

Vint anys del Codi civil de Catalunya

**Jornades del 16 i 17
de novembre de 2022**

20 anys

2002-2022



**Generalitat
de Catalunya**

Vint anys del Codi civil de Catalunya

**Jornades del 16 i 17
de novembre de 2022**



**Generalitat
de Catalunya**

Jornades "Vint anys del Codi civil de Catalunya" (2022 : Barcelona, Catalunya), autor

Vint anys del Codi civil de Catalunya : jornades del 16 i 17 de novembre de 2022

Recull de les actes de les Jornades "Vint anys del Codi Civil de Catalunya" celebrades a Barcelona, el 16 i 17 de novembre de 2022. – Bibliografia. – Textos en català i castellà

ISBN 9788410144392

I. Catalunya. Generalitat. II. Títol

1. Catalunya. Codi civil – Congressos 2. Dret civil – Legislació – Catalunya – Congressos

347(094.73)(460.23)(063)

© Generalitat de Catalunya.

Departament de Justícia, Drets i Memòria

Edició a càrrec de Gisela Esteve García

Febrer de 2024

Disseny i maquetació: Entitat Autònoma del Diari Oficial i de Publicacions

ISBN: 978-84-10144-39-2

DL: B-22464-2023

Podem consultar la versió digital d'aquest document a <https://justicia.gencat.cat/publicacions>.

Índex

Presentació	5
Inauguració a càrrec de l'Honorable Consellera Gemma Ubasart i González	7
Conferència inaugural «La vigència del fenomen codificador en el dret comparat: per què necessitem codis civils en el segle XXI», Remy Cabrillac	11
Intervenció de Núria de Gispert i Català	21
Taula rodona: «El dret de la persona i la família», M ^a del Carmen Gete-Alonso y Calera	26
El règimen matrimonial de separación: de la Compilación al Código, Jesús Delgado Echeverría	34
Intervención de Vincenzo Barba	40
Intervenció de Clara Orpinell	65
Intervenció de Dolors Viñas Maestre	69
Taula rodona: «El dret de successions», Paloma de Barrón Arniches	75
Intervenció de Juan José López-Burniol	80
Intervenció de Ramon Pratdesaba Ricart	88
Intervenció de Maria Eugènia Alegret Burgués	102
Taula rodona: «Els drets reals», Elena Lauroba Lacasa	110
Intervenció de Nativitat-Mercè Mota i Papaseit	114
Intervención de Ángel Serrano de Nicolás	125
Intervención de Antonio Recio Córdova	141
Intervenció de Marta Legarreta Fontelles	152
Taula rodona: «Les obligacions i els contractes», Carles-Enric Florensa i Tomàs	163
La digitalització del dret de contractes al llibre sisè del Codi civil de Catalunya, Esther Arroyo Amayuelas*	168
De l'autocontenció al ple desenvolupament legislatiu en matèria d'obligacions i contractes. Les bases de les obligacions contractuals segons la STC 132/2019, de 3 de novembre, Joan Egea Fernández	183
Intervenció de Juan Antonio Xiol Rios	218

Taula rodona: «El futur del Codi civil», Immaculada Barral Viñals	225
El futur del Codi civil de Catalunya: el llunyà, el proper i l'immediat, Albert Lamarca Marquès ...	228
Intervenció de Mercé Mira Cortadellas	244
Reflexions per a una simplificació i modernització de les formes testamentàries del llibre quart del Codi civil de Catalunya, Antoni Vaquer Aloy	247
Un possible futur per al Codi civil de Catalunya. Atenció especial als aspectes patrimonials, Sergio Nasarre Aznar	259
Conferència de cloenda «L'article 111-4 del Codi civil de Catalunya. Codi civil. Dret comú a Catalunya. Dret supletori», Ferran Badosa Coll	283
Cloenda, Immaculada Barral Viñals	361

Presentació

La jornada «Vint anys del Codi civil de Catalunya» va tenir lloc al novembre de 2022, a la Conselleria de Justícia, per celebrar el vintè aniversari de l'aprovació de la Llei 29/2002, de 30 de desembre, Primera llei del Codi civil de Catalunya. La Primera llei del Codi civil és el text legal que adopta i planifica una nova forma de legislar en matèria de dret civil, optant per la codificació en un únic text. També fa una aposta decidida per la construcció d'un codi obert, al qual diferents lleis han anat donant contingut al llarg d'aquests vint anys. És un text fonamental en la història de la codificació del dret civil català que va tenir per objecte establir l'estructura i la sistemàtica del futur codi i aprovar-ne el llibre primer, tal i com s'indica a l'article 1. La fita és, doncs, important, i mereixia fer-ne aquest recordatori.

El vintè aniversari de la Llei 29/2002 és una bona ocasió per revisar l'obra legislativa feta: avui ja tenim complets el llibre primer, dedicat als principis generals i prescripció i caducitat; el segon, dedicat a la persona i la família; el tercer, que regula les associacions i les fundacions; el quart, que recull el dret de successions; i el cinquè, centrat en els drets reals. Però també cal recordar que el projecte de Codi civil de Catalunya encara no està acabat, ja que el llibre sisè, dedicat a les obligacions i els contractes, encara està en construcció.

La tasca de completar el llibre sisè ha de ser prioritària a partir d'ara. Ens cal culminar l'obra codificadora perquè la ciutadania tingui un instrument

legal renovat i adaptat a les necessitats socials. Aquest és el repte que afrontem amb il·lusió.

El resultat de les aportacions de la jornada que celebrava els vint anys del Codi civil s'inclou en aquest llibre, que recull les dues ponències i les intervencions de les taules rodones sobre els diferents llibres del Codi civil. La ponència inicial, per mà del professor Cabrillac, planteja la vigència del fenomen codificador en el segle XXI i es valora positivament. La ponència final, a càrrec del professor Dr. Badosa, tracta les categories de dret comú i dret supletori que emmarquen l'aplicació del dret civil català. Les taules rodones s'han centrat cadascuna en un dels llibres del Codi civil per fer balanç de la legislació existent i apuntar idees per a la que ha de venir. El llibre recull les intervencions a les taules, fetes oralment i revisades pels autors, però respectant la forma inicial en què es van fer. Per a més utilitat del lector, s'ha afegit el context de les fonts indicades de normativa i de jurisprudència. L'anàlisi feta valida el model i dona arguments per anar més enllà en la tasca codificadora.

En definitiva, la jornada sobre els vint anys del Codi civil de Catalunya ens ha permès copsar l'evolució del model codificador iniciat ara fa vint anys i validar-ne els resultats. De fet, la seva permanència significa reconèixer-ne l'èxit. Comencem a caminar, ara, cap als propers vint anys.

Immaculada Barral Viñals

Directora general de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació

Inauguració a càrrec de l'Honorable Consellera

Gemma Ubasart i González

Consellera de Justícia, Drets i Memòria

És un plaer presidir la inauguració d'aquestes jornades de commemoració dels vint anys de l'aprovació de la Primera llei del Codi civil de Catalunya.¹ Aquesta llei és la primera mostra de la voluntat codificadora del dret civil català en un context nou, en què el codi apareix com l'instrument tècnic idoni per sistematitzar i organitzar els diversos àmbits de la vida de les persones.

La defensa del dret propi ha estat sempre una peça clau de l'autogovern, i el seu reconeixement va plantejar ben aviat la necessitat de modernitzar el nostre dret civil històric. Des d'aleshores, la tasca normativa ha estat important i ha permès transformar un instrument bàsic amb voluntat d'excepcionalitat, la Compilació del dret civil especial de Catalunya,² en un projecte ambiciós de codificació moderna, capaç d'enfrontar-se als reptes normatius del segle XXI. Cal, doncs, valorar el Codi civil que ara tenim com un intent reeixit de codificar el dret propi de la persona des d'una perspectiva adequada als temps actuals; és a dir, directament modernitzadora, que parteix de la tradició jurídica catalana i alhora l'adapta a la nova realitat social. Per això vull mostrar un agraïment molt sincer a totes les persones que, des dels diversos àmbits dels operadors jurídics, han col·laborat en aquesta tasca de codificació en tots els aspectes.

Així, doncs, l'aprovació de la Primera llei del Codi civil de Catalunya el 2002 significa una fita inicial que no només inicia el procés codificador, sinó que en fixa les regles del joc i encara ens és un referent sobre l'estructura i

1 Llei 29/2002, de 30 de desembre. Primera llei del Codi civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 3798 (13 de gener de 2003).

2 Llei 40/1960, de 21 de juliol, sobre Compilació del dret civil especial de Catalunya. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 175 (22 de juliol de 1960).

les matèries a regular. També són essencials l'aprovació dels diversos llibres del Codi: el llibre segon, relatiu a la persona i la família,³ entén la protecció a les persones d'una forma integral. El llibre tercer, relatiu a les persones jurídiques,⁴ recorre un àmbit en què la llibertat civil s'expressa de forma clara i modernitza figures com ara la fundació. El llibre quart, relatiu a les successions,⁵ representa un dels conjunts de dret propi més sistemàtic i complet que recull els principis successoris i, quan cal, també en recull l'adaptació. El llibre cinquè⁶ és un esforç per formular institucions tradicionals en una nova dimensió contemporània; i, també, és la seu de noves figures essencials com ara la propietat horitzontal, de dimensió pràctica clara.

Finalment, el llibre sisè⁷ és una gran oportunitat per presentar el dret dels contractes fora del marc estricte de les codificacions clàssiques: la contractació massiva o els problemes en l'accés a l'habitatge no en poden resultar aliens. Reprendre la tasca d'omplir de contingut les parts encara no regulades del dret de contractes i la responsabilitat extracontractual ha de ser una prioritat en el futur. Cal continuar dotant de contingut el llibre sisè per completar la tasca codificadora.

Tot i això, cal no oblidar l'altra qüestió important que cal resoldre: l'actualització de la regulació civil. El model de l'actual Comissió de Codificació de Catalunya permet un treball de revisió i millora legislativa constant que augmenta la qualitat normativa de les lleis. Així, en aquest moment, cal acabar la labor de regular les conseqüències, de cabdal importància com a canvi de paradigma, que ha comportat l'adaptació del nostre ordenament a les directrius de la Convenció de Nova York de 2006.⁸ Això inclou el nou tractament de suport a les persones amb discapacitat, que obliga a repensar moltes de les altres institucions tradicionals del dret. I cal seguir en aquesta via, impulsant

-
- 3 Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5686 (5 d'agost de 2010).
 - 4 Llei 4/2008, de 24 d'abril, del llibre tercer del Codi civil de Catalunya, relatiu a les persones jurídiques. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5123 (2 de maig de 2008).
 - 5 Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5175 (17 de juliol de 2008).
 - 6 Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 4640 (24 de maig de 2006).
 - 7 Llei 3/2017, del 15 de febrer, del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, i de modificació dels llibres primer, segon, tercer, quart i cinquè. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 7314 (22 de febrer de 2017).
 - 8 Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat, feta a Nova York el 13 de desembre de 2006. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 96 (21 d'abril de 2008).

la tramitació de la modificació dels censos i altres figures que es consideri abordar.

Finalment, vull acabar subratllant que la nostra voluntat política és utilitzar el Codi civil per garantir i reforçar drets bàsics. En aquest sentit, estudiarem totes les esclletxes que el nostre marc competencial ens ofereixi per avançar en matèria de drets de ciutadania, posant especial èmfasi en l'habitatge i en la igualtat entre homes i dones. Volem un codi civil modern i actualitzat, que sigui instrument de progrés. La tasca de totes i tots, en aquest sentit, és imprescindible.

Conferència inaugural «La vigència del fenomen codificador en el dret comparat: per què necessitem codis civils en el segle XXI»

Remy Cabrillac

Catedràtic de Dret Civil a la Universitat de Montpeller

La codificació suscita hoy un gran interés, en Europa como en numerosos países del mundo, fruto de una historia rica de más de cuatro mil años.

Etimológicamente, el término «codificación» viene de la palabra en latín *codex* que, a su vez, viene de *càudex*, «tronco de un árbol». Por metonimia, *codex* deviene «tablilla de madera para escribir». Luego, en la Antigüedad, con el desarrollo de la escritura, *codex* deviene «cuadernos que reúnen varias hojas de pergamino escritas», por oposición al volumen, que reúne estos escritos en rollos, la mayoría de las veces en papiros.

El paso del «volumen» al *codex* permitió un progreso para la lectura casi comparable al que, algunos siglos más tarde, la aparición de la imprenta produjo.

Esta evolución ha permitido el desarrollo de los conceptos «código» y «codificación» en el ámbito jurídico desde la Antigüedad.

Los primeros códigos nacieron dos mil años antes de Cristo en Oriente Medio, vinculados a la invención de la escritura por la civilización mesopotámica. Tal como demostró el historiador inglés Maine⁹ en el siglo XIX, «Del descubrimiento y la difusión del arte de escribir, sin duda, sugieren el origen de estos antiguos códigos».¹⁰

Aunque no sea el más antiguo, el Código de Hammurabi, que data aproximadamente de 1780 antes de Cristo, parece el más conocido y el más com-

9 MAINE, Henry Summer. *L'Ancien droit*. París: 1874, p. 14.

10 Traducción personal al castellano.

pleto. El Código de Hammurabi, copiado durante muchos siglos, goza de una gran aura durante toda la Antigüedad.

En la Roma antigua, la Ley de las XII Tablas, nacida durante el siglo V antes de Cristo de las reivindicaciones de los plebeyos ante el *imperium* consular, constituye la primera obra que puede asimilarse a una codificación. Saludada por Tito Livio como *fons omnis privati publicique juris* (fuente de todo el derecho privado y de todo el derecho público), es objeto de veneración constante hasta finales del Imperio, e incluso después.

Algunos siglos más tarde, durante el Imperio, se adoptan nuevas codificaciones. Estas son fruto de la iniciativa de juristas para luchar contra una crisis de las fuentes del derecho debida a la proliferación de normas imperiales. Se trata del Código Gregoriano y el Código Hermogeniano, de finales del siglo III.

Un siglo y medio más tarde, estas iniciativas privadas se siguen por una empresa oficial de codificación. En el siglo V, el emperador Teodosiano II adoptó el Código Teodosiano y, sobre todo, durante el siglo VI, el Código adoptado bajo la impulsión del emperador Justiniano, el *Corpus iuris civilis*.

Si bien en Occidente no logra el éxito inmediato que alcanza en Oriente, su reaparición a partir del siglo XI, en Italia y en el sur de Francia, permite el renacimiento del derecho romano y su progresiva difusión durante la Edad Media.

Con sus diversas codificaciones, en particular con la de Justiniano, Roma marcó profundamente la teoría de la codificación, la cual, a su vez, marcó el derecho en general.

La actividad de codificación no se interrumpió con la caída del Imperio romano. La instauración de una nueva sociedad provoca un intenso movimiento codificador que trata de organizar la coexistencia entre los invasores y los antiguos ocupantes. Así, en un territorio que corresponde hoy a parte de España, de Cataluña y de Francia, el Código de Eurico, que probablemente data de 476, instaura una nueva legislación para los visigodos, combinando reglas de origen germánico con aportes latinos.

Una vez producida la ósmosis de los pueblos y la escisión del Imperio carolingio, las codificaciones se desvanecen durante varios siglos en Europa occidental.

Un factor, la atomització del poder central, jugó un rol decisivo en el eclipse de los códigos y, por tanto, del poder normativo, generado por el sistema feudal.

Tras el eclipse medieval, las codificaciones reaparecen tímidamente a comienzos del Renacimiento.

El proceso de codificación renace en toda Europa con la redacción de las costumbres para paliar las dificultades de conocimiento y prueba suscitadas por el aumento de estas costumbres. En Francia, por ejemplo, la primera recopilación privada aparece en el siglo XIII, y el rey Carlos VII ordena la redacción pública de las costumbres en el siglo XV.

En los siglos XVI y XVII, la codificación entra en una nueva fase.

En toda Europa, el desarrollo del poder central genera la necesidad de codificar las reglas elaboradas. Por ejemplo, en Francia, el famoso ministro del rey Luis XIV, Colbert, establece el proyecto de reducir a un solo cuerpo de ordenanzas todo el derecho y, así, limitar el número de jueces.

A partir del siglo XVIII, tiene lugar una importante ruptura en la historia de las codificaciones. Razones técnicas, políticas y culturales explican este fenómeno.

Los defectos del sistema jurídico se acentúan con la multiplicación desordenada de textos. El desarrollo de los intercambios económicos hace anacrónica la atomización del derecho. Como decía Voltaire, «Un hombre que viaja en diligencia cambia de leyes más seguido que de caballos».¹¹

Desde un punto de vista político, la codificación acompaña el término del proceso de centralización estatal en torno a un soberano todopoderoso.

Culturalmente, por último, el desarrollo del clasicismo, en particular en el ámbito artístico, favorece el desarrollo del gusto por la armonía y el racionalismo que acompaña toda idea de codificación. La inclinación por una arquitectura de proporciones equilibradas y simetría perfecta, como la del castillo de Versalles, va de la mano con la aspiración a un «derecho bello», bien ordenado. Pero es sobre todo la doble influencia de la escuela de derecho natural laico y de la filosofía de la Ilustración que contribuye a suscitar el entusiasmo por la codificación.

La escuela de derecho natural laico genera un verdadero vuelco metodológico y filosófico en el enfoque del derecho, una «revolución copernicana», que

11 VOLTAIRE, François-Marie Arouet De. «Précis du siècle de Louis XV». A: *Oeuvres complètes de Voltaire*. Tom xv. París: Librairie Garnier Frères, 1883, p. 437

favorecerá el desarrollo de los códigos. Mientras que el derecho romano partía de casos concretos para establecer clasificaciones empíricamente, haciendo surgir el concepto del hecho, los iusnaturalistas adoptan el camino inverso: elaboran abstractamente un sistema que se basa en conceptos que *a posteriori* se confrontan con la realidad concreta. Este enfoque lógico y racionalista solo puede contribuir a la operación de reagrupamiento y elaboración de reglas de derecho en que la codificación consiste.

Por otro lado, la filosofía de la Ilustración hace de la ley, como expresión de la voluntad general, la punta de lanza contra el absolutismo de los monarcas. Así se explica la pasión por las leyes en el Siglo de las Luces, cuando el código se considera la expresión más acabada.

Europa constituye la cuna de las nuevas codificaciones y muchos déspotas iluminados del viejo continente adoptan códigos.

Baviera será el primer Estado verdaderamente dotado de códigos correspondientes a esta nueva concepción, al publicar un código civil, un código penal y un código del procedimiento civil en los años 1750.

En Francia, aparece a finales del Antiguo Régimen el anhelo de un código, pero la debilidad del poder del rey Luis XVI impide la encarnación de este anhelo. La inestabilidad política de la Revolución impide también la adopción de un código. Es lo que los historiadores han denominado «el imposible código civil». El consulado da a Francia un período de estabilidad política propicia para la adopción de un código civil, que Napoleón Bonaparte apoya personalmente. El Código civil francés se promulga el 24 de marzo de 1804. A este Código civil se agregan cuatro códigos que no tienen su misma aura: el Código de procedimiento civil (1806), el Código de comercio (1807), el Código penal (1810) y el Código de procedimiento criminal (1811).

La gran mayoría de las codificaciones de finales del siglo XIX se inscriben directamente en la prolongación de estas codificaciones. Por ejemplo, en Europa, a finales de siglo XIX, se adoptaron los códigos civiles italiano (1865), portugués (1867), español (1889) o alemán (1896). El mismo fenómeno se produce en otros continentes. Así, después de la independencia, países de América latina adoptan un código civil inspirado en el Código de Napoleón; por ejemplo, los códigos civiles chileno, de Andrés Bello (1855), o argentino, de Vélez Sarsfield (1869).

A pesar de este desarrollo, durante el siglo XX, la codificación ha parecido vivir un período de duda: —¿Está la codificación realmente adaptada a los

tiempos modernos?¹² La aceleración del tiempo jurídico, una aceleración de los desarrollos sociales y técnicos que la ley trataría de seguir, no ha dejado de preocupar. En respuesta a este desafío, los gobiernos de muchos países del mundo han multiplicado normas que se entrelazan y chocan. La des-codificación, una multiplicación de reglas especiales fuera de la estructura de un código, golpeó duramente a los códigos tradicionales, adoptados en el siglo XIX, durante la edad de oro de la codificación. Por lo tanto, ¿sigue la codificación siendo posible y deseable si corre el riesgo de quedar obsoleta tan rápidamente? A estas primeras dudas se añadieron, en el cambio de milenio, otras cuestiones nacidas de la globalización del derecho, que ha dado lugar a una feroz competencia entre los sistemas jurídicos.

—¿Es la codificación la forma más racional y eficiente de organizar las normas jurídicas? ¿No se adaptaría más el derecho anglosajón, fundado en la decisión del juez, que la norma general y preexistente de un código? Además, la globalización ha debilitado las divisiones político-geográficas tradicionales. ¿Puede continuar una codificación elaborada a nivel estatal mientras las normas internacionales desempeñan un papel cada día más importante?

El marco del estado-nación, heredado del Renacimiento, puede parecer obsoleto o al menos reducido en un momento de globalización o de agrupaciones supraestatales regionales. Estas dudas se superaron entre finales del siglo XX y principios del siglo XXI. Efectivamente, son períodos de explosión de la relativa unidad de las codificaciones, explosión que se traduce más en una plenitud perenne que en un hipotético declive. Países en los que la codificación se percibía con relativa ambigüedad parecen adoptar definitivamente, y sin reservas, el modelo codificador. Así, China ha adoptado un código civil, parte por parte, promulgado en 2020 y que está en vigor desde enero de 2021.

Asimismo, muchos países cuyo derecho tradicional era, más o menos, ajeno a toda idea de codificación, que solo conocían a través del sistema jurídico de una potencia colonial, se abren a la codificación a lo largo del siglo XX. En África o en Oriente Medio, por ejemplo, después de sus independencias, numerosos países han deseado asentar su nueva autoridad política mediante la adopción de códigos elaborados según el modelo occidental.

12 «La codification, forme dépassée de législation?», XI Congreso Internacional de Derecho Comparado. Caracas: 1982 (SACCO, R. Comunicación italiana, p. 65. Ed: SIEBENEICHLER DE ANDRADE, FÁBIO. *Da codificação, crônica de um conceito*. Brasil: Do avogado, 1997.

El siglo XX estuvo igualmente marcado por el renuevo de la codificación en los países de tradición codificadora. Este es el caso, por ejemplo, de Rusia o de los países de Europa central u oriental a partir de 1989. La caída del comunismo se acompañó de un intenso movimiento de codificación. Así, se adoptaron el nuevo Código civil de la Federación de Rusia en 1996, o, en los primeros años del siglo XXI, entre otros, los códigos civiles de Estonia, Lituania, Rumania, Chequia y Hungría.

Finales del siglo XX y principios del siglo XXI son, igualmente, un período de recodificación. Varios países reforman en profundidad códigos que envejecen, adoptando un nuevo código civil que substituye al anterior: Países Bajos (1992), Quebec (1994), Brasil (2002) y Argentina (2015).

Otros países han preferido una recodificación progresiva: el código civil se modifica por partes. Es el caso de Alemania o de Francia, que han reformado el derecho de familia y persona en la década de 1970 y el derecho de obligaciones en los primeros años del siglo XXI. También, desde 2019, Bélgica está adoptando un nuevo código civil, libro por libro, para sustituir el Código de Napoleón, que no estaba adaptado a la nueva sociedad.

La codificación constituye, igualmente, un objetivo importante para la construcción jurídica europea en estos principios del siglo XXI. Proyectos académicos de código de los contratos acompañan la posible transición de la Unión Europea hacia un Estado federal. La adopción de un Código civil europeo sería un símbolo tan fuerte para la construcción europea como la adopción de la moneda única o de la bandera estrellada.

Es necesario añadir que el desarrollo de nuevos medios de comunicación vinculados a la informática o a Internet ha contribuido al renuevo de la codificación. Por ejemplo, en Francia, los avances de estos medios de comunicación han favorecido la codificación constante del derecho; es decir, la reunión racional de reglas existentes sin modificarlas. Esta obra de la Comisión Superiora de Codificación está disponible en el sitio web Legifrance, que ofrece el texto de todos los códigos actualizados.

¿Cómo se explica este éxito de la codificación en todo el mundo en nuestros tiempos?

Pienso que hay factores generales y factores específicos de la codificación civil. En primer lugar, el éxito de la codificación me parece vinculado a la diversidad de funciones que persigue. La primera función es, naturalmente, una función técnica. La codificación constituye una respuesta necesaria a

una crisis de las fuentes del derecho. Toda codificación es, en su origen, una respuesta técnica a una necesidad social de seguridad jurídica. Surge de una explosión desordenada de normas, una inflación legislativa que dificulta la accesibilidad de esas normas. Así, pues, parece un anhelo de racionalización del derecho, cuya forma más elaborada es precisamente la codificación. Así se explica que esta necesidad de seguridad jurídica encuentre, en primer lugar, una respuesta social.

Las primeras codificaciones son, a menudo, de origen privado. Las elabora un magistrado, un abogado o un alto funcionario que intenta agrupar las reglas para facilitar su difusión o aplicación. Pero las codificaciones privadas están sujetas a un límite intrínseco importante: la imposibilidad de tener fuerza vinculante. Por definición, se trata de compilación de derecho, sin posibilidad de modificación de textos existentes. Su aplicación está subordinada a la buena voluntad de los jueces.

Así, estas codificaciones privadas a menudo se recogen por codificaciones públicas. Los poderes públicos pueden responder mejor que los particulares a la necesidad de seguridad jurídica, al proponer un código con fuerza obligatoria para todos.

Pero las codificaciones van más allá de la dimensión técnica. Acompañan también las profundas mutaciones de la sociedad que las adopta. La codificación facilita la unificación de pueblos social o geográficamente divididos. Al consagrar un nuevo orden social, tras una crisis, la codificación contribuye a la reconciliación y, por tanto, a la unificación de los pueblos divididos. La Ley de las XII Tablas y el código civil francés, así como las codificaciones en China o en los países de Europa central o oriental en el siglo XX, son testimonio de esta función fundadora de la codificación.

Así, por ejemplo, la sociedad francesa actual se ve amenazada por la subida del comunitarismo. He ahí por qué, durante la celebración del bicentenario del Código civil en 2004, los poderes públicos insistieron en la unificación que una codificación permite. La Asamblea Nacional organizó una exposición con el evocador título evocador «Doscientos años de Código civil, doscientos años de leyes que nos unen».

De una manera semejante, a menudo, la codificación es paralela o subsiguiente a la reunión de pueblos en el seno de un mismo estado, de lo que es ejemplo la adopción de un código civil en Alemania, Rumanía o Italia a finales del siglo XIX. Las tentativas de elaborar un código civil europeo cons-

tituyen los indicios de un deseo de unificación de los pueblos europeos en un estado federal. Del mismo modo, la voluntad de los catalanes de iniciar un proceso de codificación hace veinte años para adoptar un código civil se inscribe en el proceso político de unificación jurídica de todo el pueblo catalán.

Así se explica que una codificación exprese, frecuentemente de una manera emblemática, los valores fundamentales de la sociedad que la adopta. Por ejemplo, tras su adopción, el Código civil francés se consideró el estandarte de los valores de la nueva sociedad surgida de la Revolución francesa, especialmente del valor de la libertad. De ahí viene su influencia en muchos códigos de finales del siglo XIX, como el italiano, el chileno o el argentino. Otro ejemplo de la expresión de los valores fundamentales de una sociedad a través su codificación civil puede hallarse en la ideología de los derechos humanos, que domina las sociedades occidentales de la actualidad y penetra de manera evidente en los códigos civiles adoptados recientemente. Así lo prueba, por ejemplo, el nuevo Código civil de Quebec adoptado en 1994, que establece en su artículo primero que «las leyes civiles se desarrollan en el marco de la Carta de los derechos fundamentales de la persona.» El mismo espíritu también puede percibirse en el nuevo Código civil y comercial de la nación argentina de 2015.

En segundo lugar, el gran éxito de las codificaciones son las codificaciones civiles, por diferentes razones: «Ubi societas, ibi jus. Ubi societas, ibi jus civilis» (El derecho civil es el fundamento jurídico de toda sociedad). Se puede decir que los códigos civiles son la constitución civil de un país, son tan importantes como la constitución política de un país. A menudo, la historia muestra que en cada país hay más estabilidad del código civil que de la constitución.

Esta posición fundamental del código civil se explica, en primer lugar, por la importancia de su campo. Afecta a todos los individuos y a las actividades de todos ellos. El derecho civil es el derecho de la vida, el derecho el dinero y de las pasiones y es, también, el derecho que se ocupa de la persona desde antes su nacimiento, con el derecho de la filiación, hasta después de su muerte, con el derecho de las sucesiones. Cada día una persona vive con el código civil, por ejemplo, concluyendo contratos, educando niños o viviendo con su cónyuge.

El papel fundamental del código civil se explica también porque constituye el derecho común. Las otras ramas del derecho tienen solo un carácter excepcional, con un reglamento especial completado con referencia al derecho

común. Por ejemplo, si un empleador obliga a un asalariado a aceptar un contrato de trabajo, no es el código laboral el que protege al asalariado sino la teoría de los vicios que adolecen el consentimiento, teoría que forma parte del código civil.

Al constituir así el derecho común, el código civil influye en las otras ramas del derecho. Numerosos principios del derecho surgieron del código civil y se extendieron después. Por ejemplo, la teoría del abuso del derecho nació a propósito del derecho de la propiedad y ha conocido después numerosas aplicaciones en el código mercantil (abuso de mayoría o de minoría en las sociedades), en el código laboral (abuso del derecho de huelga) o en el código penal (abuso de vulnerabilidad).

Este papel del derecho común explica la posición central que el código civil ocupa, una posición que le permite de algún modo ejercer de árbitro entre diferentes intereses. Por ejemplo, se puede notar este papel de árbitro del código civil a propósito del derecho de los contratos. Hay, por un lado, un código del consumo que protege el interés del consumidor y, por otro lado, un código mercantil que facilita el desarrollo del comercio. El código civil, que debe satisfacer de igual manera a todos los ciudadanos, se sitúa entre estos dos intereses antagónicos.

Todos estos factores explican que los códigos civiles, a menudo, puedan adquirir una dimensión simbólica que crea un vínculo fuerte entre un pueblo y su código civil. Por ejemplo, el Código civil francés se consagró recientemente por el sociólogo Nora como parte de la «memoria histórica» de la nación francesa, al igual que la Marsellesa, el Palacio de Versalles o la bandera azul, blanca y roja.¹³

Para concluir, como decía Portalis, el más destacado de los redactores de nuestro Código civil, los códigos civiles son «el bien más grande que los hombres pueden dar o recibir».¹⁴

Así, para la codificación catalana, como decía el poeta Ramon Llull en la lengua catalana del siglo XIII, que es un poco la mía, el occitano, «escrit ab ploma d'amor, e ab aygua de plors, e en carta de passio», podemos decir ¡Feliz cumpleaños!, Felic aniversari!

13 CARBONNIER, Jean «Le Code civil». En: NORA, Pierre. (Dir.). *Les lieux de mémoire*. Tomo 2. París: Gallimard, 1986, La Nation, p. 309.

14 PORTALIS, Jean-Étienne-Marie. «Discours préliminaire sur le projet de Code civil prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement». En: FENET, PIERRE ANTOINE. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*. Tomo 1. París: Videcoq, 1836, p. 466.

Intervenció de Núria de Gispert i Català **Exconsellera de Justícia**

Encara que hàgim anat canviant una mica el nom del departament, el mot «justícia» ha quedat sempre, però hi hem afegit paraules per adaptar-nos a la realitat. D'acord amb el que ens ha explicat el Dr. Remy Cabrillac de la història de la codificació, remuntant-nos a temps molt, molt, molt llunyans i centrant-nos després en els segles XIX, XX i XXI, Catalunya és una de les nacions que vol tenir un codi civil. De fet, ja parlem del nostre Codi civil de Catalunya.

Perquè, per a nosaltres el dret civil i la llengua són els dos elements que més identifiquen un poble i que ens identifiquen com a nació, i això ja ho vam reivindicar a l'inici de la «transició democràtica» en les primeres eleccions democràtiques a la Catalunya de l'any 1980.

El primer conseller de Justícia, i després tots els que el van succeir, van plantejar al Parlament de Catalunya la necessitat de modificar, reformar i crear dret nou dins les nostres competències com a dret civil.

Era i és un projecte de país, i així ho van entendre tots els consellers i conselleres que el Govern català ha tingut. Cronològicament, he de dir que el primer objectiu —i molts quedaran una mica astorats— va ser fer traduir al català la Compilació del dret civil de Catalunya, la Compilació de 1960.¹⁵ Era el que ens va deixar l'etapa franquista, però ens la va deixar en castellà i, com ja he dit al principi, per a nosaltres, la llengua i el dret són essencials. Recordo encara que un dels nostres assessors, el notari Josep Maria Puig Salleras, que ja no és viu, però que va estar durant molts anys ajudant-nos amb tots els projectes de dret civil, va dir: «El primer que hem de fer és traduir-la

15 Llei 40/1960, de 21 de juliol, sobre Compilació del dret civil especial de Catalunya. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 175, (22 de juliol de 1960).

al català i començar a treballar sobre aquesta compilació catalana». I això és el primer que es va fer.

El segon objectiu va ser adaptar la Compilació a la Constitució espanyola,¹⁶ deixant fora tot allò que la discriminava. Lògicament, hi havia bastants articles, bastants conceptes i bastantes institucions que no estaven a l'ordre del dia, sobretot en allò que es referia a la dona. Tot això es va modificar i llavors —com si diguéssim— ja estàvem preparats per començar a treballar.

El tercer objectiu, i el més important de tots, era ampliar, modificar i reformar la Compilació per convertir-la en el Codi civil de Catalunya que tenim avui.

Encara queden coses pendents. Sempre en quedaran, perquè, si volem estar al dia i volem tenir un codi adaptat a la societat actual, lògicament, s'ha d'anar revisant i introduint els canvis que calgui.

Davant això, el Parlament de Catalunya, per mitjà d'una proposició no de llei que el Departament de Justícia comandava, la va aprovar l'any 1981. I vam començar a treballar. En els primers deu anys, es van presentar una quinzena de lleis especials de diferents matèries: Llei de successió intestada, Llei de filiacions, Llei de fundacions privades, Llei de l'acció negatòria, les servituds i les relacions de veïnatge, la Llei d'usdefruit, ús i habitació...

Vam considerar que la millor forma era el sistema de lleis especials, ja que iniciar un codi del no-res era molt complicat i, a més, hi havia juristes que no n'estaven gaire a favor. Per tant, vam pensar que havíem de començar a treballar i elaborar lleis especials per desenvolupar el dret de successions, el dret de família i el dret patrimonial, i agrupar-les de manera que, quan arribés el moment, la necessitat del codi ja vingués per si sola. Això és el que es va fer. I, de fet, fins l'any 1991 no es va aprovar el primer que nosaltres havíem dit, el Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya,¹⁷ tot i que abans ja s'havien aprovat deu o dotze lleis sobre successions (la Llei de successió intestada, la Llei sobre la legítima...).

Per tant, ja teníem un cos jurídic important per poder-lo recompondre i incloure en una llei tan important com va ser la Llei 40/1991, de 30 de desembre, Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya.

16 Constitució espanyola de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 311 (29 de desembre de 1978).

17 Llei 40/1991, de 30 de desembre, Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 1544 (21 de gener de 1992).

Vam continuar, després, amb les lleis especials, de dret patrimonial i de família. Tot es feia amb l'assessorament de juristes de la comunitat jurídica, de totes les branques —advocats, notaris, registradors, catedràtics...—, que es reunien, assessoraven i proposaven iniciatives. D'aquesta manera vam arribar al segon codi, el Codi de família, aprovat per la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família.¹⁸

Va ser un codi molt important, perquè recollia totes les lleis especials de família i les adaptava a la realitat actual. Tanmateix, tenia un element que, si bé no ho era aleshores, ara podríem considerar distorsionador: parlem de 1998 i, al costat d'aquesta llei, el mateix dia, s'aprovava una llei específica, la Llei 10/1998, d'unions estables de parella,¹⁹ amb la majoria favorable de tots el grups polítics. En aquell moment, a Espanya, no hi havia cap llei de parelles de fet, no hi havia res que s'assemblés a la nostra llei. Ho vam fer amb el suport, en tot moment, de juristes de prestigi. El seu ajut ho va fer possible.

No vam tenir el consentiment de l'Església, però vam aconseguir que ens donés el vistiplau, fent que miressin una mica de reüll (van callar, amb això en vam tenir prou). Era una llei per a les parelles de fet heterosexuales i, també, per a les parelles de fet homosexuals, les quals, fins llavors, no havien tingut cap mena de reconeixement ni suport jurídic.

Vam aprovar la Llei d'unions estables de parella. Us diré que, fins i tot, ens van telefonar des del Senat de França, preguntant-nos com ho havíem fet, com ho havien de fer, perquè ells portaven dos anys intentant que aquesta llei s'aprovés i no aconseguien posar-se d'acord. Per tant, ens vam sentir molt satisfets d'haver-ho aconseguit. Ara en fa vint-i-cinc anys!

L'anomalia que fos una llei especial separada es va solucionar al cap de deu anys i es va introduir-se en el llibre segon, relatiu a la persona i la família,²⁰ però aleshores ens va semblar oportú que s'aprovés per separat. El concepte de família, als anys noranta —i, per tant, l'any 1998—, era encara molt tradicional: avis, pare i mare i fills, la família nuclear.

I, a continuació, vam continuar amb els anomenats «treballs de reforma de la Compilació», un dels treballs més importants d'aquella època que va servir per ordenar i per consolidar tot el que s'havia fet, i per veure com podíem «organitzar-ho i dotar-ho d'estructura».

18 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 2687 (23 de juliol de 1998).

19 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 2687 (23 de juliol de 1998).

20 Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5686 (5 d'agost de 2010).

Un dels projectes més importants d'aquella època va ser la creació de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya, en què es van aplegar els juristes de les diferents disciplines del dret privat. Des d'aleshores, podien treballar organitzats d'alguna manera, ja fos en ple, en seccions o en grups temàtics segons les necessitats de cada moment.

Seguidament, vam anar donant forma a l'estructura de la Primera llei del Codi civil de Catalunya,²¹ en què s'aplegarien els diferents codis aprovats fins llavors, amb tot el que significava poder tenir un codi complet com el que tenim ara. Així, al cap de dos anys, es va aprovar la Llei 29/2002, de 30 de desembre. Primera llei del Codi civil de Catalunya. Avui, algú que escolti això i no ho sàpiga pot pensar que com és que vint anys després d'iniciar tota la feina i de tenir un codi de successions, un codi de família i, gairebé, un codi de dret patrimonial, ara se'ls acut fer la Primera llei del Codi civil, de la qual estem segurs que es parlarà en aquestes Jornades. Amb aquesta llei es volien dotar de contingut i anar col·locant en un ordre preestablert totes les lleis que s'havien fet fins aquell moment. Per tant, la Primera llei va ser molt important des d'aquest punt de vista. De fet, aquestes Jornades se celebren per commemorar-ne l'aprovació, els vint anys!

I vam continuar i continuem treballant, sense pressa, però sense pausa. Tot el que es va fer en aquell moment, en la primera època, es va anar ordenant sobre la base de l'ordre que la Primera llei del Codi civil establí i que —com bé sabeu— és el que s'anomena un «codi obert», una tècnica legislativa amb l'objectiu que qualsevol norma nova o modificació de norma existent pugui anar directament al llibre corresponent, sigui quin sigui, de manera que no quedi com una llei especial fora del Codi civil. Això va ser possible gràcies a un dels nostres juristes, un gironí, el Dr. Miquel Martín Casals, que va ser qui va portar aquesta idea inspirat en la legislació d'Holanda. Quan ens va plantejar la idea i la forma, la vam adoptar i ens va semblar que era una bona idea per a Catalunya, ja que sempre volíem anar fent més, treballant més, sense aturar-nos en un codi que podria quedar obsolet si seguíem el sistema napoleònic.

Per tant, a mi em sembla —i aquí acabo— que en veritat entre tots hem fet una gran feina. Jo, com a consellera, me'n sento molt orgullosa.

21 Llei 29/2002, de 30 de desembre. Primera llei del Codi civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 3798 (13 de gener de 2003).

Després vaig veure el pas següent com a diputada al Parlament; i com a presidenta del Parlament.

I haig de dir que sempre que sento parlar d'alguna norma civil em venen al cap totes les anècdotes que hem viscut al llarg de tots aquests anys. Me'n congratulo, i soc del parer que ens hem de felicitar de la bona feina que hem fet, però, sobretot, de la bona relació i la bona entesa que hi ha hagut. I és que, de vegades, siguis d'un color polític o d'un altre, el jurista et planteja una modificació i tu potser arrufes el nas i dius «home, a mi això no m'acaba de convèncer, o no ho acabo de veure», però, tot i així, ens arribàvem a posar d'acord. Això ha passat amb tots els consellers i conselleres, de colors diferents. I em sembla que això és important dir-ho, perquè, pel que fa a la matèria de dret civil català, hi ha hagut una pausa; hem aconseguit, gairebé en totes les lleis, una pau que es podria agafar d'exemple en altres indrets —no dic quins. De pau, aquí n'hi ha hagut sempre i ens hem entès sempre.

Taula rodona: «El dret de la persona i la família»

M^a del Carmen Gete-Alonso y Calera

Catedràtica de Dret Civil. Presidenta de la Secció de Persona i Família de la Comissió de Codificació de Catalunya

1. El llibre segon del Codi civil: context, estructura, contingut i modificacions

La Llei 29/2002, de 30 de desembre, Primera llei del Codi civil de Catalunya,²² de la qual commemorem els vint anys de promulgació, va tenir com a objectiu declarat «(...) establir l'estructura, el contingut bàsic i el procediment de tramitació del Codi civil de Catalunya» (preàmbul 1). Un codi civil obert, «(...) tant en l'estructura com en el contingut, i que s'ha d'anar conformant, d'acord amb el pla establert per aquesta llei, mitjançant una successió de lleis seriades».

Es continua expressant que «Els llibres que componen aquest Codi (...) són sis. El primer s'ocupa de les disposicions generals; el segon, de la persona i la família; el tercer, de la persona jurídica; el quart, de les successions; el cinquè, dels drets reals; i, el sisè, de les obligacions i els contractes (...)».

L'article 3 disposa els llibres que formen el Codi, i determina que el llibre segon²³ és el «(...) relatiu a la persona i la família, que inclou la regulació de la persona física, les matèries actualment compreses en el Codi de família i les lleis especials d'aquest àmbit (...)». Com s'observa, als efectes de la codificació, el dret de la persona s'encabeix en el dret familiar atesa la interdependència entre ambdós. D'altra banda, i continuant el criteri adoptat en la Compilació

22 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 3798 (13 de gener de 2003).

23 Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5686 (5 d'agost de 2010).

de dret civil de Catalunya des de 1960,²⁴ se situa entre els primers del cos legal com a mostra del fet que la persona (en l'entorn familiar que l'envolta) és el centre de la norma jurídica.

Abans d'abordar el llibre segon, que és el que tractem, interessa recordar les disposicions preliminars, contingudes al títol I del llibre primer (disposicions generals) en què, parafrasejant el preàmbul de la Llei 29/2002, Primera llei del Codi civil de Catalunya, s'expliciten de manera expressa els principis consubstancials al dret civil de Catalunya. Entre d'altres motius, perquè són comunes a les diferents institucions codificades i també operen en la matèria de dret de la persona i la família. Són les següents:

- La llibertat civil: article 111-6.

«Les disposicions d'aquest codi i de les altres lleis catalanes poden ésser objecte d'exclusió voluntària, de renúncia o de pacte en contra, llevat que estableixin expressament llur imperativitat o que aquesta es dedueixi necessàriament de llur contingut. L'exclusió, la renúncia o el pacte no són oposables a tercers si en poden resultar perjudicats.»

- La bona fe: article 111-7.

En les relacions jurídiques privades s'han d'observar sempre les exigències de la bona fe i de l'honradesa en els tractes.

- La qualitat de dret comú de la legislació civil catalana: article 111-4.

Les disposicions d'aquest codi constitueixen el dret comú a Catalunya i s'apliquen supletòriament a les altres lleis.

El llibre segon, relatiu a la persona i la família, es va aprovar per la Llei 25/2010, de 29 de juliol, i va entrar en vigor l'1 de gener de 2011 (disposició final cinquena). Cronològicament, va ser el quart llibre del Codi civil de Catalunya publicat.

D'acord amb l'article 3 de la Llei 29/2002, de 30 de desembre, Primera llei del Codi civil de Catalunya, el llibre segon havia d'incloure la regulació de la persona física, les matèries compreses en la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família²⁵ i les lleis especials de l'àmbit familiar que no hi eren incloses, com ara la Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella²⁶

24 Llei 40/1960, de 21 de juliol, sobre Compilació del dret civil especial de Catalunya. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 175, (22 de juliol de 1960).

25 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 2687 (23 de juliol de 1998).

26 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 2687 (23 de juliol de 1998).

i la Llei 19/1998, de 28 de desembre, sobre situacions convivencials d'ajuda mútua,²⁷ entre d'altres.

El preàmbul i del llibre segon expressa que, tenint present el compromís de la codificació, «(...) des de la seva creació, l'Observatori de Dret Privat de Catalunya va començar a treballar en les tasques de revisió, harmonització i sistematització de la legislació en matèria familiar entesa en un sentit ampli (...)». Aquesta orientació comporta que s'inclouï la regulació de la persona física amb la regulació de la família, per abastar el subjecte de les relacions i els drets.

S'especifica, a continuació, que la metodologia que s'ha emprat, «malgrat el que estableix l'article 6 de la Llei 29/2002»²⁸ ha estat la de presentar un «(...) text alternatiu íntegre, la qual cosa evita les dificultats inherents a una refosa posterior i permet contextualitzar les nombroses i importants novetats que s'introdueixen en aprovar el llibre segon (...)» (preàmbul i).

El llibre segon del Codi civil de Catalunya s'estructura en quatre títols: el primer, dedicat a la persona física; el segon, a les institucions de protecció de la persona; el tercer, a la família; i, el quart, a les relacions de convivència d'ajuda mútua.

Com es veu, recull, de manera quasi fidel, les lleis que s'incorporen i en constitueixen el nucli bàsic. No obstant això, algunes institucions no hi són, com ara l'acolliment de la gent gran, de la qual només s'aprofita la regulació dels aliments, però, en el llibre sisè i no en aquest, ja que es va considerar que era matèria contractual. I altres, com ara la que es refereix a la protecció de les persones menors en situació de desemparament, es regulen de manera

27 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 2801 (8 de gener de 1999).

28 «Article 6. Tramitació 1. El Codi civil de Catalunya s'ha d'elaborar en forma de codi obert mitjançant l'aprovació de diferents lleis. 2. Els projectes de llei que el Govern presenti al Parlament han de correspondre a cadascun dels llibres o, eventualment, a cadascuna de les parts de llur contingut a què fa referència l'article 3. Els projectes de llei han d'incloure les modificacions d'addició, supressió o nova redacció que es considerin necessàries per conservar, modificar o desenvolupar la regulació vigent, perquè siguin aprovades pel Parlament. 4. En cada llei, si escau, una disposició final ha d'autoritzar el Govern a refondre mitjançant decret legislatiu les modificacions que en derivin amb les normes i les disposicions que restin sense alteració, d'acord amb el que disposen l'article 33.1 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya i els articles 34, 35 i 39 de la Llei 3/1982. Aquesta autorització ha d'incloure la facultat de regularitzar l'ordenació numèrica dels articles i d'aclarir i harmonitzar els textos legals que han d'ésser refosos. 5. Els decrets legislatius relatius a matèries de dret civil s'han d'elaborar d'acord amb el que disposa l'apartat 4 i s'han d'incorporar a la part del Codi civil que els correspongui d'acord amb la divisió establerta per l'article 3.»

massa sintètica, remetent a la normativa especial, la legislació sobre la infància i l'adolescència.²⁹

Cal honorar, en canvi, que en el llibre segon originari es faci l'esforç d'actualitzar les normes per acomodar-les a la concepció de la capacitat jurídica de la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat (Nova York 2006).³⁰ Això es materialitza en el reconeixement de la personalitat jurídica des del naixement (article 211-1.1 del CCCAT), en la regulació dels poders en previsió de pèrdua sobrevinguda de capacitat (article 222-2 del CCCAT) i en la introducció de l'assistència (articles 226-1 a 226-7 del CCCAT); una adequació encara incompleta per causa de la pervivència del procediment d'incapacitació que s'ha mantingut en el panorama jurídic espanyol fins al 3 setembre de 2022.³¹

A més d'aquestes novetats importants i dels principis de les disposicions generals del llibre primer del Codi civil de Catalunya que n'informen les normes, cal destacar, ni que sigui molt sintèticament, alguns de propis del llibre segon del Codi civil de Catalunya, com ara els següents:

- La dignitat de la persona, que és fonament de les normes.
- L'autonomia, en tots els àmbits (personal i patrimonial), de la persona.
- La igualtat de les persones.
- L'heterogeneïtat del fet familiar, que en comporta un concepte obert.
- La funció de les relacions familiars en les institucions.
- La veracitat de les relacions de filiació.
- L'interès de la persona menor.
- La custòdia compartida.
- La família, com a col·lectiu de persones unides pel vincle del parentiu, el matrimoni i la convivència, que ocupa un lloc destacat en tot l'entramat de regulació, sense oblidar la individualitat de cada persona.

29 Llei 14/2010, de 27 de maig, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5641 (2 de juny de 2010).

30 Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat, feta a Nova York el 13 de desembre de 2006. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 96 (21 d'abril de 2008).

31 El 3 de setembre de 2022 va entrar en vigor la Llei 8/2021, de 2 de juny, per la qual es reforma la legislació civil i processal per al suport a les persones amb discapacitat en l'exercici de la seva capacitat jurídica. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 132 (3 de juny de 2021).

El 2020 es va considerar allò que encara continua vigent, tal com consta al preàmbul I del llibre segon del Codi civil de Catalunya, (...) que avui la família s'entengui més aviat com un àmbit en què la comunicació i el respecte als desitjos i les aspiracions individuals dels membres que la componen ocupen un lloc important en la definició del projecte de vida en comú (...), la qual cosa comporta que es posi «èmfasi en el desenvolupament individual, en la llibertat i autonomia de l'individu, però també en la seva responsabilitat». Drets individuals i drets del col·lectiu.

Les institucions regulades que s'inclouen en aquest llibre segon són les següents:

- La persona física (títol I): personalitat i capacitat i autonomia de la persona en l'àmbit de la salut.
- Les institucions de protecció de la persona (títol II): la tutela, la curatela, el defensor judicial, la guarda de fet, l'assistència, el patrimoni protegit i la protecció de les persones menors desemparades.
- La família (títol III): la configuració general, el matrimoni, les relacions econòmiques en el matrimoni, els capítols matrimonials, els efectes de la nul·litat del matrimoni, del divorci i de la separació legal, la convivència en parella estable, la filiació i la potestat parental.
- Les relacions de convivència d'ajuda mútua (títol IV).

No totes estan regulades completament. En el cas d'unes, perquè una part és competència de la legislació estatal (article 149.1.8a de la CE i 129 de l'EAC), com ara les relacions juridicocivils relatives a les formes de matrimoni. En el cas d'altres, perquè es va optar per mantenir fora del Codi civil la normativa específica, com ara les de protecció de les persones menors desemparades o les que afecten l'àmbit de la salut.

En tot cas, atesa la naturalesa oberta del nostre Codi, això no impedeix el desenvolupament posterior d'alguna institució en aquest cos legal.

En els onze anys de vigència del llibre segon del Codi civil, relatiu a la persona i la família, malgrat la seva bondat, en termes generals, la regulació no s'ha pogut sobreposar a l'evolució ràpida i constant de la societat, dels seus valors i necessitats, els quals han derivat en modificacions concretes d'algunes normes, en la introducció de novetats i, també, en l'adaptació a les exigències d'acomodament a les lleis estatals i catalanes i a les lleis internacionals que incideixen en aquest àmbit.

Ara no és el moment de comentar amb detall cadascuna de les reformes, però pot fer servei tenir present el llistat per prendre consciència de la vivacitat de la matèria. Entre d'altres, les modificacions tenen a veure amb l'adaptació a la nova Llei de jurisdicció voluntària,³² la introducció de les voluntats digitals en el Codi civil, la regulació completa de la mediació, les situacions de violència vicària, la desaparició de la incapacitació i el nou procediment de suports a l'exercici de la capacitat jurídica.

El llistat de les modificacions, per ordre cronològic, és el següent:

- Llei 6/2015, de 13 de maig, d'harmonització del Codi civil de Catalunya.³³
- Decret llei 3/2015, de 6 d'octubre, de modificació de la Llei 25/2010, de 28 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relativa a la creació del registre de parelles estables.³⁴
- Llei 3/2017, de 15 de febrer, del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, i de modificació dels llibres primer, segon, tercer, quart i cinquè.³⁵
- Llei 10/2017, de 27 de juny, de les voluntats digitals i de modificació dels llibres segon i quart del Codi civil de Catalunya.³⁶
- Llei 9/2020, de 31 de juliol, de modificació del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família, i de la Llei 15/2009, de mediació en l'àmbit del dret privat.³⁷
- Llei 14/2020, de 25 de novembre, de modificació del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família.³⁸
- Decret llei 19/2021, de 31 d'agost, pel qual s'adapta el Codi civil de Catalunya a la reforma del procediment de modificació judicial de la capacitat.³⁹

32 Llei 15/2015, de 2 de juliol, de la jurisdicció voluntària. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 158 (3 de juliol de 2015).

33 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 6875 (20 de maig de 2015).

34 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 6972 (8 d'octubre de 2015).

35 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 7314 (22 de febrer de 2017).

36 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 7401 (29 de juny de 2017).

37 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8193 (4 d'agost de 2020).

38 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8283 (30 de novembre de 2020).

39 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8493 (2 de setembre de 2021).

- Decret llei 26/2021, de 30 de novembre, de modificació del llibre segon del Codi civil de Catalunya en relació amb la violència vicària.⁴⁰

En les dates d'aquestes Jornades (novembre de 2022) estava pendent la revisió del títol I, «La persona física», i el títol II, «Les institucions de protecció de la persona (...)», del llibre segon del Codi civil i la seva adaptació a la Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat (Nova York 2006). Hi treballa, des de 2018, la Secció de Persona i Família de la Comissió de Codificació. En la data de publicació d'aquest escrit (2023), s'ha d'informar que ja és al Parlament de Catalunya el Projecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya⁴¹ en què s'adequa el títol I del llibre segon. S'ha complert la fase d'informació pública de l'Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat, que comprèn la reforma total del títol II del llibre segon del Codi civil.

2. Presentació de la taula rodona sobre el llibre segon

A més de commemorar els vint anys transcorreguts des de la Llei 29/2002, Primera llei del Codi civil de Catalunya, les Jornades tenien com a finalitat, d'una banda, presentar l'estat del Codi, que ja ha completat l'estructura dels sis llibres que es projectaven en la Primera llei (article 3). D'altra banda, conscientment, es va volia donar veu als diferents sectors de les professions jurídiques, tant nacionals com de l'espai europeu, perquè ens assabentessin la bonesa, les mancances i el millorable de la regulació de les institucions civils pel que fa al dret de la persona i família. Com a moderadora de la taula rodona «El dret de la persona i la família», afegeixo que hi van participar les persones següents, de les quals se n'inclouen els escrits de les intervencions en aquesta obra:

- El Dr. Jesús Delgado Echeverría, catedràtic emèrit de Dret Civil de la Universitat de Saragossa. És membre de la Comisión de Codificación Aragonesa i n'ha estat el president fins ara. És molt bon coneixedor i estudiós del dret català. Interessava tenir la visió d'una persona experta no catalana però defensora de la pluralitat legislativa hispana.

40 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8556 (2 de desembre de 2021).

41 *Bulletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 457 (19 de desembre de 2022), p. 18-43.

- El Dr. Vincenzo Barba, *professore ordinario de Diritto Privato* de la Universitat La Sapienza de Roma. És expert en dret de família i successions i també és estudiós del nostre dret, raó per la qual se l'ha convidat. Atès que es qualifica i es considera el dret català com un ordenament civil europeu, la comparativa entre les normes italianes i les catalanes sempre és útil i profitosa.
- Clara Orpinell Sala, advocada de prestigi reconegut. És especialista en dret civil —en particular, dret de persona i família—, que coneix en profunditat, pel que respecta tant a la teoria com, sobretot, a la pràctica. És la vessant pràctica la que ens importa, per haver posat de relleu els punts forts i les febleses de la regulació que ha detectat al llarg dels anys d'exercici de la professió.
- Dolors Viñas Maestre, magistrada de la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona. És experta en dret de família, que ha d'aplicar en la resolució dels conflictes i del qual en coneix profundament els problemes, les normes i les mancances. La seva visió pràctica és rellevant per donar compliment als objectius que ens vam proposar per a aquestes Jornades.

El régimen matrimonial de separación: de la Compilación al Código

Jesús Delgado Echeverría
Catedràtic emèrit de Dret Civil
a la Universitat de Saragossa

Empezaré con una cita de la profesora Gete-Alonso. Cuando en el año 2010 conmemoraron en unas jornadas en Lleida los cincuenta años de la Compilación⁴² y publicaron un libro importante, realmente, por su contenido, la profesora Gete-Alonso empezaba prácticamente su trabajo sobre la persona física como sujeto citando a mi maestro, José Luis Lacruz Berdejo, lo cual me da una gran alegría y, además, me permite conectar con mi propia historia, con mi biografía. Es una cita de Lacruz, en el libro del II Congrés Jurídic Català,⁴³ sobre «El sistema de fuentes. Historicidad del Derecho catalán actual». En aquel congreso, cuya impronta en la vida jurídica catalana durante los años decisivos de la transición sería difícil exagerar, se debatieron, con gran participación de los profesionales del derecho, todos los temas del derecho civil catalán en un sentido muy amplio. José Luis Lacruz quiso que yo estuviera allí de monaguillo (en las actas aparezco como «ponente especial»), y así tuve la ocasión de presentar algunas ideas sobre principios generales y derecho supletorio en el derecho civil catalán.

Mi maestro se centró en la tradición jurídica catalana, la historicidad del derecho catalán, cómo se reflejaba en la Compilación y cómo convenía que se la tuviera en cuenta. Sobre estos temas de fuentes e historicidad es la cita que

42 Ley 40/1960, de 21 de julio, sobre Compilación del derecho civil especial de Cataluña. *Boletín Oficial del Estado*, n.º 175, (22 de julio de 1960).

43 *Llibre del II Congrés Jurídic Català 1971*. Barcelona: Fundació Congreso Jurídico Catalán, 1972.

la Dra. Gete-Alonso hace de Lacruz Berdejo en el trabajo que subtitula «De la Compilación al Código civil».

De la Compilación al Código civil es el telón de fondo de todo lo que voy a decir en esta intervención, centrada en el régimen matrimonial de separación de bienes.

¿Cuáles son las fuentes de ese régimen de separación del que hoy dice el Código civil de Cataluña, y decía ya la Compilación de 1960, que era el régimen matrimonial legal en Cataluña? ¿Cuál es la historia? ¿Cómo llega a la Compilación? ¿Cómo sigue hasta ahora?

Se llama igual, pero probablemente es muy distinto. En el año 71, en aquel congreso, respecto de esta materia que podemos llamar «régimen económico matrimonial», creo que las preocupaciones principales, tal como aparecían en las conclusiones, eran estas dos: la capacidad de la mujer casada y los parafernals y la autonomía patrimonial de la mujer casada. Es decir, lo importante era, frente al Código civil español,⁴⁴ conseguir que la capacidad para administrar y disponer de todos sus bienes la tuviera plenamente la mujer casada, cosa que en la Compilación parecía que se conseguía (más aún a partir del título preliminar del Código civil de 1974).⁴⁵ Pero el caso es que la capacidad de la mujer casada no es, técnicamente, una cuestión de régimen económico matrimonial. Sin embargo, había que hacer como que lo era.

En realidad, esa preocupación tenía importantes antecedentes que, para no remontarnos demasiado, podemos representar en el libro *Parafernals* de la Oficina d'Estudis Jurídics, que se publicó en 1921.⁴⁶ También la preocupación por que no se impusiera el régimen de gananciales, la sociedad de gananciales castellana. Entonces, se hacía también especial hincapié en las capitulaciones matrimoniales y en la posibilidad de otorgarlas después de contraído el matrimonio. Otro dato muy relevante del pasado era la ley del año 1934, en la Segunda República, la ley catalana sobre capacidad de la mujer casada.⁴⁷

Estos eran los problemas fundamentales presentes y para el futuro tal como se veían en 1971. Pero ¿qué era el régimen de separación? Porque el nombre

44 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Gaceta de Madrid*, n.º 206 (25 de julio de 1889).

45 Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil. *Boletín Oficial del Estado*, n.º 163 (9 de julio de 1974).

46 MANCOMUNITAT DE CATALUNYA, OFICINA D'ESTUDIS JURÍDICS. *Institucions de dret català: parafernals*. Barcelona: Editorial Catalana 1921.

47 Ley del 19 de junio de 1934, sobre la capacidad jurídica de la mujer y de los cónyuges. *Boletín Oficial de la Generalitat de Catalunya*, n.º 171 (20 de junio de 1934).

técnico de «régimen matrimonial de bienes» es reciente, no es de la tradición del derecho romano, no procede del derecho común europeo. Nace el nombre (o la categoría) de «régimen matrimonial» en el siglo XIX, fundamentalmente para atender a problemas del derecho internacional privado. Y la implicación sigue siendo importante, porque hay un *continuum* entre la situación de las personas en cuanto a su capacidad; consecuencias personales del matrimonio; consecuencias patrimoniales del matrimonio; y, entre ellas, unas específicas del régimen económico matrimonial, para el que se busca su inmutabilidad cuando la ley aplicable a las personas cambia.

Pero más tarde ocurre que, frente a este régimen, voluntario o legal, se construye un régimen matrimonial primario, con los problemas de si ese régimen matrimonial primario es de orden público. De alguna manera ocurrió en el Código civil español con la reforma de 1981, al introducirse en el título III del libro IV («Del régimen económico matrimonial») un capítulo I, de disposiciones generales. Se argumentaba que, si estas eran de orden público, habían de aplicarse también en Cataluña y en los demás derechos forales o especiales. Cabe destacar que, hasta 1981, el título III del libro IV se denominaba «Del contrato sobre bienes con ocasión del matrimonio».

La denominación «régimen económico matrimonial» que le sustituyó entonces había entrado en el Código civil por primera vez en 1974, precisamente en atención a Cataluña, para evitar que la aplicación general y directa en toda España del título IV del libro I (antiguo artículo 12 del CC) dañara al régimen matrimonial catalán, al régimen de separación. Se trataba de evitar la aplicación del artículo 61 del Código civil, que exigía la licencia marital. Si se respetaba el «régimen económico matrimonial», la mujer catalana casada tenía capacidad. Buena muestra de cómo los conceptos que parecen más técnicos, abstractos y fuera del tiempo y del lugar, como si fueran categorías lógicas, casi siempre tienen una historia concreta de situaciones, conflictos o expectativas determinadas en el mundo de la práctica del derecho.

Pero lo cierto es que, cuando se introdujo el concepto, en realidad no se sabía bien qué era el «régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña». Yo escribí un libro con este título en 1974, libro del cual podemos decir que hoy no queda nada.⁴⁸

48 DELGADO ECHEVERRÍA, JESÚS. *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*. Madrid: Editorial Tecnos, 1974.

Porque los problemas principales de ese régimen, regulado entonces en la Compilación con normas claramente insuficientes, eran, en primer lugar, los de la presunción muciana, o las dos presunciones mucianas, en relación con la prohibición de donaciones entre cónyuges. Cosas complicadísimas de las que todavía quedan restos relacionados con el concurso. A mí me ha parecido siempre que esta evolución de la presunción muciana, que se observa también en el derecho italiano, no lleva a las mejores consecuencias. Diríamos que podrían hacerse mejor las cosas. Pero, en cualquier caso, es una buena muestra de cómo las reglas, incluso las que parece que perduran durante muchísimo tiempo, incluso siglos, si perduran lo hacen cambiando totalmente de función, cambiando totalmente de contenido y de sentido. Es algo que sucede en muchos aspectos del régimen de separación en Cataluña, un cambio de función manteniendo los nombres.

Otro problema era el de la fianza de la mujer casada, que dio lugar a la cuestión de inconstitucionalidad que sirvió de acicate para llegar a la Ley de 1984.⁴⁹ Para explicar el derecho vigente, entonces había que abordar y discutir también el Senadoconsulto Velejano y la auténtica *si qua mulier*, con toda la doctrina de los autores del derecho europeo en general y catalanes en particular.

Todo esto son cosas del pasado, aunque hayan dejado alguna huella hasta hoy. La «tradición jurídica catalana» que el artículo 111-2 del Código sigue invocando ya no es lo que era.

En realidad, el hecho más disruptivo de toda la regulación del régimen matrimonial —aunque las palabras de la ley sigan siendo las mismas— está en el divorcio, en la legislación del divorcio y en la práctica social de divorciarse. A partir de ahí, nada en la familia ni en la regulación de los regímenes matrimoniales puede ser como era. A estos efectos, el divorcio es más importante incluso (aunque también sea importantísima) que la igualdad de hombres y mujeres, la igualdad de marido y mujer, que, en efecto, es disruptiva en todo régimen matrimonial. Porque, a partir de que hay divorcio, hay que atender a cuestiones que casi necesariamente acaban en el juzgado. Es decir, gran parte de lo que luego se legisla, como la pensión compensatoria, la compensación por razón de trabajo —que tantas vueltas ha dado y supongo que seguirá dando—, lleva a que un juez, caso por caso, tenga que tomar una decisión.

49 Ley 13/1984, de 20 de marzo, sobre la Compilación del derecho civil de Cataluña. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm.. 436 (23 de maig de 1984).

Eso es una novedad total. La judicialización intensa del derecho de familia empieza con el divorcio.

Como la profesora Encarna Roca dice desde hace tiempo —y creo que tiene razón—, régimen de separación ya no hay; se llama régimen de separación, pero es un régimen de comunidad diferida. Es un régimen en el que, en un primer momento, se introdujeron consecuencias especiales para el caso de divorcio. Si el matrimonio se terminaba por divorcio, entonces sí tendría unas consecuencias que llevaban a compartir las ganancias. En definitiva, hoy también, mediante técnicas muy distintas que ustedes conocen mejor que yo (y todas tienen sus problemas y todas han tenido la necesidad de algún reajuste), se trata de algún modo de reequilibrar la desigualdad para evitar el enriquecimiento injusto, considerado este de un modo muy laxo. Haga lo que haga el legislador, la última palabra la tendrá el juez.

En otro aspecto muy importante, la judicialización penetra cada vez más en el terreno de la protección de los menores, en el que el arbitrio judicial es aún más visible. Todas estas intervenciones del legislador pueden considerarse remedios necesarios, sin los cuales un régimen de separación no podría funcionar de forma que nos pareciera razonable.

Termino con unas ideas distintas, más generales: en el Código de familia de 1998⁵⁰ (de derecho de familia, no de persona y familia), creo que podía decirse que el matrimonio seguía siendo la institución principal, central, del derecho de familia. Así nos lo ha recordado la señora De Gispert: a la vez que se aprobaba ese código, se aprobaba una ley aparte, de uniones estables de pareja.⁵¹ Se quiso que fuera aparte. Hoy, en cambio, el libro segundo del Código civil de Cataluña⁵² se refiere a la persona y la familia. No creo que sea, simplemente, por la comodidad de poner juntas todas las leyes que ya existían. De fondo, creo que hay bastante más. Es que hoy el derecho de familia está influido principalmente por los derechos de las personas. Y, así, de modo posiblemente pretendido por el legislador, esta unión de persona y familia nos hace ver una concepción de la propia familia que es distinta de lo que era antes.

50 Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, n.º 2687 (23 de julio de 1998).

51 Ley 10/1998, de uniones estables de pareja. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, n.º 2687 (23 de julio de 1998).

52 Ley 25/2010, del 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, n.º 5686 (5 de agosto de 2010).

Resulta muy instructiva una comparación global entre el Código de familia de 1998 y el libro segundo del Código civil de Cataluña (relativo a la persona y la familia). Aquél comenzaba hablando de los efectos del matrimonio. Éste, al llegar al título III (la familia), empieza por un artículo con el título «la heterogeneidad del hecho familiar». Una proposición normativa que no manda ni prohíbe, ni sanciona ni obliga. No es fácil analizar este artículo desde la teoría de la norma jurídica, pero no es ninguna banalidad. Es una declaración importantísima. A partir de ahí, no solo el matrimonio no es el centro del derecho de familia, sino que no se sabe cuál es, si alguno hay.

Intervención de Vincenzo Barba

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Roma La Sapienza

1. Comparación, método y derecho

Analizar un derecho distinto del propio es siempre una tarea muy difícil, pues nunca debe resolverse mediante el análisis exegético simplista de una u otra norma o institución, con el limitado propósito de formular una posible comparación con la propia. Mas bien exige, a quien quiera realizarla con profundidad de pensamiento y seriedad de investigación, comprender o intentar comprender el fundamento dogmático de ese ordenamiento jurídico a la luz de la realidad social y política de la que constituye, además, un formante. Lejos de traducirse en un mero trabajo de exégesis normativa, debe ser un recorrido cultural que parta del tejido social y ayude a comprender ese mismo sistema cultural al que contribuye dándole forma y sustancia.

Desde otra perspectiva, el análisis de un derecho que no es el propio no puede tener como fin último la mera comparación de una u otra norma con la propia o, peor aún, con otras extranjeras quizá aún menos comprendidas. Debe tender a valorar la idoneidad y funcionalidad de las opciones normativas en función de los intereses concretamente alcanzados. Por esta razón, la comparación jurídica, noble y difícil actividad científica, lejos de ser una disciplina dotada de autonomía propia, expresa más bien un método jurídico de comprensión de los problemas que ningún jurista, especialmente los comprometidos con una perspectiva reformista, puede o debe evitar. Un análisis realizado con este espíritu y sobre la base de estas premisas es el único que permite comprender también el propio derecho y, a la luz de la propia dogmática, verificar intereses y razones que requieren intervenciones interpretativas reformistas.

Entendida en esta complejidad cultural, la comparación se convierte en un motor indispensable para que el derecho pueda desempeñar concretamente su función conservadora y promocional, en la medida en que es necesario preservar lo que es bueno y promover, también a través de interpretaciones adaptativas y correctivas, la mejora de la sociedad que el derecho pretende regular en el marco de los principios y valores tomados como puntos de referencia.

Esta breve premisa solo sirve para aclarar el sentido de estas pocas páginas que un profesor no catalán, que no vive el derecho autonómico, pero que se ha propuesto comprender su fundamento, en una experiencia global de la sociedad, intenta realizar sobre el derecho de familia. Muchas de las consideraciones, tanto de conjunto como de determinadas instituciones, podrán parecer superficiales o de poca importancia para los juristas catalanes, porque pueden constituir la mera descripción de instituciones jurídicas que Cataluña ha interiorizado y vive, más o menos, con normalidad. Sin embargo, creo que puede o debe hacer reflexionar, ya que son aspectos que llaman la atención de aquellos a quienes este derecho no se aplica y, por lo tanto, pueden ser útiles para comprender la importancia de determinados objetivos, pero también, en perspectiva, los retos con los que hay que enfrentarse.

Por último, ni que decir tiene que la extraordinaria riqueza y extensión del libro sobre la persona y la familia⁵³ impide realizar un análisis pormenorizado y, por tanto, obliga a realizar ciertas elecciones temáticas o a analizar este ámbito del derecho desde determinados ángulos, que pueden constituir un prisma con el que recorrer algunos de sus momentos esenciales.

Ello explica o debería explicar la elección de observar primero el derecho de familia catalán a través de ciertas lentes de observación general, para analizar después unos aspectos más específicos.

2. Función constitutiva del derecho y lenguaje inclusivo

Si el derecho civil, considerado en su conjunto, es el derecho de la persona y sirve para dar respuesta a sus necesidades, esto es aún más cierto en el caso del derecho de la persona y de la familia, que representa, a pesar de ser considerado erróneamente por algunos la parte del derecho menos técnica y más sociológica, el corazón palpitante de todo el derecho civil.

53 Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, n.º 5686 (5 de agosto de 2010).

La persona humana no es solo el sujeto de la actividad jurídica y, por tanto, el autor de los actos jurídicos y el destinatario de las situaciones jurídicas subjetivas, sino que es, antes que nada, el valor unitario fundamental del ordenamiento jurídico que debe orientar y regir todas las demás normas.

Asimismo, el derecho de familia, aunque se considere la parte del derecho civil más vinculada a la «facticidad» o a la «naturalidad» —hasta el punto de que se afirma erróneamente que sus opciones son casi necesarias—, debe, además, verse como un derecho extremadamente técnico, que asume un valor constitutivo mucho más fuerte y relevante que el derecho de obligaciones y contratos.

Las relaciones familiares no tienen ninguna vocación natural, ni expresan una juridicidad intrínseca, sino que, como el vínculo o la materia hipotecaria, son pura expresión de una elección normativa que asume una función constitutiva mucho más fuerte de lo que podría pensarse.

Para darse cuenta de ello, basta con considerar que el concepto de familia no es un concepto originario, ni existe *in rerum natura*, de modo que el derecho deba limitarse a regularlo, sino que depende precisamente de las elecciones normativas que se hagan. Y tales elecciones normativas no solo permiten establecer lo que es «familia» y lo que no lo es; también tienen la función de orientar las elecciones de las personas y, por tanto, de promover o reprimir sus necesidades y exigencias.

Para comprender esta consideración, piénsese en sistemas jurídicos del pasado o en tristes realidades contemporáneas en las que la homosexualidad no está contemplada por la ley o, peor aún, está prohibida. No cabe duda de que, en tal sistema jurídico, dos personas homosexuales que viven una comunión de vida material y espiritual no son una familia, e incluso pueden ser consideradas autores de un delito. Y, sin querer ir tan lejos y permaneciendo en el derecho civil italiano, baste con decir que el matrimonio está prohibido a las personas homosexuales, que solo pueden contraer, desde 2016, una unión civil, con la consecuencia de que el matrimonio, con todas sus ventajas e inconvenientes, es prerrogativa exclusiva de las parejas heterosexuales. Con el grave corolario de que una pareja homosexual ni siquiera puede acceder a la adopción de menores, aunque estén unidos civilmente. Por tanto, el modelo de familia asignado a las parejas homosexuales está destinado por definición a permanecer limitado a la relación de pareja, sin posibilidad de extenderse a la experiencia parental.

Solo un ejemplo trivial, para mostrar que el derecho de familia tiene una eficacia constitutiva sobre las relaciones mucho más fuerte de lo que se podría pensar y que, lejos de ser un sector puramente sociológico del derecho civil, es, en cambio, un sector altamente técnico, constitutivo y constituyente del modelo de sociedad.

Sin olvidar que la forma de regular las relaciones familiares, tanto las denominadas relaciones horizontales, es decir, las que implican a los miembros de la pareja, como las denominadas verticales, es decir, las que implican relaciones entre personas de la misma familia, pero de distintas generaciones, tienen una función conformadora de la sociedad.

Del papel asignado a la mujer en el derecho de familia ha dependido, en gran medida, el hecho de que, durante mucho tiempo, el rol de la mujer se haya situado en una posición accesoría —con todas las consecuencias que ello ha acarreado, incluso a un nivel más general—, a efectos de la igualdad de género, que sigue constituyendo un reto de nuestra época contemporánea.

Por no hablar, finalmente, del problema del lenguaje jurídico que sigue fuertemente impregnado de machismo, hasta el punto de que la figura dominante es siempre la masculina y que los intentos de un lenguaje inclusivo son a menudo acusados de maniqueísmo cuando no ridiculizados y considerados una superfetación que solo sirve para complicar la forma de expresarse.

Pequeños ejemplos que solo sirven para demostrar que la importancia del derecho de familia no radica solo en su fuerza reguladora de las relaciones familiares, sino que radica, más generalmente, en su capacidad para construir nuestra sociedad.

Partiendo de estas premisas, creo que una característica especialmente importante del derecho de familia catalán es su inclusión y pluralidad.

Inclusión y pluralidad, ante todo, desde el punto de vista lingüístico, porque, como se dice claramente en el preámbulo del libro segundo, ha sido «imprescindible una tarea de armonización que permite alcanzar más neutralidad en el lenguaje en términos de género. En esta línea, la mayor parte de las referencias que se hacían al «marido» y la «mujer» se sustituyen por «los cónyuges», y las que se hacían al «padre» y la «madre» se sustituyen por «los progenitores» con la condición de que esta acepción incluye tanto los padres y las madres por naturaleza como los adoptivos».

Se trata de una labor cultural muy importante que adquiere relevancia no solo desde el punto de vista estilístico; también la adquiere por todas las con-

secuencias que conlleva. Esto, además, permite inclusividad, pues el concepto de cónyuge excluye automáticamente la problemática de las parejas homoaffectivas y heteroaffectivas, sin considerar que permite dictar una regulación anodina respecto del rol familiar.

No cabe duda de que, en conjunto, el lenguaje inclusivo es un mérito del que, por ahora, solo pueden presumir unos pocos códigos, en el bien entendido de que los que ya han iniciado esta esencial e importante labor reformadora se erigen, inevitablemente, en modelos para todos los demás que aún no han emprendido este camino.

Sin embargo, en mi opinión, debemos comprender hasta qué punto el lenguaje inclusivo es importante y cuándo, por el contrario, debe detenerse, no para establecer diferencias, que sin duda deben superarse, sino para garantizar la debida visibilidad de la mujer.

Más allá de las exigencias educativas y de igualdad, las razones que se pueden esgrimir a favor del lenguaje inclusivo son, por un lado, evitar la estereotipación de la concepción familiar dentro del modelo matrimonial heterosexual de marido y mujer y, por otro, dar visibilidad a la mujer, que no tiene cabida en el lenguaje del singular masculino y cuya referencia a esposa sirve a menudo en las normas que le atribuyen un rol determinado.

Teniendo en cuenta estos dos aspectos, es evidente, por tanto, que el uso de un lenguaje inclusivo para evitar reducir el concepto de familia al modelo matrimonial de marido y mujer es una opción necesaria y, sobre todo, deseable en toda legislación contemporánea.

En cambio —en mi opinión—, es necesaria una mayor cautela en referencia al segundo aspecto, ya que, si el objetivo del lenguaje inclusivo es el de evitar la referencia a un rol específico dentro de la pareja, su uso es loable, pero no siempre imprescindible o necesario para dar visibilidad a la mujer. De hecho, aunque somos conscientes de que el lenguaje inclusivo es indispensable, para dar la visibilidad adecuada a la mujer, en algunos casos es importante preservar el papel de la madre. El hecho de que un niño pueda tener un padre y una madre o dos padres o solo un padre o solo una madre no excluye, quizás, la importancia de preservar la diferencia a este respecto.

Si el objetivo es afirmar que no existe un único modelo parental, sino que puede haber una pluralidad de modelos parentales, ello no excluye la posibilidad de preservar la individualidad del rol de padre y madre, siempre que se reconozca la igualdad absoluta.

Si, por tanto, partimos de la base de que cualquier persona, con independencia de su sexo, de su orientación sexual, de su identidad o expresión de género, tiene plena capacidad para desempeñar la función parental y de que el modelo parental no tiene por qué resolverse en el de padre y madre, porque todos los posibles están al mismo nivel, es probable que su superación no sea siempre imprescindible.

Desde esta perspectiva, teniendo en cuenta que estos días se acaba de aprobar la discutida ley de personas transexuales, yo no vería ninguna dificultad en que una persona trans que pueda dar a luz, aunque tenga una identidad de género masculina, sea inscrita como padre y, viceversa, que una persona trans que tenga una capacidad de fecundación masculina, pero una identidad de género femenina, sea inscrita como madre.

Si bien es cierto que hay muchas normas, como la de la presunción de paternidad, que pueden y deben hacerse neutras, no creo que sea una operación necesaria en todos los sentidos y creo que, sin duda, puede seguir existiendo un espacio para la visualización de la madre o del padre. Lo fundamental, sin embargo, es superar la idea de que el modelo parental compuesto por padre y madre constituya un modelo privilegiado sobre los demás o que este modelo deba prevalecer.

Esto sería un grave error que debe evitarse y algo que todos los ordenamientos jurídicos deberían hacer el esfuerzo de asumir.

3. Las familias en el derecho civil catalán

La inclusividad y pluralidad de la familia en el libro segundo del Código civil de Cataluña no es, desde luego, solo una cuestión de lenguaje —que es de gran importancia—, sino también una cuestión de fondo.

El concepto de «familia» se desvincula del matrimonio heterosexual y se extiende a cualquier formación social en la que se produzca una comunión material y espiritual de vida.

No se trata sólo de extender el matrimonio tanto a las parejas heterosexuales como a las homosexuales, lo que ya es un logro consolidado en España, sino también de considerar familias a las parejas de hecho, con independencia de la orientación sexual de sus miembros, y —cuestión de gran importancia—, incluso a las familias monoparentales.

La regla establecida en el artículo 231-1.1 del CCCAT es de extraordinaria importancia, por su valor constitutivo y conformador de la familia, que prescinde de formas y formalismos y mira al fondo. En una perspectiva que sin duda tiene en cuenta el valor del personalismo y el solidarismo, el foco se desplaza de la familia a las relaciones familiares, las cuales reciben igual protección con independencia de que se trate de matrimonios, de familias de hecho o de familias monoparentales.

Desde este punto de vista, podría haber tenido sentido referirse en esta regulación, como posible modelo de familia, también, a las relaciones convivenciales de ayuda mutua, que también encuentran una regulación muy interesante en los artículos 240-1 a 240-7 del CCCAT.

Sin duda, no puede negarse que la familia matrimonial, la pareja de hecho y la familia monoparental presentan, entre sí, rasgos comunes que permiten diferenciarlas, en parte, de las relaciones convivenciales de ayuda mutua. No obstante, estas últimas también deben considerarse un verdadero modelo de familia, por lo que, precisamente en la perspectiva de inclusión y pluralidad que caracteriza al derecho de familia catalán, hubiera sido conveniente mencionarlas en esta definición general de familia.

En otro orden de cosas, la circunstancia de que las relaciones convivenciales de ayuda mutua no estén expresamente mencionadas en el artículo 231-1.1 del CCCAT no excluye, sin embargo, que se trate de familias o, más exactamente, de un modelo de relaciones familiares. El análisis de la regulación, ciertamente loable y que —sin duda— puede constituir un punto de referencia para todos los ordenamientos en los que no estén expresamente reguladas, devuelve la imagen de un modelo familiar que, precisamente por la comunidad de vida establecida, produce importantes consecuencias tanto durante su desarrollo como en el momento de su extinción.

El reto contemporáneo es, sin embargo, el de las llamadas familias reconstituidas o recompuestas, respecto de las cuales el Código civil de Cataluña, aunque no de forma sistemática, propone una regulación que debe considerarse pionera no solo en España sino en buena parte de Europa.

El rasgo característico de la familia recompuesta no es, como podría pensarse en un primer momento, la mera constitución de una nueva familia tras la ruptura de una anterior, sino el hecho de que haya hijas o hijos de una relación anterior que se incorporen a la nueva familia. La familia recompuesta, pues, plantea la cuestión de la incorporación de las hijas o de los hijos de al

menos uno de los dos miembros, lo que también plantea el problema lingüístico de nombrar esta relación afectiva. Las palabras madrastra/padrastro, que todavía se utilizan hoy en día, son inadecuadas, por lo que deberían sustituirse por una expresión más neutra, que podría ser «padre afín» o «madre afín».

Aclarado que la familia recompuesta o ensamblada es la formada por los cónyuges o convivientes (homosexuales o heterosexuales) y las hijas o los hijos de al menos uno de ellos, nacidos de una relación anterior, es evidente que dentro de este esquema existe una pluralidad de variantes según (a) haya hijas o hijos de uno solo de los dos miembros de la pareja o de ambos; (b) el cónyuge o pareja ejerza la responsabilidad parental (de hecho o de derecho) con respecto a las hijas o los hijos de su pareja; (c) el otro progenitor de las hijas o los hijos que viven en la familia recompuesta esté vivo o haya fallecido, o sencillamente no exista; (d) el otro progenitor de las hijas o los hijos que viven en la familia recompuesta ejerza o no la responsabilidad parental; (e) haya hijas o hijos comunes (genéticos/biológicos/adoptados) de la nueva pareja; (f) las hijas o los hijos sean menores o mayores de edad. Todo ello con la aclaración de que cada una de las variables puede combinarse con las demás, dando lugar a una extraordinaria variedad de casos, y que la última, es decir, la relativa a la menor o mayor edad de las hijas o los hijos, puede cambiar significativamente el horizonte de los problemas que pueden surgir.

La regulación catalana, que — como he dicho — ha de considerarse pionera en España y en la mayor parte de Europa, se recoge esencialmente en los artículos 231-1.2, 236-14, 236-15 del CCCAT. Según estas normas, las hijas o los hijos afines son considerados miembros de la familia en la que viven, sin que ello afecte a su relación con el progenitor con el que no conviven. El progenitor afín tiene derecho a participar «en la toma de decisiones sobre los asuntos relativos a su vida diaria», pero, en caso de desacuerdo entre el progenitor y el progenitor afín, prevalece el criterio del primero. Además, en caso de fallecimiento del progenitor con el que la hija o el hijo convive, el otro progenitor recupera la guarda de forma exclusiva. No obstante, la responsabilidad parental podría atribuirse al progenitor con el que la persona menor convive si ello responde a su mejor interés.

Se trata de una regulación de gran importancia, que contempla los aspectos más relevantes de la relación parental que puede formarse en la familia reconstituida.

Desde mi punto de vista, esta regulación merece todo el aprecio y, de hecho, debería ser considerada en todos los ordenamientos jurídicos en los que, lamentablemente, este fenómeno sigue careciendo de una regulación siquiera mínima.

Aunque esta regulación es encomiable, creo que podría recogerse en una sección autónoma y que, en todo caso, debería tener en cuenta estas líneas básicas.

En primer lugar, para evitar malentendidos, es indispensable dejar claro que el progenitor afín no tiene exclusivamente derecho a participar en la toma de decisiones sobre los asuntos relativos a su vida diaria, sino que debe cooperar en el cuidado y la crianza de la hija o hijo junto con el otro progenitor y ambos tienen derecho, incluso por separado, a tomar decisiones relacionadas con la vida cotidiana. Esto implica, sin perjuicio de la responsabilidad parental del progenitor no conviviente, que los gastos de guarda, cuidado y educación deben considerarse gastos familiares y, por tanto, deben ser asumidos por ambos cónyuges o convivientes, con independencia de que uno sea el progenitor biológico/genético/intencional y el otro solo el progenitor afín. Las decisiones de mayor importancia se adoptarán de acuerdo con el otro progenitor del menor que no sea conviviente y, en caso de desacuerdo, se admitirá la posibilidad de recurrir a la autoridad judicial sin formalidades, para que ésta, oída la persona menor de edad que tenga capacidad de discernimiento, indique las medidas que se consideren más convenientes para la persona menor de edad, con la precisión de que, en casos de urgencia, se dará preferencia a la decisión del progenitor biológico/genético/intencional.

En caso de ausencia u otro impedimento temporal que imposibilite transitoriamente el ejercicio de la responsabilidad parental por parte del progenitor, ésta podría delegarse, excepcionalmente, en el progenitor afín. En todo caso, si se toman decisiones de especial importancia, estas se compartirán con el progenitor no conviviente.

En el caso de un progenitor afín *de facto*, no habrá consecuencias automáticas sobre el apellido de la hija o del hijo, que seguirá conservando su propio apellido o apellidos, salvo, claro está, que la hija o el hijo, con capacidad de discernimiento, solicite un cambio de acuerdo con las normas vigentes.

La protección de la familia reconstituida debe completarse con la previsión de determinados derechos sucesorios. La relación entre progenitor afín y hija o hijo afín, si bien justifica el poder-deber de colaborar en la educación de la

hija o del hijo, no es suficiente —en mi opinión— para que se puedan considerar legitimarios recíprocos.

Diferente es la cuestión que atañe a la sucesión intestada, también en consideración de su carácter puramente supletorio. Excluir que la relación entre el progenitor afín y la hija o el hijo es relevante para la sucesión y que su relación hereditaria debe basarse exclusivamente en la sucesión testamentaria no me parece una conclusión aceptable. No parece razonable que, en ausencia de otros parientes cercanos (por ejemplo, un cónyuge, una pareja de hecho u otros hijos), se prefiera a un pariente de cuarto grado, y por tanto a un primo o incluso al Estado, antes que al hijo con el que el progenitor afín ha vivido durante años.

De esta consideración se desprende que sería necesario considerar a la hija o al hijo entre los sucesores legales del progenitor afín y viceversa, al tratarse simplemente una cuestión de dónde debe situarse la hija o el hijo en relación con el progenitor afín y, viceversa, el progenitor afín en relación con la hija o el hijo.

Hay que tener en cuenta al menos dos variables para intentar formular una propuesta. La primera se refiere al fallecimiento del progenitor de la hija o del hijo antes que el del progenitor afín; la segunda, a la capacidad de testar.

Si el progenitor afín fallece antes que el progenitor de la hija o del hijo, la posición hereditaria de éste quedaría medianamente protegida, aunque sólo sea una expectativa, a través de la sucesión de su propio progenitor. Hay que tener en cuenta que en casi todos los sistemas jurídicos el cónyuge es heredero legítimo y que el conviviente, aunque en muchos sistemas no tiene protección sucesoria, merecería —según mi criterio— ser considerado heredero intestado. En cambio, si el progenitor biológico, genético o intencional falleciera antes que su cónyuge o pareja y la hija o el hijo siguiera viviendo con el progenitor afín, la situación de la hija o del hijo sería muy distinta y, además de tener que compartir la herencia de su progenitor con el progenitor afín, no recibiría nada de éste.

Desde otro punto de vista y en relación con la posible sucesión del progenitor afín al hijo, hay que considerar la cuestión de la capacidad testamentaria. En muchos ordenamientos jurídicos, entre ellos el italiano, el menor, aunque tenga capacidad de discernimiento o suficiente madurez, no puede otorgar válidamente ningún tipo de testamento, con lo que su sucesión se rige necesariamente por la ley y se da la paradoja de que el menor, con capacidad para

conformar y expresar su voluntad, no tiene posibilidad de sustraerse al régimen sucesorio legal. Dicha solución, sobre todo hoy en día, no puede aceptarse en absoluto y merece ser reconsiderada, para prever la posibilidad de que la persona de al menos catorce años pueda válidamente otorgar un testamento. Se puede discutir si solo puede hacer testamento notarial, como en derecho español, o también testamento ológrafo y —si bien entiendo las motivaciones que pueden justificar la primera solución— yo abogaría por la segunda.

