nostra). En una sentència posterior s'aclareix que la inaplicació del dret nacional es predica perquè la regulació nacional vulnerava aquell principi de no discriminació que, previst en la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea, té eficàcia directa; la inaplicació, per tant, no derivava de la manca de conformitat a la directiva (vegeu STJUE de 14 de gener de 2014 [C-176/12, cas Association de Médiation Sociale; ECLI:EU:C:2014:2]).

24. Vegeu-ne una anàlisi més aprofundida *infra*, en l'apartat 4.

25. En aquest sentit, vegeu la STJUE del cas Seda Küçükdececi (cit.).

s'explica per tal que els estats conservin aquella llibertat formal, queda justificat que no es pugui inaplicar la norma interna no conforme?²⁶

2.2.2. *De la manca de conformitat de la norma interna... a la seva inaplicació: tipologia*

L'efecte de la inaplicació de la norma interna no conforme a una directiva, si s'admetés, inclouria una casuística molt àmplia en funció de quines fossin les raons de la no conformitat: si la disposició interna establís un requisit, una conseqüència, que impliqués protegir menys el consumidor del que ho fa la directiva, el dit requisit, conseqüència, etc., senzillament esdevindrien inaplicables.²⁷ I el mateix caldria dir de la norma interna que protegís més del que ho fes la directiva però aquesta fos d'harmonització plena o màxima.²⁸ La no aplicació hauria de ser selectiva en aquells

26. Probablement és menys vistent, però, ben mirat, es podria dir el mateix en cas d'una directiva de mínims quan la norma interna no respecta el llindar mínim de protecció que estableix el text europeu. Aleshores, el plantejament hauria de ser si cal entendre justificat que, per a permetre als estats intensificar més la protecció (i, és clar, decidir formalment com s'ha d'incorporar), el jutge no pugui abstenir-se d'aplicar la norma interna que infringeix aquelles mesures mínimes.

27. Per exemple, la Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (STJCE) de 13 de desembre de 2001 (C-481/99, cas Heininger; ECLI:EU:C:2001:684) va declarar contrària a la Dir. 577/85 la norma interna que establia que el dret de revocació del consumidor caducava transcorregut un any d'ençà de l'atorgament del contracte. L'art. 5 Dir. 577/85 preveia que aquell dret es podia exercir en el termini de set dies d'ençà de la recepció de la documentació prevista en l'art. 4 Dir. 577/85. Per tant, segons la Directiva, a manca de documentació, no podia iniciar-se el còmput del termini per a revocar. I una norma interna que, en aquests casos, en preveia la caducitat al cap de l'any, rebaixava el llindar de protecció imposat pel text europeu. Per la seva banda, la STJUE de 14 de juny de 2012 (C-618/10, cas Banco Español de Crédito; ECLI:EU:C:2012:349) va declarar que era contrària a l'art. 6 Dir. 93/3 la facultat integradora que l'art. 83 del Reial decret llei [RDL] 1/2007, text refós de la Llei general per a la defensa de consumidors i usuaris, atorgava al jutge. A parer del TJUE, aquesta integració no s'avenia amb l'art. 6 Dir. 93/3, que, com que estableix que les clàusules abusives no vinculen el consumidor, imposa la seva expulsió del contracte, sense que el buit que deixen sigui integrable pel jutge d'acord amb l'art. 1258 CE i el principi de bona fe (vegeu, quant a la reforma d'aquest precepte en el sentit indicat pel TJUE, l'apartat III del preàmbul de la Llei 3/2014, de 27 de març, de modificació del text refós de la Llei general per a la defensa de consumidors i usuaris). En termes semblants, la STJUE de 7 de novembre de 2019 (C-349/18 i C-351/18, cas Nationale Maatschappij; ECLI:EU:C:2019:936) resol que la Dir. 93/3 s'oposa igualment a la norma nacional que permet que el jutge pugui modular l'import d'una clàusula penal considerada abusiva.

28. N'és un clar exemple l'art. 107.1, par. 2, RDL 1/2007, en la versió introduïda per la Llei 3/2014 arran de la incorporació al dret estatal de la Dir. 2011/83. Segons aquest precepte, un cop exercit el desistiment pel consumidor, si el professional no reemborsava el preu satisfet en el termini de catorze dies, aquell li podia reclamar una penalització consistent en l'import doblat del preu pendent d'abonament. Aquesta penalització no es considera en la Dir. 2011/83 i, tot i que la dita mesura es podia concebre com una manera d'intensificar la protecció del consumidor, l'estratègia d'harmonització plena (art. 4 Dir. 2011/83) no admet disposicions diferents de les contingudes en la norma europea (vegeu la disposició final primera, que su-

supòsits en què la norma nacional tingués un àmbit d'aplicació, subjectiu i/o objectiu, que excedís el previst en la directiva: es tractaria, aleshores, d'aplicar-la només en aquells supòsits en què el contracte atorgat quedi comprès en l'àmbit d'aplicació de la norma europea, però no en els altres casos.²⁹ La situació seria també particular si la manca de conformitat obeís a la manca d'incorporació d'un dret, una facultat, un supòsit, una excepció, un termini, un requisit... Aleshores, la no aplicació caldria reprojectar-la: no hauria d'implacar tant desconèixer o rebutjar l'aplicació d'allò que sí que està previst, sinó entendre que el silenci quant a l'aspecte no incorporat (sia un dret, sia una facultat, sia un requisit...) no determina la negació del dret o la facultat, la inexigibilitat del requisit, la inoposabilitat de l'excepció, la irrellevància del supòsit, etcètera.³⁰ Dit altrament, el fet de no considerar o recollir un determinat

primeix aquesta penalització, del RDL 9/2007, de 26 de maig, pel qual es transposen directives de la Unió Europea en els àmbits financer, mercantil i sanitari, i sobre el desplaçament de treballadors).

29. Basti novament la referència a l'art. 621-41.1.2 CCCat amb relació a la Dir. 99/44 i, en concret, als seus art. 3.5 i 3.6. L'art. 621-41.1.2 CCCat és doblement general: primer, perquè s'aplica tant si el contracte atorgat és una compravenda de consum com si no concorren els requisits de l'art. 621-2 CCCat; segon, perquè regeix en cas d'incompliment de qualsevol de les obligacions establertes, per qualsevol de les dues parts. El control de conformitat a la Dir. 99/44 (i, per tant, una inaplicació eventual per oposar-se o contradir aquest text) no escaurà quan la compravenda atorgada no sigui de consum, ni quan, tot i ser-ho, l'obligació incomplerta no sigui la relativa a garantir la conformitat del bé (en canvi, afecta la de lliurar el bé o la de pagar el preu).

30. L'art. 621-41.1 i 2 CCCat n'és també un exemple. Només s'hi preveu la resolució per incompliment essencial. Atès que la norma no supedita la resolució a un intent fracassat de compensació (tal com preveu l'art. 3.5 Dir. 99/44), hom podria entendre que intensifica el nivell de protecció previst en la Dir. 99/44, ja que permet recórrer directament a la resolució, només, si l'incompliment és greu. Des d'aquesta perspectiva, el precepte, per si sol, no s'oposa a la Dir. 99/44. La manca de conformitat obeix, en canvi, al fet de no preveure la facultat de resoldre per al cas d'incompliment no greu. En aquest context, i com a mínim, la no aplicació de la norma interna no conforme al dret europeu justificaria que no es pogués negar al consumidor la facultat de resoldre el contracte en cas d'incompliment no greu, basant-se en el fet que l'art. 621-41.1 i 2 CCCat exigeix aquesta gravetat (vegeu L. ARNAU RAVENTÓS, «La conformitat de la prestació al contracte: qüestions des del Codi de consum», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA [coord.], *Els reglaments europeus i l'evolució del dret català de contractes, família i successions*, Girona, Documenta Universitaria, 2019, p. 99).

Per la seva banda, les sentències del TJUE de 14 de juny de 2012 (C-618/10, cas Banco Español de Crédito) (cit.) i de 14 de març de 2013 (C-415/11, cas Aziz) (ECLI:EU:C:2013:164) declaren que la no conformitat del dret espanyol a la Dir. 93/13 obeix a la insuficiència de mecanismes processals de protecció del consumidor davant de clàusules abusives. En concret, en la darrera sentència es diu que s'oposa a la Dir. 93/3 «una normativa de un estado miembro [...] que, al mismo tiempo que no prevé [...] la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, no permite que el juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, adopte medidas cautelares [...], cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final» (com se sap, la Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per a reforçar la protecció dels deutors hipotecaris, reestructuració del deute i lloguer social, va introduir l'ap. 4 de l'art. 695 LEC, que permet, en el procediment executiu, oposar el caràcter

aspecte no hauria de permetre, basant-se precisament en aquest buit, negar-lo o desconèixer-lo.

2.3. EL LEGISLADOR CATALÀ: NOMÉS *POT* O *HA DE* MANTENIR EL DRET CATALÀ CONFORME A L'EUROPEU?

El Tribunal Constitucional (TC), en la Sentència 54/2018, de 24 de maig,³¹ reitera el principi ja consolidat segons el qual l'execució del dret europeu no altera el sistema constitucional de distribució de competències entre l'Estat i les comunitats autònomes.³² Així es recull també expressament en l'article 189.1, *in fine*, EAC.³³ Aquest principi parteix de l'autonomia institucional reconeguda per la UE als estats membres; autonomia que, quant a la transposició de directives, implica reconèixer que són ells, els estats, i no la UE, els que determinen qui i com cal efectuar aquesta incorpo-

abusi de la clàusula contractual determinant de l'execució o de la quantia per la qual s'executa [vegeu el preàmbul de la Llei 1/2013, par. 16]). Per la seva banda, el TJUE, en la Sentència de 14 de juny de 2012, afegeix que la Dir. 93/3 «[...] se opone a una normativa de un estado miembro [...] que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, examine de oficio el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor [...]» (avui permet aquest examen l'art. 815.4 LEC, afegit per l'art. únic (ap. 76) de la Llei 42/2015, de 5 d'octubre, de reforma de la Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil [vegeu-ne el preàmbul, ap. v]).

31. Resol el recurs d'inconstitucionalitat presentat contra la Llei 20/2014, de 29 de desembre, del Parlament de Catalunya, de modificació de la Llei 20/2010, del Codi de consum de Catalunya (CcoCat), per a la millora de la protecció de les persones consumidores en matèria de crèdits i préstecs hipotecaris, vulnerabilitat econòmica i relacions de consum.

32. En concret: «En su faceta estrictamente competencial, sobre la ejecución del derecho europeo, las normas que han de servir de pauta para la resolución de estos conflictos son exclusivamente las de derecho interno que establecen el orden de distribución de competencia entre el Estado y las CCAA, ya que, como este Tribunal ha declarado en anteriores ocasiones (SSTC 252/1988, 64/1991, 76/1991, 115/991 y 236/1991), “la traslación de la normativa comunitaria derivada al derecho interno ha de seguir necesariamente los parámetros constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las CCAA, criterios que [...] no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias” [...]. En otras palabras, “no existe una competencia específica para la ejecución del derecho comunitario”. Para el enjuiciamiento propio de este proceso constitucional, la consecuencia de esta doctrina es que el grado de ejecución del derecho europeo presenta carácter neutro, en el sentido de que no modifica las reglas constitucionales y estatutarias de reparto de competencias [...]» (FJ 6, 2n i 3r par.).

33. A propòsit de la norma, parla «[...] de un tipo especial de competencia sobre materias sobre las que se tiene competencia», X. ARZOZ SANTISTEBAN, «La transposición de directivas», p. 524. Vegeu, també, M. PALOMARES AMAT, «Las relaciones entre la Generalitat de Cataluña y la Unión Europea en el Estatuto de autonomía de Cataluña de 2006», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 13 (2007), p. 10.

ració.³⁴ En aquest context, interessa només destacar alguns aspectes relatius a aquell marc competencial.

