

LA TRANQUILITAT DEL COMPRADOR D'IMMOBLES EN LA FASE ANTERIOR A L'ADQUISICIO: LA PAGA I SENYAL A CATALUNYA.

Comunicació presentada per

**Miquel Tarragona Coromina
Acadèmic Electe**

a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya el 18 de febrer de 2020.

Presento aquesta comunicació per encàrrec del president Lluís Jou no com una comunicació tancada de caràcter doctrinal, sinó com un esquema de diverses reflexions que planteja una de les novetats del Llibre sisè del Codi Civil de Catalunya que a la pràctica podria tenir més joc en relació amb la compravenda d'immobles.

1.- Presentació i problemàtica que planteja l'adquisició d'immobles.

És sabut que la compravenda d'un immoble, i principalment de l'habitatge habitual, és un dels actes més transcendents en la vida jurídica de molts particulars, que té gran relleu social i transcendència personal pel comprador.

La llei ha tingut sempre cura d'establir un sistema de protecció per al comprador al temps precís de l'adquisició, mitjançant un sistema de documentació pública en el que hagi estat assessorat personalment i dotat, el seu contracte, de tots els requisits legals, i amb la inscripció al Registre de la Propietat, en executar-se la venda, se li garanteix la propietat adquirida. Però la complexitat dels temps actuals fa que sigui necessària una fase prèvia a l'adquisició, principalment per obtenir el finançament bancari necessari.

Potser serà moment ja de distingir entre:

- compres al comptat, en que el comprador té ja tots els diners, i el procés no té fase prèvia o preliminar.
- compres finançades, en que l'adquirent necessita i van acompanyades de crèdit bancari, que són avui les més freqüents i importants, i que tenen sempre aquesta fase prèvia a l'adquisició, des de que hi ha el compromís o vinculació inicial de les parts, fins a la transmissió de la propietat i pagament del total preu.

El període d'arres, a més de permetre trobar el finançament necessari, també possibilita un examen més acurat de l'immoble, de les seves qualitats físiques i de comprovació del compliment de les característiques legalment exigides.

L'entrega de quantitats a compte per els compradors als promotors d'habitatges (primera transmissió), té una regulació pròpia (ara a la Llei d'Habitatge 18/2007, de 28 de desembre) que imposa l'obligació d'entregar aval bancari en garantia de les quantitats entregades pel comprador, perquè quan venen temps de crisi hi ha risc de pèrdua de les quantitats entregades a compte. Però quan el venedor de l'habitatge no és un promotor, la llei no establí cap mecanisme de garantia que pogués protegir al comprador per les quantitats entregades a compte, i ara la nova regulació del Llibre sisè [del Codi Civil de Catalunya](#), faculta

que les parts, voluntàriament, s'acullin al sistema de garantia previst i que serà objecte d'aquesta comunicació.

El principal problema de la regulació catalana actual que tractarem, és el seu cost fiscal, donat que la subjecció de la constància registral de les arres penitencials a l'Impost d'Actes Jurídics Documentats (AJD) desincentiva la utilització de la garantia proposada pel legislador; aquesta qüestió pensava jo al plantejar-me el seu estudi, però sortosament, la situació i l'ús de la garantia canviarà radicalment esperem que en breu, ja que en l'actual Projecte de Llei de mesures fiscals, financeres i administratives i del sector públic per al 2020, pendent d'aprovació parlamentària a Catalunya, preveu al seu article 71 la *"bonificació del 100% de la quota gradual d'actes jurídics documents als instruments públics notariais en els quals es formalitzin els dipòsits d'arres penitencials a què fa referència l'article 621-8 del Codi Civil de Catalunya, així com la resta de documents notariais que poguessin atorgar-se per a la seva cancel·lació registral."*

L'aplicació practica de la regulació de les arres penitencials a més de donar tranquil·litat i garantia als futurs compradors d'immobles, permetrà mes claredat i afloració de documentació en la fase prèvia de la contractació.

2. Concepte d'arres i las seves classes.

La regulació de les arres o paga i senyal, es conté a l'article 621-8 del Llibre sisè del Codi Civil de Catalunya, que estableix el següent:

"Article 621-8

Arres

1. El lliurament pel comprador d'una quantitat de diners al venedor s'entén fet com a arres confirmatòries, és a dir, en senyal de conclusió i a compte del preu de la compravenda.