Dadas estas dos premisas, es posible especular sobre el orden en que la hija o el hijo debe ser considerado heredero legal del progenitor afín y viceversa.

En mi opinión, el hijo debería ser considerado heredero legal del progenitor afín y su sucesión debe ordenarse sobre la base de las reglas que se exponen a continuación. La presencia de hijas o hijos propios desplaza a la hija afín o al hijo afín de ser heredero legal del progenitor afín y, por tanto, la hija afín o el hijo afín es un heredero en grado subordinado a las hijas o hijos del progenitor afín. A falta de hijas o hijos propios del progenitor afín, la hija afín o el hijo afín sucedería juntamente con el cónyuge o pareja, los parientes colaterales y los ascendientes. La hija afín o el hijo afín debe ser heredero de un tercio en los siguientes casos: en ausencia de ascendientes y en concurso con cónyuge/pareja; en concurso con ascendientes y en ausencia de cónyuge/pareja; en concurso con colaterales y en ausencia de cónyuge y/o ascendientes. En el caso de concurso de ascendientes, cónyuge e hija afín o hijo afín, el primero sucede en la mitad de la herencia y los dos últimos en un cuarto. Por último, considerando que, si hay cónyuge o ascendientes, los parientes colaterales no están llamados a heredar, hay que descartar otras posibilidades de concurso y por tanto el concurso de cónyuge, colaterales e hija afín o hijo afín y el de ascendientes, colaterales e hija afín o hijo afín.

Desde otro punto de vista, también debería aplicarse lo contrario, es decir, que el progenitor afín sea sucesor legal de la hija afín o del hijo afín.

El progenitor afín debe considerarse subordinado al progenitor biológico/genético/intencional de la hija o del hijo y, por tanto, solo está llamado a suceder si no hay progenitor conviviente y si la hija o el hijo sigue viviendo con el progenitor afín a pesar del fallecimiento de éste. Es discutible que el progenitor afín deba concurrir con el progenitor de la hija o del hijo que no conviva. En este sentido, también teniendo en cuenta que el progenitor afín colabora en la guarda y el cuidado y contribuye sustancialmente a los gastos de crianza, educación y formación de la hija o del hijo, me inclinaría por considerar que

se debe dar un concurso, otorgando al progenitor afín una cuarta parte del haber hereditario de la hija afín o el hijo afín. Por último, el progenitor afín también debe concurrir con los ascendientes y parientes colaterales de la hija afín o el hijo afín, recibiendo en ambos casos una cuarta parte de la herencia.

Obviamente, todas estas consideraciones no excluyen la posibilidad de adopción; es decir, que el progenitor afín pueda adoptar a la hija o el hijo de su pareja. En este caso, deberían aplicarse las normas generales sobre adopción, pero consideraría conveniente dar preferencia a una forma leve de adopción; es decir, la que, aun constituyendo una relación parental entre adoptante y adoptado, no elude ni excluye la relación parental con el otro progenitor. En esta perspectiva, también se daría cabida a la multiparentalidad, que sin duda constituye un reto en el derecho de familia de hoy.

4. Familia y autonomía privada

Otra característica muy importante del derecho de familia catalán, que también en este aspecto está a la cabeza de la legislación europea, es la importancia que se concede a la autonomía privada.

Aunque muchos se alarman ante el riesgo de una contractualización del derecho de familia, lo cierto es que el reconocimiento de un espacio adecuado para la autonomía privada debe considerarse, sin duda, esencial.

Reconocer un espacio para la autonomía privada no significa, de hecho, privatizar la relación familiar, sino encontrar, a la luz de los principios de personalismo y solidarismo, un equilibrio adecuado entre autonomía y heteronomía.

Esta ponderación —creo— se consigue con una interesante medida en el libro segundo del Código civil de Cataluña, en el que se reconoce un amplio espacio a la autonomía privada, sin que ello signifique, en términos absolutos, que el miembro más vulnerable de la familia quede totalmente desprotegido.

Este equilibrio es fácil de entender si se observa detenidamente la regulación de las relaciones económicas entre los miembros de la pareja.

El Código civil de Cataluña, en una opción que a estas alturas deberían hacer todos los ordenamientos jurídicos contemporáneos, no adopta como régimen económico legal supletorio el de la sociedad de gananciales sino el de separación de bienes, sin duda más acorde con las exigencias contemporáneas. Como, por otra parte, resulta evidente si se considera que, en los or-

denamientos jurídicos —como el español o el italiano— que aún adoptan la sociedad de gananciales como régimen jurídico patrimonial, las nuevas parejas tienden a elegir el régimen de la separación.

El contrapeso a esta elección de gran simplificación en la relación económica de la pareja lo constituyen el régimen económico primario y, en particular, las normas sobre compensación económica por razón de trabajo, que, si bien es conocida de sobra en los regímenes de *common law*, constituye una importante novedad en los sistemas de *civil law*.

En el único caso en que el régimen económico es el de separación de bienes y, por tanto, un régimen que puede favorecer sustancialmente a la persona de la pareja que se encuentra en una posición económica más fuerte y perjudicar a la persona de la pareja que, aunque sea por una elección compartida, contribuye en mayor medida a la casa familiar, sacrificando o reduciendo así su actividad profesional o laboral, dicha compensación es debida.

Su función, según se desprende de la normativa, es compensar a la persona de la pareja que ha trabajado más por el hogar que la otra y siempre que ésta haya obtenido, durante la convivencia, un incremento patrimonial real. Se trata, por tanto, de una prestación que tiene un evidente carácter compensatorio-reequilibrador y a la que, por tanto, debe negarse naturaleza asistencial. Muy razonablemente, se establece que no podrá exceder, salvo casos excepcionales, de la cuarta parte del incremento patrimonial, cuya determinación se encomienda a un criterio muy preciso establecido en el artículo 232-6 del CCCAT, y que debe tener en cuenta, en todo caso, la duración de la convivencia y el posible cuidado de las hijas o los hijos u otras personas de la familia.

Se trata de una importante medida compensatoria, que sirve para corregir determinadas consecuencias que la adopción del régimen de separación de bienes puede generar. A diferencia de la prestación compensatoria, que se rige por el artículo 236-14 del CCCAT, la compensación económica por razón de trabajo no tiene carácter asistencial, y puede, por ello, ser objeto de un acuerdo previo dirigido incluso a excluir que sea debida (véase el artículo 232-7 del CCCAT).

Distinta es, en cambio, la naturaleza de la prestación compensatoria, que se debe, con independencia del régimen económico elegido, en beneficio de la persona de la pareja perjudicada a consecuencia de la ruptura familiar. Para su determinación, además de la posición económica de ambas personas y el compromiso de cada una en la convivencia familiar, deben tenerse en cuenta

las previsible perspectivas económicas, la duración de la convivencia, las decisiones sobre el domicilio familiar, la posible compensación económica por razón de trabajo y, finalmente, los nuevos gastos familiares que deba soportar la persona obligada, primando, en todo caso, el derecho a los alimentos de las hijas y de los hijos.

Se trata de una prestación cuya finalidad, además de compensatoria-equilibradora, es asistencial, ya que podría cumplir una finalidad esencial para la vida de la persona. Por ello, a diferencia de lo que ocurre con la compensación económica por razón de trabajo, las personas de la pareja pueden acordar su exclusión, siempre que al hacerlo no comprometan las necesidades básicas de la persona que pueda tener derecho a ella.

Es decir, el acuerdo siempre es válido en la medida en que la prestación compensatoria responda a una finalidad puramente equilibradora, mientras que, precisamente por el principio de solidaridad, deja de ser válido cuando responde a una finalidad asistencial; es decir, cuando su exclusión pueda impedir a la persona de la pareja atender sus necesidades básicas.

La regulación de la prestación compensatoria me parece de gran interés, sobre todo observando ordenamientos jurídicos, como el italiano, en el que, aunque teóricamente, la prestación compensatoria —conocida como *assegno di divorzio* (lo que demuestra la importancia también del nombre que el ordenamiento jurídico da a las instituciones jurídicas)— tiene una finalidad tanto equilibradora como asistencial y en el que siempre se excluye la validez de cualquier pacto previo no solo dirigido a excluirla, sino también dirigido a determinar su cuantía de antemano. Con el agravante, además, de que en la interpretación ofrecida por la jurisprudencia se ha afirmado esencialmente, aunque con algunas correcciones en el último período, que dicha prestación compensatoria debe permitir a la persona de la pareja económicamente más vulnerable mantener el mismo nivel de vida disfrutado durante el matrimonio. Se determina, con ello, una serie de distorsiones aplicativas difíciles de aceptar y se niega sustancialmente de raíz cualquier epifanía de la autonomía privada en materia de pensión compensatoria, que constituye, en el derecho italiano, la cuestión más problemática en la solución de las crisis familiares.

Finalmente, una regulación de gran interés es la dictada en el derecho de familia catalán para la vivienda familiar, respecto de la cual, otorgando un importante reconocimiento al valor de la autonomía privada, se atribuye a las personas de la pareja la facultad de adoptar en primera instancia cualquier

decisión relativa a su uso. Una vez más, para dar una idea de la importancia, observo que en el derecho italiano cualquier decisión relativa a la vivienda familiar está totalmente sustraída a la potestad preventiva de la autonomía privada.

La regla establecida en el artículo 233-20 del CCCAT me parece de gran calado, ya que confía a la autonomía privada la decisión sobre la atribución del uso de la vivienda familiar con carácter prioritario, precisando que los intereses de las hijas y de los hijos deben primar en dicha elección y que, en todo caso, la atribución de dicho uso también debe tenerse en cuenta a efectos de las decisiones sobre los alimentos para las hijas y los hijos y la prestación compensatoria. Además, se establece que la pareja también podrá acordar el reparto del uso de la vivienda familiar por períodos determinados.

El hecho de que, también respecto a este aspecto, la autonomía privada sea determinante radica en que la decisión de la autoridad judicial tiene una función meramente supletoria y está destinada a intervenir solo en caso de falta de acuerdo de la pareja.

La autoridad judicial que debe decidir supletoriamente sobre el uso de la vivienda familiar debe, con carácter preferente, atribuir el uso de la vivienda familiar a la persona de la pareja que tenga la custodia de las hijas e hijos en común, con la posibilidad excepcional de atribuir el uso de la vivienda familiar a la persona más necesitada en el caso de custodia compartida de las hijas o hijos o en los casos en que no exista descendencia.

Evidentemente, el poder de autonomía privada en relación con el uso de la vivienda familiar no es ilimitado. El justo equilibrio entre autonomía y heteronomía o —dicho de otro modo— entre autodeterminación y solidaridad se consigue mediante una importante ponderación de los intereses en juego. El acuerdo previo sobre el uso de la vivienda familiar es válido y eficaz en la medida en que no ponga en peligro los intereses superiores de las hijas e hijos menores, que deben considerarse preeminentes, o cuando atienda a la satisfacción de las necesidades básicas de una de las personas de la pareja.

La autonomía privada no es el poder ilimitado de los particulares para regular sus propios intereses, sino el reconocimiento de un poder que debe ejercerse respetando los principios fundamentales, de modo que el ejercicio de la autonomía privada nunca pueda convertirse en instrumento de prevaricación o abuso.

Tal reconocimiento del poder de autonomía privada en el derecho de familia me parece de gran interés y creo que debería ser una premisa para la reflexión también en los ordenamientos jurídicos en los que el reconocimiento de la autonomía privada familiar es todavía muy limitado.

4.1 Los pactos en previsión de una ruptura familiar

El libro segundo del Código civil de Cataluña contiene una regulación de los pactos en previsión de la ruptura familiar que ha cobrado una importancia decisiva no tan solo en el Derecho español, a la hora de reconocer su validez, sino también en el de muchos otros países europeos, en los que se debate la conveniencia de su regulación.

La regulación de los pactos en previsión de la ruptura familiar, que bebe de la experiencia de los Estados Unidos de América, se recoge en los artículos 231-20, 232-7, 233-16, 233-21.3, 233-5, 234-5, 240-4 del CCCAT.

La importancia de los acuerdos en previsión de una ruptura familiar y su indudable utilidad: en primer lugar, porque siempre es preferible que sean los propios cónyuges, cuando existe una situación armoniosa entre ellos, quienes determinen cómo deben regularse sus relaciones personales y patrimoniales cuando surge una crisis matrimonial a que esa decisión la tome la autoridad judicial. En segundo lugar, permite a ambas personas una situación de razonable certidumbre sobre sus condiciones personales y patrimoniales tras la crisis familiar y eso les ayuda a tomar mejores decisiones. Finalmente, los acuerdos prematrimoniales pueden desempeñar una importante función de descongestión en los litigios.

Aunque se habla de pactos en previsión de ruptura matrimonial, su ámbito de aplicación es mucho más amplio, ya que pueden dejar de existir válidamente incluso en el caso de una pareja de hecho.

Teniendo en cuenta la función del pacto en previsión de una ruptura familiar, consistente en regular las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges para el tiempo posterior a la crisis, es imprescindible, como señala GARCÍA RUBIO,⁵⁴ que se ejerza un control sobre su validez tanto en lo que se

54 GARCÍA RUBIO, María Paz. «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo la libertad y sus límites en el derecho de familia». A: *Nous reptes del Dret de família. Materials de les Tretzenes Jornades de Dret Català a Tossa*. Girona: Documenta universitària, 2005, p. 95 y s.

refiere al proceso de formación del consentimiento como al contenido del pacto y al alcance de este en su ejecución.

Comparto que los pactos en previsión de una ruptura familiar deben otorgarse en escritura pública. No se trata solo de cumplir con un requisito formal, sino de asegurar que el notario proporcione a los miembros de la pareja las informaciones adecuadas sobre el alcance del pacto —su contenido— para que el consentimiento sea plenamente informado y los otorgantes tengan un claro conocimiento de las excepciones que el pacto determina respecto a la regulación legal.

Teniendo en cuenta que el pacto tiene una evidente función derogatoria del régimen jurídico y que, como consecuencia del pacto, los otorgantes pueden renunciar a las reclamaciones económicas, es importante, también según el principio de buena fe, que las personas estén adecuadamente informadas de sus respectivas condiciones económicas y patrimoniales y que no se produzca ninguna asimetría contractual entre ellas.

El notario es —sin duda— la figura que, mejor que nadie, puede garantizar una adecuada información a los contratantes o puede proporcionar asesoramiento completo o puede ejercer el control general de la legalidad del pacto. En este sentido tiene mucha importancia que cada persona esté obligada a informar a la otra de sus condiciones económicas y patrimoniales y de sus expectativas económicas, de modo que se pueda superar, también bajo este aspecto, la posible asimetría de información.

Podría ser importante prever una regla similar a la prevista en el artículo 90.2.III del Código civil. Se trata de que, en materia de convenio regulador, si considerase el pacto especialmente perjudicial para una de las personas o para las hijas o los hijos menores de edad, el notario debe advertir a los otorgantes para que puedan tomar otras medidas, y dar por terminado el expediente en caso contrario.

El pacto en previsión de una ruptura familiar puede concluirse antes o después de la celebración del matrimonio. En el supuesto de pacto celebrado antes del matrimonio, debe evitarse que se perfeccione demasiado tiempo antes o demasiado cerca de la fecha del matrimonio, para evitar en el primer caso que el consentimiento no sea actual y en el segundo que sea el resultado de una decisión precipitada, o poco meditada o incluso logrado como una supuesta prueba de amor. En este sentido, se podría plantear que el pacto no pueda ser anterior a seis meses antes de la celebración del matrimonio, ni pos-

terior a treinta días antes de la celebración de este, precisando que en ambos casos el pacto es ineficaz.

Aun entendiendo que esta indicación es solo aproximada y, por tanto, que pueden existir perfectamente casos en los que no se pongan en la práctica los problemas que se acaban de indicar, debe recordarse siempre que una regulación debe ser de carácter general y no debe considerar el caso límite, sino el *id quod plerumque accidit*. En cualquier caso, en lugar de la ineficacia absoluta, también se podría pensar, aunque esta solución puede crear más dificultades, en una simple presunción de ineficacia; es decir, asumir que el pacto se presume ineficaz, a menos que la parte que pretenda hacer uso de él ofrezca la prueba de que el pacto es fruto de un consentimiento libre y actual.

En cuanto a la capacidad de las personas, no cabe duda de que el pacto puede ser celebrado libremente por las partes que tengan capacidad para contraer matrimonio y que, en el caso de que una de las partes tenga una discapacidad, se aplicarán las normas generales. Por lo tanto, no se puede descartar que la parte con discapacidad, incluso cognitiva, celebre válidamente el pacto, siempre y cuando reciba los apoyos que necesite.

El consentimiento de las partes, además de ser informado, debe ser libre y, por tanto, aplicando las normas del derecho contractual, debe excluirse la validez de los acuerdos celebrados por error, violencia y dolo. En este sentido, aunque se trata de un acto que también tiene carácter patrimonial y, por tanto, debe someterse a la regulación típica de los contratos, creo que en materia de vicios debe aplicarse la regulación menos rígida propia del derecho matrimonial, con la consecuencia de que también debe darse relevancia a la intimidación o al temor reverencial.

En cuanto al contenido del pacto, los otorgantes pueden acordar todas sus relaciones personales y patrimoniales, sólo debe observarse la regla general de que el contrato no debe ser contrario a las leyes, la moral y el orden público.

En la medida en que la ley lo permita, como pasa en derecho catalán, los otorgantes pueden pactar acuerdos sucesorios, ya sean dispositivos, de institución o de renuncia. Pueden renunciar mutuamente a la herencia o a la legítima, o disponer de su propia herencia u otras herencias, o incluso hacerse atribuciones a título universal o particular. Esto depende, por supuesto, de la ley aplicable, con la consecuencia obvia de que en los sistemas jurídicos que prevén una prohibición de los pactos sucesorios (como los sistemas jurídicos italiano y español) dichos acuerdos serán nulos.

Ni que decirse tiene que en el caso de que el pacto en previsión de la ruptura familiar contenga normas sobre la guarda, custodia, visitas y mantenimiento de las hijas o los hijos menores de edad, o sobre el régimen de comunicación con abuelos y familiares, deberá responder al interés superior del menor y, por tanto, la autonomía privada se encuentra con esta limitación. Es indispensable no solo que las personas valoren en abstracto cuál debe ser la mejor decisión para las hijas o los hijos menores de edad, sino que en cualquier acuerdo que afecte directa o indirectamente a un menor de edad se considere siempre cómo se ha tenido en cuenta el interés superior al tomar la decisión concreta y qué repercusiones puede tener esa decisión en la práctica.

El pacto deberá tener en cuenta de antemano lo que puede ser el interés superior del menor, pero es inevitable que esa evaluación tenga que hacerse siempre en el momento en que se vaya a ejecutar. Por lo tanto, para que el pacto sea válido, debe redundar en el interés superior del menor tanto en el momento en que se realiza, como en el momento en que debe ejecutarse. Esto implica que un acuerdo que es potencialmente válido en el momento de su celebración puede no serlo en el momento de su ejecución.

Comparto la idea de que la autonomía privada tenga limitaciones en la medida en que pueda perjudicar situaciones existenciales de una de las personas de la pareja. La renuncia a prestación compensatoria o a los derechos sobre la vivienda familiar no puede considerarse válida en la medida en que impida a una persona atender a sus necesidades básicas. Otra posibilidad, si no se quisiera poner tal limitación a la autonomía privada —o, en este sentido, en lugar de prever dicha limitación, o como complemento a esta limitación— podría establecerse que el excónyuge debe ser considerado, aunque en último grado, persona obligada a prestar los alimentos. Una disposición de este tipo permitiría, por un lado, aplicar adecuadamente el principio de solidaridad posmatrimonial, sin convertir a la expareja en el obligado principal, y, por

otro lado, permitiría siempre preservar la validez y eficacia de los pactos de renuncia total a la prestación compensatoria o a los derechos sobre la vivienda familiar.

Huelga decir que esta consideración se refiere únicamente a la relación entre los miembros de la pareja y no afecta ni a la obligación de cada progenitor de mantener a las hijas o hijos menores de edad, ni a que ellas o ellos puedan seguir viviendo en la vivienda familiar.

Otra limitación a la autonomía privada es el principio de igualdad entre los cónyuges, por lo que el pacto en previsión de una ruptura familiar debe respetar este principio fundamental. Para ello será necesario que el pacto no suponga una discriminación en perjuicio de una de las personas y, en general, que exista una reciprocidad razonable. Para realizar esta valoración, es imprescindible tener en cuenta el pacto en su conjunto, sin limitarse a una sola de sus partes o cláusulas, considerando la posición económica de ambas partes. Una cláusula que, por ejemplo, prevea la obligación de que el cónyuge que por su conducta ha provocado la crisis familiar tenga que abonar a la otra una determinada cuantía, aunque se inspire formalmente en el principio de igualdad, podría ser muy discriminatoria, porque esa cantidad, en relación con las condiciones patrimoniales de las partes, podría ser modesta para una y excesivamente onerosa para la otra. Este ejemplo trivial demuestra que hay que tener en cuenta no solo el conjunto del acuerdo, sino también todas las circunstancias existentes en el momento de su celebración.

Los otorgantes pueden establecer excepciones a determinadas normas sobre el régimen económico. En este sentido, aunque se afirme por muchos que, además de las normas de administración, existen, en relación con los regímenes económicos matrimoniales distintos de la separación de bienes, normas sobre los bienes comunes o privativos y normas sobre la liquidación que son inderogables, creo que, en relación con el principio de igualdad, debe ofrecerse una interpretación mucho menos rígida. Considerando, en efecto, que la pareja puede elegir el régimen de separación de bienes, me parece difícil justificar que no puedan realizar cambios en los otros regímenes, ampliando o reduciendo el ámbito de los bienes comunes o privativos, o modificando las normas de liquidación. En este sentido, puede considerarse útil el régimen económico matrimonial italiano de la «comunidad de bienes convencional», según el cual los cónyuges pueden modificar el régimen de la comunidad de bienes, con los siguientes límites: los bienes personales, los bienes para el ejercicio de la profesión y los bienes obtenidos por compensación no pueden nunca ser comunes, y no se pueden modificar las normas de administración y la igualdad de las partes.

Por último, en cuanto al control de la fase de ejecución, éste queda garantizado por la aplicación de la doctrina de la cláusula *rebus sic stantibus*, según la cual, si en el momento de su ejecución el pacto se ha hecho excesivamente

oneroso para uno de los cónyuges por un hecho extraordinario e imprevisible, el convenio queda sin efecto.

Para que el pacto sea ineficaz, no solo debe haberse producido un acontecimiento extraordinario, es decir, un acontecimiento que vaya más allá de lo normal y, por lo tanto, no se repita con frecuencia y regularidad en el tiempo; y no solo debe ser imprevisible, es decir, que las partes no podían prever razonablemente su ocurrencia. Es necesario, además, que, como consecuencia de ese acontecimiento, la ejecución del acuerdo prematrimonial cause un grave perjuicio a uno de los cónyuges. Así, no se puede considerar extraordinario e imprevisible que uno de los cónyuges haya perdido el empleo, que uno de los cónyuges haya recibido una rica herencia de sus padres o parientes, que hayan nacido hijas o hijos, que la empresa de uno de los cónyuges se haya declarado en quiebra, que los precios de los bienes inmuebles hayan aumentado o que se haya producido una inflación significativa, a menos que se trate de una inflación extraordinaria causada por razones singulares. Por otra parte, podría considerarse acontecimiento extraordinario e imprevisible, cuya ocurrencia podría hacer que se considerase ineficaz el pacto prematrimonial, el hecho de que uno de los cónyuges haya sufrido un accidente que haya provocado su incapacidad laboral, o la discapacidad de una hija o un hijo, que obligue a uno de los cónyuges a renunciar a su trabajo o a hacer sacrificios importantes en su negocio, o el hecho de que se encuentre una cura para una enfermedad que afecte a uno de los cónyuges y que se considere degenerativa e incurable.

Evidentemente, la carga de la prueba de que se haya producido un acontecimiento extraordinario e imprevisible tal que comporte que la ejecución del acuerdo cause un grave perjuicio a uno de los cónyuges incumbe al cónyuge que invoca la causa de la ineficacia, quien deberá probar tanto la ocurrencia de un acontecimiento extraordinario e imprevisible como el grave perjuicio que la ejecución del acuerdo causaría.

Sobre la base de estas consideraciones y dentro de los límites que se acaban de indicar, creo que los pactos en previsión de una ruptura familiar pueden convertirse en un instrumento de gran utilidad.

4.2 El plan de parentalidad

Otro instrumento jurídico de gran importancia y expresión del valor de la autonomía privada en materia familiar es el plan de parentalidad.

El derecho civil catalán pretende confiar a la autonomía privada, responsabilizando así de forma significativa a las propias madres y padres, la asunción de todas las medidas relativas a la guarda, el cuidado y la educación de sus hijas e hijos en caso de nulidad, separación y divorcio.

En caso de crisis familiar, no solo se atribuye relevancia a los pactos en previsión de la ruptura familiar y, por tanto, a los acuerdos que las personas de la pareja hayan alcanzado antes de que surgiera la crisis, sino que también se atribuye relevancia a los acuerdos que las personas de la pareja celebren después de que haya surgido la crisis.

En caso de separación, divorcio o nulidad, la autoridad judicial debe, de hecho, adoptar todas las medidas preventivas y definitivas de conformidad con lo que las partes hayan acordado en el convenio regulador.

La posibilidad de que las personas de la pareja no puedan llegar a ningún acuerdo y, por lo tanto, que cualquier decisión deba ser tomada directa e inmediatamente por la autoridad judicial se considera un caso residual, como se desprende claramente del artículo 233-4 del CCCAT.

El acto mediante el cual las personas de la pareja acuerdan el ejercicio de su responsabilidad parental es el plan de parentalidad. Este instrumento constituye un acto muy importante de autonomía negocial no patrimonial, por el que las personas de la pareja concretan la forma en que ambas ejercerán su responsabilidad parental, y asumen también los compromisos de cada una en relación con el cuidado, la guarda y la educación de las hijas y los hijos (artículo 233-2.4 a) del CCCAT).

Se parte de la base de que los padres o las madres son quienes, mejor que nadie y, por tanto, mejor que la autoridad judicial, pueden determinar qué es lo mejor para sus hijas e hijos, y de que la crisis de pareja debe interferir lo menos posible en la relación parental.

El contenido esencial del plan de parentalidad se establece en el artículo 233-9.2 del CCCAT, según el cual este acto de autonomía regulará los aspectos siguientes: el lugar o lugares de residencia de las hijas e hijos; las actividades respecto de las que cada progenitor debe responsabilizarse en relación con las actividades cotidianas de las hijas e hijos; la forma de realizar el cambio de guarda; el régimen de estancia de las hijas e hijos durante las vacaciones y fechas señaladas; el tipo de educación y actividades extraescolares; la forma de cumplir el deber de compartir toda la información sobre la educación, la salud y el bienestar de las hijas e hijos; y la forma de tomar las decisiones so-

bre el cambio de domicilio y cualquier otra cuestión relevante para las hijas e hijos. El análisis del contenido esencial del plan parental es de gran interés, porque ofrece una idea de los principios cardinales del derecho catalán en materia de relaciones parentales y de la función que este importante negocio jurídico asume a efectos de regular el ejercicio de la responsabilidad parental. Como resulta evidente, no sólo el reparto constante entre los progenitores del cuidado de hijas e hijos es el principio clave; también lo es su participación cotidiana en la vida de estos. De gran importancia a este respecto es la disposición que establece «las tareas de que debe responsabilizarse cada progenitor en relación con las actividades cotidianas de los hijos». Con independencia del lugar de residencia de las hijas e hijos y de la persona que ostente su guarda y custodia en cada momento, los progenitores están obligados a colaborar activamente en la vida cotidiana de las hijas e hijos, asumiendo compromisos concretos con referencia a sus actividades diarias, así como señalando el régimen de relación y comunicación con las hijas e hijos durante el tiempo en que no se encuentren con el padre o madre que ostente su guarda y custodia. En esta misma perspectiva, es de gran importancia no solo el compromiso de compartir las decisiones más significativas para la vida de la persona menor de edad, como la educación, la salud y el bienestar, sino también el compromiso de compartir toda la información.

El empoderamiento de padres o madres realizado a través del plan de parentalidad está en consonancia con la nueva concepción de la relación parental, que ya no debe expresarse en términos de potestad, es decir, el ejercicio de un poder-deber, sino en términos de responsabilidad. El ejercicio de la función paterna o materna se resuelve en la responsabilidad de procurar que hijas e hijos gocen del mayor bienestar posible, teniendo en cuenta sus

inclinaciones naturales, sus aspiraciones y su progresiva autonomía, proporcionándoles el cuidado y la educación acordes con sus necesidades.

Se trata de un cambio copernicano, porque supera la lógica del derecho a ser padre o del derecho a ejercer la patria potestad, en la que la persona menor de edad era considerada esencialmente sujeto pasivo o mero destinatario del ejercicio de esa potestad, en favor de una lógica centrada en la persona menor, en la que padres y madres son responsables de sus hijas e hijos con vistas a su mayor bienestar posible.

Esto, por supuesto, no significa la necesidad de tomar decisiones según el interés preferido de la persona menor de edad, sino tomar decisiones que sean

en su mejor interés. Al tratarse, pues, de personas menores de edad, sigue siendo clave el principio del interés superior del menor, cuya declinación en el Código civil de Cataluña es coherente con la derivada de la interpretación de la Convención de Nueva York sobre los derechos del niño⁵⁵ y de la Observación general número 14 del Comité de los Derechos del Niño.⁵⁶

El interés superior del menor es también la clave a través de la cual debe filtrarse la legalidad del plan de parentalidad. En el necesario juego de autonomía y heteronomía, que constituye la esencia última del derecho civil, el reconocimiento del poder de autonomía privada ejercido por padres y madres a través del plan parental encuentra su límite en el interés superior del menor. En efecto, la norma del artículo 233-3 del CCCAT deja claro que la autoridad judicial debe aprobar el convenio regulador, que incluye el plan parental, «salvo los puntos que no sean conformes con el interés de los hijos menores».

La decisión adoptada en el plan de parentalidad no es arbitraria, sino que debe tomarse de acuerdo con un criterio establecido por la ley, el de la referencia exclusiva al interés superior, moral y material, del menor implicado, en el caso concreto considerado. En materia de decisiones relativas a las hijas y los hijos, el criterio rector debe ser siempre el del interés preeminente del menor en una educación sana y equilibrada, de modo que, incluso en presencia de una decisión adoptada por los padres y las madres en el plan de parentalidad, es muy posible que la autoridad judicial sugiera la adopción de medidas diferentes, aunque sean restrictivas o limitativas de los derechos individuales de los padres y las madres. Ni que decirse tiene que, en su caso, las hijas o hijos menores también deben ser oídos, si bien con todas las cautelas necesarias. La audiencia es, de hecho, necesaria en todas las hipótesis en las que la confrontación con el menor de edad puede proporcionar a la autoridad judicial elementos adecuados para comprender mejor qué medidas responden a su interés superior.

La correspondencia de las decisiones adoptadas con el interés superior del menor de edad implica una valoración de carácter positivo, ya que no basta con que la medida no sea perjudicial o incluso que sea neutra, sino que es indispensable comprobar, en términos positivos, que las opciones adoptadas contribuyen al bienestar de las hijas e hijos y, por lo tanto, que constituyen el

55 Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. *Boletín Oficial del Estado*, n.º 96 (21 de abril de 2008).

56 Comité de los Derechos del Niño, Observación general n.º 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013.

requisito previo indispensable para una cooperación útil en el cumplimiento de las obligaciones educativas y formativas.

El plan de parentalidad, negocio jurídico de gran importancia e innovación, que merecería ser adoptado tanto en el derecho español como en el derecho italiano y, más en general, en todos los ordenamientos jurídicos contemporáneos, ofrece una clara evidencia de la importancia del derecho civil, que, en su eterno conflicto entre autonomía y heteronomía, debe ofrecer siempre respuestas a las necesidades vitales de las personas.

Intervenció de Clara Orpinell

Advocada, especialista en dret civil

Introducció

Vull basar la meva intervenció tant en els aspectes positius que ha tingut i té el nostre llibre segon del Codi civil de Catalunya,⁵⁷ com en els reptes que tenim per avançar i continuar sent pioners en aquesta vessant del dret. El llibre segon va entrar en vigor el gener del 2011 i va refundre el Codi de família de 1998⁵⁸ i la resta de lleis de l'àmbit familiar, fet que ha estat molt positiu per assolir una perspectiva de conjunt en matèria de persona i família.

1. Aspectes fonamentals que caracteritzen el llibre segon del Codi civil de Catalunya i que l'aplicació en resulta positiva

a) El règim econòmic matrimonial per defecte és el de separació de béns, que ens ve donat històricament, encara que sabem que el primer que s'aplica és l'acord entre les parts.

La separació de béns en la nostra legislació ha estat original, minvada i de comunitat diferida. És, doncs, una separació de béns *sui generis* en què es fixa una compensació, que ja ens ve tipificada a la Compilació del dret civil de Catalunya,⁵⁹ concretament a l'article 23, i que es continua regulant a article 41 del Codi de família i, per últim, a l'article 232-5 del Codi civil de Catalunya, que l'anomena «compensació per raó de treball».

57 Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5686 (5 d'agost de 2010).

58 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 2687 (23 de juliol de 1998).

59 Llei 13/1984, de 20 de març, sobre la Compilació del dret civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 436 (23 de maig de 1984).

L'expressió «compensació per raó de treball» no la considero del tot apropiada; tinc preferència per la de «compensació patrimonial», però aquesta és una apreciació del tot personal.

b) La responsabilitat parental conjunta, que ha esdevingut una novetat important.

Per una banda, hi ha el canvi de terminologia. Tot i el fet de parlar de «potestat parental» i de «guarda conjunta» —perquè la terminologia i les paraules són importants i expressen una evolució—, malauradament i malgrat tenir una legislació pròpia, continuem rebent resolucions judicials que empren els termes «pàtria potestat i custòdia». Per altra banda, hi ha la introducció de la «guarda compartida» o «guarda conjunta» entre els progenitors, com a primera opció, i hi ha la implementació del pla de parentalitat.

c) Els pactes en previsió de ruptura matrimonial.

Estan tipificats a l'article 231-20 del Codi civil de Catalunya. També hi són a l'article 234-5, pel que fa a la convivència en parella i, d'una manera diferent i una mica confusa, a l'article 233-5. Tot això enllaça amb la tradició a Catalunya dels capítols matrimonials, que van ressorgir en el període de vigència del Codi de família i ara els hem recuperat, de l'articulat a què hem fet referència del llibre segon del Codi civil de Catalunya.

d) La regulació de les parelles de fet.

Ha estat molt ben elaborada i ha resultat aclaridora, en quedar unificada al capítol quart del llibre segon del Codi civil de Catalunya, la qual cosa, en la pràctica, ha estat de gran ajuda.

e) Els poders preventius, el patrimoni protegit i la figura de l'assistent.

Tota aquesta regulació ha estat molt innovadora, i ens hi vam avançar amb la figura de l'assistent, si bé el fet que aleshores fos el jutge qui l'anomenava en frenava l'aplicació.

2. Reptes a què ens enfrontem per avançar i continuar sent pioners en aquesta vessant del dret

a) El legislador català té un repte imminent amb l'Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya, en matèria de suports en l'exercici de la capacitat jurídica de les persones.⁶⁰

60 S'ha efectuat la fase d'informació pública de l'Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat, que abasta la

Per continuar avançant-nos a la regulació estatal, com és tradició i se'ns reconeix des de fora de Catalunya, no hauríem de fer cap pas enrere i, en la mesura del possible, hauríem de desjudicialitzar totes les mesures que es determinin i poder fer la tramitació per mitjà d'escriptura notarial. Hi haurà mesures que, per força, hauran de ser judicialitzades, però hem de tenir present que es tracta d'una especialitat que requereix la màxima agilitat i que, malauradament, els jutjats no son ni ràpids ni àgils.

b) Modificació de l'article 233-20 del nostre Codi civil en l'apartat que fa referència a l'atribució de l'ús per raó de la guarda que, tal com ho entenc, ha estat superat per l'evolució que la introducció de la guarda compartida com a primera opció dins la potestat parental ha comportat.

Entenc que l'article 233-20 fixa unes regles sobre l'atribució de l'ús de l'habitatge prou àmplies per garantir els drets de cada part, sense haver de fer servir la guarda individual dels fills com a criteri d'atribució. En coherència amb la prioritització de la guarda conjunta, a l'article 233-8, s'han establert, els criteris sobre responsabilitat parental.

Com a criteris d'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, l'article 233-20 estableix, en primer lloc, l'acord entre les parts, i així fa palesa la llibertat de pacte que caracteritza Catalunya. En segon lloc, estableix el criteri de la guarda individual. En tercer lloc, estableix, entre altres, el criteri del cònjuge més necessitat de protecció.

Soc del parer que la supressió del segon criteri estalviaria contenciosos en què se sol·liciten guardes individuals per aconseguir l'ús del domicili familiar.

c) Una altra qüestió que considero que el legislador català té pendent d'actualitzar és la regulació de les tècniques de reproducció assistida i la problemàtica de figures com ara la gestació per substitució. Objectivament, cal un marc normatiu nou que superi les incoherències de l'actual. Hi ha d'haver una regulació específica en matèria de gestació per substitució. Ens preguntem si el posicionament adoptat pel Tribunal Suprem, la Direcció General de Registres i Notariats o, fins i tot, el Tribunal Europeu de Drets Humans en aquesta qüestió és l'adequat. Aquests òrgans es basen en dos principis: «el de l'interès superior del menor» i el de «l'ordre públic». El Tribunal Suprem situa l'ordre públic espanyol per damunt de l'interès del menor, i resol, en els casos de gestació subrogada, la no-inscripció en el Registre Civil, ja que considera que no en vulnera els drets. El Tribunal Europeu de Drets Humans o la Di-

reforma total del títol II del llibre segon del Codi civil.

recció General de Registres i Notariat, per tots els drets que comporta, donen més importància al principi de l'interès del menor, ja que consideren que el fet de no inscriure en el Registre Civil vulneraria, entre d'altres, el dret a la vida privada i familiar del menor.

Entenc que s'ha d'establir un marc jurídic en què el dret de filiació es basi en la voluntat de qui vulgui portar a terme un projecte parental i l'hagi consentit.

Deixo feta la reflexió, ja que ens estem regint per les lleis de 1988⁶¹ (derogada) i de 2006,⁶² i aquí ens hem quedat.

d) Per últim, dins la filiació, i en concret en l'apartat de la regulació de les diferents tècniques de reproducció assistida, vull fer algunes consideracions:

En primer lloc, el nostre dret positiu i la jurisprudència tan sols preveuen «el principi biològic», quan, en molts casos, tant d'inseminació artificial com d'implantació d'òrgans i òvuls, el material genètic és d'una persona donant externa als progenitors. Ens qüestionem fins a quin punt, en aquests casos, el principi biològic ha de ser el principi que regeixi aquests tipus de filiació.

En segon lloc, l'altra qüestió sobre la filiació al nostre Codi és la terminologia, ja que encara hem de fer un esforç considerable d'unificar criteris. Així, doncs, trobem el terme «mare biològica», quan parlem de l'adopció, i sabem que existeix la paraula «progenitora», que és molt més adient al context. I, d'exemples com aquest, n'hi ha d'altres. Si bé ens trobem amb moltes resolucions judicials que no fan servir la terminologia adequada, considero que el nostre llibre segon ha de ser un exemple d'homogeneïtzació rigorós en l'ús correcte de la terminologia.

61 Llei 35/1988, de 22 de novembre, sobre tècniques de reproducció assistida. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 282 (24 de novembre de 1988).

62 Llei 14/2006, de 26 de maig, sobre tècniques de reproducció humana assistida. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 126 (27 de maig de 2006).

Intervenció de Dolors Viñas Mestre

Magistrada de la Secció 18a de l'Audiència Provincial de Barcelona

Aquesta intervenció versa sobre l'aplicació del llibre segon del Codi civil de Catalunya⁶³ als tribunals, des d'una vessant pràctica que evidencii els avantatges del Codi en algunes matèries, però que també n'evidencii determinats problemes que la seva aplicació ens planteja i en què es podria millorar.

Ja són onze anys d'aplicació del llibre segon. Abans aplicàvem el Codi de família.⁶⁴ El llibre segon n'és una continuïtat i s'hi van introduir notables millores; mirant enrere, teníem totes les lleis parcials que es van unificar en el Codi de família.

En aquestes Jornades s'ha parlat de diners, de pactes, de compensació, del dret a l'ús de l'habitatge, entre d'altres; és a dir, de mesures de contingut econòmic. La meua idea és exposar una qüestió que, tot i que *a priori* pot semblar secundària, tangencial o menor, en realitat és essencial per a la dinàmica, organització i vertebració de les famílies i, per tant, de la societat, i no pas perquè faci referència a les persones menors —ara, segons la nova terminologia a què ens hem d'acostumar i que hem d'assumir i fer pròpia, nens, nenes i adolescents (NNA).

Em centraré en un tema que cada vegada tractem amb més freqüència als tribunals: el de les discrepàncies o desacords en l'exercici de la potestat parental. El tema està ben regulat al Codi civil de Catalunya, però se'n podria millorar la sistemàtica i, en alguns preceptes, es podria facilitar la comprensió.

63 Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5686 (5 d'agost de 2010).

64 Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 2687 (23 de juliol de 1998).

Una de les qüestions més difícils de resoldre, i de gran impacte en els NNA, són els desacords o les discrepàncies en els canvis de residència dels NNA, allò que en terminologia anglosaxona s'anomena «*relocation disputes*», i que es podria traduir com «decisions sobre la reubicació» o «acords de reubicació». Les discrepàncies es plantegen quan un dels progenitors vol marxar a l'estranger amb el NNA i també quan vol canviar la residència en el territori nacional però a una distància que implica un canvi total de l'entorn. És una decisió que integra el contingut de la potestat parental i que correspon a ambdós progenitors, sempre que no hi hagi restricció o limitació, és a dir, privació o suspensió de la potestat.

Es plantegen discrepàncies sobre altres qüestions que afecten la vida del NNA, com ara la decisió del centre escolar on ha de començar la vida escolar o un canvi posterior, decisions sobre temes educatius en general o religiosos, decisions sobre tractaments psicològics i sobre temes o tractaments mèdics, entre d'altres. Els tribunals, en primera instància —en primer lloc— i en apel·lació —després—, decidim en moltes qüestions, i no només les importants o transcendents en la vida dels NNA; també qüestions del dia a dia, quotidianes o domèstiques. Això ens fa pensar que cal un replantejament de la regulació actual, tant substantiva com processal. La regulació del procés és competència exclusiva de l'Estat però el legislador català, en virtut de la regulació del dret propi, si cal, pot regular.

En la regulació processal es podrien introduir modificacions. Els tribunals ja no som només un tercer diriment que resol la discrepància atorgant la facultat de decidir a un o altre progenitor, en funció de criteris objectius que donen contingut a l'interès i benefici dels NNA. Ens estem convertint en un tercer progenitor que decideix sobre qüestions que formen part de la quotidianitat del NNA, i hem de prendre decisions sense criteris legals o amb criteris insuficients, perquè l'únic criteri legal que tenim és el de l'interès de l'infant.

Quan hem de resoldre una mesura de guarda, monoparental o compartida, l'article 233-11 del CCCAT estableix una relació d'indicadors o de criteris no jeràrquics que s'han d'aplicar en cada cas per objectivar l'interès del nen o la nena en concret. Els criteris ajuden a preveure la resposta judicial a la mesura de guarda i poden servir per facilitar els acords i també per reforçar la seguretat jurídica. Aquests criteris es van recollir al Codi civil de Catalunya i, de manera més o menys coincident, s'han recollit en altres legislacions, com

ara a la Compilació del dret civil d'Aragó⁶⁵ o a la legislació de Navarra (Fuero nuevo)⁶⁶ i, també, del País Basc.⁶⁷ Davant l'absència de regulació al Codi civil estatal,⁶⁸ el Tribunal Suprem també fa referència a criteris molt similars. Aquesta relació té el fonament en criteris apuntats per la doctrina científica en el camp de la psicologia. L'observació general número 14 del Comitè de Drets dels Nens de les Nacions Unides recomana (51)⁶⁹ que els Estats elaborin una llista de criteris no exhaustius ni jeràrquics com a elements que permetin elaborar la decisió que afecti els nens, una llista que reguli àmbits específics.

La llei no estableix criteris per resoldre les discrepàncies en l'exercici de la potestat parental en un tema tan rellevant per a la vida dels NNA com és un canvi de residència habitual.

Els tribunals han fet una labor de recerca i han establert criteris que són útils per resoldre aquestes controvèrsies.

En l'àmbit dels Estats Units hi ha els *Principles of the Law of Family dissolution* de l'*American Law Institut* (ALI),⁷⁰ que fan referència a tres supòsits per resoldre un trasllat sol·licitat pel progenitor o la progenitora que té la guarda: la compatibilitat del trasllat amb el contacte del nen amb el progenitor o la progenitora que no es trasllada, la raó vàlida del trasllat i la destinació raonable i la remissió a l'interès del nen quan estem en custòdia compartida.

A nivell europeu, d'una banda, el Comitè de Ministres del Consell d'Europa ha adoptat la Recomanació d'11 de febrer de 2015 per prevenir i resoldre les *relocation disputes* (els conflictes per trasllats de domicili dels progenitors, traducció pròpia)⁷¹. De l'altra banda, la Comissió del Dret Europeu de la Família (CEFL) també ha elaborat els principis de dret europeu de família relatius

65 Decret legislatiu 1/2011, de 22 de març, del Govern d'Aragó, pel qual s'aprova, amb el títol «Código del Derecho Foral de Aragón», el text refós de les lleis civils aragoneses. *Boletín Oficial del Estado*. núm. 67 (29 de març de 2011).

66 Llei Foral 21/2019, de 4 d'abril, de modificació i actualització de la Compilació del Dret Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 137 (8 de juny de 2019).

67 Llei 5/2015, de 25 de juny, de Dret Civil Basc. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 176 (24 de juliol de 2015).

68 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. *Gaceta de Madrid*, núm. 206 (25 de julio de 1889).

69 Comitè dels Drets del Nen, Observació general núm. 14 (2013) sobre el dret del nen que el seu interès superior sigui una consideració primordial (article 3, par. 1), 29 de maig de 2013.

70 Els Principles of the Law of Family Dissolution: Analysis and Recommendations («Principis de la llei de la dissolució familiar: Anàlisi i Recomanacions», traducció pròpia), 2002, es van adoptar el 16 de maig de 2000 a la reunió anual del American Law Institute (ALI) a Washington, DC.

71 Recomanació CM/Rec(2015)4 del Comitè de Ministres als Estats membres sobre la prevenció i resolució de litigis en matèria de relocation disputes (conflictes per trasllats de domicili dels progenitors, traducció pròpia) (Adoptada pel Comitè de Ministres l'11 de febrer de 2015 en la 1219a reunió dels delegats dels ministres).

a la responsabilitat parental i, en l'apartat que fa referència a la sol·licitud de trasllat, descriu com a factors que l'autoritat competent ha de considerar els següents: l'edat i l'opinió del nen, el dret a mantenir relacions personals amb els titulars de la responsabilitat parental, la capacitat i voluntat dels titulars de la responsabilitat parental per cooperar i la seva situació personal, la distància geogràfica, les facilitats d'accés i la lliure circulació de persones.

Aquestes recomanacions han estat recollides per les sentències del Tribunal Superior de Justícia de 16 d'octubre de 2014,⁷² 21 de desembre de 2015⁷³ i 14 de juliol de 2016,⁷⁴ entre altres.

El 2010, en una reunió de més de cinquanta jutges i altres experts d'Alemanya, Argentina, Austràlia, Brasil, Canadà, França, Egipte, Regne Unit, Espanya, Estats Units, Índia, Mèxic, Nova Zelanda i Pakistan, amb professionals de la Conferència de la Haia de Dret Internacional Privat i del Centre Internacional de Nens Desapareguts i Explotats celebrada a Washington DC en la Conferència internacional judicial sobre el trasllat de famílies en països fronterers, es va adoptar una declaració en què es recomana als Estats que s'adoptin criteris comuns per resoldre les *relocation disputes* (conflictes per trasllats de domicili dels progenitors, traducció pròpia) i es va elaborar també una llista no exhaustiva de criteris o circumstàncies que cal ponderar en la presa de decisió i que fan referència a la viabilitat del manteniment de la relació del nen amb l'altre progenitor, a l'opinió del nen considerant-ne la maduresa, a les propostes concretes de reubicació, als motius, als antecedents de violència, si és el cas, i a l'impacte de la decisió en el context familiar.

La relació de criteris és important per evitar decisions que siguin arbitràries o en què es limiti el dret a la llibertat de circulació del progenitor que demana el canvi si se l'obliga a quedar-se; és a dir, a mantenir la residència habitual del nen o la nena perquè n'és el progenitor o la progenitora que en té la custòdia i així garantir la relació del nen o la nena amb l'altre progenitor.

El legislador català hauria d'entomar aquesta tasca i establir una relació de criteris, igual que es va fer amb els criteris per decidir sobre la modalitat de guarda. Pel que fa a la legislació catalana, la regulació del Codi civil de Catalunya és confosa en aquest punt. Segons l'article 236-11.6,

72 Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, de 16 d'octubre de 2014 (ROJ: STSJ CAT 10732/2014).

73 Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, de 21 de desembre de 2015 (ROJ: STSJ CAT 12437/2015).

74 Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, de 14 de juliol de 2016 (ROJ: STSJ CAT 6061/2016).

El progenitor que exerceix la potestat parental, llevat que l'autoritat judicial disposi una altra cosa, necessita el consentiment exprés o tàcit de l'altre per decidir el tipus d'ensenyament dels fills, per variar-ne el domicili si això els aparta de llur entorn habitual i per fer actes d'administració extraordinària de llurs béns. S'entén que el consentiment s'ha conferit tàcitament si ha vençut el termini de trenta dies des de la notificació, degudament acreditada, que s'hagi fet per obtenir-lo i el progenitor que no exerceix la potestat no ha plantejat el desacord segons el que estableix l'article 236-1.

Sorpren el fet que hagi de ser el progenitor o la progenitora que no fa la proposta qui hagi de plantejar el desacord o la controvèrsia per invalidar el consentiment tàcit. No sembla una solució lògica o raonable. Fora més raonable que qui ha decidit el canvi de residència del NNA sigui qui plantegi la controvèrsia o discrepància davant els tribunals. Tanmateix, si el llegim atentament, veiem que l'article parla del progenitor que exerceix la potestat parental. Vol dir que, quan l'autoritat judicial atorga l'ús exclusiu de la potestat parental en aplicació de l'article 236-10 o en funció del punt quart del mateix article 236-11, l'atribució exclusiva de la potestat parental no inclou la facultat de decidir el lloc on viu el NNA? Que no inclou la facultat de decidir l'escola? Que no inclou la facultat de fer aquests actes d'administració? Si els advocats o les advocades no se n'adonen i l'autoritat judicial atribueix en exclusiva la potestat parental sense determinar de manera clara quines són les facultats de què es priva o se suspèn el progenitor o la progenitora, com que la redacció de l'article 236-11 no és clara, ens movem en un terreny incert.

L'article 236-13 del CCCAT limita a dos anys l'atribució de la facultat de decidir a un dels progenitors quan els desacords són reiterats o es produeix una causa que dificulti greument l'exercici conjunt de la potestat parental. El Codi parla de desacords ocasionals i de desacords reiterats, sense fixar termini en els casos de discrepàncies ocasionals. S'entén que el termini s'ha de posar quan la decisió implica una projecció de futur en el temps. Tanmateix, de vegades, el termini de dos anys no coincideix amb aquesta projecció. No té gaire sentit, si s'ha d'atorgar la facultat de decidir un canvi de residència, fixar un termini concret i, en el cas de la decisió sobre el tipus d'escola, seria més raonable fer coincidir el termini amb els cicles d'educació. Tampoc no té sentit fixar un límit quan el que s'autoritza és un tractament mèdic de durada mitjana o llarga o un tractament psicològic o terapèutic.

Des de la vessant del procediment, pot ser adient que ens plantegem si realment està justificada una segona instància en totes les controvèrsies o discrepàncies, sobretot en temes que no són rellevants i que s'esgoten en

una actuació immediata. Quan es resol el recurs d'apel·lació, la decisió ja s'ha executat o complert i tanta inversió de recursos públics no sembla justificada. Hi ha qüestions sobre les quals els progenitors discrepen però que no provoquen canvis importants, en què una segona instància no sembla justificada. Els tribunals estem decidint o —millor dit— atribuïm al pare, la mare, a un progenitor o a l'altre, la facultat de decidir sobre vacunes COVID, tractaments psicològics, comunions, bateigs... És una realitat que tenim damunt la taula i no sembla que la regulació, ni substantiva ni processal, sigui gaire adequada. Caldria aplicar altres alternatives o formes de resoldre aquests conflictes, sense mantenir la segona instància en tots els casos. Cal, en definitiva, una racionalització de solucions i de recursos.

Taula rodona: «El dret de successions»

Paloma de Barrón Arniches

**Professora de Dret Civil a la Universitat de Lleida i
vocal de la Secció d'Harmonització de la Comissió de
Codificació de Catalunya**

Des de la perspectiva de jurista nascuda a Bilbao, encara que establerta a Lleida des de fa anys, vull destacar que el llibre quart⁷⁵ i, abans, el Codi de successions⁷⁶ i, abans i sempre, el dret successori català, senzillament no té parangó.

Com a membre de la Secció d'Harmonització de la Comissió de Codificació de Catalunya, vull iniciar la meua breu intervenció amb una referència a l'Avantprojecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya,⁷⁷ pel que fa a les reformes que es proposen en el text legal i pel que fa a les reformes que no hem arribat a proposar en matèria de successions. No les esmentaré totes, sinó que em centraré especialment en la regulació de la llegítima.

Recordo que a la Secció vam tenir moltes converses i discussions —a més a més presencials, ja que era l'any 2019, abans de la pandèmia— i vam parlar molt sobre el grau o nivell d'erosió de la institució de la llegítima. Perquè el que sí que teníem clar tots era que no havia arribat el moment, encara, de la desaparició total de la institució i, per això, les reformes que l'Avantprojecte

75 Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5175 (17 de juliol de 2018).

76 Llei 40/1991, de 30 de desembre, Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 1544 (21 de gener de 1992).

77 En aquests moments ja és un Projecte de llei aprovat pel Govern de Catalunya en la sessió de 29 de novembre de 2022. Es pot consultar a <https://www.parlament.cat/document/bopc/315759704.pdf#page=18>

de llei conté tenen com a finalitat el debilitament progressiu de la figura de la llegítima, sense arribar a suprimir-la.

Vull destacar la reforma que fa referència a l'ajornament del pagament de la llegítima. A la Secció d'Harmonització vam intentar facilitar el pagament de la llegítima per part de la persona hereva quan es tracta del vidu o la vídua, progenitora dels legitimaris. Així, doncs, l'Avantprojecte de llei (article 451-11, apartat tercer), estableix que «es pot ajornar el pagament de la llegítima durant tota la vida de l'hereu o hereva, sempre que el dit pagament pugui afectar la satisfacció de les seves necessitats vitals».

En efecte, ens trobem en un moment —suposo que el notari López Burniol ho esmentarà quan intervingui— en què hi ha preocupació del futur causant, sobretot, pel benestar del seu cònjuge o parella, especialment si ja té una edat avançada. Els notaris de la Secció d'Harmonització ens van parlar de supòsits en què el vidu, per poder pagar el crèdit legitimari, havia de vendre l'habitatge propi; i és que, en molts casos, un gran percentatge del patrimoni de les famílies el representa l'habitatge habitual.

El precepte legal, per a la determinació d'aquesta afectació de les «necessitats vitals» del vidu, es remet als paràmetres de la normativa sobre la quarta vidual; és a dir, a la comparació entre el nivell de vida que tenia l'hereu abans de la mort de la seva parella i la situació en què queda després. Això significa que no estem parlant d'una situació de necessitat extrema, ni de la necessitat de provar que l'habitatge familiar es posa en perill per poder pagar la llegítima; només que és suficient que la situació econòmica de l'hereu sigui pitjor que la que tenia en vida de la seva parella, sense perjudici que es considerin altres factors com ara l'edat, la salut o els salaris, entre d'altres. Al meu parer, aquesta és una bona solució per a persones grans que reben una pensió petita i es queden, bàsicament, amb l'habitatge familiar.

Pel que fa a la llegítima dels progenitors, es conserva el dret de cadascun a la meitat de la llegítima, però s'exclou la possibilitat que el legitimari progenitor pugui incrementar la seva part o porció amb la que correspon a l'altre progenitor quan aquest no arriba a rebre-la per qualsevol motiu.

Pel que fa al pagament de la llegítima, es reconeix a l'hereva o hereu la facultat de satisfer-la juntament amb béns i amb diners i no tan sols, com la norma preveu actualment, determinant si la llegítima s'abona totalment amb béns de l'herència o totalment amb diners.

Destaco, també, dos aspectes més de gran rellevància pràctica. D'una banda, s'ha reduït el termini de prescripció de la pretensió per reclamar la llegítima i el seu suplement a quatre anys, i, de l'altra, s'ha establert la inversió de la càrrega de la prova en el cas de desheretament quan la causa sigui l'absència de relació familiar entre la persona causant i la legitimària. Actualment, correspon a aquesta última provar la inexistència de la causa, però les resolucions judicials dictades després que entrés en vigor aquesta causa legal per desheretar —que és única si ho comparem amb la resta d'ordenaments successoris de l'Estat espanyol— posen de manifest que a l'hereu li és molt difícil de demostrar l'absència de relació familiar exclusivament imputable a la persona legitimària. I això significa que, en molts casos, el desheretament es té per no fet i s'ordena el pagament de la llegítima al legitimari demandant. Al meu parer, una altra qüestió rellevant als processos judicials sobre aquesta causa de desheretament és l'exigència legislativa que la causa de la falta de relació familiar sigui «exclusivament» imputable al legitimari. La pràctica judicial ens mostra —i, sobre això, la magistrada Maria Eugènia Alegret i Burgués podrà expressar el parer quan intervingui— que gairebé en la totalitat dels supòsits no hi ha un únic responsable de la falta de tracte familiar, sinó que la separació afectiva entre causant i legitimari es va produint al llarg del temps per causa d'actituds imputables a ambdues parts.

Una altra qüestió que vull posar en relleu es refereix a un aspecte que no s'ha reformat en aquest projecte de llei d'actualització. Em refereixo als subjectes del pacte successori, especialment quan es tracta d'un pacte d'atribució particular. És cert que la decisió legislativa de l'any 2008, quan es va promulgar el llibre quart, de limitar l'abast dels pactes successoris a l'àmbit de la família, ha estat objecte de crítiques, com també és cert que en ocasions pot fer més difícil l'obtenció de la seva finalitat, però és un aspecte que desenvoluparà posteriorment l'autor Ramon Pratdesaba Ricart.

Per últim, i seguint amb el llibre quart del Codi civil de Catalunya, quedarà afectat, necessàriament, per la reforma de la capacitat que està a punt de culminar-se en el marc de la Secció de Persona i Família de la Comissió de Codificació de Catalunya.⁷⁸ El canvi de paradigma que la Convenció de Nova York comporta en matèria de capacitat i de respecte al dret de les perso-

78 S'ha efectuat la fase d'informació pública de l'Avantprojecte de llei de modificació del Codi civil de Catalunya en matèria de suports a l'exercici de la capacitat jurídica de les persones amb discapacitat, que abasta la reforma total del títol II del llibre segon del Codi civil.

nes amb discapacitat⁷⁹ exigeix replantejar-se la regulació vigent, per exemple, sobre la capacitat per fer testament, per ser marmessor o per atorgar un pacte successori. A la Secció d'Harmonització vam tractar la qüestió de la conveniència o no de mantenir la institució de la substitució exemplar, i ens hem posicionat a favor que es mantingui, a diferència del que van fer altres legisladors. En fi, hi ha feina per endavant per aconseguir una normativa coherent i moderna, que doni respostes a les situacions de la vida real.

I, dites aquestes paraules a tall d'introducció —ara sí—, vull presentar les persones que m'acompanyen: tres juristes d'enorme prestigi, tres referents en dret successori català que —n'estic convençuda— ens faran gaudir i aprendre amb les seves intervencions.

En primer lloc, ens acompanya la magistrada del Tribunal Superior de Justícia, Maria Eugènia Alegret i Burgués, vicepresidenta de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

La magistrada Alegret va ocupar uns anys el càrrec de presidenta del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya. De fet, va ser la primera dona presidenta d'un tribunal superior. Està especialitzada en dret civil i va col·laborar amb l'Observatori de Dret Privat de Catalunya. El 2010 va rebre el premi Justícia de Catalunya del Govern de la Generalitat.

Ha participat com a directora i ponent en nombrosos seminaris formatius per a jutges i magistrats, organitzats pel Consell General del Poder Judicial i pel Centre d'Estudis Jurídics. Ha publicat nombrosos articles i col·laboracions en obres col·lectives, sobretot als Annals de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. D'aquestes publicacions se'n podrien citar moltes, però jo en destaco l'obra titulada *La discriminación positiva*.⁸⁰

Juan José López Burniol és un notari de referència a Catalunya. Ha estat degà del Col·legi Notarial de Catalunya i membre de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat.

Se'n pot dir que és un home polifacètic; no tan sols un professional excel·lent en l'exercici de l'activitat com a notari, sinó, a més, com a acadèmic, vinculat com a professor associat de dret civil a la Universitat Autònoma de Barcelona i a la Universitat Pompeu Fabra; una persona vinculada a les institucions de la ciutat de Barcelona i president del Consell Social de la Univer-

79 Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat, feta a Nova York el 13 de desembre de 2006. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 96 (21 d'abril de 2008).

80 ALEGRET BURGÜÉS, Maria Eugènia. *La discriminación positiva*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2006 (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=275504>).

sitat de Barcelona. És, en l'actualitat, president de la Fundació Noguera, que treballa per difondre el patrimoni històric, documental i notarial català. És vicepresident de la Fundació la Caixa i encara té temps per col·laborar habitualment amb diversos mitjans de comunicació.

En tercer lloc, Ramon Pratdesaba, advocat en exercici amb molts anys d'experiència, especialitzat en dret de successions, fundador i soci director del despatx Espai Jurídic Advocats i, també, des que es va fundar el desembre de 2012 —en pocs dies se'n celebra el desè aniversari—, és el president de l'Associació Catalana d'Especialistes en Dret de Successions.

De fet, Ramon Pratdesaba ha treballat molt per al dret civil català. Va presidir durant sis anys la Secció de Dret Civil del Col·legi de l'Advocacia de Barcelona. Ha estat implicat sempre en activitats de formació per a juristes i ha tingut molta cura de la seva vessant acadèmica. En l'actualitat, està fent el doctorat a la Universitat de Barcelona amb la sabia direcció de la nostra companya, la Dra. Elena Lauroba Lacasa. El seu projecte de tesi consisteix en un estudi sobre la relació entre la llibertat de testar i les atribucions patrimonials *mortis causa* de caràcter legal, des de la perspectiva del dret europeu. I en destaco també la participació com a codirector i coautor d'un llibre de referència per als operadors jurídics: *El tratado de derecho de sucesiones vigente en España y Andorra*,⁸¹ que es un reflex de la gran coherència de tota la seva trajectòria professional com a especialista en dret de successions.

81 PRATDESABA RICART, Ramon. *El tratado de derecho de sucesiones vigente en España y Andorra*. Pamplona: Aranzadi, 2020.

Intervenció de Juan José López-Burniol

Notari jubilat

Introducció

Se'm fa gairebé estrany, si bé també satisfactori, intervenir en aquest acte parlant sobre el dret de successions, que m'ha estat tan proper al llarg de la vida professional com a notari, després de més de set anys de jubilació, quan la memòria comença a trontollar i ja no estàs al dia dels canvis legislatius avui tan freqüents i amb una aplicació cada cop més intensa de les normes del dret internacional privat, pel caràcter multinacional de moltes famílies.

És lògic que se celebri aquesta commemoració, perquè el dret civil català ha tingut en aquest país una rellevància especial per haver estat, primer, en temps difícils, testimoni d'identitat i, després, en una situació ja normalitzada, instrument d'autogovern.

Una vegada em va dir l'Ernest Lluch que als segles XVIII i XIX el tret diferencial fonamental de Catalunya era més el dret que la llengua. La raó era que la llengua es parlava naturalment a tot arreu —tothom la parlava— i, per tant, no es veia en perill; un perill que, per contra, sí amenaçava el dret després dels decrets de Nova Planta. El factor diferencial respecte de l'autoritat de l'Estat, va ser, durant molt de temps, el dret, que va patir, des del primer moment, una erosió progressiva. Aquesta situació, agreujada per la manca de fonts normatives pròpies, va anar amenaçant la subsistència del dret civil català, que es va haver de garantir amb l'esforç sostingut de generacions successives de juristes catalans. Aquests aconseguiren, dia rere dia, «salvar les lleis» com després també s'ha hagut de salvar «el nom de les coses».

A vegades em pregunto com ha estat possible que el dret català hagi subsistit, perquè s'ha de tenir en compte que les fonts normatives creadores pròpies

van desaparèixer l'any 1714 i, fins la Compilació del 1960⁸², no va haver-hi cap possibilitat de modificar aquella normativa, per adaptar-la a les necessitats d'una societat en procés de canvi continuat i profund. Què havia passat al món durant aquest llarg període? Quasi res! Hi havia hagut la il·lustració, la revolució liberal, la revolució industrial i la revolució democràtica.

Sorpren poderosament que, a un poble evolucionat com Catalunya, se li hagin pogut aplicar normes que responien a una situació social molt diferent, en una matèria tan radicalment important i transcendent com és l'ordenació de la família i l'ordenació de les successions. Però hi ha una explicació, i és que el moll de l'os del dret català és la llibertat civil i, per tant, els catalans han tingut sempre una gran capacitat d'adaptació de les normes velles i els costums tradicionals a la realitat característica de cada moment històric. Per exemple, el règim econòmic matrimonial català és el de separació de béns però la realitat —la intrahistòria— matisa molt aquesta afirmació. Així, en l'època d'or del pairalisme, el règim econòmic matrimonial era el dotal, i ara es pot dir que és el de comunitat «de fet»: un règim de comunitat voluntària, perquè les parelles compren les finques, començant per l'habitatge, per meitat i pro indivís, i tenen els comptes corrents al banc també a nom de tots dos. I ara es comença a veure que les parelles no compren el pis per meitat, sinó en la proporció per la que paguen, i així preconstitueixen la prova de la titularitat dominical respectiva per al cas d'un divorci futur i sempre possible. Aquests canvis no han vingut imposats per la llei, sinó que han estat impulsats voluntàriament per les parelles, que han volgut adaptar-se a la realitat quotidiana i a la nova mentalitat. Les mateixes normes servien abans i ara amb finalitats diferents. Així, i en els últims temps de la meua vida notarial, em vaig trobar un fet que em cridava l'atenció: quan les parelles compraven un pis —marit i muller o una parella de fet— ja no compraven per meitat, sinó que compraven un 70 i un 30 o un 60 i un 40%. Per quina raó? Perquè era la quantitat que cada un pagava de l'entrada i la proporció com després es distribuïen la hipoteca. Per tant, què feien? Estàvem preconstituïnt el que podia arribar a ser una possible liquidació de la societat conjugal. Perquè el matrimoni ja no es contrau amb la idea que és per a tota la vida, sinó amb la idea que «ves a saber què passarà...»

82 Llei 40/1960, de 21 de juliol, sobre Compilació del dret civil especial de Catalunya. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 175, (22 de juliol de 1960).

No, no fujo d'estudi. Dic això és perquè considero que afirmar que el dret català ha estat un sistema absolutament és un error greu. El dret català, com a ordre jurídic concret, va anar evolucionant al llarg dels anys, malgrat la cristal·lització normativa, gràcies al principi de llibertat civil que el vertebrava, a la fidelitat dels ciutadans i a la bona tècnica dels seus juristes.

Passem ara a la successió i contemplem-la des d'una perspectiva històrica, és a dir, des de la seva evolució. Començaré per l'evolució de la llegítima i la seva erosió.

1. Primera etapa: hereu únic i llegítima progressivament retallada

L'any 1363 Alfons II va introduir a Catalunya la llegítima romana, que és un terç o la meitat, segons siguin fins a quatre o més de quatre fills. Ara bé, només nou anys després, regnant Pere III, les Corts de Montblanc van establir que, a la ciutat de Barcelona, la llegítima fos, en tot cas, la quarta part de l'herència —és a dir, la que és coneguda com a llegítima visigòtica— i que, a més, no fos necessari que s'instituís hereu al legitimari, com exigia el dret romà, sinó que es podia deixar de qualsevol manera. Uns anys després, regnant el mateix Pere III, es disposà que la llegítima es pogués deixar de qualsevol manera que es volgués. L'any 1585, sent rei Felip II, a les Corts de Monsó es dicta la Constitució que zela la conservació de les cases principals en què s'estableix que l'hereu pot pagar la llegítima com vulgui, amb diners o amb un bé immoble.

La història de la llegítima és, per tant, la història d'una erosió, perquè el que es vol és deixar tot el patrimoni a una sola persona, que és l'hereu. Per què? No per beneficiar personalment l'hereu, sinó perquè el règim de separació de béns i el sistema successori català estaven destinats a protegir l'empresa familiar agrària, les cases principals i les cases pairals. Catalunya no és un país ric, és un país amb recursos limitats que ha estat extraordinàriament ben estructurat a través d'un sistema que mantenia indivises les explotacions agràries en mans dels hereus, de manera que als fadrins se'ls impulsava a anar-se'n a un lloc on poguessin guanyar-se la vida, a un poble a prop de la casa, a Barcelona o a Amèrica.

Per tant, aquesta primera etapa és la de l'hereu únic, dels patrimonis pairals i de l'empresa familiar agrària. Ara bé, aquesta realitat social, com s'articulava? Per entendre-ho, mirem abans com es funcionava a Castella. A Cas-

tella, que tenien el rei a prop i eren patrimonis més grans, ho van organitzar a través dels *mayorazgos*, que vinculaven les propietats familiars de manera que eren inembargables, inalienables, indivisibles, i es transmetien d'acord amb els principis de primogenitura i masculinitat. A Catalunya era diferent, el rei quedava més lluny i els patrimonis eren més petits, raó per la qual la mateixa finalitat s'aconseguia, d'una manera més modesta, per mitjà dels capítols matrimonials i de dues institucions més: en primer lloc, la substitució fideïcomissària —«et faig hereu a tu, però, si tu mors sense fills, el patrimoni passarà al teu germà», i així successivament— i, en segon lloc, la llegítima curta, en el termes que ja hem vist.

Qui atorgava capítols? Recordo que em va cridar l'atenció que, en un llibre de sociologia jurídica, l'autor recollia una conversa amb una senyora gran de Cervera, i li preguntava qui feia capítols. I la senyora li contestava «en fan els que tenen força», els que tenien patrimoni, perquè els altres no comptaven. Tanmateix, l'estadística de l'antiga Direcció General de Registres i Notariat mostren que era considerable la quantitat de capítols que s'atorgaven a Catalunya, sense comparació amb els que s'atorgaven als territoris de dret comú, un nombre molt més reduït. Aquesta era la situació a la Catalunya pairal. A l'altra Catalunya, fonamentalment urbana, s'atorgaven testaments i no capítols.

2. Segona etapa: hereus tots els fills i usdefruit el vidu o vídua

La quantitat de testaments atorgats va anar creixent a mesura que el nombre de propietaris augmentava. A vegades dic que una de les lleis més importants del segle XX, des d'un punt de vista jurídic i econòmic, és la Llei de propietat horitzontal,⁸³ ja que és la Llei que ha fet propietaris als espanyols, perquè, abans, el propietari d'una casa era el propietari de la casa ubicada, per exemple, al carrer de Provença 269. Ara, en canvi, aquesta mateixa casa pertany a tants propietaris com pisos independents hi hagi. La nova societat, un cop consumada la creació de la classe mitjana, bàsicament en l'etapa del desenvolupament que va començar després del Pla d'estabilització de 1959, instituïa hereus a tots els fills, normalment per parts iguals entre ells, i deixaven l'usde-

83 Llei 49/1960, de 21 de juliol, sobre propietat horitzontal. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 176 (23 de juliol de 1960).

fruit al vidu o la vídua, habitualment mentre guardés viudetat. Ja no hi havia hereu i es tractava els fills per igual.

3. Tercera etapa: hereu el marit o la muller i llegítima per als fills

En aquesta etapa, els testadors —no perquè ho diguessin els notaris o els advocats, gremis considerats molt conservadors, sinó perquè la gent s'adona de l'altre gran fenomen que afecta la vida jurídica del segle XX, que és la prolongació de la vida humana—, marit i muller, s'adonen que avui es viu molts anys, que un d'ells quedarà sol, que els estalvis estan invertits en pedres, que els fills moltes vegades seran fora, i que qui quedi de la parella haurà de vendre el segon habitatge en què s'han invertit els estalvis per poder sobreviure amb una certa dignitat. Perquè —insistim— els estalvis no són al banc, sinó que s'han invertit en una casa, en un segon habitatge. Qui sobrevisqui, si ho necessita, el podrà vendre.

I, afortunadament, a Catalunya la llegítima és molt curta, a diferència del que passa en dret comú; en el benentès que una llegítima curta s'adapta molt millor que una llegítima llarga a la mentalitat i a les necessitats del temps que vivim. A diferència del que passava abans, quan treballaven per a la casa, als fills no els devem res. Ara, els pares han donat en vida als fills possiblement més del que els havien de donar i, per tant, no els deuen res. És a dir, la llegítima ja no té el sentit que tenia a les cases pairals, quan la gent anava a treballar al camp familiar. I, evidentment, al produir-se la successió, tot el patrimoni se'l quedava l'hereu i, per tant, que els altres fills tinguessin la llegítima era lògic. Però ara no és així. La tendència és que el pare o la mare que sobrevisqui a l'altre pugui fer el que vulgui amb el patrimoni familiar i que, si en sobra res —llavors sí—, es deixi a tots els fills per parts iguals amb substitució vulgar o dret de representació a favor de la seva descendència.

S'ha de tenir en compte, a més, que estem parlant de molts petits patrimonis. Una vegada, per participar en una taula rodona sobre la fiscalitat de la successió, vaig repassar les últimes herències que s'havien atorgat al meu despatx. La veritat és que em vaig quedar una mica sorprès: en més d'un 70%, el cabal relict estava integrat tan sols per la meitat d'un pis a Barcelona (marit i muller compraven normalment per meitat), la meitat d'un apartament a un poble d'estiueig i poca cosa més, entre 10.000 i 50.000 euros. Molt diferent

dels patrimonis que encara vaig veure a Tudela, a començaments dels anys 70 del segle passat, en què encara es trobaven patrimonis petits en què els estalvis estaven invertits en accions.

Vistes aquestes tres etapes del fet successori a Catalunya, cal remarcar que, en matèria de successions, Catalunya va tenir una extraordinària sort amb la Compilació del dret civil de Catalunya de 1960, perquè està extraordinàriament ben feta, per un gran jurista. En realitat, la part de successions és obra d'una sola persona, Ramon-Maria Roca Sastre, qui ha passat a la història com a hipotecarista quan, de fet, era un civilista de primer nivell, i era, sobretot, com tots els grans juristes catalans de la seva època, un gran romanista. Agafà el vell dret successori català i el formulà amb bona tècnica jurídica. I, justament per aquesta raó, els autors del nou Codi civil de Catalunya han trobat —i no ho dic en demèrit seu— una base per treballar d'una extremada qualitat.

En aquests moments —la veritat sigui dita— jo no estic gaire al dia de les reformes que es proposen del Codi civil de Catalunya, però hi ha alguna cosa que sí que puc recordar del passat. Destacar que, quan es redactava el llibre de successions,⁸⁴ vaig defensar —i recordo en aquest sentit converses amb molta gent, entre d'altres, amb l'advocat Josep Joan Pintó Ruiz— que convindria recollir una institució del dret navarrès i del dret aragonès que jo havia practicat molt quan era notari de Tudela: el testament mancomunat. Per quina raó el defenso? Perquè, normalment, el 90% dels testaments que autoritzava a Tudela eren mancomunats: venien a testar marit i muller, instituint-se recíprocament hereus l'un de l'altre, i instituint després els fills per parts iguals entre ells després de la mort del pare o la mare que havia sobreviscut. Es dirà que el mateix resultat s'obté mitjançant dos testaments recíprocs; cert, però el testament mancomunat té un avantatge molt important respecte dels dos testaments recíprocs en cas de revocació per un dels cònjuges: en el testament mancomunat, el cònjuge que revocat ha de comunicar la revocació a l'altre cònjuge, mentre que en el cas de dos testaments recíprocs la revocació es pot mantenir oculta. Com a anècdota que m'ha quedat indeleble d'aquella època, destacaré la d'una parella de pagesos de La Mejana. Van venir a testar i, després d'haver-me dit que volien el testament tradicional de l'un per a l'altre i que, mort el darrer d'ells, l'herència fos per als fills per parts iguals, la

84 Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5175 (17 de juliol de 2018).

dona em va dir: «¿Pero, y si éste —referint-se al marit— se vuelve a casar?». I el marit va respondre: «Ganas me van a quedar».

No obstant, no vaig aconseguir convèncer ningú de la meva proposta. En concret, Josep Pintó em deia que haver d'avisar quan revoques un testament mancomunat limita la llibertat civil de les persones i que el mateix resultat es pot obtenir mitjançant uns capítols mutuels. Però jo em mantinc en el parer que el testament mancomunat és una fórmula més senzilla. Els heretaments, és a dir, els pactes successoris, són utilíssims, són una figura admirable, però una figura que, com els medicaments, pel fet de ser una mica tòxiques, s'han d'administrar amb gran cura. Opino que el testament mancomunat s'havia d'haver admès. Això, però, no deixa de ser una cosa menor.

Hi ha una altra qüestió que em preocupa: l'existència al Codi de successions⁸⁵ de l'article 411-9.4 que a mi, com a notari, em fa patir perquè —segons el meu parer—, en disposar que un sol dels hereus que hagi acceptat l'herència pot pagar els deutes de l'herència i les càrregues hereditàries, satisfer les llegendes i complir els llegats, infringeix la regla vigent fins ara. El meu punt de vista és que, per fer tots aquests passos, cal liquidar prèviament l'herència amb l'acord unànim de tots els hereus. I això no es resol dient, com fa el Codi, que s'ha de fer «sota la responsabilitat» de qui ho fa sense tenir en compte els altres hereus.

Considero que en aquesta matèria hi ha un principi que s'ha d'observar sempre i que, en castellà, és el següent: «Antes es pagar que heredar». De fet, com deia Puig Brutau, tan sols hi ha dos sistemes successoris: el llatí, en què la liquidació de l'herència la fan els hereus, és a dir, tots els hereus, i no un de sol; i l'anglosaxó, en què hi ha un marmessor testamentari que liquida l'herència, és a dir, paga els deutes i les càrregues hereditàries, satisfà les llegendes i compleix els llegats, abans d'entregar el romanent de l'herència al hereus. Tot, amb la finalitat d'evitar que s'imposi la pràctica que reflexa una altra frase feta: «Quien parte y reparte se queda la mejor parte».

També vull fer una referència a la llegítima. El 1984, en una ponència a les Jornades de Dret Català a Tossa, defensava que la llegítima havia perdut el sentit que tenia a les velles famílies pairals, però que, més que suprimir-la, se l'havia de deixar morir lentament, com correspon a una vella institució jurídica fortament arrelada des de feia temps. Entenia que s'havia d'anar ero-

85 Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5175 (17 de juliol de 2018).

sionant fins a morir de mort natural. Però recordo que, pocs dies després, un catedràtic de dret canònic, íntim amic meu des de feia molts anys, el professor Víctor Reina, em va dir «Esto que dices puede defenderse, pero, en caso de segundas nupcias, la legítima siempre puede servir de paliativo al maltrato frecuente de los hijos del primer matrimonio (...)». Del que resulta que, abans de prescindir d'una vella institució, cal pensar-s'ho moltes vegades.

De fet, els romans ja tenien una altra institució que també servia de fre a la postergació dels fills del primer matrimoni, anomenada «*autentica si qua mulier*», en virtut de la qual el segon cònjuge i el fill més afavorit del segon matrimoni no podien rebre més que el fill menys afavorit del primer. Recorro molt a aquesta institució per dir que els romans i nosaltres som iguals. És a dir, que la naturalesa humana és permanent al llarg de la història. Les madrastrès i els padrastres de Roma eren iguals que ara, o tenien la mateixa tendència que poden tenir ara. Per tant, ja que no tenim *l'autèntica si qua mulier*, tinguem, si més no, la llegítima.

També cal tenir en compte que, quan hi ha conflicte d'interessos entre l'hereu i els legitimaris, el dret català sempre dona la raó a l'hereu en contra dels legitimaris. Per exemple, la valoració dels béns hereditaris a efectes de càlcul de llegítima, quan s'ha de fer? Quan s'obre la successió o quan es reclama? Tenint en compte la variació dels preus, com que el pitjor per al legitimari és que es prenguin els valors al temps d'obrir-se la successió, es fa així, ja que els valors serien inferiors i sense actualitzar-los al temps en què es paga la llegítima. Acabo fent una breu referència en defensa de la substitució exemplar. Quan hi ha una persona amb discapacitat, es pot cometre l'error extraordinari d'entendre que aquella persona tan sols necessita ajuda, perquè té recursos per sortir-se'n. Però això no sempre és veritat. La història és pendular i, en aquests moments, podem tenir una tendència extraordinària a negar la realitat. En aquest terreny, em quedo amb una frase de Federico De Castro quan deia que aquestes persones mereixen una especial protecció.

Intervenció de Ramon Pratdesaba Ricart

Advocat, especialista en dret de successions

1. Introducció

Atesa la importància de la fita que commemorem, aquest acte és del tot necessari, perquè es tracta, ni més ni menys, que dels vint anys del començament del procés modern de codificació del dret civil de Catalunya.

Diré, per començar, que la meua opinió és coincident amb la de la magistrada Alegret i el notari López Burniol, que han qualificat el principi de llibertat civil, materialitzat a l'article 111-6 del Codi civil de Catalunya, com el tret més destacat, si no el definidor, del nostre dret privat. En aquest sentit, la meua exposició se centrarà en la institució dels pactes successoris, ja que és una de les manifestacions d'aquesta llibertat civil, potser una de les més significatives. Així, doncs, considero que l'actual regulació de la successió contractual al llibre quart del Codi civil de Catalunya és una ampliació significativa del joc de l'autonomia de la voluntat en el nostre ordenament.

2. El procés successori com a risc potencial

Segons el meu parer, cal enfocar el procés successori com el que és: una situació de risc potencial per a la família, el patrimoni i, específicament, l'empresa familiar. En definitiva, tot procés successori porta implícit un risc potencial.

Acceptada aquesta premissa, establerta la certesa de la mort —fet inevitable de què deriva tota successió— i identificats els elements de risc inherents al procés successori, postulem que, en qualsevol conflicte previsible, l'anticipació és la clau de l'èxit i que, en l'àmbit successori, anticipar-se vol dir planificar, és a dir, superar de manera paccionada aquest conflicte potencial.

Arribat el moment de planificar la successió, la millor sortida familiar passa perquè tots els afectats participin en el procés de manera activa; procés que

ha de culminar en la materialització d'un acord formal, irrevocable i vinculant, que tots els implicats arribin a poder signar.

En aquest context, valorem els pactes successoris com l'instrument de planificació més adequat.

3. Els pactes successoris com a eina de prevenció dels riscos del procés successori

En l'àmbit successori, l'instrument idoni per materialitzar aquest acord familiar sobre la successió futura de l'heretant, és l'atorgament d'un pacte successori, sia d'institució d'hereu o d'atribució particular.

En aquest punt, considero que és important que, per palesar-ne la funcionalitat, els operadors jurídics hem d'apropar els pactes a la gent com a eina vàlida per resoldre també petits assumptes. En faig esment perquè sembla que els pactes només estiguin destinats a la planificació de les successions dels grans patrimonis i de les grans famílies, i això no és ben bé cert. Ja que això pot constituir la finalitat determinant d'un pacte successori, poso com a exemple el de la tieta que té un pis i quatre nebots i decideix que deixarà el pis al nebot que la cuidi. Heus aquí un cas ben senzill i ben propi de la vida quotidiana.

4. La regulació dels pactes successoris al llibre quart del Codi civil de Catalunya

En paraules del legislador mateix (preàmbul), el règim dels pactes successoris és la innovació de més volada que el llibre quart del Codi civil respecte de l'anterior Codi de successions presenta.⁸⁶

La reforma dels heretaments —que el legislador català va ajornar en la promulgació del Codi de successions— era urgent, ja que la institució, tot i els elements potencialment funcionals que presentava, estava en risc de desaparició des de mitjans del segle XX, ja que havia deixat de servir al seu propòsit: la transmissió intergeneracional dels patrimonis en una sola mà amb fonament en el matrimoni de l'hereu. La manca d'adaptació del seu règim jurídic a la realitat social havia convertit l'heretament en una institució obsoleta. El le-

86 Llei 40/1991, de 30 de desembre, Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 1544 (21 de gener de 1992).

gislador del llibre quart del Codi civil va considerar —amb encert— que, si bé la institució continuava sent potencialment útil, la seva configuració legal l'havia abocat al desús. Per això, mitjançant el llibre quart el legislador ha dut a terme una reforma integral de la institució amb la idea que se'n recuperi el paper d'instrument eficaç de planificació successòria. El resultat d'aquest procés és la regulació de la successió contractual del llibre quart del Codi civil de Catalunya, normativa que alguns autors —jo en soc un— han considerat «una regulació de dalt a baix»,⁸⁷ ja que recull nombroses novetats provinents de la doctrina i el dret comparat amb la idea d'anar veient quina acollida rep per part dels operadors jurídics i també quina és la funcionalitat de la institució en la nova configuració.

La nova regulació recull les institucions tradicionals actualitzades, tot mantenint-ne el nom, sens perjudici de les importants reformes introduïdes en el seu contingut, a les quals confereix una ubicació sistemàtica clara, definitivament successòria. Alhora, però, també té molt en compte les tendències modernes del dret privat europeu i les opinions i els plantejaments majoritaris de la doctrina més reputada i dels operadors jurídics.

En aquest punt, val a dir que enguany se celebra el desè aniversari de l'aprovació del Reglament UE 650/12.⁸⁸ El legislador català va tenir molt en compte els treballs preparatoris del Reglament en el sentit que ambdues regulacions, com no podia ser d'altra manera, responen a principis coincidents i volen conferir solucions semblants. Així, el Reglament materialitza la voluntat del legislador europeu de promoure la regulació dels pactes successoris com a instrument de planificació de la successió i, de manera específica, com a instrument més idoni per a la transmissió intergeneracional del patrimoni familiar. En conseqüència, n'aborda la regulació a l'article 3.1.b), en què es defineix el pacte successori com tot acord, inclòs el que resulta de testaments recíprocs, mitjançant el qual es confereixin, modifiquin o revoquin, amb o sense contraprestació, drets relatius a la successió o a les successions futures d'una o més persones que en siguin part; i en promou l'acceptació a tots els Estats membres, tal i com s'especifica a l'article 49 del Reglament. Aquest re-

87 Al contrari del que es predicava del dret català històric, previ a la Compilació. MASPONS I ANGLASELL, Francesc. *El Dret Català*. Barcelona: Barcino, 1954, p. 49 i s.

88 Reglament (UE) núm. 650/2012 del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de juliol de 2012, relatiu a la competència, la llei aplicable, el reconeixement i l'execució de les resolucions, a l'acceptació i execució dels documents públics en matèria de successions *mortis causa* i en la creació d'un certificat successori europeu. Diari Oficial de la Unió Europea, núm. 201 (27 de juliol de 2012).

coneixement de la validesa dels acords successoris imposa als Estats subscriptors que actualment els prohibeixen que, si més no, en reconeixin els efectes.⁸⁹

Tornant a la regulació catalana, l'actual regulació dels pactes successoris al llibre quart del Codi civil, com a instrument idoni de planificació successòria, ha estat destacada per PINTENS, autor de prestigi, com a exemple per a la resta de poders legislatius. Textualment va dir: «Catalan law could serve as a source of inspiration».⁹⁰

En aquesta mateixa línia, tot seguint el fil exposat, considero que els pactes successoris, sobretot els d'atribució particular, són la solució idònia en la planificació de la successió de l'empresa familiar. En aquest assumpte, de tanta transcendència social i econòmica, el legislador català ha recollit, en la regulació dels pactes al llibre quart, les recomanacions que des de la dècada dels noranta han fet les institucions europees advertint de la necessitat que els estats conferissin als operadors jurídics instruments per facilitar la transmissió intergeneracional de les empreses i els negocis familiars, posant damunt la taula la necessitat de millorar la ràtio d'èxit en la supervivència d'aquesta tipologia d'empreses després de la seva transmissió intergeneracional.

El Parlament, la Comissió Europea i els operadors jurídics i econòmics que van participar en aquest llarg procés van concloure que la millor manera d'assolir aquest objectiu passa per facilitar a l'empresari les eines que li permetin transmetre l'empresa a la persona que consideri més idònia i que aquesta, al seu torn, tingui garantida la irrevocabilitat de l'atribució a favor seu. Els pactes successoris són aquest instrument.⁹¹

Per finalitzar aquest apartat de la meva exposició, als efectes d'aquesta jornada commemorativa, de l'actual regulació dels pactes successoris en el llibre quart, en destaco dues qüestions. Per una banda, la possibilitat de modalitzar-la, que permet als disposants imposar modes, càrregues i establir finalitats determinants com, per exemple, el manteniment i la continuïtat d'una empresa familiar. Es tracta d'una possibilitat rellevant ja que, si la finalitat determinant es fa constar al pacte, després es pot acudir al remei de la revo-

89 En aquest mateix sentit, vegeu els articles 25 i 35 del Reglament (UE) mateix, núm. 650/2012 del Parlament Europeu i del Consell.

90 PINTENS, Walter. «Chapter 1. Need and Opportunity of Convergence in Europe Succession Laws». A: ANDERSON, Miriam; ARROYO AMAYUELAS, Esther (Dirs.). *The law of succession: Testamentary Freedom*. Europa Law Publishing: 2011 (p. 3-23).

91 Sobre aquesta qüestió, vegeu, entre d'altres, la Recomanació de la Comissió Europea de 7 de desembre de 1994, la Comunicació de la Comissió Europea de 1998, publicada el 28 de març, i les conclusions del Fòrum Europeu sobre la transmissió d'empresa, celebrat a Lille el 3 i 4 de febrer del 1997.

cació si aquesta es frustra o s'incompleixen el mode o la càrrega. Per l'altra banda, pel que fa a la irrevocabilitat dels pactes, que n'és un dels trets definitoris, la regulació de les causes de l'article 431-14 del CCCAT matisa, de manera substancial, aquest tret que part de la doctrina considera un inconvenient, sobretot en considerar que, normalment, els pactes successoris es plantegen com a contractes reguladors de situacions de llarga durada. A tall de síntesi, podem dir el següent:

- Els pactes successòries són l'instrument de planificació successòria més adequat per afrontar amb èxit els riscos que el procés successori comporta per a la família, l'empresa i el patrimoni.