— El primer incideix en la competència del legislador català per a incorporar directives que enclouen normes de dret privat en matèria de contractació amb consumidors (art. 113 i 189.1 EAC).³⁵ Els pressupòsits són la naturalesa civil de l'objecte

34. Vegeu la STJCE de 15 de novembre de 1971 (C-51/71, C-52/71, C-53/71, C-54/71, cas *International Fruit Company*; ECLI:EU:C:1971:128). Aquella autonomia s'expressa indicant que «[...] cuando las disposiciones del Tratado o de los reglamentos reconocen facultades a los estados miembros o les imponen obligaciones en el marco de la aplicación del derecho comunitario, la forma en que los estados pueden atribuir el ejercicio de tales facultades y el cumplimiento de dichas obligaciones a determinados órganos internos depende únicamente del sistema constitucional de cada estado» (ap. 3). Vegeu també la STJCE de 14 de gener de 1988 (C-227/85 a C-230/85, cas *Comisión versus Reino de Bélgica*; ECLI:EU:C:1988:6). La Sentència es pronuncia sobre la responsabilitat de Bèlgica per la manca d'incorporació de quatre directives. Segons el dret nacional, la competència per a executar-les corresponia a les regions, però només algunes ho havien fet dins de termini, i queda provat que «la legislación belga no atribuye al Estado la facultad de obligar a las regiones a aplicar la legislación comunitaria o de sustituirlas procediendo directamente a esta aplicación en caso de retraso persistente por su parte» (ap. 8). El TJCE, després d'insistir en l'autonomia institucional («[...] todo estado es libre para distribuir, como considere oportuno, las competencias internas y de ejecutar una directiva por medio de disposiciones de las autoridades regionales o locales [...]» [ap. 9]), estableix que aquest mateix principi no pot excusar l'incompliment estatal a l'hora d'incorporar a temps el dret europeu («[...] es jurisprudencia constante que un estado miembro no puede ampararse en disposiciones, prácticas o situaciones de su ordenamiento jurídico interno para justificar el incumplimiento de las obligaciones que le incumben en virtud del derecho comunitario» [ap. 10]). Insisteix en la responsabilitat última dels estats per la manca d'incorporació A. M. CARMONA CONTRERAS, «Tratado de Lisboa y organización territorial de los estados: ¿nada nuevo bajo el sol?, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23 (2009), p. 242, nota 11.

D'altra banda, rebla el reconeixement, per part de la UE, de l'existència d'estats plurilegislatius (i, per tant, d'una atribució eventual de la competència per a transposar directives a aquestes entitats subestats) el fet que molts reglaments en matèria de dret aplicable preveuen el supòsit (només a tall d'exemple, art. 36 Reglament, del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de juliol, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions judicials, a l'acceptació i l'execució dels documents públics en matèria de successions *mortis causa* i a la creació d'un certificat successori europeu; art. 33 Reglament 2016/1103, del Consell, de 24 de juny de 2016, pel qual s'estableix una cooperació reforçada en l'àmbit de la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de resolucions en matèria de règims econòmics matrimonials; art. 22 Reglament núm. 593/2008, del Parlament Europeu i del Consell, de 17 de juny de 2008, sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals, etc.).

35. No sovinteja que s'esmentin ambdós preceptes (art. 113 i 189.1 EAC) a l'hora de justificar la competència per a incorporar una directiva al dret català. És per això que destaca la menció que sí que es fa, per exemple, al 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.

regulat i la competència legislativa del Parlament de Catalunya en l'àmbit civil³⁶ (art. 149.1.8 CE i 129 EAC). La raó de la civilitat de la matèria és que no hi ha ni tan sols una norma que prediqui l'especialitat (*rectius*, la mercantilitat) dels negocis atorgats per consumidors. De fet, si hi fos, probablement bastaria per a atribuir-los caràcter mercantil; ho faria, però no sense que deixés de trontollar el fonament mateix d'una autoqualificació d'aquest tipus, i això perquè difícilment es podria justificar que la condició generalitzada de consumidor i la generalitat dels seus actes contractuals fossin objecte d'una legislació especial pensada, principalment, per a empresaris i comerciants, és a dir, per a actuacions professionals en el mercat.³⁷ La Sentència del Tribunal Constitucional 132/2019³⁸ justifica la naturalesa civil del contracte basant-se en la major atenció que cal projectar sobre el consumidor que no pas sobre el venedor

36. Se'n va tractar, més àmpliament, a L. ARNAU RAVENTÓS, «La noció de *consumidor* i la incorporació de les normes en matèria de contractació amb consumidors al llibre sisè del Codi civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 9 (2008), p. 29 i seg.

37. Vegeu, a propòsit del caràcter mercantil que l'Avantprojecte de llei del Codi de comerç, de maig de 2014 (accessible a: <www.nuevocodigomercantil.es/pdf/Anteproyecto_LEY_CMer.pdf>), predicava dels contractes atorgats amb consumidors (en concret, en l'art. 001-3.2), F. OLIVA BLÁZQUEZ, «El Anteproyecto de Código de comercio en el contexto del proceso internacional de unificación del derecho privado de los contratos», *Revista de Derecho Civil*, vol. I, núm. 3 (juliol-setembre 2014), p. 15; M. PAZ GARCÍA RUBIO, «La mercantilización del derecho civil. A propósito del Proyecto de Código mercantil en materia de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia*, any 69, núm. 2178 (2015), p. 11.

38. Aquesta Sentència, de data 13 de novembre de 2019, resol el recurs d'inconstitucionalitat contra determinats articles de la Llei 3/2017, de 15 de febrer, del Parlament de Catalunya, del llibre sisè del Codi civil de Catalunya (ECLI:ES:TC:2019:132).

professional.^{39,40} El desenvolupament ulterior que hauria de permetre aquest criteri, atès el caràcter paradigmàtic del contracte de compravenda, seria confirmar la naturalesa també civil de la resta de contractes atorgats per consumidors.

— La competència legislativa del Parlament de Catalunya en matèria de contractació amb consumidors ha de respectar el que siguin o s'entengui que són les «bases de las obligaciones contractuales» (art. 149.1.8 CE); eventualment, també altres «bases» que no es prediquen de l'instrument jurídic (com és l'obligació contractual en l'art. 149.1.8 CE), sinó d'un sector econòmic o del mercat en el qual, entre altres actes jurídics, s'atorguen contractes amb consumidors (per exemple, l'energètic

39. FJ 2, par. 3r. La delimitació de la condició de consumidor que fa la Sentència no és del tot acurada, ja que s'hi diu: «[...] su posición en el contrato de compraventa es típica de las relaciones civiles, porque actúa con una finalidad esencialmente privada y sin ánimo de lucro, de tal suerte que el bien adquirido queda en su propio círculo sin reintroducirlo en el mercado ni destinarlo a su oficio o profesión». Aquesta afirmació suggereix, com a mínim, dos comentaris. El primer és que, ja que tracta de pronunciar-se sobre una llei aprovada pel Parlament de Catalunya, la referència al concepte de *consumidor* hauria de tenir present, encara que sigui de passada, el que proporciona l'ordenament català (art. 111-2 Llei 22/2010, del Codi de consum de Catalunya), però ni s'esmenta. El segon s'adreça a desmentir dues de les característiques que, a mode d'índexs tipificadors, s'atribueixen a la condició de consumidor. Ni en el dret català (art. 111-2 CcoCat), ni en la definició general que, pel que fa al dret estatal, proporciona l'art. 3 RDL 1/2007, l'absència d'«ànimo de lucre» i la no reintroducció del producte en el mercat són trets definidors. L'absència d'ànimo de lucre es predica, d'ençà de la reforma del RDL 1/2007 per la Llei 3/2014, de 27 de març, només de les persones jurídiques i entitats sense personalitat jurídica; no pas, per tant, quan es tracta de persones físiques (vegeu M. J. MARÍN LÓPEZ, «¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro? La doctrina del TS contenida en la STS de 16 de enero de 2017», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 20 [2016]). Que el consumidor fos destinatari final o que no reintrodís el producte en el mercat es considerava com a element tipificador del concepte de *consumidor* en l'art. 1.2 Llei 26/1984, de 19 de juliol. És un requisit que desapareix (malgrat que en predica la supervivència l'exposició de motius, ap. III, par. 1, RDL 1/2007) en l'art. 3 RDL 1/2007 perquè és una exigència no prevista en el dret europeu; és per això que el contractant medial no especialista (és a dir, qui de manera no professional contracta béns o serveis a fi de reincorporar-los al mercat) també és o ha de ser consumidor.

40. Destaca, i comparteix aquesta reconducció del contracte cap a la seva civilitat, M. P. GARCÍA RUBIO, «Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil», *Revista de Derecho Civil*, vol. VI, núm. 4, p. 5 i 10. En el mateix sentit, vegeu M. C. GETE-ALONSO CALERA, «La STC 132/2019, sobre el llibre sisè del Codi civil de Catalunya, en matèria d'obligacions i contractes», *Revista Catalana de Dret Públic* [blog], 4 de març de 2020 (accessible a: <<http://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2020/03/04/la-stc-132-2019-sobre-el-llibre-sise-del-codi-civil-de-catalunya-en-materia-dobligacions-i-contractes-ii-nota-sobre-la-sentencia-m-del-carmen-gete-alonso>>; última consulta: 29 maig 2020), que afegeix que el contracte de compravenda de consum en cap cas encaixa en la definició de *compravenda mercantil* de l'art. 325 del Codi de comerç. Quant a la jurisprudència constitucional prèvia a la STC 132/2019 i a l'al·legació recurrent, sense matisos ni distincions, dels títols competencials dels art. 148.1.6 i 148.1.8 CE, vegeu I. DURBÁN MARTÍN, «Derecho privado y competencias autonómicas sobre consumo y comercio interior en la doctrina del Tribunal Constitucional», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 30 (gener-desembre 2016), p. 257-288.

[art. 149.1.25 CE)],^{41,42} En aquest context, interessa novament aprofitar la identificació que, en termes de legislació bàsica i de desenvolupament, fa el TC de les «bases» de l'article 149.1.8 CE,⁴³ i interessa fer-ho, com a mínim, als efectes del que preveu l'article 189.3 EAC.⁴⁴ Partint d'aquella equiparació i del que permet aquest darrer precepte, hom pot acabar conclouent que la legislació catalana d'incorporació d'una

41. Vegeu, a tall d'exemple, la STC 62/2016, de 17 de març de 2016 (ECLI:ES:TC:2016:62), a propòsit de la constitucionalitat del Decret llei 6/2013, de 23 de desembre, del Parlament de Catalunya, de modificació de la Llei 22/2010, del Codi de consum. El recurs s'havia plantejat perquè s'entenia que algunes de les disposicions impugnades vulneraven la normativa bàsica de l'Estat en matèria d'energia elèctrica i gasística (art. 149.1.25 CE). L'escenari es reproduïx en la STC 54/2018, de 24 de maig (ECLI:ES:TC:2018:54), que resol el recurs interposat contra la Llei 20/2014, de 29 de desembre, del Parlament de Catalunya, de modificació de la Llei 22/2010, del Codi de consum. En aquesta ocasió, a més de la vulneració de la normativa bàsica estatal en matèria d'energia, també s'al·legava, pel que fa a les normes incorporades al CcoCat en matèria de crèdits i préstecs hipotecaris, la infracció de la legislació estatal relativa a les «bases de la ordenació del crèdit» (art. 149.1.11 CE).

42. La STC 132/2019 (cit.) considera que l'art. 621-2 CCCat, que defineix la compravenda de consum, no contradiu la legislació bàsica estatal perquè «al introducir la compraventa de consumo en la regulación general del contrato de compraventa que efectúa el Código civil de Cataluña, no tiene más alcance que el de incorporar a este texto legal este tipo contractual *de acuerdo con lo dispuesto en la legislación básica estatal*—art. 59 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios— [...]» (la cursiva és nostra) (FJ 7B). La declaració propicia, com a mínim, quatre comentaris: el primer és que no queda emparada constitucionalment una suposada competència de l'Estat quant a la legislació bàsica en matèria de «consum», entès com un *totum* (vegeu J. SALAS, «Defensa del consumidor y competencias de los diversos entes territoriales», *Revista de Administración Pública*, núm. 119 [maig-agost 1989], p. 53); el segon, derivat de l'anterior, és que esdevé del tot injustificada la qualificació de «bàsica» de la definició que fa l'art. 59 bis RDL 1/2007 del *contrate de compravenda* (i que, de fet, deriva de la incorporació al dret intern de l'art. 2.5 Dir. 2011/83); el tercer és que aquesta qualificació de *bàsica* tampoc no pot emparar-se en la competència estatal en matèria de «bases de les obligacions contractuals» si, tal com entén el TC (STC 132/2019, FJ 6), aquestes bases han de representar un mínim normatiu comú a tots els contractes, però sense incloure la regulació específica d'un tipus contractual concret; el darrer comentari és que sobta que la conformitat amb l'art. 59 bis RDL 1/2007 es prediqui de l'art. 621-2 CCCat, que no enclou cap definició de *compravenda*, i que, si de cas, aquesta conformitat no es relacioni amb l'art. 621-1 CCCat, que és el que descriu el tipus contractual i regeix tant si es tracta d'una compravenda de consum com si no.