2. Les arres penitencials s'han de pactar expressament. Si el comprador desisteix del contracte, les perd, llevat que el desistiment estigui justificat d'acord amb el que disposa l'article 621-49. Si qui desisteix és el venedor, les ha de tornar doblades.

3. En la compravenda d'immobles, el lliurament d'arres penitencials pactades per un termini màxim de sis mesos i dipositades davant notari es pot fer constar en el Registre de la Propietat i, en aquest cas, l'immoble resta afecte a llur devolució. En cas de desistiment, el notari ha de lliurar les arres dipositades a qui correspongui. L'afectació s'extingeix:

a) Una vegada transcorreguts seixanta dies després del termini pactat, llevat que hi hagi una anotació anterior de demanda per part del comprador. En aquest cas, l'afectació es cancel·la d'ofici.

b) Quan el comprador desisteix i el venedor ho acredita fefaentment.

c) Quan s'inscriu la compravenda."

Veiem així que les arres són una quantitat de diners que el comprador entrega i que segons la finalitat d'aquesta entrega permet distingir entre:

- arres o paga i senyal confirmatòries, quan son "en senyal de conclusió i a compte del preu de la compravenda".

- arres o paga i senyal penitencials, que faculten les parts per desistir del contracte.

En les confirmatòries, el contracte de compravenda ja existeix i l'incompliment d'una de les parts faculta a l'altra per instar l'execució forçosa o la resolució, amb indemnització de danys i perjudicis en ambdós supòsits, que a manca d'acord serà determinada per els Tribunals; en cas d'incompliment del comprador, l'import de la indemnització no necessàriament coincidirà amb la quantitat entregada com a paga i senyal a compte del preu. A Catalunya, les arres o paga i senyal es presumeixen confirmatòries, al contrari que en el Codi Civil espanyol, en que s'entenen penitencials (CCE 1454).

Les arres penitencials poden estar incorporades a un contracte de compravenda, que serà resoluble, o poden constituir un contracte autònom, i en tot cas es permet que una de les parts desisteixi unilateralment del mateix, amb les conseqüències ja taxades per la llei. Ni que s'estableixin en un contracte independent d'arres penitencials, aquest ha de contenir tots els elements essencials d'un contracte de compravenda, però donat que és resoluble, el contracte de compravenda com a tal pot no existir. A Catalunya, per a que la paga i senyal tingui caràcter penitencial, ara, s'ha de pactar expressament.

3.- Les arres o paga i senyal penitencials. Elements essencials.

Han de quedar fixats ja els termes de la futura compravenda, i essencialment el preu i la seva forma de pagament.

Subjectes: per la part venedora, les arres han de ser convingudes per tots els propietaris i per la part compradora es pot admetre que la persona que subscriu las arres pugui cedir total o parcialment la seva posició contractual, sense necessitat d'haver estat prèviament autoritzada; el dret d'adquisició de l'immoble no és personalíssim, i en general l'article 1112 del CCE permet la transmissió de tots els drets, i per tant, el dret a adquirir i en quant a l'obligació, principalment la de pagament, la cessió de l'obligació és possible si bé no allibera al cedent.

Objecte: per l'aplicació del sistema de garantia que estudiem, ha de tractar-se d'un immoble situat a Catalunya i subjecte a dret català.

En cas de vàries finques, cal distribuir el preu i las arres per a la seva constància registral d'acord amb el principi d'especialitat.

El preu ha de ser determinat o determinable, fixar el termini de pagament, de màxim sis mesos, i l'import de les arres, que acostumen a ser del deu per cent del preu total, però poden representar un percentatge superior o inferior; en tot cas, las arres penitencials tenen naturalesa assimilable a la de pena convencional, i com a tal es planteja si s'admet la seva moderació judicial.

Forma: el document s'haurà d'atorgar davant de notari i serà una escriptura pública d'arres, i no una acta, doncs les arres suposen un conveni i acord consensual entre parts.

Per facilitar la prova de l'eventual incompliment d'una de les parts, és aconsellable la fixació ja inicialment de lloc i notari, data i hora en la que les parts queden ja citades per a l'atorgament de l'escriptura de compravenda de l'immoble, i així no caldrà fer noves citacions, sense

perjudici de que les parts, en la pràctica, signin uns dies abans, i si no es així, el dia assenyalat, el notari aixecarà acta de les parts que compareixen i els termes en que ho fan.