- Els pactes successoris són, també, i específicament, l'instrument de planificació de la successió de l'empresa familiar idoni, ja que faciliten a l'empresari les eines adequades per poder transmetre l'empresa a la persona que consideri més idònia i que, aquesta, al seu torn, tingui garantida la irrevocabilitat de l'atribució a favor seu.

- Si bé, amb caràcter general, per causa de la suposada manca de capacitat d'adaptació que implica en un context permanentment inestable, la irrevocabilitat dels pactes successoris pot ser un inconvenient pel que fa a la seva funcionalitat, no és menys cert que la regulació catalana confereix al jurista eines que permeten matisar significativament aquesta irrevocabilitat, amb l'únic límit que el seu abast no pot desvirtuar la naturalesa essencialment irrevocable dels pactes.

5. Breu referència al Projecte de llei del llibre quart del Codi civil de Catalunya

A efectes nostres, per començar a introduir alguns dels temes que em sembla que caldria revisar de l'actual regulació dels pactes successoris, em faré ressò de les opinions d'alguns autors —jo en soc un— que, malgrat que en reconeixen el caràcter innovador, també és cert que el text no s'ha atrevit a fer el pas cap a la major contractualització que el Projecte de llei del llibre quart de 2006 plantejava, tot deixant un marge de maniobra encara més ampli per a l'autonomia de la voluntat i contractualitzant la regulació dels pactes amb l'ús de la terminologia pròpia del dret contractual. En aquest sentit, per exemple, el Projecte incorporava als articles 431-6 i 431-9 les causes de resolució.

I és especialment significatiu l'article 431-8 en preveure la possibilitat de la resolució per incompliment.

Al Projecte de llei del llibre quart del Codi civil de Catalunya de 2006 no s'establia cap requisit de legitimació subjectiva (article 431-4) i s'eliminava la necessitat d'atorgar-la en escriptura de capítols matrimonials; així, la institució es desconnectava de la causa matrimonial, però es conservava el requisit *ad solemnitatem* de l'escriptura pública (article 431-5), i s'obria la porta a la possibilitat d'atorgar pactes de renúncia a futurs drets successoris amb una gran amplitud (articles 431-3 i 431-27).⁹²

En el tràmit parlamentari, el Projecte es va modificar substancialment per la gran quantitat d'esmenes presentades. En va resultar un text legislatiu certament disruptiu, però menys innovador i menys contractualista.

6. La funcionalitat dels pactes successoris

Si ens fixem en les notes estadístiques que proporciona el Consejo General del Notariado,⁹³ tot i que s'hi observa clarament que la successió testada predomina per sobre de la contractual, veiem també un clar increment dels contractes successoris. Així, els contractes successoris sense transmissió de béns han passat de 572 l'any 2011 a 20.317 l'any 2021, i els contractes successoris amb transmissió de béns han passat de 7.188 l'any 2011 a 20.317 l'any 2021. En aquest darrer grup destaca l'any 2020 amb 25.091 escriptures. Soc del parer que el fort increment dels anys 2020 i 2021 es pot deure, almenys en part, a la fiscalitat favorable d'aquestes transmissions successòries de present.

Dit això, i més enllà de les dades, és opinió consolidada que, a hores d'ara, els pactes successoris estan «de moda —sobretot entre les famílies acomodades— per raons fonamentalment fiscals».⁹⁴

Aquí em permeto suggerir que, per augmentar la funcionalitat dels pactes, és convenient que el legislador faci un seguiment estadístic continu d'aquesta qüestió i que, atesa la diversitat de legislacions, sigui possible tenir dades

92 Durant la tramitació parlamentària es va eliminar completament la secció cinquena del Capítol I, «pactes de renúncia». La raó fou deixar clar que el pacte d'institució d'hereu i el testament eren fonaments successoris equivalents i, a més, que no hi havia cap demanda ni necessitat social que aconsellés l'ampliació de l'abast dels pactes de renúncia.

93 <https://www.notariado.org/liferay/web/cien/estadisticas-al-completo>

94 Giménez Duart, Tomás. Discurs d'ingrés a l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya, 27 d'abril de 2021, p. 1-42.

exclusivament catalanes. En aquest mateix sentit, cal tenir en compte les opinions dels operadors jurídics per anar introduint les reformes que siguin majoritàriament es considerin «necessàries».

7. Algunes de les qüestions per revisar de l'actual regulació dels pactes successoris al llibre quart del Codi civil de Catalunya

A continuació, tenint en compte els catorze anys transcorreguts des de l'aprovació del llibre quart del Codi civil, poso damunt la taula dos assumptes que, a partir de l'experiència acumulada, podrien ser objecte de revisió: els subjectes atorgants dels pactes successoris i els pactes successoris cumulatiu.

7.1 Els subjectes dels pactes successoris

Es regulen a l'article 431-2 del CCCAT. La redacció actual del precepte⁹⁵ constitueix una via intermèdia entre les dues opcions possibles: per una banda, l'opció d'obertura total dels pactes successoris a qualsevol contractant, eliminant-ne la limitació històrica a l'àmbit estrictament familiar i, per altra banda, l'actual encotillament dels pactes a l'àmbit familiar, que exclou de l'atorgament les persones no incloses en el llistat d'atorgants de l'article 431-2 del CCCAT. Aquest criteri restrictiu no és el que proposava el Projecte de llei del llibre quart del Codi civil de Catalunya de 2006 que, fonamentant-se en el principi de llibertat civil previst a l'article 111-6 del CCCAT, admetia l'atorgament de pactes successoris entre persones sense parentiu, exigint únicament com a requisit de capacitat la majoria d'edat dels atorgants. El fonament de limitar la legitimació per a l'atorgament dels pactes successoris, segons resulta del preàmbul del llibre quart del Codi civil, rau en (...) en el major risc dels contractes successoris celebrats entre no-familiars, en especial el de captació de voluntat de l'atorgant, que habitualment és de difícil prova, i que podria comportar, en cas de concretar-se, conseqüències perjudicials, atesa l'essencial irrevocabilitat dels pactes successoris.

95 «Article 431-2. Atorgants. Hom pot atorgar pactes successoris només amb les persones següents: a) El cònjuge o futur cònjuge. b) La persona amb qui conviu en unió estable de parella. c) Els parents en línia directa sense limitació de grau, o en línia 135 col·lateral dins del quart grau, en ambdós casos tant per consanguinitat com per afinitat. d) Els parents per consanguinitat en línia directa o en línia col·lateral, dins del segon grau, de l'altre cònjuge o convivent.»

La prudència que el legislador demostra a l'hora de restringir la legitima­ció per a l'atorgament dels pactes successoris ha estat criticada per diversos autors; és, en tot cas, una qüestió de política legislativa. Sobre aquesta qüestió, em permeto fer tres observacions de les quals derivaran les recomanacions corresponents: La primera, permetre l'atorgament de pactes successoris amb el cònjuge o convivent que ha deixat de ser-ho com a conseqüència de la crisi de parella.

En aquest sentit, la recomanació consisteix a afegir un segon apartat a l'article 431-2 del CCCAT, amb la redacció següent: «Sense perjudici del que estableix l'apartat 1, els excònjuges o exconvivents en parella estable podran atorgar pactes successoris com a complement o desenvolupament dels acords que reculli el seu conveni de divorci o acord de cessament de la convivència, sense que les atribucions que es facin en aquestes circumstàncies esdevinguin ineficaces (...)». La recomanació d'afegir a l'article 431-2 aquest nou apartat respon a la necessitat pràctica que, en ocasió de la crisi matrimonial o de parella, es puguin preveure, mitjançant un instrument jurídic formal unilateralment irrevocable, disposicions a favor de l'exparella o dels fills comuns que facilitin l'assoliment de convenis estables d'acord mutu, sense necessitat de buscar subterfugis que permetin obviar-lo. Així, a la pràctica, s'atorguen pactes successoris a l'empara de la lletra a) de l'article 431-2 del CCCAT, tot postergant fictíciament el sorgiment de la crisi de parella que n'impediria l'atorgament als exmembres, els quals no encaixarien en la literalitat del precepte. Signats els pactes d'aquesta manera, se sol deixar passar un temps prudencial per, tot seguit, presentar davant el jutjat de família la demanda de divorci d'acord mutu.

La segona recomanació va en la línia de permetre l'atorgament de pactes successoris amb el convivent o convivents en relació convivencial d'ajuda mútua. Així, se sotmet a la consideració del legislador afegir una lletra e) a l'apartat primer de l'article 431-2.1.e) del CCCAT, de la manera següent:

«e) La persona o les persones amb qui, per raó de mantenir-hi relacions d'amistat o companyonia, es trobi constituït en relació convivencial d'ajuda mútua, sempre que hagi transcorregut un període d'almenys dos anys de convivència ininterrompuda (...)».

Sobre aquesta qüestió, considero criticable, per paradoxal, que es puguin atorgar pactes successoris, per exemple, amb el pare del sogre, o bé amb una tieta política, o bé amb un cosí, i es pugui afavorir un tercer no parent dels

atorgants, i que, per contra, no es pugui atorgar una escriptura de pactes successoris, ni tan sols per afavorir-se recíprocament, entre dues persones que constitueixin una relació de convivència d'ajuda mútua, les quals poden portar un llarg període de convivència, en un mateix habitatge habitual, presentant-se ajuda mútua sense contraprestació i amb voluntat de permanència, compartint, bé les despeses comunes, bé el treball domèstic o bé ambdues coses alhora, si són normalment d'edat avançada (moment de la vida en què, precisament, les persones solen planificar la seva successió), solters, vidus o divorciats i, normalment, no tenen ascendents vius ni descendència.

Partint de l'evidència que les persones que constitueixen una relació convivencial d'ajuda mútua «no són família» (article 231-1.1 del CCCAT), no es pot obviar que hi mantenen, tanmateix, certes similituds, sobretot en un moment com l'actual, en què el concepte social de la família ha vist ampliat el seu espectre. Aquestes similituds han portat el legislador a assimilar en certa mesura les persones que constitueixen una relació convivencial d'ajuda mútua a les persones que mantenen vincles de parentiu, tot reconeixent-los, per exemple, un dret d'ús temporal de l'habitatge habitual i el dret a una pensió periòdica, també temporal, en cas de defunció, en determinats casos. Una protecció, aquesta, aquesta típicament familiar.

En la mateixa línia, la Llei 2/2014, de 27 de gener, de mesures fiscals, administratives, financeres i del sector públic,⁹⁶ no tracta l'adquirent o els adquirents com a estranys del convivent premort, sinó que els assimila a la resta de descendents del Grup II que defineix l'article 2 de la Llei 19/2010, de 7 de juny, de regulació de l'impost sobre successions i donacions,⁹⁷ a l'efecte de l'aplicació de les reduccions que estableixen les seccions primera del capítol I del títol I (reducció per circumstàncies personals-reducció per parentiu) i sisena del capítol I del títol I (reducció per l'adquisició de l'habitatge habitual del causant), i a l'efecte de l'aplicació del coeficient multiplicador per a la determinació de la quota tributària (article 36.1 de la Llei de regulació de l'impost sobre successions i donacions), la qual cosa comporta una disminució substancial de la quota que el convivent adquirent ha d'ingressar.

La tercera recomanació es refereix a la successió de l'empresa familiar. Tot i que el legislador manifesta al preàmbul del llibre quart del Codi civil de Catalunya que la redacció de l'article 431-2, que limita els atorgants a l'àmbit de

⁹⁶ *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 6551 (30 de gener de 2014).

⁹⁷ *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5648 (11 de juny de 2010).

la família, «(...) és prou oberta per emparar els pactes que a vegades s'estipulen en ocasió de la transmissió d'empreses familiars, en els quals poden arribar a intervenir diverses generacions de parents en línia recta i altres membres de la família extensa.», no és menys cert que la limitació dels atorgants a l'àmbit d'aquesta família extensa n'impossibilita l'atorgament amb la mateixa finalitat (la transmissió d'empreses familiars) a favor de subjectes de confiança del causant que, tanmateix, no encaixen en cap de les previsions de l'article 431-2 del CCCAT. És a dir, la redacció actual no permet la planificació de la successió de les empreses quan no hi ha relació de parentiu entre els socis transmissors, i així es deixa fora de l'àmbit de l'aplicació dels pactes moltíssimes empreses. En aquest sentit, es recomana incloure una excepció a la restricció dels atorgants, limitada al cas que el pacte s'atorgui amb la finalitat d'instrumentar la transmissió de l'empresa familiar o l'establiment professional. Val a dir que, segons el nostre parer, la limitació objectiva de l'excepció imposaria circumscriure-la a l'atorgament de pactes d'atribució particular.⁹⁸

Per tot el que s'ha dit, en coherència amb el preàmbul del llibre quart del Codi civil de Catalunya i amb la resta de l'articulat del capítol I del títol III, proposo que es doni cobertura legal a la possibilitat d'atorgar pactes d'atribució particular entre persones no vinculades per cap de les relacions familiars a què l'article 431-2 del CCCAT fa referència quan l'atorgament respongui a la finalitat de manteniment o continuïtat de l'empresa familiar o establiment professional i tingui per objecte una participació en la dita empresa o establiment.

Les tres qüestions acabades de plantejar en relació amb l'article 431-2 del CCCAT, que regula els subjectes atorgants dels pactes, obren la porta a dues possibles solucions: per una banda, a la de modificar l'article 431-2 del CCCAT introduint les tres excepcions apuntades com a «recomanacions» i, per l'altra banda – em sembla que aquesta, potser amb algun canvi, és la més eficient – la solució aragonesa prevista a l'article 408.1 de la regulació aragonesa⁹⁹ que per atorgar un pacte successori només exigeix la majoria d'edat dels atorgants, mentre que per atorgar testament (article 408.1) n'hi ha prou que l'atorgant sigui major de 14 anys i no estigui privat de capacitat natural. El legislador aragonès, en l'exposició de motius de la pròpia Llei, justifica la seva decisió de desvincular els pactes de qualsevol vincle de parentiu d'aquesta manera:

98 TARABAL BOSCH, Jaume. «Reflexions sobre el llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions: incerts, interrogants i propostes de reforma.» *InDret* (març 2015).

«a diferencia de otras legislaciones, el derecho aragonés, como se ha apuntado, no otorga un carácter familiar al pacto sucesorio en el sentido de que no exige la existencia de vínculos familiares entre los otorgantes, pudiendo ser parte del pacto sucesorio cualquier persona, salvo que evidentemente los mismos se otorguen en sede de capitulaciones matrimoniales».

7.2. Els pactes successoris cumulatius, regulats a l'article 431-19.2 del Codi civil de Catalunya⁹⁹

En la pràctica recent, la manera que tenen els operadors d'ordenar l'heretament cumulatiu, institució que ha adquirit un protagonisme inesperat pels seus avantatges fiscals, en general, ha consistit a convenir la institució d'hereu i transmetre de present l'empresa o el principal patrimoni productiu als fills, però no la resta del patrimoni del disponent, que aquest es reserva per a si mateix com també es reserva la facultat de disposar-ne per mitjà d'una altra disposició d'última voluntat. A tall d'exemple, la redacció habitual d'aquests heretaments sol ser la següent:

NN institueix hereus de present, o sigui amb el caràcter i efectes de l'heretament cumulatiu, els seus fills esmentats en totes les accions o participacions socials que s'integren en el grup empresarial XXX, i l'heretant es reserva la lliure disposició del metàl·lic, els fons d'inversió i els actius financers en general, a més de la resta dels béns mobles o immobles de la seva titularitat futura o actual.¹⁰⁰

És això un heretament cumulatiu? Perquè puguem parlar d'heretament cumulatiu, cal dir que l'hereu ha de ser cridat a una universalitat, mentre que el patrimoni empresarial no deixa de ser una res certa, per molt que se sustenti la teoria universalista de l'empresa i que constitueixi la part més important del patrimoni familiar. I més encara si resulta l'heretant es reserva la disposició de la resta dels seus béns, o sigui, del *universum ius*. No volem dir amb això que l'heretament atorgat d'aquesta manera esdevingui nul, ja que aquesta mena

99 «Article 431-19.2 Heretament simple i cumulatiu 1. L'heretament és simple si només atribueix a la persona instituïda la qualitat d'hereva de l'heretant i no perd aquest caràcter encara que l'heretant també faci donació de present de béns concrets a la persona instituïda. 2. L'heretament és cumulatiu si, a més de conferir la qualitat d'hereu de l'heretant, atribueix a la persona instituïda tots els béns presents de l'heretant i no perd aquest caràcter encara que l'heretant exclogui béns concrets de l'atribució de present. 3. L'heretament cumulatiu no es presumeix mai i s'ha de pactar de manera expressa.»

100 Vegeu, a tall d'exemple, com està redactat el pacte successori que dona peu a la consulta tributària ATC 286/2019, de 14 d'octubre de 2019, que després tractarem.

de redacció es pot entendre emparada en l'article 423-3 del CCCAT, que regula la figura de l'*heres ex re certa*¹⁰¹ i l'article 431-22.1 del CCCAT, que estableix la possibilitat de la reserva universal¹⁰², però sí que aquesta pràctica suposa una interpretació extensiva que desvirtua i excedeix els límits del tipus de l'article 431-19 del CCCAT.

D'acord amb l'article 431-19.2 del CCCAT, l'heretament cumulatiu no perd aquest caràcter encara que l'heretant exclougui béns concrets de l'atribució de present, però no especifica l'abast d'aquesta possibilitat de retenció, més enllà de la expressió «béns concrets». Si la pràctica que hem descrit, no s'ajusta a allò que disposa l'article 431-19 del CCCAT, la revisió previsible d'aquestes escriptures de pactes pot tenir importants conseqüències jurídiques i econòmiques, i la principal és l'aplicació, al negoci jurídic, de la fiscalitat de les donacions, que es el que es volia eludir. Respecte d'aquesta possible exclusió o reserva de béns concrets per part del disponent, se'ns plantegen les qüestions següents: quin percentatge o quantitat dels béns pot retenir el disponent sense desvirtuar el caràcter cumulatiu de l'heretament, de manera que l'impost que grava el lliurament de present sigui el de successions i no el de donacions?

I encara una segona qüestió: aquesta reserva de l'heretant per disposar *mortis causa* dels béns que ha exclòs de la transmissió de present, ha d'ésser expressa o cap dins de la reserva genèrica que hem vist que l'article 431-19.2 contempla? Entenc que aquesta reserva haurà d'ésser expressa, ja que cal tenir en compte que en l'heretament (tant simple com cumulatiu) l'hereu designat ho és ja «des d'ara» (article 431-18.1 del CCCAT) i té una expectativa irrevocable de succeir en tot el patrimoni de l'heretant (llevat d'allò que, ja de present, li hagi estat transmès). Així, doncs, tindrà dret a tot allò que no estigui expressament exclòs de la successió; per tant, sembla de tota lògica que la reserva per disposar *mortis causa* hagi d'ésser expressa, la qual cosa és coherent amb l'expressió emprada per l'article 431-19.2 del CCCAT que faculta el disponent per excloure béns concrets de l'atribució de present. Sobre aquesta qüestió, amb la intenció de conferir seguretat jurídica als qui optin per acudir als pactes cumulatiu, faré dues consideracions i dues propostes:

101 «Article.423-3: 1. L'hereu o els hereus instituïts solament en cosa certa, si concorren amb hereus instituïts sense aquesta assignació, en són simples legataris. 2. Si l'hereu únic o tots els hereus instituïts ho són en cosa certa, en són estimats prelegataris i, excloent la cosa o les coses certes, tenen el caràcter d'hereus universals per parts iguals, si són més d'un».

102 Article 431-22.1 «L'heretant es pot reservar, per a disposar-ne lliurement en donació, codicil, memòria testamentària o un altre pacte successori, els béns, les quantitats de diners o la part alíquota del seu patrimoni que estableixi en l'heretament».

Primera consideració: en la pràctica notarial, quan s'atorga una escriptura de donació (habitualment de béns immobles) el notari fa signar al donant una manifestació expressa en el sentit que la donació no deixa el donant en la situació de pobresa de la causa cinquena de l'article 531-15 del CCCAT¹⁰³ que permet la revocació de la donació per «la pobresa dels donants», entesa com la falta de mitjans econòmics dels donants per a la seva sustentació. Es tracta d'un concepte ampli, que s'ha anat determinant per la jurisprudència i que, com a requisit, s'estableix que aquesta causa de pobresa ha de ser provada. En aquest cas, els hereus del donant no poden exercir la revocació. Només la pot exercir el donant mateix.

Segona consideració: veiem com, en relació amb la quarta vidual (article 452-1 del CCCAT), aquest dret del cònjuge o convinent sorgeix de la seva situació econòmica, en el sentit que no tingui els recursos suficients per atendre les necessitats pròpies (article 452-1.1 del CCCAT) determinades en funció del nivell de vida que tenia durant el matrimoni o la convivència (article 452-1.2 del CCCAT).

La primera proposta és en relació amb la redacció de l'article 431-19.2 del CCCAT, pel que fa a la necessitat de determinar la rellevància, en termes tant qualitius com de valor, dels béns concrets que el disposant pot excloure de l'atribució de present de la universalitat de l'herència que tot pacte cumulatiu representa, sense que aquesta exclusió desvirtui la naturalesa cumulativa del pacte i conservant-ne, per tant, el tractament fiscal favorable. La nova redacció podria ser aquesta:

(...) 431-19.2. L'heretament és cumulatiu si, a més de conferir la qualitat d'hereu de l'heretant, atribueix a la persona instituïda tots els béns presents de l'heretant i no perd aquest caràcter, encara que l'heretant podrà excloure béns concrets de l'atribució universal de present per reservar-se els mitjans econòmics necessaris per a la seva sustentació, d'acord amb el nivell de vida que tenia abans de l'atorgament del pacte.

Pel que fa a la segona proposta, en el mateix sentit considero que l'apartat tercer de l'article 431-29 del CCCAT és sobrer, ja que la frase «Si en el pacte successori d'atribució particular hi ha transmissió de present de béns, l'acte es considera donació» constitueix un obstacle insalvable perquè sigui possible fer atribucions de béns de present, com l'empresa familiar, mitjançant un pacte

103 Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 4640 (24 de maig de 2006).

successori d'atribució particular, que ens sembla la via més adequada per a aquest objectiu important, en abocar la transmissió a la fiscalitat de les donacions i, per tant, a fer-la econòmicament inviable. Per això, la nostra proposta consisteix a eliminar l'apartat tercer de l'article 431-29 del CCCAT sencer o, en un plantejament més proactiu, substituir-lo per «En pacte successori d'atribució particular, hi pot haver transmissió de béns de present (...)».

Intervenció de Maria Eugènia Alegret Burgués

Magistrada de la Sala 1a del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya

És per a mi un honor participar en aquesta commemoració del vintè aniversari de l'entrada en vigor de la Primera llei del Codi civil de Catalunya,¹⁰⁴ després de la qual van entrar en vigor els altres llibres successius, en especial el llibre quart,¹⁰⁵ que és el que està dedicat a les successions.

La virtualitat d'una norma és comprovar com evita, d'alguna manera, els litigis i que finalment les controvèrsies acabin en els tribunals. De tots els llibres del Codi civil de Catalunya, el llibre segon,¹⁰⁶ relatiu a la persona i la família és el que dona més litigis —per raons òbvies: separacions, divorcis i tot el que això implica— mentre que el que ens ocupa, el de successions, no dona tanta feina. En primer lloc, perquè, evidentment, és més aviat de persones amb possibilitats econòmiques i, de rics, no n'hi ha tants; en segon lloc, perquè moltes vegades el que hi ha en joc no són qüestions jurídiques sinó de la prova dels fets.

Jo diria que, en tot cas, el llibre quart ha estat una bona llei. Tècnicament, no dona problemes o gaires problemes interpretatius, tot i que, evidentment, com que la imaginació dels advocats és gran, hem hagut d'interpretar.

He seleccionat algunes sentències que mostren la patologia d'algunes qüestions que es plantegen davant els tribunals i que, fonamentalment, són les formalitats dels testaments, les causes d'indignitat i de desheretament i les que es refereixen a la capacitat del testador. Avui dia, la prolongació de la vida fa

104 Llei 29/2002, de 30 de desembre. Primera llei del Codi civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 3798 (13 de gener de 2003).

105 Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5175 (17 de juliol de 2018).

106 Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5686 (5 d'agost de 2010).

que, en fer-se gran, la gent pugui tenir afectades les facultats i ser especialment vulnerable.

Això comporta que es produeixin canvis en els testaments a última hora i dona lloc a impugnacions dels actes d'última voluntat. Les llegendes també es qüestionen sovint, sobretot en temes de valoracions dels béns, però també per altres qüestions.

Començaré per esmentar algunes sentències:

La primera, la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 19/2021, de 16 de març,¹⁰⁷ fa referència a les formalitats del testament en el cas d'una persona amb problemes de visió. Sense arribar a ser cega, sí que tenia greus limitacions de la vista, de manera que, pràcticament, no podia llegir sense uns aparells molt especials i caràcter a caràcter. Havia atorgat testament notarial sense els dos testimonis que, fins a la reforma legal que es va dur a terme amb la Llei 6/2019¹⁰⁸, eren necessaris.

Aquí, és clar que vam fer una interpretació flexible de la necessitat d'aquests dos testimonis i vam dir que no eren necessaris perquè es tractava d'una persona plenament capacitada que no havia advertit la notaria del fet que no podia llegir i que, per tant, s'havia conformat amb la lectura que havia fet la fedatària. Podia signar per si mateixa i havia fet actes jurídics anteriors amb plena capacitat, sense que cap de les persones interessades els impugnés. En canvi, havia modificat el testament i els qui no havien estat afavorits l'impugnaven.

En aquest cas, no vam decidir, perquè no es plantejava en el recurs de casació, l'aplicació retroactiva de la Llei 6/2019 que jo defensava. El que sí que vam fer, però, és interpretar l'article 421-10.2 del CCCAT des de la perspectiva de la Llei 6/2019 mateixa i de la Convenció de Nova York¹⁰⁹, en el sentit que no calia la presència dels testimonis amb persones que estaven capacitades, veient fins i tot com havia anat el debat de la reforma de la Llei 6/2019, dient que ara el paradigma era el contrari.

Una altra de les qüestions s'havia plantejat a la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 17/2018, de 26 de febrer.¹¹⁰ Tenia a veure

107 Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, de 16 de març de 2021 (ROJ: STSJ CAT 5437/2021).

108 Llei 6/2019, de 23 d'octubre, de modificació del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions, per a garantir la igualtat de drets i la no-discriminació de les persones amb discapacitat sensorial. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 7990 (28 d'octubre de 2019).

109 Convenció sobre els drets de les persones amb discapacitat, feta a Nova York el 13 de desembre de 2006. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 96 (21 d'abril de 2008).

110 Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, de 26 de febrer de 2018 (ROJ: STSJ CAT 11947/2018).

amb la inhabilitat successòria de l'article 412-5. b) del CCCAT, que estableix que no poden ser hereus els facultatius, experts i intèrprets que participin en el testament. En el cas, es volia que l'advocat que havia cridat el notari i li havia manifestat quina era la voluntat del testador i va ser afavorit en el testament fos inhabilitat per allò que disposa l'article 412-5. b) del CCCAT. La Sala va decidir que la «intervenció» exigida per la norma no es pot entendre en l'accepció vulgar (prendre part, ficar-se en un afer), sinó en el sentit tècnic-jurídic genuí, de manera que fa referència a totes les persones que, per raons diverses, compleixen una funció determinada en l'atorgament de l'instrument notarial i, per tant, la seva intervenció es tradueix principalment en la firma per part seva del document notarial, juntament amb la resta d'intervinents. Vam convenir que l'expert no era que l'hereu fos més o menys expert en dret, sinó que havia de ser alguna de les persones que havien d'intervenir necessàriament en l'instrument notarial.

En matèria de capacitat del testador, la doctrina bàsica l'exposa la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 31/2014, de 8 de maig,¹¹¹ que reitera la doctrina de la Sala respecte del fet que la capacitat del testador es presumeix i que la competència és del notari per apreciar-la en el moment d'atorgar el testament i del fet que sigui necessària una prova concloent per desvirtuar la presumpció *ius tantum* de capacitat.

La Sala estima rellevant la declaració dels notaris autoritzants i dels metges que van atendre el testador per apreciar-ne la capacitat i indica que no pot assentar una doctrina que presumeixi la incapacitat de les persones en funció de la seva edat o de les seves minusvàlues físiques, pel fet de ser contrari als articles 199 i 200 del Codi civil¹¹² i als tractats internacionals ratificats per Espanya. La Sala subratlla, també, la necessitat d'actualitzar l'article 167 del Reglament Notarial¹¹³ perquè s'estableixin criteris en l'apreciació de la capacitat de l'atorgant. De tota manera, hi ha vegades que, malgrat el criteri del notari, s'acredita la manca de capacitat del testador.

Un supòsit molt habitual és el de la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 36/2019, del 20 de maig¹¹⁴, en què un dels fills era el que

111 Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, de 8 de maig de 2014 (ROJ: STSJ CAT 5529/2014).

112 Reial Decret de 24 de juliol de 1889 pel qual es publica el Codi civil. *Gaceta de Madrid*, núm. 206 (25 de juliol de 1889).

113 Decret de 2 de juny de 1944, pel qual s'aprova amb caràcter definitiu el Reglament de l'organització i règim del Notariat. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 189 (07 de juliol de 1944).

114 Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, de 20 de maig de 2019 (ROJ: STSJ CAT 4100/2019).

havia assistit la mare, n'era el responsable familiar més directe perquè residia a la mateixa localitat que la mare i els germans, que vivien en una altra població, li confiava la cura de la de la persona i els béns de la mare. Tanmateix, no n'era el cuidador permanent, una assalariada tenia cura de la mare. La Sala acorda la nul·litat del testament per falta de les facultats cognitives degudes de la testadora o, el que és el mateix, per no tenir la mare la capacitat natural suficient per prestar el consentiment, raó per la qual va poder actuar induïda per un tercer. Per això no vam apreciar una causa d'indignitat del fill demandat que havia portat la mare a canviar el testament, ja que les causes esmentades s'han d'acreditar per qui les al·lega. En el cas no va resultar provada, per la qual cosa el demandat va poder heretar segons el darrer testament vàlid de la causant.

Una altra sentència interessant va ser el cas de la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 32/2021, de 20 de maig,¹¹⁵ que tracta dels vicis del consentiment a l'hora de fer el testament. En aquest cas, el tribunal d'apel·lació afirma que per acreditar l'existència d'un vici en l'atorgament del testament s'ha d'examinar retrospectivament la conducta del testador i la del tercer segons els paràmetres següents: a) les circumstàncies subjectives del testador; b) l'examen del testament mateix, la seva complexitat, si implica grans canvis respecte d'altres que projectin una trajectòria similar de l'atorgant; c) el fet que les disposicions testamentàries apareguin irracionals, suggerides o dictades per tercers i d) la conducta observada abans i després de l'atorgament del testament per les parts implicades.

Partint d'això, per tenir per acreditat l'engany, la Sala d'apel·lació va tenir en compte els fets base següents:

a) La testadora era soltera i d'edat avançada —79 anys—, i patia una demència senil incipient, a més d'altres complicacions vasculars i emocionals que, encara que no la incapacitessin per atorgar actes jurídics, sí que la feien més vulnerable.

b) En l'època anterior a l'atorgament del testament, els seus únics familiars directes i en qui confiava, el seu nebot —avui actor— i la seva cunyada, mare del nebot, no la van poder atendre perquè aquesta última estava ingressada des del mes de juny de 2004 i el seu fill es dedicava a atendre-la.

c) Uns veïns del poble on vivia la testadora i on regentava un estanc, sense cap més relació afectiva amb ella que el mer veïnatge, s'hi van acostar, assu-

115 Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, de 20 de maig de 2021 (ROJ: STSJ CAT4697/2021).

mint el paper dels familiars absents en l'atenció de la seva persona i béns, i en un breu espai de temps van aconseguir l'atorgament d'un poder general mancomanat per disposar del seu patrimoni, fins i tot per al cas d'incapacitat, una delació de tutela voluntària i un testament.

El testament era paradoxal pel que fa a les disposicions, ja que l'hereu era el seu nebot, però el gruix dels seus béns es distribuïa en llegats, fins i tot algun a favor d'un familiar difunt des de feia tretze anys. Els béns més importants de l'herència (immobles i dipòsits en comptes corrents) passaven als veïns i es facultava els legataris a adquirir per si mateixos els béns llegats i, a més, es prohibia detreure la quarta falcídia a l'hereu.

Sobre la base d'aquests paràmetres es va apreciar l'engany, que implica el falsejament de la realitat (aparents atencions dels veïns) per induir la senyora a facilitar-los el seu patrimoni. Es va atendre a la vulnerabilitat de la testadora per deduir l'engany, malgrat que no estigues incapacitada i, finalment, es va anular el testament.

Un altre cas d'interès va ser el que vam resoldre a la sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 20/2021, de 16 de març,¹¹⁶ en què vam declarar la nul·litat d'un pacte successori perquè la causant no havia disposat d'assistència malgrat que es trobava incapacitada. La Convenció de Nova York sobre els drets de les persones amb discapacitat, si bé instaura un sistema que garanteix la plena capacitat jurídica de les persones amb discapacitat, també contempla que per al seu exercici comptin amb les salvaguardes degudes per tal que se'n respectin els drets, la voluntat i les preferències, evitant la influència indeguda i els conflictes d'interessos.

El testament és un acte personalíssim i essencialment revocable pel qual el causant disposa dels seus béns per a després que hagi mort. No s'impedeix que pugui traficar amb ells abans de la defunció si li convé per als interessos propis, ni tampoc que pugui canviar d'opinió i afavorir persones diferents.

Per contra, el pacte successori té caràcter irrevocable i vinculant i, en conseqüència, limita la capacitat del causant per modificar-lo posteriorment. L'ha d'atorgar una persona capaç o, en cas d'incapacitat, la persona causant ha de disposar d'alguna mesura de suport de què la causant, que estava sotmesa a curatela mitjançant sentència ferma anterior, no va disposar. Per tant, el pacte successori implica el concurs de dues o més voluntats, i, en concret pel que fa als pactes d'atribució particular, retalla la facultat del causant tant per

116 Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, de 16 de març de 2021 (ROJ:STSJCAT5121/2021).

disposar en vida dels béns objecte del pacte com per modificar lliurement la seva voluntat per a després de la seva mort, ja que per això necessita el consentiment de la part afavorida amb la successió contractual.

Cal pensar que, en el cas que vam analitzar, aquest va ser l'efecte buscat —la vinculació només beneficiava la successora a títol particular— quan, en comptes de fer un testament notarial obert amb l'assistència de dos facultatius, cosa que el Codi civil de Catalunya permet—, es va atorgar una successió per pacte successori. En qualsevol cas, no s'havia facilitat prou explicació sobre el motiu d'escollir el pacte successori davant d'un testament ordinari si, com es va adduir, la causant només volia que, quan ella morís, la filla afavorida heretés l'habitatge on vivia (de fet, el pacte incloïa, a més, altres immobles). Sembla clar, doncs, que amb el pacte, precisament, restringia l'autonomia de la voluntat de la causant impedint-li modificar la destinació dels béns que n'eren l'objecte.

Per raó de la transcendència jurídica i econòmica d'aquesta vinculació, amb efectes *inter vivos*, el legislador exigeix un plus de capacitat a l'atorgant causant de la successió contractual respecte de la capacitat natural que es requereix per atorgar testament. En aquell moment, en tot cas, no s'havia canviat la legislació. La causant no tenia la plena capacitat i no vam considerar que l'assistència de dos facultatius fos el suport adequat perquè es pogués mantenir el pacte.

Una altra de les qüestions que sovint es plantegen afecta als drets legitimaris. Ha estat una constant al nostre dret l'afebliment progressiu de la institució de la llegítima, ja que la Compilació del dret civil de Catalunya¹¹⁷ la va configurar com un dret gairebé real, que, amb la modificació de què va ser objecte la Llei 8/1990,¹¹⁸ va evolucionar a dret personal del legitimari contra l'hereu, en desaparèixer la menció legitimària, i es manté en aquesta mateixa forma al Codi de successions aprovat per la Llei 40/1991,¹¹⁹ en què també es va regular el desheretament. Amb la promulgació del llibre quart del Codi civil de Catalunya, continua conservant-se la institució —malgrat la polèmica doctrinal sorgida, ja que una part advocava perquè se suprimís— tot i que

117 Llei 40/1960, de 21 de juliol, sobre Compilació del dret civil especial de Catalunya. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 175, (22 de juliol de 1960).

118 Llei 8/1990, de 9 d'abril, de modificació de la regulació de la llegítima. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 1280 (de 18 d'abril de 1990).

119 Llei 40/1991, de 30 de desembre, Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 1544 (21 de gener de 1992).

amb variacions en la línia de restricció d'aquests drets iniciada amb la modificació de l'any 1990.

La Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 2/2018, de 8 de gener,¹²⁰ va tractar la causa de desheretament inclosa al llibre quart del Codi civil, que consisteix en l'absència manifesta i continuada de relació familiar entre el pare causant i els fills legitimaris no imputable exclusivament als legitimaris. En aquest cas, vam declarar injusta la causa de desheretament. Les sentències, tant de primera com de segona instància, van coincidir a afirmar que el desheretament de les filles del testador era injust, i la sentència d'apel·lació va subratllar, en particular, que la manca de relació familiar continuada entre les filles i el seu pare des del divorci dels progenitors l'any 1983, quan les filles tenien deu i sis anys, fins l'any 2010, no era imputable a les filles atesa la «posició preeminent del pare» en aquell llarg període, i que l'intent de retrobament que hi hagué a partir de l'any 2009, tant se val que fos a iniciativa del pare o d'elles, manifestat sobretot en contactes entre tots tres els anys 2011 a 2013, via Facebook, telèfon i, fins i tot, una visita presencial, no va quallar en una relació normalitzada degut als «molts anys de distanciament», sense que constés un refús explícit del restabliment de les relacions amb el pare per part de les filles ni una «profunda desavinença» entre ells, raons per les quals no escau fer-les responsables exclusives d'aquest fracàs.

Aquesta nova causa de desheretament parteix de la consideració que el model familiar actual posa més èmfasi en els vincles afectius que en el parentiu estricte, i pressuposa que el vincle de parentiu en els graus que donen lloc a la llegítima crea naturalment una relació familiar entesa com a relació de proximitat, la inexistència de la qual, sempre que sigui imputable al legitimari, és causa de privació de la llegítima. Tot i la manca de relació durant un temps llarg, la pertinaç i injustificada negativa d'un descendent al restabliment de la normalitat familiar, intentada pel progenitor amb actes d'indubtable significació, permet imputar la continuació de l'absència de relació familiar a qui fa impossible el retrobament.

També es va tractar aquesta causa de desheretament a la Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 49/2018, de 31 de maig,¹²¹ tot dient que, si la manca de relació familiar és llarga i ininterrompuda, cal analitzar la seva imputabilitat al legitimari, que ha de ser exclusiva, no concurrent.

120 123 Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, de 8 de gener de 2018 (ROJ: STSJ CAT 11/2018).

121 Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, de 31 de maig de 2018 (ROJ: STSJ CAT 5448/2018).

Atès que es tracta d'un testador que deshereta els fills, la manca continuada de relació li és imputable en exclusiva, ja que va abandonar el domicili familiar quan els fills eren nens o adolescents (tenien de nou a catorze anys) i mai no va fer cap intent per retrobar-s'hi.

Sembla que ara es planteja normativament invertir la càrrega de la prova, però s'ha de tenir en compte que, malgrat que fins ara la càrrega de la prova de la causa de desheretament corresponia a l'hereu, també es tenia en consideració el principi de la facilitat probatòria.

En tot cas, al meu parer, el problema és la paraula «exclusivament» imputable al legitimari perquè la manca de relació entre dues persones és molt difícil d'atribuir en exclusiva a una d'elles.

Taula rodona: «Els drets reals»

Elena Lauroba Lacasa¹²²

**Presidenta de la Secció d'Harmonització de la
Comissió de Codificació de Catalunya i catedràtica
de Dret Civil a la Universitat de Barcelona**

Aquesta taula se centra en el llibre cinquè, dels drets reals.¹²³ Es tractarà d'una reflexió coral, perquè hi participen diferents operadors jurídics que permeten una aproximació polièdrica: un notari, una registradora, un magistrat, una advocada de prestigi reconegut i, des de la meua condició de moderadora, una professora de dret civil.

Els presento succintament: el Dr. Angel Serrano de Nicolás, notari de Barcelona, doctor des del 2000, Acadèmic de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación des de 2014, amb una ingent producció científica de dimensió internacional; és una de les veus de referència en la matèria; a més, és membre de la Secció d'Harmonització de la Comissió de Codificació. La registradora Nativitat Mota, que també és membre de Secció d'Harmonització de la Comissió de Codificació des de 2018 i del Ple des de 2012 i forma part de la Comissió de recursos contra les qualificacions dels Registradors de la Propietat de Catalunya des de 2013. Antonio Recio, que és magistrat de l'Audiència provincial de Barcelona des de 2005 i la presideix des de 2016; a més, és acadèmic de nombre de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya des de 2022. Per últim, intervindrà Marta Legarreta, sens dubte una de les millors especialistes en propietat horitzontal del país; és, a més, una

122 *La present contribució forma part del Projecte PID2021-126857NB-I00 i del Grup de la Generalitat 2021 SGR 00347.

123 Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 4640 (24 de maig de 2006).

col·laboradora infatigable de la Secció de Dret Civil de l'ICAB, sempre —i ho vull destacar— amb bon humor incombustible.

Els tenim perfectament ubicats i abordaran diferents aspectes del llibre cinquè. Vull, però, abans de donar-los l'ús de la paraula, fer una petita introducció. El llibre cinquè és, al meu parer, el llibre que podríem qualificar de més discret del Codi civil de Catalunya, perquè els drets reals semblen, a primera vista, una matèria poc dinàmica, quan la realitat és ben diferent. Ho demostren, sense anar més lluny, les successives reformes. Situo la cronologia: el llibre cinquè s'aprova per la Llei 6/2006, de 10 de maig, la qual, com s'assenyala al preàmbul [I § 4], es concep «com un pas més en la construcció del nou sistema jurídic privat català». Efectivament, la Llei va reformar i re-fondre les lleis de dret de coses aleshores vigents —sis en total— i va donar unitat interna a la dita matèria. Com a novetat més vistent, el llibre cinquè va incorporar la regulació de la propietat horitzontal. Alguns juristes van estimar aleshores que aquesta matèria, per la seva naturalesa, encaixava amb dificultat en un codi civil. Però es va tenir clar que incloure-la era la millor manera de conscienciar els operadors jurídics de l'existència d'una normativa catalana —que havia estat, malgrat aspectes perfectibles en la praxis, minuciosament pensada.

Després, el llibre cinquè ha experimentat —vull insistir en aquesta dada— reformes importants. Em limito a esmentar la de la propietat horitzontal per la Llei 5/2015, de 13 de maig¹²⁴ que, amb altres novetats, va representar «una reforma profunda de l'organització de la comunitat», com destacava el II § 5 preàmbul, la incorporació de les propietats temporal i compartida per la Llei 19/2015, de 29 de juliol¹²⁵ o la Llei 5/2020, del 29 d'abril¹²⁶, de mesures fiscals, financeres, administratives i del sector públic i de creació de l'impost sobre les instal·lacions que incideixen en el medi ambient, la qual introdueix la possibilitat de la segona pignoració sobre els propis béns en favor de terceres persones creditores, i vull esmentar també el Decret llei 28/2021, de 21 de desembre,¹²⁷

124 Llei 5/2015, del 13 de maig, de modificació del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 6875 (20 de maig de 2015).

125 Llei 19/2015, del 29 de juliol, d'incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 6927 (4 d'agost de 2015).

126 Llei 5/2020, del 29 d'abril, de mesures fiscals, financeres, administratives i del sector públic i de creació de l'impost sobre les instal·lacions que incideixen en el medi ambient. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8124 (30 d'abril de 2020).

127 Decret llei 28/2021, de 21 de desembre, de modificació del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, per tal d'incorporar la regulació de les instal·lacions per a la millora de l'eficiència energètica o hídrica i dels sistemes d'energies renovables en els edificis sotmesos al règim de propietat horitzontal, i de modificació del Decret

que va modificar-lo per tal d'incorporar la regulació de les instal·lacions per a la millora de l'eficiència energètica o hídrica i dels sistemes d'energies renovables en els edificis sotmesos al règim de propietat horitzontal.

En el dia d'avui vull esmentar, com a darrera tasca ambiciosa de la Secció d'Harmonització de la Comissió de Codificació de Catalunya, el Projecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya;¹²⁸ incorpora, entre altres novetats, l'estatut jurídic dels animals o la penyora flotant. Ara estem treballant en una modernització del dret de cens, perquè som conscients que no es pot mantenir, al 2023, el caràcter perpetu com a indicador d'un dret real limitat. També hi ha altres matèries pendents d'estudi, com repensar les categories dels béns en el moment en què les dades s'han incorporat al mercat o reflexionar sobre la irrupció «fagocitadora» dels *commons*, sobre els drets d'adquisició o sobre la funció de garantia dels drets de propietat o d'usdefruit. Per tant, en aquesta matèria, queda molt per fer. I cal fer-ho amb un respecte curós pel llenguatge, per garantir la seguretat jurídica.

Un retret que ens fan els científics dels camps experimentals és que el dret no és una ciència perquè no hi ha conceptes monosèmics —de fet, en aquests moments em consta un debat explícit a Bèlgica sobre aquesta qüestió—; cal superar aquestes percepcions desenfocades i cal diferenciar o delimitar les argumentacions interpretatives de les construccions dogmàtiques, sense que això impedeixi flexibilitzar i rellegir els indicadors clàssics. En altres paraules, de manera que es pugui transformar la matèria sense estridències.

Habitualment, quan es presenten, els drets reals se situen com les relacions de les persones amb les coses. Això és cert, però vull fer una precisió, que es fonamenta en trenta anys intentant abastar-los. En puritat, em sembla que, prioritàriament, el dret de béns —el *droit de biens*, en els paràmetres francesos, que sona tan pedagògicament entenedor— se centra en la relació de les persones amb altres persones a propòsit de les coses o béns. Em va ajudar una afirmació anglesa que té un punt de *boutade*, però que és prou il·lustrativa: Robinson Crusoe no necessitava la construcció jurídica del dret de propietat. Els drets reals es desenvolupen i protegeixen en el si d'una comunitat, on es conjunquen facultats i deures/obligacions de les persones titulars i de les que

llei 10/2020, de 27 de març, pel qual s'estableixen noves mesures extraordinàries per fer front a l'impacte sanitari, econòmic i social de la COVID-19, en l'àmbit de les persones jurídiques de dret privat subjectes a les disposicions del dret civil català. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8569 (23 de desembre de 2021).

128 *Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya*, núm. 457 (19 de desembre de 2022), p. 18-43.

no són titulars, en què coexisteixen veïns i actuen conceptes com ara la bona fe, l'abús de dret o la funció social —i, recentment, l'anomenada funció ecològica. I el que resulta incontestable és que els drets reals constitueixen una matèria d'estudi sempre estimulant.

Intervenció de Nativitat-Mercè Mota i Papaseit

Registradora del Registre de la Propietat de Badalona núm. 1 i vocal del Ple de la Comissió de Codificació de Catalunya

Com a registradora de la propietat, m'interessa especialment l'accés a l'habitatge, i per això vull cenyir la meva intervenció en dos aspectes:

El primer, un comentari sobre uns drets reals d'adquisició preferent que ja estan regulats i que darrerament tenen molta rellevància. Em centraré aquí en les normes actuals del nostre Codi civil de Catalunya.

El segon —que deixaré per a la segona part que em pertoca— són dos comentaris sobre uns drets reals de *lege ferenda* que poden ser molt útils per enfocar les polítiques d'habitatge i les polítiques de medi ambient.

De la regulació sobre drets reals del nostre Codi civil em detindré en els drets de tanteig i retracte legal —drets d'adquisició preferent—, que configuren límits al dret real de propietat. El nostre Codi, en confluència amb les legislacions civils modernes, entén la propietat com un dret sobre la cosa que implica tant facultats com deures i que té dues vessants: la vessant interna, que atorga a qui n'és titular els drets a usar de forma plena dels béns, gaudir-los i disposar-ne, d'una manera expansiva; i el vessant social o extern, que limita o modula els drets del titular quan hi ha un interès públic o un interès privat que ho aconsellen.

Els límits del dret de propietat d'interès privat són els que resulten, per exemple, de les normes relatives a la propietat horitzontal, quan la propietat recau sobre un immoble que està subjecte a aquest règim especial de comunitat. Entre aquests límits, hi pot haver els drets de tanteig i retracte d'interès privat. Recordem que el dret de tanteig és el dret real d'adquirir a títol oneros un bé amb les mateixes condicions que s'han pactat amb un altre adquirent, i que el dret de retracte faculta qui n'és titular per subrogar-se en el lloc de l'ad-

quirent amb les mateixes condicions convingudes en un negoci jurídic onerós, una vegada ha tingut lloc la transmissió.

Els drets d'adquisició preferent d'interès privat poden tenir un caràcter convencional o legal. Els que tenen un origen convencional es regulen al Codi civil,¹²⁹ als articles 568-13 a 568-15. Els que el Codi civil atorga en benefici de persones particulars, però que tenen un origen legal, són els de confrontants (568-16), la torneria (568-23) —propi de la Vall d'Aran—, el dret de fatiga, regulat en matèria de censos emfitèutics (565-26), el de copropietaris —en la venda d'una participació indivisa— (552-4), el de la propietat compartida (556-10), el dels cohereus (463-6), el del nu propietari, quan es ven l'usdefruit (561-10), aplicable també als drets d'aprofitament parcial i el de l'arrendatari de finques rústiques (623-27).

Els límits del dret de propietat d'interès públic només poden tenir un origen legal, i m'hi detindré en relació amb quan recauen en habitatges. Segons el nostre Codi civil, són restriccions del dret de propietat d'interès públic, que operen com a límits ordinaris del dret de propietat, les que imposen els plans d'ordenació urbanística, la legislació d'habitatge i de cooperatives, l'agrària i la forestal, la de protecció del patrimoni cultural, la de protecció dels espais naturals i del medi ambient, la de protecció de les vies i de les infraestructures de comunicació, la de costes i la d'aigües, la de foment de les telecomunicacions i transport de l'energia, etc. Vol dir que el contingut de facultats del propietari està completament matisat i definit pel reguitzell de normes que posen l'interès públic per davant.

Ens trobem que una legislació que pot tenir caràcter més o menys administratiu conté vertaderes normes civils que imposen restriccions a la lliure transmissibilitat del dret de propietat en interès públic, i que són d'origen legal. Precisament, com que ho són, cal interpretar de manera restrictiva els supòsits en què se'n pot fer ús (afirmació de la Resolució de la Direcció General de Dret, d'Entitats Jurídiques i Mediació (RDGDEJ) de 22 de desembre de 2020)¹³⁰ i han d'estar expressament establerts per la llei, sense que es puguin desprendre de principis generals (afirmació de la RDGDEJ d'11 de juny de 2020).¹³¹

129 Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 4640 (24 de maig de 2006).

130 Resolució JUS/3403/2020, de 22 de desembre. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8308 (4 de gener de 2021).

131 Resolució JUS/1367/2020, d'11 de juny. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8158 (19 de juny de 2021).

Aquests límits s'inclouen en lleis especials i tots constitueixen els drets reals limitats d'adquisició preferent que s'atribueixen a determinades persones, per raó de l'interès públic. Es regulen per la llei especial que els imposa i, subsidiàriament, pel nostre Codi civil, ja que també regula els drets d'adquisició preferent, tant els convencionals com els legals. També són aplicables per analogia alguns preceptes del Codi civil per omplir les llacunes que les lleis especials tenen (article 111-4 del CCCAT), ja que el nostre Codi civil té el caràcter de dret comú a Catalunya, la qual cosa significa que s'aplica supletòriament a les altres lleis. Una de les normes que, per exemple, es podria aplicar a la regulació dels retractes legals és la de conversió del dret de tanteig en dret de retracte de l'article 568-15 del CCCAT.

A banda dels drets de tanteig i retracte que resulten de la Llei d'arrendaments urbans¹³² —i que aquí no tractaré—, l'ordenament jurídic català estableix diversos drets de tanteig i retracte que poden recaure en habitatges. En primer lloc, el dret de tanteig i retracte de l'Administració quan es ven un habitatge de protecció oficial, previstos als articles 87 a 91 de la Llei de l'habitatge.¹³³ Quan l'habitatge ha obtingut la qualificació d'habitatge de protecció oficial, la Llei imposa que el propietari no pot vendre l'habitatge de forma lliure, sinó que abans de la venda ha de notificar la transmissió a l'Administració de la Generalitat a fi que aquesta pugui, o no, exercir el seu possible dret de tanteig. Si l'Administració de la Generalitat exerceix el dret de tanteig, el propietari ha d'atorgar aquesta venda preferent a favor de l'Administració —l'Agència de l'Habitatge de Catalunya. Aquesta venda a l'Administració en exercici del dret de tanteig s'ha de fer pel preu taxat que l'habitatge de protecció oficial té.

Perquè l'Administració pugui exercir el dret de tanteig, el propietari li ha de notificar el propòsit de la venda, el nom del comprador i les condicions de preu. L'Administració té dos mesos per decidir si exerceix el dret de tanteig i pot exercir-lo en benefici propi, del municipi, de promotors públics o, també, a favor d'entitats sense ànim de lucre que tinguin per objecte l'allotjament de col·lectius vulnerables que necessiten una tutela especial, o a favor de persones físiques inscrites en el Registre de Sol·licitants d'Habitatge amb Protecció Oficial. Si no es notifica a l'Administració o si es ven a un tercer amb unes

132 Llei 29/1994, de 24 de novembre, d'arrendaments urbans. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 282 (25 de novembre de 1994).

133 Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5044 (9 de gener de 2008).

condicions que siguin diferents de les que es van notificar a l'Administració, aquesta pot exercir el dret de retracte sobre l'habitatge. La venda en exercici del retracte pot ser a favor d'alguna de les persones esmentades i es fa també per un preu taxat.

En la regulació d'aquest dret de tanteig se sospesen dos interessos jurídics: d'una banda, l'interès públic en adquirir habitatges destinats al parc d'habitatges per fer polítiques d'habitatge (a un preu taxat) i, de l'altra, l'interès del propietari d'un habitatge de protecció oficial de triar el comprador de l'habitatge. Davant aquesta valoració, sempre preval l'interès públic sobre el del particular, persona que no està perjudicada perquè, en qualsevol cas, només ha de percebre el preu taxat de l'habitatge.

En segon lloc, encara que l'habitatge no sigui de protecció oficial, els articles 173 i 174 del Decret legislatiu 1/2010, de 3 d'agost, que aprova el text refós de la Llei d'urbanisme ¹³⁴ (redactats segons la reforma feta pel Decret llei 17/2019, de 23 de desembre), estableixen el dret de tanteig a favor de la Generalitat sobre els habitatges arrendats, quan, d'acord amb la legislació sobre arrendaments urbans, es transmetin juntament amb la resta d'habitatges o locals que formin part del mateix immoble.

Els beneficiaris són persones similars a les ja esmentades, com ara ajuntaments, promotors socials o persones que compleixen les condicions d'accés per accedir al Registre de Sol·licitants d'Habitatges amb Protecció Oficial. El termini per exercir el tanteig és de dos mesos més quinze dies per a l'actuació inspectora; i, per al retracte, és de tres mesos des de la inscripció en el Registre de la Propietat.

En aquest dret de tanteig se sospesen dos interessos jurídics: el del venedor, que venent l'edifici sencer frustra el dret d'adquisició preferent dels arrendataris dels habitatges de què l'edifici està format, i el de l'Administració, a la qual se li obre la porta a adquirir habitatges. Davant el balanç d'interessos, la Llei posa l'interès de l'Administració per davant de l'interès més especulatiu de qui compra un edifici sencer de pisos llogats.

En tercer lloc, l'article 172 de la Llei d'urbanisme també regula un altre dret de tanteig i retracte sobre les finques situades en àrees especialment definides per l'Administració, per destinar les finques adquirides a sòl públic per fer polítiques d'habitatge o a habitatges de protecció oficial. És un dret de tanteig i retracte que s'ha de constituir per l'Administració especialment, té una

134 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5686 (5 d'agost de 2010).

durada màxima de dotze anys i es pot inscriure en el Registre de la Propietat, ja que la seva publicitat no emana directament de la Llei.

En darrer lloc, un tercer dret de tanteig i retracte que recau en els habitatges és el que l'article 1 del Decret llei 1/2015, de 24 de març¹³⁵ —que modifica la Llei de l'habitatge— imposa, relatiu a als habitatges que han estat objecte d'execució hipotecària. És a dir, el supòsit de fet es dona quan ja s'ha executat una hipoteca, la finca s'ha adjudicat després de la subhasta i el deutor ha perdut la propietat de l'habitatge. També s'aplica quan el deutor ha donat en pagament l'habitatge a l'entitat financera, en pagament o compensació del deute (sempre que les adjudicacions o dacions en pagament hagin estat posteriors a la Llei de l'habitatge de 2007). Només s'aplica en relació amb els habitatges que estiguin situats en àrees de demanda residencial forta i acreditada que estiguin delimitades en els plans locals d'habitatge, o en el pla territorial sectorial d'habitatge o, mentre aquestes no estiguin delimitades, a les localitats que l'annex al Pla per al dret de l'habitatge estableix.¹³⁶

Doncs bé, en protecció de l'interès públic i per augmentar el parc públic d'habitatges, el Decret llei estableix que la primera transmissió d'aquest habitatge, i també les posteriors, estan subjectes a un dret de tanteig a favor de l'Agència de l'Habitatge de Catalunya. Per fer-lo efectiu, quan la persona adjudicatària de l'habitatge, o el titular posterior, pren la decisió de transmetre'l, és obligatori notificar el propòsit de la transmissió a l'Administració. En aquest cas, el preu de compra no és taxat, sinó que ha de ser el preu mateix a què es vol vendre.

En relació amb aquest dret de retracte, és freqüent que l'adjudicatari de la finca, després de l'execució hipotecària, sigui la mateixa entitat financera o una immobiliària que hi estigui vinculada, la qual, al seu torn, sol cedir aquestes carteres d'immobles a fons d'inversions. Aquí es planteja si cal la notificació prèvia a l'Administració quan l'entitat adjudicatària cedeix la finca a un fons d'inversió, ja que el preu que s'estipula per a la cessió de grans carteres d'immobles és un preu global (i, si exerceix el retracte, l'Administració pot no saber el preu de venda de la finca en qüestió). Des del meu punt de vista, malgrat s'hagi pactat un preu global, el fet que no s'hagi fixat un preu indivi-

135 Decret llei 1/2015, de 24 de març, de mesures extraordinàries i urgents per a la mobilització dels habitatges provinents de processos d'execució hipotecària. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 6839 (26 de març de 2015).

136 Decret 75/2014, de 27 de maig, del Pla per al dret a l'habitatge. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 6633 (29 de maig de 2014).

dualitzat per a cada immoble no ha d'impedir el dret de tanteig. Encara que el preu sigui global, cada finca té un valor per separat, i aquest valor es pot prendre com a referència si l'Administració decideix exercir el dret de tanteig sobre l'habitatge. Si no s'entén així, fàcilment es pot eludir el dret de tanteig, i entenc que aquest ha de prevaldre, ja que compleix la funció social d'ampliar el parc públic d'habitatges.

En la RDGDEJ de 21 de novembre de 2017,¹³⁷ es va tractar d'aquest dret de tanteig i retracte i, com a dada interessant, es va dir *obiter dicta* que, per l'interès públic, aquest dret d'adquisició preferent també hi ha de ser en el cas d'aportació de la finca en ampliació de capital d'una societat. Per tant, també es pot defensar que l'aportació de finques a fons d'inversió —malgrat que aquests, formalment, no siguin societats— quedaria subjecta als mateixos drets d'adquisició preferent. En canvi, en el supòsit de reducció de capital d'una societat amb devolució al soci d'aportació no dinerària consistent en un habitatge, la RDGDEJ, de 22 de desembre de 2020, conclou que no hi ha dret de tanteig o de retracte a favor de l'Administració perquè aquesta no pot fer o donar allò a què l'adquirent s'ha obligat (amortitzar accions o participacions o reduir-ne el valor nominal).

Si sospesem, d'una banda, la decisió de transmetre un habitatge que ha estat adquirit després del drama d'una execució hipotecària —possiblement a un preu molt inferior al tipus de sortida de la subhasta— i, de l'altra, la possibilitat d'adquirir-lo per destinar-lo a polítiques públiques, sembla força clar que aquest segon interès públic ha de prevaldre enfront de l'interès amb finalitats especulatives.

Pel que fa a possibles fraus de llei, pensem que els drets de tanteig i retracte recauen, en principi, sobre la globalitat de la finca; és a dir, quan es produeix la transmissió onerosa del 100% del domini. Aleshores, què passa si només es ven una participació indivisa de la finca? Hi són també? Aquesta qüestió la va resoldre, per al cas del dret de tanteig i retracte a favor de l'Ajuntament de Barcelona que estableix el Pla general metropolità, la RDGDEJ de 12 de març de 2020.¹³⁸ En definitiva, va resoldre que els drets també hi són en cas de venda d'un 50% del domini de l'habitatge, ja que, en cas contrari, es podria

137 Resolució JUS/2800/2017, de 21 de novembre. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 7512 (7 de desembre de 2017).

138 Resolució JUS/743/2020, de 12 de març. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8090 (20 de març de 2020).

produir frau de llei, primer venent un 50% i, en un segon moment, venent l'altre 50% del mateix habitatge.

Els drets de tanteig i retracte de l'article 173 de la Llei d'urbanisme també existeixen en el cas que el venedor es vengui la totalitat de finques que té sobre l'edifici, encara que no siguin tots els habitatges o locals que l'edifici tingui (RDGDEJ d'11 de juny de 2020).

En referència a la càrrega real, la RDGDEJ de 4 de febrer de 2021¹³⁹ tracta dels drets de tanteig i retracte a favor de l'administració derivats d'un procediment d'execució hipotecària, en primeres i successives transmissions d'un habitatge, i fa la interpretació dels casos en què escau aplicar-los en les segones transmissions. El més interessant és que considera aquests drets d'adquisició preferent un gravamen del dret de propietat que afecta el poder de disposició del propietari de l'habitatge i que, com a limitació del dret de propietat, la interpretació s'ha de fer de manera restrictiva.

En relació amb el tancament registral, justament els drets de tanteig i retracte a favor de l'Administració varen ser objecte de la RDGDEJ de 29 de març de 2022.¹⁴⁰ Aquesta resolució va precisar que, tot i que la llei no imposi el tancament registral de manera expressa, si s'ha fet una transmissió i no s'ha acreditat davant el Registre de la Propietat que s'ha fet la comunicació a l'Administració, als efectes que aquesta pugui fer exercici del dret de tanteig, el registrador de la propietat pot suspendre la inscripció fins que se li acrediti que s'ha complert el requisit de la comunicació a l'Administració. La resolució és interessant perquè *obiter dicta* entén que s'ha d'aplicar la mateixa norma no només en els casos de drets de tanteig que afectin habitatges, sinó també als altres drets legals de tanteig, com el dret de tanteig que estableix la Llei de patrimoni cultural¹⁴¹, la Llei forestal¹⁴² o la Llei d'espais naturals¹⁴³.

I, de *lege ferenda*, la resolució també advoca perquè s'harmonitzi en el Codi civil de Catalunya tota la normativa sobre drets legals d'adquisició preferent,

139 Resolució JUS/293/2021, de 4 de febrer. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8341 (15 de febrer de 2021).

140 Resolució JUS/906/2022, de 29 de març. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8642 (6 d'abril de 2022).

141 Llei 9/1993, de 30 de setembre, del patrimoni cultural català. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 1807 (11 d'octubre de 1997).

142 Llei 6/1988, de 30 de març, forestal de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 978 (15 d'abril de 1988).

143 Llei 12/1985, de 13 de juny, d'espais naturals. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 556 (28 de juny de 1985).

ja que, com he dit, avui dia està repartida en diferents lleis especials. Sí que fora útil fer una regulació uniforme de tots aquests drets legals d'adquisició preferent, ja que, al cap i a la fi, delimiten la funció social del dret de propietat i són normes de caràcter civil, ja que regulen un dret real d'adquisició. Centraré aquesta segona part de la meva exposició en dues propostes de *lege ferenda*.

La primera proposta versa sobre la institució del cens, en la modernització de la qual la Comissió de Codificació de Catalunya ha estat treballant en el darrer any.

El cens és una institució de dret català que ha perviscut durant segles. Hi pot haver a qui li sembli anacrònic i, en certa manera, ho és, en relació amb els censos històrics que encara al segle XXI cuegen, molts d'ells constituïts durant el segle XIX. Però no em referiré a aquests censos, sinó als que es poden constituir a partir d'ara.

Perquè una de les propostes de la Comissió de Codificació de Catalunya és que el cens deixi de tenir un caràcter perpetu i passi a tenir sempre un caràcter temporal, com la resta de drets reals limitats (per exemple, el dret de superfície). Sabem que el cens emfitèutic és una càrrega que s'imposa sobre una finca i que confereix al seu titular el dret a percebre una pensió (una prestació periòdica anual). El cens grava la finca, de manera que, si no es paga la pensió, la reclamació es pot fer mitjançant el procediment d'execució hipotecària. Així ens ho diu l'article 565-9 del Codi. En concret, si no es paga, s'executa la finca a través del procediment per exigir el pagament de deutes de venciments fraccionats garantits amb hipoteca. Això ens remet a l'execució que regula l'article 154 de la Llei hipotecària¹⁴⁴ —que ara no comentaré—.

La idea interessant és que la finca respon directament del pagament de les pensions.

Per tant, si conjuguem les dues idees que he exposat, ens trobem amb una institució que permet cedir una finca, que pot ser un habitatge, a canvi del pagament d'una pensió que es pot perllongar fins a noranta-nou anys. I sabem que la garantia del pagament de la pensió és la finca mateixa, i disposem d'un procediment executiu expeditiu per fer-lo efectiu. Sembla, doncs, que pot ser una institució que faciliti enormement l'accés a la propietat, ja que es pot anar pagant fins a noranta-nou anys.

144 Decret de 8 de febrer de 1946 pel qual s'aprova la nova redacció oficial de la Llei hipotecària. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 58 (27 de febrer de 1946).

Els avantatges en relació amb la hipoteca són indubtables. D'una banda, no hi ha un desplaçament dinerari o préstec, per la qual cosa s'evita l'aplicació de la Llei de contractes de crèdit immobiliari¹⁴⁵ que, si bé és garantista, fa feixugues totes les operacions, exigeix un control previ de la solvència, de les condicions generals, de la inscripció de les entitats financeres en un registre especial, etc. En el cens es pot pactar només una quantitat en concepte «d'entrada», però, fora de l'entrada, només s'ha de pagar la pensió. D'altra banda, permet el pagament durant molts més anys que els que contractualment es contenen en el contracte de préstec o compte de crèdit (se solen pactar trenta, màxim quaranta anys). Això faria que l'import de les quotes a pagar sigui sensiblement molt inferior a les quotes d'hipoteca, per la qual cosa es facilita que puguin accedir a la propietat persones que, per mitjà del préstec, mai no hi podrien accedir. És cert que té analogies amb el dret real d'hipoteca, que es poden ordenar en quatre. En primer lloc, el cens es pot redimir abans del termini de noranta-nou anys, quan hagin transcorregut els primers vint anys, per un preu que s'ha fixat prèviament. La redempció del cens té analogies amb la cancel·lació anticipada del dret real d'hipoteca —i la idea és poder alliberar-se de la càrrega abans de finalitzar el termini pactat—, en el cas que el censatari tingui disponibilitat econòmica per fer-ho.

En segon lloc, igual que en la hipoteca, en el cens sorgeix un propietari des del minut zero, perquè el censatari és el veritable propietari. Per tant, és el responsable de les despeses de comunitat, del pagament dels impostos que recauen en la propietat, de les reparacions de la finca, etc. En ser propietari, pot vendre's la finca —que quedarà gravada amb el cens, això sí— i, fins i tot, pot constituir drets reals limitats sobre la propietat gravada. Si el censatari mor, l'hereu adquireix la finca amb la càrrega real, i no se'n pot desdir encara que s'aculli al benefici d'inventari.

En tercer lloc, igual que en la hipoteca, la finca respon directament del pagament de les pensions, i la llei preveu un procediment d'execució per fer efectiu el pagament de pensions degudes.

En darrer lloc, igual que en la hipoteca en què el propietari pot disposar del seu habitatge, el censatari també en pot disposar. El fet de promoure polítiques d'habitatge és completament compatible amb la disponibilitat del censatari del seu habitatge, ja que la regulació del dret de cens mateixa contempla

145 Llei 5/2019, de 15 de març, reguladora dels contractes de crèdit immobiliari. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 65 (16 de març de 2019).

la possibilitat de pactar el dret de fadiga a favor de la mateixa Administració que cedeix l'habitatge al censatari. És a dir, que si el censatari decideix vendre la finca, si s'ha pactat el dret de fadiga, l'Administració el podria exercir — com un dret d'adquisició preferent que és — i recuperar la finca censuada en el cas, per exemple, que el comprador no reuneixi els requisits per ser titular d'un habitatge de protecció oficial o d'un col·lectiu de necessitat.

Per això vull reivindicar la figura del cens emfitèutic com a institució que pot tenir una excel·lent aplicació per fomentar polítiques públiques d'habitatge. Les institucions públiques poden cedir habitatges a cens, a canvi de pensions molt modestes que es poden perllongar fins a noranta-nou anys.

La segona proposta té un abast més general perquè té a veure amb la redefinició del concepte de «propietat» en el nostre Codi. He començat, a la primera part d'aquesta ponència, parlant de la vessant interna del dret i de la vessant externa, que ve definida per la funció social de la propietat. Ens hem de preguntar també pel sentit del dret de propietat, no només en relació amb la resta de ciutadans (funció social), sinó també en relació amb la resta de l'entorn ambiental, en relació amb l'ecosistema en què s'insereix la propietat d'una persona sobre un bé. Estic pensant en l'anomenada «funció ecològica» de la propietat, que amb aquest nom s'ha recollit en algunes constitucions, com ens recorda la Dra. LAUROBA en el seu article al *Llibre Homenatge al Dr. Antoni Mirambell Abancó*.¹⁴⁶

Em sembla que el nostre Codi civil està en condicions d'incloure el concepte de funció ecològica i de començar a debatre en seu civil com la funció ecològica de la propietat ha d'anar definint, en un futur no gaire llunyà, noves funcions del propietari i noves institucions que serveixin per a aquest propòsit.

Considero que el Codi civil podria incloure les possibles normatives següents:

Una redefinició del concepte d'abús de dret, quan l'exercici del dret de propietat sobre el bé comporti un dany ecològic.

La possibilitat que determinades finques puguin constituir un patrimoni fiduciari per a la conservació del medi ambient, de manera que es pugui produir una comunitat d'interessos entre diferents propietaris per aconseguir finalitats de tipus ecològic. Es tractaria d'un patrimoni destinat a una finalitat

146 LAUROBA LACASA, Elena. «La salvaguarda del medi ambient al Codi civil de Catalunya: una aproximació a les institucions vigents i als debats futurs.» A: BADOSA COLL, Ferran (Dir.). *Estudis de dret català. Llibre homenatge a Antoni Mirambell i Abancó*. Moià: Atelier, 2022, p. 485 i s.

ecològica, com el patrimoni protegit de persones amb discapacitat. La idea hauria d'anar vinculada a beneficis de tipus fiscal.

Una redefinició dels tipus de béns, entre els que s'haurien d'incloure els béns col·lectius o béns en comú, que són, en definitiva, els béns que configuren el medi ambient de l'ecosistema on vivim: l'aigua, l'aire que respirem, el clima, etc. Com s'ha apuntat, tots ells estan presidits per no ser «de ningú» (neutralitat de la titularitat) i per pertànyer també a les generacions futures. En aquest marc conceptual també es podria pensar en les transaccions sobre els drets d'emissió i les atribucions de potencials drets d'emissió a les finques públiques o de particulars (per exemple, boscos) que podrien ser objecte de tràfic jurídic. En definitiva, el Codi civil, en matèria de drets reals, és ampli, està completament obert i, a més, té capacitat per anar absorbint les novetats de pensament i les exigències ecològiques d'avui dia.

Intervención de Ángel Serrano de Nicolás

Notari de Barcelona i vocal de la Secció d'Harmonització de la Comissió de Codificació de Catalunya

Empezaré destacando algunos aspectos del libro quinto,¹⁴⁷ de los derechos reales, en el Código civil de Cataluña.

Introducción

Por razón del formato y tiempo, de la intervención, me referiré, sucintamente, a las cuestiones que son más susceptibles de distinguirse y destacarse, y, desde luego, también a algunas que no me gustan tanto.

Ya que he escrito algunas cosas relacionadas con la materia,¹⁴⁸ me centraré en las que más he trabajado, y, sobre todo, resaltaré las que creo que son pilares de la regulación de los derechos reales en el Código civil catalán, que, sin duda, con sus particularidades, se enmarca, claramente, en lo que son los códigos continentales, o del *civil law*, frente al *common law*, aunque ya puede decirse que, el Código civil de Cataluña encuentra en este último alguna inspiración para la regulación de la propiedad temporal.¹⁴⁹

147 Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 4640 (24 de mayo de 2006).

148 Así, el más próximo a lo que aquí se pretende, SERRANO DE NICOLÁS, ÁNGEL. «Los derechos reales a los 130 años de vigencia del Código civil». En: AA.VV. Código civil: 130 aniversario. Las Rozas: La Ley, 2020, p. 161-168.

149 Al efecto, SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. «Capítulo i. La organización de un bien tenido por diversas personas». En: NASARRE AZNAR, Sergio (Dir.). Bienes en común. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, [29-167], p. 34-54.

1. Código nuevo, pero continuador de su tradición jurídica, modificándola en lo que exigen los nuevos tiempos

Por su reciente promulgación, el Código civil de Cataluña queda enmarcado en los códigos de nueva generación; como tales pueden considerarse el holandés [por fases (1947-1992), y entraron en vigor en bloque, en 1992, los libros 3, 5 (ya de 1955), 6 (1961) y 7];¹⁵⁰ el quebequés (1991, con entrada en vigor a 1 de enero de 1994)¹⁵¹ o el brasileño (2002);¹⁵² y, aunque no es, todavía, propiamente un nuevo código, pero sí su regulación del derecho de bienes, el belga, 2020.¹⁵³

Al igual que en estos códigos de nueva generación, el libro quinto del Código civil de Cataluña, denominado *Drets reals*, opta claramente (frente a un caracterizado sector de la doctrina que habla del derecho patrimonial, como si fuese un todo) por distinguir entre derechos reales y de crédito, como creo que no puede ser de otra manera, y más con las dificultades que, sin duda, en el Código civil de Cataluña plantearía una regulación integral del derecho de obligaciones (aunque, en su momento, deberán tratarse, fuera de lo que sea la base de las obligaciones,¹⁵⁴ en el libro sexto, y, por tanto, diferenciada de los derechos reales). En el *common law* no es así, pero ello no permite trasladarlo a nuestro sistema jurídico patrimonial (en el que, para comenzar, falta el instituto esencial de la equity), ya que no está, ni mucho menos, generalmente aceptado, ni siquiera por la doctrina más moderna,¹⁵⁵ que los derechos reales

150 Vegeu HAANPEL, P.P.C.; MACKAAY, Ejan (Trad.). *Nieuw Nederlands Burgerlijk Wetboek*. Deventer-Boston: Kluwer, 1990, y cuyo Libro V también tiene igual denominación, «Zakelijke Rechten» (accesible este Libro V en: <http://www.wetboek-online.nl/wet/BW5.html> - ú.c. 4.03.2023).

151 Vegeu BRISSON, Jean-Maurice; KASIRER, Nicholas (Eds.). *Code Civil du Québec*. 13 ed. Cowansville (Québec): Éditions Yvon Blais, 2005, cuyo Livre 4, se intitula *Des biens* (para su estado actual: <https://www.bibliothèque.assnat.qc.ca/guides/fr/25-le-code-civil-du-quebec-du-bas-canada-a-aujourd-hui> - ú.c. 4.03.2023).

152 Vegeu DA COSTA MACHADO, Antônio Cláudio (Org.); JUNY CHINELLATO, Silmara (Coord.). *Código civil interpretado artigo por artigo. Parágrafo por parágrafo*. 11ª ed. Barueri-sp: Manole, 2018, cuyo Livro III, se denomina «Do direito das coisas» (para sus sucesivas reformas: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406.htm - ú.c. 4.03.2023).

153 De Un nouveau Code civil ou plutôt un ancien Code Civil es el título de uno de los epígrafes de la aportación de LE-COCQ, Pascale. «La réforme du droit des biens: mise en perspective et axes majeurs». En: BERNARD, Nicolas; HAVET, Benoît (Dir.). *Le droit des biens revisité. Après la loi du 4 février 2020*. Limal: Anthemis, 2021, para referirse a la novedad que supone la modificación de su Livre 3 *Les biens*, por la loi du 4 février 2020 (accesible en: <https://justice.belgium.be/fr/bwcc> - ú.c. 4.03.2023).

154 Las delimita la Sentencia del Tribunal Constitucional 132/2019, de 13 noviembre. Recurso de inconstitucionalidad 2557-2017. *Boletín Oficial del Estado*, n.º 304 (19 de diciembre de 2019).

155 Valgan los ejemplos que ponía GALGANO, Francesco. *Diritto civile e commerciale*. Vol. I. 2ª ed. Padova: Cedam, 1993, p. 319-321, de posible similitud, que no identidad, incluso aunque puedan conseguirse asimilables

y los derechos de crédito u obligaciones fueran un *totum* en que no se pueden distinguir (o, en todo caso, sin especial relevancia, cuando es justo lo contrario).

La distinción —al margen de que ambos pueden agruparse en un superior derecho patrimonial, a fin y efecto de destacar sus semejanzas y diferencias— sigue siendo imprescindible, y útil, como resulta de los recientes reglamentos europeos, sea el de sucesiones,¹⁵⁶ el de regímenes económicos matrimoniales¹⁵⁷ y, cuasi idéntico al anterior, el de uniones registradas,¹⁵⁸ en los que todavía se dedica especial consideración a los derechos reales, lo que, por otra parte, resulta lógico y coherente, pues incide directamente en la organización económica de cada Estado, o de sus diferentes territorios (con autonomía legislativa) y también en la forma de transmisión de la riqueza.

Centrándome en la regulación positiva de los derechos reales desde la premisa que acabo de decir, esto es, desde su clara distinción del derecho de obligaciones, creo que, fundamentalmente, lo primero que hay que destacar es que, efectivamente, se trata de un libro acomodado a los tiempos actuales

efectos, así, entre una servidumbre negativa y una obligación negativa, aquella podría ser de no edificar e inscribible, lo que no podría lograrse con una obligación negativa, que sí podría ser de no concurrencia, y no parece admisible una servidumbre personal de no concurrencia. Ciertos es que otras notas como la absolutividad, o el deber negativo de terceros, destacado por DOMÍNGUEZ PLATAS, JESÚS. Obligación y derecho real de goce. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994, singularmente, p. 21-89, no son notas exclusivas de los derechos reales.

- 156 Reglamento (UE) 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo (Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 201, de 27 de julio de 2012); y, justo a esta materia, en el mismo, me he referido en SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. «Reglamento (UE) 650/2012: Aspectos transfronterizos, anticipatorios, de adaptación de los derechos reales y de régimen económico matrimonial». En: GINEBRA MOLINS, Esperança; TARABAL BOSCH, Jaume (Dirs.). El Reglamento (UE) 650/2012: Su impacto en las sucesiones transfronterizas. Madrid: Marcial Pons, 2016, [17-54], p. 40-50.
- 157 Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 183, de 8 de julio de 2016); y a su tratamiento de los derechos reales me he referido en SERRANO DE NICOLÁS, ÁNGEL. «Los reglamentos 2016/1103 y 2016/1104: materias excluidas y adaptación de los derechos reales». En: SERRANO DE NICOLÁS, Ángel (Coord.). Los Reglamentos EU 2016/1103 y 2016/1104, de regímenes económicos matrimoniales y efectos patrimoniales de las uniones registradas. Madrid: Marcial Pons, 2020, p. 73-102.
- 158 Reglamento (UE) 2016/1104 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de efectos patrimoniales de las uniones registradas (Diario Oficial de la Unión Europea, núm. 183, de 8 de julio de 2016); y para qué se debe entender por éstas, y, singularmente, si es aplicable a las regidas por el derecho catalán, me remito a SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. «Los matrimonios y las parejas de hecho sujetas al Derecho catalán y los Reglamentos Europeos 2016/1103 y 2016/1104». En: 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. 181-209 (ú.c.: 28.02.2023, en <https://dugi-doc.udg.edu/handle/10256/21029>).

—y es relevante que este libro exista, porque regular no es fácil, y menos lo es innovar, en esta materia, pues basta con ver la dificultad para reformar el *Code français*,¹⁵⁹ que sí ha renovado tanto las obligaciones como la familia o las sucesiones.

Sí se ha reformado recientemente, justo en esta materia, el código belga, pero tampoco logra grandes novedades, pues, sin duda, no parece que sea fácil, no ya crear nuevos derechos reales, sino simplemente cambiar algunos elementos estructurales, aunque difícilmente dejaría de ser el mismo derecho real, milenariamente reconocido. Como materias tratadas en la reforma belga están la copropiedad y, singularmente, la propiedad horizontal, sin cambios radicales. No creo necesaria, e incluso puedo considerarla impropia, su personificación, ni tampoco parece necesario crear órganos nuevos ni modificar la regulación de los existentes, por lo que, aparte de pequeños ajustes que se puedan hacer y que ya se hacen —quizás incluso con excesiva celeridad, basta con ver las veces que se ha reformado y vuelto a reformar—, no parece propio modificar algo que viene funcionando. Sí podrían regularse las vinculaciones *ob rem*¹⁶⁰ en la propiedad horizontal y fuera de ella —basta con contemplar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (RDGRN) de 28 octubre 2013—,¹⁶¹ con moderación en cuanto pueda suponer una amortización de la propiedad.

También, el Código civil belga reforma el usufructo, pero no parece que sea necesario reformarlo en el Código civil de Cataluña, en que claramente es un derecho real en cosa ajena, superada totalmente su concepción como *pars domini*, unido a que sí regula ya el usufructo con facultad de disposición y, además, los usufructos sobre fondos de inversión. Sin embargo, esto último no viene a solucionar nada que no se hubiese podido lograr con la libertad de pacto, al igual que sucede con posibles usufructos atípicos, pues dado nuestro sistema de *numerus apertus*, ya es la práctica y jurisprudencia la que los va acomodando a las cambiantes realidades socioeconómicas.

159 Basta ver los estudios, o Anteproyecto, que hizo la Asociación Henri Capitant, dirigidos por el profesor Hugues Périnet-Marquet, sin haber dado fruto (accesible en: <https://www.henricapitant.org/wp-content/uploads/2023/02/avant-projet-de-reforme-du-droit-des-biens-version-finale.pdf-ú.c.4.03.2023>).

160 Dentro de la propiedad horizontal me he referido en SERRANODE NICOLÁS, Ángel. «Aspectos jurídico-reales de los elementos comunes en la Ley de Propiedad Horizontal». En: Díez-Picazo, Luis (Coord.). Estudios jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel. Vol. II. Madrid: Cizur Menor, Aranzadi-Thomson, 2014, [3209-3244], p. 3334-3338, perfectamente trasladable al Código Civil de Cataluña.

161 163 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 280 (22 de noviembre de 2013).

Otro tanto sucede con la enfiteusis, en que, frente a los códigos más seguidores del *Code* francés, siempre se ha mantenido en la legislación catalana, aunque no se aplique en la práctica, incluso ahora que ya claramente es un derecho real en cosa ajena en el Código civil de Cataluña. Cosa distinta —pero difícilmente aplicable en nuestra realidad financiero-económica— sería haberla utilizado para evitar los miles de desahucios o lanzamientos en la devastadora crisis hipotecaria del 2007-2008.¹⁶²

Y, finalmente, en esta exigua comparación con la reforma belga, ya contempla el Código civil de Cataluña el derecho de superficie y su distinción con el derecho de vuelo, pues mientras aquél no tendrá ningún derecho sobre el suelo, justo este último sí lo tendrá al realizarse. Además, el legislador catalán, acertadamente, ya ha optado por unos artículos prescriptivos indicando qué posibles pactos —voluntarios, que no estructurales— pueden añadirse o estipularse *ab initio*, lo que resulta conveniente para un mejor manejo del operador dentro de la aplicación de la institución.

Creo que el libro quinto catalán, de derechos reales, cumple perfectamente su misión, pues, junto a contemplar —con regulación moderna— todos los derechos reales típicos o que están en el día a día de cualquier operador jurídico, nada impide irlos acomodando —siempre que se respete su estructura, de forma que siga permitiendo identificarlo como tal concreto derecho real— a las necesidades que vaya demandando la realidad socioeconómica e incluso sucesoria o de anticipación de la sucesión, a través de donaciones, con reserva del usufructo con más o menos facultades, sobre todo las dispositives; y a ello me refiero a continuación.

2. La novedosa ubicación de la donación, coherente con ser un modo de adquisición

Lo primero que quiero destacar es que, quizás para cualquier profano, e incluso para los no avezados en el uso del Código civil de Cataluña, la donación no se encuentra en el libro de obligaciones, sino en el de derechos reales.

¹⁶² Así lo proponía MARTÍNEZ SANCHIZ, José Ángel. «Una vía de salida para los activos inmobiliarios de los bancos». *El Notario del siglo XXI*, n.º 40, 2011 (accesible en: <https://www.elnotario.es/hemeroteca/revisita-40?id=638:una-via-de-salida-para-los-activos-inmobiliarios-de-los-bancos-0-3533530192015255> -ú.c. 6.03.2023).

Me parece que acertadamente,¹⁶³ porque, efectivamente, como ya ha dicho la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 18 octubre 2018,¹⁶⁴ se trata de un modo de adquirir, que no requiere de la *traditio* —el artículo 609 del Código Civil español¹⁶⁵ no la exige y tampoco lo hace el CCCAT—;¹⁶⁶ aunque, desde luego, como cualquier otra liberalidad, sea *inter vivos* (como es la donación), sea *mortis causa* (como son los legados con su adquisición automática), lo importante es el cómo se produce el desplazamiento de lo donado de un patrimonio a otro y, desde luego, que nada puede ingresar en el patrimonio de una persona sin la aceptación previa por parte de esta.

Pero, en la donación, esta aceptación no actúa como lo hace en el contrato el concurso de la oferta y de la aceptación, ya que no hay corresponsividad.

163 Me remito, al efecto, a SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. Capítol 5 «La donació». En: LUCAS ESTEVE, Adolfo (Dir.). *Dret Civil Català iv (1). Drets reals: Possessió, propietat i situacions de comunitat*. Barcelona: Librería Bosch, 2015, p. 117-154.

164 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 18 de octubre de 2018 (ROJ: STSJ CAT 9869/2018). Literalmente transcrito dice: «1. El CCCAT regula la donación en el libro V del CCCAT y la configura como un modo de adquirir la propiedad, diferente de los contratos. Por ello la califica en el artículo 531-7 como el acto por el que los donantes disponen a título gratuito de un bien a favor de los donatarios, los cuales lo adquieren si lo aceptan en vida de aquellos. 2. Es esencialmente gratuito, aunque también se admiten modulaciones a la causa gratuita al regular el CCCAT en el artículo 531-18 la donación con carga o modal. Es un acto irrevocable por voluntad del donante desde que conoce la aceptación del donatario de tal modo que el mero arrepentimiento del donante de la decisión de proceder a la donación no puede dejar sin efecto la misma, sin perjuicio de las causas de revocación reguladas en el artículo 531-15.1 (artículo 531-8). 3. No se requiere que el donante se reserve bienes bastantes para su supervivencia ya que no lo menciona la norma catalana sin perjuicio de que sea una causa de revocación la pobreza de los donantes, ex art 531-15.1 e). 4. Las causas de revocación de las donaciones son tasadas y no son susceptibles de aplicación analógica o extensiva a supuestos diferentes (SSTSJ Cat 44/ 2018, 10 de mayo o STSJ Cat 59/2018 de 26 de junio). Tampoco es automática pues exige, si no es aceptada por el donatario, del ejercicio de la correspondiente acción judicial. 5. La donación modal viene regulada en el art 531-18 CCCAT y es aquella que pueden imponer a los donatarios gravámenes, cargas o modos a favor de los propios donantes o de terceras personas. En cualquier caso, la existencia de una carga o gravamen no altera la configuración jurídica del negocio, que seguirá siendo donación. La donación modal incorpora a la causa gratuita un elemento de onerosidad al imponer un gravamen. No expresa la ley que el gravamen deba ser inferior a lo donado a diferencia del artículo 619 del CC, pero parece claro que así debería ser ya que en el caso contrario la causa onerosa primaría sobre la gratuita. El modo, carga o gravamen puede ser según el TS, Sala 1ª en la sentencia 757/2011, de 21 de octubre «(...) cualquier tipo de actuación o conducta, aún no evaluable económicamente (sentencia de 23 de noviembre de 2004) o puede ser un motivo, finalidad, deseo o recomendación (sentencias de 11 de diciembre de 1988 y 27 de diciembre de 1994) o, en definitiva, el cumplimiento de una obligación como determinación accesoria de la voluntad del donante (sentencia 6 de abril 1999)». Y debe ser cumplida por el donatario. 6. La donación modal puede ser revocada según el artículo 531-15.1 c) en relación con el punto 2 del mismo artículo por el incumplimiento de las cargas impuestas por los donantes. 7. Sin embargo, con la mejor doctrina, hemos de concluir que el incumplimiento debe ser imputable al donatario».

165 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código civil. *Gaceta de Madrid*, n.º 206 (25 de julio de 1889).

166 Es de especial interés para el tema MIQUEL, José María. «Lección: La naturaleza jurídica de la donación», 3 junio 2021 (accesible en: <https://almacenederecho.org/leccion-la-naturaleza-juridica-de-la-donacion> - ú. c. 6.03.2023).

La aceptación, además de ser un límite a la revocabilidad por el donante, es un requisito para que ingrese en el patrimonio del donatario, y no existe un artículo (artículo 451-7 del CCCAT) equivalente a la renuncia de la herencia para que los acreedores puedan subrogarse en la posición del donatario, sino que es su libre voluntad la que determina si se produce, o no, la adquisición e ingreso de lo donado en su patrimonio. Tampoco es, en consecuencia, la misma eficacia la del consentimiento prestado por un menor para obligarse que para aceptar una donación pura y simple, o sin carga ni condición (artículo 531-21 del CCCAT versus el artículo 1263 del CC español, también aplicable en Cataluña).