43. Vegeu M. P. GARCIA RUBIO, «Incertidumbre y alguna cosa más», p. 7 i 27-29, qui no comparteix l'equiparació.

44. Precepte declarat constitucional per la STC 31/2010, de 28 de juny, que resol el recurs d'inconstitucionalitat plantejat contra la Llei orgànica 6/2006, de 19 de juny, de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya (ECLI:ES:TC:2010:31). El TC es cuida molt de matisar que l'art. 189.3 EAC en cap cas no implica una negació o un desconeixement de la competència estatal per a dictar, en un futur, normativa bàsica (vegeu FJ 112, 118 i 123 STC 31/2010). De fet, aquell precepte senzillament permet a la Generalitat de Catalunya desenvolupar la legislació europea que s'arribi a aprovar i que substitueixi la normativa bàsica estatal. Vegeu M. CIENFUEGOS MATEO, «Comunidades autónomas, tribunales de la Unión Europea y responsabilidad por el incumplimiento autonómico del derecho comunitario. Reflexiones a partir de la práctica reciente», *Revista d'Estudis Autonòmics i Federals*, núm. 5/2007, p. 54, que destaca que aquesta substitució és més justificada quan menys marge de maniobra reconegui la norma europea al dret intern.

directiva en cas cap no podria ser inconstitucional per incidir o infringir les bases de les obligacions contractuals; la raó seria que, si hi fossin (és a dir, si la regulació europea abastés aspectes o elements enclosos dins del concepte de *bases*), la dita regulació ocuparia el lloc de les «bases» de fixació estatal (d'acord amb l'art. 149.1.8 CE), tot desplaçant-les, de tal manera que el legislador català podria incorporar la directiva sense que, en fer-ho, envaís cap àmbit competencial aliè.⁴⁵

— El concepte de *competència* remet a la idea de legitimació o habilitació per a actuar eficaçment. L'exercici d'aquesta legitimació és voluntari; és per això que la subsidiarietat del dret estatal (art. 149.3 CE) abasta els supòsits en què el legislador català no ha legislat, de moment, sobre una determinada matèria, tot i tenir competència legislativa per a fer-ho.⁴⁶ En el context de transposició de directives europees, és clar que els destinataris del deure d'incorporar o transposar són els estats membres i que seran ells els responsables davant la UE en cas de no fer-ho. En aquest context, l'autonomia institucional reconeguda als estats determina: en primer terme, que l'exercici de la competència legislativa de l'Estat en matèria de dret civil (art. 149.1.8 CE) deixa de ser voluntari, de manera que caldrà exercir-la de cara a incorporar el text europeu; en segon terme, que el coixí de la subsidiarietat del dret estatal (art. 149.3 CE) sembla que, en canvi, no altera l'exercici no degut, per part del legislador català, de la competència per a transposar la directiva europea de què es tracti. En aquest context, el dret català no serà conforme a l'europeu⁴⁷ i no ho serà per deixadesa del legislador

45. És en aquesta línia que, a propòsit de la inspiració del legislador català en el dret europeu a l'hora de regular el contracte de compravenda, A. Vaquer Aloy defensa que «[e]ste derecho contractual europeo puede equipararse hoy a las verdaderas bases de las obligaciones desde el momento que el propio Tribunal Supremo lo está utilizando para remediar la vetustez del Código civil español» (a P. del POZO CARRASCOSA, A. VAQUER ALOY i E. BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid i Barcelona, Marcial Pons, 2018, p. 21). Però M. P. GARCÍA RUBIO, «Incertidumbre y alguna cosa más», p. 16, nota 21, adverteix que «los estados puedan considerar básico algo que no lo es en otro estado, siempre que no contradiga el derecho de la Unión».

46. Quant a la supletorieta del dret estatal, vegeu *infra* l'ap. 4.1.2.2.

47. Hom no pot descartar (vegeu *supra* l'ap. 2.1) que el dret català sigui conforme a l'europeu prescindint de tota incorporació. Un altre exemple: l'art. 621-44 CCCat amb relació a l'art. 10.4 Dir. 2019/771. Aquest darrer estableix, pel que fa als remeis per manca de conformitat, que els terminis de prescripció que, si escau, consideri la legislació interna han de permetre que el consumidor pugui reclamar en cas de manca de conformitat manifestada o produïda durant l'anomenat *termini de garantia* (art. 10.1, 2 i 3 Dir. 2019/771). La finalitat del precepte és impedir que regeixin terminis interns de prescripció (p. ex., d'un any d'ençà del lliurament) més curts que el termini de garantia (com a regla general, de dos anys des del lliurament [art. 10.1, 2 i 3 Dir. 2019/771]). En aquest context, atès que el dret català considera un termini per a exercitar les accions de tres anys a comptar des que el consumidor coneix o pot conèixer la manca de conformitat (art. 621-44.3 CCCat), queda garantida, temporalment, la viabilitat de la reclamació del consumidor. No cal, doncs, modificar l'art. 621-44 CCCat a fi d'ajustar-lo al dret europeu. Per altra banda, ara per ara, la conformitat de l'art. 621-44 CCCat a l'art. 5.1 Dir. 99/44 (que preveu un termini de prescripció de dos anys d'ençà del lliurament) s'explica perquè, es miri com es miri, el dret català estableix un termini més llarg que el que preveu, amb caràcter mínim, el dret europeu (art. 8 Dir. 99/44).

català a l'hora d'exercitar una competència. En canvi, en l'àmbit europeu, si la directiva sí que ha estat incorporada correctament al dret estatal, no hi haurà incompliment quant al deure de transposició. A més, la regla de la subsidiarietat (art. 149.3 CE) garanteix, matisadament, que la dita regulació s'apliqui també als territoris amb dret propi però que han optat per no exercir la seva competència.⁴⁸

La coherència del sistema trontolla i ho fa en un doble sentit. El primer és intern: no s'entén que el manteniment o l'adopció d'un dret conforme a l'europeu per part del legislador català sigui talment discrecional. Certament, no hi ha exigibilitat.^{49,50} En qualsevol cas, però, el legislador català s'hauria de sentir interpel·lat i hauria d'entendre com a deguda, com obligatòria també és per a l'Estat, la transposició de la directiva de què es tracta.^{51,52,53} El pas que caldria fer seria el de l'exercici de les com-

48. Vegeu *infra* l'ap. 4.1.2.2.

49. Vegeu, però, l'art. 196.4 EAC, que imposa a la Generalitat, «en l'àmbit de les seves competències», l'adopció de «les mesures necessàries per a executar les obligacions derivades dels tractats o convenis internacionals» i que «vinculin a l'Estat», ja que una d'aquestes obligacions té per objecte la transposició de directives (art. 288, 3r par., TFUE). Aquesta interpretació, però, topa amb l'escull de la ubicació sistemàtica de l'art. 196 EAC, que se situa fora del capítol II («Relacions de la Generalitat amb la Unió Europea») del títol V («De les relacions institucionals de la Generalitat»).

50. Vegeu, amb una proposta de mecanismes de repercussió en les comunitats autònomes de les responsabilitats financeres de l'Estat per incompliment del dret europeu, l'*Informe del Consejo de Estado sobre las garantías del cumplimiento del derecho comunitario*, de desembre de 2010 (disponible a: <www.consejo-estado.es/pdf/derecho%20comunitario.pdf>, p. 266 i seg.).

51. Caldria generalitzar, doncs, la percepció d'«obligación» que s'expressava, literalment, en el preàmbul del Decret 168/1994, de 30 de maig, de reglamentació de les agències de viatge. Fent referència a la Dir. 90/314, el Govern català apel·lava a les seves competències en matèria de turisme i afegia que la Directiva «obliga a adequar el Decret 45/1988, de 13 de gener» (la cursiva és nostra).

52. Vegeu l'*Informe del Consejo de Estado sobre la inserción*, p. 40. S'hi expressa la idea que la manca d'incorporació de directives per part de les comunitats autònomes obeeix a «la convicció de que la regulació material, con independencia de quien sea el autor de la transposición, y a la vista de la formulación acabada de muchas directivas, será la misma». En termes molt semblants, M. P. García Rubio es planteja si té sentit una doble regulació (estatal i autonòmica) que obeeixi a la incorporació d'una mateixa directiva, atès que, si es tracta d'un text d'harmonització plena, ambdues regulacions pràcticament coincidirán (vegeu M. P. GARCÍA RUBIO, «Presente y futuro del derecho civil español en clave de competencias normativas», *Revista de Derecho Civil*, vol. IV, núm. 3 [2017], p. 33). La incongruència que suggereix l'autora, però, és la mateixa que hom pot detectar també en l'àmbit europeu: es promou l'adopció de mesures nacionals que acabaran coincidint. Per què, aleshores, no es pot emprar directament un reglament? Probablement perquè la UE considera que, d'acord amb el principi de proporcionalitat (art. 5.4 TFUE) i de cara a l'assoliment dels seus objectius, és suficient la uniformització material que, segons la seva major o menor rigidesa, comportarà l'harmonització plena, però respectant la llibertat dels estats quant a la manera o el mode d'implementar aquestes mesures.

53. Al major protagonisme reclamat en «fase ascendente», és a dir, en l'elaboració de normes i la presa de decisions comunitàries, li hauria de correspondre «en fase descendente» (a l'hora d'aplicar i executar el dret europeu) un activisme també major (pel que fa a aquella reclamació, vegeu E. ALBERTÍ ROVIRA, «Les

petències.⁵⁴ Externament, en l'àmbit europeu, el reconeixement, per part de la UE, de la realitat plurilegislativa d'alguns dels seus estats membres⁵⁵ hauria de permetre estendre l'exigibilitat d'aquesta actuació a les entitats territorials a les quals el dret intern atribueix competència per a transposar; també, l'exigència de responsabilitat en cas de no fer-ho.

3. ALGUNS ESCENARIS I ALGUNS EXPONENTS

La manca de conformitat del dret intern per no avenir-se a una directiva demana, lògicament, que aquesta hagi estat aprovada, hagi entrat en vigor i siguin aplicables les mesures internes de transposició.⁵⁶ En qualsevol altre cas, no hi ha referent que permeti exigir ni valorar la conformitat del dret intern a l'europeu.⁵⁷

3.1. MANCA DE CONFORMITAT ORIGINÀRIA I MANCA DE CONFORMITAT SOBREVINGUDA

D'escenaris, se'n poden identificar dos. El primer seria el de la manca de conformitat originària. Apel·laria a aquells supòsits en els quals el legislador català no ha in-

regions dins la nova Unió Europea. El llarg camí cap a una presència directa de les regions dins la Unió Europea», *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 29 [2003], p. 172).

54. Vegeu el preàmbul, par. 2, de la Llei 22/2010, del 20 de juliol, del Codi de consum de Catalunya. Es fa una menció expressa de l'art. 113 EAC, tot reconeixent que la normativa comunitària en matèria de consum esdevé un dels eixos d'actuació de la UE. Tot i així, s'anticipa l'adaptació del dret català només a determinades directives (en concret, a la Dir. 2005/29/CE, del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de maig de 2005, sobre les pràctiques comercials deslleials de les empreses en la seva relació amb els consumidors, i a la Dir. 2006/123/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre, relativa als serveis en el mercat interior [preàmbul, ap. III, de la Llei 22/2010]).

55. Vegeu, per exemple, l'art. 25.1 Reglament (CE) núm. 864/2007, del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de juliol de 2007, relatiu a la llei aplicable a les obligacions excontractuals, i l'art. 22.1 Reglament (CE) núm. 593/2008, del Parlament Europeu i del Consell, de 17 de juliol de 2008, sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals. Ambdós preceptes presenten la mateixa redacció («Cuando un estado se componga de varias unidades territoriales con sus propias normas en materia de obligaciones extracontractuales, cada unidad territorial se considerará como un país a efectos de la determinación de la ley aplicable según el presente Reglamento»).

56. La dissociació entre l'entrada en vigor de la directiva i l'aplicació del dret intern d'incorporació es visualitza, per exemple, en l'art. 24.1 Dir. 2019/771. Amb caràcter general, les mesures estatals poden entrar en vigor i aplicar-se abans del moment previst a aquests efectes en la directiva que escaigui. Des d'aquesta perspectiva, la fixació, per part del text europeu, de l'inici de l'aplicació implica només la fixació del moment a partir del qual és exigible la conformitat del dret intern a la directiva, però sense prejutjar ni impedir una aplicació prèvia. Aquesta regla general queda alterada en la Dir. 2019/771, que en el seu art. 24.2 no permet que les mesures que considera s'apliquin a contractes atorgats abans de l'1 de gener de 2022.