El notari demanarà ja informació registral de la finca i l'escriptura d'arres penitencials es farà constar al Registre de la Propietat de conformitat amb l'article 621-8.

4.- Problemes que planeja el desenvolupament de la paga i senyal.

Planteja fonamentalment dos qüestions: el dipòsit davant notari i l'acreditació de l'incompliment i destí del dipòsit notarial.

I.- El dipòsit davant notari.-

Un dels requisits de la norma catalana és que la quantitat de diners que constitueixen les arres, siguin "dipositades davant notari".

Es plantegen dues interpretacions:

1.- Que les arres s'atorguin en escriptura pública, davant de notari i els diners s'entreguin en el mateix document, evidentment davant del mateix notari, amb independència de que els conservi el fedatari com a dipositari, o que, autoritzat expressament per el comprador, entregui els diners al venedor; aquesta és la interpretació que ens sembla més lògica i adient amb les necessitats de les parts; en moltes ocasions el venedor necessita els diners de les arres per pagar impostos pendents, cancel·lar alguna càrrega o pagar algun deute; literalment, la norma no diu "*dipositades al notari*", sinó dipositades "*davant notari*", i lògicament vol dir que es poden lliurar al venedor, sempre que es faci davant de notari.

La conseqüència que assenjala el precepte de que "*en cas de desistiment, el notari ha de lliurar les arres dipositades a qui correspongui*" no és necessàriament contrària a aquesta interpretació, perquè es vol que la devolució quedi documentada en forma pública i és el notari qui ha de decidir inicialment quina és la part incomplidora.

Amb aquesta interpretació, s'haurà d'entendre que l'afecció registral cobreix les arres duplicades.

Fixem-nos que el supòsit de l'article 621-49 de negativa de l'entitat designada a concedir el finançament hipotecari al comprador, no es configura com una de causa d'extinció de l'afecció registral, perquè tal vegada, les arres s'han entregat per el notari al venedor, i en aquest cas, l'afecció garanteix la seva devolució.

Es clar que aquesta és una interpretació una mica forçada, però adaptada a la realitat social de que el venedor por precisar els diners de les arres per portar endavant l'operació.

2.- L'altre interpretació possible, més restrictiva, és que és imprescindible que els diners que constitueixen les arres els conservi el notari com a dipositari. És cert que si el notari conserva el dipòsit, el comprador té la seguretat i se li facilita que en cas que el venedor incompleixi, li seran retornades les arres duplicades; en la quantia originària pel notari, i en la part doblada, gràcies a l'afecció registral, si bé per aquesta haurà d'exercir la corresponent acció judicial.

II.- Determinació de la part incomplidora i destí del dipòsit.

Hem de diferenciar incompliment de desistiment justificat.

1.- Hi ha desistiment justificat en el supòsit de l'article 621-49, quan hi ha "*negativa de l'entitat designada a concedir el finançament*". És un supòsit de desistiment no imputable per una causa objectiva. Hem de dir que la designació d'entitat bancària, no necessàriament ha de ser al document d'arres (el que limitaria la llibertat d'elecció d'entitat), sinó que és el futur comprador qui pot designar l'entitat. La norma preveu dues excepcions:

a.- El fet que la denegació del finançament "*es derivi de la negligència del comprador*".

Serà aconsellable que l'entitat bancària certifiqui la causa de la denegació, i que el pretès prestatari hagi presentat tota la documentació que li ha estat requerida.

b.- Una altra excepció que estableix l'article 621-49 és que s'hagi establert "*pacte en contra*", és a dir, que les parts del contracte d'arres hagin establert que la manca de concessió de finançament no permeti al comprador el desistiment del contracte. Aquesta exclusió pactada de l'efecte legal i natural de la denegació de finançament caldrà valorar-la en cada cas amb prudència, perquè pot donar lloc a conseqüències inacceptables; no sembla lògic que per obtenir crèdit a través d'un préstec hipotecari s'exigeixin cauteles rigoroses d'informació independent i de comprovació de coneixement de les condicions i de les seves conseqüències al que el sol·licita, i per contra, aquesta mateixa persona pogués perdre les arres com a conseqüència de la denegació de finançament, sense haver estat adequadament informat ni preveure les seves conseqüències –del pacte en contra-; en tot cas la inaplicació del "*pacte en contra*" haurà de ser determinada per els tribunals.