La donación, como liberalidad que es, presenta mayores similitudes con el legado que con los contratos,¹⁶⁷ aunque en ambos la aceptación es imprescindible, de la misma forma que en ambos casos puede renunciarse o, simplemente, no aceptarse.

Así, la ya casi centenaria RDGRN de 24 mayo 1930¹⁶⁸ precisa que la aceptación y repudiación de los legados no se asemeja a la herencia sino a las reglas establecidas para las adquisiciones a título gratuito de naturaleza singular.

Cuestión ya distinta —y que se sale del ámbito de esta exposición— es si cabría en el Código civil de Cataluña la donación obligacional, o donación como contrato, que, en todo caso, no sería la donación típica del Código, como, desde luego, no cabe la promesa de donación.

3. Mantenimiento del sistema de *numerus apertus* y autonomía en la regulación de la propiedad horizontal

No es en el Código civil español donde se contiene la teoría del *numerus apertus*, aunque para su existencia sí sea decisivo su artículo 1255, aplicable también en Catalunya: su admisión se deduce de los artículos 2 de la Ley hipotecaria¹⁶⁹ y 7 del Reglamento hipotecario,¹⁷² aplicables también en Cataluña. Lo traigo a colación pues, como código nuevo, y al modo de otros, el

167 Una breve referencia a la cuestión en SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. «Segunda parte: La adquisición e ineficacia de los legados». En: GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel (Dir.). *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V - Sucesiones. Vol. 1º. 2ª ed. Madrid: Cizur Menor, Thomson-Civitas, 2015, [633-847], p. 651-654.

168 Resolución de 24 mayo 1930, de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

169 Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley hipotecaria. *Boletín Oficial del Estado*, n.º 58 (27 de febrero de 1946).

CCCAT podría haber regulado la materia, lo que no hace respetando la situación actual (de autonomía de la voluntad en la creación de derechos reales) siempre que se respeten los parámetros legales, recogidos por la RDGRN de 8 noviembre 2018.¹⁷⁰

Cosa distinta es que, aunque se admita la creación de derechos reales nuevos, pudiera sorprender como, tras siglos y siglos, la mente humana solo haya logrado crear tan pocos derechos reales, unido a que —yo creo—, en su esencia y estructura siguen siendo los mismos que si cogemos un manual de Derecho romano—eso sí, algo modificados.¹⁷¹ Sin embargo, de los que se

170 Resolución de 8 de noviembre de 2018, de la Dirección General de los Registros y del Notariado. *Boletín Oficial del Estado*, n.º 288 (29 de noviembre de 2018). Literalmente transcrito, en lo que aquí interesa: «Debe recordarse la reiterada doctrina de esta Dirección General según la cual, con base en el criterio de *numerus apertus* que rige en nuestro ordenamiento, se permite no sólo la constitución de nuevas figuras de derechos reales no específicamente previstas por el legislador, incluyendo cualquier acto o contrato innominado de transcendencia real que modifique alguna de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales (cfr. artículos 2.2.º de la Ley hipotecaria y 7 del Reglamento hipotecario), sino también la alteración del contenido típico de los derechos reales legalmente previstos y, por ejemplo, sujetarlos a condición, término o modo (cfr. artículos 647 del Código Civil y 11, 23 y 37 de la Ley hipotecaria). Pero el ejercicio de esta libertad tiene que ajustarse a determinados límites y respetar las normas estructurales (normas imperativas) del estatuto jurídico de los bienes, dado su significado económico-político y la trascendencia «erga omnes» de los derechos reales, de modo que la autonomía de la voluntad debe atemperarse a la satisfacción de determinadas exigencias, tales como la existencia de una razón justificativa suficiente, la determinación precisa de los contornos del derecho real, la inviolabilidad del principio de libertad del tráfico, etc. (cfr. Resoluciones de 5 de junio, 23 y 26 de octubre de 1987 y 4 de marzo de 1993, entre otras). // Son características estructurales típicas de los derechos reales, con carácter general, su inmediatividad, o posibilidad de ejercicio directo sobre la cosa, y su absolutividad, que implica un deber general de abstención que posibilite dicho ejercicio sin constreñir a un sujeto pasivo determinado. Del análisis del elevado número de Resoluciones que este Centro Directivo ha dedicado a la cuestión, puede colegirse que han constituido campo propio de la autonomía de la voluntad para la creación de derechos nuevos ciertos casos de derechos de preferente adquisición (el tanteo convencional, cuyo carácter real ha recibido sanción legal hace pocos años en la legislación catalana), ciertas situaciones vinculadas con el régimen de propiedad horizontal y la variada gama de servidumbres personales y reales».

171 Valga, por todos, por la impronta que, sin duda, tuvo en su momento y que continúa (ya va por la 21ª ed. 2016), KASER, Max; KNÜTEL, Rolf; LOHSSE, Sebastian. *Derecho privado romano*. Madrid: BOE, 2022, que al tratar del Derecho de cosas, junto a examinar la posesión, el dominio, la copropiedad, la transmisión de la propiedad (y, singularmente, la *traditio*), la usucapión, ocupación, adquisición de frutos, unión, mezcla y especificación, y las acciones de protección del dominio, cuando tratados los derechos reales limitados, incluye las servidumbres, el usufructo, usos y otros derechos personalísimos de disfrute, y, además, relevantes por cómo les ha ido en la legislación codificada, la enfiteusis y el derecho de superficie, que ambos dos sí regula el CCCAT, trata, también, de las relaciones pignoratias. Y para una época muy concreta, el clásico LEVY, ERNTS. *West Roman Vulgar Law. The Law of the Property*. Philadelphia: American Philosophical Society, 1951, que trata de la donación dentro de los modos de adquirir el dominio, dedicándole las p. 137-145; al igual que trata, in extenso, la enfiteusis y la superficie, dentro de lo que es un manual, y, además, refiriendo, también, las diversas instituciones a su actual regulación codicial, FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio. *Derecho Privado Romano*. 7ª ed. (hay ediciones posteriores). Madrid: Iustel, 2014. También referido al Codice italiano, RESCIGNO, Pietro. *Introduzione al Codice civile*. 2ª ed. Roma-Bari: Laterza, 1992, p. 123-128, trata, bajo el mismo epígrafe, la propiedad temporal, la propiedad separada, la superficie y la enfiteusis, y la fiducia (con especial referencia al trust), señalando la utilidad que todavía pueden prestar y considerando conveniente distinguir la «enfiteusis-institución» (concedente un ente público con la finalidad de que adquiera finalmente

dice originales, verdaderamente originales, no se ha creado ningún derecho real nuevo.

Así, en consideración a la perpetuidad, y tratándose de censo, servidumbre o derecho de superficie, es de interés la Resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 21 febrero 2022.¹⁷²

He señalado que la autonomía de la voluntad es relevante en la creación de los derechos reales, pero lo es también —además de fundamental, por su gran aplicación práctica diaria, en materia de propiedad horizontal— la voluntad exteriorizada a través del título constitutivo y los estatutos; que, incluso, en el Código civil de Cataluña va más allá, pues un edificio con características arquitectónicas y técnicas idénticas puede o no sujetarse al régimen de la propiedad horizontal, dado que el denominado título constitutivo, en el Código civil de Cataluña, sí es verdaderamente constitutivo de un concreto régimen jurídico,¹⁷³ por lo que no se impone, aunque se dé su supuesto, a diferencia del artículo 2.1 de la Ley de Propiedad Horizontal.¹⁷⁴

Esta opción legislativa tiene gran trascendencia, por ejemplo, en el momento de heredar un inmueble susceptible de constituirse horizontalmente y después adjudicarse los diferentes pisos a los herederos, o legatarios, o simplemente adjudicárselos como cuotas indivisas, con atribución de un piso concreto, pero sin dividirlo horizontalmente, que exigiría el título constitutivo al efecto, con sus consiguientes costes notariales, registrales y fiscales.

la propiedad del enfiteuta) de la «enfiteusis-contrato» (que ya nace con carácter temporal, y con la finalidad de recuperarlo mejorado el fundo), señalando que ello no es algo insólito, pues basta acudir a la disociación entre la propiedad formal y la propiedad sustancial en la figura anglosajona del trust.

172 Resolución de 21 de febrero de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. *Boletín Oficial del Estado*, n.º 62 (14 de marzo de 2022). La utilización del derecho de superficie puede tener especial interés, incluso frente a las concesiones administrativas, para explotar aparcamientos bajo zonas verdes o destinadas a parque público, así las ya un tanto lejanas, de la Sala 3ª, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de enero de 1998 y 20 diciembre de 1991.

173 Me referí, inicialmente, al tema en SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. «Régimen básico de la Propiedad Horizontal en el nuevo Código civil catalán». *Noticias Jurídicas-Bosch* (julio 2007) (accesible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4299-regimen-basico-de-la-propiedad-horizontal-en-el-nuevo-codigo-civil-catalan/> - ú.c. 5.03.2023); y, posteriormente, en SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. «Concepción unitaria de la propiedad separada sobre la entidad en régimen de propiedad horizontal». En: GARRIDO DE PALMA, Víctor Manuel (Coord.). *Homenaje a Don Juan Francisco Delgado de Miguel*. Madrid: Cizur Menor, Thomson Civitas, 2007, p. 81-119.

174 Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal. *Boletín Oficial del Estado*, n.º 176 (23 de julio de 1960).

4. La medianería como comunidad, si es posible

En lo que no coincide, sin entrar a valorar si está bien o mal como opción legislativa, es en la medianería como forma de comunidad. En el Código civil español no lo es, tanto por su ubicación —la rúbrica, que precede al artículo 571 del CC, es «De la servidumbre de medianería»— como por la misma denominación del artículo 579.1 del CC, que se refiere al goce conforme a la proporción —no cuota— que se tenga en la «mancomunidad».¹⁷⁵ No dice «comunidad», sino que utiliza la misma expresión que el artículo 1150 del CC, que habla de «obligación indivisible mancomunada», de modo que aquí no es la obligación lo que es indivisible, sino la pared o elemento divisorio o de cierre. E igual de indivisible será en el Código civil de Cataluña, pues las paredes y otros elementos divisorios son así, y en ellos recae la pretendida comunidad, que también es un supuesto de relación de vecindad (artículo 546-1 del CCCAT). Por ello, la ubica, primero, como comunidad (artículo 551-1 del CCCAT), siempre que la pared o elemento divisorio individualmente considerado pueda considerarse un bien, después se remite a su propia regulación, como comunidad especial por razón de medianería (artículo 551-2.4 del CCCAT) y, como no puede ser menos, la trata al modo de las servidumbres, o sea, no susceptible de usucapión (artículo 566-2.4 del CCCAT), como resulta del artículo 555-2.2 del CCCAT por tener que ser siempre de constitución voluntaria. Pero —para mí—, al margen de la solución positiva que se le quiera dar, es tan claro que es una servidumbre recíproca que, para pretender que sea una comunidad, tiene que ser especial; y, podría decirse, que tan especial como que solo de ordinario son dos personas, o sea los propietarios de cada uno de los fundos, y, además, que no recae en un bien sino en una parte integrante, que es la pared. Con distinción entre la medianería de carga, que no se presume (artículo 555-2.2 del CCCAT) y la medianería de cierre, que sí se presume, salvo signos externos (artículo 558-8.3 del CCCAT).

Consecuencia de ello, el legislador catalán tiene que darle una regulación que, en el fondo, viene a ser prácticamente como si se hubiera ubicado su regulación en otro lugar, es decir, en el de las servidumbres, aunque lo que no se le puede negar al legislador catalán es coherencia. Al margen de que, por desconocerse en el derecho romano, haya sufrido problemas de identificación de su naturaleza jurídica y que allí sí se reconoció la servidumbre de apoyo,

175 Lo trato en SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. «La Medianería». En: LINACERO DE LA FUENTE, María (Dir.). *Tratado de servidumbres*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, [1117-1253], p. 933-935.

y, con ello, el régimen jurídico aplicable. Y, aun así, cabe preguntarse: ¿La regula como una comunidad especial? Y la respuesta es que sí, diría que especialísima, junto a que, como es lo que es y recae en lo que recae, difícilmente puede ser tal comunidad, incluso aunque así se la denomine, pues seguirá siendo una servidumbre recíproca, dado que recae para ambos titulares (del predio dominante y sirviente) en la misma realidad física (o sea, una parte del bien y no todo el bien) y difícilmente puede ser este objeto (la pared, suelo, etc.) el propio de una comunidad.

5. Las inmisiones, dentro de las relaciones de vecindad, y el necesario respeto a la salud pública y personal

Admitido el concepto de relaciones de vecindad como una categoría, más que regulada positivamente, reconocida como categoría abstracta integradora de las inmisiones y ciertas servidumbres (y no denominadas así en el Código civil de Cataluña si observamos los artículos 546-1 a 546-14, que contemplan los cierres medianeros, las distancias, luces y vistas, el paso del agua o las inmisiones), lo que importa es ver cómo se regulan las instituciones específicas. En lo que aquí interesa, destacaremos las inmisiones,¹⁷⁶ que, como su nombre indica, en sí mismas suponen la invasión, tolerable o no (de ahí que el artículo 546-14 del CCCAT hable de inmisiones legítimas), pero cuya tolerancia tendrá que adaptarse no solo al estado de la ciencia, o la realidad socioeconómica, sino, sobre todo, a la salud de las personas, pues incluso lo tolerable un tiempo, en cuanto afecte a la salud, puede resultar inadmisibile, o, de la misma forma, en qué medida afectan en el ámbito personal, patrimonial, etc. de una persona. Los artículos 546-1 a 546-14 del CCCAT demuestran que la finca no siempre tiene que ser colindante, aunque sí vecina, pero incluso esto con cierto grado de relatividad; basta pensar en una fábrica contaminante o instalación ruidosa que está a alguna decena o centena de metros.

176 Me he referido a la materia en SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. «Distancias y obras intermedias para ciertas construcciones y plantaciones. Las inmisiones». En: LINAGERO DE LA FUENTE, María (Dir.). *Tratado de servidumbres*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017 p. 1535-1600, en que destacaba que lo esencial y prioritario es la salud individual de cada persona, incluso por encima del indeterminado concepto de «normal tolerancia», y así tiene que ser, por ser, también, un bien protegido por la Constitución Española de 1978, igualmente aplicable a cualquier regulación, sea o no la del CC, por tanto, también al CCCAT.

Además, la distinción entre relaciones de vecindad y servidumbres, como ya se ha resaltado,¹⁷⁷ implica, básicamente, que las relaciones de vecindad, frente a las servidumbres, no se pueden usucapir, aunque tampoco pueden usucapirse las servidumbres en Cataluña. Desde luego, la opción legislativa, cada día más acentuada, también en el derecho comparado, puede facilitar la construcción y el aprovechamiento del suelo, incluso la zonificación, a través del planeamiento que concretaría, en diversas zonas, usos concretos compatibles e incompatibles entre sí, sin poder olvidar tampoco la preexistencia de unos u otros usos, que pueden devenir en incompatibles. Y, evidentemente, también da tranquilidad a la actuación (e incluso desidia) de todo operador jurídico, en tanto que puede dejar hacer, el saber que, hagan lo que hagan, no están adquiriendo ningún derecho, porque la usucapión no se admite.

Resulta, pues, que no es una cuestión baladí, unido a que es claro que no es la misma la solución en el Código civil español que en el Código civil de Cataluña, dado que en el primero sí puede llegar un momento en que pueda adquirirse por usucapión, por ejemplo, si se deja abrir una ventana —en cualquier pueblo o ciudad en que sea aplicable el Código civil español— puede llegar a adquirirse el derecho de vistas, y, en consecuencia, el titular del predio sirviente tendrá que retranquearse al pretender construir en el futuro, incluso dejar inservible para edificar en la práctica. Queda pues solucionado, de futuro, el problema que puede derivar de la usucapión, incluidos sus efectos colaterales en el ámbito de la construcción.

Superado el escollo de la usucapión como límite a que se dejen llevar a cabo determinadas actuaciones, en tanto no se va a perder ningún derecho, tampoco deben permitirse las emulaciones, en tanto su única finalidad sea perjudicar al vecino, sin obtenerse ninguna ventaja; pero, por otra parte, transcurrido casi ya un cuarto del siglo XXI, lo relevante tendrá que ser el co-tejo entre lo que cada parte quiere y lo que es susceptible de protección.

Y —parece una exigencia constitucional, que no puede ser ni siquiera tolerable, por mínimo que sea lo que se tiene que tolerar (y así deberá interpretarse la

177 Así lo hizo ya HERNÁNDEZ GIL, Antonio. «Las relaciones de vecindad y sus diferencias con las servidumbres legales». En: *Obras completas. Derechos reales. Derecho de sucesiones*. Tomo. IV. Madrid: Espasa Calpe, 1989, p. 89-102.

normal tolerancia)— que no es admisible ninguna inmisión que pueda afectar a la salud de las personas (artículo 43.1 de la Constitución española¹⁷⁸).¹⁷⁹

6. Recapitulación de las cuestiones esenciales abordadas y alguna otra nueva

Una de las instituciones más presentes, y no solo por ser el régimen de separación de bienes el supletorio catalán, es la comunidad de bienes o condominio. Dentro de la misma, y como cuestión novedosa que es, hay una cuestión que en general es alabada pero que yo la veo con cierta reticencia, según como se entienda y aplique. Se trata del artículo 552-11.4 del CCCAT, que permite al o la titular de 4/5 partes de las cuotas o más exigir, o sea, imponer, que se le adjudique la totalidad del bien objeto de la comunidad, como no podría ser de otra forma, pagando en metálico el valor pericial de la participación de los otros cotitulares. Es obvio que puede facilitar la extinción, e incluso se dirá que excluir al comunero molesto, y así será, pues no en vano está en sede de procedimiento de división, pero también puede colisionar con la expropiación forzosa, o la ablación de derechos subjetivos, pues, aunque sea una cuota, no deja de ser propiedad, o el derecho de que se trate. E imponer a ese comunero o comuneros que le molestan, o no, que le tienen que transmitir su porcentaje, no es fácilmente asumible. Cierto que se habla de valor pericial, lo que tendrá que aceptar el comunero que sale, pero es que, aún y así, puede ser manifiestamente perjudicial para el comunero «expropiado», pues no es lo mismo cobrar un 10% de una renta de 5.000 euros que, con lo que te corresponda del valor pericial, hacer una inversión para rentabilizarla, unido a los costes que implica el tener que adquirir otro inmueble, ya que, de lo contrario, te está cambiando también la composición de tu patrimonio. Por tanto, en cuanto se interprete como susceptible de expropiación, no me parece tan adecuado como se pretende ver en no pocas ocasiones y comentarios. Otra cosa cuando se utilice como vía para evitar la subasta si están todos los comuneros dispuestos a vender o transmitir. No cabe desconocer que también podrían contemplarse modalidades de índole societario, en el sentido de que

178 Constitución Española. *Boletín Oficial del Estado*, n.º 311 (29 de diciembre de 1978).

179 Una concreta aplicación práctica de la protección de la salud y el medio ambiente es el que hace, para el Código civil, pero igualmente trasladable al Código civil de Cataluña, la Sentencia del Tribunal Supremo 404/2019, de 8 de julio de 2019, que considera desfasada la existencia de fosas sépticas, justo por problemas de salud y de medio ambiente.

si se quiere vender, se arrastren a los demás o similares, unido al hecho de que, bien organizada, en modo alguno la comunidad es nociva ni peligrosa, ya que existen comunidades funcionales con perfecta organización y funcionamiento. Ya digo que no veo claro, ni muy apegado a la Constitución española, pues bien parece una expropiación por particulares, en cuanto sea forzar a alguien a vender, además, de que puede haber el «comunero molesto» pero también el «comunero tirano».

Me gusta como está regulado el usufructo con facultad de disposición,¹⁸⁰ creo que lo regula prácticamente perfecto —aunque la perfección siempre sea un desiderátum—, unido a que, claramente, aunque no toda la doctrina coincide, no es lo mismo el usufructo con facultad de disposición que el fideicomiso de residuo. Incluso por los mismos títulos con los que podría constituirse, singularmente *inter vivos* y *mortis causa*, y la amplitud de posibles configuraciones que permite para planificar la herencia.

Respecto a los derechos de adquisición preferente, me parece muy bien su regulación ya que, efectivamente, permiten protegerse frente a la entrada de terceros indeseables, garantizar futuras adquisiciones, etc. Bien puede decirse que su función es diametralmente opuesta a la de los retractos legales.

Por lo que se refiere a la regulación del aprovechamiento parcial, distinto, obviamente, del usufructo, con toda la libre configuración que da la autonomía de la voluntad, y que suple con creces (artículo 563-1 del CCCAT) a las denominadas servidumbres personales (con la carga semántica peyorativa que la denominación puede tener, por lo de servidumbre). Con las limitaciones, y posibilidad de extinción que supone, la redención (artículo 563-3 del CCCAT) y el derecho de adquisición preferente (artículo 563-4 del CCCAT), con remisión a la regulación para el supuesto del usufructo.

Es igualmente de destacar la clara distinción entre el derecho de superficie y el de vuelo, pues mientras aquél da lugar a una propiedad separada, el de vuelo, al ejercitarse (singularmente en su modalidad de sobreelevación en la propiedad horizontal), se integra con el suelo. Y, en ambos casos, se trata de derechos reales en cosa ajena, de duración temporal, y así entiendo que debe ser también en el Código civil de Cataluña aunque se pretenda configurar una superficie censual. El vuelo, evidentemente, permite adquirir la cuota

180 Para su consideración in extenso, me remito a la que fue mi tesis, SERRANO DE NICOLÁS, Ángel. *Usufructo con facultad de disposición en el Derecho español*. Barcelona: Universitat de Barcelona, Facultat de Dret, 2005, 561 p. (accesible en: <http://hdl.handle.net/10803/34342> - ú. c. 6.03.2023).

en el suelo, por lo que creo que queda perfectamente delimitado lo que es la superficie y lo que es el vuelo; y, en realidad, yo personalmente no echo en falta ningún derecho real, porque todos los conocidos están regulados.

Respecto de los derechos reales que están por llegar, basta con decir que llevamos varios siglos esperando, pero parece que no llegan (al menos, como auténticos derechos reales rupturistas, no como adiciones o ablaciones de facultades de los ya existentes).

8. Últimas puntualizaciones

En efecto, considero acertada la positivización, aunque quizás por vía de pacto se podrían alcanzar efectos similares. Sin embargo, dada la creciente complejidad de las relaciones económicas, es mejor que se hayan regulado —el tiempo irá evidenciando su utilidad— la propiedad temporal y la compartida; es decir, que la propiedad no necesariamente tenga que ser perpetua.

Y, desde luego, en la propiedad, en el dominio, cada vez se pone más énfasis, de entre sus facultades, en la de goce. Así, incluso los economistas o los dedicados al mundo societario, cuando hablan de los órganos de administración de las sociedades hablan de los «consejeros dominicales», o sea, los que controlan el accionariado, por ser los propietarios del capital.

Ya decía anteriormente el influjo que debe seguir teniendo la Constitución española, en cuanto a las consecuencias que se obtienen de la protección de la salud, del medio ambiente, etc., pero, además, ya en una sentencia italiana se pone de relieve el carácter de orden público de las distancias,¹⁸¹ singularmente urbanísticas (ventilación de dependencias, luz, etc).¹⁸² Pero, además, debe contrastarse la solución legal de las distancias con las consecuencias derivadas de la evolución que las dinámicas constructivas siguen, pues pueden justo lograr lo que se pretendió evitar, de modo que el balcón-terraza que sobresale más de un metro de la fachada, e incluso está a más de 80 centímetros —de los dos pisos colindantes— pero que desde la punta del mismo es perfectamente

181 En nuestra doctrina, ya hace más de un cuarto de siglo, LUNA SERRANO, Agustín. «El límite del orden público en la constitución de las servidumbres prediales». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Tomo 35, 1996, p. 271-304.

182 Al efecto, Cassazione civile, sez. II, ordinanza 8 ottobre 2021, n.º 27373, en que se precisa la distinción entre regulación del Codice y la urbanística, que no es, bajo ningún concepto, susceptible de derogación por los particulares, personalmente entiendo que tampoco la de nuestro CCCAT en cuanto lo que pretende es conseguir otros efectos de salubridad, luminosidad, etc. que influyen directa o indirectamente en la salud de las personas, e incluso en lo meramente estético, también digno de protección.

visible la habitación de matrimonio del piso contiguo, la vista oblicua también puede cambiar o debería cambiarse.

La conveniencia, ya dicha, de regular las vinculaciones *ob rem*, que en no pocas veces, y bien utilizado, como todo, no solo no amortiza la propiedad sino que la puede revalorizar, justo por dar valor a lo accesorio o que se vincula, que en sí tendría nimio valor, e incluso muy difícil venta.

Lo que sí quería poner de relieve, de nuevo, es que la propiedad no tiene como estructural la perpetuidad, pues también he dicho que lo relevante es la facultad de goce de la cosa, de disfrute, que da más valor que la propiedad misma.

No tiene por qué ser perpetua, pero, desde luego, la perpetuidad tampoco desaparece totalmente en la propiedad temporal, pues, evidentemente, sigue habiendo un propietario «completo», en cuanto tendrá una propiedad perpetua, como lo es el que acaba adquiriendo definitivamente.

Intervención de Antonio Recio Córdoba

President de l'Audiència Provincial de Barcelona

Introducción

El Código civil de Cataluña se ha mostrado como una herramienta muy útil para adecuar el ordenamiento jurídico a la realidad actual, con una acreditada capacidad de adaptación a los problemas sociales que precisan de solución. En este aspecto, y dentro del libro quinto¹⁸³ la regulación de la propiedad horizontal ha tenido una trascendencia enorme en cuanto se ocupa de una materia que afecta a la inmensa mayoría de los ciudadanos y constituye fuente de innumerables conflictos. No quiero limitar mi intervención a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia en esta materia, pero tampoco puedo eludirla, dado que se trata, precisamente, de un campo donde los tribunales nos estamos pronunciando con frecuencia ante la necesidad de interpretar preceptos novedosos que necesitan de cierta concreción.

Comenzaré por citar una sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 12 de enero de 2011,¹⁸⁴ que pone de manifiesto el cuidado y acierto del legislador catalán a la hora de introducir en el Código civil de Cataluña aspectos que hasta el momento precisaban de la jurisprudencia para resolver los conflictos y que, al incluirse en un texto legal, ofrecen sin duda una mayor seguridad jurídica a los operadores y a los ciudadanos, y así se evitan los conflictos.

En efecto, la Sentencia acude al ordenamiento jurídico catalán como fuente de inspiración para resolver conflictos en los que, en realidad, no resulta de aplicación el Código civil de Cataluña. Dicha Sentencia se refiere a un supuesto de inmisiones acústicas procedentes de una empresa de mármol y, a la

183 Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, n.º 4640 (24 de mayo de 2006).

184 Sentencia del Tribunal Supremo, de 12 de enero de 2011 (ROJ: STS 264/2011).

hora de valorar una reclamación de indemnización por daño moral, efectúa las consideraciones siguientes:

Esto determina que, aun cuando efectivamente la actividad industrial de las demandadas-recurrentes genere ruidos que se transmiten a dichas viviendas, y que desde este punto de vista cause un daño a quienes las habitan, este daño no sea indemnizable por no ser antijurídico, ya que la decisión libre de vivir en una zona no residencial contigua a la zona industrial del municipio obliga a quien adopta esa decisión a soportar las molestias derivadas de la actividad legítima y autorizada de las industrias previamente instaladas en dicha zona industrial. De no ser así, se daría el contrasentido de poder convertir en fuente de indemnización la propia ilegalidad urbanística de quien decide construirse una vivienda en zona industrial; o también el de que la mera licencia municipal para poder edificar una vivienda en zona rústica se traduzca automáticamente en un coste, carente de apoyo legal, para los titulares de industrias legítimamente instaladas en la zona industrial contigua (...).

Se trata, en suma, de conjugar los intereses en conflicto de la forma más equilibrada posible, y a falta en el Derecho civil común de una regulación similar a la del artículo 546.14 del Código civil de Cataluña (Inmisiones legítimas), esta Sala considera que tampoco la indemnización por daño moral acordada por la sentencia recurrida puede encontrar su fundamento en los artículos 590, 1908, 1902 o 7 del Código civil.

Ya refiriéndome a la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (STSJC) en la materia, quisiera destacar tres sentencias que muestran la necesidad de aplicar el sentido común y el principio de la buena fe al reconocimiento de los derechos en conflicto, apartándose incluso de la literalidad de la ley cuando la misma puede producir resultados injustos.

1. STSJC 14/2014, de 10 de marzo¹⁸⁵

En primer lugar, y en materia de servidumbres, la referida sentencia analiza un caso de apertura de ventanas y terrazas sobre la finca vecina, y comienza precisando que la acción negatoria regulada en el artículo 544 del CCCAT protege la libertad del dominio y comprende tanto lo que se ha venido llamando perturbaciones jurídicas por quien afirma la existencia de una servidumbre

185 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 10 de marzo de 2014 (ROJ: STSJ CAT 3096/2014).

como las relativas a las perturbaciones derivadas de las relaciones de vecindad o las inmisiones.

Sostiene, por otro lado, que de un mero acto de tolerancia no puede deducirse un convenio que obligue al actor a permitir la toma de vistas y luces o a no actuar contra el propietario de la finca que presenta las ventanas y terrazas.

Parecería, por tanto, que, al igual que concluyó la Audiencia de Girona al resolver el recurso de apelación, lo procedente hubiera sido estimar la demanda y declarar que los demandados carecen de título constitutivo de servidumbre de luces y vistas, tanto directas como oblicuas, sobre la finca propiedad del demandante, así como tampoco tienen derecho a mantener voladizos sobre tal finca, por lo que deben proceder al cierre total de las ventanas y huecos existentes en toda la fachada y a la retirada del voladizo.

Sin embargo, no fue esta la decisión del Tribunal, al entender que resultaba de aplicación al caso la doctrina del retraso desleal, vinculado al principio de buena fe y pese a la inexistencia de servidumbre, apoyándose para ello en la relación fáctica siguiente:

El actor cuando compró la finca ya advirtió que en la parte posterior de la casa y sobre un patio de servicios, la finca colindante tomaba luces y vistas, expresando al vendedor su tolerancia con las mismas. Durante 34 años no ha realizado acto alguno tendente a privar a la finca vecina de las mismas, sin duda consciente del grave perjuicio que ello ocasionaba y de la prácticamente nula injerencia que le suponía desde el punto de vista de la intimidad familiar. No consta, por no haberse expresado en el pleito, la razón de la tardanza en el ejercicio de la acción. Durante este tiempo los dueños de la finca vecina, descendientes del vendedor, han realizado inversiones económicas en la vivienda ampliando la construcción a la vista ciencia y paciencia del demandante, lo que, como resulta obvio, no habrían realizado de no haber confiado en que la acción negatoria no iba a ser ejercitada.

Con tales premisas considera que las consecuencias de lo que, en el caso concreto, puede ser calificado de ejercicio desleal y abusivo del derecho (en la medida en que ejercerlo supone un grave perjuicio para las demandadas y un beneficio prácticamente nulo para el actor), no comporta que el derecho del demandante se extinga ni tampoco que la finca, propiedad actual de las demandadas, adquiera correlativamente un derecho de servidumbre que obligue al demandante o a los propietarios futuros de la finca, en el caso que

deseen y pueda edificarse, a dejar un espacio libre o androna de un metro de su propia finca, como incorrectamente entiende la sentencia recurrida. Comporta, en cambio, que la específica facultad que su titular no se ha preocupado de hacer valer durante todos estos años —cierre de ventanas y terrazas y retirada de voladizos— devenga ahora, y mientras se mantengan las mismas circunstancias objetivas y subjetivas, inadmisibles desde el punto de vista de las reglas de la buena fe.

Y concluye que procede casar en parte la sentencia de apelación, admitiendo también en parte la demanda, pues no existe inconveniente en declarar que la finca propiedad de las demandadas carece de título y de derecho de servidumbre de luces y vistas, tanto directas como oblicuas, así como de un derecho a mantener voladizos sobre la finca vecina; ello, sin perjuicio de que, por las razones apuntadas, no pueda acogerse el suplico segundo de la demanda dirigido a obtener el cierre total y absoluto de todas las ventanas y terrazas existentes en la fachada sur y la retirada del voladizo.

2. STSJC 15/2009, de 8 de abril¹⁸⁶

En esta misma línea se encuentra esta sentencia, relativa a la utilización de material translucido sin respetar la distancia entre fincas siempre que el material se presente en condiciones de regularidad con la pared, se trate de materiales resistentes o sólidos, y permita limitadamente el paso de la luz sin facilitar la visión de formas nítidas sino tan solo de luces y sombras informes.

La edificación con estos materiales no genera derecho alguno, de modo que la luminosidad así conseguida puede verse afectada por la construcción que pueda levantar en su terreno el propietario de la finca colindante, sea cuál sea el tiempo transcurrido desde la construcción.

3. STSJC 89/2016, de 10 de noviembre¹⁸⁷

La Sentencia analiza el conflicto habido en relación con el uso de un piso de 80 metros cuadrados respecto al cual la demandante ostenta el usufructo de las 7/8 partes y los demandados el usufructo de 1/8 parte, y los litigantes discuten sobre la forma en que pueden usar el piso.

186 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 8 de abril de 2009 (ROJ: STSJ CAT 2179/2009).

187 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 10 de noviembre de 2016 (ROJ: STSJ CAT 8294/2016).

La sentencia de apelación considera que estamos ante una comunidad de derechos de usufructo y que corresponde al Tribunal establecer la forma en que las partes podrán hacer efectivo su derecho a poseer la vivienda. A tal efecto, fija el uso por períodos temporales y acepta la distribución propuesta por la parte actora: 46 días al año para el demandado y 319 días al año para el demandante.

La Sentencia no acepta tal decisión. Descarta las propuestas de ambas partes y establece que el uso compartido y simultaneo de la vivienda que plantea la parte demandada, dada la incompatibilidad de caracteres que imposibilita la convivencia en el mismo domicilio, no es pertinente. Tampoco considera adecuado el uso exclusivo por turnos o por períodos concretos de tiempo, dado que estamos ante una vivienda habitual familiar, de destino permanente y que, por sus dimensiones, no resulta divisible.

Resuelve el conflicto de una forma que considera razonable en aplicación de lo previsto en el artículo 552-6.1 del CCCAT: «Cada cotitular puede hacer uso del objeto de la comunidad de acuerdo con su finalidad social y económica y de modo que no perjudique a los intereses de la comunidad ni al de los demás cotitulares, a los cuales no puede impedir que hagan uso del mismo».

Y es que considera que la decisión de la Audiencia no se corresponde al uso específico de la cosa, es inviable y resulta antieconómico; si bien no casa la sentencia por razones del principio de congruencia, pero invita a las partes a que intenten buscar una solución adecuada, plausible y satisfactoria para ambas, apuntando la solución que hubiera ofrecido caso de que se hubiera interesado: el pago de una indemnización por el uso.

4. Propiedad horizontal

En materia de propiedad horizontal, destaco las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña siguientes:

4.1 SSTSJC 33/2016, de 19 de mayo,¹⁸⁸ 37/2016, de 19 de mayo y 4/2019, de 24 de enero¹⁸⁹

En estas sentencias se aborda la problemática de los pisos turísticos con dos conclusiones relevantes. La primera, referida al hecho de que la vivienda de

188 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 19 de mayo de 2016 (ROJ: STSJ CAT 3181/2016).

189 192 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 24 de enero de 2019 (ROJ: STSJ CAT 428/2019).

uso turístico no constituye en abstracto una actividad prohibida por la ley y tampoco ilícita, molesta o dañosa para la finca. Cuestión distinta es que los ocupantes deban tener un comportamiento correcto y que pueda acreditarse en el caso concreto que sus actividades son molestas para la comunidad y este uso deba cesar. La segunda, relativa a que la comunidad, con mayoría reforzada, puede modificar los estatutos para prohibir el destino turístico de los elementos privativos del inmueble; si bien esta prohibición no afectará a los propietarios que compraron la finca sin que constase su inscripción en el Registro de la Propiedad. Por el contrario, si la adquisición fue posterior a la inscripción, el tercer adquirente no podrá ejercer esa actividad aun cuando tenga licencia administrativa, ya que dicha licencia, a diferencia de la inscripción registral, no constituye un derecho real.

4.2 STSJC 42/2022, de 11 de julio¹⁹⁰

La Sentencia ofrece una interpretación del artículo 553-30.2 del CCCAT sobre qué gastos deben computarse para determinar si un nuevo servicio comunitario o una nueva instalación supera el 25% del presupuesto anual de la comunidad, a los efectos de que los propietarios disidentes no vengán vinculados al acuerdo ni, en consecuencia, obligados a pagar el nuevo gasto.

La postura mayoritaria y, por tanto, la decisión del Tribunal, se inclinan por interpretar la norma en el sentido de que, para determinar si el nuevo servicio o instalación vincula a todos los propietarios o solo a los que hayan votado a favor, debe tenerse en cuenta el presupuesto anual de la comunidad, pero referido solo a gastos comunes ordinarios (no a cualquier gasto incluido), descontando gastos que solo atañan a algunos propietarios, por tratarse de gastos referidos a elementos comunes de uso exclusivo o a elementos privativos de algunos comuneros, y el importe del nuevo servicio o instalación.

Frente a ello, el voto particular sostiene que debería tomarse en consideración, a estos efectos, lo que los propietarios hayan aceptado en presupuestos precedentes como «gastos comunes», aunque lo paguen solo algunos propietarios.

190 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, del 11 de julio de 2022 (ROJ: STSJ CAT 7372/2022).

4.3 STSJC 54/2022, de 20 de octubre¹⁹¹

La Sentencia interpreta el artículo 553-31.3 del CCCAT: «Para ejercer la acción de impugnación es preciso estar al corriente de pago de las deudas con la comunidad que estén vencidas en el momento de la adopción del acuerdo que desee impugnarse o haber consignado su importe (...)».

La demandante planteaba dos cuestiones para que el Tribunal fijara doctrina. De un lado, consideraba que dicha norma sitúa la morosidad como elemento que debe tenerse en cuenta para apreciar la falta de legitimación para accionar en el momento en que se celebra la junta de propietarios que adopta el acuerdo que se quiere impugnar, y que debe referirse a las deudas que tuviera reclamadas la comunidad en aquel momento.

De otro lado, solicitaba que la Sala estableciera que la consignación en un caso de impugnación de acuerdos comunitarios no tiene por qué ser previa a la acción de impugnación judicial, y que bastaba la mera consignación, y que tal consignación puede ser cautelar en función de las pretensiones formuladas.

Para interpretar dicho precepto, el Tribunal acude a los antecedentes legislativos, tomando en consideración el problema que se producía en las comunidades por la morosidad de algunos propietarios; y recuerda que el artículo 553-31.3 del CCCAT se introdujo en el libro quinto mediante la Ley 5/2015, de 13 de mayo,¹⁹² la cual pretendía, según su preámbulo, dar solución a gran parte de los problemas manifestados en los artículos 553-1 a 59 del libro quinto, corregir las imprecisiones, las disfunciones y los contrasentidos detectados en la aplicación de la norma y, a la vez, armonizar y coordinar la norma con las otras partes del propio libro quinto y de los demás libros del Código civil.

La respuesta que el Tribunal ofrece puede resumirse en las conclusiones siguientes:

En primer lugar, la consignación que contempla el artículo 553-31.3 del CCCAT es un presupuesto legal que impone la norma a los propietarios que quieran impugnar los acuerdos comunitarios, aunque no tengan contenido económico, con el fin de evitar que comuneros morosos puedan bloquear acuerdos adoptados por la comunidad para dar continuidad a sus servicios o garantizar la pacífica convivencia entre los vecinos.

191 Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 20 de octubre de 2022 (ROJ: STSJ CAT 11652/2022).

192 Ley 5/2015, de 13 de mayo, de modificación del libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a los derechos reales. *Boletín Oficial del Estado*, n.º 130 (1 de junio de 2015).

En segundo lugar, el propietario que quiera impugnar un acuerdo de la comunidad deberá hallarse al corriente de pago de las deudas vencidas en el momento de adoptarse el acuerdo que se pretenda impugnar judicialmente, entendiéndose por vencidas las no atendidas por el propietario a su vencimiento, exigibilidad que dependerá, lógicamente, de los acuerdos adoptados anteriormente por la comunidad en relación con las provisiones de fondos o acuerdos anuales de liquidación de cuentas, y lo relevante es que la deuda esté vencida con independencia de cuándo la comunidad acuerde reclamar la deuda, formal o judicialmente, al propietario moroso.

En tercer lugar, para tener por válidamente hecha la consignación a estos efectos, la Ley no exige que se emprendan los trámites procedimentales del artículo 99 de la Ley de jurisdicción voluntaria¹⁹³ en relación con el artículo 1176 y siguientes del Código civil español,¹⁹⁴ trámites previstos para el caso de que sea el acreedor quien no quiere cobrar, o cuando varios acreedores reclaman una misma deuda, o cuando se desconoce el paradero del acreedor. Prueba es que la norma solo exige la consignación, en el sentido de poner las cosas debidas a disposición del acreedor.

En cuarto lugar, contrariamente, debe entenderse, para que la finalidad de la norma no sea burlada, que la consignación debe realizarse en concepto de pago y, por tanto, para que el juzgado la ofrezca a la comunidad. No sirven, pues, las consignaciones *ad cautelam* o que puedan retirarse por el propietario que tiene las deudas vencidas.

5. Prescripción de la acción de reclamación de cuotas comunitarias

Los plazos de prescripción y caducidad son, probablemente, una de las cuestiones más polémicas de la regulación del Código civil de Cataluña. La discusión doctrinal y jurisprudencial en relación con el plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad extracontractual (tres años en el CCCAT y uno en el CC español) en el ámbito de la circulación dio lugar, durante años, a sentencias contradictorias hasta que, finalmente, el Tribunal Supremo y el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña fijaron doctrina al respecto, no

193 Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria. *Boletín Oficial del Estado*, n.º 158 (3 de julio de 2015).

194 Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código civil. *Gaceta de Madrid*, n.º 206 (25 de julio de 1889).

exenta de crítica dado que se optó por el plazo anual con la consiguiente pérdida de la indemnización para los perjudicados que confiaron en el plazo de tres años.

Ya en el ámbito de la propiedad horizontal, fueron numerosas las acciones de impugnación de acuerdos comunitarios que resultaron desestimadas al no apercibirse los abogados de que el plazo de impugnación previsto en el Código civil de Cataluña se había reducido a dos meses frente al de tres meses que la Ley de propiedad horizontal prevé.¹⁹⁵ El legislador modificó posteriormente el artículo en cuestión por la Ley 5/2015, de 13 de mayo, para establecer el mismo plazo que el de la Ley de propiedad horizontal y evitar así la pérdida de derechos.

Tenemos, en este momento, una nueva discusión en los tribunales al respecto, ahora referida al plazo de prescripción de la acción de reclamación de cuotas comunitarias, sobre el que aún no ha tenido ocasión de pronunciarse el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

Las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Barcelona en acuerdo de unificación de criterios, adoptado en fecha de 15 de noviembre de 2019, consideramos que, aunque la determinación anual del montante de las cuotas comunitarias —importe que resulta del acuerdo de la junta y de la liquidación de la deuda en junta anual obligatoria donde se concretan las cuotas y el presupuesto de la comunidad— pudiera hacer pensar que estamos ante un supuesto subsumible en la situación de pagos periódicos prevista en el artículo 121-21.a) del CCCAT que prevé el plazo de prescripción de tres años, el artículo 553-5 del CCCAT obligaba a una interpretación distinta porque impone la afectación real del elemento común de que se trate al pago de las

cuotas ordinarias y extraordinarias, que correspondan a la parte vencida de la anualidad en curso y a los cuatro años anteriores. Ello había de llevarnos a concluir que esa afectación real por el término indicado resultaba incompatible con la prescripción limitada a tres años y a resolver la cuestión aplicando el término general de diez años. No obstante lo anterior, actualmente dicha cuestión ha sido

resuelta por la Sentencia del Tribunal Supremo 242/2020, de 3 de junio,¹⁹⁶ en respuesta a un recurso de casación interpuesto por interés casacional por existencia de jurisprudencia contradictoria de las audiencias provinciales,

195 Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal. *Boletín Oficial del Estado*, n.º 176 (23 de julio de 1960).

196 Sentencia del Tribunal Supremo, de 3 de junio de 2020 (ROJ : STS 1564 /2020).

sentencia que analiza la naturaleza de la acción y que, aunque referida a la aplicación de los artículos 1.964 y 1.966.3.º del CC español, es perfectamente aplicable a nuestro caso, en el que la duda que se suscita es entre el plazo previsto en el artículo 121-20 del CCCAT y el plazo establecido en el artículo 121-21 del mismo código.

La sentencia referida dice así:

(...) Partiendo de tal afirmación, frente a la discrepancia presente en las resoluciones de las audiencias provinciales, se ha de considerar aplicable a este supuesto el plazo de cinco años previsto en el citado artículo 1966-3.º, referido a las acciones ordenadas a exigir pagos que deban hacerse por años o en plazos más breves, situación en la que resulta plenamente subsumible el caso de la contribución de los comuneros a los gastos comunes establecida como obligación en el artículo 9.1.e) LPH, sin que el hecho de tratarse de una obligación prevista en la propia ley haya de determinar la aplicación de un plazo distinto de prescripción. Los presupuestos de la comunidad son anuales y en el ejercicio económico anual se producen los gastos correspondientes que han de ser satisfechos por los comuneros según la cuota asignada. Precisamente el aplazamiento por mensualidades de los pagos, en este caso de las cuotas de comunidad, responde a la necesidad de no sobrecargar a las economías familiares que podrían ser destinatarias de una reclamación muy cuantiosa. Es cierto que se trata de una obligación esencial para el desarrollo de la vida comunitaria y que cesar en los pagos supone —salvo casos especialmente justificados— una actuación insolidaria, pero del mismo modo resulta incomprensible que la comunidad deje transcurrir tan largo período de tiempo —en este caso, notablemente superior a los cinco años— para exigir el pago del comunero que reiteradamente falta al cumplimiento de sus obligaciones.

Esta doctrina se reitera en la Sentencia del Tribunal Supremo 182/2021, de 30 de marzo.¹⁹⁷

A falta de pronunciamiento del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, parece que deberemos aplicar el artículo 121.21.a) del CCCAT en cuya virtud prescriben a los tres años «Las pretensiones relativas a pagos periódicos que deban efectuarse por años o plazos más breves.»; ello, sin perjuicio de la interrupción de la prescripción a que, en su caso, tuviera que acudir la comunidad de propietarios para salvar la incompatibilidad a que nos referíamos en el

197 Sentencia del Tribunal Supremo, de 30 de marzo de 2021 (ROJ: STS 1265/2021).

acuerdo de unificación de criterios de las secciones civiles de la Audiencia Provincial de Barcelona adoptado en fecha de 15 de noviembre de 2019.

Intervenció de Marta Legarreta Fontelles

Advocada, especialista en dret civil

Considero que cal començar felicitant-vos absolutament a tots, també pel fet de ser aquí, analitzant i valorant vint anys d'un codi civil: el català.

Aquesta exposició versarà sobre l'anàlisi de la Llei 5/2006, de 10 maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals.¹⁹⁸ És un llibre que m'apassiona i que considero que demostra la capacitat innegable d'aprenentatge del legislador català, qui és capaç d'analitzar i percebre com s'apliquen les normes, com es resolen els conflictes que es generen en interpretar-les, tant en l'àmbit privat com en la resolució dels conflictes judicialitzats; i és capaç, també, de copsar-ho en la norma, sense que li tremoli el pols en modificar-la, adaptar-la, corregir-ne disfuncions, mancances o imprecisions o, fins i tot, derogar-la si no aconsegueix complir la funció que se li atribueix..

El llibre cinquè es pot definir com un excel·lent exemple de codificació moderna amb regulació completa sense fer refosos de lleis anteriors, tot i que entre els anys 2000 i 2002 es van aprovar nombroses i importants lleis en matèria de drets reals limitats. D'aquí va sorgir la Llei 29/2002, de 20 de desembre, Primera llei del Codi civil de Catalunya.¹⁹⁹

El llibre cinquè és modern i agosarat: va incloure en el dia a dia jurídic de 2006 a Catalunya normes que el legislador estatal trigaria anys a adoptar. Es tracta de cinquanta-nou articles que abasten, pràcticament, qualsevol situació que pugui sorgir en matèria de propietat horitzontal, i ho fan amb cura i detall. És innegable que hi van participar tots els operadors jurídics que poden intervenir en propietat horitzontal i, amb tota seguretat, això és el que ha

198 Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 4640 (24 de maig de 2006).

199 Llei 29/2002, de 30 de desembre. Primera llei del Codi civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 3798 (13 de gener de 2003).

fet que aquest codi doni tan bons resultats i, a més, concordi amb la realitat jurídica.

La perfecció, la utilitat i la cura del legislador català ha evitat molta conflictivitat en una matèria tan essencial com l'habitatge, un bé tan preuat i escàs en els temps que corren.

Em centraré ara en les situacions de comunitat del títol v i em referiré especialment al capítol III, del règim de la propietat horitzontal.

El 2006 s'aprovà el règim de propietat horitzontal català, marc normatiu propi de Catalunya, regulat al llibre cinquè, títol v, capítol III, i format per cinquanta-nou articles (estatals, vint-i-un). Per tant, és un règim molt més detallat i regula tres modalitats diferents de propietat horitzontal: a) la propietat horitzontal simple (articles 553-33 a 553-47); b) la propietat horitzontal per a parcel·les o urbanitzacions privades (articles 553-53 a 553-59) i; c) la propietat horitzontal complexa (articles 553-48 a 553-52).

El legislador català va demostrar, i continua demostrant, que aprèn dels errors propis i que legisla amb capacitat crítica d'anàlisi i millora. Això és el que va passar amb la reforma de la Llei 5/2015, de 13 de maig,²⁰⁰ vigent des del 20 de juny de 2015, que va introduir modificacions a la Llei 5/2006, de 10 de maig, fonamentades, tal com s'esmentava en el preàmbul, en l'obligació de revisar les lleis existents i corregir-ne les disfuncions, contrasentits i imprecisions que l'aplicació pràctica a la realitat quotidiana hagi posat de manifest; alhora, es va coordinar i harmonitzar amb les altres parts del llibre cinquè mateix i els altres llibres del Codi civil de Catalunya.

Un clar exemple d'aquest esforç és la substitució del terme «edifici» pel més adequat d'«immoble» en tots els preceptes corresponents. El resultat és claredat i, sobretot, efectivitat jurídica del règim.

La reforma per part de la Llei 5/2015, de 13 de maig, va ser substancial. De fet, fins i tot es parlava d'una nova regulació, que resolvia qüestions de les quals, en la pràctica jurídica, s'havia constatat que generaven conflictivitat o problemàtiques en l'aplicació. En citaré algunes:

- Si, en la regulació del 2006, la constitució del règim de propietat horitzontal era totalment voluntària i constitutiva, per conferir seguretat jurídica, es dona una nova redacció a l'article 553-2.2 del CCCAT i s'accepta que es

200 Llei 5/2015, del 13 de maig, de modificació del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 6875 (20 de maig de 2015).

pugui tenir per constituïda de fet i se li apliquin les normes de la comunitat si s'acompleixen els requisits corresponents.

- S'estableix la ineficàcia de les clàusules de modificació unilateral per part del promotor consistents a canviar el títol constitutiu i decidir sobre acords exclusius en junta (article 553-9.5 del CCCAT). Queda resolt que, en supòsits determinats, com és el cas de les reserves de dret de sobreedificació, subedificació, edificació, divisió, segregació o agrupació d'entitats, si estan previstes al títol constitutiu, no cal el consentiment de la junta encara que modifiquin el títol constitutiu.

- Respecte l'afecció real i les despeses de la comunitat, s'amplia el període d'afecció real de l'article 553-5 del CCCAT per raó de les despeses comunes, ordinàries i extraordinàries i del fons de reserva que corresponguin a la part vençuda en relació amb l'any en curs i els quatre anys immediatament anteriors. Es passa de l'any en curs i l'any immediatament anterior que s'havia previst el 2006, a l'any en curs més els quatre immediatament anteriors. Així se supera la regulació estatal que establia l'any en curs més els tres immediatament anteriors.

- S'atorga als deutes comunitaris del caràcter de crèdit preferent de caràcter especial sobre l'element privatiu.

- S'estableix i es concreta l'obligació del certificat relatiu als deutes de comunitat en les transmissions oneroses dels elements privatis, per protegir tant l'adquirent com la comunitat mateixa, de manera que es regularitza la situació.

Aquests certificats són font de problemes, ja que els administradors els cobren com a despesa extra i, en ocasions, els redacten introduint manifestacions que van més enllà del fet d'estar al corrent de pagament.

- S'estableix una comptabilitat separada per a fons de reserva i gestió en un compte bancari especial. Clarament, és en resposta al fet que administradors de finques o secretaris se n'haguessin apropiat, i s'aclareix que és de titularitat de la comunitat, sense que el propietari que transmet tingui dret a reclamar la devolució. El fons de reserva és una provisió per fer front a actuacions de gran manteniment, reparacions, rehabilitació, instal·lació de nous serveis comuns, seguretat o reforma dels elements comuns de l'edifici.

- Pel que fa a l'article 553-11.3 del CCCAT, referent als estatuts i la seva eficàcia si no s'han inscrit en el Registre de la Propietat, la redacció anterior deia que les normes no inscrites no eren oposables a terceres persones. La nova

redacció, en canvi, estableix que les normes no inscrites no poden perjudicar tercers adquirents de bona fe. Per tant, els estatuts no inscrits poden ser oposables a tercers que no eren de bona fe perquè, abans de l'adquisició, onerosa o gratuïta, coneixien el contingut de la limitació.

- Es fa una reforma profunda de l'organització de la comunitat.

- Se suprimeix l'obligació de fer una primera i segona convocatòria de la junta (article 553-23.1 del CCCAT), la qual es considera constituïda vàlidament amb independència del nombre de propietaris que hi concorren i les quotes dels presents i representats.

Després de vetllar durant anys per un sistema de doble majoria de propietaris i quotes, es va decidir eliminar la possibilitat d'una segona convocatòria en què operava el sistema de la majoria de les quotes dels presents i representats i es va acordar que les juntes s'han de celebrar en primera i única convocatòria i que els acords s'han d'adoptar pel sistema de doble majoria de propietaris i quotes.

S'elimina així el debat de quan havia començat la reunió en primera convocatòria si després arribava gent a la segona que s'hi volia incorporar, modificar quòrums de les votacions, etc.

- S'incorporen les noves tecnologies com a mecanismes per fer notificacions i requeriments per correu electrònic. La pandèmia de la COVID-19 ha constatat la viabilitat, amb les precisions i advertències corresponents, de les juntes telemàtiques i les videoconferències (article 553-22.1 del CCCAT).

- Es corregeixen contradiccions en els terminis de custòdia de la documentació de la comunitat (article 553-28.2 del CCCAT en relació amb el 553-17 que regula la secretaria).

- Es concreten i perfilen les funcions dels òrgans de la comunitat i es regula, a l'article 553-16.2 del CCCAT, que el president, necessàriament, ha de ser propietari, sota pena de nul·litat dels actes fets per qui no és propietari i exerceix el càrrec de president. Es reitera l'obligació de l'exercici del càrrec que, a manca de candidats, serà per torn rotatori o per sorteig entre les persones que no l'han exercit, però no es dona solució als supòsits d'excuses per al torn de sorteig si concorren causes com ara edat avançada, no residir a l'immoble, raons de salut, dedicació laboral, etc. De totes maneres, el problema es pot salvar delimitant als estatuts les causes d'excusa.

- Es regula amb claredat la vicepresidència, que en la redacció de l'any 2006 tenia una regulació confusa. I se cerca una professionalització de la se-

cretaria quan recau en un professional administrador de finques (article 553-15.2 del CCCAT).

- Per evitar controvèrsies, l'article 553-25.1 del CCCAT estableix que tots els acords han de constar a l'ordre del dia i que els propietaris que ho sol·licitin — lògicament, abans de la convocatòria— han de poder traslladar al president la petició d'inclusió de temes a l'ordre del dia.

- Sense cap mena de dubte, la reforma més important és la del règim d'adopció dels acords en relació amb les majories exigides, que unifiquen la dispersa regulació anterior i s'agrupen en dos preceptes: el 553-25 del CCCAT, del règim general d'acords per majoria simple de propietaris i quotes, que recupera el sistema de doble majoria, el 553-26.1, per la unanimitat restringida als supòsits més imprescindibles, i el 553-26.2, pel règim de majoria qualificada de 4/5 parts de propietaris i quotes.

- Es dona solució al problema del càmput del vot de l'absent, de l'abstenció que computa a favor de la majoria, reforçant-la, i del vot corresponent als elements comuns d'us privatiu, que obliga a incorporar l'advertència expressament a les convocatòries.

- L'article 553-25.3 del CCCAT, en referència als immobles en proindivís, tot i que jurisprudencialment estava clar, estableix que cal deixar constància que, en cas de pertinença a diferents propietaris, aquests tenen conjuntament un vot únic indivisible per raó de la propietat de l'element privatiu.

- Es concreta la delegació del vot (article 553-22.4 del CCCAT), que ha de ser expressa amb la possibilitat de designar, a l'escrit de delegació, què es vol votar en cada punt.

- Es fa una distinció explícita entre els acords de formació instantània i els de formació successiva en què cal esperar un mes des de la notificació de l'acta de la junta per conèixer la voluntat dels absents i, en funció de si s'oposen o no, saber si l'acord ha obtingut el quòrum necessari per adoptar-lo.

- Curiosament, no es va voler resoldre la problemàtica de si no s'aconsegueix la doble majoria, però no hi ha dubte que el procés d'equitat no opera i, per tant, no hi haurà acord. El president no té vot diriment.

Segurament, i atès que es decanta per la mediació, el legislador confia en aquest recurs per resoldre la controvèrsia. Mediació i arbitratge s'incorporen expressament com a mitjans alternatius de solució de controvèrsies que es poden incorporar als estatuts.

- A l'article 553-27.2 del CCCAT es deixa clar quin ha de ser el contingut de l'acta, en què ha de constar el recompte de vots a favor i en contra.

- Si els mitjans de solució de controvèrsies no funcionen i cal impugnar l'acord, es regula aclarint la conflictivitat judicial sorgida en la interpretació del *dies a quo* per exercir l'acció d'impugnació dels acords de la junta (article 553.31.3 del CCCAT), que establia que l'acció s'havia d'exercir en el termini de dos mesos a comptar des de la notificació de l'acord, però sense diferenciar entre presents (que ja sabien el resultat de l'acord en la pròpia junta) i absents. La Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 10/2013, de 31 de gener de 2013,²⁰¹ va ser determinant en la modificació de l'article 553-31.4 del CCCAT, que expressament ha introduït que «els terminis es compten des de la notificació de l'acta o de l'annex de l'acta, segons el cas». Per tant, el fet determinant és la notificació de l'acta, amb independència de si s'era present o absent.

De la mateixa manera, s'amplia el termini de dos mesos, que era molt escàs, i es recupera el termini de tres mesos per impugnar els acords contraris als interessos de la comunitat o greument perjudicials per a un dels propietaris. I es manté el termini d'un any per als acords que siguin contraris a la llei, al títol de constitució o als estatuts, o que impliquin abús de dret.

Es destaca, també, que només està legitimat per impugnar el propietari que ha votat en contra.

- Segons l'article 553-29 del CCCAT, els acords son executius des de la seva adopció. Així es trenca amb la redacció anterior, que preveia que fossin executius des de la notificació i que impedia executar-los si no es podien notificar.

- Es redueix al quòrum de majoria simple l'adopció de l'acord de la participació en les despeses per ús i gaudi especialment intensiu, però ho acota a l'exercici d'activitats empresarials o professionals (article 553-45.4 del CCCAT) en casos en què no hi hagi previsió estatutària al respecte i sempre que no superin el doble del que li correspondria per quota.

- No es pot privar els comuners de l'ús dels elements comuns sense que hi hagin consentit. Cal el consentiment del propietari afectat (article 553-24.4 del CCCAT), tant per als acords que modifiquen la quota de participació com per als que priven de facultats d'ús i gaudi dels elements comuns o els que determinen l'extinció del règim de propietat horitzontal simple o complexa.

201 Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, de 31 de gener de 2013 (ROJ: STSJ CAT 689/2013).

- Queda clara la llibertat dels propietaris per deixar l'habitatge en local i a l'inrevés, si no hi ha cap restricció al respecte al títol constitutiu o als estatus (553-36 CCCAT).

- Es regula el consentiment tàcit de la comunitat enfront de les obres in-consentides si la comunitat no s'ha oposat en el termini de caducitat de quatre anys a comptar des de la finalització, sempre que l'obra sigui notòria, no disminueixi la solidesa de l'edifici ni comporti l'ocupació d'elements comuns o la constitució de servituds.

- Respecte de la secció segona referent a la propietat horitzontal simple, les precisions introduïdes en la configuració dels elements privatis en benefici comú han estat determinants i s'han suprimit les restriccions injustificades de la disposició de l'ús i gaudi dels annexos.

- Es fomenta el compliment de l'obligació de comunicar el canvi de titularitat de l'element privatiu (article 553-37.3 del CCCAT), tot establint una obligació solidaria del transmissor i l'adquirent respecte dels deutes que es generin fins a la notificació efectiva.

La fugida de la legislació estatal, que obliga el transmissor a comunicar, i que va portar a la regulació catalana del 2006 a regular que fos l'adquirent l'obligat a comunicar, es va demostrar inoperativa, motiu pel que es va rectificar.

- S'incideix en la possibilitat de constituir servituds permanents en acords de supressió de barreres arquitectòniques (article 553-39.2 del CCCAT), com pot ser el cas de la instal·lació de l'ascensor, i s'elimina el consentiment necessari del propietari afectat, a qui s'expropiarà per la constitució de la servitud i haurà de ser degudament indemnitzat.

- Regula les situacions, tan concurrents als tribunals, de discussió sobre a qui pertoca l'obligació de conservar els elements comuns d'ús privatiu (article 553-44 del CCCAT) com ara terrasses, patis d'ús exclusiu, etc., i ho fa aplicant el criteri que el Tribunal Suprem mantenia de derivar la responsabilitat a la comunitat si els problemes es deuen a vicis de construcció o estructurals, originaris o sobrevinguts, o les reparacions afecten tot l'immoble, excloent-ne expressament el cas que siguin conseqüència del mal ús o mala conservació del propietari que en té atribuït l'ús.

El procés monitori de propietat horitzontal, que va generar enormes problemàtiques als tribunals i evidents discriminacions enfront de criteris disperss en matèria de costes, va ser objecte d'una redacció d'acord amb les competèn-

cies, que la fes operativa en condicions d'igualtat. L'article 553-47 del CCCAT estableix que s'ha de procedir de conformitat amb la legislació estatal i que la documentació a aportar és un certificat de la comunitat, el contingut del qual es concreta a l'article mateix.

- A l'article 553-36.3 del CCCAT es va recollir una novetat molt rellevant en referència als punts de recàrrega de vehicle elèctric. S'hi establí la mecànica que calia seguir per sol·licitar-los i els documents que cal aportar. Així, la comunitat pot proposar una fórmula alternativa si li convé per a interessos propis. En aquest cas, la comunitat n'ha de suportar el cost i l'execució ha de tenir lloc en dos mesos. En cas contrari, el propietari pot tirar endavant la seva instal·lació.

En la mateixa línia d'adaptació als temps actuals, hi ha hagut una nova reforma «de calat» de resultes del Decret llei 28/2021, de 21 de desembre,²⁰² que ha modificat novament el llibre cinquè a fi i efecte d'incorporar la regulació de les instal·lacions per a la millora de l'eficiència energètica o hídrica i dels sistemes d'energies renovables als edificis sotmesos a propietat horitzontal.

L'eficiència energètica ja va ser un objectiu del legislador del 2015, qui, per fomentar-la, va establir un quòrum de majoria simple. Es continua, doncs, en la mateixa línia, i les novetats que s'introdueixen es refereixen, bàsicament, a tres aspectes.

El primer estableix un quòrum de majoria simple de quotes i propietaris a favor per a l'adopció d'acords relatius a l'execució d'obres i instal·lacions d'infraestructures que millorin l'eficiència energètica o hídrica dels edificis i energies renovables.

El segon, estretament relacionat amb el primer, es refereix als contractes de finançament a favor de la comunitat per fer front a despeses derivades de l'execució d'obres de supressió de barreres arquitectòniques, infraestructures de telecomunicació, millora d'eficiència energètica i instal·lació de punts de recàrrega elèctrica. Els acords corresponents també requereixen la majoria simple, excepte quan el termini de devolució superi els quinze anys. En aquest cas, cal, el quòrum reforçat de 4/5 parts de quotes i propietaris.

202 Decret llei 28/2021, de 21 de desembre, de modificació del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, per incorporar la regulació de les instal·lacions per a la millora de l'eficiència energètica o hídrica i dels sistemes d'energies renovables en els edificis sotmesos al règim de propietat horitzontal, i de modificació del Decret llei 10/2020, de 27 de març, pel qual s'estableixen noves mesures extraordinàries per fer front a l'impacte sanitari, econòmic i social de la COVID-19, en l'àmbit de les persones jurídiques de dret privat subjectes a les disposicions del dret civil català. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8569 (23 de desembre de 2021).

Finalment, i per al cas de propietaris en desacord amb les despeses originades per obres de millora d'eficiència energètica o hídrica, s'estableix que els propietaris estan obligats per l'acord si el valor total de la despesa, descomptades subvencions i ajudes públiques, no excedeix les 3/4 parts del pressupost anual de la comunitat.

Val a dir que és una llàstima que, per pocs mesos, no s'hagi pogut establir, en aquesta modificació de la propietat horitzontal, quines partides conformen aquest pressupost. El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en sentència d'11 de juliol de 2022,²⁰³ ha volgut, concretant en resoldre un cas defensat pel nostre despatx, fixar doctrina sobre quines partides cal incloure i excloure del pressupost anual de la comunitat de propietaris a efectes del càlcul i exoneració que comprèn l'article 553-30.2 del CCCAT.

Cal posar aquestes modificacions directament en relació amb la possibilitat continguda a l'article 553-30 del CCCAT de vetar l'ús de noves instal·lacions o nous serveis a comuns que no les paguin o que no en paguin el manteniment.

Respecte de la secció tercera de la propietat horitzontal complexa i la quarta de la propietat horitzontal per parcel·les, en essència, es va mantenir el contingut tot reforçant el principi de l'autonomia privada en la propietat horitzontal per parcel·les, eliminant, això sí, la referència al terme «urbanitzacions». Es van millorar aspectes referents a la inscripció.

Ens queda per abordar una modificació del llibre cinquè que es va aprovar mesos després que s'aprovés la modificació referent a la propietat horitzontal i que, per mitjà de la Llei 19/2015, de 29 de juliol,²⁰⁴ incorpora als drets reals del Codi civil de Catalunya dues formes de propietat noves, dues figures noves: la propietat temporal i la propietat compartida.

No podem obviar que van ser objecte de recurs d'inconstitucionalitat que la sentència del Tribunal Constitucional de 6 de juliol de 2017 va resoldre,²⁰⁵ declarant la constitucionalitat de la propietat temporal, especialment per la utilitat que tenia d'afavorir que més persones puguin ser propietàries del seu habitatge.

203 Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 42/2022, d'11 de juliol (ROJ: STSJ CAT 7372/2022).

204 Llei 19/2015, del 29 de juliol, d'incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 6927 (4 d'agost de 2015).

205 Sentència del Tribunal Constitucional 95/2017, de 6 de juliol. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 191 (11 d'agost de 2017).

A l'ordenament jurídic català ja hi ha figures de propietat temporal, com ara el dret de superfície, la donació amb clàusula de reversió, la condició resolutorià i, fins i tot, la substitució fideïcomissària. Són figures que ens recorden el cens o la propietat ordinària, però no deixen de ser figures estranyes importades.

La propietat temporal es concep com una modalitat de propietat a termini que confereix a qui n'és titular el domini d'un bé per un termini cert i determinat, que quan venci passarà al propietari successiu.

S'és propietari d'un bé per un període de temps limitat, transcorregut el qual el transmissent ostenta un dret de reversió; és a dir, que, passat el termini, el bé tornarà al propietari successiu, que pot ser el propietari original o bé, si aquest dret s'ha transmès, el nou propietari titular del dret de reversió. Es podria equiparar amb les concessions administratives temporals de places d'aparcament.

La propietat compartida es concep com a una concurrència de titularitats que confereix al titular material una quota de domini, a més de la possessió, l'ús i el gaudi exclusius del bé i el dret a adquirir de forma gradual la quota restant de l'altre titular, anomenat «titular formal». La propietat compartida exclou l'acció de divisió.

El propietari material adquireix una quota inicial (pagant una entrada del 20%) i, progressivament, amb les quotes que abona, va adquirint la resta (el 80%). Cada part té una quota de domini, que es pot transmetre lliurement a tercers.

Es tracta d'una genialitat del legislador català que cerca introduir models de règims jurídics d'altres països al nostre ordenament, amb l'objectiu clar de resoldre el problema de l'accés a l'habitatge, tot cercant un mercat immobiliari nou que sigui assequible per a més persones, de manera que s'aprofitin la flexibilitat del lloguer i l'estabilitat de la propietat.

Conceptualment, sembla adreçat a una classe mitjana-baixa o a una classe baixa-alta que ha de cobrir l'habitatge com a necessitat bàsica de la persona, però que no pot obtenir ajuts ni recórrer al mercat lliure. A més, l'opció del lloguer no encaixa perquè mantenen com a ideologia que «pagar lloguer és llençar els diners». Aquests models de propietat es conceptualitzen com a dret de propietat a què s'accedeix per unes vies d'adquisició més flexibles.

Però la realitat és que no hi ha hagut aplicació pràctica d'aquestes figures, ni tan sols l'Administració, estatal, autonòmica o local, les ha fetes servir. Són

grans propostes que aporten avantatges per als propietaris i una activitat econòmica prolongada, però que, si no es doten de mitjans, queden totalment desvirtuades.

Cal que els ciutadans les coneguin, fomentar que fons voltor amb un important parc immobiliari hi vegin una manera de desenvolupar l'activitat. Però tot això comporta que administrativament se'ls doti de mesures i beneficis fiscals. Cal incentivar-ne el coneixement i l'ús.

Taula rodona: «Les obligacions i els contractes»

Carles-Enric Florensa i Tomàs

President de la Secció d'Obligacions i Contractes de la Comissió de Codificació de Catalunya i catedràtic de Dret Civil a la Universitat de Lleida

La tècnica del «codi obert» permet que avui puguem celebrar el vintè aniversari de la Primera llei del Codi civil de Catalunya (Llei 29/2002, de 30 de desembre)²⁰⁶ i, alhora, que aquesta taula rodona que m'honora moderar giri entorn del seu llibre sisè,²⁰⁷ que és un text legal amb només cinc anys de vigència i que, en aquest temps curt, no ha restat al marge de previsible vicissituds. Les tres persones que ens acompanyen, juristes de prestigi reconegut i actora i actors protagonistes de la tasca codificadora, tant des del vessant legislatiu com des de la interpretació i aplicació del dret, han bastit les seves intervencions al voltant, precisament, d'algun dels esdeveniments que han tingut lloc: des del significat de l'aparició del llibre sisè en el context codificador, fins a l'exemple paradigmàtic del dinamisme de la tasca codificadora en què la modificació legislativa d'un text recent consisteix, passant per la perspectiva ineludible de l'exercici de la competència exclusiva en matèria civil i de la seva interpretació, en aquest cas, en relació amb el límit de les «bases de les obligacions contractuals».

En aquesta presentació de la taula rodona m'aturo en el darrer aspecte esmentat, és a dir, en l'exercici de la competència. Segurament, són diverses les raons que justifiquen o, si més no, expliquen per què el darrer llibre previst

206 Llei 29/2002, de 30 de desembre. Primera llei del Codi civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 3798 (13 de gener de 2003).

207 Llei 3/2017, del 15 de febrer, del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, i de modificació dels llibres primer, segon, tercer, quart i cinquè. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 7314 (22 de febrer de 2017).

—el sisè—, en la divisió estructural que del Codi civil de Catalunya en va fer a l'article 3. f) de la Primera llei, ha estat també el darrer en ser publicat, amb un parèntesi temporal de set anys després del llibre segon²⁰⁸ i a costa de mantenir, durant aquest temps, la vigència parcial del títol primer del llibre quart de la Compilació del Dret civil de Catalunya de 1984,²⁰⁹ amb un contingut certament residual a l'entorn de la rescissió per lesió i la venda a carta de gràcia.

No em sembla que sigui molt arriscat afirmar que la conveniència social i jurídica de legislar sobre la matèria de les obligacions i els contractes i, per tant i com a exemple paradigmàtic, sobre el contracte de compravenda com el principal instrument jurídic al servei de l'intercanvi econòmic de béns i serveis, acostumava a topiar amb una justificada prevenció sobre l'oportunitat política de fer-ho davant l'espasa de Dàmocles que, configurada com una matèria reservada en exclusiva a favor de l'Estat per l'article 149.1.8a de la Constitució espanyola²¹⁰, representaven les anomenades «bases de les obligacions contractuals».

Sortosament, avui ens trobem en una situació ben diferent: des d'una visió retrospectiva, la ferma determinació d'endegar i culminar la iniciativa legislativa entorn la matèria relativa a les obligacions i contractes amb la Llei 37/2017, del 15 de febrer, del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, ha estat un encert polític i jurídic, entre d'altres raons perquè el seu contingut ha restat, finalment, gairebé intacte després del «control de constitucionalitat», dut a terme pel Dictamen 1/2017, de 26 de gener, del Consell de Garanties Estatutàries²¹¹ i, sobretot, per la Sentència del Tribunal de Constitucional 132/2019, de 13 novembre.²¹²

Des del Departament de Justícia, Drets i Memòria, per mitjà de la seva Direcció General de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació i de la Comissió de Codificació, continuem treballant en aquesta mena de *work in progress* codificador perquè, al contrari dels altres cinc llibres del Codi civil, que van néixer tendencialment complets, la llei del llibre sisè, com hom sap, només representa

208 Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5686 (5 d'agost de 2010).

209 Llei 13/1984, de 20 de març, sobre la Compilació del Dret civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 436 (23 de maig de 1984).

210 Constitució espanyola de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 311 (29 de desembre de 1978).

211 Es pot consultar en l'enllaç següent: DCGE_01_2017

212 Sentència 132/2019, de 13 de novembre. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 304 (19 de desembre de 2019).

ser una «Primera llei» d'aquest llibre, imitant així la Primera llei del Codi civil de Catalunya que ara compleix vint anys.

I feta aquesta breu introducció, que té només el propòsit d'emmarcar el contingut de la taula rodona dedicada a les obligacions i els contractes, passaré a presentar breument a cadascuna de les persones que la integren abans de les seves respectives intervencions. Com que són prou conegudes per tothom, compartiré amb vostès els trets professionals bàsics del seu currículum per situar-nos degudament davant d'elles, no sense abans agrair-les novament, de manera ben sincera, la seva generositat i la seva disponibilitat en haver acceptat aquest encàrrec.

El primer intervingent és l'Honorable Sr. Joan Egea Fernández, catedràtic (emèrit) de la Universitat Pompeu Fabra (UB), acadèmic de número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya i membre numerari de l'Institut d'Estudis Catalans.

Com a vocal que va ser de l'Observatori del Dret Privat de Catalunya, va participar en l'elaboració de diversos avantprojectes de llei en l'àmbit de dret civil català, entre els que hom pot destacar els relatius, precisament, a la Primera llei del Codi civil de Catalunya (llibre primer), a més dels de la Llei del llibre segon (persona i família) i de la Llei del llibre quart (successions). Va tenir també una intervenció destacada en l'Avantprojecte de llei dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència.

A banda d'altres càrrecs científics i de gestió universitària, és oportú destacar en aquest fòrum la seva llarga i solvent trajectòria en el Consell de Garanties Estatutàries (23/11/2009-09/05/2022): per designació del Parlament de Catalunya, l'any 2009 va ser nomenat membre d'aquest Consell, del qual va ser elegit vicepresident i després, l'any 2013, president, càrrec que va exercir fins al maig de 2022, quan es va procedir a la renovació de l'òrgan. Durant la seva presidència es va publicar l'important Dictamen 1/2017, de 26 de gener, sobre el Projecte de llei del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, del contingut del qual en va ser el màxim responsable per raó de la matèria.

La seva intervenció porta per títol «De l'autocontenció al ple desenvolupament legislatiu en matèria d'obligacions i contractes. Les bases de les obligacions contractuals segons la STC 132/2019».

A continuació tinc l'honor de presentar l'Excel·lentíssim Sr. Juan Antonio Xiol Ríos, magistrat del Tribunal Constitucional des del 12 de juny de 2013 i vicepresident del mateix Tribunal des del 22 de novembre de 2021 (fins al seu

cessament, per renovació de l'òrgan, el 9 de gener de 2023). La seva dedicació a la carrera judicial, des que va ingressar-hi per oposició l'any 1971, és certament llarga, exemplar i prestigiosa, tot havent començat per exercir el càrrec de Jutge de Primera Instància i Instrucció a Cervera (Lleida) fins a arribar a la més alta magistratura constitucional. Entremig, una densa activitat judicial, jurisdiccional i representativa: el 1987 fou nomenat magistrat del Tribunal Suprem, com a magistrat especialista de la Sala del Contenciós-Administratiu; el 1990 fou designat pel Senat, vocal del Consejo General del Poder Judicial, però el 1996, per renúncia al càrrec, es va reincorporar al Tribunal Suprem, per exercir la funció de magistrat de la Sala Tercera; el juliol de 2005 fou nomenat president de la Sala Primera del Tribunal Suprem, càrrec que va exercir fins al juny de 2013.

En aquesta presentació cal posar l'èmfasi en el protagonisme de Xiol com a ponent de la transcendental i «sorprenent» Sentència del Tribunal Constitucional 132/2019, de 13 novembre que, tot pronunciant-se a favor de la constitucionalitat de la Llei 37/2017, del 15 de febrer, del llibre sisè, proposa dotar per primer cop d'un contingut específic a les «bases de les obligacions contractuals», i a la qual, tothom al qui ocupa i preocupa el desenvolupament del dret civil de Catalunya, li ha dedicat el temps necessari per estudiar-la. Un ampli sector de la comunitat jurídica la va rebre de manera gairebé entusiàstica perquè, malgrat els clars obscurs i tal com ha recordat el professor Egea, no va deixar de ser una sorpresa agradable si es tenen en compte els pronunciaments anteriors del Tribunal Constitucional en aquest àmbit competencial, tant en relació amb Catalunya com amb d'altres comunitats autònomes amb competències sobre dret propi i, per tant, podia considerar-se justificadament com una porta oberta cap a un futur optimista en aquest mateix àmbit.

Juan Antonio Xiol ens parlarà sobre l'«Abast competencial del dret civil català en matèria d'obligacions i contractes».

La professora Esther Arroyo és catedràtica de dret civil de la Universitat de Barcelona i titular d'una Càtedra Jean Monnet de dret privat europeu (2015-2018 i 2019-2022). La seva vàlua jurídica també l'ha dut a ser membre de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat des de l'any 2020. Actualment és professora de dret privat comparat i contractual europeu de la Universitat de Barcelona i, darrerament, s'està ocupant dels reptes de la revolució digital per a un dret modern del comerç electrònic, la qual cosa resulta certament remarcable per enllaçar amb la seva intervenció.

La professora Arroyo és, així mateix, vocal de la Secció d'Obligacions i Contractes de la Comissió de Codificació de Catalunya i, com a tal, ha pres part activa en els diversos treballs legislatius encomanats per la Direcció General i el Departament. Amb aquesta condició, ha estat una de les coautores del que, en la meua introducció, he referit com un exemple paradigmàtic del dinamisme de la tasca codificadora. En efecte, el llibre sisè, el curt trajecte des de la seva entrada en vigor, ha estat objecte ja d'una recent i, per ara única, modificació arran l'obligada transposició de les Directives (UE) 2019/770 i 2019/771, relatives als contractes de subministrament de continguts i serveis digitals i al de compravenda de béns, respectivament. Doncs bé, la Dra. Arroyo va participar activament en aquesta transposició tot formant part del grup de treball encarregat de dur a terme les propostes articulades prelegislatives, a partir d'un dictamen previ que havien fet les professores Lídia Arnau i Mariló Gramunt (UB), del que finalment fou el Decret llei 27/2021, de 14 de desembre (DOGC 16.12.2021).

Per aquestes raons, entre d'altres que ara obvio, ha estat avui convidada a prendre part en la taula rodona amb la intervenció que porta per títol «La digitalització del dret de contractes en el llibre sisè del Codi civil de Catalunya».

La digitalització del dret de contractes al llibre sisè del Codi civil de Catalunya

Esther Arroyo Amayuelas²¹³

**Catedràtica de Dret Civil a la Universitat de Barcelona
i vocal de la Secció d'Obligacions i Contractes
de la Comissió de Codificació de Catalunya**

Introducció

El procés de codificació del dret civil català continua el seu progrés i, sens dubte, el fenomen progressiu i gradual d'harmonització del dret a Europa ha donat impuls a l'activitat legislativa a Catalunya. En particular, ha estat així a propòsit de la codificació del dret de contractes. L'exemple més vistent és el que proporciona la regulació de la compravenda i els contractes sobre elements digitals i és, també, el més recent. Les dues directives que han propiciat la reforma i modernització del llibre sisè del Codi civil de Catalunya²¹⁴ són la 770/2019 (sobre subministrament de continguts i serveis digitals, DCI)²¹⁵ i la 771/2019 (sobre compravenda de béns mobles, DCV).²¹⁶ També les ha propiciades el Decret llei 7/2021, de 14 de desembre,²¹⁷ que la

213 La contribució forma part de la recerca efectuada en el si del Grup de recerca en dret civil català de la Universitat de Barcelona (2021 SGR 00347).

214 Llei 3/2017, del 15 de febrer, del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, i de modificació dels llibres primer, segon, tercer, quart i cinquè. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 7314 (22 de febrer de 2017).

215 Directiva (UE) 2019/770 del Parlament europeu i del Consell, de 20 de maig de 2019, relativa a determinats aspectes dels contractes de subministrament de continguts i serveis digitals. *Diari Oficial de la Unió Europea*, L 136 (25 de maig de 2019).

216 Directiva (UE) 2019/771 del Parlament europeu i del Consell, de 20 de maig de 2019, relativa a determinats aspectes dels contractes de compravenda de béns, per la qual es modifiquen el Reglament (CE) núm. 2017/2394 i la Directiva 2009/22/CE i es deroga la Directiva 1999/44/CE. *Diari Oficial de la Unió Europea*, L 136 (25 de maig de 2019).

217 Decret llei 7/2021, de 9 de febrer, de mesures extraordinàries en matèria de cooperatives, empreses i entitats de l'economia social, coma conseqüència de la crisi derivada de la COVID-19 i de modificació del Decret llei

norma catalana de transposició, que modifica diversos preceptes de la secció primera del capítol I del títol II del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, sobre la compravenda, i crea una nova secció quarta, sobre el subministrament de continguts i serveis digitals. Són normes que es fan ressò de la tendència creixent a contractar en línia i en el món virtual, la qual cosa indica que tan important com la propietat (permanent) dels béns tangibles ho és l'accés, més o menys continu, més o menys temporal, i no necessàriament indefinit, a altra mena de béns o serveis.

La transposició d'ambdues directives al Codi civil de Catalunya ha exigít prendre decisions no sempre fàcils, perquè, ateses les presses amb què es va decidir incorporar la norma a l'ordenament jurídic català, les instruccions van ser la de fer tants canvis com fos necessari, però també tan pocs com fos possible, per no alterar l'estructura dels capítols i les seccions ja existents i, en la mesura del possible, tampoc alterar la numeració dels antics preceptes. En part, això ha condicionat el marge d'actuació i la llibertat per decidir de la Secció d'Obligacions i Contractes de la Comissió de Codificació de Catalunya, que no ha pogut incorporar la significativa quantitat de matèries que els nombrosos atesos de les directives suggereixen que el legislador nacional reguli (però hi ha excepcions, com ara la representada per l'article 621-38.5 del CCCAT). La incorporació de les dues directives esmentades al paràgraf anterior en el Codi permet expandir la regulació a contractes que no són exclusivament de consum (sens perjudici de les especialitats necessàries). A més, la inserció en un cos sistemàtic de normes permet evitar reiteracions innecessàries de regulacions que són idèntiques en totes dues directives.

1. L'immaterial com a objecte del contracte

Com a qüestió prèvia a la regulació de la conformitat i els remeis, que és el mínim comú denominador de totes dues directives [la 770/2019 (sobre subministrament de continguts i serveis digitals, DCD) i la 771/2019 (sobre compravenda de béns mobles, DCV)], el legislador català ha hagut de modificar a l'article 621-3 del CCCAT l'objecte de la compravenda, per incloure tant els béns immaterials que no són drets (per exemple, un videojoc) com els

16/2020, de 5 de maig, de mesures urgents complementàries en matèria de transparència, ajuts de caràcter social, contractació i mobilitat per fer front a la COVID-19, *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8339 (11 de febrer de 2021).

béns materials amb elements digitals incorporats o amb els que hi estiguin interconnectats (per exemple, rellotges o telèfons intel·ligents o clauers que incorporen xips per localitzar les claus). Aquesta modificació de l'objecte del contracte de compravenda (i, per extensió, de qualsevol altre a què el precepte sigui aplicable) era necessària, perquè el llibre cinquè del Codi civil de Catalunya²¹⁸ no fa cap referència als béns immaterials diferents dels drets (articles 511-1 i 511-2 del CCCAT).

2. La qüestió del lliurament

Al seu torn, la peculiaritat de l'objecte també ha exigít preveure formes diferents de lliurament. La descàrrega d'una aplicació per part del comprador en un ordinador s'ha d'equiparar amb la tradició dels béns mobles, però, a més, l'equivalent de la posada a disposició del bé (tangible) (article 621-10.1 del CCCAT) és ara la necessitat de fer accessible el contingut digital a l'adquirent (article 621-69.2 del CCCAT). Queda clar en la Directiva sobre subministrament de continguts i serveis digitals que el subministrament es produeix quan el contingut o servei digital o els mitjans adequats per accedir-hi s'han posat a disposició o són accessibles per al consumidor, directament, o mitjançant una instal·lació designada per ell a l'efecte; és a dir, quan l'empresari els envia per correu electrònic o mitjançant un cd, o quan els lliura a la plataforma designada pel consumidor, que és la que li permetrà a ell en particular accedir-hi després. Malauradament, l'article 621-69.2 del CCCAT no reflecteix correctament aquesta idea quan afirma que el contingut o servei ha de ser accessible «per realitzar la instal·lació física o virtual que l'adquirent hagi escollit».

3. Els tipus contractuals sobre elements digitals

El subministrament de contingut digital pot tenir lloc en un únic acte, en una sèrie d'actes individuals o ésser continuat al llarg d'un període de temps. És, teòricament, sobre la base d'aquesta distinció entre execució instantània i durada continuada, però també entre posada a disposició permanent i il·limitada (un llibre electrònic), o bé limitada en el temps (un servei de *cloud*

218 Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 4640 (24 de maig de 2006).

computing, l'accés a xarxes socials, o el visionat d'una pel·lícula en *streaming*), que els drets nacionals poden preveure tipus contractuals diferents, com ara la compravenda o l'arrendament, o, en sentit ampli, el contracte de serveis (atès 12 de la Directiva sobre subministrament de continguts i serveis digitals). El Codi civil de Catalunya no en descarta ni n'acull cap en concret a la nova secció quarta dedicada als continguts/serveis digitals, sens perjudici que, com ja s'ha assenyalat, ara ja es diu expressament que la compravenda també pot tenir per objecte continguts digitals i, precisament per això, hi ha una relació innegable entre la secció primera i la secció quarta, com el article 621-67.2 mateix del CCCAT s'encarrega de destacar. Que no es tipifiqui cap contracte a la secció quarta del Codi podria ésser un indicati que el dret català crea un nou contracte de subministrament de continguts i serveis digitals? No cal descartar-ho, però el que sobretot convé destacar és que la previsió de subministrament continuat allunya l'estructura del negoci de compravenda típic, i això té un impacte innegable en el règim de la conformitat.

4. Conformitat

La digitalització del dret de contractes ha obligat a redefinir el concepte de conformitat i resoldre amb paràmetres nous quan s'ha d'entendre que la prestació no reuneix les qualitats que l'adquirent pot raonablement esperar. Per exemple, perquè la pantalla del mòbil no respon al tacte, perquè l'iPhone es lliura amb menys hores de reproducció de vídeo que les anunciades en la publicitat, o, per posar un darrer exemple, perquè el programari té virus i presenta problemes de seguretat. Són essencials nous conceptes com ara la funcionalitat, la compatibilitat, o la interoperabilitat, que estan definits a l'article 621-20.3.a) del CCCAT:

a) Interoperabilitat: és la capacitat dels continguts o serveis digitals de funcionar amb aparells o programes diferents dels aparells o programes amb què normalment es fan servir els continguts digitals del mateix tipus.

b) Compatibilitat: són els aparells o programes estàndard amb què el contingut digital és compatible sense necessitat de conversió (ús en un reproductor multimèdia o en un telèfon sense canviar el format de l'arxiu musical o del vídeo).

c) Funcionalitat: és la capacitat dels continguts de fer les seves funcions tenint-ne en compte la finalitat. Això inclou explicar l'absència o la presència de

qualsevol limitació tècnica, com ara la protecció a través de la gestió dels drets digitals (per exemple, protecció davant els mecanismes de còpia de continguts protegits amb drets de propietat intel·lectual o davant el nombre d'aparells amb què es poden visionar) o la codificació regional (pot passar que un DVD comprat a l'estranger no funcioni en el reproductor personal).

Per tant, si la prestació no posseeix les qualitats que el consumidor pot raonablement esperar tenint en compte la informació que el venedor li proporciona sobre aquests (i altres) extrems, o qualsevol altra declaració pública feta pel venedor mateix, o per tercers per compte seu, o pel productor, la prestació no és conforme.

D'altra banda, la conformitat s'estén a les actualitzacions, la qual cosa significa que els continguts o serveis digitals (incorporats als béns o no) no són conformes al contracte si no es mantenen adequadament en funcionament.

Pel que fa als terminis, en una compravenda típica, la responsabilitat del venedor per manca de conformitat del bé és de tres anys i el *dies a quo* es fixa en el moment en què el bé es lliura (amb continguts digitals incorporats o sense) o se n'ha completat la instal·lació (article 621-23.1 i 4 del CCCAT). El mateix esquema es reproduceix en el contracte de subministrament dels continguts i serveis digitals quan aquests es posen a disposició mitjançant un acte únic o actes únics reiterats, per bé que llavors la garantia legal és de dos anys (article 621-73.2 del CCCAT). En totes dues hipòtesis, es presumeix que la manca de conformitat que apareix en aquest període ja existia en el moment del lliurament. Es presumeix durant dos anys, en la compravenda (article 621-24.1 del CCCAT) i durant un any en el contracte (de consum) de subministrament de continguts digitals (article 621-73.3 del CCCAT).