57. Vegeu, quant a l'exigència de conformitat en un moment previ, *infra* l'ap. 4.1.2.1.

corporat la directiva que, per primera vegada, considera i regula, en l'àmbit europeu, una determinada modalitat de contractació o la contractació d'un determinat servei o producte o, en fi, algun aspecte relacionat. Al seu torn, aquesta situació permet distingir entre dos supòsits més, en funció de si el dret català, abans de la irrupció del text europeu, ja considerava i regulava aquell model o tipus negocial concret, aquella qüestió específica, o, en canvi, no ho feia. En aquest darrer supòsit, la situació és de manca de regulació pròpia sobre una matèria concreta i de manca de transposició de la directiva que s'hi refereix; de retruc, la situació també és de manca de conformitat. Un exemple és el crèdit al consum^{58,59} i un altre, la regulació dels contractes

58. El dret català no ha regulat la matèria; tampoc no ha incorporat les directives 87/102/CEE i 2008/48/CE. Aquest darrer text exclou del seu àmbit d'aplicació els contractes de crèdit garantits amb una hipoteca o una garantia semblant i els contractes de crèdit atorgats per a adquirir o mantenir el dret de propietat sobre finques o edificis construïts o per construir (art. 2.2a i b Dir. 2008/48/CE). Ambdós tipus negocials conformen l'àmbit objectiu d'aplicació de la Dir. 2014/17/UE, del Parlament i del Consell, de 4 de febrer de 2014, sobre contractes de crèdit celebrats amb els consumidors per a béns immobles d'ús residencial. El legislador català va incorporar aquesta directiva a l'ordenament català mitjançant la Llei 20/2014, de 29 de desembre (art. 8, 13 i 20). Des del punt de vista competencial, sobta el que es diu en el preàmbul: per una banda, en el seu paràgraf segon no s'esmenten ni l'art. 129 EAC ni els art. 113 i 189 EAC; la referència al títol competencial es reserva, només, a l'art. 123 EAC («Consum»), i s'afegeix que s'exerceix «d'acord amb el que estableixen els art. 28, 34 i 14 EAC en el marc de l'art. 51 de la Constitució, amb relació a l'activitat financera de les caixes d'estalvis i de les entitats de crèdit a què fan referència els art. 120.2 i 126.3 EAC». Per altra banda, s'obvia tota menció expressa i clara a la idea d'incorporació o transposició i s'assenyala només que «[a]questa llei segueix les orientacions marcades per diversos projectes comunitaris sobre aquesta matèria, com la Dir. 2014/17/UE [...]» (par. 3). Això últim s'explica perquè, de fet, la tramitació parlamentària d'aquesta llei es va iniciar abans que la Dir. 2014/17/UE s'aprovés i, per tant, mentre el que hi havia a les instàncies europees era només una proposta (vegeu el Projecte de llei, de 9 d'abril de 2013, en el *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya* [BOPC] de 13 d'abril de 2013). Cal fer notar que si aquesta llei s'hagués aprovat abans que la Directiva, la transposició hauria estat sobrerera per raó d'aquesta anticipació del legislador català a l'aprovació de la mateixa Directiva; la situació seria de potencial conformitat tot i la manca d'incorporació. A propòsit de la transposició de la Dir. 2014/17/UE per la Llei 20/2014, parlen d'«avanzadilla en Cataluña» S. NASARRE AZNAR i H. SIMON MORENO, «Un paso más en la protección de deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/2017/UE y la reforma del Código de consumo de Cataluña por Ley 20/2014», *UNESCO Housing Chair, working paper* núm. 1/2015 (abril 2015) (disponible a: <www.housing.urv.cat>; última consulta: 29 maig 2020). Reconeix que la llei catalana opera una transposició parcial de la directiva, K. J. ALBIEZ DOHRMANN, «Consecuencias del incumplimiento del deber de transposición de la Directiva 2014/17/UE», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 17/2016, p. 10, nota 3. Parla d'incorporació a l'empara de l'art. 113 EAC, V. ESQUIROL JIMÉNEZ, «La nueva regulación de los créditos y préstamos hipotecarios en el Código de consumo de Cataluña», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 3-2015, p. 173. Quant a la constitucionalitat de la regulació catalana, vegeu, novament, la STC 54/2018 (FJ 6).

59. A propòsit de la regulació catalana en matèria de la comunitat especial per torns (art. 554-1 CCCat), cal fer notar: per una banda, que, aprovada per mitjà de la Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals, es tracta, en qualsevol cas, d'una disciplina prèvia a la Dir. 2008/122/CE; per altra banda, que, pel que fa a la relació entre els articles 554-1 i seg. amb la directiva vigent en el moment d'aprovar-se, el preàmbul, par. 12, de la Llei 5/2006 és molt explícit: «El cap. iv conté

de subministrament de continguts i serveis digitals, desconeguts en el dret català, si la Directiva 2019/770 no s'acaba incorporant a l'ordenament català. Si, en canvi, el dret català ja tenia present una determinada qüestió, regulada després de manera distinta en una directiva que no s'acaba transposant, aleshores el cas serà de regulació pròpia no conforme al dret europeu.

La manca de conformitat sobrevinguda parteix d'una regulació catalana conforme al dret europeu que perd posteriorment aquesta conformitat a conseqüència d'un canvi normatiu. Teòricament, aquesta modificació pot produir-se només en el nivell intern (si, per exemple, la legislació catalana canviés sense modificar-se l'europea, de manera que arran d'aquest canvi el dret català se situaria per sota del llindar de protecció previst en la directiva) o pot obeir només a una modificació de la directiva o a la seva derogació per una altra que implementi un règim distint.⁶⁰ Amb caràcter general, es podria anticipar que aquesta serà la situació de la regulació catalana en matèria de compravenda de consum, avui conforme a la Directiva 99/44,⁶¹ si no s'incorpora la Directiva 2019/771.

3.2. LA CONTRACTACIÓ A DISTÀNCIA I LA CONTRACTACIÓ FORA D'UN ESTABLIMENT MERCANTIL EN EL DRET CATALÀ

La Llei 1/1983, de 18 de febrer, del Parlament de Catalunya, de regulació administrativa de determinades estructures comercials i vendes especials, considerava la venda domiciliària en els seus articles 12-16. La Llei indicava expressament que el

una regulació de la comunitat especial per torns, que és diferent de la regulació dels torns d'apartaments per a vacances que regeix la Directiva 94/47/CE, del 26 d'octubre, i que hi és compatible, perquè aquest capítol es limita a béns unitaris i exclou de manera expressa l'aplicació als supòsits a què fa referència la normativa europea [...]».

60. El Decret 168/1994, de 30 de maig, de reglamentació de les agències de viatge, va incorporar al dret català la Dir. 90/314. Aquest decret ha estat derogat per la disposició derogatòria 1a i c de la Llei 5/2020, de 29 d'abril, de normes fiscals, financeres i administratives i del sector públic i de creació de l'impost sobre les instal·lacions que incideixen en el medi ambient. En aquest àmbit, la manca de conformitat del dret català obeeix a la derogació sobrevinguda de la regulació existent sobre la matèria.

61. Tot i la referència que es fa en el preàmbul de la Llei 3/2017, de 15 de febrer, a la incorporació de la Dir. 99/44 (vegeu par. 7), el legislador català ja havia transposat parcialment aquest darrer text per mitjà de l'art. 242-2 Llei 22/2010, del 20 de juliol, del Codi de consum de Catalunya. El precepte, però, només relacionava els requisits dels quals depenia la conformitat del bé moble i mencionava els remeis per al cas d'haver-se lliurat un bé no conforme; en allò no previst, es remetia «a la normativa en matèria de garanties» (que s'identificava, el 2010, amb els art. 114 i seg. RDL 1/2007, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris). L'art. 242-2 CCCat va ser derogat tàcitament per la Llei 3/2017, que va incorporar al CCCat una regulació en matèria de compravenda que, objectivament, inclou la compravenda immobiliària i regula amb molts més detalls els aspectes que el CcoCat es limitava només a presentar.

seu objecte era la regulació administrativa d'aquesta i d'altres modalitats de venda (art. 1).⁶² Mentre era vigent la Directiva 577/85/CEE, es va aprovar la Llei 23/1991, de 29 de novembre, de comerç interior, també de naturalesa administrativa (art. 1). L'article 10 de la Llei 23/1991, rubricat «Període de reflexió»,⁶³ menava cap a una incorporació esporuguida i mínima (i, per això, insuficient) de la Directiva 577/85, ja implementada en el dret estatal, només uns dies abans, per mitjà de la Llei 26/1991, de 21 de novembre, sobre contractes celebrats fora dels establiments mercantils. El que aquell article 10 introduïa en el dret català era sols el deure d'informar, per escrit, de la facultat de rescindir el contracte que l'article 4 de la Directiva 577/85 imposava al comerciant. L'article 10, però, incidia més en el termini d'exercici d'una facultat que, estrictament, no arribava ni tan sols a mencionar; aquell termini, rebatejat com a «període de reflexió», acomplia una funció instrumental (en el sentit que els set dies s'atorgaven per a poder *pensar* si el negoci convenia o no) de cara a provocar, si esqueia, la ineficàcia del negoci i, d'aquí, si es tractava d'un negoci executat totalment o parcialment, derivar-ne els efectes restitutoris corresponents. L'article 10, a diferència de la Directiva 577/85, només resultava aplicable a les vendes a domicili; quedaven exclosos, per tant, altres negocis que es poguessin atorgar també a domicili i qualsevol negoci fet en un lloc distint a l'establiment mercantil que no fos el domicili del comprador (p. ex., en una excursió o al lloc de treball [art. 1.1 Dir. 577/85]). L'article 23 del Decret llei 1/1993, de 9 de març, sobre comerç interior, reproduïx l'article 10 de la Llei 23/1991. La regulació insisteix a autoqualificar-se d'administrativa (art. 1 Decret llei 1/1993). Aquesta qualificació afecta també els articles 26-28 del Decret llei, relatius a la venda a distància. Provenen dels articles 11 i 12 de la Llei 23/1991, que, respectivament, definien aquesta modalitat de contractació i feien una llista de les mencions informatives de tota oferta de venda (entre altres, «el període de reflexió» [art. 27e del Decret llei 1/1993]). A propòsit d'aquesta modalitat de contractació, la relació entre dret català i dret europeu difereix sensiblement de l'apreciada a propòsit de la contractació a domicili. En matèria de contractació a distància, la primera directiva sobre aquest particular és la Directiva 97/7. Aquella normativa catalana és, doncs, prèvia a l'europea i, després, el legislador català no ha modificat la regulació interna per a acabar-se d'adaptar a la Directiva 97/7 (així, tractant en general de la contractació a distància [i no, només, de la ven-

62. La naturalesa administrativa d'una norma no exclou la qüestió relativa als seus possibles efectes en l'àmbit civil. En concret, s'hauria pogut plantejar, per exemple, si l'art. 16 Llei 1/1983, que prohibia les ofertes que obligaven a l'obtenció d'altres productes i serveis, determinava la nul·litat de l'obligació assumida en cas d'haver-se acceptat una oferta d'aquest tipus. El debat es pot reproduir a propòsit de qualsevol norma de dret públic que pren, com a pressupòsit, una relació privada. Aquella nul·litat l'empararia l'art. 6.3 del Codi civil espanyol, tret que s'entengui que la sanció administrativa exclou la ineficàcia del negoci («[...] salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención»).

63. Vegeu el preàmbul, par. 12, de la Llei 23/1991.

da], considerant la resta de mencions informatives que preveia l'article 4.1 Dir. 97/7, regulant el temps en què calia facilitar aquesta informació i la manera de facilitar-la [art. 4.2, 4.3 i 5 Dir. 97/7], disciplinant més detalladament la facultat de resolució de l'article 6 i el règim de l'execució del contracte [art. 7], etc.).⁶⁴ La situació descrita es reconduïx, tant pel que fa a la contractació a domicili com pel que fa a la contractació a distància, a un escenari de manca de conformitat al dret europeu per manca d'adaptació plena del dret propi a les directives 577/85 i 97/7.

Encara amb el rerefons d'aquests dos textos,⁶⁵ s'aprova el Codi de consum de Catalunya (CcoCat). Els preceptes de referència són els articles 222-1 a 222-3 CcoCat pel que fa a les relacions de consum a distància i els articles 223-1 a 223-4 CcoCat quant a la contractació fora d'un establiment mercantil. Hi ha dades que reblen l'acostament de la regulació catalana a l'europea,⁶⁶ però sense poder parlar d'una conformitat total o plena.⁶⁷ En qualsevol cas, la situació del dret català avui vigent en termes de conformitat a l'europeu en matèria de contractació a distància i contractació fora d'un establiment mercantil està determinada per la derogació de les directives 577/85 i 97/7 per la Directiva 2011/83. Aquest text, en règim d'harmonització plena (art. 4

64. Vegeu la Proposta de Directiva, del Consell, relativa a la protecció de consumidors en matèria de contractes negociats a distància, de 20 de maig de 1992 (COM [1992]11 final). El Consell relaciona les distintes iniciatives endegades en els diferents estats membres a propòsit de la contractació a distància; quant a Espanya, s'hi diu: «En España no existe ninguna ley al respecto a escala nacional, pero varias comunidades autónomas han legislado en el ámbito de las ventas a distancia (Aragón/1989, Galicia/1988, Valencia/1986) y hay proyectos similares en otras (Cataluña)» (p. 9) (la cursiva és nostra). El maig del 1992 la Llei 23/1991, de 29 de novembre, ja era, però, vigent.

65. Òbviament, els terminis per a la seva transposició ja feia dies que s'havien esgotat (art. 9 Dir. 577/85; art. 15 Dir. 97/7).