2.- L'incompliment d'una de les parts autoritza a l'altra a desvincular-se del contracte, sense perdre les arres el comprador si l'incomplidor és el venedor, i sense haver-les de retornar doblades el venedor, si l'incomplidor és el comprador. L'acreditació de l'incompliment és aconsellable que es faci a través d'un acta notarial amb acreditació dels fets transcendents. La part complidora té justificat el desistiment, i en aquest cas el mandat del precepte és que "*el notari ha de lliurar les arres dipositades a qui correspongui*".

Només en cas de que la determinació de la part incomplidora fos dubtosa, i no pugui aclarir-se per les manifestacions i acreditacions de las parts, el notari ha de conservar les arres dipositades sense entregar-les.

Si no s'arriba a signar la compravenda per incompliment, les parts poden de mutu acord decidir sobre les arres, però de no fer-ho, haurà de ser el notari qui decideixi; amb independència de que si l'incomplidor es el venedor, el comprador ha de presentar demanda judicial en reclamació de la entrega de les arres i aquesta s'ha d'anotar al registre abans de seixanta dies des del termini de les arres pactat. Si la quantitat dipositada la conserva el notari, aquest, a requeriment de la part corresponent, a manca d'acord, haurà de decidir sobre l'entrega de la quantitat d'arres al comprador o al venedor, "*a qui correspongui*", com mana el punt 3 de l'article, sense necessitat d'esperar a la Sentència en el cas de que s'hagi presentat demanda. La suspensió de l'entrega de les arres aniria contra la lògica del sistema i suposaria un greu perjudici per al comprador, -la part més necessitada de protecció, que ja veu retardada –si bé garantida per la afecció registral- l'entrega de la part duplicada de les arres.

En aquest sentit, les arres penitencials dipositades davant notari entenc que participen a la regulació catalana, de determinades característiques semblants a les del compliment d'un aval a primer requeriment, en què valorades indiciàriament les circumstàncies d'incompliment –no cal una prova plena–, s'ha d'entregar la quantitat donada en garantia, a la part que volia complir.

5.- Extinció de l'afecció registral.-

La norma **tracta** de l'extinció de la afecció en tres supòsits:

a) Per el transcurs de seixanta dies després del termini pactat (de màxim sis mesos), llevat que hi consti anotació anterior de demanda per part del comprador.

b) *“Quan el comprador desisteix i el venedor ho acredita fefaentment”*. L'acreditació la podrà fer el venedor mitjançant l'acta notarial que deixi constància de que en el lloc, dia i hora convinguts, el comprador no ha complert amb la seva obligació de comparèixer a comprar i pagar tot el preu pendent. Si les arres han quedat dipositades en el notari, aquest les entregarà a la part venedora.

c) *“Quan s'inscriu la compravenda”*. No sembla que calgui sol·licitar expressament la cancel·lació o extinció de la afecció registral, perquè és una conseqüència automàtica que preveu la llei. Si els diners de les arres estaven dipositats al notari, en el moment de l'escriptura de compravenda el notari les haurà entregat a la part venedora.

A aquests tres supòsits s'hi pot afegir un altre, que és el següent:

d) També s'extingeix l'afecció, per simple voluntat del venedor, dipositant les arres duplicades davant del notari si el notari les hi havia entregat segons les instruccions de les parts, o un import de les arres perquè, junt amb las dipositades siguin retornades per el notari al comprador. Serà suficient que el notari tingui en el seu poder las arres duplicades per a la seva devolució al comprador frustrat, per a la cancel·lació de la afecció registral; no caldrà acreditar la recepció i acceptació de las arres duplicades per part del comprador frustrat, doncs es de la pròpia essència de la institució de las arres penitencials, la facultat de qualsevol de las parts de deslligar-se del pacte.

En els supòsits d'incompliment per el venedor o desistiment del comprador haurà de ser el notari dipositari qui haurà de decidir la part culpable de l'incompliment; així ha d'estar previst en la constitució de las arres, però es de la pròpia essència del dipòsit que s'ha de retornar la suma dipositada “a qui correspongui”, i això suposa una valoració que requereix a més de coneixements, proves que acreditin els fets imputables a la part incomplidora; en aquest sentit, convé objectivar al màxim els supòsits d'incompliment i la seva acreditació per evitar futures disputes.