Quan el subministrament és continuat i proporciona un dret permanent a utilitzar els elements digitals durant la vigència del contracte (com ara un contracte d'emmagatzematge en el núvol; el registre com a membre en una plataforma de xarxes socials o el visionat d'un videoclip), regeixen regles diferents. En aquest cas, el subministrador és responsable de qualsevol manca de conformitat dels continguts o serveis digitals que aparegui durant el període en què aquests s'han de subministrar, i això és així tant si els elements digitals s'incorporen en béns que són objecte d'una compravenda (article 621-23.1 del CCCAT), com si no s'hi incorporen (article 621-74.1 del CCCAT). La peculiaritat, en el primer cas, és que, si la garantia del bé té una durada superior, aquest termini més llarg també regeix per als continguts i serveis digitals incorporats

(article 621-23.2 del CCCAT). No és clar, si el subministrament només dura un any, per què el venedor del bé amb elements digitals incorporats hauria de respondre mentre no provi que els continguts o serveis digitals van ésser conformes durant dos anys (article 621-24.2 que remet a l'article 621-23.2 del CCCAT). No hagués estat més lògic que la prova es reduís al període de durada efectiva del subministrament?

Cal adonar-se també que, quan el subministrament és continuat, ja no és possible presumir la manca de conformitat en un moment fix en el temps com sí que passa, en canvi, en la compravenda (articles 621-23.1 i 621-73.1 del CCCAT). En realitat, això tampoc cal, ja que el contingut o servei digital no surt mai de l'esfera d'influència de l'empresari i, en conseqüència, és lògic que aquest respongui sempre de qualsevol manca de conformitat al llarg de tota la durada del contracte. Efectivament, tothom espera que el visionat d'una pel·lícula en *streaming* no tingui interrupcions. En canvi, el dret català, a diferència de la Directiva sobre subministrament de continguts i serveis digitals, estableix una presumpció de manca de conformitat durant tot aquest període (article 621-74.2 del CCCAT). Com s'acaba de dir, aquesta presumpció no és necessària perquè el deutor sempre és responsable del compliment de la prestació. Que l'empresari subministrador hagi de demostrar que la prestació és conforme quan l'adquirent digui que no ho és, és una qüestió que té a veure amb la càrrega de la prova i no amb la presumpció de manca de conformitat en un moment o altre.

Es més, l'article 621-74.1 del CCCAT estableix que el subministrador de continguts o serveis digitals continuats respon per tota falta de conformitat que es produeixi o manifesti durant el període del subministrament; en canvi, la presumpció només opera quan la manca de conformitat es manifesta durant aquest període, d'acord amb l'article 621-74.2 del CCCAT. Això vol dir que, si el defecte ha romàs ocult i només es manifesta quan el contracte ja s'ha extingit, la presumpció no opera, i, en definitiva, a la pràctica, això farà molt complicada la reclamació. Seria el cas, per exemple, si el contracte estipula el subministrament continuat de determinats continguts audiovisuals i el consumidor descobreix, al cap de tres anys, que algun contingut no estava disponible durant el període de vigència del contracte, que era només de dos.

Pel que fa a les actualitzacions, la noció de conformitat s'estén a les actualitzacions disponibles dels continguts o serveis digitals. Poden ser de seguretat (per corregir errors en el programari) o poden servir per donar resposta a

nous sistemes operatius i canvis imposats pel mercat, però mai no s'han de confondre amb el deure de proporcionar versions millorades del producte. La finalitat que el legislador persegueix amb l'obligació de proporcionar actualitzacions és assegurar que el contingut o servei digital que són conformes en el moment en què s'ha d'analitzar la conformitat continuïn essent-ho durant un cert temps.

Les actualitzacions mai no són indefinides. L'article 621-20.6 del CCCAT estableix la regla sobre actualitzacions en cas de compravenda d'un bé amb elements digitals:

a) Si es produeix un subministrament en un acte o actes individuals (per exemple, adquisició d'una aplicació), s'han de proporcionar les actualitzacions que raonablement el consumidor pugui esperar segons el tipus i la finalitat dels béns i els elements digitals i la naturalesa del contracte. Això tant pot voler dir que les actualitzacions es deuen durant el termini de responsabilitat del venedor, que és de tres anys (per exemple, un videojoc); durant un termini superior, si les actualitzacions són de seguretat o el bé és de naturalesa duradora (per exemple, un electrodomèstic intel·ligent); o inferior, si es tracta d'una adquisició amb una funció i finalitat efímeres (per exemple, un aparell amb un programari incorporat que permet votar en un festival de música que té lloc en un dia i en una hora determinada).

b) Si el subministrament és continuat, s'han de proporcionar actualitzacions durant un mínim de tres anys, encara que el contracte sobre els elements digitals duri menys. Si, per contra, el subministrament dura més (per exemple, en el sistema de navegació de l'automòbil), l'obligació d'actualitzacions s'estén a tota la durada del contracte.

A propòsit dels continguts digitals que no s'incorporen a béns, l'article 621-73.1 del CCCAT conté una remissió implícita a l'article 621-20.6.a): el deure d'actualitzar s'allarga durant tot el temps que el consumidor pugui esperar raonablement. Ja s'ha fet notar que aquesta regla només té aplicació quan el contracte estableix un únic acte (o una sèrie d'actes individuals) de subministrament d'elements digitals. En canvi, a l'article 621-74.1 del CCCAT, no hi ha referència expressa a l'actualització quan el subministrament és continuat i no s'insereix en béns. La remissió a l'article 621-20.6 del CCCAT (en particular, la lletra b)) no seria adequada, perquè la Directiva sobre subministrament de continguts i serveis digitals proporciona una solució diferent. Segons la Directiva, el deure d'actualitzar s'estén durant tota la vida del contracte (articles

8.3.a) i 8.4 de la Directiva). Per tant, pot passar que l'obligació de subministrament del contingut digital i l'obligació d'actualitzar-lo se superposin. El Codi civil de Catalunya no en diu res.

Les actualitzacions s'instal·len, generalment, de forma automàtica, ja que, en la majoria de casos, els continguts digitals estan connectats amb Internet i no cal que l'adquirent faci, ell mateix, la instal·lació. No obstant això, si no es prenen les mesures necessàries per instal·lar-les, no es pot imputar cap responsabilitat a l'empresari si resulta que aquest va informar de la disponibilitat de l'actualització i de les conseqüències de no instal·lar-la i les instruccions que va proporcionar eren correctes (article 621-21.2 del CCCAT).

5. Els subjectes responsables

Quan l'objecte del contracte són elements digitals, respon l'empresari que els subministra. El venedor —diríem—, no necessàriament; perquè, com ja s'ha dit, el negoci a través del qual s'obtenen els continguts o serveis digitals no és sempre una compravenda. D'aquí ve que s'hagi previst la regulació del contracte de subministrament d'elements digitals en una secció independent del Codi civil. Altra cosa és que aquests continguts digitals estiguin incorporats en béns perquè, aleshores, davant la manca de conformitat del contingut digital (és a dir, una manca de conformitat que no afecta l'element físic), la pregunta que cal fer-se és si qui hi ha de respondre és el venedor o el subministrador del contingut digital, quan aquests no siguin una única i mateixa persona.

La resposta és que sempre respon el venedor, encara que no sigui ell qui subministri el contingut digital i encara que l'adquirent i aquest tercer hagin signat una llicència d'ús dels elements digitals. A aquest efecte, és indiferent que el contingut estigui preinstal·lat en el bé o s'hagi d'instal·lar amb posterioritat en un altre dispositiu que s'hi interconnecti (per exemple, l'aplicació que es descarrega al mòbil i s'interconnecta el rellotge intel·ligent). Tal com estableix l'article 621-3 del CCCAT, «(..) quan l'objecte del contracte de compravenda és un bé amb elements digitals és presumeix que aquests elements estan compresos en el contracte de compravenda, amb independència que siguin subministrats pel venedor o per un tercer».

6. Els remeis

Els remeis per manca de conformitat dels continguts i serveis digitals són els mateixos de què disposa l'adquirent en les vendes de béns mobles tangibles. En aquest darrer cas, es preveu expressament que la substitució i la reparació són gratuïtes, i això vol dir que el comprador no ha de pagar les despeses de transport, o les de retirada del bé prèviament instal·lat i la posterior instal·lació del que el substitueix (article 621-38.4 del CCCAT). A propòsit dels continguts i serveis digitals, la doctrina discuteix si queda inclòs en l'expressió «sin cargo alguno» de l'article 14.3 de la Directiva sobre subministrament de continguts i serveis digitals, l'ús addicional de dades o el preu de la connexió a Internet, quan el consumidor ha de tornar a instal·lar el contingut digital després que l'empresari hagi reparat el defecte. L'atès 71 de la Directiva estableix que la resolució del contracte tampoc no comporta «cargo alguno» per al consumidor, però especifica que aquesta gratuïtat no s'estén als costos de connexió a la xarxa que són necessaris per recuperar els continguts digitals després de la resolució. No queda gens clar si aquest atès 71 s'ha d'estendre a qualsevol altre supòsit. Sigui com sigui, convé fer notar que, a propòsit de la resolució, l'article 621-70.2 del CCCAT no fa excepcions («cap cost») i, tocant a la posada en conformitat, es pot entendre que la remissió de l'article 621-67.2 a les normes de la compravenda inclou la gratuïtat total.

Els articles 621-76 i 621-77 del CCCAT regulen expressament la resolució del contracte i la reducció del preu. Cal advertir que la rebaixa del preu no és possible quan els continguts digitals se subministren a canvi de dades de caràcter personal o d'altra mena (article 621-67.1 del CCCAT). La resolució del contracte té peculiaritats. D'entrada, pot no tenir sentit si el contingut o servei digital s'executa instantàniament. Quan no sigui així, la resolució continua sent un remei subsidiari, que només escau quan el proveïdor no ha pogut corregir abans el compliment —i això inclou que, malgrat l'intent, persisteixi la manca de conformitat— i el defecte no és lleu, encara que per a casos en què la manca de conformitat és greu és possible resoldre immediatament (vegeu la remissió de l'article 621-76.1 a l'article 621-40 del CCCAT). La manca de conformitat dels elements digitals serà greu quan afecti la funcionalitat, la interoperabilitat i les altres prestacions principals, com ara l'accessibilitat, la continuïtat o la seguretat. És el cas, per exemple, del subministrament d'un programa antivirus infectat o el subministrament d'un antivirus que és, en realitat, un programa espia.

La regla general segons la qual el comprador ha de poder resoldre després de la correcció infructuosa de la manca de conformitat si el defecte no és lleu (article 621-40.3 del CCCAT) només regeix quan el comprador ha pagat un preu en diners (article 621-76.2 del CCCAT). Si ha pagat amb dades personals, la resolució ha de ser sempre possible per qualsevol manca de conformitat (article 621-76.6 del CCCAT).

Un cop declarada la resolució del contracte per part de l'adquirent —i a l'efecte una simple notificació és suficient (article 621-42.4 del CCCAT)—, l'empresari ha de reemborsar els imports pagats en un termini màxim de catorze dies (article 621-77.2 del CCCAT). En un contracte de durada continuada, l'empresari només ha de tornar la part del preu ja pagat que correspon al període durant el qual els continguts o serveis digitals no van ser conformes, i qualsevol altre pagament avançat que es correspongui amb el servei no rebut a conseqüència de la resolució (article 621-76.3 del CCCAT). No queda clar si aquest període durant el qual la prestació no va ser conforme ha de comptar a partir del moment en què es produeix la manca de conformitat o a partir del moment en què aquesta manca de conformitat es manifesta. Si cal aplicar l'article 621-74.1 del CCCAT, s'haurien d'admetre ambdues solucions.

Després de la resolució, l'empresari ha d'abstenir-se d'utilitzar qualsevol contingut creat o facilitat per l'adquirent, com ara fotos, missatges, gràfics o poemes, llevat que es doni qualsevol de les circumstàncies previstes a l'article 621-77.4 del CCCAT: per exemple, que les dades s'hagin agregat i no es puguin desagregar (o la desagregació només sigui possible amb esforços desproporcionats), o que la recuperació no tingui sentit si la dada no pot existir fora del context digital (bitcoins, avatars en un joc digital). I, si els continguts digitals han estat generats per l'adquirent juntament amb altres persones que continuen utilitzant-los, també se n'exceptua el dret de l'adquirent a recuperar-los.

Resulta il·lusori pretendre que, després de la resolució del contracte, l'adquirent donarà compliment a l'obligació d'esborrar o inutilitzar totes les còpies dels continguts. Per això, l'article 621-77.6 del CCCAT permet al proveïdor adoptar mesures que impedeixin a l'adquirent continuar fent ús del contingut digital, com ara la d'inutilitzar el compte d'usuari o bloquejar l'accés, segons sigui el tipus de prestació contractada.

Sobre la resolució quan l'adquirent subministra dades personals com a contraprestació, vegeu més avall l'epígraf titulat «Les dades com a contraprestació».

7. Els terminis de prescripció/caducitat

A més del termini de responsabilitat, l'article 621-44 del CCCAT estableix un termini d'exercici dels remeis, de tres anys, que comença a comptar en el moment en què l'adquirent coneix o pot conèixer la falta de conformitat (article 621-44.3 del CCCAT). No es preveu que l'inici del termini es faci dependre de la notificació, que ni tan sols es regula. Efectivament, no s'ha previst a la secció quarta una regla equivalent a l'article 621-29.2 del CCCAT, tot i que la Directiva sobre subministrament de continguts i serveis digitals no la prohibeix, perquè l'únic que no permet és que l'exercici dels remeis per part del consumidor es faci dependre d'una notificació tempestiva a l'empresari (atès 11).

El nou article 621-44.4 del CCCAT preveu la suspensió del termini de prescripció/caducitat mentre el venedor corregeix la manca de conformitat o fins que es constata que la correcció no és possible.

8. Algunes especialitats dels contractes de consum

El legislador català ha generalitzat per a tots els contractants les regles que a les directives només estan pensades per als contractes en què intervenen consumidors i empreses, per bé que ha mantingut algunes normes especials aplicables només als contractes de consum. Una de les especialitats fa referència al coneixement del defecte per part del comprador. La regla general és que, si coneix el defecte d'allò que compra, el comprador ja no pot reclamar per manca de conformitat, tret d'ocultació dolosa o negligència greu del venedor (article 621-26.1 del CCCAT). Per contra, la regla especial en matèria de consum, que ve imposada per la Directiva sobre subministrament de continguts i serveis digitals, és que únicament no hi ha manca de conformitat quan l'empresari, prèviament, ha comunicat de manera clara i transparent que la prestació no reuneix els requisits esperables i el comprador ha acceptat la divergència de forma expressa i per separat (article 621-26.2 del CCCAT, que remet a l'article 621-20.4 del CCCAT). Són normes aplicables als continguts i serveis digitals per remissió de l'article 621-67.2 del CCCAT. Per tant, el coneixement espontani del consumidor no impedeix la reclamació per manca de conformitat, tot i que caldrà veure quina aplicació trobaran les normes sobre bona fe als tribunals. D'altra banda, l'amplitud d'aquest pacte s'ha de criticar perquè pot afectar notablement l'essència mateixa de l'obligació del venedor o empresari

de garantir la conformitat. No sembla correcte que, per exemple, es pugui excloure que el consumidor rebi actualitzacions de seguretat.

Una altra diferència de tractament és en les presumpcions. En la venda de béns, la presumpció de manca de conformitat s'estén a tota mena de contractes (article 621-24 del CCCAT), sense que s'acabi d'entendre per què, en canvi, el subministrament de continguts o serveis digitals no mereix la mateixa previsió (articles 621-73.3 i 621-74.2 del CCCAT), sobretot si es té en compte que, en el món digital, gràcies a la facilitat dels intercanvis en línia i a l'aparició de nous models de negoci, és cada cop més complicat determinar qui és consumidor o quina és la destinació de segons quina mena de continguts digitals (per exemple, programes específics que fan possible l'execució d'un sistema operatiu).

9. Les dades com a contraprestació

La digitalització obliga a cohonestar la regulació del dret de contractes amb altres matèries, com ara la protecció de dades. Seguint la Directiva sobre subministrament de continguts i serveis digitals, el dret català assumeix que les dades personals utilitzades per l'empresari amb finalitat comercial es poden considerar el preu o la contraprestació dels continguts o serveis digitals (article 621-67.1 del CCCAT). Això obliga a plantejar noves qüestions, com ara quines conseqüències té sobre l'eficàcia del contracte la revocació del consentiment al tractament de les dades per part del consumidor. Quan això passi, l'equilibri d'interessos pot justificar que l'empresari deixi de continuar oferint els continguts i els serveis digitals, però, atès que quan l'adquirent revoca no incompleix el contracte i no fa altra cosa que exercir el dret que li reconeix l'article 7.2 del Reglament General de Protecció de Dades,²¹⁹ no hauria estat correcte considerar que l'empresari té dret a la resolució contractual. La regulació catalana, que admet que l'empresari pot desistir del contracte, és preferible a l'espanyola que, en canvi, considera plausible la resolució (articles 621-78 del CCCAT i 119 ter 7 del TRLGDCU)²²⁰

219 Reglament(UE) 2016/679 del Parlament del Consell, de 27 d'abril de 2016, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades i pel qual es deroga la Directiva 95/46/CE (Reglament general de protecció de dades). Diari Oficial de la Unió Europea, L 119 (4 de maig de 2016).

220 Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 287 (1 de desembre de 2007).

10. Reflexions finals

No vull acabar aquesta intervenció sense fer una valoració global de la reforma, que va molt més enllà de la valoració dels seus continguts. Vull fer tres reflexions:

La primera és que la transposició de totes dues directives en el Codi civil de Catalunya és un encert: permet ampliar l'àmbit subjectiu d'aplicació de les normes i evitar coincidències i repeticions. Dit això, les dificultats de tenir ja una estructura marcada per la Llei 3/2017 són notòries i caldrà veure fins a quin punt aquesta respon a les necessitats d'un codi modern i encara força inacabat. A ningú no li passa desapercebut que, malgrat l'encert de crear una nova secció per als continguts i serveis digitals, el títol en què s'insereix és el de la compravenda, això és, els contractes transmissius —què passa si els continguts digitals simplement es lloguen? I, a més, aquesta secció s'ha hagut d'incloure en darrer lloc, tot just darrere de la secció que regula la compravenda d'immobles, amb la finalitat única de no alterar la sistemàtica preexistent. El Codi no és un museu —per això és obert—, però si —parafrasejant Zimmermann— s'ha d'assemblar a un solar que acull un edifici en construcció, convindria més flexibilitat per reformar-lo quan i com convingui per a les necessitats de cada cas.

La segona reflexió és que caldria tenir en compte que la digitalització del dret de contractes és un fenomen imparable, que no s'acaba amb la transposició d'aquestes directives. Tant o més important que l'objecte de la contractació és la manera com es contracta i, arribats a aquest punt, no es pot desconèixer que l'assiduïtat amb què es contracta en línia ha conduit que el contracte conclòs per via electrònica hagi passat d'ésser una relació habitualment bilateral a una altra de trilateral, gràcies a la irrupció de les plataformes que actuen com a intermediàries. Semblaria, per tant, necessari abordar aquest fenomen i, en particular, els deures de transparència informativa i quina ha d'ésser la seva responsabilitat en cas d'incompliment del negoci subjacent. En tot cas, convindria tenir un plantejament clar de per què es regulen uns contractes i no se'n regulen uns altres, i a qui volem que serveixi aquest Codi civil.

I acabo ja amb la tercera reflexió, també molt general: a efectes de facilitar la redacció, comprensió i posterior aplicació de les normes, convindria poder disposar d'unes bones memòries explicatives de les opcions a l'abast i conèixer les raons de per què el legislador es decanta per unes i no per altres, ja que, d'altra manera, se n'acaba ressentint la qualitat del procés codificador. Ho

vull destacar perquè, l'èxit que ha estat la transposició d'aquestes directives es deu, en part, a una excel·lent feina de preparació que, a diferència del que s'ha fet altres vegades, està molt ben documentada i, per això mateix, palesa molt clarament què s'ha fet, com s'ha fet i per què s'ha fet, i amb quines limitacions s'ha fet.

11. Bibliografia

- ARNAU RAVENTÓS, Lidia. «Productos digitales en el Derecho catalán de contratos». A: ARNAU RAVENTÓS, Lidia (Dir.), *La digitalización del Derecho de contratos en Europa*. Barcelona: Atelier, 2022, p. 47-95.
- ARNAU RAVENTÓS, Lidia; GRAMUNT FOMBUENA, Mariló. «Cap a un Dret català conforme a les Directives (UE) 2019/770 i 2019/771». *InDret*, 1, 2022, p. 171-205.
- ARNAU RAVENTÓS, Lidia; GRAMUNT FOMBUENA, Mariló. «La regulación del contrato de compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la incorporación de las directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al Derecho catalán». *Anuario de Derecho Civil*, I, 2023, p. 75-126.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther. «Las nuevas directivas sobre digitalización del Derecho de contratos». A: ARNAU RAVENTÓS, Lidia (Dir.). *La digitalización del Derecho de contratos en Europa*. Barcelona: Atelier, 2022, p. 19-46.
- ARROYO AMAYUELAS, Esther. «La transformación digital de los contratos de consumo en España». A: GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel; ARNALDOS PLANAS, M^a Carmen (Dir.). *Contratación en el entorno digital*. Cizur Menor: Aranzadi, 2023, p. 23-62.
- BARCELÓ COMPTE, Rosa; RUBIO GIMENO, Gemma. «La conformidad de los bienes con elementos digitales: un supuesto en la intersección de la DCSD y la DCCB». *InDret*, 3, 2022, p. 1-27.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio. «Contratos de suministro de contenidos y servicios digitales». A: SANTOS MORÓN, M^a José; MATO PACÍN, Natalia (Dir.). *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*. Madrid: Tecnos, 2022, p. 273-301.

- MILÀ RAFEL, Rosa. «Datos personales como contraprestación en la directiva de contenidos y servicios digitales». A: GÓMEZ POMAR, FER-Nando; FERNÁNDEZ CHACÓN, Ignacio (Dirs.). *Estudios de Derecho Contractual Europeo: Nuevos problemas, nuevas reglas*. Cizur Menor: Aranzadi, 2022, p. 407-450.
- SCHULZE, Reiner; STAUDENMAYER, Dirk (Eds.). EU Digital Law. Article by Article Commentary. Hart-Beck-Nomos, Baden-Baden, 2020.
- SEIN, Karen; SPINDLER, Gerald. «The New Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services - Scope of Application and Trader's Obligation to Supply - Part 1», ERCL, 15, 3, 2019, p. 257-279.
- SEIN, Karen; SPINDLER, Gerald. «The New Directive on Contracts for the Supply of Digital Content and Digital Services - Scope of Application and Trader's Obligation to Supply - Part 2», ERCL, 15, 4, 2019, p. 365-391.
- TWIGG-FLESNER, Christian. «Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services». A: ARROYO AMAYUELAS, Esther; CÁMARA LAPUENTE, Sergio (Dirs.). *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*. Barcelona-Madrid: Marcial Pons, 2020, p. 49-78.
- ZIMMERMANN, Reinhard. «Derecho contractual de consumo y Derecho general de contratos». A: *El nuevo Derecho alemán de Obligaciones*. Barcelona: Bosch (trad. Esther Arroyo Amayuelas), 2008, p.183-266.

**De l'autocontenció al ple desenvolupament legislatiu
en matèria d'obligacions i contractes.
Les bases de les obligacions contractuals segons
la STC 132/2019, de 3 de novembre**

Joan Egea Fernández

Catedràtic emèrit de la Universitat Pompeu Fabra

Introducció

Em sento en la necessitat de recordar que el fet que l'any 2009 el Parlament m'hagués designat membre del Consell de Garanties Estatutàries va comportar que hagués de deixar l'Observatori de Dret Privat de Catalunya, del qual havia format part des que es va crear, l'any 2000. Això em va generar sentiments contraposats: d'una banda, de satisfacció per poder servir la «cosa pública» des de la més alta institució consultiva de la Generalitat, i, d'una altra, d'un cert buit, perquè, ineludiblement, deixava de pertànyer a la factoria —si em permeteu l'expressió— que elabora les propostes de revisió, actualització i creixement del nostre dret civil.

Han passat gairebé tretze anys des d'aleshores. Per això em plau especialment retrobar-me amb els companys de l'Observatori en un acte que, alhora que commemora oficialment els vint anys des que el Parlament va aprovar la Llei 29/2002, de 30 de desembre, Primera llei del Codi civil de Catalunya,²²¹ en certa mesura, és una oportunitat de fer balanç de l'activitat duta a terme, en tot aquest temps, pel legislador català en la tasca de bastir el codi obert que aquella Llei dissenyava. Codi que, des del punt de vista estructural o formal, va assolir el punt culminant amb la Llei 3/2017, de 15 de febrer, del llibre sisè

221 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 3798 (13 de gener de 2003).

del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, i de modificació dels llibres primer, segon, tercer, quart i cinquè.²²²

1. La completesa del Codi civil de Catalunya i el valor emblemàtic del llibre sisè

Tractaré, en aquest punt, les obligacions i els contractes o, el que és el mateix, el llibre sisè, que és, numèricament, l'últim dels previstos per la Primera llei, de manera que no és estrany que hagi estat també el darrer que el Parlament de Catalunya ha aprovat.

Cal recordar, però, que, en tot aquest temps, el legislador català no ha seguit un criteri estrictament ordinal en l'aprovació dels llibres. Així, després del llibre primer, aprovat el 2002, el següent seria el cinquè,²²³ de 2006; després, van venir el tercer²²⁴ i el quart²²⁵ tots dos el 2008. El 2010 es va aprovar el segon²²⁶ i, en darrer lloc, per l'abans referida Llei 3/2017 es va aprovar el sisè, amb el qual —com he dit— el Codi ha assolit, si més no formalment, la completesa que l'any 2002 la Primera llei havia previst. Dic formalment, perquè, en principi, és l'únic llibre confessadament incomplet, atès que, a hores d'ara, tan sols està integrat pel títol segon, que incorpora la regulació d'alguns contractes que es distribueixen d'acord amb una sistemàtica que els agrupa per tipus. En concret, el capítol I correspon als anomenats «Contractes amb finalitat transmissora», en què s'integren la compravenda (inclosa la de consum), la permuta i la cessió de finca o l'aprofitament urbanístic a canvi de construcció futura i, des de gener de 2022, el contracte de subministrament de continguts i serveis digitals. El capítol II, intitulat «Contractes sobre activitat aliena», regula el mandat i la gestió d'afers aliens sense mandat. El capítol III es dedica als anomenats «Contractes sobre objecte aliè» i incorpora, amb adaptacions, els de conreu (arrendament rústic, parceria i masoveria, fins aleshores regulats en lleis especials), de custòdia del territori i d'arrendament de pastures. El

222 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 7314 (22 de febrer de 2017).

223 Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 4640 (24 de maig de 2006).

224 Llei 4/2008, de 24 d'abril, del llibre tercer del Codi civil de Catalunya, relatiu a les persones jurídiques. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5123 (2 de maig de 2008).

225 Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5175 (17 de juliol de 2018).

226 Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5686 (5 d'agost de 2010).

capítol IV, sota la rúbrica «Contractes aleatoris», inclou el contracte de violari (abans comprès en la Llei 6/2000, de 19 de juny, de pensions periòdiques)²²⁷ i el d'aliments, que es regula per primera vegada. El capítol V, que porta per títol «Contractes de cooperació», inclou, actualitzat, el contracte d'integració que anteriorment regulava la Llei 2/2005, de 4 d'abril,²²⁸ la qual, al seu torn, resulta de la Llei 24/1984, de 28 de novembre.²²⁹ En darrer lloc, el capítol VI es dedica als anomenats «Contractes de finançament i de garantia», en què s'insereix el contracte de censal que abans era inclòs en la Llei 6/2000.

Vull destacar, des d'ara mateix, la gran rellevància que per al nostre dret civil té el llibre sisè, la qual deriva, d'una banda, del fet que la Llei que l'aprova, en haver substituït la Compilació,²³⁰ ha comportat que el Codi passi a ser el símbol més representatiu del dret civil de Catalunya, tot reforçant-ne el prestigi i personalitat. I, a més, perquè en incloure la regulació de la compra-venda de consum es converteix en l'aparador més efectiu per al coneixement i difusió del dret català, alhora que contribueix que pugui ser percebut pels ciutadans com un dret que no resta ancorat en les institucions històriques, sinó que s'ocupa dels problemes quotidians de la gent.

Aquesta percepció, ben mirat, ja va començar amb la incorporació de la propietat horitzontal al llibre cinquè, i s'ha d'incrementar encara més en un futur —que és d'esperar proper— quan s'inclouin els arrendaments urbans. En aquest sentit vull recordar, precisament, que la Comissió de Codificació de Catalunya està treballant en l'Avantprojecte de llei d'incorporació del contracte d'arrendament de béns al llibre sisè del Codi civil de Catalunya,²³¹ que ha finalitzat la fase d'informació pública.

Probablement, se sentiran algunes veus que qüestionin que els arrendaments urbans es puguin integrar en el llibre sisè, al·legant que és una matèria d'escassa entitat dogmàtica, impròpia, diran, d'un Codi civil, atesa, a més, la freqüència amb què s'hi introdueixen modificacions. Cal rebutjar aquestes crítiques. Com ja va passar amb la inclusió de la propietat horitzontal al llibre

227 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 3174 (4 de juliol de 2000).

228 Llei 2/2005, de 4 d'abril, de contractes d'integració. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 4362 (13 d'abril de 2005).

229 Llei 24/1984, de 28 de novembre, de contractes d'integració. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 494 (14 de desembre de 1984).

230 Llei 13/1984, de 20 de març, sobre la Compilació del Dret civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 436 (23 de maig de 1984).

231 La documentació relativa a l'Avantprojecte es pot consultar a *Avantprojecte de llei d'incorporació del contracte d'arrendament de béns al llibre sisè del Codi civil de Catalunya*. Departament de Justícia, Drets i Memòria (gencat.cat).

cinquè i, darrerament, amb la compravenda de consum al llibre sisè, la integració dels arrendaments urbans ha de contribuir —com deia— a una més gran difusió del dret civil de Catalunya i a prestigiar-lo com a dret que resol els conflictes jurídics que sovint es plantegen en la vida diària.

En efecte, en regular la compravenda de consum, el Codi va donar un pas molt important en aquesta direcció, seguint el model que ja havia adoptat el dret alemany, l'any 2001, amb la Llei de modernització del dret d'obligacions (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, de 26 de novembre). Ara bé, tot i la completesa de la regulació de la compravenda de consum que el preàmbul de la norma catalana sembla atribuir-li quan afirma que incorpora la

Directiva 1999/44/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 25 de maig de 1999, sobre determinats aspectes de la venda i les garanties dels béns de consum,²³² i que té en compte també la Directiva 2011/83/UE, de 25 d'octubre de 2011, sobre drets dels consumidors²³³ (...).».

(a les quals, darrerament, s'han d'afegir les directives 2019/770²³⁴ i 2019/771²³⁵), el cert és que presenta encara importants buits normatius, motiu pel qual, sovint, caldrà acudir a les previsions del dret estatal.

No cal dir que aquesta incompletesa implica també més complexitat a l'hora de l'aplicació pràctica. En aquest sentit, sense anar més lluny, caldrà con- jugar el dret català amb l'aplicació del Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris²³⁶ (en endavant, *trlgdcu*), quan es tracti de clàusules abusives (articles 82 a 91), de contractes a distància o formalitzar fora de l'establiment mercantil (articles 92 i s.). Igualment, regiran els articles. 24, 28, 30 i 33 de la Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç al detall,²³⁷ en allò que afecti la regulació civil de les vendes en rebaixa, de saldos, en liquida-

232 Diari Oficial de la Unió Europea, L 171 (7 de juliol de 1999).

233 Diari Oficial de la Unió Europea, L 304 (22 de novembre de 2011).

234 Directiva (ue) 2019/770 del Parlament europeu i del Consell, de 20 de maig de 2019, relativa a determinats aspectes dels contractes de subministrament de continguts i serveis digitals. Diari Oficial de la Unió Europea, L 136 (25 de maig de 2019).

235 Directiva (UE) 2019/771 del Parlament europeu i del Consell, de 20 de maig de 2019, relativa a determinats aspectes dels contractes de compravenda de béns, per la qual es modifiquen el Reglament (ce) núm. 2017/2394 i la Directiva 2009/22/ce i es deroga la Directiva 1999/44/ce. Diari Oficial de la Unió Europea, L 136 (25 de maig de 2019).

236 Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 287 (30 de novembre de 2007).

237 *Boletín Oficial del Estado*, núm.15 (17 de gener de 1996).

ció i amb obsequi, tenint en compte, a més, que, respecte de les compravendes que incorporin condicions generals, la norma aplicable és la Llei 7/1998, de 13 de abril, sobre condicions generals de la contractació²³⁸ i, si es tracta de compravendes a terminis, la Llei 28/1998, de 13 de juliol, de venda a terminis de béns mobles.²³⁹ Tot això, a banda, és clar, pel que fa a la contractació electrònica, de la Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic²⁴⁰ (articles 23 i s.) i de la Llei 59/2003, de 19 de desembre, de signatura electrònica;²⁴¹ i, sobretot, com que el Codi civil de Catalunya no conté una regulació pròpia de la part general de les obligacions i dels contractes, necessàriament caldrà recórrer a les disposicions del codi civil espanyol.²⁴²

2. Les vicissituds del desenvolupament legislatiu en matèria d'obligacions i contractes. Una jurisprudència constitucional inicialment poc precisa, però altament dissuasiva

Com és sabut, el camí que el legislador català ha hagut de recórrer fins arribar a l'alt grau de desenvolupament que ha assolit el dret civil de Catalunya no ha estat gens planer, ja que sovint ha topar amb el qüestionament que el Govern espanyol ha fet de l'abast de la competència de la Generalitat en aquest àmbit material.

En un espai tan curt de temps com el que tenim assignat no és possible desenvolupar, amb el detall que caldria, la doctrina constitucional sobre la competència autonòmica en matèria de dret civil genèricament considerada. Per això, em limitaré a recordar que si deixem de banda el recurs interposat contra la Llei 1/1982, de 3 de març de fundacions privades,²⁴³ dictada a l'empara d'un títol competencial propi, diferent del civil (article 9.24 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 1979),²⁴⁴ el qüestionament esmentat es va

238 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 89 (14 d'abril de 1998).

239 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 167 (14 de juliol de 1998).

240 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 166 (12 de juliol de 2002).

241 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 304 (20 de desembre de 2003).

242 Reial Decret de 24 de juliol de 1889 pel qual es publica el Codi civil. *Gaceta de Madrid*, núm. 206 (25 de juliol de 1889).

243 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 206 (10 de març de 1982).

244 Llei orgànica 4/1979, de 18 de desembre, d'Estatut d'autonomia de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 38 (31 de desembre de 1979).

concretar, ja fa més de trenta-cinc anys, amb la interposició de dos recursos d'inconstitucionalitat: un contra la Llei 9/1987, de 25 de maig, de successió intestada²⁴⁵ i, l'altre, contra la Llei 7/1991, de 27 d'abril, de filiacions.²⁴⁶ Aquests recursos van generar la reacció pràcticament unànime de la classe jurídica catalana, a conseqüència de la qual —i, lògicament, també de la negociació política— el Govern de l'Estat els va retirar.

Des d'aleshores, el Parlament de Catalunya va entrar en una etapa força prolífica en l'àmbit de la legislació civil (des de l'any 1991 fins el 2002 es van aprovar, sense cap mena d'entorpiment per part de l'Estat, setze lleis civils). Tanmateix, entre l'abril de 2002 i l'abril de 2003, és a dir, en tan sols un any, es van interposar tres recursos d'inconstitucionalitat: un contra la Llei 25/2001, de 31 de desembre, de l'accessió i l'ocupació;²⁴⁷ un altre contra la Llei 19/2002, de 5 de juliol, de drets reals de garantia;²⁴⁸ i un darrer contra la Llei 29/2002, de 30 de desembre, Primera llei del Codi civil de Catalunya, els vint anys de la qual estem commemorant. La impugnació d'aquesta darrera tenia una significació especial perquè qüestionava, no només el contingut, sinó també que la Generalitat pogués adoptar la tècnica d'un codi civil general. En tot cas, l'Estat novament desistiria dels recursos, gràcies, una vegada més, a la pressió de tota la classe jurídica catalana i a la negociació política.

Si deixem de banda el recurs interposat contra la Llei 5/2009, de 28 d'abril, els recursos contra la qualificació negativa dels títols o les clàusules concretes en matèria de dret català que s'hagin d'inscriure en un registre de la propietat, mercantil o de béns mobles de Catalunya,²⁴⁹ que és una norma de naturalesa adjectiva o procedimental, que va donar lloc a la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 4/2014, de 16 de gener,²⁵⁰ que va declararà la inconstitucionalitat de dos incisos de l'article 3.4, l'Estat no va tornar a impugnar una altra llei civil fins l'any 2016. Efectivament, aleshores va interposar dos recursos més, en aquest cas contra la Llei 19/2015, de 29 de juliol, d'incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi

245 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 850 (10 de juny de 1987).

246 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 1441 (10 de maig de 1991).

247 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 3556 (18 de gener de 2002).

248 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 3679 (17 de juliol de 2002).

249 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5374 (7 de maig de 2009).

250 Sentència del Tribunal Constitucional 4/2014, de 16 de gener. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 35 (10 de febrer de 2014).

civil de Catalunya,²⁵¹ que va originar la STC 95/2017, de 6 de juliol²⁵² la primera, per cert, que en tot aquest periple es pronunciava (en sentit desestimatori) sobre una llei catalana estrictament civil, i contra la Llei 24/2015, de 29 de juliol, de mesures urgents per afrontar l'emergència en l'àmbit de l'habitatge i la pobresa energètica,²⁵³ que va propiciar la STC 13/2019, de 31 de gener²⁵⁴ —a la qual em referiré després—, que va declarar inconstitucionals els articles 3 (procediment judicial per a la resolució de situacions de sobreendeutament), el 4 (règim de cancel·lació del passiu quan el fiador és un parent del deutor) i la disposició addicional (cessió a títol oneros de crèdits garantits amb l'habitatge i alliberament del deutor abonant al cessionari el preu que aquest ha pagat més els interessos legals i les despeses). Un parell d'anys després l'Estat va impugnar la Llei 3/2017, de 15 de febrer, del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, la impugnació de la qual va donar lloc a la STC 132/2019, de 3 de novembre²⁵⁵ —a la qual em referiré més extensament al llarg d'aquesta intervenció—; i la Llei 10/2017, de 27 de juny, de les voluntats digitals i de modificació dels llibres segon i quart del Codi civil de Catalunya,²⁵⁶ que va propiciar la STC 7/2019, de 17 de gener,²⁵⁷ que va declarar inconstitucionals els articles 6, 8 —en la modificació que feien dels articles 411-10.3.b) i 421-24.1 del CCCAT—, 10 i 11 que, respectivament, incorporaven una disposició addicional 3a i una disposició final 5a al llibre quart del Codi civil i, finalment, la disposició final 1a. Una vegada ressenyada breument la panoràmica del qüestionament que l'Estat ha fet d'algunes de les lleis civils catalanes davant el Tribunal Constitucional, em centraré ara en l'activitat legislativa de la Generalitat en l'àmbit concret de les obligacions i els contractes. El primer que s'ha de dir és que és una matèria respecte de la qual, des d'un bon començament, el legislador català va actuar amb molta cautela. I això perquè era conscient, no només del risc que hi havia que una regulació pròpia acabés sent impugnada davant el Tribunal Constitucional,

251 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 6927 (4 d'agost de 2015).

252 Sentència del Tribunal Constitucional 95/2017, de 6 de juliol. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 191 (11 d'agost de 2017).

253 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 6928 (5 d'agost de 2015).

254 Sentència del Tribunal Constitucional 13/2019, de 31 de gener. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 46 (22 de febrer de 2019).

255 Sentència del Tribunal Constitucional 132/2019, de 13 de novembre. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 304 (19 de desembre de 2019).

256 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 7401 (29 de juny de 2017).

257 Sentència del Tribunal Constitucional 7/2017, de 17 de gener. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 39 (14 de febrer de 2019).

sinó, i sobretot, perquè molt probablement aquest l'acabaria anul·lant. Cal dir, però, que sempre es va confiar en què, amb un treball pausat i de qualitat, més d'hora que tard hi hauria una conjuntura més favorable que ho permetria, com sortosament s'ha produït.

L'actitud prudent a què abans em referia va arribar a l'extrem que el Parlament va aprovar la Llei 1/1983, de 18 de febrer, de regulació administrativa de determinades estructures comercials i vendes especials,²⁵⁸ que en el seu mateix títol ja anunciava una mena de desistiment, si més no temporal, de regular civilment els contractes de consum. Això no va evitar, però, que la STC 88/1986, d'1 de juliol,²⁵⁹ declarés inconstitucionals alguns dels seus preceptes, tot i que no ho va fer per vulneració de l'article 149.1.8 de la Constitució espanyola, sinó perquè va considerar que afectaven la lliure concurrència comercial, que és una matèria mercantil que correspon regular en exclusiva a l'Estat.

Convé destacar que, malgrat que la Llei s'emmarcava en la competència de la Generalitat sobre comerç interior (article 12 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya, de 1979), el Tribunal Constitucional va voler expressar el seu posicionament sobre l'abast de la competència de les comunitats autònomes per legislar en l'àmbit de les obligacions i els contractes. En aquest punt, de forma poc precisa però amb un cert biaix cap a la matèria mercantil, cita conjuntament, com d'altra banda era usual en la jurisprudència relativa als contractes de consum, les competències civil i mercantil, tot afirmant que

«[D]e lo que esencialmente se trata es de que a través de las normas autonómicas no se produzca un «novum» en el contenido contractual, o en otros términos, de que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas (...)» (fj 5).

Això implicava que, en matèria de defensa del consumidor, el legislador autonòmic no podia modificar els drets i les obligacions de les parts. En realitat, no feia res més que seguir la doctrina extremadament restrictiva de la STC 71/1982, de 30 de novembre,²⁶⁰ dictada en relació a la Llei del Parlament basc 10/1981, de 18 de novembre, de l'Estatut del consumidor,²⁶¹ la qual, obviant qualsevol al·lusió a les «bases de les obligacions contractuals» i partint que la

258 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 307 (25 de febrer de 1983).

259 Sentència del Tribunal Constitucional 88/1986, d'1 de juliol. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 174 (22 de juliol de 1986).

260 Sentència del Tribunal Constitucional 71/1982, de 30 de novembre. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 312 (29 de desembre de 1982).

261 *Boletín Oficial del País Vasco*, núm. 103 (15 de desembre de 1981).

legitimació de les comunitats autònomes en aquesta matèria es limitava als aspectes de policia administrativa (fj 16), sostenia, per exemple, que «(...) el régimen de la responsabilidad debe ser uno y el mismo para todo el territorio del Estado (...)» (fj 19), i que «[L]a regulación de las condiciones generales de contratación o de las modalidades contractuales corresponde al legislador estatal (...)» (fj 14).

Diverses sentències posteriors, com ara la STC 62/1991, de 22 de març²⁶² (a la qual, directament, es remeten les STC 264/1993, de 22 de juliol,²⁶³ i 157/2004, de 21 de setembre²⁶⁴), van reiterar aquesta mateixa doctrina que, com hem vist, obviava contrastar la norma impugnada amb cap base de les obligacions. En efecte, partint del fet que l'emanació de regulacions administratives que determinades modalitats de venda disciplinen no suposa introduir una innovació en el marc de les relacions contractuals privades conclou, de forma molt taxativa, que «[N]o requiere de mayores disquisiciones afirmar que la determinación del contenido de los contratos y de las acciones por incumplimiento, saneamiento o resolución se insertan dentro de la competencia estatal exclusiva atribuida al Estado por los artículos 149.1. 6^a y 8^a CE (...)» (fj 4).

En la mateixa línia, la STC 124/2003, de 19 de juny,²⁶⁵ barrejant una vegada més ambdues matèries competencials (6a i 8a de l'article 149.1 de la CE), va reiterar també la doctrina d'acord amb la qual correspon a l'Estat

(...) la regulación de las condiciones generales de la contratación o de las modalidades contractuales, e igualmente la responsabilidad por los daños originados en la adquisición, utilización o disfrute por los consumidores de bienes, medios o servicios (STC 225/1993, fj 6).

En aquest mateix sentit, aclaria que

(...) ello no impide que las normas autonómicas puedan disciplinar determinados tipos de ventas, y en concreto la venta no sedentaria, con base en su competencia en materia de comercio interior, siempre que dicha regulación autonómica se ciña al espacio de las relaciones jurídico- públicas (STC 264/1993, de 22 de julio, fj 5).

262 Sentència del Tribunal Constitucional 62/1991, de 22 de març. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 98 (24 d'abril de 1991).

263 Sentència del Tribunal Constitucional 264/1993, de 22 de juliol. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 197 (18 d'agost de 1993).

264 Sentència del Tribunal Constitucional 157/2004, de 21 de setembre. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 255 (22 d'octubre de 2004).

265 Sentència del Tribunal Constitucional 124/2003, de 19 de juny. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 170 (17 de juliol de 2003).

A mode de resum, es pot afirmar que el Tribunal Constitucional pràcticament no deixava cap esclatxa a les comunitats autònomes per legislar civilment sobre les obligacions i els contractes; és més, ni tan sols entrava a valorar si la comunitat autònoma tenia estatutàriament reconeguda la competència per legislar en matèria civil. Això explica —com deia— que la Generalitat es mantingués en una mena de mode en espera. És a dir, durant força temps les iniciatives legislatives en aquesta esfera del dret civil es van cenyir a la regulació d'uns tipus contractuals concrets, històricament molt arrelats a Catalunya, vinculats a l'àmbit agrícola i ramader, i també a l'esfera d'institucions com ara el vitalici, el censal i el violari, tradicionalment configurats com a censos i ara tractats com a règims obligacionals. Per la mateixa raó, les normes catalanes referides als contractes amb consumidors seguien evitant entrar en la regulació dels efectes *inter privatos* i es circumscrivien al vessant administratiu. Aquest és el cas, per exemple, de la Llei 3/1993, de 5 de març, de l'Estatut del consumidor²⁶⁶ i, en certa mesura, també de la Llei 22/2010, de 20 de juliol, del Codi de consum de Catalunya,²⁶⁷ ja que ambdues es limitaven a tipificar com a il·lícit administratiu (amb la corresponent sanció) la infracció d'obligacions contractuals, sense incidir, però, en l'estructura jurídicoprivada de la relació obligacional.

Que aquella cautela no implicava —com he dit— una renúncia definitiva a legislar en aquest camp del dret civil ho va deixar clar l'esmentada Llei 29/2002, de 30 de desembre, Primera llei del Codi civil de Catalunya, en preveure que el llibre sisè s'havia de destinar a les obligacions i als contractes, incloent-hi la part general i la contractació que afecta els consumidors. En realitat, aquesta declaració va ser el tret de sortida d'un llarg procés (quinze anys) de preparació i maduració del que va acabar sent la Llei que va aprovar el llibre sisè esmentat. És més, per reforçar («blindar», en terminologia política força estesa aleshores) les competències de la Generalitat, l'any 2006 es va aprovar el nou Estatut d'autonomia²⁶⁸ (EAC), l'article 129 del qual, amb una redacció que volia reflectir la interpretació dominant que des de Catalunya es feia de l'article 149.1.8 de la CE, pretenia superar la interpretació restrictiva duta a terme per la jurisprudència constitucional —a la qual abans he

266 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 1719 (12 de març de 1993).

267 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5677 (23 de juliol de 2010).

268 Decret 306/2006, de 20 de juliol, pel qual es dona publicitat a la Llei orgànica 6/2006, de 19 de juliol, de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 4680 (20 de juliol de 2006).

fet referència— que —com veurem tot seguit—, en matèria contractual, es va traduir en l'atribució de tota la competència a l'Estat. Van ser esforços en va, ja que aquest nou precepte no va tenir cap influència en la resolució que finalment va adoptar el Tribunal Constitucional, atès que la STC 31/2010, de 28 de juny de 2010,²⁶⁹ el va considerar constitucional sempre que s'interpretés d'acord amb la seva jurisprudència precedent.

Dit de forma més sintètica, l'article 129 de l'EAC volia precisar que la competència de la Generalitat abasta tota la matèria civil, tret d'allò que la regla 8a de l'article 149.1 de la CE atribueix específicament a l'Estat. Així ho va interpretar també el Consell de Garanties Estatutàries (dictàmens 13/2010, de 6 de juliol,²⁷⁰ i 1/2017, de 26 de gener,²⁷¹ aquest darrer relatiu justament al Projecte de llei del llibre sisè), en afirmar que el canvi normatiu que el nou Estatut va introduir en la forma en què la Generalitat assumeix la competència legislativa en matèria de dret civil permetia efectuar una interpretació més oberta de l'expressió «desenvolupament del dret civil, foral o especial» de l'article 149.1.8 de la CE. Ho fonamentava en què

(...) la norma estatutària forma part del bloc de la constitucionalitat i que, per tant, és una llei orgànica definidora de les competències de la comunitat autònoma, de manera que el seu contingut s'ha de tenir en compte a l'hora d'interpretar l'abast d'aquestes competències (...).

Afegia també que aquest precepte permetia interpretar amb més claredat (...) que l'abast material no depèn de quin hagués estat el contingut concret de la Compilació (que, com és sabut, és tributari d'una conjuntura històrica no democràtica), sinó que l'objecte de la matèria competencial és genèricament el dret civil català.

És a dir, l'alt òrgan consultiu partia que l'article 129 de l'EAC pressuposava el caràcter complet i autosuficient que ha tingut històricament l'ordenament civil català, el qual, per cert, no es va derogar sinó que també estava present en la Compilació de 1960,²⁷² per aplicació de la doctrina de la *iuris continuatio* (fj 2). En altres paraules, pretenia eliminar l'aleatorietat que deriva d'una ju-

269 Sentència del Tribunal Constitucional 31/2010, de 28 de juny. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 172 (16 de juliol de 2010).

270 Es pot consultar a Microsoft Word – DictamenCGE 13_Codicivil_WebPublicacions.doc

271 Es pot consultar a DCGE_01_2017

272 Llei 40/1960, de 21 de juliol, sobre Compilació del dret civil especial de Catalunya. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 175 (22 de juliol de 1960).

risprudència constitucional (STC 88/1993, de 12 de març)²⁷³ que sostenia que l'abast de la competència autonòmica en matèria de dret civil depenia de quin fos el contingut material de l'anomenat «dret civil foral» o «dret especial» en aprovar-se la Constitució;²⁷⁴ és a dir, en el cas de Catalunya les institucions compilades l'any 1960.

Aprofito per dir que, darrerament, el Tribunal Constitucional ha anat flexibilitzant el criteri de la connectivitat amb el dret civil de la comunitat autònoma vigent a l'entrada en vigor de la Constitució i ha passat a admetre que la connexió adequada i suficient es pot produir també amb el dret postconstitucional (STC 133/2017, de 16 de novembre,²⁷⁵ relativa a la Llei 2/2006, de 14 de juny, de dret civil de Galícia,²⁷⁶ i STC 41/2018, de 26 de abril,²⁷⁷ referida a la Llei 5/2011, de 10 de març, del patrimoni d'Aragó²⁷⁸). Així ho ha explicat també, encara amb més claredat, la reiteradament esmentada STC 132/2019, quan afirma que (...) la noción de «desarrollo» de los derechos civiles forales o especiales enuncia una competencia autonómica que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Esto significa que cabe que las comunidades autónomas dotadas de Derecho civil regulen instituciones conexas con las ya existentes en su ordenamiento dentro de la actualización o innovación de sus contenidos a la que se ha hecho referencia y según los principios informadores peculiares del Derecho foral. Es cierto que dicha conexión ha de efectuarse con el conjunto del Derecho preexistente, tanto el vigente al tiempo de entrada en vigor de la Constitución, como con las instituciones reguladas posteriormente al amparo del artículo 149.1.8 CE, porque los ordenamientos jurídicos civiles son el resultado de una evolución legislativa larga y pausada, cuyas normas se asientan a lo largo del tiempo y no pueden ser entendidos como un simple conjunto o recopilación de normas e instituciones aisladas y asistemáticas, sino, por el contrario, deben contemplarse como verdaderos sistemas normativos cuyas reglas y principios están racionalmente enlazados entre sí. (fj 3).

273 Sentència del Tribunal Constitucional 88/1993, de 12 de març. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 90 (15 d'abril de 1993).

274 Constitució espanyola de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 311 (29 de desembre de 1978).

275 Sentència del Tribunal Constitucional 133/2017, de 16 de novembre. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 308 (20 de desembre de 2017).

276 *Diario Oficial de Galicia*, núm. 124 (29 de juny de 2006).

277 Sentència del Tribunal Constitucional 41/2018, de 26 de abril. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 130 (29 de maig de 2018).

278 *Boletín Oficial de Aragón*, núm. 57 (21 de març de 2011).

Aquesta nova concepció de la connexió suficient és el que ha permès, per exemple, que el Tribunal Constitucional, deixant clar que la compravenda de consum pertany al camp del dret civil, en validi la constitucionalitat, basant-se no només en què la Compilació originària regulava la compravenda, sinó també en què Catalunya disposa d'un Codi de consum.²⁷⁹ Però el més rellevant d'aquesta nova doctrina és que tanca la porta, oberta fins ara, com havia advertit Vaquer Aloy²⁸⁰ que es pugui posar en dubte, mitjançant una qüestió d'inconstitucionalitat, la validesa de normes que porten anys aplicant-se sense discussió.

Tornant novament a la jurisprudència constitucional en matèria contractual, vull cridar l'atenció sobre el fet que la STC 13/2019, tot i que va ser dictada tan sols deu mesos abans que la del llibre sisè, encara mantingués aquella interpretació restrictiva, reproduint, fil per randa, la doctrina de les sentències anteriors. En aquest sentit, després de recordar que la STC 54/2018, de 24 de maig,²⁸¹ va entendre «(...) que «una regulació sobre lo que debe entenderse por cláusulas abusivas en la contratación, introduciendo en esta área del derecho, «innovaciones» corresponde al Estado *ex artículo* 149.1.8 CE (...)» (fj 8), considera també inconstitucionals i, per tant, nuls, d'una banda, l'article 262-6.2 del CCCAT, que fixava en catorze dies naturals el termini de l'oferta vinculant del prestador, ja que «(...) los preceptos que afectan y modulan el régimen de perfeccionamiento y de la eficacia de los contratos pertenecen a la titularidad estatal, *ex artículos* 149.1.6 y 8 CE (...)» [fj 9 a)] i, d'una altra, l'article 263-2.4 del CCCAT, d'acord amb el qual el prestador no podia concedir el crèdit o préstec hipotecari si el resultat de l'avaluació de solvència de la persona consumidora era negatiu. Adduïa en aquest cas que

[L]a norma catalana introduce en efecto una prohibición de contratar que desborda el ámbito competencial autonómico, pues (...) éste tiene como límite, entre otros, que no se produzca un *novum* en el contenido contractual, o en otras palabras, que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas. (fj 9 d).

279 Llei 22/2010, del 20 de juliol, del Codi de consum de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5677 (23 de juliol de 2010).

280 Vaquer aloy, Antoni. «La conexión suficiente y las bases de las obligaciones contractuales». A: Bayod López, Maria Del Carmen (Coord.). *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 78.

281 Sentència del Tribunal Constitucional 54/2018, de 24 de maig. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 151 (22 de juny de 2018).

Tenint en compte aquests precedents, era fàcilment previsible que, quan el Parlament de Catalunya aprovés la Llei del llibre sisè, l'Estat interposaria recurs d'inconstitucionalitat. I així va ser. En concret, el president del Govern espanyol en va impugnar l'article 3, en la part que donava nova redacció als articles 621-1 a 621-54 (compravenda) i 621-56 i 621-57 (permuta); l'article 4, pel qual es donava nova redacció als articles 622-21 a 622-42 (mandat i gestió d'afers aliens sense mandat); i l'article 9, en tant que introduïa una disposició transitòria relativa a la irretroactivitat de les normes reguladores de la compravenda i la permuta.

Amb grata sorpresa per a mi —i diria que per a la majoria de juristes coneixedors de la jurisprudència constitucional, que de forma molt resumida acabo d'exposar— el recurs es va resoldre favorablement per a la Generalitat mitjançant la STC 132/2019, de contínua referència, la qual, sense dir-ho expressament, ha fet un gir radical respecte del plantejament anterior. És a dir, va considerar constitucionals tots els preceptes impugnats, llevat, tan sols, de l'apartat tercer de l'article 621-54 del CCCAT, referit al procediment notarial de resolució de la condició resolutòria. En relació amb aquest darrer precepte —al meu parer sense una argumentació convincent— va entendre que envaïa la competència exclusiva de l'Estat en matèria de legislació processal (article 149.1.6 de la CE), per bé que els recurrents havien al·legat la vulneració de la competència estatal relativa als registres i instruments públics.

3. Bases de les obligacions contractuals, bases de la planificació general de l'activitat econòmica i garantia de la unitat de mercat

Em centraré, tot seguit, en la doctrina jurisprudencial que sobre el concepte de bases de les obligacions contractuals ha elaborat la STC 132/2019, de manera que deixaré de banda les qüestions referides a la competència per legislar en matèria dels contractes (civils) de compravenda, permuta i mandat, i també sobre la gestió d'afers aliens sense mandat, que —com he dit abans— el Tribunal valida, basant-se en la connexió que hi ha entre els preceptes impugnats i les institucions preexistents del dret civil de Catalunya.

A partir d'aquí, la Sentència entra a analitzar si la concreta regulació que d'aquests contractes ha fet el legislador català respecta la competència exclusiva que l'article 149.1.8 de la CE atribueix «en qualsevol cas» a l'Estat per

establir les «bases de les obligacions contractuals» que —sigui dit de passada— era un aspecte que el recurs no al·legava. La resolució és especialment rellevant perquè, d'una banda, posa fi a un llarg silenci del Tribunal sobre la definició d'aquestes bases que suplís la inactivitat del legislador estatal i, d'una altra, perquè ho fa pronunciant-se sobre un dels àmbits més centrals del dret de contractes, la compravenda, que és on es manifesten els aspectes més estructurals de qualsevol sistema contractual.

Vagi per endavant que, tot i que, com ha fet notar la doctrina (Barral Viñals),²⁸² els criteris d'identificació de les bases que fixa la Sentència són més aviat imprecisos i poc clars —veurem que oscil·len entre els de naturalesa jurídica i els econòmics—, és una resolució que ben segur que ha de repercutir en bé del nostre dret civil, sobretot per les expectatives que obre cara a poder seguir completant legislativament el llibre sisè. De fet, hom pot afirmar que amb la Sentència s'inicia una nova etapa de certa tranquil·litat en l'exercici competencial en matèria contractual, com ho acredita el fet que, ja fa més d'un any, el Govern de la Generalitat aprovà, i el Parlament de Catalunya convalidà, el Decret llei 27/2021, de 14 de desembre, d'incorporació de les directives (UE) 2019/770 i 2019/771, relatives als contractes de subministrament de continguts i serveis digitals i als contractes de compravenda de béns, al llibre sisè del Codi civil de Catalunya,²⁸³ sense que hagi estat qüestionat davant el Tribunal Constitucional. Recordem que aquesta darrera norma no només modifica diversos preceptes del Codi civil de Catalunya relatiu a la compravenda, sinó que també regula *ex novo* —dins els contractes amb finalitat transmissora— l'anomenat «contracte de subministrament de continguts i serveis digitals». L'atès 12 de l'esmentada Directiva 2019/770 deixava en mans de cada Estat la possibilitat que aquest darrer contracte es pogués configurar com a compravenda, com a contracte de serveis, de lloguer, o bé com a contracte atípic.

El primer que fa la Sentència, ja en el fonament jurídic segon, és pronunciar-se sobre la naturalesa de la competència quan la matèria concernida és la civil contractual, i ho fa sobre la base que es tracta d'una situació de concurrència de competències estatal i de la Generalitat (article 149.1.8 de la CE i 129 de l'EAC); és a dir, considera que la competència és compartida, en el sentit que permet a la Generalitat desenvolupar la seva legislació contractual, sem-

282 Barral Viñals, Immaculada. «La compravenda de consum és «legislació civil» i té com a únic límit «les bases de les obligacions contractuals»: apunts sobre un canvi de rumb—¿estable?—en la jurisprudència constitucional». *Revista Jurídica de Catalunya*, 2020, 1, 9-30.

283 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8564 (16 de desembre de 2021).

pre que respecti les regles o principis que l'Estat hagi fixat com a bàsics o, si no ho ha fet, els que resultin de la normativa estatal. Això —segueix dient— es tradueix en l'aplicació de la tècnica pròpia del binomi legislació bàsica (Estat) / desenvolupament (Generalitat), que implica que la noció de «bases» presenti una doble dimensió, material i formal. Quant a la material, reproduïx la seva doctrina consolidada segons la qual «(...) alude a los principios o elementos estructurales de una determinada materia que deben ser comunes en todo el Estado (...)» (fj 7a), afirmant tot seguit que constitueixen el

(...) común denominador normativo necesario para asegurar la unidad fundamental prevista por las normas del bloque de la constitucionalidad que establecen la distribución de competencias (STC 48/1988, fj 3). Esto es, un marco normativo unitario de aplicación a todo el territorio nacional (STC 147/1991), dirigido a asegurar los intereses generales y dotado de estabilidad —ya que con las bases se atiende a aspectos más estructurales que coyunturales (STC 1/1982, fj 1), a partir del cual pueda cada comunidad, en defensa de su propio interés, introducir las peculiaridades que estime convenientes dentro del marco competencial que en la materia correspondiente le asigne su Estatuto (...) (citant la STC 197/1996,²⁸⁴ fj 5).

Pel que fa a la dimensió formal de les bases, reitera que té com a finalitat essencial «(...) excluir la incertidumbre jurídica que supondría que el Estado pueda oponer como norma básica a las comunidades autónomas cualquier clase de precepto legal o reglamentario, al margen de cuál sea su rango o estructura (...)». Això vol dir que, llevat de supòsits molt excepcionals, l'instrument per al seu establiment ha de ser la llei, de manera que és aquesta la que pot i ha de declarar expressament el caràcter bàsic de la norma o, si de cas, venir dotada d'una estructura que permeti inferir, directament o indirecta, però sense especial dificultat, la seva vocació o pretensió bàsica.

Al meu parer, aquesta concepció com a competència compartida en el sentit de l'article 111 de l'EAC ha de ser matisada. Vull dir que, si bé es pot admetre que per a la delimitació d'allò que s'ha de considerar bàsic en seu de les obligacions contractuals pot ser útil acudir al concepte genèric de «bases», enteses segons la mateixa jurisprudència constitucional com a regles o principis essencials, cal tenir en compte que l'article 149.1.8 de la CE —a diferència d'altres clàusules d'aquest mateix precepte que també parlen de «bases» (apar-

284 Sentència del Tribunal Constitucional 197/1996, de 28 de novembre. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 3 (3 de gener de 1997).

tats 11, 13, 16, 18 i 25), de «legislació bàsica» (apartats 17, 18 i 23) o de «normes bàsiques» (apartats 27 i 30)—, no és una norma que estableixi una divisió competencial de tipus funcional i, per tant, que no estem davant la coneguda partició bases—desenvolupament, o el que és el mateix, abstracció—concreció. En realitat, com han posat de relleu Fossas Espadaler²⁸⁵ i Gómez De La Escalera²⁸⁶ les «bases de les obligacions contractuals», que —no ho oblidem— és un concepte intern del dret civil, són pròpiament la matèria que és objecte de la competència estatal.

La interpretació que proposo segueix el criteri assentat per la STC 31/2010, que resol el recurs d'inconstitucionalitat interposat contra el nou Estatut, la qual, en pronunciar-se sobre la definició que l'article 110.1 de l'EAC fa de les competències exclusives de la Generalitat, admet que, tot i que el precepte es refereixi a la coextensió de la competència i la matèria com un tot, pot haver-hi supòsits en què topin amb competències exclusives de l'Estat. Ho concretava dient que l'existència de l'exclusivitat autonòmica (...) no implica que se excluya la eventualidad —prevista constitucionalmente y, por ello, legislativamente indisponible— de una exclusividad competencial referida únicamente a las potestades normativas que cabe ejercer sobre un sector de la realidad en el que también concurren potestades exclusivas del Estado (...) (fj 59).

Per a mi, aquesta és la idea que hi ha al darrere en la relació entre la competència exclusiva de la Generalitat sobre dret civil i la també exclusiva de l'Estat sobre les bases de les obligacions contractuals, d'on resulta que, en el cas de l'article 149.1.8 de la CE, les bases no són un mínim a desenvolupar, sinó principis o regles que defineixen l'essència de dites obligacions i que es configuren com un límit extern que la Generalitat en tot cas ha de respectar.

En aquest sentit, precisament, la mateixa STC 132/2019, entrant en una certa contradicció amb la inicial concepció que la qualificava com a competència compartida (fj 4.c i 6 inici), afirma que

[L]as «bases de las obligaciones contractuales» a las que se refiere el artículo 149.1.8 CE no constituyen el punto de partida abierto al desarrollo de las comunidades autónomas, sino que, por el contrario, son exclusivamente un límite a la actividad legislativa de estas.

285 Fossas Espadaler, Enric. «La competència sobre les bases de les obligacions contractuals. Una aproximació constitucional». *Revista Jurídica de Catalunya*, 2014, 2, p. 75.

286 Gómez De La Escalera, Carlos. «Artículo 149.1.8ª». A: Rodríguez-Piñero Miguel; Casas Baamonde, Maria Emilia. *Comentarios a la Constitución Española*. Madrid: Ed. BOE y Fundación Wolters Kluwer, 2018, p. 1298.

A partir d'aquí, addueix que (...) la finalidad de la reserva estatal en materia de derecho de contratos estriba en la necesidad de garantizar un común denominador en los principios que deben regir las obligaciones contractuales, lo que se logra cuando las categorías generales son las mismas en todo el territorio nacional (...) (fj 6).

I ho acaba il·lustrant amb l'exemple següent: (...) las comunidades autónomas pueden legislar diversamente sobre las causas de rescisión o de nulidad contractual, pero no variar el concepto mismo de nulidad o rescisión que deben ser equivalentes y únicos para todo el país.

És a dir, segons això, el nucli bàsic que queda en mans de l'Estat no marca línies o criteris de desenvolupament, ans al contrari, es configura com el conjunt de principis que ineludiblement ha de respectar la legislació civil de la Generalitat.

Sigui com sigui, ja es pot avançar que quan el Tribunal Constitucional entra a examinar si els preceptes del llibre sisè s'adeqüen a les bases, no sempre segueix el criteri de contrastar el precepte que analitza amb les esmentades bases estatals, sinó que sovint es limita a comprovar si el seu contingut s'ajusta o no al de la legislació estatal que regula aquella mateixa matèria, sense aclarir, però, si aquesta constitueix pròpiament una base. Aquest patró d'anàlisi és el que el fa que la Sentència tregui a col·lació la seva doctrina que considera constitucionals les *leges repetitae*, quan la norma reproduïda i la que reproduceix s'enquadren en una mateixa matèria sobre la que ostenten competències tant l'Estat com la comunitat autònoma. Ara bé, si —com abans he argumentat— hom parteix que en el cas present no és que funcionalment ostentin competències tant l'Estat com la Generalitat, sinó que les «bases de les obligacions contractuals» són una submatèria dins la legislació civil, sobre la qual l'Estat pot fixar els principis o categories generals que defineixen l'essència de dites obligacions i que conformen els límits que la Generalitat en tot cas ha de respectar, difícilment es podrà dir que la norma catalana que s'hi adequa sigui una *lex repetita*. És més, no és tan sols que pugui haver-hi coincidència de preceptes, sinó que, com fa notar Asúa González²⁸⁷ —i podrem comprovar després—, en el cas de la Llei del llibre sisè és aquesta coincidència amb la normativa estatal la que justifica la constitucionalitat dels preceptes qüestionats. És clar que l'Estat pot canviar les bases i, si això passa, la regula-

287 Asúa González, Clara Isabel. «Conexión y bases de las obligaciones contractuales: a propósito de la STC 132/2019». *Derecho Privado y Constitución*, 2020, 37, p. 259.

ció catalana s'hi haurà d'adaptar, tenint en compte, però, que la fixació d'un marc bàsic d'aplicació a tot l'Estat s'ha de caracteritzar per la seva estabilitat, la qual deriva del fet que amb les bases s'atén a aspectes més estructurals que conjunturals (STC 1/1982).²⁸⁸

Dit això, el primer que cal posar de relleu, tot i que sembli una obvietat, és que la mateixa literalitat de l'expressió «obligacions contractuals», elimina qualsevol dubte sobre l'al·lusió a un dels tipus en què el codi civil espanyol classifica les obligacions en atenció a les seves fonts de creació. A saber, el que s'identifica amb les que neixen dels contractes (articles 1089 i 1091 del cc) que —com veurem més endavant— no són tan sols les que hagin pogut estipular les parts, sinó que es contraposen a «obligacions extracontractuals» (articles 1093 i 1902 i s. del cc) o, el que és el mateix, les «que es contrauen sense conveni», en expressió del títol xvi del llibre quart del codi civil espanyol (quasicontractes i obligacions que neixen de la culpa o negligència).

En aquest sentit, és evident que qualsevol contracte existeix des la seva conclusió —moment en què les parts consenten a obligar-se (article 1254 del CCE)— i, a partir d'aleshores, no només obliga al compliment d'allò que expressament s'hagi pactat, sinó també a totes les conseqüències que siguin conformes a la bona fe, a l'ús i a la llei (article 1258 del CCE). D'aquí que —com deia— no només s'han de considerar contractuals les obligacions que voluntàriament han estipulat les parts, sinó que ho són també les derivades de la regulació que la llei fa del contracte en qüestió (tant si és imperativa com dispositiva i, és clar, no s'ha estipulat el contrari). De fet, és en l'àmbit legislatiu en què la qüestió competencial adquireix tota la rellevància, ja que la llei és la que estableix els criteris que conformen els elements essencials o estructurals d'una institució (Asúa González).²⁸⁹

La reiteradament citada STC 132/2019 parteix que correspon al legislador estatal concretar formalment què s'ha de considerar «bases de les obligacions contractuals», tot advertint, però, que és una competència que la Constitució espanyola (...) no se la otorga para regular concreta y detalladamente un determinado tipo contractual, sino para dictar aquellas normas que sean esenciales para preservar una estructura de relaciones contractuales con idéntica

288 Sentència del Tribunal Constitucional 1/1982, de 28 de gener. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 49 (26 de febrer de 1982).

289 Asúa González, Clara Isabel. Ob. Cit., p. 265.

lógica interna, auspiciada por los mismos principios materiales e igual para todos los agentes económicos en todo el territorio nacional (...) (fj 6).

Després tornaré sobre l'assimilació que —com ja es pot apreciar en l'incís que acabo de reproduir— el Tribunal Constitucional fa entre «obligacions contractuals» i «matèria civil contractual», a la qual s'ha d'afegir també la vinculació que estableix entre les bases de les «obligacions contractuals» i les de l'«activitat econòmica» o amb la «unitat de mercat».

D'acord amb una jurisprudència constitucional consolidada sobre la «legislació bàsica» o les «bases» en general, mentre l'Estat no determini què és basic, les comunitats autònomes no poden quedar obligades a esperar aquest pronunciament específic, i, per tant, poden exercir la seva competència sempre, és clar, que ho facin «(...) respetando los principios que se deriven de la Constitución española y de la legislación existente» (STC 132/2019, fj 6). Aquesta és la doctrina que el Tribunal aplica també a les «bases de les obligacions contractuals», especificant que la legislació de la qual han de derivar els principis que les defineixen és el llibre IV del codi civil espanyol. En aquest sentit, considera legislació bàsica (...) la comprendida en los principios desarrollados en los títulos I y II del libro IV CCE (artículos 1088 a 1314), especialmente las normas relativas a las fuentes de las obligaciones (artículo 1089 y s. cce), a la fuerza vinculante del contrato (artículo 1091 CCE) y las que regulan sus elementos esenciales y efectos (artículos 1254 a 1280 cce).

Em permeto fer notar, però, que no sembla adequat incloure, sense matisos, les fonts de les obligacions dins les bases de les obligacions contractuals, atès que el contracte només és una de les fonts. També és erroni —al meu parer— assimilar, sense més, les obligacions contractuals als elements essencials dels contractes i als seus efectes.

De forma que es pot considerar redundant. L'esmentat fj 6 afegeix que el mateix caràcter bàsic tenen els principis materials que s'extreuen de les normes abans referides, entre els quals esmenta: l'autonomia de la voluntat, la prevalença del principi espiritualista en la perfecció del contracte, l'eficàcia obligacional del contracte en relació amb els modes de translació del domini, l'obligatorietat del contracte, la bona fe contractual, el sistema de responsabilitat per incompliment, la responsabilitat universal del deutor, els requisits de validesa i eficàcia o la defensa dels consumidors.

Si traiem la referència genèrica a la defensa dels consumidors, hom pot observar que es tracta dels mateixos principis que Sánchez González²⁹⁰ havia identificat també com a «bases». Al meu parer, però, es pot considerar una afirmació innecessària, ja que —amb el matís que tot seguit faré en relació amb l'autonomia de la voluntat— són principis consubstancials a qualsevol ordenament jurídic modern. He dit que calia matisar el caràcter bàsic del principi de l'autonomia de la voluntat, perquè és obvi que el legislador competent pot alterar-lo sense que això signifiqui que incorre en inconstitucionalitat (ho adverteix també el magistrat Xiol en el vot concurrent que ha formulat a la recent STC 118/2022, de 29 de setembre²⁹¹ —a la qual després em referiré). Precisament, des d'aquesta mateixa perspectiva —entenc també que— a l'hora d'identificar les bases amb el llibre iv del codi civil espanyol, el Tribunal hagi hagut de tenir en compte que és un cos legal que respon a una concepció vuitcentista i individualista de la contractació civil que avui ha quedat totalment superada per una aproximació més social com la que, per exemple, representen les normes sobre protecció dels consumidors i que —com he dit— es tradueix en una restricció de l'autonomia de la voluntat, que deriva d'una intervenció de la llei cada cop més intensa, caracteritzada per l'establiment de situacions jurídiques de caràcter imperatiu.

Observeu, d'altra banda, que —com ja he avançat— en la línia fluctuant i més aviat oberta que la Sentència manté sobre el concepte de «bases de les obligacions contractuals», sovint les identifica o assimila amb el contracte mateix. Em refereixo que, com si fossin equivalents, parla indistintament d'«obligaciones contractuales», de «contratación entre privados», de «criterios de ordenación general del sector de la contratación privada» o de «materia civil contractual». Una prova d'això la trobem, per exemple, quan, d'una banda, afirma que (...) hay que entender que cuando el artículo 149.1.8 CE hace referencia a la competencia exclusiva del Estado para dictar las bases de las obligaciones contractuales está aludiendo al núcleo esencial de la estructura de los contratos y a los principios que deben informar su regulación (...) (fj 6)

i, d'una altra, quan, en aplicar el cànon de constitucionalitat, sosté que tan sols s'han de considerar bases «(...) aquellas reglas que contengan los elemen-

290 Sánchez González, María Paz. *Bases de las obligaciones contractuales en la Constitución. Artículo 149.1.8ª*. Madrid: Trivium, 1991, p. 66.

291 Sentència del Tribunal Constitucional 118/2022, de 29 de setembre. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 262 (1 de novembre de 2022).

tos esenciales que garanticen un régimen contractual común para todos los ciudadanos (...)» (fj 7).

Ara bé, aquesta reducció o assimilació de la noció de bases de les obligacions contractuals a unes hipotètiques bases dels contractes o del règim contractual, topa amb el fet que l'eficàcia dels contractes no es limita tan sols a la creació d'obligacions, sinó que poden tenir també eficàcia «real» (v. gr. hipoteca, anticresi o penyora) o configurar legitimacions possessòries que no constitueixen drets reals, com és el cas de l'arrendament, el comodat o el dipòsit (com recorda, Badosa Coll).²⁹² Dit de forma resumida, el sol fet que els contractes puguin tenir eficàcia extraobligacional exclouria que les bases de les obligacions de l'article 149.1.8 de la CE es puguin referir, sense matisos, al règim contractual. Així doncs, admetent que les bases se situen en la línia dels principis o regles que, a través d'una norma estatal, identifiquen el nucli essencial de les obligacions que deriven dels contractes, és important recordar novament que les obligacions són un dels efectes que deriven del contracte i, per tant, que no es poden assimilar al contracte genèricament considerat. El contrari obriria la porta a negar que la Generalitat pugui legislar sobre qual-sevol aspecte de la matèria contractual civil.

Però és que el Tribunal Constitucional va més enllà i entremescla també les esmentades bases amb l'activitat econòmica. És a dir, prescindint què les obligacions contractuals i també les seves bases són un concepte civil, les apropa als principis econòmics constitucionals que haurien de regir amb caràcter de mínim comú a tot l'Estat.

És en aquest sentit que ara, des d'una perspectiva econòmica i de mercat, però sense aportar cap justificació sobre allò que inspira aquest posicionament, la Sentència afirma que la tasca de determinació de les bases

(...) ha de orientarse al cumplimiento de los principios de unidad de mercado y libre circulación de personas y bienes (artículo 139 CE), solidaridad y equilibrio económico (artículos 2 y 138 CE) y planificación general de la actividad económica (artículo 131 CE) (...) (fj 6).

D'aquí en deriva que, per mesurar si s'ha respectat la competència estatal sobre les bases de les obligacions contractuals, s'ha de partir del fet que

(...) en materia contractual [observeu, una vegada més, que no parla d'obligacions contractuals] solo deba considerarse normativa básica aquellas reglas

²⁹² Badosa Coll, Ferran. «La competència de la Generalitat de Catalunya y les bases de les obligacions contractuals». *V Jornades de Dret Català a Tossa. Tossa de Mar: [exemplar ciclostilat de la ponència inèdita]*, 1990, p. 9.

que incidan directamente en la organización económica, en las relaciones *inter partes* y en la economía interna de los contratos, comprobando, por ejemplo, si se respetan directrices básicas tales como el principio de la iniciativa privada y la libertad de contratación, la conmutatividad del comercio jurídico, la buena fe en las relaciones económicas, la seguridad del tráfico jurídico o si el tipo contractual se ajusta al esquema establecido en la norma estatal (...) (fj 6).

En aquest punt, em permeto cridar l'atenció sobre el fet que, sent el contracte, com és, un mitjà de transferència de béns i serveis d'una persona a una altra i, alhora, també d'assignació dels riscos futurs entre les parts, no ha de portar a concloure, necessàriament, —contra el que hem vist que sosté el Tribunal Constitucional— que les regles que afecten l'economia interna del contracte s'hagin de considerar bàsiques. El contrari implicaria que, com que són molts els aspectes del règim obligacional de qualsevol contracte que directament poden incidir en les relacions entre les parts i en l'economia interna del contracte, gairebé tot el règim contractual podria tenir caràcter bàsic i, en conseqüència, quedar fora de la competència de la Generalitat. Així mateix, pel que fa la conmutativitat del comerç jurídic (entesa en el sentit que tot desplaçament patrimonial, perquè sigui vàlid i eficaç, requereix una causa suficient que li serveixi de fonament, de manera que l'obligat no es pot comprometre, exclòs l'ànim de liberalitat o una altra justa causa, a efectuar una atribució que l'empobreixi, sense cap mena de compensació) entenc que tampoc constitueix una base de les obligacions. I això, d'una banda, perquè hi poden haver directrius de planificació econòmica que afectin determinades prestacions, normalment limitant-ne el preu i, d'una altra, perquè —com ja he dit— en l'àmbit estrictament civil topa amb el fet que només els drets navarrès i català preveuen la rescissió per lesió que, en el cas del llibre sisè, ha estat una de les institucions que, precisament, han servit d'argument a la Sentència per avalar, via connexió, la competència de la Generalitat per legislar en matèria de compravenda.

La mateixa commixió conceptual entre bases «de les obligacions», de l'«activitat econòmica» i «unitat de mercat» la trobem també en el fj 7è, quan, després d'afirmar que, per determinar si la llei autonòmica s'ajusta o no a les bases, el paràmetre de control no és la concreta regulació que d'aquests contractes efectua el llibre sisè, sinó únicament els elements essencials, afegeix que

(...) [S]on estos elementos los que permiten atribuir una determinada naturaleza jurídica a los negocios jurídicos y establecer una regulación básica que

garantice que las condiciones esenciales del ejercicio de la actividad económica sean iguales en todo el territorio nacional. De este modo, se salvaguarda la unidad de mercado (STC 79/2017, de 22 de junio, fñ 2) y, en general, la seguridad jurídica y se cumplen los fines que a través de la legislación básica se pretenden garantizar en este ámbito. (fñ 7).

En aquest punt, la Sentència s'inspira, molt probablement, en els principis generals que Díez-Picazo²⁹³ havia identificat com a integrants de l'ordre públic econòmic, i també en Bercovitz,²⁹⁴ que també havia afirmat que la competència sobre bases de les obligacions contractuals es justifica pel manteniment de la unitat del mercat.

Discrepo d'aquesta interpretació, en tant que prescindeix de l'específica previsió competencial que en matèria econòmica i de mercat l'article 149.1.13 de la CE atribueix a l'Estat. En efecte, la necessitat que es garanteixin els esmentats elements econòmics no s'hauria de canalitzar per la via de la fixació de bases de les obligacions contractuals, sinó des de de la possible afectació de si la competència de la Generalitat en matèria de dret civil (article 129 de l'eac) es per títols competencials estatals de caràcter transversal, com pot ser, sense anar més lluny, l'esmentat article 149.1.13 de la CE, relatiu a bases de la planificació general de l'activitat econòmica.

Entenc que la resposta ha de ser afirmativa ja que, segons reiterada jurisprudència del Tribunal Constitucional mateix, l'article 149.1.13 de la CE faculta l'Estat per establir les normes i actuacions orientades a garantir la unitat de mercat (article 139.1 de la CE), que inclou tant la definició de les línies d'actuació tendents a assolir objectius de política econòmica global o sectorial, com també l'adopció de les mesures necessàries per assegurar-ne la realització (STC 186/1988, de 17 d'octubre,²⁹⁵ 141/2014, d'11 de setembre²⁹⁶ i 79/2017, de 22 de juny²⁹⁷). Així mateix, ha destacat també que la correcta interpretació d'aquesta norma competencial ha de girar a l'entorn de dues qüestions fo-

293 Díez-Picazo Y Ponce De León, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción y teoría del contrato*. 6a ed. Navarra: Aranzadi, Cizur Menor, 2007, p. 56-71.

294 Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. «La defensa contractual del consumidor y el Reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas en la doctrina del Tribunal Constitucional». *Actualidad Civil*, 3, 1987, p. 167.

295 Sentència del Tribunal Constitucional 186/1988, de 17 d'octubre. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 267 (7 de novembre de 1988).

296 Sentència del Tribunal Constitucional 141/2014, de 11 de setembre. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 243 (7 d'octubre de 2014).

297 Sentència del Tribunal Constitucional 79/2017, de 22 de juny. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 171 (19 de juliol de 2017).

namentals: la primera, que l'Estat, en fixar les bases, ha de tenir en compte les competències sectorials que hagin assumit les comunitats autònomes; i, la segona —al meu parer més rellevant—, que quan l'article 149.1.13 de la CE empra el terme «general» significa que l'actuació bàsica de l'Estat es justifica per la seva «incidència directa y significativa en la actividad económica general» (STC 76/1991).²⁹⁸

En conseqüència, la garantia que no s'imposin obstacles o barreres que impedeixin o restringeixin la lliure circulació de béns, tot abocant a una fragmentació del mercat, no és una funció que correspongui a les «bases de les obligacions contractuals», sinó que més aviat topa amb el fet evident que la unitat de mercat escassament es veurà afectada per la pluralitat legislativa que integra el dret civil a l'Estat espanyol. És a dir, seran, sobretot, les mesures administratives les que poden suposar més entrebancs a dita llibertat, com de fet ve a confirmar la Llei 20/2013, de 9 de desembre, de garantia de la unitat de mercat,²⁹⁹ la disposició final quarta de la qual no esmenta, per cert, la legislació civil entre els títols competencials que li donen empara per garantir dita unitat. I això és així perquè en el nostre sistema constitucional aquesta unitat resta suficientment garantida a través de l'atribució a l'Estat de les facultats necessàries per a una direcció unitària de la política econòmica, les quals, amb caràcter general, es concreten en el reiteradament citat article 149.1.13 de la CE.

Amb això vull dir que el principi d'unitat de mercat no imposa l'existència de criteris que siguin essencials per conformar un comú denominador en les obligacions contractuals, ja que l'esmentada unitat no es veu afectada necessàriament pel fet que el contingut material d'una regulació civil autonòmica pugui ser diferent. Així ho demostraria, per exemple, el fet que la rescissió per lesió *ultra dimidium* dels ordenaments català i navarrès,³⁰⁰ —a què abans m'he referit—, hagi pogut conviure amb el sistema del codi civil espanyol, que no la preveu (en el mateix sentit, Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries 1/2017,³⁰¹ fj 3).

298 Sentència del Tribunal Constitucional 76/1991, d'11 d'abril. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 115 (14 de maig de 1991).

299 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 295 (10 de desembre de 2013).

300 Llei Foral 21/2019, de 4 d'abril, de modificació i actualització de la Compilació del Dret Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 137 (8 de juny de 2019).

301 Dictamen del Consell de Garanties Estatutàries 1/2017, de 26 de gener de 2017. Es pot consultar a DC-GE_01_2017 (gencat.cat)

Dit d'una forma més esquemàtica, en el cas de l'article 149.1.8 de la CE les bases no ho són d'una matèria o sector d'activitat econòmica, sinó d'una institució jurídica («les obligacions contractuals»), construïda, lògicament, a partir de l'ordenament civil de l'Estat, que és el que té atribuïda l'esmentada reserva competencial.

Queda clar que no estic dient que l'Estat no pugui planificar un sector de l'activitat econòmica fixant-ne les bases ni garantir el principi d'unitat de mercat, sinó que la via adequada per fer-ho és la que li atorga l'article 149.1.13 de la CE que, com hem pogut veure, exigeix que la intervenció tingui una incidència directa i significativa sobre l'activitat econòmica general. Enfront d'això, com acabem de veure, el Tribunal Constitucional ha construït una noció de «bases de les obligacions contractuals» que, fonamentant-se en què el contracte és un instrument jurídic al servei de l'economia, les vincula als principis d'unitat de mercat, solidaritat i equilibri econòmic i planificació general de l'activitat econòmica. Per això considera —a parer meu, erròniament— que la finalitat de les esmentades bases és garantir una regulació mínimament uniforme que eviti disfuncions en el funcionament de l'activitat econòmica. Dic «erròniament» perquè, si efectivament fos com afirma el Tribunal Constitucional, resultaria que el nucli essencial que determina les bases podria variar segons quina fos la rellevància que l'activitat econòmica objecte de la contractació pogués tenir en cada moment.

Tot això tenint en compte que, per evitar que s'acabin buidant altres títols competencials que es puguin veure afectats, aquella mateixa jurisprudència ha fet una interpretació força restrictiva de l'abast de les competències horitzontals o transversals, com la de l'esmentat article 149.1.13 de la CE (per totes, STC 125/1984,³⁰² de 20 de desembre, i 45/2001, de 15 de febrer³⁰³).

Una consideració a part mereix la compravenda de consum, que és un àmbit en què el pes de la Unió Europea és cada cop més decisiu i creixent. En efecte, l'existència de normatives harmonitzades en aspectes importants de la contractació, adreçades a afavorir la part que es considera més feble de la relació i a promoure un autèntic mercat estatal o interior europeu per als consumidors, no només és convenient, sinó necessària, ja que d'aquesta manera s'estableix l'equilibri adequat entre els nivells de protecció de cada

302 Sentència del Tribunal Constitucional 125/1984, de 20 de desembre. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 10 (11 de gener de 1985).

303 Sentència del Tribunal Constitucional 45/2001, de 15 de febrer. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 65 (16 de març de 2001).

ordenament. Vull dir que la implantació d'una normativa comuna arreu de la Unió, a la qual necessàriament cada estat s'ha d'adaptar, ha acabat diluint en bona mesura l'àmbit de la competència estatal per a la fixació de les bases de les obligacions en aquest sector de la contractació. És més, la normativa europea ja no es limita a fixar principis bàsics que constitueixin un mínim comú que els estats puguin desenvolupar, sinó que ha adoptat la tècnica de la regulació gairebé uniforme amb la qual es vol fer desaparèixer els obstacles derivats de la fragmentació d'ordenaments i fer possible l'efectiva consecució del mercat interior.

Sense anar més lluny, tenim l'exemple de les directives (ue) 2019/770 i 2019/771, el respectiu article 4 de les quals les cataloga com de màxim nivell d'harmonització, fet que comporta que els estats membres no poden mantenir o introduir disposicions, més o menys estrictes, que impliquin un règim de protecció diferent del que el dret de la Unió determina per als consumidors. Això significa que, tot i que, com és obvi, no constitueix un paràmetre que es pugui aplicar al control de constitucionalitat de la legislació autonòmica, com que les relacions contractuals entre empresaris i consumidors actualment es regeixen per unes regles gairebé idèntiques a tot Europa, el dret europeu resulta fonamental en la conformació d'un règim uniforme dels contractes de consum a tots els nivells, alhora que disminueix considerablement la rellevància de la competència de l'Estat sobre les bases de les obligacions contractuals.

4. El control de la conformitat dels preceptes de la Llei del llibre sisè del Codi civil de Catalunya amb les bases de les obligacions contractuals, segons la STC 132/2019

En aquest punt és oportú recordar novament que l'Estat va centrar la impugnació de la Llei 3/2017 en la manca de connexió entre algunes de les figures contractuals regulades pels preceptes impugnats i les institucions civils pròpies del dret català, sense referir-se, però, a si la regulació que en feia respectava o no les bases de les obligacions contractuals. Ara bé, com que en el seu judici de constitucionalitat el Tribunal Constitucional no està vinculat per la invocació concreta que de la infracció d'un precepte constitucional

s'hagi pogut fer en el recurs (article 39.2 de la lotc),³⁰⁴ un cop ha reconegut la competència de la Generalitat per regular-los, passa a examinar si la Llei catalana s'ajusta o no a les bases. I ho fa centrant-se exclusivament en allò que considera que constitueixen (...) las novedades que introduce la legislación civil autonómica respecto de lo dispuesto en el Código civil sobre la estructura y principios que deben estar presentes en los contratos de compraventa, permuta, mandato y sobre la gestión de negocios ajenos (...) (fj 7, a).