66. La més vistent és la referència a la Dir. 85/577/CEE en l'art. 223-1.3 CcoCat. Es detecta també una clara inspiració de l'art. 223-1.2 CcoCat en l'art. 1.1. Dir. 577/85, o de l'art. 222-1 CcoCat en l'art. 2.2 Dir. 97/7.

67. A tall d'exemple, la regulació de la facultat de desistiment es limita, en cas de contractació fora d'un establiment mercantil, a preveure els deures informatius i documentals que s'hi refereixen (art. 223-3*d* i 223-4 CcoCat). El mateix esquema se segueix a propòsit de la contractació a distància (art. 222-2*b* i 222-3 CcoCat). Tot i així, i malgrat l'aplicació en ambdós casos de les disposicions generals en matèria de facultat de desistiment (art. 211-15 CcoCat), el dret català fa desaparèixer d'aquest ordenament la regulació relativa als terminis d'exercici (que sí que, en canvi, preveia la Llei 23/1991 i que, amb caràcter de protecció mínima, imposaven els art. 5 Dir. 577/85 i 6 Dir. 97/7). La remissió, pel que fa als dits terminis, als «establerts per la legislació en aquesta matèria» determinava, en el moment d'aprovar-se el CcoCat, l'aplicació dels articles 101.1 (i, per remissió d'aquest, de l'art. 71) i 110 RDL 1/2007, relatius, respectivament, a la contractació a distància i a la contractació fora d'un establiment mercantil. Com l'aplicable en aquell moment que es tractava, per tant, d'una legislació estatal, la crida no es creu que impliqués la incorporació al dret propi del contingut d'aquelles normes. Per contra, l'art. 211-15 CcoCat només expressava la voluntat de no regular, almenys de moment, o de fer-ho en el CcoCat, la qüestió dels terminis en una norma pròpia. Amb caràcter general, pel que fa a si aquesta crida es pot fer a les mateixes directives considerant-se transposades per remissió, vegeu X. ARZOZ SANTISTEBAN, «Métodos de transposición y requisitos jurídicos», p. 114 i seg.

Dir. 2011/83) i entre altres mesures, unifica i actualitza les disposicions relatives a ambdues modalitats de contractació.⁶⁸ Els articles 222-1 a 222-3 i 223-1 a 223-4 CcoCat no han estat modificats i d'aquí provenen les desavinences entre la regulació catalana vigent i el dret europeu. Com a mostra, basta comparar les definicions que s'adopten, en un text i en l'altre, d'ambdues modalitats de contractació (art. 2.7 i 2.8 Dir. 2011/83,⁶⁹ art. 222-1 i 223-1 CcoCat). En concret:

— La contractació a distància es tipifica, en l'article 2.7 de la Directiva 2011/83, a l'empara de dos requisits: el primer és la manca de presència física simultània dels contractants; el segon és que fins al moment de l'atorgament del contracte i en el mateix atorgament s'hagin emprat, exclusivament, una o més tècniques de comunicació a distància. Per la seva banda, en l'article 222-1 CcoCat també s'explicita el requisit inherent a la contractació a distància, és a dir, aquella manca de presència física simultània.⁷⁰ Exigeix, a més, que l'oferta i l'acceptació s'hagin fet exclusivament per mitjà de tècniques de comunicació a distància. En una lectura inicial hom pot entendre que, segons el dret català, una eventual negociació precontractual a l'establiment o amb presència física simultània de les parts no exclou la qualificació del negoci resultant com a contracte a distància si, finalment, tant l'oferta com l'acceptació s'han emès sense estar un contractant davant de l'altre. En canvi, el dret europeu exigeix la distància, d'ençà de la Directiva 97/7 (art. 2.1), no sols *en* el moment d'atorgar el consentiment, sinó també en tota la negociació mantinguda *fnns a* aquell moment.⁷¹ Des d'aquesta mateixa perspectiva, el dret català està protegint més que el dret europeu perquè inclou més supòsits que no pas els compresos en la definició europea. Quan era vigent la Directiva 97/7, aquesta major protecció no plantejava cap problema atesa l'estratègia de protecció mínima recollida en el seu article 14. Però a partir de la vigència de la Direc-

68. Una d'aquestes altres qüestions que enclou la Dir. 2011/83 és la determinació del moment en què es pot exigir al venedor el lliurament del bé i la de les circumstàncies en què, si aquesta obligació no es compleix, el comprador pot resoldre el contracte de compravenda (art. 18 Dir. 2011/83). Aquesta norma sí que ha estat incorporada al dret català (vegeu art. 621-13 i 621-41.3 CCCat i preàmbul, par. 8, Llei 3/2017, de 15 de febrer, del llibre sisè del Codi civil de Catalunya). Val a dir que l'harmonització plena de la Dir. 2011/83 (art. 4) no exclou que, internament, el legislador opti per ampliar l'àmbit subjectiu i/o objectiu d'aplicació de les regles contingudes en l'art. 18; és per això que la generalitat dels articles 621-13.3 CCCat (que s'aplica també en cas de compravenda que no sigui de consum) i 621-41.3 CCCat (que regeix tant en cas de retard a l'hora de lliurar el bé al comprador, sigui o no consumidor, com en cas de retard en el compliment de l'obligació de pagar el preu) no s'oposa a la regulació europea; a més de generalitzar, el dret català ha bilateralitzat el règim que l'art. 18 Dir. 2011/83 reserva a l'obligació de lliurar el bé al consumidor que l'ha comprat.

69. Aquests preceptes no s'han vist afectats per la reforma de la Dir. 2011/83 introduïda per l'art. 4 Dir. 2019/2161/UE.

70. Que, en canvi, no apareixia en l'art. 2.1 Dir. 97/7 (però sí en el seu considerant 9).

71. Cal tenir en compte, però, el considerant 20 Dir. 2011/83, segons el qual «[d]icha definición debe cubrir también las situaciones en las que el consumidor únicamente visita el establecimiento mercantil de la empresa con el propósito de recabar información sobre los bienes o los servicios y la negociación y celebración subsiguiente del contrato tienen lugar a distancia».

tiva 2011/83, aquesta qüestió demana considerar el canvi del nivell de protecció, que s'intensifica (art. 4). Una lectura del considerant tretzè de la Directiva 2011/83, que interpreta els límits de l'harmonització plena, fa pensar que no malmet la conformitat al dret europeu la legislació interna que apliqui «las disposiciones de la presente Directiva a los contratos distintos de los “contratos a distancia” en el sentido de la presente Directiva [...]».⁷²

— L'article 2.8 de la Directiva 2011/83 es reserva per a la contractació fora d'un establiment mercantil. L'element tipificador és la presència física simultània de les parts (art. 2.8a Dir. 2011/83) en un lloc distint al de l'establiment mercantil (definit en l'art. 2.9 Dir. 2011/83), i és irrellevant que l'oferta vingui del comerciant o del consumidor (art. 2.8b Dir. 2011/83). El referent temporal cal entendre que és el moment de la conclusió o perfecció del negoci. L'article 2.8c de la Directiva 2011/83 permet, però, mantenir la qualificació del contracte com a atorgat fora d'un establiment mercantil en supòsits en què s'acaba perfeccionant o bé amb la presència física simultània de les parts però a l'establiment del venedor, o bé sense aquella presència simultània, és a dir, a distància; el requisit determinant és que, en qualsevol cas, aquesta perfecció es produeixi «inmediatamente después de que haya existido contacto personal e individual con el consumidor en un lugar que no sea el establecimiento mercantil del comerciante, con la presencia física simultánea del comerciante y el consumidor».⁷³ En el dret català, la definició la proporciona l'article 223-1 CCCat, que es limita exclusivament a demanar que els béns i serveis s'*ofereixin* amb la presència física de les parts fora de l'establiment mercantil. I si l'oferta es fa a l'establiment però s'accepta (i, per tant, es perfecciona el negoci) fora? La literalitat de l'article 223-1 CCCat exclouria el supòsit, mentre que la dada de la perfecció fora de l'establiment permetria situar-lo a l'article 2.8a de la Directiva 2011/83. Una interpretació lògica de l'article 2.8c de la Directiva 2011/83 reblaria aquesta qualificació del negoci com a atorgat fora d'un establiment: si en l'article 2.8c és suficient que el que s'hagi produït fora de l'establiment sigui un contacte personal i immediatament previ a la contractació, per força el resultat ha de ser el mateix si el que s'ha produït fora ha estat un element molt més estructural del negoci com és l'acceptació. I el mateix cal dir si l'oferta es fa per telèfon i després s'accepta fora de l'establiment. No hi hauria oferta emesa amb presència física simultània de les parts, tal com exigeix el dret català (art. 223-1 CCCat), mentre que l'acceptació fora de l'establiment bastaria per a situar el con-

72. Vegeu l'art. 4i Projecte de llei de comerç, serveis i fires (BOPC, núm. 477 [21 juliol 2017]). La definició abasta *fnis* al moment de la celebració del contracte.

73 Vegeu el considerant 21 Dir. 2011/83. Nega que sigui un cas de contractació feta «inmediatamente después» d'un contacte previ, personal i amb presència física simultània de les parts en un lloc distint del de l'establiment, el contracte atorgat a distància o a l'establiment mercantil després de la visita a domicili del professional, realitzada només per tal de lliurar un pressupost, si el consumidor «ha tenido tiempo de reflexionar sobre el presupuesto del comerciante antes de celebrar el contrato».

tracte en l'àmbit dels subapartats *a* i *c* de l'article 2.8 de la Directiva 2011/83.⁷⁴ En aquest particular, doncs, la definició catalana se situaria per sota del llindar de protecció previst en la Directiva, atès que no inclouria tots els supòsits compresos en l'àmbit objectiu d'aplicació d'aquest darrer text.⁷⁵ Cal fer notar que, a més dels indicats, l'article 223-1 CcoCat tampoc no consideraria el cas de contractació a l'establiment o a distància immediatament després d'un contacte previ fora de l'establiment i amb presència física d'ambdues parts, en el qual no s'hagués produït cap oferta; això últim és el que reclama l'article 223-1 CcoCat, però, en canvi, no exigeix l'article 2.8c de la Directiva 2011/83.

4. MANCA DE CONFORMITAT I EFICÀCIA DIRECTA DE LES DIRECTIVES, O APLICACIÓ SUBSIDIÀRIA DEL DRET ESTATAL?

Què s'ha de fer en el cas d'una norma catalana no conforme al dret europeu? ¿Queda desplaçada per raó d'aquesta manca de conformitat i aleshores esdevé aplicable, supletòriament, el dret estatal (art. 149.3 CE), o bé, si s'admet aquell mateix desplaçament, cal invocar l'efecte excepcionalment directe de les directives? L'anàlisi permet dues reflexions prèvies. La primera és que la qüestió no pot prescindir dels possibles escenaris de manca de conformitat (segons si és originària o és sobrevinguda). La segona és que, com que es tracta d'una hipotètica directiva d'harmonització plena, les diferències pràctiques entre una opció i l'altra poden quedar del tot desdibuixades, i això és així perquè el resultat últim, tant si obeeix a l'aplicació directa de la mesura prevista en el text de la directiva, com si resulta de l'aplicació supletòria de la norma estatal de transposició, serà el mateix en ambdós casos.

74. I si l'oferta es fa per telèfon i s'accepta en un establiment mercantil? Tant a l'empara de l'art. 222-1 CcoCat, com a la de l'art. 2.7 Dir. 2011/83, no hi hauria contractació a distància per manca d'ús exclusiu de tècniques de comunicació a distància. La manca de presència física simultània a l'hora d'emetre l'oferta exclou l'aplicació de l'art. 223-1 CCCat; aquesta mateixa manca de presència física simultània de les parts també abans de la contractació, exclou l'art. 2.8c Dir. 2011/83. Caldria aplicar al cas les normes generals en matèria de contractació i descartar les regles especials previstes per a la contractació a distància i fora d'un establiment mercantil.

75. L'escassa jurisprudència dictada en aquesta matèria d'ençà del 13 de desembre de 2013 (data límit prevista en la Dir. 2011/83 per a implementar i aplicar les mesures internes de transposició [art. 28]) revela l'aplicació, en aquest particular, de les normes estatals relatives a ambdues modalitats de contractació (i, això, tant abans com després de la Llei 3/2014, que és la que va modificar el RDL 1/2007 a fi d'incorporar la Dir. 2011/83). En qualsevol cas, és clar que s'obvia el CcoCat (vegeu, per exemple, la Sentència de l'Audiència Provincial [SAP] de Barcelona de 9 de febrer de 2006 [AC 2016/366], que aplica l'art. 111 RDL 1/2007 a un contracte atorgat el 28 de juny de 2012; la SAP de Barcelona de 3 d'abril de 2007 [JUR 2017/224439], que fa el mateix a propòsit d'un contracte de 13 de març de 2014, etc.).