D'altra banda, crida l'atenció que la Sentència gairebé obviï la seva doctrina sobre la noció de bases i es limiti a confrontar, simplement, els preceptes de la norma catalana amb els seus equivalents de la regulació estatal. Vull dir que després de recordar, en el fonament jurídic sisè, que les bases s'han de referir amb caràcter general i comú a tots els contractes o categories àmplies d'aquests i que (...) no pueden comprender la regulación de cada tipo contractual, salvo en la parte y medida que esta suponga una concreción complementaria de las reglas generales o generalizables a la clase a que por su naturaleza jurídica pertenece (...) (observeu que, com ha assenyalat García Rubio,³⁰⁵ l'excepció de la concreció complementària debilita notablement el valor de l'exclusió del caràcter bàsic dels tipus contractuals), en el fonament següent inicia l'examen de constitucionalitat per la via de contrastar cadascun dels preceptes que analitza amb els seus equivalents del codi civil espanyol o, si és el cas, del *trlgdcu*, sovint sense pronunciar-se —com deia— sobre si la norma de contrast té caràcter bàsic o no, amb els dubtes que això planteja sobre si es tracta o no d'una base (Asúa González³⁰⁶ i Gete-Alonso y Calera³⁰⁷). —M'hi referiré tot seguit de forma resumida.

El primer precepte analitzat per la Sentència és l'article 621-1 del cccat; és a dir, el que defineix el contracte de compravenda. N'avalua la constitucionalitat amb l'argument que, tot i que incorpora l'obligació del venedor de transmetre la titularitat del dret venut, ja sigui la propietat o un altre dret patrimonial, manté la compravenda com a contracte obligacional. Considera, més con-

304 Llei orgànica 2/1979, de 3 d'octubre, del Tribunal Constitucional. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 239 (5 d'octubre de 1979).

305 García Rubio, María Paz. «Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil. Comentario a la STC 132\2019, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3\2017, de 15 de febrero, del Libro VI del CCCAT». *Revista de Derecho Civil*, 2019, 6(4), p. 31-32.

306 Asúa González, Clara Isabel. *Ob. Cit.*, p. 266.

307 Gete-Alonso y Calera, María Del Carmen. «La STC 132/2019, sobre el llibre sisè del Codi civil de Catalunya en matèria d'obligacions i contractes (II). Nota sobre la sentència». *Revista catalana de dret públic* [blog], 4-3-2020, p. 5. Disponible a: <https://bit.ly/35IcDYw>.

cretament, que sense interferir en les regles del codi civil espanyol, es limita a posar fi a la discussió doctrinal sobre si el venedor té l'obligació de transmetre la propietat de la cosa venuda o, per contra, compleix amb el lliurament de la seva possessió legal i pacífica, responent, si és el cas, per evicció.

L'anàlisi continua amb l'article 621-4 del CCCAT, relatiu a les prohibicions de contractar. Aquí, l'argument de constitucionalitat es basa en què respecta els elements essencials de la regulació del codi civil espanyol i, en conseqüència, el principi bàsic que la inspira: l'evitació de conflictes d'interessos que puguin perjudicar la causa del contracte. És qüestionable que aquest principi constitueixi pròpiament una de les bases de les obligacions contractuals.

Igualment, considera constitucional l'article 621-5 del CCCAT que, en relació amb la determinació del preu de la compravenda, fixa unes normes per defecte per al cas que el contracte conclòs no el determini. Ho justifica dient que, tot i que el preu cert és requisit essencial del contracte, el canvi que introdueix la norma catalana no vulnera la legislació bàsica, ja que no prescindeix del preu, sinó que estableix un criteri de fixació subsidiari per a quan les parts no hagin pactat res o no hi hagi acord.

A la mateixa conclusió de ple respecte de les bases de les obligacions contractuals i, per tant, de constitucionalitat, arriba en relació amb l'article 621-7 del CCCAT, el qual disposa que el venedor, abans de la conclusió del contracte, té l'obligació de facilitar al comprador la informació sobre el bé que n'és objecte. En aquest cas, sosté que el precepte parteix del principi, admès per la doctrina i per la jurisprudència en el marc del codi civil espanyol, segons el qual el venedor és qui més fàcilment i de forma menys onerosa pot conèixer les qualitats i característiques del bé objecte de compravenda.

En relació amb l'article 621-8 del CCCAT, relatiu a les arres, el judici de constitucionalitat passa senzillament per afirmar que no difereix d'allò que estableix l'article 1454 del CCE, sinó que tan sols incorpora les solucions ofertes per la jurisprudència per a la interpretació d'aquest darrer.

Després passa a analitzar la secció segona del títol II del CCCAT; és a dir, la dedicada a les obligacions del venedor. En aquest punt, avala la constitucionalitat de l'enumeració que d'aquestes obligacions fa l'article 621-9, en especial la de garantir la conformitat del bé al contracte (que el CCCAT regula amb detall als articles 621-20 a 621-30, però que la Sentència no examina de forma individualitzada). D'aquesta manera, després d'assenyalar que, a diferència de l'article 1445 del CCE, el bé lliurat no ha de ser només «cosa determinada»,

sinó que ha de ser conforme al contracte i als criteris acordats per les parts en relació amb quantitat, qualitat, tipus, ús habitual, empaquetatge o subministrament d'accessoris i instruccions, entre d'altres, afirma que la regulació catalana s'ajusta, complementant-lo, al principi de certesa de l'objecte de la compravenda i a la proscripció dels supòsits d'*aliud pro alio*, en consonància amb la jurisprudència més moderna i la doctrina civilística formulada al voltant del codi civil espanyol.

Examina, tot seguit, la constitucionalitat dels remeis del comprador i del venedor previstos a l'article 621-37 del CCCAT per al cas d'incompliment del contracte. Aquí, el primer que fa és separar-se de la jurisprudència anterior (entre d'altres, les STC 62/1991, de 22 de març (fj 4); 264/1993, de 22 de juliol (fj 5), i la més recent 54/2018, de 24 de maig (fj 6, c), que considerava que aquestes accions s'integraven en les competències que atribueixen a l'Estat els apartats 6 i 8 de l'article 149 de la CE. Argumenta —al meu parer, de forma més aviat forçada—, que els anteriors pronunciaments ho eren sens perjudici de les competències que haguessin assumit les comunitats autònomes amb dret civil propi. I, pel que fa concretament a la seva adequació a la normativa bàsica, interpreta que l'esmentat article 621-37 expressa el principi bàsic de conservació del contracte i d'eficàcia del seu compliment. És a dir, a parer del Tribunal és una norma que unifica les accions d'ambdues parts en cas d'incompliment o compliment defectuós. Afegeix que el concepte de remeis de la regulació catalana, que incorpora les clàssiques accions edilícies, és el mitjà a través del qual es pot exigir el compliment específic, la suspensió del pagament del preu o d'obligacions, la resolució de la compravenda o la reducció de preu, la reclamació de danys i perjudicis, acumulable en tot cas, i la tradicional evicció. En fi, es limita a concloure que aquest precepte no envaeix ni vulnera els principis que s'infereixen de l'article 1124 del CCE i que respecta plenament la interpretació jurisprudencial tendent a posar a disposició de les parts, sense distincions formals enervants, les accions adequades per aconseguir l'eficàcia en el compliment del contracte.

La constitucionalitat del contracte de permuta (article 621-56 del CCCAT) la justifica sobre la base que la regulació es fa per remissió a la compravenda, com també que les regles que conté són semblants a les del Codi espanyol.

Finalment, quant al contracte de mandat (article 622-21 i s. del CCCAT) afirma, genèricament, que la regulació que fa el llibre sisè també es basa, amb algunes particularitats, en la del Codi espanyol i que no incompleix la legislació

que es pot considerar bàsica d'aquest contracte (sense identificar-la), sinó que la completa sense vulnerar els principis informadors del dret de contractes. Igualment, pel que fa a la gestió d'afers aliens sense mandat (article 622-40 i s. del CCCAT), conclou que tampoc difereix de l'essència de la regulació que d'aquest quasicontracte fan els articles 1888 i següents del cce. És a dir, no es planteja si les obligacions que deriven d'aquesta institució jurídica són o no contractuals.

La compravenda de consum l'analitza separatament, al final, per acabar resolent que l'article 621-2 del CCCAT no contradiu la legislació bàsica estatal, sinó que s'hi ajusta plenament. És a dir, considera que es limita a incorporar al Codi civil de Catalunya aquest tipus contractual d'acord amb el que disposa la legislació bàsica estatal (article 59 del TRLGDCU) i a preveure'n la conseqüència jurídica que, d'acord amb els principis bàsics en matèria d'obligacions contractuals, deriva de la infracció de les normes imperatives. Per la resta, obvia referir-se al fet que en el llibre sisè la compravenda de consum no es limita a l'article 621-2, sinó que en fa una regulació unificada amb la compravenda en general, si bé amb algunes especificitats exclusives per a la primera.

La Sentència conclou l'examen sobre l'adequació de la norma catalana a les bases de les obligacions contractuals introduint una mena de postil·la, completament aïllada, en la que es limita a dir que la regulació que el llibre sisè fa dels contractes qüestionats per l'Estat és respectuosa amb el principi d'unitat de mercat, ja que no impedeix que el dret a la llibertat d'empresa s'exerceixi en condicions bàsiques d'igualtat (article 38 de la CE), que ja queden garantides per la legislació bàsica estatal, i que tampoc constitueix cap obstacle a la llibertat de circulació que determina l'article 139.2 de la CE.

5. La nova doctrina sobre les bases de les obligacions contractuals i la seva aplicació als arrendaments urbans

La noció de «bases de les obligacions contractuals» construïda per la STC 132/2019 ha estat aplicada, recentment, per la STC 37/2022, de 10 de març, relativa a la Llei catalana 11/2020, de 18 de setembre, de mesures urgents en matèria de contenció de rendes en els contractes de arrendament d'habitatge,³⁰⁸

308 Llei 11/2020, del 18 de setembre, de mesures urgents en matèria de contenció de rendes en els contractes d'arrendament d'habitatge i de modificació de la Llei 18/2007, de la Llei 24/2015 i de la Llei 4/2016, rela-

la qual, amb raonaments que també entremesclen les bases mateixes amb la planificació general de l'activitat econòmica, ha declarat inconstitucionals diversos preceptes de la Llei impugnada. Així, després d'afirmar que el principi de lliure estipulació de la renda en els arrendaments urbans s'ha de considerar una base inferida de la legislació actualment vigent, concretament de l'article 17.1 de la Llei d'arrendaments urbans³⁰⁹ (que, segons el Tribunal, defineix un dels elements estructurals d'aquest contracte que, llevat d'alguns aspectes determinats imperativament pel legislador, com l'àmbit d'aplicació, fiança i formalització, es regeix per la voluntat de les parts), tot seguit, com si aquesta argumentació no fos suficient, afegeix que (...) la regulació de la renta y de los criterios para su determinación tiene también una incidencia relevante en la actividad económica por cuanto afecta al sector inmobiliario y al alquiler de viviendas, lo que justifica su regulación estatal en garantía del principio de unidad de mercado (...) (fj 4).

Altrament dit, considera que l'establiment de normes per a la determinació de la renda, en el marc d'una política d'habitatge orientada al compliment del mandat previst a l'article 47 de la CE, és una peça clau del sistema, perquè el seu règim jurídic afecta «el nucli bàsic de l'interès general», alhora que incideix directament en l'organització econòmica, en les relacions *inter partes*, en l'economia interna del contracte i en la llibertat de contractació mateixa que, com havia assenyalat la STC 132/2019 (fj 6), integren les regles que, materialment, s'han de considerar bases de les obligacions contractuals. Així, doncs, incorre en el mateix solapament —per no dir-ne confusió— de títols competencials que aquesta, ja que, tot i que no ho diu expressament, interconnecta les bases de les obligacions contractuals i l'activitat econòmica d'arrendament d'habitatges.

A parer meu, si l'Estat considerés —i, efectivament, fos així— que el manteniment del sistema de llibertat de rendes en l'arrendament d'habitatges té una rellevància directa i significativa per al mercat de l'habitatge, la competència que té per intervenir-hi no deriva de l'article 149.1.8 de la CE, sinó del 149.1.13.

Aquest és el criteri, precisament, que va aplicar en relació amb la disposició addicional 2a del Reial decret llei 7/2019, d'1 de març, de mesures urgents

tives a la protecció del dret a l'habitatge. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8229 (12 de maig de 2020).

309 Llei 29/1994, de 24 de novembre, d'arrendaments urbans. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 282 (25 de novembre de 1994).

en matèria d'habitatge i lloguer.³¹⁰ la qual, partint del fet que en el mercat de l'habitatge predomina la seva base territorial, va ser dictada a l'empària de l'esmentat article 149.1.13 de la CE. Aquesta disposició addicional conté un seguit de previsions que, sense configurar pròpiament un sistema de contenció de rendes, poden incidir en el comportament de les parts a l'hora de contractar l'arrendament d'un habitatge. Entre aquestes previsions destaca la creació d'un sistema estatal d'índex de referència del preu del lloguer, que les comunitats autònomes poden definir de manera específica i adaptada al seu territori, per a l'exercici de les seves competències i a l'efecte de dissenyar les seves pròpies polítiques i programes públics d'habitatge. La mateixa consideració caldria fer respecte de la limitació de rendes en zones de mercat tensionat que preveu la Llei 12/2023, de 24 de maig, pel dret a l'habitatge.³¹¹ De fet, difícilment es pot considerar que l'establiment de topalls a la renda dels nous contractes —i només per a algunes zones o nuclis urbans— pugui arribar a constituir l'essència del que defineix jurídicament les obligacions contractuals i, per tant, que constitueixi una base.

Més recentment encara, la jurisprudència sobre les bases ha estat present també en la STC 118/2022, de 29 de setembre, que resol el recurs d'inconstitucionalitat interposat contra el Decret Llei 50/2020, de 9 de desembre, de mesures urgents per estimular la promoció d'habitatges amb protecció oficial i de noves modalitats d'allotjament en règim de lloguer.³¹² En aquest cas, curiosament, omet referir-se a l'afectació de l'economia interna del contracte i basa la declaració d'inconstitucionalitat, exclusivament, en què l'afegit que feia d'un nou apartat tercer a l'article 9 de la Llei 11/2020 (que establia la nul·litat del pacte que obligava l'arrendatari a l'assumpció de despeses generals i serveis individuals no previstos contractualment) vulnerava el principi de llibertat de pactes. El mateix criteri d'ometre qualsevol referència econòmica ha seguit darrerament la STC 150/2022, de 29 de novembre,³¹³ en declarar inconstitucionals les lletres a) i b) de l'article 2.1 del Decret Llei 34/2020, de 20 d'octubre, de mesures urgents de suport a l'activitat econòmica desenvolupada en locals de negoci arrendats,³¹⁴ que es refereixen a la suspensió de la renda en cas de

310 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 55 (5 de març de 2019).

311 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 124 (25 de maig de 2023).

312 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8292 (11 de desembre de 2020).

313 Sentència del Tribunal Constitucional 150/2022, de 29 de novembre. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 5 (6 de gener de 2023).

314 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8252 (22 d'octubre de 2020).

suspensió de l'activitat o de restriccions de l'aprofitament del local per les mesures de restricció dictades arran de la covid-19.

Acabo tot confiant, en tot cas, que la línia jurisprudencial oberta per la STC 132/2019 quedi definitivament consolidada i es confirmin així les bones expectatives i il·lusions que ha generat entre els operadors jurídics catalans.

Bibliografia citada:

- Asúa González, Clara Isabel. «Conexión y bases de las obligaciones contractuales: a propósito de la STC 132/2019». *Derecho Privado y Constitución*, 37, 2020, p. 235-272.
- Badosa Coll, Ferran. «La competència de la Generalitat de Catalunya i les bases de les obligacions contractuals». *V Jornades de Dret Català a Tossa. Tossa de Mar: 1990* [exemplar ciclostilat de la ponència inèdita].
- Barral Viñals, Immaculada. «La compravenda de consum és «legislació civil» i té com a únic límit «les bases de les obligacions contractuals»: Apunts sobre un canvi de rumb —¿estable?— en la jurisprudència constitucional». *Revista Jurídica de Catalunya*, 1, p. 9-30.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo. «La defensa contractual del consumidor y el Reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas en la doctrina del Tribunal Constitucional». *Actualidad Civil*, 3, 1987, p. 145-166.
- Díez-Picazo Y Ponce De León, Luis. *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial. Introducción y teoría del contrato*. 6a ed. Cizur Menor. Navarra: Aranzadi, 2007.
- Fossas espadaler, Enric. «La competència sobre les bases de les obligacions contractuals. Una aproximació constitucional». *Revista Jurídica de Catalunya*, 2, 2014, p. 71-73.
- García Rubio, María Paz. «Incertidumbre y alguna cosa más en la interpretación constitucional del poder normativo sobre la materia civil. Comentario a la STC 132\2019, que resuelve el recurso de inconstitucionalidad contra determinados artículos de la Ley 3\2017, de 15 de febrero, del Libro vi del CCCAT». *Revista de Derecho Civil*, 6(4), 2019, p. 1-43.
- Gete-Alonso y Calera, María Del Carmen. «La STC 132/2019, sobre el llibre sisè del Codi civil de Catalunya en matèria d'obligacions i contractes (ii).

Nota sobre la sentència». *Revista catalana de dret públic* [blog], 4-3-2020. Disponible a: <https://bit.ly/35IcDYw>.

Gómez De La Escalera, Carlos. «Artículo 149.1.8^a». A: Rodríguez-Piñero, Miguel; Casas Baamonde, Maria Emilia. *Comentarios a la Constitución Española*. Ed. BOE y Fundación Wolters Kluwer, 2018, 1294-1303.

Sánchez González, Maria Paz. *Bases de las obligaciones contractuales en la Constitución*. Artículo 149.1.8^a. Madrid: Trivium, 1991.

Vaquer Aloy, Antoni. «La conexión suficiente y las bases de las obligaciones contractuales». A: Bayod López, Maria Del Carmen (Coord.). *La Constitución española y los derechos civiles españoles cuarenta años después: su evolución a través de las sentencias del Tribunal Constitucional*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019, p. 47-79.

Intervenció de Juan Antonio Xiol Rios

Vicepresident del Tribunal Constitucional

1. La integritat del dret civil català

El caràcter ampli amb què el Tribunal Constitucional —tot i que amb força vacil·lacions— aplica el concepte de connexió per habilitar la competència autonòmica per a la regulació de matèries de dret civil ha fet que les posicions que defensen una concepció restrictiva dels drets civils autonòmics s'hagin recolzat, prioritàriament, en les matèries que estan reservades en exclusiva a l'Estat per l'article 149.1.18 de la CE en els seus esforços per defensar-ne la competència. Recentment, però, s'hi ha afegit un argument nou: pel que fa a la matèria contractual, s'al·lega la possible contradicció de la regulació autonòmica amb les bases de les obligacions contractuals establertes per l'Estat, i així s'admet que, si bé originàriament la comunitat autònoma pot assumir la competència, hi hauria una inconstitucionalitat mediata, en la mesura que una regulació de les institucions contractuals pogués no estar d'acord amb la regulació bàsica establerta per l'Estat sobre les obligacions contractuals.

Per refermar la integritat del dret civil català, és cabdal la STC 132/2019, de 13 de novembre,³¹⁵ sobre el llibre sisè del Codi civil de Catalunya,³¹⁶ que va acompanyada dels vots particulars de cinc magistrats, els quals, admetent que la seva concepció restrictiva sobre el dret civil català ha estat rebutjada pel Tribunal, subratllen —a parer meu— la importància de la sentència aprovada per majoria, la qual —tal com jo ho veig— rau en el fet que posa límit a una impugnació del Codi civil de Catalunya que trenca una llarga treva que l'Estat ha mantingut respecte dels llibres que s'han anat promulgant fins ales-

315 Sentència 132/2019, de 13 de novembre. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 304 (19 de desembre de 2019).

316 Llei 3/2017, de 15 de febrer, del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, i de modificació dels llibres primer, segon, tercer, quart i cinquè. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 7314 (22 de febrer de 2017).

hores, pacíficament acceptats. Del resultat del recurs interposat depenia, per tant, no només la vigència dels preceptes directament impugnats sinó, també i especialment, la desaparició d'una amenaça d'inconstitucionalitat sobre el Codi civil de Catalunya com a conjunt normatiu unitari. Es declara que: (...) la recodificación del Derecho civil catalán tiene por objeto la reunión en un solo cuerpo legal de todas las materias civiles presentes en aquel territorio, dotando al conjunto de una estructura sistemática y de una lógica interna. Así, la labor se inicia con la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código Civil de Cataluña, previéndose la aprobación paulatina de seis libros: libro primero, «Disposiciones generales»; libro segundo sobre «la persona y la familia», introducido por la Ley 25/2010, de 29 de julio; libro tercero de las «personas jurídicas», promulgado por la Ley 4/2008, de 24 de abril (modificado por la ley 7/2012, de 15 de junio, especialmente sobre el sector fundacional); libro cuarto sobre «sucesiones», aprobado por la Ley 10/2008, de 10 de julio; libro quinto, relativo a los «derechos reales» (por la Ley 5/2006, de 10 de mayo, y parcialmente modificado por Ley 5/2015, de 13 de mayo) y; finalmente el libro sexto relativo a las «obligaciones y contratos» incorporado al Código Civil de Cataluña por la Ley 3/2017, de 15 de febrero, que ahora nos ocupa. [fj 4, a)].

En aquesta sentència, el Tribunal Constitucional accepta el caràcter complet del dret civil català, fonamentat en principis propis i integrat supletòriament per l'aplicació del codi civil espanyol.³¹⁷ En efecto, parece indiscutible que la Compilación se ocupó de los contratos de compraventa y permuta en aquellos aspectos que diferenciaban especialmente el Derecho civil catalán del Derecho común aplicable de manera supletoria y, por ello, en el momento de la codificación para evitar reiteraciones (según se expresa en el preámbulo), solo se incluyeron algunas especialidades. En el vot particular d'Antonio Narváez s'accepta —òbviamment, de manera crítica— que el principi polític (un ordenament formalment diferenciat) és el que predomina, tot i que, en contingut —segons el parer d'aquest magistrat—, aquest ordenament coincideixi amb el dret comú.

317 Reial decret de 24 de juliol de 1889 pel qual es publica el Codi civil. *Gaceta de Madrid*, núm. 206 (25 de juliol de 1889).

2. El desenvolupament del dret civil català com a conjunt orgànic integrat també per les normes posteriors a la Constitució

La sentència que esmentem (132/2019) accepta un concepte ampli de la noció de desenvolupament del dret civil propi que es fonamenta en la connexió orgànica o sistemàtica dels preceptes controvertits amb el conjunt del dret propi i rebutja que la connexió hagi de ser institucional o regulativa: Es cierto que dicha conexión ha de efectuarse con el conjunto del Derecho preexistente, tanto el vigente al tiempo de entrada en vigor de la Constitución, como con las instituciones reguladas posteriormente al amparo del artículo 149.1.8 CE, porque los ordenamientos jurídicos civiles son el resultado de una evolución legislativa larga y pausada, cuyas normas se asientan a lo largo del tiempo y no pueden ser entendidos como un simple conjunto o recopilación de normas e instituciones aisladas y asistemáticas, sino, por el contrario, deben contemplarse como verdaderos sistemas normativos cuyas reglas y principios están racionalmente enlazados entre sí. Por ello hay que destacar que en la noción de conexión que este Tribunal exige para reconocer la competencia legislativa autonómica en materia de Derecho civil prima el carácter de suficiencia, lo que significa que para comprobar si existe o no vinculación entre las nuevas normas y el ordenamiento jurídico autonómico no es necesario relacionarlas con instituciones concretas ya reguladas, sino que es suficiente con que tal unión o trabazón exista con el conjunto de las instituciones preexistentes, con su sistema normativo y con los principios que lo informan (STC 95/2017, de 6 de julio, fj 4). En tal sentido, asiste la razón a la Generalitat cuando afirma que no se puede limitar la competencia en materia civil de la comunidad autónoma a la conservación, modificación y desarrollo solo de lo previsto en la Compilación de 1960, sino que podrá ir referida al Derecho civil catalán en su conjunto. (fj 3).

3. La competència legislativa de la Generalitat en matèria de contractes

El Tribunal declara la competència de la Generalitat per legislar en matèria de contractes de compravenda, permuta, mandat i gestió de negocis aliens.

Pel que fa a la compravenda, la STC 132/2019 afirma (fj 4) que (...) el Tribunal considera acreditado que tanto la rescisión por lesión como la venta

a carta de gracia deben considerarse instituciones que, dentro del régimen general del contrato de compraventa y de permuta, se han configurado a lo largo del tiempo como instituciones propias del Derecho civil catalán, por lo que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional (especialmente la sentada en las STC 88/1993 y 156/1993), se debe apreciar que la norma impugnada relativa al régimen jurídico del contrato de compraventa (previsto en el artículo 3 de la Ley 3/2017 impugnado) guarda una evidente conexión orgánica con la regulación originaria catalana recogida en la Compilación de 1960, pues se trata de una «normativa esta, [por lo tanto], que bien puede decirse complementada o integrada (esto es, desarrollada) por la que introduce la ley que hoy enjuiciamos, ley, por consiguiente, que no puede tacharse de inconexa respecto del ordenamiento que viene así a innovar parcialmente» (STC 88/1993, FJ 3). No podemos aceptar que las conexiones invocadas por la Generalitat con el Derecho histórico catalán tengan carácter incidental respecto de la compraventa y figuras contractuales afines. Las dos instituciones que se traen a colación, la rescisión por lesión y la venta a carta de gracia, independientemente de su vigencia histórica a que nos hemos referido, ocupan un lugar central en la reglamentación contractual de la compraventa, en cuanto la impregnan en aspectos sustanciales relacionados con su finalidad económica y su eficacia. Especialmente, la rescisión por lesión se entronca con la causa del contrato, reforzando su carácter oneroso, de forma especialmente significativa en situaciones de crisis económica o de desigualdad entre las partes contratantes, por lo que no es de extrañar que su incorporación al Derecho catalán basada en fuentes romanas se reflejara especialmente al hilo del propósito de fomentar la repoblación de tierras ocupadas por medio de la conquista.

Respecte de la permuta, s'argumenta que (...) [e]sta conclusió ha de hacerse extensiva a los artículos 621.56 y 621.57 del Código civil de Cataluña incorporados por el artículo 3 de la Ley 3/2017, también impugnados en este recurso de inconstitucionalidad, relativos al contrato de permuta y a su régimen jurídico, porque a la entrada en vigor de la Constitución Española, al igual que en el caso de la compraventa, ya formaba parte del Derecho civil catalán, lo que sirve de base y fundamento para su posterior desarrollo» y se añade que «[c]asi huelga señalar, por obvia, la semejanza entre los contratos de permuta y compraventa, de modo tal que podríamos decir que, aun tratándose el primero de una figura más rudimentaria o menos perfecta, su funcionamiento y

estructura son similars salvo, claro está, en lo relativo al precio. Con alguna dosis de simplicidad pudiera si acaso afirmarse que la permuta al fin y al cabo no es más que la fundición en una sola transacción de dos compraventas, con supresión del precio en dinero o, si se quiere, que es una cuasiventa en la que hay dos vendedores y el precio consiste para cada uno en la otra cosa que recibe a cambio de la que da. (fj 4). Respecte de la compravenda de consum, al fj 4 mateix es diu: (...) [Q]ue actualmente el Derecho del consumo haya ganado su propia autonomía no significa que parte de las normas que integran el estatuto del consumidor no gocen de naturaleza civil. Eso ocurre, como se ha adelantado en el fundamento jurídico 2, con el contrato de compraventa con consumidores en el que el comprador actúa [con] un propósito ajeno a su actividad comercial, es decir, por motivos ajenos a una finalidad de lucro que no está relacionada con su oficio, empresa o profesión. El consumidor adquiere en y para su esfera privada, aunque lo haga con un empresario, por lo que, en caso de duda, como el propio Código de comercio reconoce en su artículo 325, debe primar su naturaleza civil sobre la mercantil. En consecuencia, la pertenencia de las normas relativas a la compraventa de consumo a la materia civil hace que deba confrontarse con la reserva estatal sobre las bases de las obligaciones contractuales a que hace referencia el artículo 149.1.8 CE (como, por otro lado, ya declaró la STC 71/1982). Finalment, quant a les normes autonòmiques relatives als contractes de mandat i gestió de negocis sense mandat, s'invoquen els precedents del violari i la marmessoria i s'afegeix que «tras un examen conjunto de las normas que integran la Compilación, tal como señalan el Parlamento y la Generalitat de Cataluña, se aprecia la existencia de numerosas y variadas normas que contemplan algún tipo de mandato o encargo» (fj 5).

4. Les bases estatals de les obligacions contractuals

Tot seguit, el Tribunal, al fj 6, aborda el concepte de bases de les obligacions contractuals que es reserven com a competència exclusiva de l'Estat a l'article 149.1.18 de la CE. La matèria no s'havia tractat abans amb certa profunditat a les sentències del Tribunal Constitucional.

Declara que, quan reserva a l'Estat la fixació de les bases de les obligacions contractuals, l'article 149.1.8 de la CE no la hi reserva perquè reguli concretament i detallada un tipus contractual determinat, sinó perquè dicti les normes

que siguin essencials per preservar una estructura de relacions contractuals amb lògica interna idèntica, afavorida pels mateixos principis materials i igual per a tots els agents econòmics arreu del territori nacional (fj 6).

La sentència declara que les obligacions contractuals estan regulades amb caràcter general al codi civil espanyol, però que la seva regulació no pot tenir la condició formal de bàsica, perquè és anterior a la Constitució.³¹⁸ Per tant, la determinació de les bases s'ha d'inferir dels principis essencials que inspiren la legislació d'acord amb la jurisprudència constitucional. Afegeix que, en l'àmbit del Codi civil, aquesta operació d'inferència ha de tenir present que el text d'aquest cos legal es va redactar per la via de la delegació legislativa i que la formulació de les bases s'ha d'obtenir mitjançant l'exercici de *l'ars inveniendi* (s'entén, mitjançant la recerca jurisprudencial de les fórmules adients o tòpics segons Vieweg) en el pla dels principis, per mitjà d'un mètode que s'ajusti a la jurisprudència constitucional sobre el concepte. La noció de bases al·ludeix als elements estructurals d'una matèria determinada que han de ser comuns a tot l'Estat, a partir dels quals les comunitats autònomes poden establir la regulació pròpia. Per aquesta raó, per analitzar si les normes autonòmiques impugnades respecten la legislació estatal bàsica, el paràmetre de control no és la regulació concreta que el Codi civil fa dels contractes, sinó que ho són només els seus elements essencials. Són aquests elements els que permeten atribuir una naturalesa jurídica determinada als negocis jurídics i establir una regulació que garanteixi que les condicions essencials per a l'exercici de l'activitat econòmica siguin iguals arreu del territori de l'Estat. D'aquesta manera, se salvaguarden la unitat de mercat i, en general, la seguretat jurídica; i, a més, s'acompleixen les finalitats que, per mitjà de la legislació bàsica, es volen garantir en aquest àmbit.

En aquesta sentència, el Tribunal Constitucional es decanta per aplicar al concepte «bases de les obligacions contractuals» el significat propi de la distinció entre legislació bàsica i legislació de desenvolupament continguda en altres apartats de l'article 149.1 de la CE. Al fj 4 es diu el següent: Dado que los títulos competenciales de que el Estado dispone para dictar normas relativas al contrato de compraventa de consumo lo son para promulgar normas básicas, nada obsta a [que] su desarrollo por aquellas comunidades autónomas que tengan reconocida competencia en ambas materias, pues, si bien deberán

318 Constitució espanyola de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 311 (29 de desembre de 1978).

respetar su contenido básico, la eficacia y, por tanto, la aplicabilidad directa de las disposiciones estatales, no les alcanza.

És ben cert que, com la doctrina ha destacat, la redacció d'aquest paràgraf és imprecisa. De fet, l'Estat disposa de competències per dictar normes no bàsiques aplicables a les comunitats autònomes que no tinguin competències en la matèria i, a més, les normes bàsiques són d'aplicabilitat directa, la qual cosa no és impediment per a les possibilitats de desenvolupament per part de les comunitats. Tanmateix, aquesta imprecisió no enterboleix la importància del principi cabdal que s'ha fixat jurisprudencialment: a parer meu, és prou clar que el Tribunal s'acull a la metodologia legislació bàsica - legislació de desenvolupament, en contra del criteri dels vots particulars.

Tal com ho veig, amb aquest principi la sentència estableix les bases per a un desenvolupament adequat del dret d'obligacions en l'àmbit de les comunitats autònomes amb dret civil propi, ja que una ampliació del concepte de bases de les obligacions contractuals que l'estengués pràcticament a totes les normes promulgades per l'Estat amb caràcter imperatiu —com propugnen els vots particulars formulats en aquesta sentència— implicaria tallar brusca-ment l'evolució del dret civil autonòmic per una via diferent de la que fins ara, fonamentant-se en una interpretació rigorista de la relació de connexió, n'ha entrebancat sovint el desenvolupament.

Taula rodona: «El futur del Codi civil»

Immaculada Barral Viñals

Directora general de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació

En aquesta Jornada celebrem que es compleixen els vint anys d'història del Codi civil des de l'aprovació de la Primera llei,³¹⁹ que posa en marxa una dinàmica codificadora determinada, fruit de l'elecció d'una tècnica, que, vint anys més tard, és inqüestionable: només cal acabar de perfilar-ne la direcció futura en dues dimensions que entenem paral·leles.

D'una banda, el balanç de la codificació feta fins ara és important: tenim cinc llibres tancats però que es poden revisar, es poden millorar i es poden adaptar. Sempre és adequada una labor d'actualització de les institucions regulades al Codi, perquè sempre hi ha aspectes nous en la realitat social que demanen una intervenció legislativa continuada per posar al dia les normes. En ocasions, la necessitat d'adaptar el dret civil català ve de la detecció de noves necessitats (per exemple, la compravenda de suports digitals) o de noves configuracions de les realitats ja conegudes (per exemple, els drets dels animals). Moltes vegades, en el rerefons del canvis hi ha el posicionament normatiu de la Unió Europea.

D'altra banda, hi ha un segon aspecte de la tasca codificadora futura: la necessitat de completar el Codi civil i, per fer-ho, hem de continuar la labor de dotar de contingut el llibre sisè. En aquest cas, el marc competencial no és tan ampli, i aquest és un dels elements que cal tenir en compte i en el qual hem d'emmarcar aquesta tasca legislativa, però hem d'esgotar el marc competencial que tenim. Per això, caldrà parlar també de possibles continguts i de cap a on hem d'anar. La tasca futura permetrà acabar l'obra codificadora del

319 Llei 29/2002, de 30 de desembre, Primera llei del Codi civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 3798 (13 de gener de 2003).

dret civil català, que va començar amb aquella breu i —tot i que a vegades em sembla discreta— bàsica, Primera llei del Codi civil, un model que continua vigent.

En les properes aportacions s'oferiran elements de discussió i d'anàlisi sobre les passes que vindran en la tasca codificadora. Per això em sembla que serà una pluja d'idees procedent de diferents àmbits, per veure quines possibilitats tenim a partir d'ara d'acostar-nos al ciutadà i regular-ne els interessos de forma cada vegada més participativa. Això, al cap i a la fi, és el que ens guia en aquesta tasca.

Passo a presentar-los els intervinents d'aquesta taula. En primer lloc, tenim Albert Lamarca Marquès, professor de dret civil a la Universitat Pompeu Fabra i membre de la Comissió Jurídica Assessora, que presidir de 2014 a 2022. És doctor per Bolonya i té una innumerable obra escrita. Ha estat investigador visitant a diverses universitats europees, entre les quals l'Institut Max Planck, d'Hamburg, i Cornell, als Estats Units. Per començar la taula, no ens parlarà d'opcions futures de contingut futur sinó de com arribar-hi; és a dir, de les necessàries opcions de tècnica legislativa, de qualitat normativa i de terminologia. En aquest moment, una reflexió sobre l'eina que s'utilitza com a instrument i sobre com aquesta es pot desenvolupar és interessant.

A continuació, ens parlarà la Mercè Mira Cortadellas, advocada i jurista molt reconeguda en l'àmbit del dret de família, amb més de quaranta-cinc anys d'experiència com a lletrada activa. El seu àmbit d'expertesa és un aspecte concret del dret de família, el de les relacions paternofiliales. És, també, presidenta de la Societat Catalana d'Advocats de Família. Reflexionarà sobre com es pot millorar en la regulació del dret de família, i, especialment, sobre la coordinació de parentalitat.

Després prendrà la paraula Antoni Vaquer Aloy, doctor, catedràtic de Dret Civil a la Universitat de Lleida i coautor de manuals de dret civil català que molts de nosaltres coneixem bé. Va ser membre de la Comissió Jurídica Assessora fins al maig passat. També ha actuat al Tribunal de l'Arbitratge de Barcelona i ha estat magistrat suplent a l'Audiència Provincial de Lleida. Ens parlarà d'un àmbit en què, de vegades, la prospecció de futur sembla innecessària. Solem parlar de la completesa del llibre quart dedicat a les successions, però sempre és possible repensar la matèria i anar més enllà. Ell ens en parlarà i també parlarà de com es pot avançar en les opcions legislatives en aquest marc.

Finalment, Sergio Nasarre Aznar, doctor i catedràtic de Dret Civil de la Universitat Rovira i Virgili, és també un reconegut especialista en una matèria cabdal per la seva projecció social i a la qual s'ha fet referència al llarg d'aquestes Jornades en diverses ocasions: el dret de l'habitatge. És director i titular de la Càtedra Unesco d'Habitatge de la Universitat Rovira i Virgili. Ha col·laborat amb institucions estrangeres i en fòrums internacionals sobre aquest tema, amb una expertesa més que notable que li servirà com a punt de partida per parlar-nos de com repensar el dret patrimonial.

El futur del Codi civil de Catalunya: el llunyà, el proper i l'immediat

Albert Lamarca Marquès

**Professor de Dret Civil a la Universitat Pompeu Fabra
i membre de la Comissió Jurídica Assessora**

1. Del passat al futur del Codi civil

Vull, en primer lloc, manifestar el meu agraïment per la invitació a participar en aquesta jornada dedicada als vint anys del Codi civil de Catalunya, i com em satisfà ser avui aquí per commemorar i celebrar que aviat es compliran les dues dècades de l'aprovació de la Primera llei del Codi civil de Catalunya, la Llei 29/2002, de 30 de desembre.³²⁰

La idea de tenir un Codi civil de Catalunya es deu haver vist, en molts moments, com una quimera —una creació imaginària de l'esperit, en els termes del diccionari— que, com tantes altres a Catalunya, amb persistència, determinació i treball col·lectiu, s'ha fet realitat amb el pas del temps. El Codi civil de Catalunya representa aquests valors de treball col·lectiu de generacions de juristes determinats i persistents i, també —cal no oblidar-ho— d'alta exigència de qualitat jurídica i d'ideals nobles.

El projecte concret d'un Codi civil de Catalunya té l'origen a la segona meitat dels anys noranta del segle passat, però ja s'havia manifestat obertament als anys trenta, en els treballs de membres de la Comissió Jurídica Assessora de la Generalitat republicana, la Comissió de Codificació del Govern d'aleshores. Tant en un cas com en l'altre, els juristes del país no es van resignar als estrets marcs, primer, del projecte d'Apèndix del dret català de 1930 i,

320 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 3798 (13 de gener de 2003).

després, de la Compilació de 1960.³²¹ A banda de la voluntat de fer-lo realitat, per poder creure en l'existència futura d'un Codi civil, van ser cabdals tres grans obres de fa un segle de Brocà, Pella i Forgas i Borrell i Soler:

Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del Civil y exposición de las Instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la Jurisprudencia,³²² de 1918; *Código civil de Cataluña. Exposición del Derecho catalán comparado con el Código civil español*,³²³ de 1916; i *Dret civil vigent a Catalunya*,³²⁴ de 1923. Són tres treballs monumentals de cabdal importància per al moment, amb projecció continuada en el temps, que cal recordar cent anys després, junt amb molts altres treballs valuosos sobre el dret català que també es van publicar en aquells anys i en dècades posteriors i l'obra ingent de tants advocats i altres juristes que en la pràctica no van renunciar a l'aplicació del nostre dret.

La Jornada en commemoració dels vint anys del Codi civil és clarament un encert. Com també ho va ser la jornada anterior, de 1998, organitzada pel Departament de Justícia, amb el títol «Cap a un Codi civil de Catalunya», en què es va anunciar l'inici dels treballs de codificació, que obrien un període prodigiós de tasca fructífera de l'aleshores Observatori de Dret Privat, en què vaig tenir l'oportunitat de participar intensament, i que van portar a l'aprovació successiva de les lleis dels diferents llibres del Codi civil.

El Codi civil de Catalunya és, doncs, en el dia d'avui, una realitat per celebrar i commemorar. Tanmateix, sobre el futur del Codi civil, vull fer unes breus reflexions, tant generals com particulars, que, com els tres esperits del *Conte de Nadal* de Charles Dickens (passat, present i futur) dividiré també en tres moments: futur llunyà, futur proper i futur immediat.

321 Llei 40/1960, de 21 de juliol, sobre Compilació del dret civil especial de Catalunya. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 175 (22 de juliol de 1960).

322 De Brocà, Guillem Maria. *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del Civil y exposición de las Instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la Jurisprudencia*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, 1918, 956 p.

323 Pella i Forgas, Josep. *Código civil de Cataluña. Exposición del Derecho catalán comparado con el Código civil español*. Barcelona: Librería de A. Bosch, 1916.

324 Borell i Soler, Antoni. *Dret civil vigent a Catalunya*. Barcelona: Mancomunitat de Catalunya. Oficina d'Estudis Jurídics, 1923.

2. El Codi civil en el futur llunyà

Pel que fa al futur llunyà d'aquest codi civil de Catalunya, que és una realitat present, hauríem de fer que fos una realitat en el futur, en els anys que vindran. Però aquesta no és una certesa absoluta, i cal recordar-ho encara que ens sàpiga greu i ens dolgui. La voluntat tenaç de tenir un Codi civil dels catalans s'ha vist sempre confrontada per l'Estat, que l'ha combatuda també tenaçment, des del mateix inici, i cal pensar que la continuarà combatent. Diverses conjuntures, que s'han sabut aprofitar oportunament, han fet que el projecte del Codi civil tirés endavant. Tanmateix, si mirem enrere, veurem que són poques les lleis de dret civil català que no han estat objecte de contestació i de retret, fins i tot impugnant-se'n un nombre qualitatiu per part de l'Estat davant el Tribunal Constitucional. Aquesta és, malauradament, una constant en la nostra història amb què el desenvolupament del Codi civil haurà de comptar en el futur. Només canvis d'ordre polític de gran magnitud poden fer variar aquesta situació de partida que cal tenir present i que persistirà en el futur llunyà.

En aquest sentit, cal recordar que la història del dret català, que es projecta cap aquest futur llunyà, és sempre la història de la relació amb un dret supletori, una constant també en el nostre dret de llarga durada. Avui dia, aquest dret supletori és el de l'Estat i, també, el dret europeu. En aquesta idea del dret supletori entenem un altre dret que acompanya el dret català en la seva existència i aplicació al territori que li és propi, i que el condiona i hi interfereix fortament. També cal tenir-ho en compte per a aquest futur llunyà sobre el qual es projecta el nostre Codi civil.

L'amenaça de la desaprovació, combat i impugnació per part de l'Estat, i la manca de completesa de l'ordenament jurídic, que necessàriament coexisteix amb un altre dret supletori que amb què ha de comptar, són dos elements per tenir molt presents i que, per temps que passi, de ben segur que acompanyaran en el futur el nostre dret recollit al Codi civil, també en el futur llunyà.

3. El Codi civil en el futur proper

Vinculat a l'anterior, i passant ja al futur proper, és a dir, als reptes del dret civil català en aquest futur no llunyà, entenc que cal recordar i tenir present quin ha estat i quin és el sentit de la codificació civil catalana, el perquè de la codificació del dret civil de Catalunya.

Els fonaments de la codificació es recullen amb encert en la Primera llei del Codi civil,³²⁵ a les disposicions preliminars: la idea de l'afirmació de l'existència d'un dret civil propi, de la tradició jurídica catalana i la continuïtat de l'ordenament jurídic. Respectar-lo i preservar-lo dona sentit a l'esforç codificador, amb les clàssiques qüestions de la interpretació i la integració d'acord amb uns principis generals propis —la territorialitat del dret, el caràcter de dret comú, la preferència i la supletorietat— i els grans principis de la llibertat civil, de la bona fe, de la responsabilitat individual o d'actes propis i de l'equitat o el sentit de justícia, els quals informen el dret català. És ben cer que cada Govern, en un moment donat, persegueix unes polítiques concretes, però cal recordar tots els principis anteriors, especialment els darrers esmentats de manera central —llibertat civil, responsabilitat individual i justícia— per encarar el futur proper del dret català. Es tracta d'elements propis i centrals d'una codificació civil catalana, que cal tenir en compte en tota actuació normativa futura. Addicionalment, cal tenir també en compte l'ideal codificador comú a tots els ordenaments jurídics: l'elaboració d'un text únic sobre la matèria normativa civil, dotat d'una sistemàtica i d'una coherència interna que han de guiar tota actuació futura de modificació i desenvolupament.

D'entre els molts reptes codificadors que hi ha per a aquest futur proper, considero que se'n pot destacar un que és cabdal: definir l'àmbit del dret civil català. D'una banda, com a àmbit d'aplicació, és a dir, tot el que fa referència a quan és aplicable el dret català davant un conflicte de lleis, i, d'altra banda, pel que fa als límits del dret civil com a matèria jurídica objecte de regulació.

La primera matèria és competència exclusiva de l'Estat, amb incidència creixent del dret de la Unió Europea. Conèixer amb precisió quan s'aplica el dret català, en matèria de persona, família, successions i, especialment, en matèria de drets reals i d'obligacions i contractes, és una qüestió que ha preocupat i preocupa els operadors jurídics i que exigeix esforç d'estudi i dedicació per part de tots. El dret català no només s'aplica als catalans a Catalunya; s'aplica d'acord amb les normes de conflicte vigents, les quals poc depenen del legislador català. I aquesta és una qüestió clau a la pràctica, ja que fixa de manera determinant l'àmbit del dret català.

Sobre el segon vessant de l'àmbit del dret civil català esmentat, aquest es projecta, pel que fa al repte de definir-ne els límits materials, fins on han d'ar-

325 Llei 29/2002, de 30 de desembre. Primera llei del Codi civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 3798 (13 de gener de 2003).

ribar el Codi civil i la legislació civil de Catalunya i quines són les matèries que els són pròpies. En l'actualitat tenim un Codi civil, una norma cabdal, central de l'ordenament i per a la vida dels ciutadans en les relacions privades. Tanmateix, tot i el component simbòlic, no deixa de ser una llei més acompanyada per moltíssimes altres lleis civils que s'apliquen quotidianament. En el cas de Catalunya, a més, el Codi civil està conformat per un conjunt de sis lleis corresponents al seus sis llibres. I aquí el legislador ha de pensar quina és la relació i com s'integra el Codi civil, per exemple, amb el dret de la protecció dels consumidors, de la contractació automatitzada, de les noves tecnologies o de la intel·ligència artificial, entre tants altres sectors emergents que impacten en les relacions privades. Caldrà decidir fins on ha d'arribar el dret del Codi civil de Catalunya en aquests diferents àmbits. Aquesta és una tasca per al futur proper del nostre Codi.

En darrer terme, en aquest futur proper, però de manera principal, el dret civil és el dret de les persones. Aquí, el dret civil català haurà de ser sensible i adaptar-se a les transformacions socials, als canvis de concepció de tota mena, i pensar quina resposta hi dona, d'acord amb les idees tradicionals de llibertat civil, responsabilitat individual i equitat o justícia. El dret català té aquest repte per al futur proper, en què ja es treballa, amb la interferència del dret de l'Estat, com succeeix en matèria de la capacitat de les persones.

4. El Codi civil en el futur immediat

4.1 De la codificació a la consolidació

Pel que fa al futur immediat — amb tota la contenció que, per part meva, mereix el fet de parlar-ne —, soc del parer — i ho dic malgrat la redundància pel que acabo de dir — que cal encarar-lo amb gran prudència.

En primer lloc, considero que la fase de la codificació com a tal ja l'hem viscuda i l'hem superada, i ara toca la fase de la consolidació subsegüent a la codificació. En el futur immediat, al dret civil català li convé consolidar-se. En lloc de modificar-lo a curt termini i sovint, al Codi civil li convé ser difós, estudiat i explicat; és a dir, que es dediquin els màxims esforços a consolidar el Codi que s'ha aconseguit, i no a posar-lo en qüestió recurrentment d'una manera que pot arribar a deslegitimar-lo, a fer-li perdre prestigi. El Codi civil es va concebre com un codi obert, com un codi que permetia tècnicament

anar-lo aprovant per fases, sense una numeració tancada correlativa. Tanmateix, que el Codi tingués aquesta estructura de codi obert no ha de voler dir que sigui un codi posat constantment en qüestió i revisió.

Això, certament, no és incompatible amb els treballs d'actualització ni amb les modificacions necessàries que calguin —també puntuals i de detall, però imprescindibles— en un Codi que ha aconseguit una bona factura i alta qualitat tècnica. Ara bé, no em sembla que sigui una bona política legislativa de país la de qüestionar l'obra feta periòdicament en cada ocasió que presenta l'obertura d'una nova legislatura. Cal deixar que els operadors jurídics, els advocats, els notaris, els registradors, els jutges i també els acadèmics treballin en l'aplicació del dret codificat. Cal dedicar esforços a jornades d'estudi i de difusió, treballs monogràfics, articles doctrinals, comentaris del Codi civil (tant acadèmics com pràctics), ensenyament superior, jornades d'actualització jurídica, elaboració de tesis doctorals; en definitiva, cal dedicar esforços a la transferència del coneixement. Considero que això és el que convé per al futur immediat al Codi civil, i la Jornada d'avui n'és un bon exemple. Més treballs de difusió, estudi i anàlisi del Codi civil, i menys treballs de revisió i modificació legislativa, els quals, tot i que no són incompatibles, sí que certament poden arribar a semblar contradictoris amb la idea de la codificació. Qüestionar des de Catalunya la codificació ja feta, a més, permet també que l'Estat la qüestionï en cada nova ocasió amb un recurs de nul·litat contra les lleis de modificació, que poden erosionar fortament i de manera irreversible el Codi i, amb ell, l'obra codificadora.

4.2 Els estàndards de bona tècnica legislativa en l'elaboració de normes

I, en relació amb aquest futur immediat, em vull referir a aspectes singulars d'algun dels projectes en curs que afecten el Codi civil; en concret, parlaré del Projecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya³²⁶, que ja és en una fase molt avançada d'elaboració.

D'entrada, considero que la legislació sobre el Codi civil ha d'assumir —tot i que formalment ja ho fa— els estàndards de bona tècnica legislativa en matèria d'elaboració de normes, pel que fa a les consultes, la redacció de llibres

326 Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, núm. 457 (19 de desembre de 2022), p. 18-43.

blancs, les memòries, l'anàlisi de les diferents opcions reguladores i, sobretot, l'anàlisi real i detallada de l'impacte de les mesures proposades. Tot i que ja es fa, s'hauria de fer encara de manera molt més intensa. Aquests tràmits o bones pràctiques d'elaboració de les normes volen evitar la improvisació, la precipitació, la regulació a base d'ocurrències individuals basades en intuïcions, anècdotes, experiències o preferències personals. Tot això s'ha de defugir en encarar l'elaboració de projectes de lleis com els del Codi civil. Em sembla que ja es fa, però cal garantir-ho plenament i fer-ho de manera encara més intensa.

4.3 La transformació del llenguatge referit a les persones

Pel que fa a aquest projecte immediat de modificació del Codi civil, es declara en l'exposició de motius de la norma projectada que hi ha la voluntat deliberada de transformar el llenguatge de les lleis, en clau d'igualtat de gènere o en els termes de la transformació feminista del programa del Govern. Aquesta és una iniciativa valuosa que cal lloar, si bé molt complexa d'aplicar, sobre la qual no hi ha consens clar i en què caldria obtenir l'opinió experta i normativa de l'Institut d'Estudis Catalans. El Projecte de llei tendeix a evitar el masculí genèric —podríem dir que el proscriu— i, en fer-ho, utilitza tota mena de recursos lingüístics, com ara les formes dobles, el plural genèric, l'impersonal, l'addició sistemàtica de persona als diferents subjectes o posicions jurídiques, l'ús en primer terme del femení abans del masculí, en cas de formes dobles, entre molts d'altres. L'objectiu és implantar aquest nou llenguatge. Tot plegat manifesta clarament la manca de solucions universals, consolidades i idònies per a tots els supòsits que es puguin plantejar.

Per part meva, tot valorant positivament la iniciativa, vull només posar de relleu que el dret civil és el dret de les persones i que amb aquests canvis en el llenguatge sovint substituïm les persones per les qualitats de les persones, o per ens abstractes que deshumanitzen o despersonalitzen el dret civil, en ocasions amb clars errors. Quin sentit té excloure dir «fills i filles» i parlar de «la descendència», o canviar «testador» per «qui testa»? Tot això afegit a l'abús de l'ús recurrent del terme «persona» en tota posició jurídica, que la desdibuixa i enfarrega el llenguatge. El projecte actual presenta clares millores en relació amb projectes precedents, però sembla que encara no disposem de l'expertesa suficient per portar a terme la transformació en profunditat del

llenguatge que s'anuncia, d'una manera que sigui plenament satisfactòria. La comparació i contrast seriós amb el que fan els ordenaments del nostre entorn amb el llenguatge de les lleis, especialment els de llengües romàniques, és clau per valorar l'encert de la iniciativa que es vol portar a terme.

Un exemple clar del que s'afirma és a l'article 236-4 del CCCAT, projectat quan a l'apartat quart es diu que «(...) s'ha de procurar que, a fi de garantir el dret de la infància i l'adolescència a relacionar-se amb llurs famílies (...)». Aquí la « infància i l'adolescència » no tenen famílies, qui té família és « l'infant i l'adolescent ». La « infància » fa referència a un període de la vida de la persona que permet qualificar-la d'infant, però la infància no té una família i, per tant, no té dret a relacionar-s'hi. El dret el té una persona concreta, no la infància d'un país en general o bé la qualitat d'infant referida a una persona. Un altre exemple és a l'article 451-6 del CCCAT, projectat en què es parla de la llegítima de « la descendència », quan ha de ser « dels descendents », es pot dir « de les persones legitimàries », « dels fills i filles », « dels i les descendents », però no « de la descendència », que torna a ser una qualitat de la persona o un conjunt de persones, però no una persona en el cas. La llegítima és un dret individual d'una persona, no d'un conjunt de persones, com disposa expressament l'article 451-6 del CCCAT. La llegítima catalana no és col·lectiva, com sí ho és en d'altres ordenaments. També a l'article 236-21.2 del CCCAT es parla dels fruits i rendiments que pertanyen a « la descendència », quan l'apartat anterior es refereix a « fills i filles », i són aquests els que tenen dret als fruits i rendiments, mentre que l'article 222-40.3 del CCCAT fa referència que els fruits dels béns administrats pertanyen a la persona tutelada, en clara contradicció com a model de llenguatge amb la solució precedent.

4.4 Modificacions concretes del Codi civil

Pel que fa a mesures concretes d'aquest projecte de llei —moltes plausibles i benintencionades— reitero el que ja he comentat sobre la necessitat d'un estudi detallat de l'impacte de la mesura, que defugui la legislació basada en ocurrències, intuïcions, experiències o preferències personals. A més, també cal tenir en compte què comporta la idea de la codificació, ideal que és universal i que té especials matisos i condicionants en el cas català, que sempre ha aspirat a una alta qualitat jurídica. El Codi respon a una determinada

tradició jurídica, i té una coherència i sistemàtica internes que cal conèixer, considerar i respectar en tota modificació que se'n faci.

4.4.1 Les disposicions preliminars

¡D'entrada, em sembla que no és oportú introduir en el Codi civil preceptes que fan referència a principis que han d'estar en una constitució o en un estatut d'autonomia. En aquest cas, la repetició de principis generals no és oportuna, i tampoc no ho és la repetició de principis propis d'una normativa sectorial específica, per transversal que sigui. En tot cas, soc del parer que no és oportú numerar de nou ara articles que ja fa prop de vint anys que es van aprovar i que tenen una numeració consolidada per als operadors jurídics. Si es volen introduir nous preceptes a les disposicions preliminars del CCCAT, cal introduir-los abans de l'article 111-10 i renumerar aquest precepte, introduït tot just per la Llei 6/2015, del 13 de maig,³²⁷ i no els preceptes originals del CCCAT aprovats per la Llei 29/2002, de 30 de desembre, amb prop de vint anys d'existència i amb una forta càrrega simbòlica per a l'ordenament com a disposicions preliminars.

Així ha passat correctament amb l'article 111-10 del CCCAT projectat que desplaça l'article 111-10 al 111-11. Per contra, s'introdueix un nou article 111-8 sobre «igualtat i no discriminació» entre els articles 111-8 i 111-9, relatius a «actes propis» i «equitat», que distorsiona la cadència consolidada d'aquests preceptes, i desmereix el d'actes propis en convertir-lo en un segon apartat de l'article 111-7 sobre «bona fe». D'acord amb el que he esmentat de l'ideal codificador, hauria estat correcte introduir dos nous articles 111-10 i 111-11 i renumerar l'actual article 111-10 com a article 111-12, deixant els precedents tal com estaven des del 2002. Aquest seria un exemple de bona tècnica legislativa a considerar, per no menystenir l'obra legislativa del Codi civil que, malgrat els prop de vint anys d'existència, encara està no prou consolidada.

4.4.2 El dret de la persona i de la família

Pel que fa al dret de la persona, hi ha canvis de molta importància, d'acord amb les modificacions en matèria de capacitat de la persona i de discapacitat,

327 Llei 6/2015, del 13 de maig, d'harmonització del Codi civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 6875 (20 de maig de 2015).

que són oportuns i necessaris, i sobre els quals encara s'ha de treballar amb profunditat, tal com consta que s'està fent.

En canvi, en matèria de filiació es proposen dos canvis que no sembla que siguin necessaris ni —tal vegada— tampoc encertats. El primer és molt opinable, i fa referència a la qüestió clàssica i polèmica de *l'exceptio plurium concubentium*. Aquesta excepció està prevista a l'article 235-18 del CCCAT, i s'ubica sistemàticament en les regles comunes a les accions de filiació. En el Projecte es vol ubicar en l'àmbit de presumpcions de paternitat en la determinació de la filiació no matrimonial, com a nou apartat de l'article 235-10 del CCCAT. En el dret vigent, la regla de *l'exceptio* té una marcada funció en un procediment judicial de filiació en què s'ha exercit una acció, i fa referència a la destrucció de les presumpcions de paternitat al·legades en el procés, a banda de permetre la intervenció en el judici de nous demandats. En el projecte, *l'exceptio*, norma que certament es pot considerar pejorativa per a la dona, perd aquest component processal i queda relegada a una mera norma sobre presumpció de paternitat no matrimonial, però de la qual no es poden extreure les conseqüències que estan previstes als diferents apartats de l'article 235-18 del CCCAT, que se suprimeixen. Cal tenir en compte que la determinació de la filiació no matrimonial, a banda de resultar del reconeixement, pot resultar d'un expedient tramitat d'acord amb la legislació del Registre Civil o, també, d'un expedient de jurisdicció voluntària, supòsits netament diferents de l'acció judicial de reclamació de la filiació en què s'ubica i en què sembla tenir sentit la tradicional *exceptio plurium concubentium*.

Adicionalment, i en substitució del text de l'actual article 235-18 del CCCAT relatiu a l'excepció, el Projecte preveu incloure una disposició sobre la negativa a la prova biològica en els procediments de filiació. Aquest també seria un exemple clar d'aplicació d'algunes de les reflexions que s'han fet anteriorment sobre la codificació catalana. D'una banda, pel que fa a la matèria de la negativa a la prova biològica, hi ha una rica doctrina jurisprudencial prou consolidada, i amb molts matisos, sobre la qual el precepte no aportaria res substancial; ans al contrari, ja que la redueix a la mera afirmació que la negativa a la prova no impedeix determinar la filiació, però sense cap altra precisió. Aquesta precisió és actualment a l'article 767.4 de la Llei d'enjudiciament civil,³²⁸ que detalla que la negativa a sotmetre's a la prova biològica ha de ser injustificada, i que aquesta negativa injustificada permet al tribunal de-

328 Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 7 (8 de gener de 2000).

clarar la filiació reclamada sempre que hi hagi altres indicis de la paternitat o maternitat, i no se n'hagi obtingut la prova per altres mitjans. Aquesta disposició s'ha adoptat d'acord amb la competència exclusiva de l'Estat en matèria de dret processal de l'article 149.1.6 de la Constitució.³²⁹ Només la constatació de tot el s'ha dit més amunt ja hauria d'haver fet considerar, sobre la base de l'anàlisi d'impacte corresponent, que la mesura normativa proposada no era adequada. A més, el precepte projectat fa referència, com a novetat, a la «filiació biològica», una categoria que al CCCAT només es localitza en l'àmbit de l'adopció, però en cap cas en l'àmbit d'accions de filiació. Com a molt, l'article 235-1 es refereix a la filiació per naturalesa, però no a la biològica. La coherència del Codi exigiria també repensar aquest canvi.

4.4.3 El dret de successions

Per acabar, em voldria referir a tres qüestions que aquest projecte en matèria de dret de successions encara. Són qüestions de gran importància pràctica, en termes de l'impacte de la mesura, de considerar qui perjudiquen o beneficien en concret, l'anàlisi del clàssic «*Cui prodest?*». A més, també són molt rellevants des d'un punt de vista de tècnica codificadora i de qualitat normativa.

a) La responsabilitat de l'hereu

La primera qüestió a considerar fa referència a la clàssica de la responsabilitat de l'hereu, un àmbit en què el llibre quart³³⁰ va portar a terme un canvi de gran abast, recuperant la regla tradicional del dret català anterior a la Compilació,³³¹ però no definitiu com caldria, i que s'hauria de revisar per contribuir al benestar real de les persones. El Projecte, en canvi, fa una proposta ben intencionada però que és clarament insuficient i contradictòria i que fins i tot genera perplexitat amb la resta del Codi.

Atès que a la pràctica s'ha constatat que hi ha ocasions en què apareixen avals, fiances, o altres garanties personals un cop acceptada i liquidada l'herència, que no han constatat a l'inventari, es vol disposar que això no incideixi en la responsabilitat de l'hereu, ja que altrament en podria comprometre seve-

329 Constitució espanyola de 1978. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 311 (29 de desembre de 1978).

330 Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5175 (17 de juliol de 2018).

331 Llei 13/1984, de 20 de març, sobre la Compilació del dret civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 436 (23 de maig de 1984).

rament l'economia, però amb una tècnica normativa que no sembla l'adequada. Clarament, aquesta mesura pot tenir un impacte molt positiu en relació amb persones concretes enfront grans corporacions o operadors econòmics. Ara bé, cal pensar que aquest règim de responsabilitat només afavorirà els que hagin acceptat l'herència en el termini de sis mesos, però no altres persones en situació de vulnerabilitat que ho facin després pel motiu que sigui, sovint per desconeixement o per falta d'assessorament legal o perquè es pot tractar d'una herència amb poquíssim actiu que amaga un gran passiu desconegut; i no sempre en forma de garantia personal o real. Per què no hi ha una proposta de reformar el règim de la responsabilitat de l'hereu i exercir així un impacte positiu, en especial, en relació amb la població més vulnerable, que pot ser l'afectada per aquestes garanties personals ignorades? Caldria establir una responsabilitat limitada per a tots els hereus dins els límits de l'herència, amb les excepcions oportunes. Aquesta sí que és una mesura de modificació normativa que la societat demanda, però, certament, la ignora.

Pel que fa a la regulació concreta, cal dir que presenta certes incoherències i que, fins i tot, pot tenir caràcter discriminatori. D'una banda, s'afirma al projectat apartat 5 de l'article 461-15 del CCCAT que el fet de no esmentar fiances o altres garanties personals o reals per deutes aliens a l'inventari fet per l'hereu no priva de la condició de pres en forma. Per tant, l'hereu que gaudeix del benefici d'inventari, per haver pres inventari dins els sis mesos, el conserva malgrat aquesta absència, i s'assumeix que l'hereu no els ha inclòs perquè els desconeix, cosa que no s'afirma al precepte, i només es pot deduir del fet que s'esmenti que no han estat requerits fefaentment de pagament, una formulació molt singular. D'altra banda, al projectat article 461-18.1 del CCCAT, sembla que s'abandona el principi de confusió patrimonial entre causant i hereu, cosa que genera perplexitat en un sistema que distingeix entre acceptació pura i simple i acceptació a benefici d'inventari, ja que s'afirma que l'hereu, en primer lloc, respon dels deutes del causant amb els béns relictos; i, si aquests són insuficients, amb els béns propis. Aquesta dicció és contrària als efectes de l'acceptació pura i simple, i significaria una innovació de gran abast que no sembla que estigui plenament meditada, ja que modificaria amb ella principis i elements estructurals de tot el sistema successori del dret civil de Catalunya.

A més, aquest article 461-18 projectat sembla establir una responsabilitat limitada de tot hereu per a deutes derivats de fiances, avals o altres garanties personals que descongui en acceptar l'herència, en haver-ne de respondre

«exclusivament amb els béns hereditaris que subsisteixin en el moment en què en tingui coneixement»; i, això, amb independència que hagi fet inventari o no n'hagi fet i gaudeixi del benefici d'inventari o no en gaudeixi. Cal tenir en compte que aquesta redacció no concorda amb la de l'article 461-15.5 projectat, que també abasta les garanties reals. Per contra, l'article 461-20, lletra d) projectat sí que fa referència a la confusió de patrimonis —fins i tot en l'acceptació a benefici d'inventari— i a la responsabilitat limitada als béns hereditaris subsistents; no en fa, en canvi, al valor del cabal relicte i a l'enriquiment experimentat per l'hereu amb l'acceptació de l'herència.

D'aquesta manera, amb el precepte projectat s'estableix una responsabilitat limitada de tot hereu, amb independència que hagi fet inventari o no n'hagi fet, pels deutes derivats de fiances, avals o altres garanties personals que desconeixi en acceptar l'herència, però no per a la resta de deutes. Per quin motiu els hereus que han de fer front a aquests deutes tenen la responsabilitat limitada per llei, mentre que la resta d'hereus que ignoren deutes del seu causant que els són reclamats amb posterioritat hi han de fer front sense cap mena de limitació de responsabilitat, si no gaudeixen del benefici d'inventari? Respon a cap lògica o decisió de política jurídica fonamentada, aquesta discriminació entre persones hereves d'herències deficitàries en funció del tipus de deutes? Té cap sentit que l'hereu d'una persona que hagi avalat una altra en la compra d'un immoble o per evitar el concurs d'una societat mercantil, per exemple, respongui amb responsabilitat limitada, mentre que l'hereu de qui té el deute personalment per la compra d'un immoble o d'una activitat professional personal hagi de respondre'n il·limitadament? Tot indica que no.

Clarament, les modificacions que es proposen no semblen consistents amb els principis i el contingut del llibre quart, i el sistema de la successió de base romanista, a banda de fer palesa la necessitat d'una reforma a fons de la responsabilitat de l'hereu i dels efectes de l'acceptació de l'herència que beneficiï tots els ciutadans, amb independència de la seva activitat professional i del seu patrimoni.

b) La llegítima

En segon lloc, el projecte vol introduir canvis en la regulació de la llegítima, del manteniment de la qual, tal com està configurada en el dret català, en soc partidari ferm. Val a dir que, a l'exposició de motius del Projecte, es fa referència a «posicions recents de les legislacions del nostre entorn estatal i

europèu que defensen la supressió i la reforma de la llegítima», però això no és exacte —una vegada més cal l'anàlisi d'impacte de la mesura: en cap cas s'ha produït una supressió de la llegítima en un ordenament del nostre entorn, ni em sembla que se'n produeixi cap a curt termini, ni tampoc una reforma que la redueixi més que tal com és la catalana actualment. En qualsevol anàlisi seriosa de comparació d'ordenaments jurídics, cal tenir en compte que la llegítima, a Catalunya, és ja d'una quantia força reduïda.

La proposta vol modificar aspectes de detall de normes centenàries amb una tradició ben arrelada a Catalunya, com ara la regla de pagar la llegítima en béns o en diners, que es trastoca i se'n menysté la lògica interna i sentit pràctic, sense valorar-ne l'impacte, o l'actualització de la regla tradicional de viure el legitimari a la casa i en companyia de l'hereu, que resta a l'article 451-14.2 del CCCAT en matèria d'interessos, per una nova regla al projectat article 451-11.3 del CCCAT, d'aplicació incerta amb la remissió que es fa a l'article 452-1.2 del CCCAT, en l'àmbit de quarta vidual, amb la qual no concorda, entre d'altres modificacions. Ara bé, la reforma es focalitza sobretot en la causa de desheretament per manca de relació familiar entre el causant i el legitimari, invertint la tradicional càrrega de la prova que grava l'hereu en tot supòsit de desheretament.

Aquesta causa de desheretament de l'article 451-17.2.e) del CCCAT, introduïda el 2009, ha omplert de desafortunats i tristos plets els tribunals de justícia, fonamentalment entre germans que litiguen un cop mort el progenitor comú, en la majoria de casos el pare. En termes d'anàlisi d'impacte, a qui beneficia i a qui perjudica aquesta causa? Clarament ha estat una norma que no ha generat benestar social, i que privilegia els homes que en ocasió del divorci van trencar la relació amb els fills, els van abandonar a la seva sort, amb tot el que això els ha implicat al llarg de la vida, especialment pel que fa a la pèrdua d'oportunitats quan eren menors d'edat. Ara el legislador es proposa encara afavorir més aquests pares, homes en la majoria dels casos, que van maltractar i abandonar els fills quan eren petits i en vàlida i aprova l'últim acte d'indignitat que tenen en morir en relació amb els fills, que és desheretar-los, amb tot el que això implica i significa.

Trobo que la política social que es proposa és una molt mala política. Aquests homes que han maltractat els fills no haurien de poder persistir en la ignomínia de manera pòstuma. Es pot discutir sobre el manteniment de la llegítima, sobre unes causes de desheretament per maltractament, però, a Ca-

talunya, resulta que la llegítima només és forçosa si hi ha relació entre pares i fills; si aquesta relació es va trencar pel divorci dels progenitors, i un d'ells va perdre la relació amb els fills per raó d'aquest divorci, clarament el pare en relació amb la mare, aleshores els fills que van patir aquest divorci han de veure com el legislador els priva de la llegítima en relació amb la resta de descendents a Catalunya. Una llegítima que tot just comportaria una minsa compensació pel dolor patit i pel suport de què els fills han estat privats en vida del progenitor.

A banda de les consideracions anteriors, de nou hi ha una rica doctrina jurisprudencial de més d'una dècada sobre la causa de desheretament de la lletra e) de l'article 451-17.2 del CCCAT, que clarament desaconsella a un legislador atent tota modificació de la norma vigent, per innecessària, llevat que encara es vulgui privilegiar més els pares homes en relació amb els fills que han patit un divorci.

c) La unificació de terminis de prescripció i de caducitat

En tercer lloc, el Projecte de llei es proposa modificar dos terminis de prescripció de deu i tres anys, respectivament, per a la reclamació de la llegítima i el suplement (article 451-27.1 del CCCAT) i la quarta vidual (article 452-6.2 del CCCAT). Es tracta de dos terminis de prescripció que es volen canviar per un termini de quatre anys. Cal tenir en compte que al Codi civil de Catalunya els terminis de prescripció generals estan establerts als articles 121-20 a 121-22, i són els terminis de deu i tres anys dos terminis generals, un de llarg i l'altre breu, d'acord amb els quals s'haurien d'afaiçonar els terminis de totes les pretensions, llevat de motivacions específiques. Aquest model és el que replica el llibre quart en matèria de prescripció de pretensions successòries, de manera coherent amb la idea d'un Codi civil, ja que en respecta la sistemàtica i l'ordre intern. Per contra, el llibre quart estableix una durada de quatre anys per a diversos terminis que s'han de considerar de caducitat, ja que el Codi civil no en preveu un de general, però es pot convenir que el termini de quatre anys és el més comú, tal com s'afirma en el preàmbul de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart: «Es fixa un termini general de caducitat de quatre anys per a les accions de nul·litat, que s'unifica amb els terminis d'altres accions d'impugnació també subjectes a caducitat, com la de preterició errònia.» No sembla raonable, doncs, una unificació de terminis «successoris» en una mateixa durada, com s'afirma en la norma projectada, que fins ara permetia distingir

entre prescripció i caducitat, d'acord amb la sistemàtica i coherència del Codi civil, que no s'hauria de desconèixer pel legislador. A banda de la perplexitat de fer coincidir els terminis de caducitat per a l'acció d'inoficiositat legitimària o d'impugnació del desheretament amb el de prescripció de la reclamació de la llegítima. L'obra de la codificació civil catalana hauria de tenir en compte aquestes qüestions, tal com he referit a l'inici d'aquesta intervenció. La norma projectada conté d'altres mesures, algunes d'encertades i altres d'introduïdes prudentment, com és la referència als animals de companyia, a diferència del que ha fet el legislador estatal, junt amb moltes d'altres relatives als llibres tercer³³², cinquè³³³ i sisè³³⁴, sobre les quals no em puc estendre.

5. Epíleg per al futur del Codi civil de Catalunya

Acabo amb una darrera reflexió sobre els canvis i modificacions en el dret civil català, i l'anàlisi d'impacte parlant del futur del Codi civil, llunyà, proper i immediat.

A la dècada dels anys vuitanta i principis dels anys noranta del segle passat hi havia un corrent d'opinió a Catalunya que proposava substituir el règim econòmic matrimonial de separació de béns pel de participació en els guanys, com a règim legal, sense haver valorat oportunament l'impacte que la mesura tindria en la societat. La modificació proposada es basava en el mateix argument amb què s'inicia el projecte de llei esmentat: l'evolució de la societat ho exigeix. Aquella proposta benintencionada, defensada amb vehemència per alguns, però que la societat no exigia, no es va portar a terme pel legislador, el qual va actuar amb prudència i saviesa, d'acord amb una anàlisi d'impacte *avant la lettre*. Valgui aquest exemple tan clar en clau retrospectiva per projectar cap al futur en clau prospectiva la prudència necessària que cal emprar en les petites i grans reformes del nostre Codi civil en el futur.

Com al final del *Conte de Nadal* de Dickens, al qual m'he referit a l'inici, torno al Codi civil del present i reitero la meva satisfacció per poder commemorar els vint anys del Codi civil de Catalunya, al qual desitjo un gran futur.

332 Llei 4/2008, de 24 d'abril, del llibre tercer del Codi civil de Catalunya, relatiu a les persones jurídiques. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5123 (2 de maig de 2008).

333 Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 4640 (24 de maig de 2006).

334 Llei 3/2017, del 15 de febrer, del llibre sisè del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes, i de modificació dels llibres primer, segon, tercer, quart i cinquè. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 7314 (22 de febrer de 2017).

Intervenció de Mercé Mira Cortadellas

Advocada i presidenta de la Societat Catalana d'Advocats de Família

Moltes gràcies a la Generalitat de Catalunya per convidar a la Societat Catalana d'Advocats de Família. Jo soc aquí només perquè en soc la presidenta.

Com que estem de celebració, vull comentar que la Societat Catalana d'Advocats de Família aquest any 2023 fa vint anys, de manera que anem una mica a remolc i a continuació del Codi civil de Catalunya, que l'any passat va fer vint anys.

El Codi civil de Catalunya no només és conegut; també és reconegut i envejat d'una manera sana. Sempre diuen «Això, els catalans, ja ho teniu estudiat i ja ho teniu regulat». Els fa l'efecte —i jo n'estic convençuda— que portem força avantatge. Per això, per a mi, el mèrit, doncs, és del nostre legislador, però també és mèrit de la Comissió de Codificació de Catalunya que, per mitjà de les diferents Seccions —que es fan un tip de treballar— vol aconseguir que la llei s'adapti al més aviat possible a la realitat social, ja que la societat va al davant i, de vegades, sembla que el legislador dormi, que no s'adoni dels canvis.

Com que som molt diligents, els catalans anem molt de pressa i procurem anar adaptant el nostre codi a la realitat social.

Ja que aquesta ponència se centra en el futur del Codi civil de Catalunya, per a mi, si parlem de futur, parlem de la canalla, ja que la canalla és el nostre futur i cal que anem innovant i modificant la legislació.

En primer lloc, soc del parer que valdria la pena que el Codi civil de Catalunya regulés la figura del coordinador de parentalitat, que és una figura que, a més de tenir cabuda segons la normativa internacional, també en té segons la normativa de Catalunya, segons l'Estatut,³³⁵ a l'article 17.

335 Decret 306/2006, de 20 de juliol, pel qual es dona publicitat a la Llei orgànica 6/2006, de 19 de juliol, de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 4680 (20 de

La Llei 14/2010, de 27 de maig del 2010, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència,³³⁶ i també diversos articles del Codi civil de Catalunya, fan referència a les mesures que el jutge ha de prendre per evitar situacions de risc o de perjudici per als menors. Passa, però, que de vegades hi ha situacions molt crispades en què, els que ens dediquem a família, a més a més, tenim la pega de no disposar d'una especialització en les qüestions de família, com sí que n'hi ha en penal, administratiu, social i mercantil. Jo sempre dic que deu ser que valen més les empreses que les persones, perquè, si no, no entenc per què no tenim una especialització en dret de família.

Amb això vull dir que un cop s'ha produït el trencament, sempre els dic «us separeu com a parella, com a pares no us separareu mai més».

Moltes vegades hi ha situacions molt conflictives, i aquestes situacions conflictives no es poden resoldre en un jutjat. D'entrada, perquè la Llei d'enjudiciament civil³³⁷ —que és la que hem de fer servir aquí a Catalunya, perquè tenim dret substantiu propi però fem servir el dret processal comú de tot Espanya— no està pensada per a una execució de família; ho està pensada per a execucions dineràries. Llavors, què passa que quan hi ha conflictes en les relacions dels progenitors amb els fills, tant en casos de custòdia compartida com en casos de guarda individual? La cosa no es pot solucionar en un jutjat amb multes coercitives o amb l'amenaça que farem un canvi de custòdia —que jo no n'he vist mai cap— i, per tant, hem de buscar un altre sistema. Aquí és on creiem que tindria molta cabuda el coordinador de parentalitat. La primera vegada que se'n va parlar aquí, a Catalunya, va ser en la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona, de 7 de maig de 2014, del magistrat Pasqual Ortuño.³³⁸

Aquesta sentència, que va representar la primera vegada —com dic— que es va parlar del coordinador de parentalitat, la va ratificar la primera sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 11/2015, de 26 de febrer,³³⁹ amb Maria Eugènia Alegret com a ponent, i va assentar les bases d'allò que és coordinador de parentalitat, de les funcions té, dels seus deures i de com són les seves obligacions.

juliol de 2006).

336 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5641 (2 de juny de 2010).

337 Llei 1/2000, de 7 de gener, d'enjudiciament civil. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 7 (8 de gener de 2000).

338 Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 301/2014, de 7 de maig (roj: sap b 4979/2014).

339 (roj: stsj cat 551/2015).

Després han sortit altres sentències de l'Audiència Provincial de Barcelona, una de Tarragona i altres del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya que avalen aquesta figura.

Ara bé, aquesta figura no està regulada ni al codi civil espanyol³⁴⁰ ni la tenim regulada nosaltres —per això jo ara trencava aquesta llança. Sí que l'han regulada a Navarra al seu *Fuero Nuevo*,³⁴¹ que és de 2019. Es refereixen als articles com a «*leyes*» i, així, la *ley* 77 diu:

Supervisión judicial de la responsabilidad parental. En todos aquellos procedimientos en los que el juez deba pronunciarse sobre cuestiones derivadas de la responsabilidad parental podrá adoptar motivadamente las medidas que estime necesarias para supervisar las relaciones de los hijos con sus progenitores con la finalidad de garantizar sus derechos, pueden designar a tal fin un coordinador de parentalidad.

Potser aquí, a casa nostra, podríem modificar l'article 236-3 del CCCAT que parla de la intervenció judicial i introduir un tercer apartat que digués que «(...) amb la finalitat de garantir i preservar els drets dels fills, el jutge pot designar un coordinador de parentalitat (...)».

340 Reial Decret de 24 de juliol de 1889 pel qual es publica el Codi civil. Gaceta de Madrid, núm. 206 (25 de juliol de 1889).

341 Llei foral 21/2019, de 4 d'abril, de modificació i actualització de la Compilació del dret civil foral de Navarra o *Fuero Nuevo*. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 137 (8 de juny de 2019).

Reflexions per a una simplificació i modernització de les formes testamentàries del llibre quart del Codi civil de Catalunya

Antoni Vaquer Aloy

Catedràtic de Dret Civil a la Universitat de Lleida

1. Introducció

D'una banda, no és la primera vegada que proposo reformes³⁴² al llibre quart del Codi civil de Catalunya.³⁴³ Vaig tenir el privilegi de formar part de la Comissió Mixta de l'Observatori de Dret Privat i el Parlament de Catalunya que va revisar el Projecte de llei del llibre quart que, en la pràctica totalitat, va esdevenir el text aprovat. La Comissió va cercar el màxim consens, i això pot explicar que només se suprimeixin les institucions en què hi havia unanimitat per a la supressió. D'altra banda, els més de catorze anys que han transcorregut, amb tots els avenços tecnològics, permeten que ara faci unes reflexions sobre una reforma de les formes testamentàries que el dret de successions català regula.

El dret civil català vigent accepta tres negocis *mortis causa*: el testament, el codicil i la memòria testamentària. Quant a les formes, el testament i el codicil poden ser notariais i hològrafs. Al seu torn, la forma notarial pot ser oberta (article 421-13) i tancada (articles 421-14 a 421-16). Pel que fa al testament tancat, se n'admet la forma electrònica en un suport durador i amb signatura

342 Vaquer Aloy, Antoni. «Perspectives de futur en l'àmbit del dret català de successions». A: Institut De Dret Privat Europeu I Comparat Universitat De Girona (Coord.). *Els reglaments europeus i l'evolució del dret de contractes, família i successions*. Girona: Documenta Universitària, 2019, p. 403-457; «El maltrato al causante vulnerable: a favor de una nueva causa de indignidad sucesoria», *adc*, 2020, p. 1067-1095; «Reflexions escoceses sobre la successió intestada del cònjuge o parella estable en el dret civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, 2020, vol. 22, p. 77-105.

343 Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5175 (17 de juliol de 2018).

electrònica (article 421-14.2). El codicil admet les mateixes formes que el testament (article 421-20.3). La memòria testamentària està gairebé mancada de formalitats, ja que només s'exigeix que tots els fulls estiguin signats pel testador, tot i que el seu contingut és limitat, ja que només es pot referir a mobles i amb el límit del deu per cent del valor del cabal relicte (article 421-21).

Aquesta varietat de formes testamentàries —que es podria saludar des del punt de vista de la llibertat de testar, perquè facilita al causant diversos canals per expressar la darrera voluntat— té escassa virtualitat pràctica. Segons l'estadística, el 98% dels testaments atorgats durant el 2021 van ser notariais oberts,³⁴⁴ la qual cosa significa que la resta de formes són residuals. I, encara, si es presta atenció a la jurisprudència, hom s'adona que no hi ha casos sobre testaments tancats, la qual cosa condueix a pensar que, en realitat, la gran majoria de testaments són testaments notariais oberts i que els altres són testaments hològrafs. Quant a aquests, es pot deduir de l'estudi de la jurisprudència una conflictivitat important, derivada del fet que no hi ha control de l'autoria, de la capacitat testamentària i del contingut, i tampoc no n'hi ha del compliment de les solemnitats exigides legalment (articles 421-17 a 421-19).

D'altra banda, és oportú considerar que les noves generacions de ciutadans estan molt més avesades a l'audiovisual que a l'escriptura i que, si més no en teoria, tenen moltes més habilitats en noves tecnologies, per la qual cosa escau, també, alguna reflexió sobre l'entrada més decidida dels mitjans electrònics, que no es va fer el 2008, quan es va aprovar el llibre quart del CCCAT, que es va limitar a incloure la forma tancada electrònica en uns termes que, a banda que no provenen de la comissió esmentada, són —com s'analitzarà— criticables.

La proposta que es fa a continuació parteix de la tradició jurídica i és moderada, en el sentit que només planteja la modificació d'allò que sembla estrictament necessari per acomodar les formes testamentàries a les necessitats no només actuals sinó previsiblement futures.

2. El testament notarial tancat

El testament notarial tancat es caracteritza per una doble fase en la confecció: primer, el testador escriu, o fa escriure per algú, el testament amb les garanties

344 Es pot consultar a <https://www.notariado.org/portal/-/herencias-testamentos-y-donaciones-crecieron-a-doble-digito-en-2021-como-consecuencia-de-la-pandemia> (darrer accés 5.11.2022).

que la Llei estableix (article 421-14); després, el testament es presenta al notari i, si escau, als testimonis, i s'estén l'acta d'atorgament (article 412-15). És un testament que es diu que permet més privadesa, en la mesura que el notari desconeix la voluntat testamentària, la qual ignora, perquè el testament, un cop escrit, s'ha d'introduir en un sobre clos. Per tant, tot i ser un testament notarial, s'escriu privadament, sense l'assessorament del notari i sense que aquest en sàpiga el contingut.

El testament notarial tancat és un testament escrit, tot i que pot ser escrit mitjançant un ordinador, a diferència del testament hològraf, que és tot ell manuscrit. A més, s'admet la forma electrònica,³⁴⁵ de manera que no cal imprimir el text de l'arxiu digital en paper, sinó que es pot protocol·litzar el mitjà durable que conté l'arxiu. En tot cas, s'exigeix la signatura electrònica, cosa que implica que mancarà de validesa si se signa en forma manuscrita o si s'hi insereix una signatura manuscrita continguda en un arxiu electrònic fotogràfic (per exemple, en format .jpeg, .png o .tiff), malgrat que és el que s'aproxima més a l'exigència de signatura del testador en qualsevol de les formes testamentàries. La redacció legal «si el testament electrònic s'ha redactat en suport electrònic» és prou àmplia i inconcreta perquè s'admeti com a testament tancat tant un text escrit amb un processador de textos com un mecanoscrit escanejat i després signat digitalment³⁴⁶, tot i que en aquest darrer cas, com ja s'ha dit, tampoc no és vàlida la signatura manuscrita ni la signatura amb un arxiu electrònic fotogràfic.

Hi ha una causa d'incapacitat específica per atorgar testament tancat: no saber o no poder llegir (article 421-14.5). La raó és que el testador no podria verificar el contingut del sobre clos i que, per tant, dins hi ha el seu testament vertader.

La doctrina catalana ha rebut amb reticència el testament tancat digital. Jou Mirabent,³⁴⁷ que es mostra partidari de suprimir en general el testament tancat, advertia dels riscos del testament tancat en modalitat electrònica, en

345 El suport informàtic o la signatura electrònica no treuen el caràcter notarial al testament tancat en aquesta modalitat, com bé indica Domínguez Luelmo, Andrés. «La reforma del derecho de sucesiones en la Ley 8/2021: derecho sustantivo y derecho transitorio». A: Llamas pombo, Eugenio; Martínez Rodríguez, Nieves; Toral Lara, Estrella (Dir.). *El nuevo derecho de las discapacidades*. Madrid: La Ley, 2022, p. 369-420 i 381.

346 Vegeu Mezquita García-Granero, José Miguel. «El testamento en el nuevo libro IV del Código civil de Cataluña». A: Àrea De Dret Civil Universitat De Girona (Coord.). *El nou dret successori del Codi civil de Catalunya*. Girona: Documenta Universitària, 2009, p. 77-112 i 103-104.

347 Jou Mirabent, Lluís. «Article 421-14». A: Egea Fernández, Joan; Ferrer Riba, Josep (Dir.). *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*. Vol. I. Barcelona: Atelier, 2009, p. 209-215 i 214. En el mateix sentit, Vaquer Aloy, Antoni. *Perspectives de futur en l'àmbit del dret català de successions*, p. 446-447.

atenció a la dificultat de la perdurabilitat del suport i dels programaris i la caducitat del certificat digital, si transcorre un cert temps entre atorgament i obertura de la successió. En efecte, entre l'atorgament i l'obertura de la successió pot transcórrer un període de temps prou llarg que provoqui que el software utilitzat per crear l'arxiu digital ja no sigui compatible amb el nou entorn, la qual cosa podria impedir conèixer el contingut del testament. A més, hi ha el risc de pirateria de les nostres dades digitals, tant de la signatura electrònica en el fitxer informàtic³⁴⁸ com de l'ordinador en què aquest està emmagatzemat. El desenvolupament de la pirateria informàtica,³⁴⁹ fins i tot encara que s'incorporin dades biomètriques, suscita el dubte de si allò que apareix com a testament en realitat no expressa la voluntat del testador, qui ha estat suplantat en la identitat digital. Si això passa, és evident que el testament ja no respon a la màxima que la voluntat del testador és la llei de la successió i, si aquesta circumstància s'aconsegueix provar, el testament és nul. Encara que s'imposi el requisit formal de la signatura electrònica reconeguda, és a dir, la signatura electrònica avançada basada en un certificat reconegut i generada mitjançant un dispositiu segur de creació de signatura (article 3.3 de la Llei 59/2003, de 19 de desembre, de signatura electrònica, això no assegura completament l'autenticitat del testament.³⁵⁰

Per consegüent, atesa la nul·la transcendència pràctica del testament tancat i els problemes que suscita la seva variant digital, sembla raonable suprimir aquesta forma testamentària en el nostre dret de successions.

348 Vegeu, per exemple, <https://thehackernews.com/2021/02/shadow-attacks-let-attackers-replace.html> (darrer accés 5.11.2022). En el dni electrònic s'han detectat problemes de seguretat (https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2017-11-09/dni-policia-certificado-digital-ciberseguridad_1475201/, darrer accés 5.11.2022). Del risc de suplantació del testador, n'han advertit Ferrer Riba, Josep. «Tradició heretada i innovació en el nou llibre quart del Codi civil de Catalunya». A: Àrea De Dret Civil Universitat De Girona (Ed.). *Els reglaments europeus i l'evolució del dret català de contractes, família i successions*. Girona: Documenta Universitària, 2009, p. 15-32 i 32, i Mezquita García-Granero, José Miguel. Ob. Cit., p. 110 y 112.

349 Fins i tot les considerades ultrasegures criptomonedes a causa de l'ús de la tecnologia blockchain: <https://www.lavanguardia.com/economia/20220203/8032107/criptomonedas-piratas-robo-wormhole.html> (darrer accés 5.11.2022).

353 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 304 (20 de desembre de 2003).

350 No es pot compartir, doncs, l'afirmació que aquest requisit «(...) se justifica en la necesidad de acreditar la identidad del testador ya que, de no ser así, podría suplantarse su identidad con la consiguiente falsificación del documento testamentario (...)» (Calaza López, C. Alicia. «Article 706.III». A: García Rubio, María Paz; Moro Almaraz, María Jesús (Dir.). *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. Madrid: Thomson Reuters-Civitas, 2022, p. 523-530 i 529, en relació amb el nou article 706.III del cc espanyol, que reproduïx fil per randa l'article 421-14.2 del CCCAT, incís segon), ja que la realitat en demostra la insuficiència.

3. El testament hològraf

Les formalitats associades al testament hològraf han romàs invariables en el Codi civil de Catalunya. Es continua exigint que estigui totalment escrit a mà pel testador mateix, amb constància de la data i el lloc i la signatura igualment manuscrita. L'única concessió va consistir a fer prescindible la indicació del lloc o la data de la redacció del testament «si es poden acreditar d'alguna altra manera» (article 422-1.2). El legislador no dona cap entrada a les noves tecnologies.

Cal recordar que la forma hològrafa no era una forma admesa en la tradició jurídica catalana, i que s'hi va incorporar a conseqüència de l'aplicació supletòria que va fer el Tribunal Suprem de la regulació del codi civil espanyol³⁵¹ en la matèria.³⁵²

D'altra banda, els testaments hològrafs presenten una litigiositat elevada. L'ús total o parcial d'elements mecànics en l'escriptura,³⁵³ l'existència o la inexistència d'un veritable *animus testandi*,³⁵⁴ els dubtes sobre l'autenticitat de l'autografia,³⁵⁵ o la capacitat del testador,³⁵⁶ a conseqüència de la privadesa en l'atorgament, són només algunes de les qüestions recurrents en les resolucions judicials.

Una actualització de la forma testamentària hològrafa respectuosa amb la tradició jurídica consisteix a posar a disposició dels testadors un testament amb menys formalitats que el testament notarial quan el contingut de la dis-

351 Reial decret de 24 de juliol de 1889 pel qual es publica el Codi civil. *Gaceta de Madrid*, núm. 206 (25 de juliol de 1889).

352 Borrell i Soler, Antoni Maria. (1904). *El Codi civil a Catalunya*. Barcelona: Fidel Giró impressor, p. 339-342. Després, Sagner, Emilio. «Forma ològrafa de testar». A: Garrido Melero, Martín; Fugardo Estivill, Josep Maria; Serrano De Nicolás, Ángel. (Coord.). *Fonaments i institucions del dret civil de Catalunya*. Vol. II. Madrid: La Notaria, 2008, p. 599-604.

353 Per exemple, Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 835/2018, de 22 de novembre de (roj: sap b 11837/2018), testament amb les clàusules dispositives en part manuscrites i en part mecanografiades, que es reputa nul. Aquesta Sentència s'ha de comparar amb la Sentència de l'Audiència Provincial de Palma de Mallorca 167/2004, de 17 de novembre (roj: aap ib 398/2004), en què es valida un testament hològraf utilitzant un formulari omplert a mà.

354 Per exemple, Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 161/2021, de 27 d'abril (roj: aap b 3531/2021), Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 27/2002, de 16 de setembre (roj: sts j cat 10032/2002).

355 Per exemple, Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 552/2021, de 20 de setembre (roj: sap b 10633/2021), en què, malgrat que una testimoni afirmava que la testadora va escriure el testament davant seu i que una pericial ratificava l'autoria, el tribunal estima la nul·litat tot decantant-se per una altra pericial que negava l'autoria, sobre la base del caràcter no indubtable del document utilitzat per a confrontar la cal·ligrafia. Val a dir que la beneficiària del testament nul era la neta de la veïna.

356 Per exemple, Sentència de l'Audiència Provincial de Palma de Mallorca 316/2019, de 30 de juliol (roj: sap ib 1716/2019); Sentència de l'Audiència Provincial de València 214/2019, de 5 de juliol (roj: sap v 2138/2019).

posició de darrera voluntat és susceptible de generar poca litigiositat. Ensenms, ha arribat l'hora d'obrir la porta a les noves tecnologies amb menys timidesa. Cal tenir en compte, en aquest sentit, que la poca complexitat de les clàusules dispositives és un element que té en compte la jurisprudència en casos que susciten dubtes sobre la validesa del testament.³⁵⁷ En definitiva, la proposta comporta una modernització del testament *parentum inter liberos* que va estar vigent fins al Codi de successions de 1991.³⁵⁸

3.1. El testament *parentum inter liberos*

La doctrina catalana considerava el testament *parentum inter liberos*, d'origen romà,³⁵⁹ una forma privilegiada.³⁶⁰ El privilegi consistia en la validesa del testament malgrat no haver acudit a la forma nuncupativa.³⁶¹ Ara bé, calia respectar unes formalitats determinades: l'escriptura a mà del testador i la indicació de la data de l'atorgament en lletres, sense utilitzar nombres. I el contingut era limitat: originàriament, només disposicions a favor dels fills, que després es van ampliar al cònjuge, però només quant al dret d'usdefruit, ja que qualsevol llegat que atribuís el dret de propietat esdevenia nul. Precisament, aquest contingut limitat als fills justificava el privilegi, tal com testimoniava Fontanella.³⁶² Aquesta concepció del testament *parentum inter liberos* la recull fidelment la *Memoria* de Duran i Bas a l'article 252:

357 A tall d'exemple, Sentència del Tribunal Suprem 848/1998, de 19 de setembre (roj: sts 5223/1998); Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 45/2011, de 17 de novembre (roj: stsj cat 10808/2011); Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 50/2021, d'1 de febrer (roj: sap b 536/2021); Sentència de l'Audiència Provincial de Lleida 184/2022, de 10 de març (roj: sap L 233/2022).

358 Llei 40/1991, de 30 de desembre. Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 1544 (21 de gener de 1992).

359 Més en concret, en el dret romà tardà. S'atribueix a l'emperador Constantí al Còdex Teodosià 2,24,1 (Iglesias, Juan. *Derecho romano*. Barcelona: Ariel, 1982, p. 660; Blanco Rodríguez, María Luz. «La mujer y las disposiciones *inter liberos*». A: García Sánchez, Justo. (Dir.). *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo*. Madrid: boe, p. 906).

360 Brocà, Guillem; Amell, Juan. *Instituciones del derecho civil catalán vigente*. Tom II. Barcelona: Imprenta Barcelonesa, 1886, § 647; Borrell i Soler, Antoni Maria. *Derecho civil vigente en Cataluña*. T.V. *Sucesiones por causa de muerte*. Barcelona: Bosch, 1944, p. 42-43; Pella i Forgas, Josep. Código Civil de Cataluña. Tom III. Barcelona: 1918, p. 131.

361 SIEBEN, C. *Disputatio juridica inauguralis de testamento parentum inter liberos*. Harderovicus, 1725: «Dixit privilegiatum, ratio quoniam omni solemnitate extrinseca est liberatum».

362 Fontanella, Joan Pere. *Decisiones Sacri Regii Senatus Cathaloniae*. Tom I. Lugduni: 1668, Dec. 203, núm. 7 i 8. Aquest autor indicava un segon privilegi: calia la revocació expressa d'aquest testament (núm. 9 i s., atès que era favorable per als fills), llevat que el nou testament fos igualment *inter liberos*, idea que mantenen F.M.F. (1870). «Testamentos *inter liberos*. Como deben ser revocados en Cataluña». A: Garrido Melero, Martín;

El testamento inter liberos, o sea el que, prescindiendo de toda otra solemnidad externa, otorgue el ascendiente en favor de sus descendientes sin favorecer a ninguna otra persona que no sea el cónyuge para dejarle el usufructo, será válido mediante que el testador escriba de su propio puño la fecha del mismo, los nombres de los instituidos y las partes de herencia que señale a cada uno, expresándolas en letras y no en cifras o guarismos. En este testamento no podrá desheredarse a los descendientes.

A continuació, l'article 253 sancionava amb la nul·litat qualsevol altra disposició diferent de les esmentades.³⁶³

Ara bé, una vegada que el Tribunal Suprem, per via de supletorietat, va haver introduït el testament hològraf del Codi civil, el privilegi perdia sentit, ja que no hi havia diferències formals significatives entre ambdós. El Projecte de compilació de 1955, en conseqüència, va establir un privilegi distint: el testament *parentum inter liberos* no estava sotmès a cap termini per protocol·litzar-lo, de manera que no caducava.³⁶⁴ Aquesta regulació es va convertir en l'article 101.4 de la Compilació del dret civil especial de Catalunya de 1960³⁶⁵ i, després, de la Compilació del dret civil de Catalunya, Text refós de 1984.³⁶⁶ Tanmateix, aquest privilegi de la manca de caducitat provocava una inseguretats jurídica evident, ja que, en qualsevol moment, fins i tot transcorregut

Fugardo Estivill, Josep Maria; Serrano De Nicolás, Ángel. (Coord.). Ob. Cit., p. 589-593, i Pella I Forgas, Josep. Ob. Cit., p. 128-129. Aquest segon privilegi no es va incorporar al text de la Compilació.

363 Duran i Bas, Manuel. *Memoria acerca de las instituciones del derecho civil de Cataluña, escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4º del Real decreto de 2 de febrero de 1880*. Barcelona: 1883; l'explicació de la regulació proposada a les p. 292-293. Amb redaccions diferents, els projectes privats d'apèndix no presenten variacions substancials; tot i amb això, els de Romaní Puigdemolles, Francesc i Trias, i Giró, Joan De Déu, a *Anteproyecto de apéndice al Código civil para el principado de Cataluña* (Barcelona: 1903) (article 451) i Almeda, Joaquim, *Anteproyecto de apéndice del derecho catalán*. (Barcelona: s.d.) (article 99), no inclouen el cònjuge entre els possibles afavorits. L'avantprojecte de 1952 autoritza per fer llegats a favor d'estranyos o a favor del cònjuge distints del d'usufructuari si no excedeixen la vuitena part de l'herència (article 215), i incorpora la norma de revocació especial expressa d'aquest testament *inter liberos* (article 216).

364 *Proyecto de compilación del derecho civil especial de Cataluña*. Barcelona: 1955 (article 232.II): «El testamento ológrafado en el que el testador otorgue disposiciones a favor de sus descendientes y no de ninguna otra persona excepto su cónyuge para dejarle el usufructo, no estará sujeto a plazo alguno para su protocolización» (s'ha utilitzat l'edició Projecte d'apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya. Generalitat de Catalunya, 1995. A la versió de la Revista Jurídica de Catalunya, la redacció varia lleugerament: «Si contiene [el testament hològraf] disposiciones a favor únicamente de todos los descendientes del testador o, en su caso, además a su cónyuge para dejarle el usufructo, no estará sujeto a plazo alguno para su protocolización»; cal notar el «todos», la qual cosa converteix el testament *parentum inter liberos* en un testament particional, literalment, en què participen no només els fills sinó tots els descendents).

365 Llei 40/1960, de 21 de juliol, sobre Compilació del dret civil especial de Catalunya. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 175, (22 de juliol de 1960).

366 Llei 13/1984, de 20 de març, sobre la Compilació del dret civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 436 (23 de maig de 1984).

molt de temps, podia aparèixer un testament.³⁶⁷ Aquesta és la raó en què el preàmbul del Codi de successions³⁶⁸ va fonamentar la supressió: «Els articles 120 i 121 regulen el testament hològraf prescindint de l'especialitat *parentum inter liberos* pel que fa a la caducitat per raons de seguretat jurídica».³⁶⁹

3.2. La forma hològrafa en una reforma del dret de successions

Òbviament, aquí no es proposa recuperar la tradició jurídica *tout court*, sinó trobar-hi inspiració. La idea de base és disposar d'una forma testamentària més senzilla quan les disposicions testamentàries només concerneixen fills i cònjuge. I aquesta idea continua essent raonable. La proposta que es formula, doncs, és oferir als testadors dues formes testamentàries: l'habitual del testament notarial obert i una d'hològrafa per a, exclusivament, quan el testament atribueixi l'herència a fills i cònjuge o convivent en parella estable. Recordem que no s'admetia el desheretament en aquest testament, per la qual cosa tots els fills, i també el cònjuge, si així ho vol el testador, han de rebre alguna atribució. Aquesta atribució ha de ser, almenys, suficient per cobrir allò que els correspongui per llegítima estricta. No només el desheretament, sinó també la preterició haurien de comportar la nul·litat d'aquest testament. La raó és evitar, en la mesura del possible, la litigiositat. En definitiva, es tractaria d'un testament de repartiment de l'herència, de contingut senzill, i sotmès a un mínim de solemnitats inferior al del testament notarial.

Per «fills» cal entendre qualsevol fill i filla, independentment del tipus de filiació. Ara bé, cal tenir en compte que el desheretament i la preterició són aliens a aquesta forma hològrafa. Per consegüent, en cas de premoriència d'algun dels fills, els seus descendents legitimaris s'han de contemplar en el testament en els termes suara indicats.³⁷⁰ Quant al cònjuge o convivent en parella estable, l'atribució ja no ha d'estar limitada a l'usdefruit i, evidentment,

367 Així, Roca Ferrer, Xavier. «Article 101». A: Albaladejo, Manuel (Dir.). *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, Tom XVIII-Ir. Madrid: Edersa, 1982, p. 82.

368 Llei 40/1991, de 30 de desembre. Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 1544 (21 de gener de 1992).

369 Vegeu un exemple d'aquesta inseguretat en Marsal Guíllamet, Joan. El testament. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2000, p. 279. D'aquí que Puig Ferriol, Lluís i Roca Trias, Encarna, a *Fundamentos del derecho civil de Cataluña* (Tom. II. Barcelona: Bosch, 1979), assenyalessin, en vigència de la Compilació, que, més que un testament privilegiat, el que succeïa és que hi havia dues modalitats de testament hològraf: la del codi civil espanyol i la pròpia de Catalunya.

370 Puig Ferriol, Lluís i Roca Trias, Encarna, a *Fundamentos...* (Ob. Cit., p. 239), entenen que el testador podia nomenar hereu qualsevol dels descendents, encara que no fos fill, mentre tots els fills rebessin la seva llegítima.

esdevé aplicable, com a qualsevol altre testament, la previsió de l'article 422-13 del CCCAT si es produeix la crisi del matrimoni o la convivència s'extingeix.

Quant a les formalitats —i com ja s'ha expressat en un altre treball—, cal prescindir amb decisió del requisit de la constància del lloc, perquè no aporta res a l'autenticitat del testament hològraf.³⁷¹ En efecte, la clau de volta del testament hològraf és l'autenticitat de l'autoria. Per això cal continuar mantenint el requisit de l'autografia, ja que la lletra permet constatar, mitjançant la prova cal·ligràfica, que és el testador qui ha escrit el testament. No obstant això, i sempre que es garanteixi la comprovació de l'autenticitat, la simplificació formal permetria donar entrada a les noves tecnologies. L'escriptura també té lloc si s'utilitza un llapis digital en un telèfon intel·ligent o una tauleta, tenint en compte que el Codi civil de Catalunya admet, ja des de 2008, el testament tancat electrònic, i tenint en compte també que els mitjans durables en què es conté l'arxiu informàtic originat amb l'escriptura del testament es poden protocol·litzar.³⁷² També es podria considerar l'admissió del format audiovisual, sempre que el vídeo ofereixi una visió prou àmplia del testador que permeti excloure *prima facie* qualsevol situació de pressió (amenaces, violència) per part d'altri. La incorporació de noves tecnologies, d'altra banda, podria fer més atractiu el testament per a les noves generacions. La data hauria de constar sempre, per escrit o bé amb constància de la data de creació que l'arxiu informàtic o audiovisual generen per si. En efecte, cal mantenir el requisit de la data, perquè pot determinar la capacitat del testador o l'eficàcia de determinades disposicions. Com fins ara, no cal precisar com s'ha d'escriure la data, ni exigir que la data sigui completa si el testament es pot situar en un moment temporal sense que quedi qüestionada l'eficàcia de les disposicions testamentàries. Evidentment, si les metadades de l'arxiu informàtic palesen cap modificació posterior a la defunció del causant, el testament ha de ser nul.

Pel que fa al contingut, aquest s'hauria de circumscriure a la institució d'hereu i als llegats. Per la complexitat que impliquen, les substitucions pupillar i fideicomissària, en les diverses modalitats respectives, quedarien excloses d'aquesta forma testamentària. Aquest seria també el cas amb la designació de beneficiari d'instruments d'estalvi i previsió, que ja té prou canals, amb independència que —com ja es va dir en un altre lloc— el desenvolupament

371 Vaquer Aloy, Antoni. «Perspectives de futur en l'àmbit del dret català de successions», Ob. Cit., p. 434-436.

372 Vegeu Vaquer Aloy, Antoni. «Nuevas tecnologías y derecho de sucesiones». A: Bayod López, María Del Carmen (Dir.). *Persona y derecho civil: Los retos del siglo XXI (Persona, género, transgénero; inteligencia artificial y animales sensibles)*. València: Tirant lo Blanch, 2022, p. 245-268.

de l'article 421-23 del CCCAT sigui peremptori, o de marmessors. No hauria de ser possible revocar un testament obert notarial anterior, però sí un altre testament hològraf.³⁷³ Tampoc ho hauria de ser el reconeixement de fills, però sí el nomenament de càrrecs tutelars i d'administradors dels béns dels fills menors. Cal insistir-hi: una reducció de les solemnitats només es justifica per la senzillesa del contingut del testament.

Com fins ara, aquest testament hològraf haurà de ser adverat i protocol·litzat. Tanmateix, si es dona entrada a les noves tecnologies, seria raonable escurçar el termini per procedir a l'adveració i la protocol·lització, tenint en compte l'obsolescència tan ràpida, tant del maquinari com del programari; per exemple, una reducció a la meitat del termini actual sembla enraonada.

4. El codicil

El codicil reuneix els mateixos requisits formals que el testament (article 421-20.3 del CCCAT). Per consegüent, el que s'ha dit fins ara valdria per al codicil. Tanmateix, la distinció entre testament i codicil la determina el contingut respectiu: la institució d'hereu és aliena al codicil (article 421-20.2). La causa rau en els principis successoris, en particular, en el principi de necessitat de la institució d'hereu: la validesa del testament requereix la institució d'hereu (article 422-1.3), i la manera de salvar de la nul·litat el màxim de la voluntat testamentària és disposar d'una altra forma testamentària, que per ser vàlida

373 És evident que la possibilitat de fer còpies il·limitades del testament planteja un problema en relació amb la revocació material del testament hològraf, que en aquest cas consistiria en l'esborrament de l'arxiu o la destrucció de l'ordinador, tauleta, mòbil o memòria usb. I és que pot succeir que s'esborri una o alguna de les còpies, o es destrueixi la tauleta, però en resti alguna còpia, per exemple al núvol. La Uniform Electronic Wills Act (uewa), aprovada als Estats Units l'any 2019 per la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, formula un seguit de regles en el comentari a la secció 7, l'apartat (2) de la qual admet la revocació material del testament electrònic: un acte de revocació material en alguna còpia pot ser suficient per tenir per revocat el testament, encara que subsisteixin altres còpies; imprimir una còpia i escriure-hi «revocat» pot tenir eficàcia com a acte revocatori, i igualment si s'escriu en un dels arxius informàtics; tanmateix, enviar un correu electrònic en què es manifesti que s'ha revocat o que es revoca el testament està mancat d'eficàcia revocatòria, ja que la manifestació no es conté en el mateix testament. Alguna d'aquestes regles em sembla perillosament inconcreta. Al meu parer, l'únic arxiu original és el que es troba en el disc dur de l'ordinador, tauleta o telèfon intel·ligent que s'ha utilitzat per a la redacció, i la resta són còpies, per la qual cosa no mereixen el mateix valor que l'original. Per això, només la supressió de l'arxiu en el disc dur o la destrucció del disc dur han de conduir a presumir la revocació del testament, presumpció *iuris tantum* que permet que qualsevol interessat acreditat que la destrucció d'una còpia sí que evidencia la voluntat revocatòria. Novament, la idea de base és no obrir la porta excessivament a impugnacions oportunistes dels testaments atorgats.

no depengui de la institució d'hereu. Al capdavant, doncs, la raó de ser del codicil rau en el principi de necessitat d'hereu.

La pervivència dels principis successoris ja fa temps que es qüestiona. Ho va fer, en unes de les primerenques Jornades de Dret Català a Tossa, Puig Ferriol.³⁷⁴ L'argument principal rau en l'afectació que comporta en la llibertat de testar haver d'instituir necessàriament un hereu, o designar un marmessor universal que supleixi la institució. Ferrer i Riba,³⁷⁵ que va ser clau en la revisió del Projecte de llei del llibre quart del CCCAT, va afirmar que «Hom no sap molt bé per què s'insisteix —a no ser per un desig identitari— en uns principis carregats d'excepcions i abandonats per tots els països de tradició jurídica romanista». Cal concedir que els principis successoris no han suscitat gaire problemes d'aplicació en la pràctica, més enllà de determinar l'aplicació de la clàusula codicil·lar (article 422-6.1) i convertir el pretès testament en un codicil, i reconèixer que han patit algun sotrac, en especial amb la regulació dels testaments confirmatoris (article 422-9.4) i dels testaments merament revocatoris (article 422-9.5), fins al punt que el preàmbul de la Llei 10/2008, que aprova el llibre quart, admet que es facin «excepcions o modulacions» als principis. En tot cas, és cert que afegeix una complexitat segurament innecessària a la successió³⁷⁶ i coarta la llibertat testamentària en el fet que cal que el testador contempli almenys un hereu o un marmessor universal, i així es palesa en un grapat de sentències relatives, precisament, a testaments hològrafs.³⁷⁷ Si no té altra transcendència pràctica que activar la clàusula codicil·lar, bé que se'n pot prescindir. Sobretot si es pren en consideració la idea

374 Puig Ferriol, Lluís (1985). «Els principis successoris Catalans: present i futur». A: Càtedra De Dret Civil Català «Duran i Bas». *Materials III Jornades de Dret Català a Tossa. La reforma de la Compilació: el sistema successori*, p. 39-60. En el mateix volum i similarmet, Soto Nieto, Francisco. «Principios sucesorios vigentes en el derecho civil especial de Catalunya. Conveniencia de su revisión», p. 253-262. A més, Pérez Simeón, Maurici (1999). «Incompatibilidades entre las sucesiones universales testamentaria e intestada en el «Codi de successions» de Catalunya». A: Garrido Melero, Martín; Fugardo Estivill, Josep Maria; Serrano De Nicolás, Ángel (Coord.). *Ob. Cit.*, p. 473-508.

375 Ferrer i Riba, Josep. «El nou dret català de successions». *In Dret*, 2008/4, p. 1. Vegeu, extensament, Bosch Capdevila, Esteve. «La trajectòria històrica del principi nemo pro parte en el dret civil català». *Revista de Dret Històric Català*, núm. 1, 2001, p. 13-91, en particular p. 69-80 quant al debat previ al Codi de successions.

376 Igualment, Anderson, Miriam. «Article 422-9». A: Egea Fernández, Joan; Ferrer Riba, Josep (Dir.). *Ob. Cit.*, p. 301.

377 Entre d'altres, Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya de 5 d'abril de 2004 (consultable a Puig Ferriol, Lluís. *Jurisprudència Civil del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 2004*. Barcelona: Generalitat de Catalunya, 2006, p. 202 i s.); Sentència de l'Audiència Provincial de Girona 370/2022, de 19 de maig (roj: sap gi 691/2022); l'Audiència revoca la sentència de primera instància que declarava la nul·litat del testament en entendre que sí que hi ha institució d'hereu; Sentència de l'Audiència Provincial de Lleida 71/2013, de 13 de febrer (roj: sap l 115/2013); eficàcia d'un contracte interpretatiu que postulava que el document hològraf contenia institució d'hereu; Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona 42/2006, de 8 de febrer (roj:

d'una forma hològrafa de contingut més senzill quan es tracta d'ordenar la successió entre fills i cònjuge o convivent en unió estable: que s'hagi d'instituir un o més hereus es converteix en un obstacle de difícil comprensió per al testador que opta per aquesta modalitat. En conseqüència, és oportú revisar els principis successoris, també pel que fa a la resta que condueixen a poca cosa més que a una aversió a la successió parcialment intestada i a prohibir les condicions resolutòries, la qual cosa, de retruc, faria del tot prescindible la figura del codicil en el nostre dret de successions.³⁷⁸

5. La memòria testamentària

Quelcom semblant es proposa per a la memòria testamentària. La manca gairebé total de formalitats, llevat de la signatura manuscrita o electrònica, actua com a contrapès de la limitació del seu contingut: només béns mobles amb un valor que no ultrapassi el 10% del valor del cabal relict (article 421-17 del CCCAT). El fet que s'introdueixi un testament hològraf amb escasses formalitats i sense limitacions quant al valor dels béns relictes fa, igualment, innecessari conservar les memòries testamentàries com a negoci per causa de mort.

sap b 1114/2006): l'Audiència revoca la sentència de primera instància que declarava la nul·litat del testament en entendre que sí hi ha institució d'hereu.

378 Garrido Melero, Martín. (1996). «La agonía del testamento y de las formas testamentarias en el derecho catalán actual». A: Garrido Melero, Martín; Fugardo Estivill, Josep Maria; Serrano De Nicolás, Ángel (Coord.). Ob. Cit., p. [609]-[656], p. [619], ja assenyalava que la dualitat testament-codicil «(...) no está presente en la Sociedad jurídica civil actual» i que, quan apareix, sol ser font de conflictes (vegeu, per exemple, la Sentència de l'Audiència Provincial de Girona 370/2022, de 19 de maig, roj: sap gi 691/2022).

Un possible futur per al Codi civil de Catalunya. Atenció especial als aspectes patrimonials

Sergio Nasarre Aznar^{379*}

Catedràtic de Dret Civil a la Universitat Rovira i Virgili

1. Els temps estan canviant

Els temps estan canviant. Després d'unes dècades relativament estables, tres esdeveniments han marcat fins ara el s. XXI: l'atemptat a Nova York de 2001, la crisi financera global de 2007 i la pandèmia de la covid-19 de 2020/2021. Aquestes dues darreres, combinades, han donat com a resultat la crisi inflacionària i energètica del 2022/2023.

Tots tres fets han marcat de manera important la generació mil·lenial, la gent que ara té al voltant de trenta anys i que ha vist com les promeses de creixement de la seva infantesa i primera joventut van quedar truncades de cop, i com el món s'ha anat complicant paulatinament, mentre les seves expectatives i els valors amb què se'ls ha instruït donen pocs resultats, i els generen frustració.

La insistència d'aquesta generació (també de la d'abans, la y; i, comença tímidament la de després, z) de continuar mantenint el nivell de vida més enllà dels fatídics anys 2010 a 2013, ha contagiats a la societat un mode de vida líquid (Bauman, 2002³⁸⁰, qui l'aplicava ja a la situació precrisi de 2007) i relativista, tant en els aspectes més patrimonials com en els personals. Això s'ha reforçat en acabar la pandèmia vírica.

379 * El present treball ha estat possible gràcies al projecte de recerca del Ministeri «Vivir en comunidad: nuevas reglas para un nuevo paradigma» (PID2020-112876GB-C31) i al grup de recerca consolidat de la Generalitat de Catalunya «Dret Privat Transformatiu» (<https://housing.urv.cat/portada/recerca/dpt/>). Totes les consultes a webs referenciades en aquest treball s'han fet el dia 13-3-2023.

380 Bauman, Zygmunt. *Modernidad Líquida*. Argentina: Fondo de Cultura Económica, 2002.

Quant als primers, l'economia col·laborativa, nascuda precisament el 2008, respon a l'«ara ja» de voler viatjar, vestir-se, consumir, desplaçar-se, menjar, etc. tan aviat, sovint i a preu baix com sigui possible, tot i la inestabilitat sistèmica i l'atur juvenil (menors de 25 anys) crònic (el 2013 es va situar en pràcticament el 57%, i el 2022 va ser del 30%, segons dades de l'ine), dels més alts d'Europa (compartint posició amb Itàlia, Portugal i Bèlgica i amb diversos països de l'Europa de l'Est, segons dades de l'Eurostat).

Les conseqüències de la crisi financera i hipotecària de 2007 van originar uns moviments socials que relativitzaven la necessitat de complir, entre d'altres, els contractes hipotecaris i d'arrendament. Així, els processos es van multiplicar i allargar (vegeu Nasarre Aznar)³⁸¹ —litigació estratègica—, fet que va acabar influïent en alguns jutges (creant «robinprudència»; vegeu García Teruel i Nasarre Aznar)³⁸² i, fins i tot, provocant canvis legislatius, tant a Catalunya com a la resta de l'Estat, que han acabat emparant l'incompliment contractual (per exemple, obligació d'oferir lloguer social abans d'iniciar l'execució hipotecària o un desnonament per impagament, article 5.2 de la Llei 24/2015,³⁸³ se'n va desistir la petició d'inconstitucionalitat per l'advocat de l'Estat segons la STC 13/2019, de 31 de gener)³⁸⁴. I això s'ha estès des de 2019 a Catalunya (article 2.2 del Decret llei 17/2019,³⁸⁵ declarat inconstitucional per la STC 16/2021, de 28 de gener,³⁸⁶ però recuperat per l'article 1.1 de la Llei 1/2022,³⁸⁷ recorreguda també d'inconstitucionalitat per recurs 4038/2022,³⁸⁸ que permetia continuar considerant buits i, per tant, susceptibles de sanció per incompliment de la funció social de la propietat, els pisos *okupats*) i, des

381 Nasarre Aznar, Sergio. *Los años de la crisis de la vivienda. De las hipotecas subprime a la vivienda colaborativa*. Valencia: Editorial Tirant Lo Blanch, 2020, 656 p.

382 Nasarre Aznar, Sergio; García Teruel, Rosa Maria. «Quince años sin solución para la vivienda: la innovación legal y la ciencia de datos en política de vivienda». *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 789, 2022, p. 183-223.

383 Llei 24/2015, del 29 de juliol, de mesures urgents per a afrontar l'emergència en l'àmbit de l'habitatge i la pobresa energètica. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 6928 (5 d'agost de 2015).

384 Sentència del Tribunal Constitucional 13/2019, de 31 de gener. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 46 (22 de febrer de 2019).

385 Decret llei 17/2019, de 23 de desembre, de mesures urgents per millorar l'accés a l'habitatge. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8032 (30 de desembre de 2019).

386 Sentència del Tribunal Constitucional 16/2021, de 28 de gener. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 46 (23 de febrer de 2021).

387 Llei 1/2022, del 3 de març, de modificació de la Llei 18/2007, la Llei 24/2015 i la Llei 4/2016 per afrontar l'emergència en l'àmbit de l'habitatge. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8620 (7 de març de 2022).

388 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 227 (21 de setembre de 2022).

de 2021 a la resta de l'Estat (DF 1a del Reial decret llei 1/2021,³⁸⁹ aprovat en context de pandèmia, però allargat per l'article 68 del Reial decret llei 20/2022³⁹⁰ i per l'article 168.2 del Reial decret llei 5/2023 fins, de moment, al 31 de desembre de 2023)”. Si pot ser, afegir peu de pàgina després de 5/2023 la referència d'aquesta norma que està al BOE núm. 154, de 29 de junio de 2023) a la no necessitat de respectar la propietat privada, emparant legalment certs supòsits d'*okupació*.

I, pel que fa a l'aspecte personal, s'ha produït la caiguda en picat dels matrimonis: dels 216.149 de 2014 (taxa bruta de nupcialitat del 5 per mil) als 143.515 de 2021 (taxa bruta de nupcialitat del 3,12 per mil, la més baixa, almenys, des de 1960); a Catalunya, 33.460 el 2004 i 22.733 el 2021. El 2021, els divorcis van ser 90.582 (relativament força més en relació amb els matrimonis de 2014, que van ser 105.893; dades de l'INE). Això —possiblement no per casualitat— coincideix amb el fet que Espanya s'ha situat en el segon país d'Europa amb menys taxa de fertilitat després de Malta (d'un 1,19, en evident declivi durant anys), la qual cosa augura un canvi social enorme per als propers anys, entre ells el gran repte de l'envelliment poblacional. No em sembla que això ho arregli la recent Llei 4/2023,³⁹¹ que estipula que, des de la seva aprovació, tot i modificant el Codi civil, a més de pares hi haurà «progenitors no gestants» i, a més de mares, «progenitors gestants».

Tot i que els factors poden ser molts (per exemple, ja hem esmentat el canvi de valors i prioritats), els canvis no haurien estat possibles sense la revolució tecnològica, associada especialment a la generació mil·lenial, que ha possibilitat les plataformes turístiques i la consegüent massificació del turisme abaratint-lo (amb una clara afectació a les poblacions de les ciutats europees turístiques per excel·lència), les relacions fluides a través d'aplicacions de contactes, o les xarxes socials per organitzar escarnis davant de casa de certs polítics o davant del Parlament; per exemple, per «convèncer» els nostres representants democràtics que havien de votar a favor de la Llei catalana 11/2020,

389 Reial decret llei 1/2021, de 19 de gener, de protecció dels consumidors i usuaris enfront a situacions de vulnerabilitat social i econòmica. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 17 (20 de gener de 2021).

390 Reial decret llei 20/2022, de 27 de desembre, de mesures de resposta a les conseqüències econòmiques i socials de la Guerra d'Ucraïna i de suport a la reconstrucció de l'illa de La Palma i a altres situacions de vulnerabilitat. 16/2021, de 28 de gener. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 311 (28 de desembre de 2022).

391 Llei 4/2023, de 28 de febrer, per a la igualtat real i efectiva de les persones trans i per a la garantia dels drets de les persones LGTBI. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 51 (1 de març de 2023).

de control de rendes de lloguer³⁹² (declarada després inconstitucional per les STC 37/2022³⁹³, 57/2022³⁹⁴ i 118/2022³⁹⁵), com ho van fer, o que ja veurien les conseqüències (oclocràcia), com alguns advertien públicament a Twitter.

En aquesta revolució tecnològica, essencial per practicar enginyeria social, ha irromput la popularització de la intel·ligència artificial (IA, que, ara mateix, lidera Chatgpt) que als juristes ens detona tot un reguitzell d'alertes: sobre la responsabilitat civil (per exemple, milers de cotxes autònoms ja circulen sols per les nostres carreteres); sobre el consentiment contractual (ja el 6 de maig de 2010, les IA van fer 27.000 contractes borsaris en catorze segons, i van fer col·lapsar momentàniament Wall Street); la propietat intel·lectual (de qui és allò i qui respon del que es copia i enganxa des del Chatgpt, sobre la base del qual es fan informes, es prenen decisions polítiques, es redacten còmodament textos acadèmics o es fan treballs de classe?); etc.

El dubte que es planteja és si el nostre dret civil estarà a l'altura d'aquests reptes que sobrevenen a una velocitat inusitada. Pensem que, per una banda, a classe continuem explicant la importància del *pacta sunt servanda*, l'execució hipotecària, el règim de la LAU,³⁹⁶ els règims econòmics matrimonials abastament, la propietat privada, la propietat intel·lectual, etc.; tots, com ja hem exposat de forma resumida, clarament qüestionats. Per una altra banda, el Codi ha estat permeable a polítiques públiques que, de mica en mica, erosionen principis i drets que ens han acompanyat durant mil·lennis. Ho ha fet, tolerant que es reguli matèria civil en normes administratives o incorporant política al Codi mateix. No sé si això ens donarà gaire bons resultats. En ocasions, el nostre dret civil s'està complicant en excés, quan realment ha de ser el dret de les persones. Hauria de ser intuïtiu en l'aplicació i sensat en la comprensió i aplicació; alhora, hauria d'afavorir la nostra competitivitat nacional i internacional. No obstant això, el Codi hauria de fer un pas decidit per donar

392 Llei 11/2020, de 18 de setembre, de mesures urgents en matèria de contenció de rendes en els contractes d'arrendament d'habitatge i de modificació de la Llei 18/2007, de la Llei 24/2015 i de la Llei 4/2016, relatives a la protecció del dret a l'habitatge. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8229 (21 de setembre de 2020).

393 Sentència del Tribunal Constitucional 37/2022, de 10 de març. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 84 (8 d'abril de 2022).

394 Sentència del Tribunal Constitucional 57/2022, de 7 de abril. 37/2022, de 10 de març. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 113 (12 de maig de 2022).

395 Sentència del Tribunal Constitucional 118/2022, de 29 de setembre. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 262 (1 de novembre de 2022).

396 Llei 29/1994, de 24 de novembre, d'arrendaments urbans. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 282 (25 de novembre de 1994).

resposta a les noves realitats, arriscant i innovant, però —em sembla— sense perdre els pilars centenaris que sostenen les nostres relacions juridicoprivades; és a dir, bàsicament, la nostra societat.

Vegem temàticament aquests reptes a continuació, sense entrar en detalls competencials.

2. Repte 1: la progressiva intromissió iuspublicista al dret civil de Catalunya

El dret civil defensa la llibertat dels individus davant els altres i davant el poder públic, independentment de quin marc polític o constitucional estigui vigent en cada moment. Així en reafirma la personalitat, el desenvolupament i la dignitat.

Fites històriques que ho avalen ens remunten a la Carta Magna de 1215,³⁹⁷ els escrits de Locke³⁹⁸ o les revolucions d'Estats Units d'Amèrica del Nord³⁹⁹ o França.⁴⁰⁰

Segons Larenz,⁴⁰¹ el dret privat és el que regula les relacions dels particulars entre ells mateixos sobre la base de la igualtat jurídica i l'autodeterminació. Segons Puig Brutau,⁴⁰² «La persona es el núcleo y el centro del Derecho civil, que parte del hecho de que el hombre, por su propia naturaleza, ha de configurar su existencia de manera libre y espontánea, en la medida compatible con el mismo derecho de los demás (...); i «(...) sólo cuando el ser humano está en condiciones de ejercer la [la autonomía de la voluntad] queda afirmada su personalidad, y por ello se trata de uno de los principios capitales del Derecho

397 «No sheriff or bailiff of ours, or other person, shall take the horses or carts of any freeman for transport duty, against the will of the said freeman (...); «Neither we nor our bailiffs shall take, for our castles or for any other work of ours, wood which is not ours, against the will of the owner of that wood».

398 «As much land as a man tills, plants, improves, cultivates, and can use the product of, so much is his property».

399 V esmena (1791) de la Constitució dels Estats Units d'Amèrica: «No person shall [...] be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation».

400 Article 2 de la Declaració dels drets de l'home i del ciutadà: «La finalitat de qualsevol associació política és la protecció dels drets naturals i imprescriptibles de l'Home. Aquests drets són la llibertat, la propietat, la seguretat i la resistència a l'opressió».

401 Larenz, Karl; Macias-Picavea, Miguel Izquierdo. *Derecho civil. Parte general*. Madrid: Derecho reunidas, 1978, p. 3 i s.

402 Puig Brutau, José. *Fundamentos de derecho civil*. Tom preliminar. 2a ed. Barcelona: Bosch, 1989, p. 68.

privado». Castán⁴⁰³ es referia al fet que en el sistema de codis només intervé en la vida privada per assegurar el respecte dels bons costums i l'ordre públic o per completar o suplir la voluntat dels particulars. Més concretament, afirmava que La misión reservada al Derecho nuevo es conciliar el principio de libertad, cada vez más indispensable para facilitar el desenvolvimiento integral de las personalidad humana, con el de independencia y moral social [...] El ideal para nosotros, dentro del Derecho patrimonial, sería el reconocimiento y jerarquía de las propiedades individual, colectiva y jurídica, coadyuvando todas ellas al logro de la función social de la propiedad, y contrapesadas por el más perfecto funcionamiento de la responsabilidad de la persona, individual, colectiva y pública.

Castán va considerar que seria nefast que el dret civil sucumbís, ja que — agradi o no — ha estat sempre l'escut de l'individu contra els abusos de poder de les agrupacions.

Opinem, però, que al nostre dret civil veiem proliferar intromissions de caire públic d'intensitat incremental en les relacions privades, i som del parer que això s'hauria de revisar. Per exemple:

Article 541-2 del CCCAT (vs. article 348 del CCE): obligació que les facultats del dret de propietat (ús, gaudi, disposició, gravamen) s'exerceixin atenent-ne la funció social. El problema és determinar quin és el límit de la funció social, ja que és eteri i variable; i, si aquesta respecta, en cada cas, el contingut mínim del dret de propietat. Segons la STC 89/1994, de 17 març,⁴⁰⁴ Por ello, corresponde al legislador delimitar el contenido del derecho de propiedad en relación con cada tipo de bienes, respetando siempre el contenido esencial del derecho, entendido como reconocibilidad de cada tipo de derecho dominical en el momento histórico de que se trate y como posibilidad efectiva de realización de ese derecho.

Així, per exemple, el repte actual el representen els articles 10 i 11, en combinació amb l'article 7, tots de la Llei pel dret a l'habitatge.⁴⁰⁵ Comporten que s'equipari tot habitatge amb el sòl, amb l'aigua o amb les mines, i així el sostreuen del règim de propietat privada del Codi civil, sense cap compensació, quedant sota la tutela de l'Estat i sense que es respecti —a criteri nos-

403 Castán Tobeñas, José. «Hacia un nuevo derecho civil». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Vol. 82, núm. 163 (1933), p. 13 i s. i p. 45 i s.

404 Sentència del Tribunal Constitucional 89/1994, de 17 de març. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 89 (14 d'abril de 1994).

405 Llei 12/2023, de 24 de maig, pel dret a l'habitatge. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 124 (25 de maig de 2023).

tre— el contingut essencial del dret de propietat (vegeu les STC 227/1988,⁴⁰⁶ 204/2004⁴⁰⁷ i 112/2006;⁴⁰⁸ vegeu Nasarre Aznar⁴⁰⁹). L'article 541-2 del CCCAT afavoreix amb el redactat el reconeixement de cada vegada més limitacions socials de la propietat al nostre dret civil (vegem-ne exemples *infra*), que ningú no té clar com es defineixen ni on acaben.⁴¹⁰ L'article 348 del cce, en la redacció original, i també en l'actual des de 2021, és més ampli, durador i adaptable a qualsevol constitució amb independència que reconegui o no reconegui la funció social (el cce n'ha vistes tres: la de 1876, la de 1931 i la de 1978), i tant si hi ha constitució com si no n'hi ha (recordem el període 1939-1977), en garantir igualment un dret, el de propietat, íntimament lligat a la dignitat humana, a la igualtat i a la llibertat (vegeu STCs *infra*) i que preexisteix a l'existència de qualsevol estat, independentment de la vida política d'un país.

Article 621-46 del CCCAT vs. 111-6 del CCCAT, 1256 del CCE i 38 de la CE: rescissió per lesió objectiva. Quin és el fonament per permetre rescindir contractes onerosos pel mer fet que el valor de mercat de la prestació a rebre per qualsevol de les parts sigui inferior a la meitat sense cap al·lusió a l'estat de necessitat o altra consideració subjectiva? A més, aquesta disposició pot arribar a beneficiar també posicions jurídiques considerades més fortes que altres que s'han volgut protegir amb lleis especials, com és el cas dels arrendadors d'habitatges urbans, que s'adonen que cobren un lloguer pel seu pis molt per sota del preu de mercat i se'ls autoritza a rescindir.

Article 621-45 del CCCAT vs. 111-6 i 221-1 i s. del CCCAT, 1256 del CCE i 38 de la CE: introducció, en canvi, d'un avantatge injust subjectiu que pot donar lloc igual a la rescissió del contracte, si hi ha, per a una de les parts, dependència, confiança, vulnerabilitat, necessitat imperiosa, incapacitat de preveure les conseqüències dels seus actes, ignorància palesa o manca d'experiència, i l'altra part se n'ha aprofitat. Com es fonamenta que des del poder públic

406 Sentència del Tribunal Constitucional 227/1998, de 26 de novembre. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 312 (30 de desembre de 1998).

407 Sentència del Tribunal Constitucional 204/2004, de 18 de novembre. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 306 (21 de desembre de 2004).

408 Sentència del Tribunal Constitucional 112/2006, de 5 d'abril. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 110 (9 de maig de 2006).

409 Nasarre Aznar, Sergio. «El Proyecto de ley de vivienda 2022». *Apuntes FEDEA 2022/11* (abril 2022).

410 El dubte final és si realment pensen que la funció social de la propietat té algun límit. La proposta de Piketty (Piketty, Thomas. *Una breve historia de la igualdad*. Barcelona: Deusto, 2021), un dels seus màxim gurus, és clara: «La verdadera alternativa es el socialismo democrático, participativo y federal, ecológico y con mestizaje social (...) prolongación lógica de una corriente igualitaria que está en marcha desde finales del siglo XVII (...)».

es pugui entrar en aquestes consideracions merament subjectives per establir l'eficàcia d'un contracte onerós, quan a la contrapart no li cal assistència per discapacitat o no és menor? Contribueix això a la claredat del nostre dret i la seguretat jurídica o afavoreix la litigiositat?

Article 623-61 de l'avantprojecte de llei català sobre el contracte d'arrendaments de 26 de juny de 2022:⁴¹¹ «(...) llevat que el contracte quedi subjecte a un règim legal de contenció de rendes (...)». Aquesta disposició es vol introduir al Codi civil en un context d'inconstitucionalitat de la Llei 11/2020 i, a nivell nacional i internacional, s'ha demostrat abastament la inconveniència d'aquesta mesura.⁴¹² De fet, les STC 132/2019 i 37/2022 van afirmar que la intromissió en el preu dels lloguers atempta contra el fonament mateix de qualsevol contracte; és a dir,

(...) el principio general de libertad que se deduce del artículo 10 ce, al consagrar el principio de la dignidad de la persona y del libre desarrollo de la personalidad, y del artículo 1.1 CE, que encuentra necesariamente su reflejo en el ámbito económico (...)»

(article 10 de la CE).

I, per una altra banda, veiem com hi ha matèria civil que es legisla per normes administratives. Així ha succeït amb un reguitzell de normes relacionades amb l'habitatge (competència autonòmica, segons l'article 148.1.3 de la CE i 47 i 137 de l'EAC), cada vegada més intrusives en les relacions privades. Si bé n'hi ha que són de naturalesa clarament administrativa (recàrrecs impositius, com ara la Llei 14/2015,⁴¹³ o sancions fins a 900.000 euros per a habitatges buits als articles 42.5, 118 i 123.1 de la Llei 18/2007;⁴¹⁴ —tot i que, amb aquestes mesures, no sé quin marge de llibertat de decisió li queda a un propietari), n'hi ha d'altres que tenen una naturalesa civil clara (drets de tanteig i retracte a favor de l'Administració per transmissió d'habitatges resultants d'execució

411 La documentació relativa a l'Avantprojecte es pot consultar a Avantprojecte de llei d'incorporació del contracte d'arrendament de béns al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Departament de Justícia, Drets i Memòria (gencat.cat)

412 Ho vam haver d'explicar a nivell divulgatiu a Nasarre Aznar, Sergio. «El control de la renta de los arrendamientos urbanos de vivienda en Cataluña: el riesgo de excluir a los ya excluidos». *Blog Hay Derecho* (28 d'octubre de 2020), disponible a <https://www.hayderecho.com/2020/10/28/control-renta-arrendamientos-urbanos-vivienda-cataluna-riesgo-excluir/>.

413 Llei 14/2015, de 21 de juliol, de l'impost sobre els habitatges buits, i de modificació de normes tributàries i de la Llei 3/2012. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 6919 (23 de juliol de 2015).

414 Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5044 (9 de gener de 2008).

hipotecària, l'article 2 del Decret llei català 1/2015;⁴¹⁵ obligació de proposar lloguer social tant per adquisició resultant com abans de desnonaments, articles 5.1 i 5.2 de la Llei 24/2015 i la Llei 4/2016;⁴¹⁶ expropiació —«cessió obligatòria»— d'habitatges buits, articles 7 de la Llei 24/2015 i 16 de la Llei 4/2016).

Tot i que l'advocat de l'Estat va desistir en relació amb l'obligació de proposar lloguer social i l'expropiació d'habitatges buits a Catalunya, sí que hi va haver diverses sentències del Tribunal Constitucional, al llarg de 2018, sobre normes semblants a Extremadura, Navarra i Andalusia, dient que no eren mesures de dret civil. La STC 106/2018⁴¹⁷ (sobre la Llei 2/2017, d'habitatge d'Extremadura)⁴¹⁸ va afirmar que imposar sancions per habitatges buits «(...) no implica necessàriament una regulació que imponga el “deber de destinar de forma efectiva el bien al uso habitacional previsto en el ordenamiento jurídico” como configurador del real contenido esencial de aquel derecho». La STC 32/2018,⁴¹⁹ sobre l'andalusa,⁴²⁰ estableix que

(...) este tipo de provisiones autonómicas en que se establece el deber de destinar la vivienda de un modo efectivo a habitación, en la medida en que en el contexto normativo en que se inserta no se configura como real deber del propietario, sino como un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivienda, no puede afirmarse que forme parte del contenido esencial de ese tipo de derecho de propiedad.

I la STC 16/2018,⁴²¹ sobre la navarra,⁴²² que «Ello supone que el destino efectivo de la vivienda al uso residencial (...) no es un deber del propietario sino un objetivo que persigue el poder público mediante su política de vivien-

415 Decret llei 1/2015, de 24 de març, de mesures extraordinàries i urgents per a la mobilització dels habitatges provinents de processos d'execució hipotecària. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 6839 (26 de març de 2015).

416 Llei 4/2016, de 23 de desembre, de mesures de protecció del dret a l'habitatge de les persones en risc d'exclusió residencial. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 7226 (29 de desembre de 2016).

417 Sentència del Tribunal Constitucional 106/2018, de 4 d'octubre. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 264 (1 de novembre de 2018).

418 Llei 2/2017, de 17 de febrer, d'emergència social de l'habitatge d'Extremadura. *Diario Oficial de Extremadura*, núm. 37 (22 de febrer de 2017).

419 Sentència del Tribunal Constitucional 32/2018, de 12 d'abril. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 124 (22 de maig de 2018).

420 Llei 4/2013, d'1 d'octubre, de mesures per a assegurar el compliment de la funció social de l'habitatge. *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía*, núm. 198 (8 d'octubre de 2013).

421 Sentència del Tribunal Constitucional 16/2018, de 22 de febrer. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 72 (23 de març de 2018).

422 Ley foral 24/2013, de 2 de juliol, de medidas urgentes para garantizar el derecho a la vivienda en Navarra. *Boletín Oficial de Navarra*, núm. 133 (12 de juliol de 2013).

da (...)» i que «[los preceptos impugnados] no prevén, ni siquiera de un modo tácito, que el deber de destinar la vivienda de un modo efectivo a habitación forme parte del contenido esencial de ese tipo de derecho de propiedad como manifestación de su función social». De manera que el Tribunal Constitucional va entendre que obligar els propietaris a ocupar efectivament un habitatge no és un deure del propietari i no va entendre que això vulneri el contingut essencial del dret de propietat, és a dir, que són meres polítiques d'habitatge, que es poden fer des de les comunitats autònomes, de manera que no es van veure vulnerats els articles 149.1.1 ni 149.1.8 de la CE, inclosa la competència estatal exclusiva en dret civil. Però, com hem assenyalat més amunt, d'aquestes sentències, el legislador estatal vol evolucionar als articles 10 i 11 de la Llei pel dret a l'habitatge, que es desenvolupen, paradoxalment, per la competència estatal en dret civil (df 7a.2 de la Llei pel dret a l'habitatge) amb la finalitat que sigui l'Estat qui controli la tinença de tots els habitatges i estipuli què s'hi pot fer i què no s'hi pot fer. Per exemple, l'article 11 diu que (...) el derecho de propiedad de la vivienda queda delimitado por su función social y comprende los siguientes deberes: (...) a) Uso y disfrute propios y efectivos de la vivienda conforme a su calificación, estado y características objetivas, de acuerdo con la legislación en materia de vivienda y la demás que resulte de aplicación, garantizando en todo caso la función social de la propiedad (...).

Per tant, és obligatori —ara civilment— ocupar l'habitatge, de manera que qualsevol negoci o dret que s'hi desenvolupi o exerceixi sense que impliqui necessàriament ocupar-lo (i fruir-ne) un mateix («*proprios*»), en nom del compliment de la funció social de la propietat, es pot considerar nul.

I sobre l'evolució dels drets de tanteig i retracte, hem vist fa poc com la recent Llei 1/2023⁴²³ no va incorporar que les comunitats de propietaris veiesin reforçada la seva possible acció de desnonament contra els *okupes* (l'article 553-40 bis de la Proposició de llei 202-00056/13⁴²⁴ va resultar fallit). L'acció només es dona als municipis que políticament ho vulguin fer en lloc dels propietaris de pisos okupats que no actuïn i, de passada, aquests municipis poden expropiar («adquirir temporalment») l'ús dels habitatges afectats. Aquesta llei

423 Llei 1/2023, de 15 de febrer, de modificació de la Llei 18/2007, del dret a l'habitatge, i del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals, en relació amb l'adopció de mesures urgents per a afrontar la inactivitat dels propietaris en els casos d'ocupació il·legal d'habitatges amb alteració de la convivència veïnal. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 8857 (17 de febrer de 2023).

424 Proposició de llei d'adopció de mesures urgents enfront la inactivitat de la propietat en cas d'ocupació il·legal d'habitatges amb alteració de la convivència veïnal.

comença clamant precisament l'article 541-2 del CCCAT, sobre la funció social de l'exercici dels drets, amb la conclusió que «Per tant, el poder legislatiu està legitimat per crear i determinar límits i restriccions al domini sempre que responguin a la utilitat social dels béns», la qual cosa —com hem vist— no és certa, perquè no es diu res sobre el respecte al contingut mínim (vegeu també l'article 1 del protocol 1 de la CEDH)⁴²⁵. A parer nostre, aquesta norma, per una banda, relaciona incorrectament la inacció del propietari per desnonar okupes en certes circumstàncies (alteració de la convivència, ordre públic o perill per a la seguretat o la integritat de l'immoble) amb l'incompliment de la funció social de la propietat sobre el seu immoble (article 5.2 g) de la Llei 18/2007). I entenem que és així perquè els problemes de convivència d'una comunitat de propietaris són propis de les relacions de veïnatge i no de la funció social, tal com va establir la STC 301/1993⁴²⁶ en relació amb l'article 19.1 de la Llei de propietat horitzontal:⁴²⁷

Dados los términos en los que se plantea la presente cuestión de inconstitucionalidad, para su resolución no resulta necesario abordar de forma genérica el estudio de los límites del derecho a la propiedad privada. Basta con señalar que el artículo cuestionado (19.1 LPH) se refiere a un tipo de propiedad, el de la propiedad horizontal, en el que la necesidad de compaginar los derechos e intereses concurrentes de una pluralidad de propietarios y ocupantes de los pisos justifica, sin duda, la fijación, legal o estatutaria, de específicas restricciones o límites a los derechos de uso y disfrute de los inmuebles por parte de sus respectivos titulares.

Per l'altra banda, una qüestió que hauria de quedar entre privats (article 553-40 del CCCAT: alterar la convivència i perill per a l'immoble; alterar l'ordre públic, sense sentència judicial i a criteri polític d'un consistori municipal... És suficient per desnonar uns okupes?) es fa pública, i l'Administració local —si políticament li quadra— ho aprofita per actuar per compte propi, multar el propietari (que hagi romàs inactiu) i expropiar-li l'ús de l'habitatge durant set anys (article 118.7 de la Llei 18/2007).

Altres exemples d'aquest fenomen són:

425 Instrument de ratificació del protocol addicional al Conveni per a la protecció dels drets humans i de les llibertats fonamentals, fet a París el 20 de març de 1952. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 11 (12 de gener de 1991).

426 Sentència del Tribunal Constitucional 301/1993, de 21 d'octubre. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 268 (9 de novembre de 1993).

427 Llei 49/1960, de 21 de juliol, sobre propietat horitzontal. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 176 (23 de juliol de 1960).

En primer lloc, l'article 5.e) de la LAU (introduït per la Llei 4/2013⁴²⁸ i que ha detonat un seguit de lleis de turisme a comunitats autònomes sense dret civil propi) i 623-37.a) de l'Avantprojecte de llei sobre el contracte d'arrendaments de 26 de juny de 2022. La regulació de l'ús i gaudi dels habitatges d'ús turístic s'ha «administrativitzat» (sancions, prohibicions, etc.) i s'inclou en la normativa sectorial de dret públic d'aquesta matèria. S'ha d'acceptar que les facultats del domini dels habitatges donats en arrendament turístic o parts dels habitatges mateixos (per exemple, llars compartides) quedi en l'àmbit del dret administratiu? Acceptem sense objeccions que un batlle pugui concedir o retirar llicències, segons criteris purament polítics, a un propietari perquè pugui utilitzar o no el seu habitatge o part de l'habitatge mateix per a turisme?⁴²⁹

En segon lloc, hi ha l'article 46 del Reial decret llei 6/2022,⁴³⁰ que fixa un màxim en l'actualització dels arrendaments urbans del 2%, diferent del de l'article 18 de la lau, per una qüestió conjuntural exigida per Hisenda per contribuir a abaixar la inflació que, de moment, s'allarga fins al 31 de desembre de 2023 (Reial decret llei 20/2022). És a dir, es tracta d'una norma merament de finances públiques que s'aplica per controlar la pujada dels preus, té caràcter d'expropiació sense compensació, altera una norma civil i ni tan sols és política d'habitatge.

Una via alternativa de distribuir el domini, sense expropiar-lo ni controlar-lo des del poder públic, superant l'acumulació de la riquesa i les desigualtats, la va iniciar —encertadament, a parer nostre— el Codi civil de Catalunya, que, per mitjà de la Llei 19/2015,⁴³¹ va introduir la propietat temporal i compartida per a tots els béns immobles (especialment l'habitatge) i béns mobles identificables. Recordem que la STC 95/2017⁴³² va validar la propietat temporal (la compartida no es va recórrer), i en va reafirmar la finalitat socioeconòmica:

428 Llei 4/2013, de 4 de juny, de mesures de flexibilització i foment del mercat del lloguer d'habitatges. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 134 (5 de juny de 2013).

429 Si es vol justificar com a política d'habitatge, els estudis són contradictoris sobre fins a quin punt els habitatges turístics afecten l'assequibilitat dels mateixos quan tinguin finalitat residencial (Nasarre Aznar, Sergio. *Los años de la crisis de la vivienda*. Ob. Cit.).

430 Reial decret llei 6/2022, de 29 de març, pel qual s'adopten mesures urgents en el marc del Pla nacional de resposta a les conseqüències econòmiques i socials de la Guerra d'Ucraïna. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 76 (30 de març de 2022).

431 Llei 19/2015, del 29 de juliol, d'incorporació de la propietat temporal i de la propietat compartida al llibre cinquè del Codi civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 6927 (4 d'agost de 2015).

432 Sentència del Tribunal Constitucional 95/2017, de 6 de juliol. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 191 (11 d'agost de 2017).

Apreciamos aun otro paralelismo, pues en uno y otro caso, enfiteusis y propiedad temporal, la adopción de instituciones que representan en su estructura un dominio dividido es la realización de un fin de carácter socioeconómico como es facilitar el acceso a la propiedad, en la enfiteusis a la propiedad inmobiliaria mientras en la propiedad temporal es el acceso a la vivienda.

3. Repte 2. La tecnologia

La influència de la tecnologia, tant en la persona com en les coses (*proptech: property & technology*), mereix un estudi detingut sobre com el nostre dret civil hi ha de reaccionar o, fins i tot, preveure'n el efectes, avançar-s'hi.

Apriorísticament, apuntaré tres àmbits que, per a nosaltres, són font d'especial preocupació, per la rellevància o per la immediatesa: la neurotecnologia, la intel·ligència artificial (IA) i els mons virtuals.

a) Avanços en la neurotecnologia. La necessitat de protecció del «jo»

Ja hem esmentat al primer punt la importància crucial que la protecció de l'individu i de la seva llibertat i dignitat hauria de tenir per al dret.

Ara com ara, tot i que no defineix «persona física», l'article 211-1 del CCCAT sí que entén que la «personalitat civil» li és inherent des que neix i s'extingeix amb la mort. El problema que els avenços neurotecnològics (una tecnologia que interactua i afecta el cervell) ens plantegen és que, potser, no és tan clar què és persona ni qui ho és, ni si ésser-ne comença necessàriament amb el naixement i acaba necessàriament amb la mort. Breument, hi ha diverses vies per les quals la neurotecnologia està afectant la persona i que fan necessaris els «drets neuronals» (*neuro-rights*), tal com defensa Yuste (2021).⁴³³ La primera via són implants neuronals (neurotecnologia invasiva), en principi amb finalitats terapèutiques per ajudar a persones amb certes deficiències (per exemple, motors), però que poden afectar el «jo» de manera que, després de certes intervencions al cervell, les persones poden «canviar», ja no ser les mateixes.⁴³⁴ La segona via és que la neurotecnologia invasiva, en un segon

433 Yuste, Rafael [et al.]. «It's Time for Neuro-Rights. New Human Rights for the Age of Neurotechnology». *Horizons* (Hivern 2021), p. 154-165.

434 Entrevista a Rafael Yuste a *XL Semanal* (19 de desembre del 2021): «Hay evidencias de que a algunos pacientes a los que se les coloca el electrodo en el sitio equivocado o se les estimula más de lo debido les cambia la personalidad». «A veces los familiares del paciente van al médico y le preguntan qué le están haciendo al abuelo, porque cada vez que se enciende el dispositivo se convierte en otra persona. Y hay casos muy com-

moment, per crear éssers humans amb «més capacitats» (superhumans). Així, ja estem parlant dels primers casos de cíborgs, o sigui, humans millorats amb tecnologia. Són diferents dels xenobots, que també es convertirien en un altre *tertium genus*, ja que són les primeres màquines «orgàniques». I la tercera via és que, tant amb tècniques invasives com amb tècniques no invasives (accessoris connectats) ja és possible accedir als pensaments de les persones i, fins i tot, manipular-los. Tal com comenta Yuste⁴³⁵, «For the first time in history, we are facing the real possibility of human thoughts being decoded or manipulated using technology».

Considerem que el dret civil s'hauria d'avançar a aquestes situacions i aclarir almenys dues qüestions. Primera: Què o qui és el jo, és a dir, la persona física? Ho són o no els superhumans o els cíborgs? Què són jurídicament els xenobots? (Són com animals o més aviat com els robots dotats amb ia que veiem més avall?). Segona: si, arrel d'una intervenció neuronal, neix una altra persona física (per exemple, un altre jo alterat o millorat) que mai no hauria fet un determinat

Negoci (límits de la retroactivitat, dels negocis de tracte continuat, prescripció i caducitat, desistiments, etc.; i, a més, si la privacitat mental ja no està assegurada amb la neurotecnologia, com sabré llavors que una decisió —voluntat interna— és realment meva?) o, des de la Llei 4/2023, voldria ser d'un altre gènere o tenir un altre nom, o no s'hauria casat amb aquella persona (règim anàleg al declarat mort?), etc., s'haurien d'adaptar les normes civils per acomodar-les a la nova situació? L'article 212-7 del CCCAT així sembla exigir-ho, però no diu com i de quina manera conciliar-ho amb la seguretat jurídica i la resta de l'ordenament: «La lliure decisió de les persones és determinant en les qüestions que puguin afectar llur dignitat, integritat i benestar físic i mental i, en particular, pel que fa al propi cos i a la salut reproductiva i sexual (...)».

Tant motiu de preocupació per al dret civil haurien de ser aquests «renaiements» o «millores» dels éssers humans com el fet que s'estigui investigant com perpetuar el «jo» més enllà de la mort, cosa que, fins ara, i de moment, és ciència ficció.⁴³⁶ Parlem, especialment, de la perpetuació artificial del «jo»

plicados en que al paciente le gusta más su nuevo yo. Tenga en cuenta que la conciencia del yo, la identidad personal, está generada por el cerebro».

435 Yuste, Rafael [et al.]. «It's Time for Neuro-Rights... Ob. Cit.

436 Vegeu, especialment, la sèrie *Upload* (<https://www.filmafinity.com/es/film767847.html>) i l'episodi «San Junipero» de la sèrie *Black Mirror* (<https://www.filmafinity.com/es/film428557.html>).

o transhumanisme, «pujant» les nostres ments a un servidor informàtic. Però també dels altres «jo» (avatars), que poc tenen a veure amb el «jo» físic, però on probablement estats i grans companyies volen que, en pocs anys, passem bona part del nostre temps quan els metaversos estiguin completament desenvolupats i molts milions de persones no tinguin res a fer o a aportar, probablement degut a l'evolució de la ia mateixa i al creixent procés de robotització⁴³⁷.

b) La intel·ligència artificial (IA)

Bé, el repte que acabem de veure té una base de transformació, canvi o «evolució» de l'ésser humà. Però el repte que ara ens ocupa té a veure amb el naixement d'una intel·ligència que ja competeix i supera la humana en alguns àmbits: la intel·ligència artificial.

Atès que ja hi ha diversos treballs sobre la matèria i el que aquesta representa per al dret civil,⁴³⁸ no volem allargar-nos. Ens centrarem només en tres qüestions en què —ens sembla— hi ha certa urgència a regular. Primer, hauríem de ser coherents. I, si ja fa anys que considerem els animals un *tertium genus* al Codi civil de Catalunya (article 511-1.3, «Els animals, que no es consideren coses», que, per la via de l'article 511-3 del Projecte de llei d'actualització, incorporació i modificació de determinats articles del Codi civil de Catalunya⁴³⁹ evolucionaria a «1. Els animals són éssers vius amb sensibilitat física i psíquica que han de ser cuidats i tractats conforme aquesta condició i a la seva espècie i natural destinació. S'ha de procurar el benestar de l'animal»), i, recentment al codi civil espanyol⁴⁴⁰ (article 333 bis.1 del CCE, introduït per la Llei 17/2021⁴⁴¹, «Los animales son seres vivos dotados de sensibilidad»), la ia, que té una capacitat d'interacció i de presa de decisions molt superior als animals, també hauria de tenir un tracte diferenciat, allunyat del de les coses ordinàries; potser donant-li personalitat jurídica pròpia. Tinguem present que, per Llei 19/2022,⁴⁴² ja es va atorgar personalitat jurídica al Mar Menor

437 Ho vaig desenvolupar periodísticament a «La silla *gamer* definitiva». *Diari de Tarragona* (30 de desembre de 2021), que es pot trobar a <https://www.diaridetarragona.com/opinion/la-silla-gamer-definitiva-20211230-0019-HHDT202112300019>.

438 Vegeu, per exemple, Chesterman, Simon. *We, the Robots?*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021.

439 Butlletí Oficial del Parlament de Catalunya, núm. 457 (19 de desembre de 2022), p. 18-43.

440 Reial decret de 24 de juliol de 1889 pel qual es publica el Codi civil. *Gaceta de Madrid*, núm. 206 (25 de juliol de 1889).

441 Llei 17/2021, de 15 de desembre, de modificació del Codi civil, la Llei hipotecària i la Llei d'enjudiciament civil, sobre el règim jurídic dels animals. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 300 (16 de desembre de 2021).

442 Llei 19/2022, de 30 de setembre, per al reconeixement de personalitat jurídica a la llacuna del Mar Menor i la seva conca. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 237 (3 d'octubre de 2022).

i se'l va reconèixer com a subjecte de drets (article 1). D'aquesta decisió, en depenen les altres dues consideracions que esmentem a continuació.

Segon: resoldre la responsabilitat civil per danys (qui, quan, *quantum*, assegurances, etc.), contractuals i extracontractuals, de les decisions preses pels algoritmes que regeixen les ia.

Tercer: resoldre la propietat intel·lectual de les obres (textos, art, música) dutes a terme per les ia. És a dir, el Codi civil de Catalunya hauria decidir si són éssers amb personalitat jurídica i, fins i tot, capacitat d'obrar (subjectes de dret) i, per tant, les obres són seves; o són només coses (objectes de dret) i, per tant, meres eines en mans dels seus usuaris (o propietaris?), els quals obtindrien la titularitat (autoria, beneficis i responsabilitats) de les obres mateixes.

c) Els mons virtuals

Ja ens hi hem referit breument en parlar dels «jo» virtuals (avatars). Però, si finalment moltes persones físiques (humans) acaben «vivint» al metavers (a temporades o per sempre), les implicacions personals i patrimonials dels avatars transcendiran els mers negocis d'objectes virtuals als jocs de rol massius en línia actuals o a les negociacions especulatives (tot i considerar-se, paradoxalment, com a «economia col·laborativa») actuals en criptomonedes. Estarem disposats a suportar atacs contra l'honor, la intimitat i la pròpia imatge dels nostres avatars? O a acceptar que no es respectin els pactes a què l'avatar arribi amb altres? O a admetre que ens entrin a la casa virtual sense permís o se'ns enduguin coses «nostres»? I, això, pels motius següents: la combinació entre la tecnologia de cadena de blocs amb què es poden emetre criptovalors (*tokens*) digitals únics i negociats automàticament a través de contractes intel·ligents ha aconseguit crear veritables mercats virtuals (com ara els de criptovalors no fungibles (*tokens*), nft), molts gamificats seguint els gustos de la generació mil·lenial i z que, probablement, encara guanyaran en importància quan es desenvolupin els metaversos permanents (el que vol ser meta, per exemple; <https://about.meta.com/es/>) o la realitat augmentada ens envolti (la crisi dels microxips, de materials, d'energia i d'inflació que arrosseguem des de finals de 2021 impedeix el desenvolupament complert d'ulleres i de xarxes 5g i de servidors que ens permetin dur sempre al damunt el metavers⁴⁴³). Això planteja interrogants: Podré garantir amb hipoteca els préstecs per comprar

443 Vegeu aquest darrer model fins al moment (<https://dplnews.com/xiaomi-revela-gafas-de-realidad-aumentada-con-una-pantalla-de-nivel-retina/>) desenvolupat per Xiaomi, empresa xinesa.

parcel·les a Decentraland (<https://decentraland.org>)? Com es garantirà, legalment, que una eina, una arma o un vestit virtual pugui passar d'un món a un altre segons el criteri del seu propietari? La regla serà la mateixa per a un matrimoni celebrat en cadena de blocs, és a dir, continuaré casat amb el mateix avatar a l'altre metavers? Com seran les relacions paternofiliales i familiars entre avatars? Seran una mera rèplica de la «vida real» o se'n podran crear de noves? Què succeeix amb els béns adquirits si una plataforma deixa d'existir?

Això ens porta a recordar que, d'acord amb nostre dret, hi ha diverses menes de criptovalors (*tokens*): els que fan funcions de moneda (*currency tokens*); els que són crèdits amb certs privilegis (*security tokens*); els que són títols valors impropis (*utility tokens*), o els que representen digitalment béns físics (*asset-backed tokens*) o són béns digitals autònoms (molts nft).⁴⁴⁴ I cadascun mereix un tractament legal diferent. Així es podrien resoldre òptimament els casos reals següents: com protegir els dissenys dels vestits virtuals de núvia de Pronovias al metavers?⁴⁴⁵ O com determinar si les versions digitals al metavers de cinc quadres reals —per exemple, de Miró i de Tàpies— propietat de Mango al seu espai virtual, són els mateixos quadres o són béns diferents?⁴⁴⁶

I, tot i que aquest immens mercat digital ja s'està desenvolupant, ni la seva garantia ni la seva publicitat s'ajusten a cap dret civil, sinó que s'ajusten a la *lex chryptographica*, una *algocracy* que, seguint postulats *cyberpunks* i *cypherpunks*, vol fugir, per principi, d'institucions establertes, entre les quals hi ha el dret civil. Considerem, al contrari, que aquest mercat no pot escapar de la regulació civil i que, en darrera instància, en cas de conflicte, s'acut als tribunals ordinaris (article 24.1 de la CE), on el dret civil s'aplicarà, almenys, com a dret supletori (article 111-4 del CCCAT).

4. Repte. 3. Simplificació de la negociació

Menys és més. Hem començat l'article recordant que el dret civil és el dret de les relacions (personals, familiars i patrimonials) entre les persones. Considerem que és molt important que aquest dret es mantingui tant senzill com sigui

444 Nasarre Aznar, Sergio. «Naturaleza jurídica y régimen civil de los *tokens* en *blockchain*». A: García Teruel, Rosa Maria (Coord.). *La tokenización de bienes en blockchain: Cuestiones civiles y tributarias*. Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2020.

445 <https://elpais.com/economia/negocios/2022-11-13/la-moda-se-protege-de-las-falsificaciones-en-el-meta-verso.html>.

446 <https://www.expansion.com/empresas/2022/07/29/62e2e152468aebf85e8b467f.html>

possible, perquè el control el retinguin els ciutadans (que sàpiguen què és pot fer i què no es pot fer i quins drets i obligacions els corresponen davant una circumstància determinada), sense complexitats innecessàries o regulacions fruit de digressions doctrinals saberudes. Però em fa l'efecte que, de vegades, les coses es compliquen massa, i això resta llibertat d'actuació i seguretat jurídica a l'actuació dels individus.

Proposem àrees per poder anar avançant en la simplificació:

a) L'etern candidat: els patrimonis fiduciaris

Juntament amb els juristes Antoni Bosch, Sergio Cámara i Esther Arroyo, vam treballar una proposta de regulació dels patrimonis fiduciaris per al dret civil de Catalunya, que vam deixar enllestida el 2006, però que es va abandonar.

Els patrimonis fiduciaris, tal i com els vam preveure, comportaven una simplificació i més garanties per als negocis que necessiten diferenciar clarament entre gestió i benefici, com és el cas de la successió d'empreses familiars, el control dels emissors de valors negociables, la custòdia del territori o la gestió de patrimonis separats. Alhora, una regulació paraigües i polivalent dels patrimonis fiduciaris donaria coherència i base per a una multitud de «criptofidúcies» vigents a Catalunya com, per exemple, el patrimoni de les persones amb discapacitat, els fons de pensions, les SOCIMI, els fons d'inversió, els fons de titulització d'actius, etc. Mentre, aquesta regulació marcaria una diferència substancial amb la resta de l'Estat, ja que els patrimonis fiduciaris, al crear noves oportunitats i estructures negocials, serien un atractiu per a inversions tant nacionals com internacionals.

b) Manca de garanties reals flexibles, més polivalents

A alguns ens va sorprendre la desaparició poc raonada de la penyora flotant al llibre cinquè del CCCAT el 2006, mentre que sí es regulava a la Llei 22/1991.⁴⁴⁷ Però ara, gratament, veiem que es vol recuperar a l'article 569-14.3 del CCAT del Projecte de Llei de 19 de desembre de 2022.

No obstant això, aleshores hauria estat interessant plantejar-se regular la hipoteca independent (o, millor dit, contractualment dependent), seguint nombrosos treballs doctrinals i informes internacionals (el darrer, en forma

447 Llei 22/1991, de 29 de novembre, de garanties possessòries sobre cosa mòble. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 1530 (16 de desembre de 1991).

d'eurohipoteca, de la European Commission),⁴⁴⁸ superant les formes hipotecàries flexibles de la Llei 41/2007,⁴⁴⁹ i donant al consumidor la possibilitat d'escollir i de negociar i renegociar crèdits amb el seu dret real d'hipoteca.

c) Augment progressiu de la complexitat Per posar-ne exemples:

—Tendència a requerir forma i llistats de contingut obligatori mínim a determinats contractes. Per exemple, compravenda: article 621-20 del CCCAT (molts detalls per a la conformitat: empaquetat, actualitzacions, etc.) vs. article 621-7 (senzill en l'obligació d'informació precontractual); també als arrendaments d'habitatge, articles 623-5 i 39 de l'Avantprojecte de llei català sobre el contracte d'arrendaments de 26 de juny de 2022 vs. llibertat de forma de la lau, la qual protegeix els més vulnerables (que es poden acollir a les proteccions de la lau tot i no tenir contracte escrit ni amb contingut mínim).

—Barreja de regles generals i excepcionals per a determinats béns (per exemple, compravenda de béns immobles) o persones (consumidors).

—Qüestions fins ara resoltes que ara es resolen amb dificultats; per exemple, la prescripció o caducitat de l'acció hipotecària (article 122-1 del CCCAT vs. 121-8.2).

—Negocis que abans es podien fer, i de què ara es dubta de si es poden fer o no; per exemple, dubte de si el pacte fiduciari es vàlid a Catalunya, de si ara és obligació essencial del venedor transmetre el domini (article 621-1 del CCCAT vs. sts de 31 d'octubre de 2012).⁴⁵⁰

—Innovacions legals que duren poc (per exemple, la darrera reforma de la compravenda de 2017: massa detalls que, a més, van canviant; reformada per Decret llei 27/2021 a causa de directives europees:⁴⁵¹ presumpció de la no conformitat de sis mesos en consum a dos anys general; desaparició del mínim de dos mesos per declarar la no conformitat en relacions de consum: ara és al més aviat possible; s'afegeixen les actualitzacions, etc.).

448 AAVV. Study on switching of financial services and products. Luxemburg: Publications Office of the European Union, 2019.

449 Llei 41/2007, de 7 de desembre, per la qual es modifica la Llei 2/1981, de 25 de març, de regulació del mercat hipotecari i altres normes del sistema hipotecari i financer, de regulació de les hipoteques inverses i l'assegurança de dependència i per la qual s'estableix determinada norma tributària. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 294 (8 de desembre de 2007).

450 Sentència del Tribunal Suprem 648/2012, de 31 d'octubre de 2012 (roj: sts 7507/2012).

451 Decret llei 27/2021, de 14 de desembre, d'incorporació de les directives (ue) 2019/770 i 2019/771, relatives als contractes de subministrament de continguts i serveis digitals i als contractes de compravenda de béns, al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm 8564 (16 de desembre de 2021).

5. Repte 4. Adaptació als canvis i reptes socials

5.1 El dret civil i els ods 2030⁴⁵²

El dret civil ha de participar del reptes que mundialment ens hem marcat per a les properes dècades i que es resumeixen en els ods de Nacions Unides per a 2030.⁴⁵³ No els podem deixar en mans, només, de l'acció pública i del dret administratiu i penal. Hi tenim molt a dir si entenem que, per aconseguir-los, és millor a través del pacte i l'acord que a través de la imposició i la sanció.

Així, per exemple, per a 2050 es preveu que dos terços de la població mundial resideixi en ciutats, i això incrementarà els problemes que l'imparable procés d'urbanització que ens afecta des de fa dècades comporta. Entre els problemes, hi ha el de l'assequibilitat per accedir a l'habitatge i mantenir-lo. Dels aspectes que s'estan estudiant des del dret civil, un és la diversificació de les formes de tinença de l'habitatge, l'afavoriment de la cohesió territorial i les polítiques d'habitatge a través de lleis civils. En això darrer, per exemple, en l'àmbit de la propietat horitzontal, seria plantejable dotar les comunitats de propietaris de personalitat jurídica per afavorir l'obtenció de préstecs per a la rehabilitació, afavorir l'ús de les noves tecnologies per millorar-ne l'organització i gestió, crear xarxes de solidaritat per donar suport a les persones grans (en una societat cada vegada més envellida) i a les persones amb discapacitat i amb vulnerabilitat econòmica, dotar de recursos més eficaços contra la morositat seguint la recent Llei estatal 10/2022⁴⁵⁴ per la qual s'incrementen els interessos moratoris i es pot prohibir l'accés als serveis comuns (ja que només al 24% de les comunitats de propietaris no hi ha morositat, segons un estudi que vam fer des de la Càtedra unesco d'Habitatge) i esmerçar recursos per reduir la conflictivitat intracomunitària (al 43% de les comunitats hi ha conflictes; 80.000 sentències el 2015, però al 44% de les comunitats només es fa una reunió anual).

452 Objectius i metes de desenvolupament sostenible de les Nacions Unides per al 2030 (<https://sdgs.un.org/es/goals>)

453 <https://sdgs.un.org/es/goals>.

454 Llei 10/2022, de 14 de juny, de mesures urgents per impulsar l'activitat de rehabilitació edificatòria en el context del Pla de recuperació, transformació i resiliència. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 142 (15 de juny de 2022).

5.2 Què fem amb la família?

Un altre repte, com hem comentat a la introducció, són les relacions familiars. Ateses les dades que hem aportat, ens sembla que hi ha qüestions que haurien de merèixer una discussió oberta: Ara com ara, té sentit continuar mantenint tal com està la prestació compensatòria, o aquesta hauria de ser ja clarament només per aliments? Té sentit mantenir la regulació de les parelles estables que van sorgir quan algunes persones no es podien casar i ara tothom ho pot fer (i no ho fa)? Aquesta regulació desincentiva tant els matrimonis com les relacions absolutament lliures sense cap lligam ni compromís patrimonial més enllà de dos anys o la sobrevida de fills? O, tal com va tot, al contrari, haurien de tenir més rellevància els «*perrhijos*» per entendre que hi ha «parella estable» (vegeu l'article 90.1 del CCE segons la Llei 17/2021, sobre els acords «gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía»)?

A més, caldria ampliar a altres composicions les relacions convivencials d'ajuda mútua? (article 240-1 i s. del CCCAT). Per exemple, al concepte de «grups bombolla» de la covid-19 o a veïns amb finalitats d'assistència comunitària a les persones grans o amb discapacitat, com hem esmentat, o entre famílies que conviuen forçosament en diverses habitacions d'un pis (infrahabitatge), etc.

I, finalment, la discussió sobre les legítimes (manteniment, més facilitat per desheretar o completa desaparició) que, a criteri nostre, forma part d'una discussió més àmplia, com és la conveniència que existeixi l'herència i la seva concentració. Per una banda, hi ha el qüestionament creixent per part de certs polítics i sectors socials del dret a l'herència (article 33.1 *in fine* de la CE), que consideren que és font de desigualtats econòmiques i socials.⁴⁵⁵ Amb cada cop menys fills, tenim un risc de concentració de propietats immobiliàries en poques mans per a les properes dècades, tal com adverteix el Govern espanyol (2021), al capítol vi.⁴⁵⁶

Per l'altra banda, si el dret a l'herència no es deroga, la llegítima curta catalana és més convenient perquè la propietat es centri més en mans de l'he-

455 Tot i que els treballs acadèmics arriben a conclusions dispars, com fan constar Palomino, Juan C. [et al.]. «Wealth inequality, intergenerational transfers, and family background». *Oxford Economic Papers*, 74(3) (2022), p. 643-670, tot i que ells conclouen que «The combined contribution of intergenerational transfers and family background to wealth inequality is sizeable in the four countries, ranging from 36% in Great Britain to 49% in the usa».

456 España 2050. *Fundamentos y propuestas para una estrategia nacional de largo plazo*. Madrid: Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia, 2021.

reu, i així s'aprofiten els avantatges de l'acumulació de capital (per exemple, economia d'escala)? O bé, en un món desigual, és millor decantar-se per una més gran distribució forçosa de l'herència i així evitar tanta concentració? En la proposta de reforma de l'article 451-17 del CCCAT, el Projecte de llei de 19 de desembre de 2022 sembla decantar-se per ampliar les causes de desheretament incloent-hi el maltractament psicològic, i així s'afavoreix la concentració en l'hereu; o, a l'article 451-20 del CCCAT, sembla decantar-se per introduir una inversió de la càrrega de la prova, amb la qual cosa s'obliga el desheretat a provar que efectivament hi havia relació familiar amb el causant per poder obtenir la llegítima.

5.3 L'ensenyament i la recerca del dret civil

Com alguns dels punts que hem vist fins ara, aquest possiblement també mereix un article específic. Però aquí simplement cal recordar Ramió,⁴⁵⁷ que va augurar fa poc que en els propers vint anys possiblement desapareixeran el 90% de les universitats actuals (no em sembla, tampoc, que la nova *losu*⁴⁵⁸ ho arregli); o recordar Arruñada,⁴⁵⁹ qui sovint, amb importants arguments, en qüestiona l'eficàcia per assolir els seus objectius.

Considero que, molts dels que som professors, notem aules progressivament buides, poca lectura per part dels estudiants i resultats acadèmics modestos. Com a alternativa, en una disciplina com la nostra, és cada vegada calen més l'ús intensiu d'audiovisuals, la gamificació, els diagrames i, en general, les noves tecnologies.⁴⁶⁰ Això ha d'anar acompanyat d'una recerca aplicada, interdisciplinària (amb altres ciències socials o altres àmbits del coneixement)⁴⁶¹ basada en evidències, que resolgui problemes reals i vagi acompanyada de transferència per demostrar el seu interès i utilitat pràctica a la societat, com correspon a tota recerca pública.

457 <https://www.elpuntavui.cat/societat/article/16-educacio/2215322-d-aqui-a-20-anys-desapareixeran-el-90-d-universitats.html>

458 Llei orgànica 2/2023, de 22 de març, del sistema universitari. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 70 (23 de març del 2023).

459 <https://theobjective.com/elsubjetivo/opinion/2023-02-26/graduados-arrepienten-universidades/>.

460 Així hem dissenyat el European Housing Studies Course (<https://www.housingstudies.eu>), resultat del projecte europeu Housing+ (<https://www.housingplus.eu>).

461 Vegeu l'article Font, Lluc [et al]. «Socially disruptive periods and topics from information-theoretical analysis of judicial decisions». *EPJ Data Science*, 12 (2023). <https://doi.org/10.1140/epjds/s13688-022-00376-0>, fruit de la col·laboració entre físics i juristes.

6. Conclusió

Veig, en el futur del nostre dret civil en els aspectes patrimonials, un risc, ara incipient, d'una intromissió cada vegada més intensa del dret públic en les relacions privades. Amb la necessitat —que comença a ser urgent— d'afrontar els nous reptes relacionats amb la revolució tecnològica que afecta tant a béns com a persones, que s'hauria d'esforçar per simplificar la negociació per facilitar-la i internacionalitzar-la si volem ser competitius i evitar l'elitització del dret civil i els conflictes, i amb l'obligació de comprendre l'abast real dels reptes economicosocials per introduir reformes basades en evidències, en comptes de guiar-se per ideologia o per teoritzacions abstractes.

I hem d'intentar que arribi en les millors condicions possibles als nostres alumnes, que ara ja són de la generació z. I, llavors, no hi ha d'haver dubte que els propers vint anys del Codi civil de Catalunya seran tant exitosos o més exitosos que els que han passat fins ara.

Bibliografia

- Bauman, Zygmunt. *Modernidad líquida*. Argentina: Fondo de Cultura Económica, 2002.
- Castán Tobeñas, José. «Hacia un nuevo derecho civil». *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*. Vol. 82, núm. 163 (1933).
- Chesterman, Simon. *We, the Robots?*. University of Cambridge: 2021.
- Aavv. *Study on switching of financial services and products*. Luxemburg: Publications Office of the European Union, 2019.
- Font, Lluc [et al.]. «Socially disruptive periods and topics from information-theoretical analysis of judicial decisions». *EPJ Data Science*, 12 (2023). <https://doi.org/10.1140/epjds/s13688-022-00376-0>.
- García teruel, Rosa Maria; Nasarre Aznar, Sergio. Quince años sin solución para la vivienda. La innovación legal y la ciencia de datos en política de vivienda. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 789 (gener-febrer 2022).
- Gobierno De España. España 2050. Fundamentos y propuestas para una estrategia nacional de largo plazo. Madrid: Oficina Nacional de Prospectiva y Estrategia, 2021.

- Larenz, Karl; Macias-Picavea, Miguel Izquierdo. *Derecho civil. Parte general*. Madrid: Derecho reunidas, 1978.
- Nasarre Aznar, Sergio. *Los años de la crisis de la vivienda*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2020.
- Nasarre Aznar, Sergio. «Naturaleza jurídica y régimen civil de los tokens en blockchain». A: García Teruel, Rosa Maria (Coord.). *La tokenización de bienes en blockchain. Cuestiones civiles y tributarias*. Cizur Menor: Aranzadi, 2020.
- Nasarre Aznar, Sergio. «El proyecto de ley de vivienda 2022». *Apuntes FEDEA* 2022/11 (abril 2022).
- Palomino, Juan C. [et al.]. «Wealth inequality, intergenerational transfers, and family background.» *Oxford Economic Papers*, 74(3) (2022).
- Piketty, Thomas. *Una breve historia de la igualdad*, 2021.
- Puig Brutau, José. *Fundamentos de Derecho civil*. Tomo preliminar. 2a ed. Barcelona: Bosch, 1989.
- Yuste, Rafael [et al.]. «It's Time for Neuro-Rights. New Human Rights for the Age of Neurotechnology.» *Horizons* (Hivern 2021).

Conferència de cloenda «L'article 111-4 del Codi civil de Catalunya. Codi civil. Dret comú a Catalunya. Dret supletori»

Ferran Badosa Coll

Catedràtic emèrit de la Universitat de Barcelona

Sumari

Introducció. I- El Codi civil. El seu objecte: la matèria (de dret) civil. I.1- El codi civil català i les altres lleis civils. El tractament de la matèria civil. I.2- El Codi civil francès i la matèria civil. I.3- La matèria civil a la codificació espanyola. I.4- La possible «totalitat» de la matèria civil en el codi civil espanyol. L'article 4.3. I.5- La matèria civil en la configuració legal del dret català. I.6- La codificació en el dret civil català. II- El dret «comú». Els seus significats rellevants per al dret civil català. II.1- Dret civil «común» i drets civils «especiales o forales». Identitat de matèria i diferència per raó de la vigència territorial. II.1.1- Els noms «derecho común» i «derecho foral». II.1.2- La supressió del dret foral. La proposta de Domingo Maria Vila. La suspensió de la supressió. II.1.3- L'excepcionalitat dels drets territorials. II.1.4- L'especialitat dels drets territorials i l'única supletorietat del Codi civil. II.1.5- L'especialitat dels drets territorials. La subsistència dels drets supletoris respectius i la segona supletorietat del Codi civil proposada per Manuel Durán y Bas. II.1.6- Els «regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional». II.1.7- L'aplicabilitat de la llei i els seus dos graus, directe i supletori, són els instruments per imposar la vigència del codi civil espanyol als territoris de drets forals. La subsistència del territori de vigència del dret de Castella. El codi civil espanyol és el «derecho especial o foral» del «territorio de derecho común». II.1.8- Els dos graus d'aplicabilitat, directe i supletori, de la llei als articles 12 del Codi civil de 1888 i 13 vigent. II.1.9- Conclusions sobre

la vigència i l'aplicabilitat de les lleis des del punt de vista de la territorialitat.

II.1.10- La supletorietat del codi civil espanyol envers els drets civils «forales» necessàriament incomplets. La incompletesa els fa «especiales». El nou sentit de dret «especial». II.1.11- L'«especialitat», de fet «excepcionalitat», territorial i material del dret civil català a Catalunya. La CDCEC, Llei 40/1960, de 21 de juliol. La seva incompletesa no la resol la «integració» sinó la supletorietat del codi civil espanyol.

II.2- Dret «común» o civil, formalitzat en Codi, i lleis «especiales». La diferència per raó de la matèria.

II.2.1- La civilitat i la pluralitat de les lleis especials.

II.2.2- Les lleis especials en la codificació civil.