4.1. LA INTERPRETACIÓ DEL DRET INTERN CONFORME AL DRET EUROPEU

La interpretació del dret intern conforme al dret europeu, tot i que és una exigència de caire general, té un àmbit específic d'actuació a propòsit de la incorporació o transposició de directives. En aquest context, un concepte ampli d'*interpretació* permet plantejar si tot plegat pot derivar cap a la inaplicació de la norma catalana no conforme i l'aplicació, en lloc seu, de la norma estatal conforme per raó de supletorietat (art. 149.3 CE i 111-5 CCCat).

4.1.1. *L'objecte de la interpretació i límits*

L'objecte de la interpretació és el conjunt de les normes internes. L'exigència d'interpretar-les de tal manera que el resultat que se n'obtingui s'avingui amb el dret europeu és una constant en les sentències del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) que donen resposta a qüestions prejudicials relatives a la conformitat o no del dret intern a una directiva. De fet, les expressions que s'hi empen acaben sent reiteratives, a mode, fins i tot, de clàusula d'estil («[...] al aplicar las normas de derecho interno, deben tomarse en consideración todas las normas del derecho nacional e interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Directiva para llegar a una solución conforme con el objetivo perseguido por ésta»)⁷⁶ La generalitat d'aquesta exigència significa que, sigui quin sigui l'instrument normatiu emprat per la UE, cal fer una interpretació del dret intern que li sigui conforme.⁷⁷ Ara bé, és en el context de la incorporació de directives on es desenvolupa més plenament l'exigència esmentada. La raó és que, si es tracta, per exemple, d'un reglament, les seves normes ja són directament aplicables. Això no exclou, òbviament, que es puguin plantejar problemes de compatibilitat del dit reglament amb normes internes i que, abans

76. Només a tall d'exemple, vegeu la STJUE del cas Seda Küçükdececi (ap. 48), la STJUE de 27 d'abril de 2014 (C-565/12, cas Le Crédit Lyonnais; ECLI:EU:C:2014:190, ap. 44), la STJUE de 15 de gener de 2014 (C-176/12, cas Association de Médiation Sociale; ECLI:EU:C:2014:2, ap. 38), la STJUE de 4 de juny de 2015 (C-497/13, cas Froukje Faberk; ECLI:EU:C:2015:357, ap. 33), la STJUE de 23 de maig de 2019 (C-52/18, cas CF i Toolport GmbH; ECLI:EU:C:2019:447, ap. 47) i la STJUE de 5 de març de 2020 (C-679/18, cas OPR-Finance s.r.o.; ECLI:EU:C:2020:167, ap. 41 i 42).

77. Tot i que la qüestió prejudicial demanava per la inaplicació d'una norma interna contrària a una directiva, el TJUE es pronuncia en termes generals, entre d'altres, en la Sentència de 24 de gener de 2012 (C-282/10, cas Domínguez; ECLI:EU:C:2012:33, ap. 24), i indica que «[e]sta obligación de interpretación es inherente al régimen del tratado en la medida en que permite a los órganos jurisdiccionales nacionales garantizar, en el marco de sus competencias, la plena efectividad del derecho de la Unión».

d'aplicar-les, calgui intentar interpretar-les d'acord amb la norma europea.⁷⁸ Però en el cas de les directives, allò que, d'entrada, és l'únic invocable pels particulars i aplicable pel jutge a l'hora de resoldre, és el conjunt de les dites normes internes, per la qual cosa esdevé, per tant, rellevantíssima la interpretació que se'n faci de cara a validar la conformitat del dret nacional a l'europeu. La interpretació del dret intern conforme al dret europeu transcendeix, doncs, la distinció entre instruments normatius europeus que tenen aplicació directa i instruments normatius europeus que no en tenen; tot i així, és en aquest darrer cas on la norma interna (que és la interpretable) té major protagonisme i on, per tant, també és major la rellevància d'aquella interpretació.⁷⁹ En aquest mateix context de transposició de directives, el TJUE ha identificat aquella exigència com la tasca que pertoca als òrgans judicials de cara a assolir els objectius i fins marcats per la regulació europea.⁸⁰

La interpretació del dret intern conforme a l'europeu té, segons el mateix TJUE, determinats límits, que hom pot classificar en positius i negatius en un intent d'assenyalar fins on pot arribar. Positivament, el jutge nacional, si cal, ha de modificar «la jurisprudència nacional ya consolidada si esta se basa en una interpretació del derecho nacional incompatible con los objetivos de una directiva»;⁸¹ negativament, aquesta interpretació no pot contravenir o desconèixer els principis generals del dret europeu, ni pot donar aixopluc a una interpretació *contra legem* del dret nacional.⁸² Si, atesos

78. També pot succeir que el reglament requereixi determinades mesures de desenvolupament, que no s'hagin aprovat. Vegeu la STJUE de 7 de gener de 2004 (C-60/02, cas Rolex; ECLI:EU:C:2004:10, ap. 51, 52 i 59), que planteja distintes hipòtesis.

79. Destaca que l'exigència d'interpretació conforme «se exige especialmente» en el context de normes europees sense aplicació directa, la STJUE de 4 de juliol de 2006 (C-212/04, cas Adeneler; ECLI:EU:C:2006:443, ap. 113).

80. Aquesta vinculació s'origina en la STJUE de 4 d'abril de 1984 (C-14/83, cas Von Colson i Kamman; ECLI:EU:C:1984:153, ap. 26). Vegeu, com a exponent més recent, la STJUE de 19 de setembre de 2019 (C-467/18, cas EP; ECLI:EU:C:2019:765, ap. 59 i 60), on el TJUE afirma que «[...] la obligación de los estados, derivada de una directiva, de alcanzar el resultado, y su deber conforme el art. 4 TUE, apart. 3 y art. 288 TFUE de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para garantizar el cumplimiento de dicha obligación, se imponen a todas las autoridades de los estados miembros, incluidas, en el marco de sus competencias, las autoridades judiciales. Para cumplir esta obligación, el principio de interpretación conforme [...]». Sobre aquesta mateixa idea, vegeu M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO, «La interpretación del derecho nacional de conformidad con las directivas», *Revista Xiuridica Gallega*, núm. 22 (1999), p. 17.

81. Ap. 43 STJUE del cas OPR-Finance s.r.o. En el mateix sentit, vegeu la STJUE de 4 de març de 2020 (C-183/18, cas Centraal Justitiele Incassobureau; ECLI:EU:C:2020:153, ap. 77) i la STJUE de 30 d'abril de 2020 (C-661/18, cas CTT-Correios de Portugal; ECLI:EU:C:2020:335, ap. 61).

82. Vegeu l'ap. 45 STJUE del cas Le Crédit Lyonnais; ap. 39 STJUE del cas Association de Médiation; ap. 25 STJUE del cas Domínguez. La STJUE del cas OPR-Finance s.r.o. enllaça el límit representat pel respecte als principis generals amb el que deriva d'una interpretació *contra legem*, i indica que això últim implicaria, justament, anar en contra del principi general de seguretat jurídica (ap. 45). Vegeu la STJUE del cas Centraal Justitiele Incassobureau (ap. 75), que esmenta el principi general d'irretroactivitat.

aquests topalls, no és possible una interpretació conforme al dret europeu, aleshores la qüestió rau a saber si la norma no conforme esdevé inaplicable per raó d'aquesta no conformitat. Tot plegat mena a l'eficàcia directa de les directives en la seva funció d'exclusió de l'aplicabilitat de les normes internes no conformes.

4.1.2. *De la interpretació de la norma catalana... a l'aplicació subsidiària del dret estatal?*

Es pot anticipar la resposta que —creiem— es pot donar a l'interrogant: aquesta aplicació no és sempre possible. El resultat final (l'aplicació de normes internes no conformes) és, fet i fet, un resultat inherent al reconeixement de límits a la tasca d'interpretació del dret nacional conforme a l'europeu.

4.1.2.1. La interpretació del dret intern mena a l'aplicació de tot el dret intern conforme al dret europeu

La manera en què el TJUE presenta l'activitat consistent a interpretar el dret intern sembla talment una crida a «fer el possible» per tal que el resultat que se n'obtingui sigui conforme al dret europeu;⁸³ demana, en fi, «que el òrgano remitent haga *todo* lo que esté dentro de sus competencias [...] para garantizar la efectividad de la directiva».⁸⁴ Es tracta, doncs, d'una activitat dirigida («[...] *para* llegar a una solució conforme con el objetivo perseguido por ésta»)⁸⁵ i que, en clau interna, inclou no només l'actuació adreçada a interpretar la norma (en el sentit, per exemple, de la «Interpretació» de l'art. 111-2 CCCat o de l'art. 3.1 CC), sinó també l'adreçada a integrar-la.⁸⁶ Aquesta darrera possibilitat enllaça amb el fet que l'exigència d'una interpretació conforme al dret europeu també regeix en aquells supòsits en què no hi ha norma incorporadora perquè la directiva no ha estat transposada. Teòricament, en aquests casos no hi hauria res a interpretar tret que l'objecte d'interpretació s'identifiqués no només amb la norma adreçada particularment a l'assoliment dels objectius marcats per la directiva, sinó també amb la resta de l'ordenament, en un intent d'inte-

83. Exercici que, de fet, parteix d'una interpretació prèvia del text de la Directiva (ap. 44 STJUE del cas *Le Crédit Lyonnais*: «[...] a interpretarlas, en la medida de lo posible, a la luz de la *letra y de la finalidad* de dicha Directiva [...]» —la cursiva és nostra).

84. STJUE de 5 d'octubre de 2004 (C-397/01 a C/403/01, cas *Pfeiffer*; ECLI:EU:C:2004:564, ap. 118).

85. Novament, ap. 44 STJUE del cas *Le Crédit Lyonnais*. La cursiva és nostra.

86. Parla d'un sentit *latu sensu* de la «interpretació», M. P. BELLO MARTÍN-CRESPO, «La interpretación del derecho nacional», p. 18.

grar-lo, per a omplir el buit, i, a més, fent-ho de manera conforme al dret europeu.^{87,88} Aquesta extensió de l'objecte interpretable a tot l'ordenament permet detectar dues funcionalitats més del principi d'interpretació conforme al dret europeu. Desxifrar la primera demana situar-nos novament en el context de manca d'una norma incorporadora; la segona, en canvi, parteix d'una actuació nacional adreçada a incorporar el text de la directiva.

— L'exigència d'una interpretació conforme al dret europeu regeix tan bon punt la directiva ha entrat en vigor, sense que calgui ni que s'hagi esgotat el termini per a transposar, ni que les mesures internes ja tinguin vigència. L'argument és que l'efecte jurídic vinculant de les directives respecte dels estats membres s'assoleix amb aquella entrada en vigor. El TJUE fa referència, aleshores, al deure dels estats d'«abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado previsto».⁸⁹ Quan es tracta dels òrgans judicials, aquest efecte «bloqueig»⁹⁰ implica que «no pueden interpretar derecho interno de un modo que comprometa gravemente, tras la expiración del plazo de adaptación del derecho interno, la realización del objetivo perseguido por ésta» (és a dir, per la directiva).⁹¹ Fet i fet, això últim implica tant com avantposar l'exigència d'interpretació a la incorporació de la directiva. Però, aleshores, si aquesta interpretació ja és possible abans de l'adaptació del dret intern a la

87. Vegeu, d'entre les primeres resolucions que destaquen que la interpretació recau sobre «todo el derecho nacional», la STJUE de 25 de febrer de 1999 (C-131/97, cas Carbonari; ECLI:EU:C:1999:98, ap. 49 i 50).

88. Vegeu la STJUE del cas Adeneler. Aquesta sentència afegeix dos matisos: el primer és que, com que inclou tot l'ordenament, aquella interpretació recaurà tant sobre normes posteriors com sobre normes anteriors a la Directiva (ap. 108); el segon és que aquella exigència es projecta no només sobre el que estrictament és una tasca interpretativa, sinó també en el context d'aplicació de la norma («[...] la obligación del juez nacional de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando *interpreta y aplica* las normas pertinentes de su derecho nacional [...]» [ap. 110]).

89. Vegeu la STJUE de 18 de desembre de 1997 (C-129/96, cas Inter-Environnement Wallonie, ECLI:EU:C:1997:628, ap. 45).

90. Utilitza aquesta expressió C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, «Otra virtualidad de las directivas: efecto directo de exclusión», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 12 (2006), p. 10. S'hi refereix, també, R. ALONSO GARCÍA, «La interpretación del derecho de los estados conforme al derecho comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 28 (2008), p. 358.

91. STJUE del cas Adeneler, ap. 123.

directiva, ¿no caldrà concloure que aquest dret nacional ja és i era conforme al dret europeu prescindint de la transposició?^{92,93}

— L'existència d'una norma incorporadora (que, fins i tot, potser reproduïx literalment el contingut de la directiva) no exclou l'exigència de considerar la resta de l'ordenament a fi d'assolir-ne una interpretació conforme al dret europeu. En dona raó el fet que aquella norma no regeix i s'aplica aïlladament, sinó en el marc de l'ordenament jurídic del qual forma part.⁹⁴ El supòsit palesa que la incorporació estricta de les mesures de dret privat contingudes expressament en la directiva no garanteix, per si sola, la plena conformitat del dret intern a l'europeu.

Atès que la interpretació de la norma aconsegueix només una funció instrumental adreçada a facilitar-ne l'aplicació, però l'aplicació de la norma ja interpretada inclou també altres qüestions, criteris o modalitats d'aplicació (així, l'aplicació per analogia o l'equitat com a criteri d'aplicació...), cal entendre que també això últim són recursos dels quals disposa l'òrgan judicial de cara a fer el possible per tal que el dret intern que s'ha d'aplicar sigui conforme a l'europeu. És per això que exigir una determinada manera d'interpretar el dret nacional implica exigir una determinada manera d'*aplicar-lo*.

92. Vegeu la STJUE de 5 de setembre de 2019 (C-331/18, cas TE i Pohotovost; ECLI:EU:C:2019:665). Arran d'una sentència anterior del mateix TJUE, el legislador nacional modifica el dret intern per tal d'adaptar-lo a la dita sentència (que, en certs punts, considerava que el dret nacional no s'avenia del tot amb la directiva). Els tribunals, però, per la via de la interpretació del dret nacional conforme a l'europeu, estaven, de fet, aplicant el contingut de la modificació legal a contractes atorgats abans que la llei de reforma entrés en vigor. En la qüestió prejudicial es pregunta al TJUE si aquesta pràctica respecta el principi de seguretat jurídica. El TJUE admet aquesta possibilitat sempre que aquesta «nova» interpretació del dret vigent en el moment d'atorgar-se el contracte no sigui una interpretació *contra legem*, tot i que impliqui modificar una jurisprudència ja consolidada sobre el particular (vegeu els ap. 52-57).

93. Parla, de fet, de «transposició anticipada», R. ALONSO GARCÍA, «La interpretación del derecho nacional en función de la entrada en vigor de las directivas y su fecha límite de transposición (o su transposición anticipada)», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 64 (2017), p. 13-24.

94. Vegeu, per exemple, la STJUE de 27 de juny de 2000 (C-240/98 a C-244/98, cas Océano; ECLI:EU:2000:346). Incorporada al dret espanyol la Dir. 93/13, la qüestió prejudicial plantejava un interrogant (si el jutge podia examinar d'ofici el caràcter abusiu d'una clàusula fins i tot abans d'admetre a tràmit la demanda) sobre el qual, directament, les normes incorporadores (Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació) no deien res perquè, de fet, la Dir. 93/13 específicament tampoc no ho feia. És en aquest context que el TJUE estableix que el jutge intern ha d'interpretar el dret nacional preferint la interpretació que més s'avingui al dret europeu i que, en aquest cas, era la que permetia aquell control d'ofici (vegeu els ap. 30-32). Quant a altres supòsits en els quals el TJUE també ha declarat que la conformitat al dret europeu exigeix que l'òrgan judicial pugui actuar d'ofici, vegeu F. VERDÚN PÉREZ, «La Sentencia del TJUE de 29 de octubre de 2015 en el asunto BBVA: análisis de sus eventuales consecuencias», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 19/2016, p. 80-82.

4.1.2.2. La subsidiarietat del dret estatal com a regla d'aplicació: una solució només eventual

Si el dret civil català, interpretat degudament, no permet ser aplicat conforme al dret europeu, què s'ha de fer? Com a rerefons cal situar la manca d'eficàcia directa horitzontal de les directives.⁹⁵ Això implica que l'òrgan judicial, si no té cap manera d'aplicar el dret català de la qual resulti una aplicació conforme al dret europeu, tampoc no pot estimar la pretensió del particular (en concret, del consumidor)⁹⁶ basant-se, directament, en el contingut de la directiva. En aquest context, la qüestió que s'ha d'introduir és la possibilitat, en cas d'una directiva incorporada correctament al dret estatal, d'aplicar aquest darrer com a supletori del dret català (art. 111-5 CCCat i 149.3 CE).⁹⁷ En aquest sentit, el recurs al mecanisme de l'aplicació supletòria⁹⁸ suggereix, d'entrada, dos comentaris. Ambdós el posen en dubte.

— El primer parteix del supòsit habilitador d'aquella aplicació supletòria, el qual s'identifica amb una llacuna o una manca de regulació involuntària no autointegrable des del propi ordenament català.⁹⁹ En cas de buit normatiu volgut per la comunitat autònoma, la regla de la supletorietat no intervindria, perquè fer-ho seria talment com desconèixer la competència legislativa de la comunitat autònoma, que en aquests casos també s'hauria exercit, però de manera negativa, optant per la desregularització de la matèria.¹⁰⁰ La distinció entre buit normatiu voluntari i buit normatiu no voluntari

95. Vegeu *infra* l'ap. 4.2.

96. Que demana, per exemple, resoldre el contracte tot i que la manca de conformitat no és essencial (art. 621-41.1 i 2 CCCat) (vegeu *supra* nota 29).

97. Vegeu, amb un plantejament semblant, Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, «La supletoriedad del derecho estatal como garantía en la ejecución del derecho europeo por las CCAA», *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 1 (2004), p. 260-261.

98. Vegeu Javier TAJADURA TEJADA, «La redefinición del modelo autonómico a partir de la STC 61/1997 y el nuevo concepto de supletoriedad», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78 (2006), p. 164, que identifica la regla de l'art. 149.3 CE com una regla d'aplicació de la norma adreçada exclusivament a l'òrgan judicial. En aquest context, el debat constitucional s'havia centrat a escatir si l'art. 149.3 CE era un títol competencial que legitimava l'Estat per a legislar sobre qualsevol matèria i encara que només fos per al cas d'esdevenir aplicable supletòriament. En matèria civil, el debat és sobrer (art. 149.1.8 CE).

99. Vegeu la STC 118/1996, de 27 de juny (ECLI:ES:TC:1996:118) (FJ 6 i 8), i la STC 61/1997, de 20 de març (ECLI:ES:TC:1997:61) (FJ 12c). La llacuna s'identificaria amb els buits normatius provocats involuntàriament a l'hora de regular una matèria específica. La supletorietat estatal no regiria, en canvi, en els supòsits d'anomia o manca de regulació volguda per la comunitat autònoma en l'exercici de les seves competències (vegeu I. LASAGABASTER HERRARTE, «La interpretación del principio de subsidiariedad y su adecuación a los principios constitucionales rectores del Estado de las autonomías», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19 (1999), p. 46 i seg.; Javier TAJADURA TEJADA, «La redefinición del modelo autonómico», p. 172).

100. Vegeu Javier TAJADURA TEJADA, «La redefinición del modelo autonómico», p. 174. L'autor parla, gràficament, de «legislación negativa».

s'hauria de matisar. I, d'entrada, això convé fer-ho en un doble sentit. Per una banda, el legislador autonòmic pot ser perfectament conscient de no haver regulat una determinada matèria i optar, pels motius que siguin,¹⁰¹ per no desenvolupar de moment la seva competència legislativa sobre el particular; es tractaria d'una manca de regulació voluntària, per bé que no pas en el sentit de voler la desregularització de la matèria. Regirien, per tant, els articles 111-5 CCCat i 149.3 CE. Per altra banda, en el marc de la incorporació de directives, cal plantejar-se si hi tindria cabuda una manca de regulació autènticament voluntària, de tal manera que el legislador autonòmic optés per no transposar i, a més, ho fes a mode d'exercici (negatiu) de la seva competència legislativa, tot impeding, de passada, la supletòrietat estatal per raó d'aquell voluntarisme. L'obligatorietat de la transposició no avalaria aquesta opció i caldria aplicar supletòriament el dret estatal.¹⁰²

La supletòrietat estatal en cas de manca de transposició voluntària d'una directiva per part del legislador català no planteja major problema si la matèria objecte del text europeu no està prevista en l'ordenament català. En canvi, si es tracta d'una matèria ja regulada però succeeix que aquesta regulació no s'adapta a la directiva sobrevinguda (o a les seves modificacions), aleshores obsta a aquella supletòrietat la manca del seu pressupòsit, que és l'absència de norma aplicable al cas. Certament, si la matèria es troba regulada en el dret català, aleshores no es produeix cap buit normatiu; el que succeeix, en canvi, és que la norma aplicable no és conforme al dret europeu.¹⁰³ El trànsit de la regla de la supletòrietat per al cas d'existència d'una llacuna al de norma aplicable però no conforme, no està justificat.

— A més, aquest últim escenari revelaria, si s'admetés l'aplicació del dret estatal com a supletori, una asimetria funcional entre ordenaments (autonòmic i estatal). La raó seria que, en aquesta hipòtesi, la manca de conformitat de la norma autonòmica determinaria la seva inaplicació i regiria, supletòriament, el dret estatal. Seria talment com admetre una mena d'eficàcia directa de la directiva, almenys en la seva vessant excloent de la norma no conforme,¹⁰⁴ que només regiria internament (és a dir, en el marc del dret nacional). I no només succeeix que el TJUE no arriba a atribuir aquest

101. Fins i tot perquè ja li està bé que regeixi el dret estatal com a supletori.

102. Parla d'«anomia ilegítima» Juan Francisco SÁNCHEZ BARRILAO, «La supletoriedad del derecho estatal», p. 265.

103. Vegeu Francesc Xavier PONS RÀFOLS, «El Tribunal de Justicia y la supletoriedad del derecho estatal como garantía del cumplimiento autonómico del derecho de la UE», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 47 (2014), p. 139, que descarta que la supletòrietat pugui regir preventivament (és a dir, abans d'esgotar-se el termini d'incorporació de la directiva) o en cas de «desarrollos legislativos y reglamentarios autonómicos inadecuados o incorrectos».

104. Vegeu, sobre aquesta dimensió de l'eficàcia directa, C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, «Otra virtualidad de las directivas»; es qualifica com a «efecto reaccional» a R. ALONSO GARCÍA, «La interpretación del derecho de los estados», p. 361.

tipus d'eficàcia a les directives, sinó que, i per això mateix, aquesta inaplicació mai no afectarà una norma estatal per molt que no sigui possible obtenir-ne una interpretació conforme al dret europeu. Per tant, si no hi ha efecte excoent en general, no hi ha raó perquè, en canvi, n'hi hagi si la norma no conforme és autonòmica.

Ambdues observacions afavoreixen l'aplicació de la norma catalana no conforme, en comptes de desplaçar-la i resoldre atenent el dret estatal supletori. Que la manca de conformitat al dret europeu no en determini la inaplicació es podria concebre, certament, com una incoherència del sistema,¹⁰⁵ però, en qualsevol cas, es tractaria de la mateixa incoherència que hom podria apreciar si, quan regís la supletorietat per existència d'una llacuna en el dret català, fos la norma estatal la no conforme. De fet, es tracta d'una incoherència que pateix l'estructura jurídica que fonamenta les relacions entre el dret europeu i els drets interns.¹⁰⁶

4.2. L'EFICÀCIA DIRECTA DE LES DIRECTIVES

La qüestió relativa a l'eficàcia directa només trasllueix un cop fracassat l'intent d'aplicar el dret intern conforme a l'europeu; si això ha estat possible, esdevé sobrer plantejar-la.¹⁰⁷ En el marc de la contractació amb consumidors, interessa només l'eficàcia directa que puguin assolir les directives en els conflictes entre particulars (eficàcia directa horitzontal). Ara per ara, el TJUE la nega, tant en la seva vessant excoent de la norma interna no conforme, com en la seva funció fonamentadora de pretensions (l'anomenada *eficàcia directa de substitució*).¹⁰⁸

Que l'efecte directe excoent de l'aplicació de la norma interna es reserva a les normes europees proveïdes institucionalment d'eficàcia directa ho declara, recentment i amb una contundència especial, el TJUE en sentències com les de 24 de juny

105. És probable que tampoc no sigui la millor solució per al consumidor, a qui eventualment pot afavorir més el dret estatal conforme que no pas, per exemple, el català que no presenti aquesta conformitat.

106. Incoherència que fa trontollar el mateix principi de primàcia del dret europeu (vegeu, entre d'altres i la qual és especialment crítica, L. MILLÁN MORO, «TJUE – Sentència del Tribunal de Justícia de 15.1.2014 (Gran Sala) – Association de Médiation Sociale, asunto C-176/12, Política social – Directiva 2002/14/CE – Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea – Artículo 27 – Sujeción de la constitución de órganos representativos del personal a ciertos umbrales de trabajadores empleados – Cálculo del número de trabajadores empleados – Normativa nacional contraria al derecho de la Unión – Función del juez nacional – Eficacia directa *versus* primàcia», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 49 (setembre-desembre 2014), p. 14; parla de límits interns de dit principi M. LÓPEZ ESCUDERO, «Primàcia del derecho de la Unión Europea», p. 796).

107. En aquest sentit, vegeu la STJUE del cas Domínguez, ap. 23.

108. Quant a l'acumulació eventual de les dues pretensions (l'excoent i la substitutòria), vegeu C. MARTÍNEZ CAPDEVILA, «Otra virtualidad de las directivas», p. 2; M. LÓPEZ ESCUDERO, «Primàcia del derecho de la Unión Europea», p. 795.

de 2019 (C-573/17, cas Poplawski)¹⁰⁹ i 4 de març de 2020 (C-183/18, cas Centraal Justitiele Incassobureau).¹¹⁰ La impossibilitat d'invocar directament el text de la directiva a l'efecte de fonamentar pretensions adreçades al professional és present i acompanya, quasi a mode de pressupòsit, tota la jurisprudència del TJUE que insisteix en la necessitat d'interpretar el dret nacional conforme a l'europeu.^{111,112}

109. ECLI:EU:C:2019:530, ap. 52, 58, 61 i 62.

110. ECLI:EU:C:2020:153, ap. 61-63; vegeu també la STJUE de 7 d'agost de 2017 (C-122/17, cas Smith; EU:C:2018:631, ap. 49).

111. Vegeu, d'entre les primeres resolucions dictades en aquest sentit i encara avui referent en la matèria, la STJUE de 14 de juliol de 1994 (C-91/92, cas Paola Faccini Dori; ECLI:EU:C:1994:292). Després d'admetre l'eficàcia directa vertical (tal com s'havia establert en la STJUE de 26 de febrer de 1986 [C-152/84, cas Marshall; ECLI:EU:C:1986:84, ap. 24]), on el TJUE conclou que «[a]mpliar dicha jurisprudencia al ámbito de las relaciones entre los particulares equivaldría a reconocer a la Comunidad la facultad de establecer con efectos inmediatos obligaciones a cargo de los particulares, cuando sólo tiene dicha competencia en aquellos supuestos en que se le atribuye la facultad de adoptar reglamentos». S'hi esmenta també, per al cas d'impossibilitat d'aplicar el dret intern conforme a l'europeu, la facultat d'exigir a l'estat la reparació del dany generat per aquella manca de conformitat, tal com ja s'havia declarat en la STJUE de 19 de novembre de 1991 (C-6/90 i C-9/90, cas Francovich; ECLI: EU: C:1991:428).

112. En el seu moment, la STJUE de 13 de novembre de 1990 (C-106/89, cas Marleasing; ECLI:EU:1990:395) va propiciar que es parlés d'eficàcia indirecta horitzontal, en un intent de palesar que el TJUE imposava a l'òrgan judicial intern l'obligació d'interpretar el dret intern a fi d'obtenir un resultat que seria el mateix que el que regiria si la directiva hagués estat incorporada, però, de fet, l'estat no l'havia transposat (amb aquella expressió, vegeu J. A. BARCIELA PÉREZ, «El efecto directo de las directivas en las relaciones entre particulares», *Noticias de la UE*, núm. 304 [maig 2010], p. 5). En el plet en el qual es va promoure la qüestió prejudicial, es pretenia la declaració de nul·litat d'una societat a l'empara de les normes contingudes en el Codi civil espanyol (CC) en matèria de causa (art. 1275 i 1276 CC). La directiva no incorporada proporcionava un llistat de causes, a mode de *numerus clausus*, entre les quals no constava la causa falsa o il·lícita. El TJUE va resoldre que «[e]l juez nacional está obligado a interpretar su derecho nacional a la luz de la letra y finalidad con el fin de impedir de que se declare la nulidad de una sociedad anónima por causa distinta de las enumeradas». A parer nostre, el TJUE no va fer altra cosa que exigir una interpretació conforme al dret europeu però que, com a tal, quedava limitada pels topalls de la interpretació *contra legem*. Pertocava, per tant, a l'òrgan judicial intern valorar si això últim era possible o no (vegeu J. A. BARCIELA PÉREZ, «El efecto directo de las directivas», p. 7, qui, en canvi, considera que el TJUE es va excedir i que la interpretació del dret intern conforme a una directiva mai no hauria d'implicar inaplicar-lo; en sentit semblant, C. CAPDEVILA MARTÍNEZ, «Otra virtualidad de las directivas», p. 120, nota 51, opina que el TJUE va forçar el jutge nacional a una interpretació no viable del dret intern).

BIBLIOGRAFIA

- ALBERTÍ ROVIRA, Enoch. «Les regions dins la nova Unió Europea. El llarg camí cap a una presència directa de les regions dins la Unió Europea». *Autonomies. Revista Catalana de Dret Públic*, núm. 29 (2003), p. 177-207.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen. «Consecuencias del incumplimiento del deber de transposición de la Directiva 2014/17/UE». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 17 (2016), p. 159-168.
- ALONSO GARCIA, Ricardo. «La interpretación del derecho de los estados conforme al derecho comunitario: las exigencias y los límites de un nuevo criterio hermenéutico». *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 28 (2008), p. 353-380.
- ARNAU RAVENTÓS, Lúdia. «La noció de *consumidor* i la incorporació de les normes en matèria de contractació amb consumidors al llibre sisè del Codi civil de Catalunya». *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 9 (2008), p. 9-46.
- «La conformitat de la prestació al contracte: qüestions des del Codi de consum». A: INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.). *Els reglaments europeus i l'evolució del dret català de contractes, família i successions*. Girona: Documenta Universitaria, 2019, p. 87-118.
- ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier. «La transposición de directivas en el estado autonómico: diagnóstico y perspectivas de futuro». A: ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier (dir.). *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del derecho de la UE en el estado autonómico*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònomic, 2013, p. 491-564 (Institut d'Estudis Autònomic; 85).
- «Métodos de transposición y requisitos jurídicos europeos e internos». A: ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier (dir.). *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del derecho de la UE en el estado autonómico*. Barcelona: Institut d'Estudis Autònomic, 2013, p. 75-146 (Institut d'Estudis Autònomic; 85).
- BARCIELA PÉREZ, J. A. «El efecto directo de las directivas en las relaciones entre particulares», *Noticias de la UE*, núm. 304 (maig 2010), p. 5.
- BELLO MARTÍN-CRESPO, María Pilar. «La interpretación del derecho nacional de conformidad con las directivas». *Revista Xirridica Gallega*, núm. 22 (1999), p. 13-31.
- CARMONA CONTRERAS, Ana M. «Tratado de Lisboa y organización territorial de los estados: ¿nada nuevo bajo el sol?». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 23 (2009), p. 237-256.
- CIENFUEGOS MATEO, Manuel. «Comunidades autónomas, tribunales de la Unión Europea y responsabilidad por el incumplimiento autonómico del derecho comunitario. Reflexiones a partir de la práctica reciente». *Revista d'Estudis Autònomic i Federals*, núm. 5/2007, p. 33-99.
- «Eficacia vinculante de la interpretación del Tribunal de Justicia e inaplicabilidad de las normas y prácticas nacionales limitativas del procedimiento de cuestiones

- prejudiciales. A propósito de la sentencia Pulgenciana Facility Esco, de 5 de abril de 2016». *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 41 (2017), p. 98-127.
- E. COBREROS MENDAZONA, «Efectos de la sentencia prejudicial», *European Inklings* (dir.: R. Alonso García i J. I. Ugartemendia Eceizabarrena), núm. 4 (2014), *La cuestión prejudicial europea*, p. 140.
- DURBÁN MARTÍN, Ignacio. «Derecho privado y competencias autonómicas sobre consumo y comercio interior en la doctrina del Tribunal Constitucional». *Derecho Privado y Constitución*, núm. 30 (2016), p. 257-288.
- ESQUIROL JIMÉNEZ, Víctor. «La nueva regulación de los créditos y préstamos hipotecarios en el Código de consumo de Cataluña». *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 3-2015, p. 743-762.
- GARCÍA RUBIO, M. Paz. «La mercantilización del derecho civil. A propósito del Proyecto de Código mercantil en materia de obligaciones y contratos». *Boletín del Ministerio de Justicia*, any 69, núm. 2178 (2015), p. 1-30.
- «Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil». *Revista de Derecho Civil*, vol. vi, núm. 4, p. 1-43.
- GARCÍA RUBIO, M. Paz. «Presente y futuro del derecho civil español en clave de competencias normativas». *Revista de Derecho Civil*, vol. iv, núm. 3, p. 1-33.
- GETE-ALONSO CALERA, M. Carmen. «La STC 132/2019, sobre el llibre sisè del Codi civil de Catalunya en matèria d'obligacions i contractes». *Revista Catalana de Dret Públic* [blog], 4 de març de 2020 (<<http://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2020/03/04/la-stc-132-2019-sobre-el-llibre-sisè-del-codi-civil-de-catalunya-en-materia-d-obligacions-i-contractes-ii-nota-sobre-la-sentencia-m-del-carmen-gete-alonso>>; última consulta: 29 maig 2020).
- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki. «La interpretación del principio de subsidiariedad y su adecuación a los principios constitucionales rectores del Estado de las autonomías». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 19 (1999), p. 43-76.
- LÓPEZ BOFILL, Hèctor. «La transposición de directivas de la Unión Europea en el estado autonómico: una aproximación de derecho comparado». A: ARZOZ SANTISTEBAN, Xabier (dir.). *Transposición de directivas y autogobierno. El desarrollo normativo del derecho de la UE en el estado autonómico*. Barcelona: Institut d'Estudis autonòmics, 2013, p. 185-230 (Institut d'Estudis Autonòmics; 85).
- LÓPEZ ESCUDERO, Manuel. «Primacía del derecho de la Unión Europea y sus límites en la jurisprudencia reciente del TJUE». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 64 (2019), p. 787-825.
- MARCO ABATO, Marcos. «Una reflexión sobre la primacía del derecho europeo, la aplicación judicial de la norma y la producción normativa». *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, núm. 29 (2017), p. 75-127.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. «La Dir. 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los estados miembros». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, gener-març 2012, p. 8-21.

- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. «¿Es consumidor el que adquiere un bien con ánimo de lucro? La doctrina del TS contenida en la STS de 16 de enero de 2017». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 20 (2016), p. 1-5.
- MARTÍNEZ CAPDEVILA, Carmen. «Otra virtualidad de las directivas: efecto directo de exclusión». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 12 (2006), p. 1-21.
- MILLÁN MORO, Lucía. «TJUE – Sentencia del Tribunal de Justicia de 15.1.2014 (Gran Sala) – Association de Médiation Sociale, asunto C-176/12, Política social – Directiva 2002/14/CE – Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea – Artículo 27 – Sujeción de la constitución de órganos representativos del personal a ciertos umbrales de trabajadores empleados – Cálculo del número de trabajadores empleados – Normativa nacional contraria al derecho de la Unión – Función del juez nacional – Eficacia directa *versus* primacía». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 49 (setembre-deseembre 2014), p. 1029-1045.
- NASARRE AZNAR, Sergio; SIMON MORENO, Héctor. «Un paso más en la protección de deudores hipotecarios de vivienda: la Directiva 2014/2017/UE y la reforma del Código de consumo en Cataluña por Ley 24/2014». *UNESCO Housing Chair, working paper* núm.1/2015 (<www.housing.urv.cat>; última consulta: 29 maig 2020).
- OLIVA BLÁZQUEZ, Francisco. «El Anteproyecto de Código de comercio en el contexto del proceso internacional de unificación del derecho privado de los contratos». *Revista de Derecho Civil*, vol. 1, núm. 3 (2014), p. 37-66.
- PALOMARES AMAT, Miquel. «Las relaciones entre la Generalitat de Catalunya y la Unión Europea en el Estatuto de autonomía de Cataluña de 2006». *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 113 (2007), p. 1-23.
- PONS RÀFOLS, Francesc Xavier. «El Tribunal de Justicia y la supletoriedad del derecho estatal como garantía del cumplimiento autonómico del derecho de la UE». *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 47 (2014), p. 131-156.
- POZO CARRASCOSA, Pedro del; VAQUER ALOY, Antoni; BOSCH CAPDEVILA, Esteve. *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*. Madrid i Barcelona: Marcial Pons, 2018.
- SALAS, Javier. «Defensa del consumidor y competencias de los diversos entes territoriales». *Revista de Administración Pública*, núm. 119 (maig-agost 1989), p. 49-89.
- SÁNCHEZ BARRILAO, Juan Francisco. «La supletoriedad del derecho estatal como garantía en la ejecución del derecho europeo por las CCAA». *Revista Española de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 1 (2004), p. 241-268.
- TAJADURA TEJADA, Javier. «La redefinición del modelo autonómico a partir de la STC 61/1997 y el nuevo concepto de supletoriedad». *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 78 (2006), p. 151-184.
- VERDÚN PÉREZ, Francisco. «La Sentencia del TJUE de 29 de octubre de 2015 en el asunto BBVA: análisis de sus eventuales consecuencias». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 19/2016, p. 75-111.