II.2.3- *Lex specialis derogat generali*.

II.2.4- Un cas de relació «dret comú»-«dret especial» rellevant per al dret català. Els articles 2 i 50 del Codi de comerç de 1885.

II.2.5- La sentència del Tribunal Suprem de 28 de juny de 1968.

III- L'article 111-4. Caràcter de «dret comú».

III.1- L'article 111-4 com a principi de l'ordenament jurídic català. La reserva de l'aplicabilitat supletòria en favor del codi civil català.

III.2- La supletorietat «total» de l'article 111-4. La presència de la «matèria civil».

III.3 - L'operativitat de l'article 111-4 sobre el dret no català immediatament aplicable.

III.4- La qualificació jurídica del «contracte corresponent» de l'article 421-23 del CCCAT. El contracte d'assegurança de vida pròpia com a donació per causa de mort.

III.4.1- L'article 88.1 de la «Ley del contrato de seguro» de 1980 (LS). La protecció de l'assegurador. La protecció dels perjudicats per la via de la imputació al prenedor del pagament de l'assegurador.

III.4.2- L'assegurança de vida de l'article 88.1 de la LS des del punt de vista de l'article 111-4 del CCCAT.

Introducció

Fa onze anys i amb el títol «El caràcter de dret comú del Codi civil de Catalunya», vaig examinar l'article 111-4 des del punt de vista de la seva operativitat. Ara, i arran d'una amable proposta, tinc l'oportunitat de tornar-hi i ho faig esbrinant els tres conceptes que hi apareixen.

L'article 111-4 «Les disposicions d'aquest codi constitueixen el dret comú a Catalunya i s'apliquen supletòriament a les altres lleis» fa del dret comú el concepte central, perquè connecta el Codi civil de Catalunya amb la supletorietat que considera una nota inseparable i identificadora seva, (Preàmbul II paràgraf 5 de la Llei 29/2002, de 30 de desembre. Primera llei del Codi civil

de Catalunya:⁴⁶² «L'article 111-4 destaca que el nou Codi civil té caràcter de dret comú a Catalunya i, per tant, caràcter supletori de les altres lleis». L'article 111-4 és una norma de supletorietat atípica, perquè no esmenta allò que supleix. Per tant, emmena a una supletorietat total. De totes les lleis: les catalanes, civils (articles 111-1 i 6) o no. Però també, i més important, de les lleis no catalanes, civils o no, que s'apliquin a Catalunya. Sigui per ésser-hi vigents, com el codi civil espanyol⁴⁶³ i la legislació de la Unió Europea, reglaments i directives transposades. O només aplicables en virtut de les lleis de conflicte, incloent-hi les normes vigents en altres territoris de l'Estat, la qual cosa inclou també el codi civil espanyol (article 16) en la funció que té de llei personal «vecindad civil común» (article 15).

Respecte del dret comú, se n'ha excloure el significat més característic, l'«*ius commune*» històric, que és una expressió que el dret català no utilitza quan nomina les seves fonts del dret. La Constitució 40 de les primeres Corts de Barcelona de 1599 de «Philip segon»⁴⁶⁴ «Del dret se a de seguir en declarar las causas» esmenta directament els drets canònic i romà, que no són de tancament, «(...) en los casos que dits Usatges, Constitutions, y altres drets faltaran, hajan de decidir les dites causes segons la dispositio del Dret Canonic, y aquell faltant del Civil, y Doctrines de Doctors y que no les pugan decidir, ni declarar per equitat sino que (...)». El dret comú només apareix a l'última font, l'equitat, per designar la classe que se n'admet, «(...) y que no les pugan decidir, ni declarar per equitat, sino que sia regulada, y conforme a les regles del dret comu, y que aportan los Doctors sobre materia de equitat», i rebutjar l'altra classe que és l'«*aequitas naturalis*».

Per conèixer què significa «dret comú» és indispensable tenir en compte el codi civil espanyol, que és d'on procedeix. En ambdós sentits, el territorial i el material, i ambdós amb aplicabilitat supletòria.

El «derecho común» té sentit territorial en dos àmbits. D'antuvi, al títol preliminar en la relació del Codi civil, de vigència «general» a l'Estat amb els plurals «derechos especiales o forales» amb vigència territorial limitada a «provincias o territorios en que están vigentes» (article 13.2, l'anterior article 12.2). La supletorietat, en segon lloc, resol la concurrència de legislacions de

462 Llei 29/2002, de 30 de desembre. Primera llei del Codi civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 3798 (13 de gener de 2003).

463 Reial Decret de 24 de juliol de 1889 pel qual es publica el Codi Civil. *Gaceta de Madrid*, núm. 206 (25 de juliol de 1889).

464 cyadc i-1.30.

manera que «(...) regirá el Código civil como derecho supletorio del que lo sea en cada una de aquellas según sus normas especiales (...)». L'altre sentit és a la disposició final de l'article 1976 (2a edició del CC espanyol de 1889), en què el «Derecho civil común» que deroga és el dret territorial castellà, en la primera edició «el llamado derecho civil de Castilla». La derogació àdhuc en «el [concepto]... de derecho supletorio» en rebla l'absolutesa.

El «derecho común» tenia implícitament sentit material, o per raó de l'objecte regulat, a l'anterior article 16 que tancava el títol preliminar amb «En las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código.».

L'apel·latiu «derecho común» li va assignar, pòstumament, la presentació exposició de motius, paràgraf 16, de la norma que el va derogar, el Decret 1836/1974, de 31 de maig,⁴⁶⁵ «(...) que siguiendo la línea del anterior artículo dieciséis, corresponde al Código civil exponente todavía de los principales rasgos caracterizadores del derecho común (...)». Arran de la reforma de 1974, el vigent article 4.3, «Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes (...)» — totes? —, ha rebut una ampliació extraordinària.

A l'article 111-4 també s'ha de tenir en compte que la qualificació del dret civil català com a «derecho común» té origen jurisprudencial. Prové de la Sentència del Tribunal Suprem de 28 de juny de 1968⁴⁶⁶ que li va adjudicar aquesta qualitat, prevista als articles 2 i 50 del Codi de comerç⁴⁶⁷ a la Compilació del dret civil especial de Catalunya de 1960 (CDCEC)⁴⁶⁸ en perjudici del codi civil espanyol.

S'ha de notar el contrast del «dret comú» de l'article 111-4 amb l'adjectiu «especial» de la cdcec «(...) sobre Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña (...)». En el mateix moment en què es va promulgar, dos juristes que havien intervingut en la Compilació, Condemines Valls i Faus Esteve⁴⁶⁹ avi-

465 Decret 1836/1974, de 31 de maig, pel qual se sanciona amb força de Llei el text articulat del títol preliminar del Codi civil. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 163 (9 de juliol de 1974).

466 Sentència del Tribunal Suprem 2504/1968, de 28 de juny.

467 Reial Decret de 22 d'agost de 1885 pel qual es publica el Codi de Comerç. *Gaceta de Madrid*, núm. 289 (16 d'octubre de 1885).

468 Llei 40/1960, de 21 de juliol, sobre compilació del dret civil especial de Catalunya. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 175 (22 de juliol de 1960).

469 Condemines Valls, Francisco De Asis; Faus Esteve, Ramon. *Derecho civil especial de Cataluña*. Ley de 21 de julio de 1960. Barcelona: Libreria Bosch, 1960.

saven sobre el valor de les paraules, tot desmentint la presentació o exposició de motius de la llei,

Son impropias las denominaciones «Derecho común» y «Derecho foral» que suscitan la idea de que este último emana de una concesión soberana graciosa, el fuero, semejante al otorgado por los Monarcas a las ciudades para robustecer su autoridad frente a los señores. El Derecho que rija en... Cataluña tendrá unas notas diferenciales o distintivas, unas especialidades o peculiaridades pero su rango y su autoridad se sitúan en el mismo plano en el que se halla la primera ley civil sistemática y con deseos de omnicomprensión que es el Código(...).

L'adjectiu «especial» indicava la limitació que tenia la cdcec tant pel territori com per la matèria. En la presentació, paràgraf 15, es contraposava a «Ley común»: «(...) la especialidad es nota característica de estas Compilaciones, sin que, por tanto, sean aconsejables en ellas enmiendas a la Ley común (...)». La doble especialitat la tingueren les sis compilacions de dret territorial (entre 1959 i 1973).

L'«especial» va desaparèixer quan la cdcec va perdre la qualitat de llei estatal i, sense la seva presentació, va adquirir la de llei catalana, integrada en «l'ordenament jurídic català», per la Llei 13/1984, de 20 de març, «sobre la Compilació de dret civil de Catalunya»,⁴⁷⁰ preàmbul i article 1. De fet, ja n'havia prescindit la inicial «Proposició no de llei sobre modificació de la Compilació del dret civil de Catalunya» presentada per tots el grups parlamentaris el 23 d'abril de 1981.

Tot i això, el posterior Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya de 1991⁴⁷¹ constata al preàmbul i que «(...) l'aplicació del Codi civil per part dels tribunals i juristes ha provocat, al llarg dels trenta anys de vigència de la Compilació, una certa desnaturalització del dret català, entès sovint pels Tribunals com una regulació apendicular dependent del mal anomenat “dret comú”(...)».

L'article 111-4 completa l'evolució. Amb la Llei 29/2002, de 20 de desembre, Primera llei, la llei civil general catalana perd la Compilació del dret civil de Catalunya i guanya el de Codi civil de Catalunya, amb la Llei 29/2002, de 30 de desembre. I també perd la neutralitat que té el «dret propi» de l'article

470 Llei 13/1984, de 20 de març, sobre la Compilació del dret civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 436 (23 de maig de 1984).

471 Llei 40/1991, de 30 de desembre, Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 1544 (21 de gener de 1992).

111-1.1, que comparteix amb el dret local (article 111-3.2), i guanya la jerarquia de «dret comú a Catalunya». S'entén que en un ordenament jurídic de què parla el preàmbul però no l'articulat.

Cal advertir, però, que l'article 111-4 és d'ús intern. El dret comú a Catalunya continua essent «especial o foral» fora de Catalunya, com ho recorden l'article 13.2 del codi civil espanyol i l'article 149.1.8 de la CE.

I. El Codi civil. El seu objecte: la matèria (de dret) civil

La «matèria» d'una norma no és una manera de parlar sinó una categoria jurídica, és el seu objecte de «regulació sobre les diverses matèries», «competència legislativa en una determinada matèria» (preàmbul pr. i I, paràgraf 2 de la Llei 29/2002, de 30 de desembre). I és fonamental, perquè la matèria és el que atribueix el nom a la llei que la regula; com veurem més endavant, la matèria civil és prèvia al Codi civil. Per això, la «matèria de dret civil» de l'article 1, «El dret civil de Catalunya és constituït per les disposicions d'aquest codi, les altres lleis del Parlament en matèria de dret civil (...)», és un pleonasma en què es barregen la norma o regulació, el dret, i el seu objecte, la matèria regulada. La seva presència al Codi civil de Catalunya es pot entendre com una continuïtat amb els articles 1 de l'«articulado» de Durán y Bas⁴⁷² i de l'«Apéndice de Derecho Catalán al Código civil» (1930)⁴⁷³ i l'«Anteproyecto de apéndice. Instituciones de derecho civil catalán (1931)»⁴⁷⁴.

La matèria civil és l'objecte del Codi civil de Catalunya, com ho havia estat de la legislació civil anterior. La Llei 29/2002, de 30 de desembre, parla al preàmbul pr. d'una «tercera fase» de l'exercici de la competència legislativa de la Generalitat representada pels codis de successions, de 1991, i de família, de 1998,⁴⁷⁵ distingint clarament la norma i la matèria, «(...) la de les codificacions

472 Durán y Bas, Manuel. *Memoria acerca de las Instituciones del Derecho civil de Cataluña, escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4º del Real decreto de 2 de febrero de 1880*. Barcelona: Imprenta de la Casa de Caridad, 1883.

473 «Apéndice de derecho catalán al código civil» (1930). A: Estudi introductorí Mirambell Abancó, Antoni; Salvador Coderch, Pablo. *Proyecto d'apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, 1995.

474 «Anteproyecto de Apéndice del Código Civil para el Principado de Cataluña» que presenta la Comissió especial constituïda d'acord amb el Reial decret de 24 d'abril de 1889, D. Francisco Romani i Puigdemgolas i D. Juan de Dios Trias i Giró. Edició publicada amb una introducció per la *Revista Jurídica* de Catalunya (de Joan Martí i Miralles). Barcelona: Hijos de Jaime Jepús Impresores, 1904. Edició originària: Barcelona: Tipografía de Vilá, Abad y Compañía, 1903.

475 Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 2687 (23 de juliol de 1998).

parcials, amb la voluntat de recollir, ordenar i sistematitzar la regulació sobre les diverses matèries continguda en les lleis especials que s'han anat promulgant (...)».

Per al futur codi, l'article 6.5 de la Primera llei de 2002 esmenta «Els Decrets legislatius relatius a matèries de dret civil», en què aquestes són el criteri d'assignació a cada «part del Codi civil que els correspongui d'acord amb la divisió establerta per l'article 3». L'article 3 es refereix a «matèries» en el sentit d'objecte de normes als apartats b), d), e) i f).

L'article 111-1 es refereix a «matèria (de dret) civil» per indicar-ne l'objecte de regulació que no li és exclusiu, perquè el comparteix amb «(...) altres lleis del Parlament en matèria de dret civil(...)» que seran «lleis civils especials». Així, l'article 111-6 es refereix a «*les altres lleis civils*».

El seguirà, en la competència legislativa, l'Estatut d'Autonomia de Catalunya del 2006,⁴⁷⁶ en l'article 129, «Dret civil. Correspon a la Generalitat la competència exclusiva en matèria de dret civil, excepte en les matèries (...)». A la «matèria civil» ja s'hi havia referit l'Estatut de Catalunya de 1932⁴⁷⁷ als articles 11.1, «Correspon a la Generalitat la legislació exclusiva en matèria civil exceptuat (...)» i 4, «El Tribunal de Cassació de Catalunya tindrà jurisdicció pròpia sobre les matèries civils i administratives, la legislació exclusiva de les quals(...)». Tanmateix, i en qualsevol redacció, la «matèria (de dret) civil», és a dir, l'objecte de la norma civil, aclareix la competència de la Generalitat i corregeix la redacció restrictiva de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya de 1979,⁴⁷⁸ a l'article 9, que s'afaiçonava en relació amb la norma civil, «La Generalitat de Catalunya té competència exclusiva sobre les matèries següents: 2. Conservació, modificació i desenvolupament del dret civil català (...)», procedent de l'article 149.1.8 de la CE. S'ha de remarcar una dualitat en la normativa civil a Catalunya. Mentre que el Codi civil de Catalunya, per si sol, és el «dret comú a Catalunya» (article 111-4), el conjunt de Codi civil de Catalunya i les lleis civils catalanes (articles 111-1 a 6) formen el dret civil de Catalunya (article 111-1, 2 i 5) amb principis interpretatius i integradors (article 111-2) i amb preferència d'aplicació (article 111-5). Això que significa l'aplicabilitat

476 Decret 306/2006, de 20 de juliol, pel qual es dona publicitat a la Llei orgànica 6/2006, de 19 de juliol, de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 4680 (20 de juliol de 2006).

477 Estatut de Catalunya de 1932. Butlletí de la Generalitat de Catalunya, núm. 19 (15 d'octubre de 1932).

478 Llei orgànica 4/1979, de 18 de desembre, d'Estatut d'Autonomia de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 38 (31 de desembre de 1979).

immediata o «principal», contraposada a la supletòria del Dret estatal (vegeu les disposicions finals 1a de la Compilació de dret civil català en les versions de 1960 i 1984). Aquesta dualitat és important perquè determina una asimetria important entre la supletorietat del codi civil català (article 111-4) i la supletorietat permesa pel dret civil català com a suplert (article 111-5).

I.1- El codi civil català i les altres lleis civils. El tractament de la matèria civil

La matèria civil és comuna al Codi i a les «altres» lleis civils (articles 111-1 i 6), però, a l'article 111-4, el legislador català ha atribuït al primer un estatus específic dintre el dret civil de Catalunya. Es fonamenta en la completesa i l'ordenació que s'entén que un Codi aporta a la regulació de la seva matèria.

La matèria civil és la més elemental i bàsica de les sotmeses a regulació, perquè se centra en la persona com a tal, sense tenir-ne en compte les activitats comercial o laboral, les quals, en diferents èpoques, s'han independitzat i integrat en branques legals pròpies. La matèria civil abasta els tres aspectes de la persona en la societat: ella mateixa, la seva activitat i les coses en què actua.⁴⁷⁹ El dret civil és la regulació que atorga estatus jurídic, en forma de drets i deures, a aquests tres aspectes. A la persona, dotant-la de personalitat jurídica; a les conductes, convertint-les en «actes» jurídics, i, a les coses, fent que, en relació amb les persones, esdevinguin «béns».

Però un Codi civil és la llei que té per objecte regular aquests tres objectes, però, a més, els vol regular d'una manera determinada. D'una banda, regular completament, sense excedir-ne les limitacions externes, si n'hi ha (article 13.1 del codi civil espanyol i article 149.1.8 de la CE), encara que sigui una completa diferida com la del Codi civil de Catalunya: «(...) un codi obert (...) que s'ha d'anar conformant (...)», «(...) el legislador s'imposi el ritme que consideri més adequat (...)» (Llei 29/2002, preàmbul i, paràgrafs 2 i 5). És una temporització que ja havia previst la base 9a aprovada pel Ple de la Secció 2a «Orientació general sobre la reforma del dret civil català i conveniència o no d'una codificació immediata» del Congrés Jurídic Català de 8 de maig de 1936: «(...) encara que la codificació es faci per llibres successivament publicats».⁴⁸⁰ D'altra banda, regular ordenadament, segons una sistemàtica que al Codi civil de Catalunya

479 Badosa Coll, Ferran. *Memoria de Derecho Civil*. Barcelona: Marcial Pons, 2010.

480 Congrés Jurídic Català. «Dictamen de la Secció 2a». Barcelona, 1936.

és la separació en cinc matèries, que són les dels seus cinc llibres, més un de primer de Disposicions generals (articles 3.b), d), e), f) i 111-3.1). Tanmateix, la «matèria» és un nom general i, per tant, es pot aplicar a subdivisions (articles 121-24, 122-1.3, 122-5.1). El dret català valora una tercera funció del Codi, la instrumental de facilitar l'accés a la normativa (infra Llei 14/2010, del 27 de maig)⁴⁸¹. Tanmateix, cal assenyalar una important incongruència en la numeració. Al Codi civil de Catalunya hi ha dues numeracions: per lleis i per llibres. La numeració per lleis és a la Llei 29/2002, de 29 de desembre, Primera llei del Codi civil de Catalunya, que és la única que es numera sense continuïtat. La numeració per llibres comença amb el llibre segon del Codi civil de la Llei 25/2010, de 29 de juliol⁴⁸². Hi ha, a més, la incompletesa del títol de la Llei 29/2002 Primera llei del Codi civil de Catalunya, que inclou el llibre primer sense esmentar-lo, tot i que és «el segon objectiu d'aquesta Llei» (preàmbul ii paràgraf 1).

Abans del Codi civil de Catalunya, la paraula i la idea «codi» s'havien utilitzat per a les que serien grans matèries civils tradicionals i com a superació de la tècnica de les anomenades «lleis especials». Primer, el Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya de 1991, que, segons el preàmbul i, paràgraf 3, és «(...) una normativa autònoma, completa i global del dret successori català. S'hi regulen de manera sistemàtica i ordenada totes les institucions successòries (...) reordena en un sol text, de manera que evita la dispersió legislativa (...)». La seva disposició final la indica les lleis especials «substituïdes». Després, la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família. Segons el preàmbul iii, paràgrafs 27 i 28, «Aquesta llei conté una normativa completa i autònoma de totes les institucions pròpies del dret de família, amb la sola excepció, (...)». «La Llei substitueix, per consegüent, tot el dret de família vigent fins ara a Catalunya, i l'engloba en un sol text, degudament harmonitzat i modernitzat (...)». A la disposició final la ofereix la llista de les lleis especials «substituïdes».

Les altres lleis civils. En relació amb la completesa i la sistemàtica del Codi civil de Catalunya, les «altres lleis civils» tenen com a matèria temes concrets de la matèria civil. Així, en la matèria «persona», el període de la infància i l'adolescència (preàmbul, paràgraf 7, de la Llei 14/2010, de 27 de maig: «la

481 Llei 14/2010, de 27 de maig del 2010, dels drets i les oportunitats en la infància i l'adolescència. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5641 (2 de juny de 2010).

482 Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 5686 (5 d'agost de 2010).

ingent tasca legislativa del Parlament adreçada al desenvolupament del dret civil de Catalunya, ha fet que sigui una matèria que ha estat objecte d'un tractament legislatiu intens» en què són matèria civil la llista de drets i el desemparament i les seves mesures. Cal assenyalar que la Llei 14/2010, de 27 de maig, al preàmbul, paràgraf 6, valora la paraula «codi» pel que fa a instrumentalitzat: «(...) localització més ràpida del dret aplicable i reforça la seguretat jurídica, ja que reuneix en un sol instrument jurídic, a manera de codi de la infància i l'adolescència (...)».

També en la matèria «persona», la qualitat d'usuari i consumidor al Codi de consum de Catalunya, amb les idees sobre un «codi», al preàmbul i, paràgraf 2: (...) un nou text legal, dotat d'una estructura i d'un contingut bàsic que puguin esdevenir el marc general de referència en matèria de protecció de les persones consumidores. La codificació del dret català de consum té com a objectiu clar garantir la visibilitat de la legislació aplicable en matèria de protecció i defensa de les persones consumidores i la seva sistematització (...).

I.2- El Codi civil francès i la matèria civil

És una relació que es fa explícita en el primer Codi civil del s. XIX. La descriu el molt citat *Discours préliminaire du premier projet de Code civil*, de Portalis el 24 thermidor de l'any 8 (12 d'agost de 1800)⁴⁸³. Portalis diu que

Un arrêté des Consuls, du 24 thermidor an viii, a chargé le Ministre de la justice de nous réunir chez lui pour comparer l'ordre suivi dans la rédaction des projets de code civil publiés jusqu'à ce jour, déterminer le plan qu'il nous paraîtrait le plus convenable d'adopter, et discuter ensuite les principales bases de la législation en matière civile (...). L'expressió «matière civile» designa l'objecte de la legislació. Les lleis civils tenen per objecte la persona en la seva totalitat.

Elles atteignent chaque individu, elles se mêlent aux principales actions de sa vie, elles le suivent partout; elles sont souvent l'unique morale du peuple, et toujours elles font partie de sa liberté enfin, elles consolent chaque citoyen des sacrifices que la loi politique lui commande pour la cité en le protégeant, quand il le faut, dans sa personne et dans ses biens, comme s'il était, lui seul la cité toute entière (...) (p. 466). Portalis separa les matèries civils de les penals mitjançant dues notes principals (p. 472 i s.). A diferència d'aquestes i llur Codi, (...) les matières civiles ne le sont pas [circonsrites]. [Elles embrassent indéfini-

483 A: Fenet, Pierre-Antoine. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*. Tom I. Paris, 1836, p.463 i s.

ment toutes les actions et tous les intérêts compliqués et variables qui peuvent devenir un objet de litige entre des hommes vivant en société (...). En second lieu, dans les matières civiles, le débat existe toujours entre deux ou plusieurs citoyens. Une question de propriété, ou toute autre question semblable, ne peut rester indéfinie entre eux. On est forcé de prononcer; de quelque manière que ce soit, il faut terminer le litige (...). Mais, dans les matières criminelles, le débat est entre le citoyen et le public (...). Autres différences sont techniques. La importance de la loi en les matières criminelles, «Ainsi, en matière criminelle, où il n'y a qu'un texte formel et préexistant qui puisse fonder l'action du juge, il faut des lois précises et point de jurisprudence (...)», i la importancia de la jurisprudència en les civils,

Dans cette immensité d'objets divers, qui composent les matières civiles, et dont le jugement, dans le plus grand nombre des cas, est moins l'application d'un texte précis, que la combinaison de plusieurs textes qui conduisent à la décision bien plus qu'ils ne la renferment, on ne peut pas plus se passer de jurisprudence que de lois (...). La matière civile, com a objecte del nou codi, apareix a la «Loi sur la réunion de les lois civiles en un seul corps sous le titre code civil des français» de 30 ventós de l'any XII (21 de març de 1804), que aplega les 36 lleis que esdevindran els correlatius títols del Codi civil francès amb 2283 articles. El número 7 d'aquesta «Loi sur la réunion (...)» és derogatori: A compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui son l'objet desdites lois composant le présent Code (...). Es tracta d'una fórmula-model que arribarà a la disposició final, article 1976 del codi civil espanyol. L'ordenació sistemàtica del Codi civil francès consisteix en un títol preliminar «De la publication, des effets et de l'application des lois en general» i tres llibres: «Des personnes», «Des biens et des différentes modifications de la propriété» i «Des différentes manières dont on acquiert la propriété». Aquest és el més extens. Abasta les donacions, les successions, el contracte, l'obligació, l'acte il·lícit, el quasicontracte, els contractes en particular, les garanties, l'execució i la prescripció.

I.3- La matèria civil a la codificació espanyola

El terme «matèria» té el mateix sentit d'objecte de la norma en general a tots els Projectes de codi civil.

El Proyecto de Código civil que presenta la Comisión especial de las Cortes, nombrada en 22 de agosto de 1820⁴⁸⁴, de 14 d'octubre de 1821, diu al seu extens Discurso Preliminar que la Constitució és la «Ley fundamental» i que «De ella derivan y son emanaciones las leyes que podrían llamarse ordinarias y que forman la materia de los diferentes Códigos acordados por las Cortes (...)». El discurs exposa la dualitat fonamental, «Código civil» i «Código penal», i remarca el caràcter general del primer ja que, exceptuat el Codi penal, «(...) todas las demás leyes son, en sentir suyo, resorte del Código Civil. Con efecto, a él le corresponde (...)» (Lasso 4-II, p. 8), amb la regulació de la llei i dels drets i obligacions de les persones que són els objectes dels seus 476 articles. El Codi civil també és «(...) el primero y más extenso porque naturalmente abraza todo lo que no es excepción suya, por decirlo así y además sus disposiciones pertenecen al estado ordinario y común de todos los individuos de la Sociedad (...)» (Lasso 4-II, p. 9).

El Proyecto de Código civil de 1836, de 2.458 articles (Lasso 4-II, p. 90), diu a l'Exposición de Motivos que

(...) lo primero que trató la Comisión fue de hacer un plan general de la obra (...) hubo de meditar antes y discutir después cuáles materias deberían ser objeto del Código civil. Persuadida de que éste sólo debe comprender Derecho privado o sea las relaciones de los individuos del Estado entre sí para el ejercicio de sus derechos y el cumplimiento de sus obligaciones respectivas... las [leyes] que describen las obligaciones y derechos civiles o sea los intereses individuales o privados (...).

I tot seguit tracta de l'ordenació de la matèria

Convenida ya la Comisión en la clase de materias que había de abrazar el Código civil trató de distribuirlas convenientemente y para ello dividió toda la obra en cuatro libros (...) derechos que corresponden a las personas consideradas en general y según su condición privada (...) las cosas, el derecho de propiedad (...) las obligaciones y contratos (...) la materia de sucesiones (...) (p.91).

El Proyecto de Código civil tramès per la Sección del Código Civil de la Comisión de Códigos al Ministro de Gracia y Justicia el 5 de maig de 1851, de 1952 articles, segueix l'ordre del Codi civil francès de 1804. Precedit per un «Título Preliminar» de 17 articles, té 3 llibres amb amb les mateixes rúbriques: «De las personas», «De la división de los bienes y de la propiedad» i «De los modos de adquirir la propiedad». El Proyecto de Código civil presentat a

484 Lasso Gaité, Juan Francisco. *Crónica de la Codificación Española 4-I, 4-II*. Madrid: Ministerio de Justicia, 1970.

les Cortes el 19 de maig de 1869 (Lasso 4-II, p. 497), arran de la revolució de setembre de 1868, contenia una important reforma del llibre primer.

El codi civil espanyol de 1888 esmenta, implícitament, la «matèria» civil a l'article 16 referit a les lleis especials: «En las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código (...)», una relació també present en altres llocs com, per exemple, l'article 1090. És una referència que desapareix a l'article 4.3 vigent, de 1974: «Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes (...)». També l'esmenta, explícitament, per delimitar l'abast de la seva eficàcia derogatòria del dret anterior, la Llei d'11 de maig de 1888, «(...) por la cual se autoriza al Gobierno para publicar un Código civil con arreglo a las condiciones y bases que se establecen⁴⁸⁵ en la Base 27», directament inspirada en el número 7 de la Loi sur la réunion (...) francesa en dir que «La disposición final derogatoria será general para todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyan el llamado derecho civil llamado de Castilla en todas las materias que son objeto del Código y aunque no sean contrarias a él (...)». Igualment, la df de l'article 1976 treu la contrarietat i afegeix una excepció:

Quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el llamado derecho civil de Castilla/el derecho civil Común en todas las materias que son objeto de este Código (...) Esta disposición no se aplica a las leyes que en este Código se declaran subsistentes (...)».

La disposició final, article 1976, fa servir el plural, «materias que son objeto de este Código» i no el singular. Aquest plural, «materias», va provocar una important polèmica que Castán⁴⁸⁶ resumeix. La va iniciar el professor i senador Augusto Comas, qui afirmava que no havia d'haver passat de la base 27 a la disposició final, article 1976, per la seva ambigüitat. Perquè, si s'entenia que les matèries eren «(...) las generales a que se refieren los enunciados de sus libros, títulos, capítulos y secciones (...)», el Codi inclouria totes les matèries del dret civil. En canvi, si s'entenia que ho eren «las particulares que constituyen el contenido de los preceptos del articulado», les seves freqüents mancances de regulació imposarien el recurs a les normes anteriors en contra de l'efecte derogatori absolut de la disposició final.

485 Ley autorizando al Gobierno para publicar un Código civil con arreglo a las condiciones y bases que se establecen en esta ley. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 143 (22 de maig de 1888).

486 Castán Tobeñas, José. *Derecho Civil Español Común y Foral*. I. 1, 9a ed. Madrid: 1955, p. 189.

Castán s'adhereix a la primera tesi o de les matèries només al·ludides, encara que no haguessin estat regulades, en el nou Codi. Ho fa citant Demófilo De Buen, qui valora l'exclusió del dret anterior, àdhuc com a dret supletori:

(...) pues así se deduce de la declaración de que los Cuerpos legales (...) constitutivos del Derecho común anterior están excluidos también como Derecho supletorio ¿Qué significa Derecho supletorio más que aquel que llena las lagunas de otro Derecho? Si el Código dice que la derogación se aplica en todas las materias que son objeto de este Código, ello debe entenderse en el sentido de que son objeto del Código civil todas las materias a que alude como propias de su competencia aunque no desenvuelva con la conveniente minuciosidad su reglamentación (...).

L'article 2.2 vigent ha generalitzat la «matèria» en el sentit d'objecte de la llei. Ho fa en la derogació per delimitar la incompatibilitat de les regulacions i l'abast de la derogació de la més antiga.

I.4- La possible «totalitat» de la matèria civil al codi civil espanyol. L'article 4.3

Resulta del vigent article 4.3, que ha substituït l'anterior article 16 que cloïa el títol preliminar de 1888, que «En las materias que se rijan por leyes especiales la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones este Código.». Segons el nou article 4.3, «Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes.». Hi ha quatre canvis. S'elimina la deficiència i apareix la normalitat. Les lleis, en general, són «otras», i ho són només les especials. Així amb l'especialitat de la llei desapareix la referència implícita a l'especialitat de la matèria civil. Finalment, la supletorietat ja no és respecte de les lleis sinó respecte de les seves matèries. És un canvi de perspectiva totalment erroni. El resultat és que es passa d'una supletorietat que s'anomenaria «civil», «por leyes especiales», a la general «otras leyes» en una ampliació extraordinària.

L'article 4.3 pertany al capítol ii «Aplicación de la norma jurídica» del nou títol preliminar establert pel Decret 1836/1974, de 31 de maig, «(...) por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil (...)» i que executa l'anterior Llei 3/1973, de 17 de març, de «Bases

para la modificación del Título Preliminar del Código Civil». ⁴⁸⁷ N'és una la «Base Segunda Tres 3», segons la qual «En las materias regidas por otras leyes, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones del Código Civil». Copia el preexistent article 16. Encara més, el Decret 1836/1974, de 31 de maig, al preàmbul, paràgraf 16, insisteix en la continuïtat amb l'article 16:

El otro procedimiento integrador está constituido por el derecho supletorio, función que, siguiendo la línea del anterior artículo dieciséis, corresponde al Código civil, exponente todavía de los rasgos caracterizadores del derecho común como lo prueba el propio contenido del título preliminar (...).

Això, el nou article 4.3 no ho aconsegueix. Manté la supletorietat del Codi civil però amb un abast molt més gran que el de l'article 16 de 1888; amb l'agreujant que el Decret 1836/1974 no s'adona del canvi que ell mateix estableix.

La presència de la matèria civil a l'article 4.3 ve del fragment «Las disposiciones de este Código (...)». Però amb les «otras leyes» s'ha perdut la civilitat implícita en l'especialitat de les lleis suplertes. Els arguments a favor de la continuïtat «civil» serien la manca de l'article «las» (totes) i la proclamada continuïtat amb l'article 16. A favor d'una supletorietat més àmplia, hi una dada decisiva: és l'insòlit canvi de referència de la supletorietat que passa de les lleis, «la deficiencia de éstas» (article 16 de 1888), sinó a les seves «materias» sense cap explicació. Certament, el canvi de referència és incorrecte, perquè l'aplicabilitat, immediata o supletòria, es predica de les normes o regulacions, i no dels seus objectes o matèria. Però, com he dit, la dada decisiva són les supressions referents a les lleis: en desapareixen l'especialitat i les deficiències. Per a la primera supressió, s'ha d'entendre que la supletorietat del codi civil espanyol concerneix totes les matèries i, igualment, totes les lleis. De la segona supressió es conclou que la supletorietat no és la solució d'una mancança o defecte intern, com la llacuna, sinó que contempla en la legislació que és la seva delimitació reguladora. L'article 4.3 perseguiria el bon funcionament del sistema jurídic solucionant un fet normal de les lleis: el de tenir un contingut normatiu, configurat pel legislador, que sigui «externament» insuficient respecte de l'amplitud de l'«asunto» (article 1.7).

El resultat d'aquesta interpretació de l'article 4.3 és la supletorietat total del codi civil espanyol que menaria a la totalitat de la matèria civil. És a dir, me-

487 Llei 3/1973, de 17 de març, de Bases per a la modificació del títol preliminar del Codi civil. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 69 (21 de març de 1973).

naria a entendre que la seva matèria civil és també present en tots els supòsits o casos en qualsevol llei sobre qualsevol matèria a què és aplicable. Sembla que ho confirma el decret de 1974 que converteix el codi civil espanyol en la norma de tancament de tot l'ordenament jurídic: «Código civil, exponente todavía de los rasgos caracterizadores del derecho común como lo prueba el propio contenido del título preliminar». És un tema que examinaré per a l'article 111-4 a la part iii d'aquest treball.

La pretesa continuïtat de l'article 4.3 amb el suprimit article 16 té dues conseqüències retroactives: el reconeixement que l'article 16 tenia una potencialitat que l'article 4.3 desenvolupa i l'atribució al codi civil espanyol de 1888 de la jerarquia de «derecho común» fonamentada en la seva matèria civil.

I.5- La matèria civil en la configuració legal del dret català

Durán y Bas⁴⁸⁸ cita una part del seu pròleg a la traducció espanyola de l'obra de Savigny⁴⁸⁹ exposant el significat especial del dret civil a la societat:

Hablando de las leyes civiles, o lo que es lo mismo del derecho privado, dijimos hace poco tiempo: 'Sus dos grandes instituciones fundamentales, la familia y la propiedad, indestructibles ejes (...) responden a dos leyes de nuestra naturaleza (...). Las dos grandes instituciones secundarias que lo completan, la sucesión hereditaria y la convención, hijas también de otras dos leyes de nuestra naturaleza (...) Y la personalidad humana, o sea nuestra aptitud para vivir en relaciones jurídicas (...) Y porqué organiza en su vida privada á las sociedades humanas este derecho, se identifica con ellas desde su nacimiento y vive de su vida (...)

Durán y Bas parla de la «tendencia codificadora de nuestro siglo en materia civil», de la «unidad de legislación en materia civil entre todos los pueblos», i diu que «no es razón imponer la unidad jurídica en materia civil a aquellas naciones que también, hoy por hoy, merced al concurso de diversas circunstancias históricas, aunque posean la unidad política, no han alcanzado todavía la unidad social».

488 Durán y Bas, Manuel. *Memoria acerca de las Instituciones del Derecho civil de Cataluña, escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4º del Real decreto de 2 de febrero de 1880*. Barcelona, 1883, p. II.

489 Savigny, Frederich Carl. *Sistema del Derecho Romano actual*. Tom I. Madrid: F. Góngora y compañía, 1878, p. 12, 14 i 23.

Al pròleg a la traducció de Savigny,⁴⁹⁰ Durán y Bas havia explicat el pla que aquest seguia «Con el título de Sistema del derecho romano actual trata Savigny las materias de derecho que tienen organismo romano (...) las que subsisten todavía (...)» a Alemanya, a diferència de França que les havia abolit. I n'exposa la delimitació i la sistemàtica

(...) no en lo que pertenece al derecho público, sino en lo que constituye el privado, con exclusión del procedimiento o de las formas establecidas para el reconocimiento del derecho. En la concepción de su conjunto, proyectóse la obra para desenvolverla en dos partes, una general y otra especial, abrazando la primera tres de sus siete libros, dedicados respectivamente a Las fuentes del derecho, a las relaciones de derecho y á la aplicación de las reglas de derecho a las relaciones jurídicas; y debiendo abarcar la segunda en los cuatro libros restantes el derecho de las cosas, el de las obligaciones, el de familia y el de las sucesiones, de los cuales sólo ha aparecido, aunque de una manera incompleta el segundo, formando una obra especial con el título de Derecho de las obligaciones (...).

Pel que fa al dret català, Duran fa vàries observacions a la *Memoria*.⁴⁹¹ La més important (p. 104) és la completesa del dret català resultant de la unió del propi amb el supletori canònic i romà: «Abrazando como abraza todas las partes del derecho civil el foral de Cataluña, pues el derecho municipal con el supletorio forman una legislación civil completa». En fa dues més quan explica «El criterio y Plan de esta Memoria» (p. 105) sobre les institucions forals, incloses les catalanes, que es podien «importar al Código general, para ser, en lo sucesivo, de derecho común». En aquest punt, dividia les institucions utilitzades a Catalunya en quatre categories: les que «pueden ser de derecho común», el futur codi civil espanyol, «las que sólo para Cataluña deben subsistir», i dues altres que eren les reformables i les suprimibles. I proposava una sistemàtica que

(...) hemos creído conveniente clasificarlas en diferentes capítulos, reunidos respectivamente bajo los siguientes conceptos generales: —Derecho foral de Cataluña en sus fuentes y autoridad. —Las personas y su capacidad jurídica. — El derecho de familia. —El de las cosas. — El de las obligaciones. — El de las sucesiones. —Y la Prescripción».

490 Savigny, Frederich Carl. *Sistema del Derecho...* Ob. Cit., p.15.

491 Vegeu apartat II.1.3 Duran y Bas, Manuel. *Memoria acerca...* Ob. Cit.

L'«articulado»⁴⁹² que acompanya la *Memoria* palesa la contradicció entre el seu contingut sistematitzat de 345 articles i la relació amb el futur codi civil espanyol. Pel contingut, el dret «articulat» és un dret especial com apareix al títol primer «De la aplicación del Derecho especial de Cataluña». Però, en relació amb el Codi, el terme «Derecho común», s'ajusta al caràcter de dret excepcional de l'article 1, segons el qual «En Cataluña regirán en materia de derecho civil las excepciones introducidas para su territorio en el Código general ó en leyes especiales, y en su defecto las disposiciones de dicho Código». La «materia de derecho civil» subsisteix els articles 1 de l'Apèndice de Derecho Catalán al código civil de 1930⁴⁹³ i de l'Anteproyecto de Apèndice. Instituciones de derecho civil catalán de 1931⁴⁹⁴, «(...) en las materias de derecho civil que este Apèndice regula (...)».

I.6- La codificació en el dret civil català

És una idea amb diverses fases o etapes de desenvolupament: Els anys 1918 i 1919. La que es pot anomenar «etapa dels Apèndixs» al codi civil espanyol (article 6 de la Llei de bases de 1888,⁴⁹⁵ «(...) apèndices del Código civil en que se contengan las instituciones forales que convenga conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existan (...)») ha estat àmpliament descrita per Antoni Mirambell i Pablo Salvador a l'Estudi introductori del projecte d'apèndix i materials...⁴⁹⁶ en què, a més, s'esmenta la primera institució destinada a la codificació (p. 22): «(...) l'Oficina d'Estudis Jurídics, com a òrgan tècnic per dur a terme la tasca encomanada (...) va elaborar un estudi preparatori que amb el títol “El dret català i la codificació”, report presentat al Consell Permanent de la Mancomunitat de Catalunya, fou publicat a Barcelona...1919». Coll i Rodés⁴⁹⁷ recorda que l'Oficina d'Estudis

492 «Articulado» (1883) que segueix la *Memoria* (Duran y Bas, Manuel. *Memoria acerca...* Ob. Cit.). Ambdós textos amb les respectives paginacions originals a *Projecte d'apèndix i materials precompileris del dret civil de Catalunya*. «Estudi introductori d'Antoni Mirambell i Abancó i de Pablo Salvador Coderch». Barcelona: Generalitat de Catalunya, 1995.

493 «Apèndice de Derecho catalán al Código Civil» (1930). A: *Projecte d'Apèndix i materials...* Ob. Cit.

494 «Apèndice de Derecho catalán al Código Civil» (1931). A: *Projecte d'Apèndix i materials...* Ob. Cit.

495 Llei que autoritza al Govern per a publicar un Codi civil d'acord amb les condicions i bases que s'estableixin en aquesta llei. *Gaceta de Madrid*, núm. 143 (22 de maig de 1888).

496 *Projecte d'apèndix i materials...* Ob. Cit., p. 18-27.

497 Coll i Rodés, Ramon. «El Dret Civil a Catalunya. El problema de la codificació civil catalana». A: *Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Conferències sobre l'Estatut de Catalunya*. Barcelona: 1933, p. 46.

Jurídics es va fundar arran d'un acord de l'Assemblea de la Mancomunitat de Catalunya de 28 de maig de 1918:

S'encomana al Consell Permanent que formuli en el termini més breu possible per portar-los a l'aprovació de l'Assemblea les regles integrants del Règim jurídic català codificant-les, sigui parcialment en institucions o sigui totalment i que faci demes totes les actuacions necessàries per portar la normalitat a la vida jurídica catalana i assegurar l'eficàcia del seu normal expandiment.

En l'àmbit polític, a l'any 1919 hi ha dos fets rellevants⁴⁹⁸ i coincidents. El primer és la proposta del Govern espanyol de compilar el dret civil català i crear un tribunal especial (Unió p. 70 i s.). El 20 de gener de 1919, el president del Consell de Ministres, el comte de Romanones, va presentar a les «Cortes» un Projecte de llei de reforma de la Ley Orgánica de Municipios y Ayuntamientos en què apareixen termes com l'«Estatuto de la región/regional» (articles 2 i 3) i el «Poder regional» (article 3). Els altres articles, del 4 al 18, són dedicats a Catalunya. En ells es preveu el següent: «Las cuatro provincias de Barcelona, Gerona, Tarragona y Lérida formarán la región de Cataluña» (article 4), una «Generalidad regional» diferenciada de la «Diputación regional» (articles 5-17) i la compilació del Dret civil català, article 13, segons el qual «Las instituciones especiales de Derecho civil que están vivas actualmente en territorios de la región catalana y difieren de la legislación común, serán compiladas y ordenadas por la Diputación a propuesta de la Generalidad circunscribiéndose estrictamente a ellas un Estatuto (...)», amb doble publicació i preferència de la versió castellana. L'article 14.2 establia que

En los juicios civiles (...) cuya contención verse sobre instituciones comprendidas en el Estatuto regional (...) y entre personas sometidas al derecho foral catalán (...) el recurso de casación, cuando proceda, se sustanciará y fallará ante la Audiencia de Barcelona, en Sala extraordinaria de siete Magistrados que no hayan dictado la sentencia a menos que alguno de los litigantes opte por someter, como de ordinario, a la Sala primera del Tribunal Supremo.

El segon fet (Unió p. 57 i s.) fou l'aprovació, el 26 de gener de 1919 a Barcelona, per l'Assemblea de la Mancomunitat de Catalunya i els diputats catalans, del projecte «d'Estatut de Catalunya» amb «declaració preliminar», 34 articles i «règim transitori» amb 5 apartats. El projecte atribuïa al Parlament

498 Unió Catalana D'estudis Polítics I Económico-Socials. *Elements per a l'estudi de l'Estatut de Catalunya*. Barcelona: Políglota, 1931.

competències en matèria civil i preveia un tribunal especial. Ho feia, al «Títol Quart. Facultats pròpies i exclusives del poder regional», a l'article 6:

El Parlament regional estarà facultat per dictar lleis i el Poder executiu regional per executar-les... en totes les matèries no reservades a la sobirania exclusiva del Poder central i, d'una manera especial, en les següents... C) El Dret civil català, excepció feta d'aquells preceptes del Codi civil que segons l'article 12 són aplicables a Catalunya, D) L'organització dins el territori de Catalunya de l'administració de la justícia... Els recursos de cassació en matèria civil seran resolts per un Tribunal organitzat a l'efecte pel Poder regional, E) L'organització de l'exercici de la fe pública i el nomenament dels Registradors de la propietat i dels Notaris que hagin de servir el càrrec a Catalunya (...).

La posició anticodificadora. És la dels redactors de l'Apèndice de Derecho civil catalán al Código civil de 1930⁴⁹⁹ en la seva Introducció.⁵⁰⁰ Reivindiquen la limitació a les institucions pròpies⁵⁰¹ a l'espera d'una eventual adquisició de facultats legislatives:

I fora injust no recordar en aquest moment el pas de l'honorable patrici Enric Prat de la Riba per la Comissió de l'Apèndix, perquè de la seva intervenció personal en els treballs d'aquesta Comissió es pot dir que arrenca l'orientació, avui concretada en el nostre projecte, de regular exclusivament les institucions pròpies que es mantinguin vives i acceptar com a supletori el Codi Civil sense esborrar del nostre esperit ni el desig ni l'esperança de més amples facultats legislatives per seguir al dia la vida jurídica de Catalunya. Són desitjos i esperança expressats a l'article 9: «(...) sin perjuicio de lo que pueda disponerse en lo sucesivo sobre una mayor extensión de atribuciones en materia de su legislación civil especial al territorio de Cataluña (...)». Els redactors també diuen que la idea d'un codi nou ha paralitzat els treballs per fer l'Apèndix català i que «(...) aquesta idea d'articular de bell nou un Codi no respon a les tradicions jurídiques de Catalunya. Cap de les Compilacions catalanes ha estat feta d'aquesta manera (...)», «(...) un nou codi català inventat en un assemblea de juristes (...)». Tanmateix, «si és cert o no és cert que avui comencem un altre període per crear un nou material d'un Codi futur, ho diran les generacions que vinguin». És un parer criticat per Ramon Coll i Rodés⁵⁰² després del canvi de règim polític. La posició codificadora i la matèria civil. El

499 «Apèndice de Derecho catalán al Código Civil» (1930). A: Projecte d'Apèndix i materials... Ob. Cit.

500 Projecte d'Apèndix i materials... Ob. Cit., p. 536.

501 Projecte d'Apèndix i materials... Ob. Cit., p. 536.

502 Coll i Rodés, Ramon. «El dret civil a Catalunya...». Ob. Cit., p. 83 núm. 34.

canvi es produeix arran de l'article 11.1 de l'Estatut de Catalunya de 1932 que atribueix a la Generalitat «(...) la legislació exclusiva en matèria civil excepte (...)». L'any 1933, l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya va organitzar un cicle de Conferències sobre l'Estatut de Catalunya.⁵⁰³ El 20 de febrer de 1933, Coll i Rodés⁵⁰⁴ parlava del Projecte d'Estatut i de la discussió parlamentària de l'Estatut de 1932. Com a procediment de legislació aconsellava el «sistema de les lleis especials» del Codi civil francès, fonamentant-se en l'Apèndix de 1930 que separava les institucions en què hi havia consens i les de «regulació més difícil». El 27 de febrer de 1933, Ramón M. Roca i Sastre parlava del Dret hipotecari⁵⁰⁵ («La matèria (...)» p.79 i s.) i glossava l'article 11.1 de l'Estatut de Catalunya (p.84): «*Usa l'expressió "matèria civil". No parla de "dret civil" o de "legislació civil". Aquí el precepte també és generós. El concepte de "matèria civil" és més ampla (sic) que el de "dret civil" (...)*», «(...) és suficientment ampli i comprensiu per poder-hi incloure tot el que tingui naturalesa civil (...)»; per tant, el dret hipotecari. Tres anys més tard, el 1936, el Congrés Jurídic Català,⁵⁰⁶ a la secció 2a, presentava el tema «Orientació general sobre la reforma del Dret Civil català i conveniència o no d'una codificació immediata». La Comissió Dictaminadora va proposar 9 bases favorables a endegar l'obra, que es preveia perllongada. Es van aprovar pel Ple de la secció el 8 de maig de 1936. La base 5a prevenia de la influència de normes estatals no civils en la regulació civil. Eren les processals, «atès el caràcter adjectiu de les seves disposicions que han de servir per facilitar l'aplicació dels preceptes substantius del dret civil», i les fiscals i, especialment, «aquelles més íntimament relacionades amb el Dret privat com són (...)» les dels impostos del timbre i de drets reals; i es demanava que «adquireixin la flexibilitat suficient perquè llur aplicació no (...) arribi a determinar l'eliminació d'institucions o de formes contractuals viscudes (...)». I advertia de la importància de la legislació hipotecària «que és matèria dintre de la legislació civil de la competència legislativa de l'Estat espanyol». En les seves memòries, Hurtado,⁵⁰⁷ que havia presidit el Congrés, es plany:

503 Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Conferències sobre l'Estatut de Catalunya. Barcelona:1933.

504 Coll i Rodés, Ramon. «El Dret Civil a Catalunya...». Ob. Cit., p. 74 i s.

505 Roca I Sastre, Ramón M. «La matèria hipotecària en la futura legislació civil de Catalunya». A: *Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Conferències sobre l'Estatut de Catalunya*. Barcelona:1933, p. 79 i s. i p. 84.

506 Hurtado, Amadeu. *Quaranta anys d'advocat*. III. Barcelona: 1967, p.354-396.

507 Hurtado, Amadeu. *Quaranta anys...* Ob. Cit., p. 394 i 396.

(...) encara vull conservar la il·lusió que alguna mà piadosa haurà salvat la documentació del Congrés per fer-la pública en un dia avui imprecís (...)» «Per no deixar res en peu d'aquell Congrés que ens va semblar tan magnífic i profitós, no vam poder ni tan solament realitzar el propòsit anunciat de publicar tots els seus treballs. Havíem fixat als companys el dia 20 de juliol per tenir enllestida la correcció de les proves taquigràfiques (...) a fi de publicar el volum en començar el nou curs. Ni en la fixació d'aquesta data no havíem estat afortunats... a la nit el dissabte 18 de juliol darrer dia feiner de la setmana closa, un aixecament militar (...).

II - El dret «comú». Els seus significats rellevants per al dret civil català

Són els significats que té en el dret espanyol i que s'apliquen al dret català. El «derecho común» apareix amb dues presentacions. Originàriament, i en si mateix, a la disposició final, article 1976, en què designa el dret civil de Castella, que es deroga. Derivatívament, als articles de conflicte intern de lleis del títol preliminar, en contraposició als drets especials o forals de vigència territorial limitada (els articles originaris 12, 13, 14 i 15, continuats pels articles vigents 13 i 14). En el «derecho común» designa el codi civil espanyol com a vigent arreu del territori espanyol i, respecte del de Castella, a més, com el següent o substitut del derogat (df, article 1976). Atesa la radicalitat de la derogació, no es pot qualificar de continuador.

La primera presentació com dret de Castella és a la disposició final, article 1976, malgrat el canvi (a la 2a edició del codi civil espanyol) del «llamado derecho de Castilla» al «derecho civil común». És un canvi retrospectiu de nom, però l'objecte és el mateix, perquè l'eficàcia derogatòria del nou codi civil espanyol es limita al dret de Castella i no afecta els altres drets territorials, d'acord amb l'article 5 de la Llei de bases de 1888, l'article 12.2 del Codi de 1888, segons el qual «Las provincias y territorios en que subsiste derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad sin que sufra alteración su actual régimen jurídico (...)», article 13.2 del Codi de 1888, «(...) con pleno respeto a los derechos especiales o forales (...)».

La segona presentació, al títol preliminar, es refereix al territori de vigència del nou codi civil espanyol, que és més ampli que el del dret derogat, el de Castella. Abasta «todas las provincias del Reino», les quals esdevindran, juntament amb els «territorios» (a l'article 1317, «regiones forales»), les unitats de vigència territorial. Ho fa per les dues vies dels articles 12.1 i 2 de la llei de 1888 i 13.1 i 2 vigent. En alguns d'aquests territoris, el nou codi entra en

concurrència amb els drets forals o especials que hi continuen amb vigència territorial limitada. Però hi ha altres territoris, regits pel derogat dret de Castella, on el Codi civil, que l'ha substituït, és l'única regulació civil vigent. S'anomenaran «provincias o territorios de derecho común» (article 15.2n de la llei de 1888) o «territorio de derecho común» (article 14.2) en què «derecho común» designa el codi civil espanyol. És un nom que també li correspon en els altres articles que esmenten el codi civil espanyol en relació amb els drets territorials com els articles 12.1 i 2 del Codi de 1888 i 13.1 i 2 vigent.

El codi civil espanyol, «derecho común», veu els drets forals o especials, que subsisteixen, com un aplec d'institucions aïllades (article 6 de la Llei de bases de 1888 «...apéndices del Código civil en que se contengan las instituciones forales que convenga conservar...»). És a dir, com una regulació intrínsecament saltuària, necessitada històricament dels drets supletoris respectius als quals ara safegeix (article 12.2 de la Llei de bases de 1888 i article 13.2 vigent, «en defecto del que lo sea [supletorio] en cada una de aquellas por sus leyes especiales»).

Però al títol preliminar hi havia una altra contraposició «común»/«especial». Era implícita, perquè la formulava a partir de l'«especial» que evoca el seu correlatiu «común», en l'article originari 16, segons el qual «En las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código». El criteri de distinció era l'objecte de regulació o «matèria». Les «leyes especiales» ho eren per raó de llur matèria dintre de la civil. Atesa l'especialitat de les normatives pròpies, necessitaven la norma civil general perquè complementés la regulació del cas (article 6.2, «punto controvertido»). Com s'ha dit, el codi civil espanyol va rebre la dignitat de «derecho común» a la presentació de motius, paràgraf 16, de la norma que el va derogar, el Decret 1836/1974, de 31 de maig: «(...) que siguiendo la línea del anterior artículo dieciséis, corresponde al Código civil exponente todavía de los principales rasgos caracterizadores del derecho común (...)».

Una de les lleis «especials» de què parlava l'article 16 del Codi era el Codi de comerç de 1882. Aquest, als articles 2 i 50, esmenta el «derecho común» com a dret supletori seu, entenent-lo com a dret civil, ja que no podia esmentar un codi civil que encara no existia. La importància dels articles 2 i 50 del Codi de comerç de 1882 per al dret català rau en el fet que la sentència del Tribunal Suprem de 28 de juny de 1968 va assignar-li aquesta qualitat de «derecho común» a la cdcec de 1960. Precisament perquè, malgrat l'adjectiu

«especial», a Catalunya, la Compilació era la llei civil general o més àmplia, tot i que no completa. És a dir, per a la matèria civil que n'era l'objecte.

Aquest «derecho común» supletori del Codi de comerç que la Sentència del Tribunal Suprem de 28 de juny de 1968 va adjudicar a la cdcec de 1960 és l'origen de l'article 111-4 del Codi civil català.

II.1-Dret civil «común» i Drets civils «especiales o forales». Identitat de matèria i diferència per raó de la vigència territorial

II.1.1- Els noms «derecho común» i «derecho foral»

El nom «fueros provinciales», plurals, i amb vigència a una part del territori de la monarquia, el legalitza la Novísima Recopilación de 1805,⁵⁰⁸ llibre tercer, títol tercer «De los Fueros Provinciales». No és una extensió geogràfica dels «fueros» a partir de l'expressió originària «fueros municipales», perquè el títol tercer es limitava a Aragó, als anomenats «Fueros y Observancias del Reyno de Aragon», i València, als anomenats «Furs de Valencia». La seva llei 1, el Decreto de Nueva Planta de 29 de junio de 1707, «Derogación de los fueros de Aragon y Valencia» sí que els contraposa a las «leyes de Castilla tan loables y plausibles en todo el Universo». A la llei 2 expressa l'aspiració a la uniformitat legal per extensió de la vigència de la legislació de Castella: «(...) porque mi Real intención es, que todo el continente de España se gobierne por unas mismas leyes (...)».

La dualitat «Derecho común» únic i «Derecho foral», en singular i predicat de tots els drets territorialment limitats que no es nomenen, sembla tenir un origen acadèmic. Es fa servir a la reforma impulsada pel ministre de Fomento CLAUDIO MOYANO. És el «Real Decreto» d'Isabel II de 23 de setembre de 1857: «Tomando en consideración las razones que me ha expuesto mi Ministro de Fomento, Vengo en mandar que rijan durante el curso académico de 1857 a 1858 en todos los establecimientos públicos de enseñanza del reino las siguientes disposiciones provisionales para la ejecución de la Ley de Instrucción pública (...)», del mateix 23 de setembre de 1857. Eren la disposi-

508 Es pot trobar a *Novísima recopilación de las Leyes de España*. 2a ed Madrid: *Boletín Oficial del Estado*, 1993.

ció 50, «Los estudios de la facultad de Derecho, en sus tres secciones, [Leyes, Cánones, Administración] se distribuirán del modo siguiente: (...) TERCER AÑO. Historia e instituciones del Derecho civil español, común y foral, lección diaria» i la 60 «Los estudios de la enseñanza superior del Notariado son: PRIMER AÑO. Prolegómenos del Derecho. Historia e instituciones de Derecho civil español común y foral. Estas dos asignaturas se estudiarán en la Facultad de Derecho».

La distinció fou operativa arran de la creació de la Comisión de Códigos pel Decret de 19 d'agost de 1843.⁵⁰⁹ Es dona per fet que el nou Codi civil serà vigent uniformement arreu del territori oriental de l'Estat. S'explicitarà inclouent-lo en les «leyes» en general als articles 1 dels projectes del Codi civil de 30 d'abril de 1851, «Las leyes son obligatorias y surten efecto (...) en la Península (...) Islas Baleares y en las Canarias (...)», de 19 de maig de 1869 i de 24 d'abril de 1882, i a l'article 1 del codi civil espanyol de 1888.

La qüestió polèmica serà la subsistència o derogació dels drets territorials. Es reflectirà a les disposicions finals derogatòries dels diferents projectes i al Codi civil de 1888, en funció de si els abasten o es limiten al dret de Castella.

II.1.2- La supressió del dret foral. La proposta de Domingo Maria Vila. La suspensió de la supressió

La supressió és la proposta de la Comisión de Codificación que condicionarà els trenta cinc anys següents. La Comisión es va imposar com a finalitat principal la uniformitat de tota la legislació i, el 21 d'octubre de 1843, va establir 6 bases. La seva Exposició⁵¹⁰ deia:

Que terminada la lucha dinástica con el Convenio de Vergara (31- VIII- 1839) y la política con el establecimiento de una nueva Constitución (18-VI- 1837) sólo restaba consolidar las Instituciones (...) que en las leyes secundarias se desarrollaran y realizaran los principios indicados en la ley fundamental empezando por los Códigos (...).

509 Sánchez González, Dolores Del Mar. «La Comisión de Códigos. 1843-1846». Anuario de Historia del Derecho Español (deseembre 2004), p. 299 i s.

510 Transcrita a COMISION DE CODIFICACION. «Exposición dirigida al Ministro de Gracia y Justicia dándole cuenta del estado de los trabajos de la Comisión, de las dificultades que ésta halla para concluir su obra, de...». rglj xxxix (13 juny 1861), 1871, p. 100, i també transcrita a Lasso Gaité, Juan Francisco. *Crónica de la Codificación Española, 4-I, 4-II*. Madrid: Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, 1970, p. 154 i s.

La base la deia: «El objeto político de la codificación debe ser realizar y desenvolver los principios consignados en la Constitución política de la Monarquía (...)». El seu fonament també era polític:

La uniformidad de fueros y de Códigos es uno de esos principios. La reclaman imperiosamente las más pronta y expedita administración de la justicia y el poder e independencia de la Nación que se cifran en la estrecha unión de todos los miembros del Estado y en que desaparezca el espíritu de provincialismo y aislamiento que es quizá el mayor mal que nos han legado las pasadas generaciones.

La base 2a deia:

Con arreglo a su artículo cuarto (de la Constitución de 1837) no se reconoce en los Códigos fuero alguno especial, sino por razón de las cosas o materias, estableciéndose uno sólo para todos los españoles en los juicios y criminales.

La base 3a esmorteïa les conseqüències de la uniformitat per a les legislacions territorials:

El Código civil abrazará las disposiciones convenientes para que en la aplicación de él a las provincias que tengan legislaciones especiales, no se perjudiquen los derechos adquiridos, ni aún las esperanzas creadas por dichas legislaciones.

El fonament era, amb la menció del «derecho común de Castilla», que:

La unidad de Códigos también exige que desaparezca la monstruosa variedad que hoy se observa en el Derecho privado de las provincias que componen la Monarquía pero la equidad y los altos merecimientos en la presente lucha de los exentos del derecho común de Castilla aconsejan que en la ejecución de aquellas innovaciones (...).

La base 4a es referia al Codi penal, la 5a es referia al jurat i la 6a limitava la vigència dels codis excloent-ne «las provincias de Ultramar».

Les propostes de la Comisión es van presentar al Govern (21 de setembre de 1843), i aquest les va acceptar.⁵¹¹

Respecte de les bases, hi va haver una petició a favor dels drets territorials⁵¹² feta pel jurista català i membre de la Comisión (de 1843 a 1846) VILA.⁵¹³ És un discurs als membres, de 20 de setembre de 1843, que es va publicar resumit l'any 1852 (un cop acabat el Projecte de Codi civil de 1851), amb el

511 Lasso Gaité, Juan Francisco. *Crónica de la...* Ob. Cit., p. 48.

512 Lasso Gaité, Juan Francisco. *Crónica de la...* Ob. Cit., p. 155 i 299.

513 Barcelona, 1786- Madrid, 1862. Diputat per Barcelona, Rector de la Universitat de Barcelona l'any 1841). 518 Vila, . «Unidad de Códigos». *El Faro Nacional*, núm. 107 (17 juny 1852).

títol «Unidad de Códigos» l'any 1852) VILA hi és presentat com a «antiguo catedrático de Derecho en la Universidad de Barcelona, diputado a Cortes y jefe superior del cuerpo de administración civil y que nos ha remitido tan apreciable trabajo por si gustabamos darle publicidad en nuestra Revista». Ell mateix es presenta com a neutral:

Es un español el que os habla y por haber nacido en una de las provincias en las que se dejan ver los benéficos resultados de sus leyes municipales (...) Los muchos años que falto de mi nativo país, trasladado a esta corte mi domicilio, el detenido examen de la legislación de Castilla en cuya capital he ejercido la profesión largos años (...).

Fonamenta en el discurs la petició d'afegir a la base 2a un segon paràgraf: «Respetando, en lo posible, las leyes y costumbres existentes (...)». Comença dient (p. 402):

Se promueve una cuestión delicadísima y que va a decidir el bienestar de varias provincias importantes de España, hoy prósperas y florecientes a las sombra de sus leyes protectores (...) provincias que se hallan en el primer término de todas las de la Península por su riqueza, por su moralidad, por su población, por su carácter emprendedor (...)

Aquest argument el repeteix (p. 404). El discurs de Vila reitera els inconvenients de la uniformitat legislativa civil deguts a la diversitat de lleis i de costums. Proposa (p. 404):

Trasládense en los Códigos que vamos a hacer como artículos las leyes que deben regir como a excepciones de la que se adapte por universal; admítanse las que de ello sean dignas, haya unidad de Códigos y en los mismos, haya como excepción la disparidad de disposiciones según requiera la disparidad de necesidades y costumbres, que no son estas uniformes en todos los ángulos de la Península (...).

Com a punt concret, critica la justificació de la uniformitat en afavorir el canvi de domicili (p. 404). Pel que fa a Catalunya, esmenta la rabassa morta, la «ley de sucesión» que afavoreix tant l'economia com la pau, amb l'exemple de Barcelona, on, amb «160.000 almas o más... se pasan semanas enteras sin que los jueces tengan que ocuparse de diligencias por delitos...» (p. 405) i defensa la subsistència del «régimen dotal» amb elogi de l'article 1391 del Codi civil francès que l'admet (p. 407).

El Proyecto de Código civil español (30 d'abril de 1851) i la seva «Disposición Final»: El propòsit unificador de la Comissió de Codificació el va

acomplir aquest projecte signat en la data indicada. D'una banda, amb la disposició final, article 1992: «Quedan derogados todos los fueros, leyes, usos y costumbres anteriores a la promulgación de este Código... en todas las materias que son objeto del mismo (...)». De l'altra, establint una regulació contrària al dret civil català. Hi desapareixien els béns parafernals (articles 292 i 1272), l'heretament (articles 553 i 1253), la solemnitat dels dos testimonis al testament (ii. p. 25), el testament sacramental (article 572), la substitució fideïcomissària (article 635) o l'emfiteusi (article 1547), i la llegítima es regulava sobre el model castellà (ii. p. 88 i s.). Un signe de la posició del Projecte de 1851 és l'article 1237 (copiat de l'article 1390 del Codi civil francès): «No pueden pactar los esposos de una manera general que sus bienes han de gobernarse por los fueros o costumbres que hasta ahora han regido en diferentes provincias o comarcas del Reino (...)». Segons García Goyena, aquest pacte de remissió, en «referirse de una manera general a costumbre o fueros abolidos tendría visos de una resurrección...», va contra la disposició final de l'article 1992. Per tant, si hom vol alguna disposició derogada, «(...) habrán de pactarlo especialmente y transcribirla (...)». En canvi, s'incorporava a l'article 1563.9 la «rabassa morta o a primeras cepas». Es pot explicar⁵¹⁴ per la influència d'un «Expediente relativo al contrato de rabassa morta 1837» amb resums d'una instància de la Diputació de Barcelona, un informe favorable del Tribunal Suprem, informes de juristes i parlamentaris i resums de la jurisprudència de l'Audiència de Barcelona (la seva identificació és a Lasso, iv-2, p. 757). La reacció al Projecte de 1851 la descriu detalladament el professor Salvador Coderch.⁵¹⁵

Tanmateix, va prevaler l'obstacle de la pluralitat de normes territorials i el Govern va paralitzar el Proyecto de 1851. La Reial ordre de 12 de juny de 1851 del ministre de Gracia y Justicia, Ventura Gonzalez Romero, constatava:

2.º Que la existencia de fueros y legislaciones especiales, usos y costumbres varias y complicadas, no solo en determinados territorios de la monarquía, que en otro tiempo formaron estados independientes, sino tambien hasta en no pocos pueblos pertenecientes á provincias en que por lo general se observan los Códigos de Castilla, aumenta considerablemente las dificultades

514 Lasso Gaité, Juan Francisco. *Crónica de la...* Ob. Cit., p. 229.

515 Salvador Coderch, Pablo. «El Proyecto de Código civil de 1851 y el derecho civil catalán». A: Salvador Coderch, Pablo. *La Compilación y su historia*. Barcelona: Bosch, 1985, p. 7 i s.

y obstáculos que siempre ofrece la publicacion y ejecucion de todo Código general (...)

En conseqüència, en suspenia la tramitació:

3º Que por lo mismo es conveniente y necesario que antes de tomar resolucion definitiva (...) se discuta previamente por personas competentes para ello, se ilustre y prepare la opinion, y se reúnan y adquieran los datos y conocimientos generales (...).

Són dues idees que la doctrina va acceptar. El Congreso de Jurisconsultos, celebrat a Madrid l'any 1863, va triar com a primer tema «¿En qué época de la vida de los pueblos se debe codificar? ¿Cuáles son los principios que deben presidir á toda codificación?». Va intervenir Laureano Figuerola⁵¹⁶:

El legislar (...) era un hecho necesario tan luego como existia la Sociedad (...) Esta legislación ha sido recopilada: tal es el hecho que afirmaba la escuela histórica: no ha sido codificada, porque para codificar es preciso que exista la razón filosófica que da unidad y cohesión á las distintas partes que componen un Código. El siglo actual es codificador, porque es filosófico; porque las instituciones se conocen no solo en su desarrollo histórico, sino en su esencia y razón pura.

El Congrés va tenir set conclusions (31 d'octubre de 1863). Cal assenyalar-ne la 6a:

Que el modo de obtener que la codificación civil sea recibida, no tan sólo sin repugnancia, sino evitando en lo posible toda perturbación en el orden de la familia, es que vaya precedida de leyes especiales que la preparen el camino; pero, dado caso que desde luego se quisiere codificar, convendría al lado de las disposiciones generales, colocar otras especiales que dejaran en libertad sobre puntos determinados, para poder seguir la ley antigua de cada provincia hasta que el legislador creyera suficientemente preparada la opinión para adoptar la ley general (...).

I la 7a: «Que los puntos respecto á los cuales deberla dejarse en esta prudente libertad, pueden ser el sistema dotal, el de la sociedad legal y la materia de sucesiones.» (p. 11 i 51)

516 Congreso de Jurisconsultos. Madrid, 1863, p. 24.

II.1.3- L'exceptio territorial

La introdueix el Real Decreto de 2 de febrer de 1880⁵¹⁷ que reforma la Comisión General de Codificación. A la presentació (paràgraf 5), descriu la confusió, tant de la «legislación castellana» com de les «legislaciones regionales», que també s'anomenen «fueros», «fueros especiales» o «derecho foral». Reconeix que aquestes han estat l'obstacle del Proyecto de Código civil de 1851 (paràgraf 6) tot i que no les considera «(...) sino tradiciones y costumbres convertidas en leyes (...)». Proposa (paràgraf 7): (...) para las provincias, en que rigen fueros especiales, prescindir, en obsequio a la unidad legal, de lo que para ellas no sea fundamental, en la seguridad de que lo que verdaderamente merezca este concepto, será respetado é incluido en el Código general, como excepción aplicable al territorio en que hoy está vigente, y donde á la vez que sea unánimemente reconocida como útil y provechosa, sea expresamente reclamada (...).

Per executar-ho, el Real Decreto (presentació, paràgraf 10 i article 4) estableix que «(...) un letrado de reputación por su ciencia y práctica» de cada territori foral redacti una «memoria» amb «(...) los principios é instituciones de derecho foral que por su vital importancia sea, á su juicio, indispensable introducir como excepción para las respectivas provincias en el Código general (...) concluyendo por formular su pensamiento en artículos (...)».

Per a Catalunya, el nomenat fou Duran y Bas (vegeu i.5-). A l'«Articulado»⁵¹⁸ l'article i expressa aquesta excepcionalitat: «En Cataluña regirán en materia de derecho civil las excepciones introducidas para su territorio en el Código general o en leyes especiales, y en su defecto las disposiciones de dicho Código (...)». El futur codi espanyol es designa «derecho común» en nombrosos articles (articles 3, 4, 36, 109, 237, 238, 257, 266, 267, 289, 312, 323, 334 i 338). Però també s'hi esmenta l'*ius commune* històric que subsisteix (article ii: «En todos los casos en que para la aplicación de dichas excepciones aparezca incompatibilidad entre ellas y las disposiciones de derecho común que igualmente sea necesario aplicar para completarlas, deberá acudirse á las que han regido según la ley única, tít. 30, lib. 1º, Volumen 1º de las antiguas Constituciones de Cataluña (...)»). En la pràctica, i allunyant-se de l'exceptio-

517 *Gaceta de Madrid*, núm. 38 (7 de febrero de 1880).

518 Duran y Bas, Manuel. «Articulado» que segueix la Memoria. Els dos textos amb les respectives paginacions originals a Mirambell Abancó, Antoni; Salvador Coderch, Pablo. *Proyecto d'Apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, 1995.

nalitat, Duran y Bas confegeix un cos sistemàtic ordenat en 12 títols que comença amb «*Título Primero. De la Aplicación del Derecho especial de Cataluña*». Els 12 títols tenen aquesta seqüència de matèries: naturalesa i veïnatge, règim de béns, heretaments, coses, obligacions i contractes, successió testada, successió legal i prescripció. La unitat del conjunt es reforça amb les relacions entre els articles mitjançant remissions.

II.1.4- L'especialitat dels drets territorials i l'única supletorietat del Codi civil

Corresponen al Proyecto de Ley de bases para el Código civil de 1881 i al Proyecto de Código civil. Libros Primero y Segundo de 1882. Presenta ambdós Manuel Alonso Martínez, el ministre de Gracia y Justicia del Govern liberal del moment.

El Proyecto de Ley de bases de 20 d'octubre de 1881⁵¹⁹. En l'aspecte lingüístic, consolida l'expressió «foral», contrastant la «legislación general de España» (base 14 bis), «legislación en todo el Reino (...)» (base 17) i «el Código general» amb les «instituciones forales» i les «provincias aforadas» (ambdues a la base 17).

Però la dada important és que aquest projecte de bases de 1881 depassa el Real Decreto de 2 de febrer de 1880 en dos importants punts de la base 17.1, que diu «Para aproximarse a la uniformidad de legislaciones para todos los ciudadanos españoles (...)». Un és el fet que la incorporació al codi de les institucions forals té extensió igualment general («(...) las instituciones forales que por su índole puedan y deban constituir (...) con ventaja común el derecho general de los ciudadanos españoles (...)») amb una previsió per a les altres («(...) especiales, la posible asimilación para que las diferencias que resulten subsistan tan solo como excepción de una regla común (...)»). El segon determinarà la política legislativa posterior amb dues iniciatives conjuntes: la conservació dels drets territorials i la seva fixació en lleis:

Fuera de esto en las provincias aforadas se conservaran por ahora y seran objeto de un Proyecto de ley especial (...) aquellas instituciones que por estar muy arraigadas en las costumbres es imposible suprimir sin afectar hondamente a las condiciones de la propiedad y al estado de la familia.

519 Lasso Gaité, Juan Francisco. *Crónica de la...* Ob. Cit., IV-1 p. 386, IV-2 p. 546.

La base 27.3 atorga l'opció unidireccional en favor del Codi: «(...) los naturales de las provincias aforadas (...) podrán optar a su voluntad entre sus peculiares instituciones y la legislación general del Reino (...)». La base 27.4 deroga el drets supletoris dels drets territorials («(...) con la publicación del Código civil quedaran derogados los Códigos Romanos y las Decretales en las provincias donde hoy se aplican como derecho supletorio (...)») sense pronunciar-se sobre la supletorietat del Codi civil. Tanmateix, segons Alonso Martínez, sí que ho era: «yo consignaba que el nuevo Código seria supletorio en todas las provincias de régimen foral».⁵²⁰ El Proyecto de Código civil. Libros Primero y Segundo, presentat per Alonso Martínez el 24 d'abril de 1882, parla de les lleis territorials en la presentació.⁵²¹ L'article 1 estableix l'àmbit territorial de vigència de les lleis en general i, per tant, del Codi mateix: «Las leyes obligarán en la Península, Islas Baleares y Canarias a los veinte días de su promulgación (...)». Les institucions del «régimen foral» pensades per incorporar-les al Codi amb extensió general: viduïtat, testamentificació, llegítimes, foros, rabassa morta, pertanyents al futur llibre iii, semblen tornar a la limitació territorial. L'«exposición a las Cortes» diu «(...) serán objeto de un examen detenido cuando se establezcan los límites y relaciones del Derecho general con las costumbres y especial legislación de ciertas localidades (...)». En tot cas, «El Gobierno mantiene su promesa solemne de respetar en su fondo y en su esencia el régimen foral y de traer en su día a las Cortes proyectos de leyes especiales que una vez aprobados sirvan de adición y complemento al Código general en las provincias aforadas (...)».

II.1.5- L'especialitat dels drets territorials.

La subsistència dels respectius drets supletoris i la segona supletorietat del Codi civil proposada per Duran y Bas

Havent canviat el Govern, el ministre de Gracia y Justicia del partit conservador, Francisco Silvela, el 7 de gener de 1885, va presentar al Senat un «Proyecto de ley, facultando al Gobierno para publicar un Código civil con sujeción a las condiciones y bases que en dicho proyecto se establecen (...)».⁵²² En la seva

520 Intervenció al Congrés dels Diputats el 17 d'abril de 1889. *El Código civil. Debates Parlamentarios 1885-1889*. Tom II. Madrid, 1989, p.1818 i Lasso Gaité, Juan Francisco. *Crónica de la...* Ob. Cit. IV-1, p. 425.

521 Lasso Gaité, Juan Francisco. *Crónica de la...* Ob. Cit. IV-2, p. 546.

522 *El Código civil. Debates...* Ob. Cit. Tom I. Madrid: 1989, p. 487.

exposició, el Ministre va remarcar tres punts: que el nou codi es limitaria al dret castellà: « (...) los límites territoriales que abarca el llamado derecho de Castilla (...)»; que la limitació seria compatible amb la subsistència dels drets forals: «(...) el Gobierno solicita de las Cortes una autorización reducida a la reforma del derecho común de Castilla y todo lo que hoy es y se estima por los tribunales derecho foral queda en la misma situación y estado que hoy tiene (...)»; i que el dret de Castella és el «derecho común», «(...) la codificación del derecho común que podremos llamar, aunque impropriadamente, por un uso admitido, derecho de Castilla (...)».

Respecte dels drets territorials, l'article 6 preveia «(...) los Apéndices del Código civil en los que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una (...)». Tanmateix, l'article 5 els mantenia interinament. El problema de la concurrència amb el Codi el resolvia l'article 5 mateix fent servir el concepte d'aplicabilitat en distingir-hi dos graus o intensitats, la immediata per a ells i la supletòria per al Codi: «Las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad sin que sufra alteración su actual régimen jurídico por la publicación del Código que registrará tan sólo como supletorio (...)». Exceptuant-ne «El título preliminar del Código en cuanto establezca los efectos de las leyes y de los estatutos y las generales para su aplicación será obligatorio para todas la provincias del Reino (...)», en què «obligatorio» significa alhora la vigència i l'aplicabilitat; no sols directa, també exclusiva i excloent. La base 27 confirmava la subsistència dels drets forals en deixar-los fora de l'eficàcia derogatòria de la disposició final limitada al dret de Castella: «La disposición final derogatoria será general para todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el derecho civil llamado de Castilla en todas las materias que son objeto del Código y quedaran sin fuerza legal alguna (...)».

La regla general de la supletorietat del Codi imposava alhora expandir-ne la vigència, només implícita a les «leyes» de l'article 1 del projecte de 1882, als territoris amb dret propi; també implícita ara, ja que no s'esmentava el concepte de vigència. A més, la base 27 no deia res dels drets supletoris dels drets forals. La seva supressió s'ha de deduir del fet que la supletorietat del Codi sigui l'única que s'esmenta. La deducció no semblava gaire clara, perquè Alonso Martínez, com a diputat, va fer un vot particular al Congrés (el 8 de juny de 1885)⁵²³ demanant-ne la declaració expressa.

523 *El Código civil. Debates...* Ob. Cit. Tom i, p. 650 i 884.

D'aquesta manera, el Proyecto de Ley de Bases de 1885 utilitzava dos cops la dualitat d'intensitats de l'aplicabilitat de la norma i seleccionava la supletòria. Originàriament, l'aplicabilitat supletòria li servia per emfasitzar l'abast de la derogació de les lleis. Procedia de la base 27 («La disposición final derogatoria será general para todos los cuerpos legales, usos y costumbres (...) y quedaran sin fuerza legal alguna así en su concepto de leyes directamente obligatorias como en el de derecho supletorio (...)), que descriu l'absolutesa de la derogació del dret de Castella al seu territori. Però, a l'article 5, tornava a utilitzar l'aplicabilitat supletòria, ara del futur Codi, amb la funció contrària. Com a mitjà per estendre'n la vigència a tots els territoris amb dret propi. Aquesta diversitat de funcions, en la derogació i en l'extensió de la vigència, passarà al Codi civil (article 1976 i articles 12.2 de 1888 i 13.2 de 1974).

L'article 5, en la versió que va sortir del Congrés (11 d'abril de 1885), afegia la subsistència dels drets supletoris dels forals adjudicant al Codi una segona supletorietat «(...) que regirá tan solo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales (...)».⁵²⁴ La causa del canvi l'explica el diputat Alonso Martínez al Congrés el 17 de setembre de 1889.⁵²⁵ L'atribueix a la influència de Duran y Bas. En comentar la igualtat dels projectes de la Llei de bases, el seu de 1881 i el de Silvela de 1885, Alonso diu:

La única diferencia importante (...) consiste en que yo consignaba que el nuevo Código sería supletorio en todas las provincias del Reino y el Sr. Silvela, dando en esto gusto al Sr. Duran y Bas y enmendando lo que yo habia propuesto, dijo que este Código no sería supletorio sino a falta del derecho supletorio de cada uno».

Més endavant, Duran y Bas va ser ministre de Gracia y Justicia (del 4 de març al 25 d'octubre de 1899) del govern presidit per Silvela.

Tanmateix, la proposta de Duran y Bas serà molt rellevant per a Catalunya, on el dret propi i el dret supletori formaven una unitat normativa com ell mateix havia dit: «Abrazando como abraza todas las partes del derecho civil el foral de Cataluña, pues el derecho municipal con el supletorio forman una legislación civil completa».⁵²⁶ En separar-los, el dret supletori esdevenia un dret derogable i derogat per «substitució» per la disposició final primera de la CDCEC de 1960.

524 *El Código civil. Debates...* Ob. Cit., Tom I, p. 536.

525 *El Código civil. Debates...* Ob. Cit. Tom II, p. 1818 i Lasso Gaité, Juan Francisco. *Crónica de la...* Ob. Cit. IV-1, p. 425 i 434.

526 Durán y Bas, Manuel. *Memoria acerca...* Ob. Cit., p. 109.

II.1.6- Els «regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional»

L'expressió és del vigent títol preliminar del Codi civil, capítol 5 (D. 1836/1974), però la idea correspon a les versions anteriors («Real Decreto de 6 de octubre de 1888, disponiendo que se publique el Código Civil en la *Gaceta de Madrid*» i «Real Decreto de 24 de julio de 1889, disponiendo publicar en la *Gaceta de Madrid* el texto de la nueva edición del Código Civil con las enmiendas y adiciones propuestas por la Sección de lo civil de la Comisión General de Códigos»).

L'anterior Llei de bases d'11 de maig de 1888, que autoritza el Govern per publicar un codi civil, presentada pel ministre Francisco Silvela, reproduïx els articles 5 i 6 del seu «Proyecto» de 1885 als articles 5 «conservarán por ahora (...) supletorio en defecto del que lo sea en cada (...)» i 6 «en uno o varios proyectos de ley, los Apéndices del Código civil (...) las instituciones que conviene conservar (...)».

Al títol preliminar del Codi civil, el qualificatiu «común» té el sentit territorial de dret de Castella i s'aplica només al nou Codi civil en assignar-li el seu territori de vigència. D'aquesta manera, d'una banda, se'l distingeix de la resta de territoris on seguiran vigents els altres drets qualificats globalment de forals o especials. Però, de l'altra, se l'equipara amb aquests. Article 15:

Los derechos y deberes (...) declarados en este Código son aplicables 1º A las personas nacidas en provincias ó territorios de derecho común de padres sujetos al derecho foral si éstos (...) someter-se al Código civil, 2º A los hijos de padre (...) madre perteneciente á provincias ó territorios de derecho común, aunque hubieren nacido en provincias ó territorios donde subsista el derecho foral, 3º A los que, procediendo de provincias ó territorios forales, hubieren ganado vecindad en otros sujetos al derecho común (...).

Les «provincias o territorios de derecho común» es contraposen, per raó de l'adjectiu, a les «provincias y territorios en que subsiste derecho foral» (article 12.2) i, per això, el conjunt de províncies de «derecho (civil) común» equival a les «provincias no aforadas» (article 13). Segons Sanchez Roman⁵²⁷, hi ha 10 províncies, sense Galícia, de «derecho civil especial», «(...) mientras que las treinta y nueve restantes tienen la misma legislación, pero diferente de la de aquellas, y que se denomina usualmente aunque con cierta impropiedad,

527 Sanchez Roman, Felipe. Estudios de Derecho Civil. Vol. I. Madrid: 1899, p. 510.

común (...)). El codi civil espanyol de 1888 parla de dret «foral» i de «sus leyes especiales» una vegada a l'article 12.2. A més, té una important exclusiva. És l'únic amb una norma de submissió, però unidireccional en l'article 15: «Los derechos y deberes de familia, los relativos al estado, condición y capacidad legal de las personas, y los de sucesión testada é intestada declarados en este Código, son aplicables: 1º(...)». Les protestes, fonamentalment provinents de Catalunya, van determinar en la 2a edició del Codi civil de 1889 un darrer apartat de reciprocitat: «Las disposiciones de este artículo son de recíproca aplicación a las provincias y territorios de diferente legislación civil». Condemines I Faus⁵²⁸ expliquen que «(...) gracias a la eficaz gestión del señor Marqués de Comillas cerca de la Reina Regente y el encargo que don José Canalejas hizo al eminente jurisconsulto don Juan de Dios Trias y Giró de dar una nueva redacción a tan debatido artículo(...)».

El polític liberal José Canalejas va ser el ministre de Gracia y Justicia que va contrasignar el rd.24-vii-1889 «disponiendo publicar en la *Gaceta de Madrid* el texto de la nueva edición del Código civil con las enmiendas y adiciones propuestas por la Sección de lo civil de la Comisión General de Códigos».

Posteriorment, als articles 14 i 15 del nou títol preliminar de 1974 es duplicarà «derecho foral o especial» per influència de les sis compilacions dels drets territorials (entre 1959 i 1973), tres de «derecho especial de (...)» Catalunya, Illes Balears i Galícia i tres de «(...) derecho foral de (...)» Biscaia i Àlaba, Aragó i Navarra.

La disposició final, article 1976, arriba amb canvis a la versió final: «Quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho civil común en todas las materias de este Código (...)». Hi ha canvis en relació amb la base 27 que, després de «del Código» afegia «(...) aunque no sean contrarias a (...)». Aquest fragment desapareix i només queda «(...) quedaran sin fuerza legal alguna (...)» que es duplica en «fuerza y vigor». I també hi ha canvis en relació amb la versió de 1888 que, d'acord amb la base 27, es referia a «el llamado derecho civil de Castilla» (igual que a la base 12 respecte de drets reals limitats «(...) con sujeción todo ello a los principios y prácticas del derecho de Castilla (...)» que subsisteix), que passa a ser «derecho civil común». Tanmateix, en tota la seqüència era clar que només es derogava el dret de Castella un cop admès el manteniment dels drets territorials. De

528 Condemines Valls, Francisco De Asis; Faus Esteve, Ramon. *Derecho civil especial de Cataluña*. Barcelona: 1960, p.35.

fet, el canvi de nom «derecho de Castilla» a «derecho civil común» no es va considerar rellevant per la doctrina. Sanchez Roman⁵²⁹ diu que és inconstitucional per infracció de la Llei de bases i que és «una sustitución poco feliz por haberse hecho de una expresión exacta por otra más impropia y a lo sumo de un valor convencional».

II.1.7- L'aplicabilitat de la llei i els seus dos graus, directe i supletori, són els instruments per imposar la vigència del codi civil espanyol als territoris de drets forals. La subsistència del territori del dret de Castella. El codi civil espanyol és el «derecho especial o foral» del «territorio de derecho común»

L'article 1 del Codi civil de 1888, que establia la vigència territorial i l'aplicabilitat exclusiva de les lleis en general —«Las leyes obligaran en la península, islas adyacentes, Canarias y territorios de África sometidos a la legislación peninsular (...)»— era, en primer lloc, aplicable al Codi propi, de manera que crear una norma específica de vigència territorial semblava superflu. De fet, no era així, perquè l'article 1 no tenia en compte la peculiaritat que el codi civil espanyol coexisteix territorialment amb els drets forals. Per això sí que li calia una norma específica de vigència territorial i aplicabilitat que regulés aquesta innovació.

La norma va ser l'article 5 de la Llei de bases de 1888 i, arran d'ell, ho era l'article 12 del Codi civil (actual article 13), que utilitzava el concepte d'aplicabilitat de la llei distingint-ne els dos graus o intensitats: immediat o directe i supletori o defectiu. Amb ells assenyalava les modalitats de concurrència del codi civil espanyol amb els drets forals.

Entre l'article 5 de la Llei de bases de 1888 i l'article 12.1 hi ha una important diferència d'enfocament. L'article 5 (com el seu precedent de 1885) és un article de drets territorials seguits pel Codi «Las provincias y territorios (...) El título preliminar del Código (...)». L'article 12.1 el capgira i es converteix en un article del Codi civil «Las disposiciones de este título (...)» seguit pels drets territorials; article 12.2 «En lo demás (...)». També el vigent article 13.1.2.

529 Sanchez Roman, Felipe. *Estudios de Derecho Civil*. Vol. I. Madrid: 1899, p. 574

El grau o intensitat immediat o directe a tot el territori el fa servir el vigent article 13.1 —«(...) tendrán aplicación general y directa en toda España (...)»— per a «las disposiciones» del títol preliminar només sobre determinades matèries. Abans, l'article 12.1 del Codi civil de 1888 n'havia dit que «(...) son obligatorias en todas las provincias del Reino (...)» (per exemple, article 1 «Las leyes obligarán (...)»). L'«(...) aplicación general y directa (...)» d'aquestes limitades «(...) disposiciones en cuanto determinan (...)», sense cap al·lusió als drets forals, significava l'aplicabilitat exclusiva del codi civil espanyol en les matèries designades i l'impediment *de facto* de l'aplicabilitat dels drets forals a elles. No *de iure* perquè l'«(...) aplicación general y directa (...)» del Codi civil no n'afectava la vigència als territoris respectius. Només n'afectava l'aplicabilitat que romania, però, definitivament paralitzada. Així es compleix el compromís de l'article 5 de la Llei de bases de 1888 i de l'article 12.2, segons el qual «Las provincias y territorios en que subsiste derecho foral lo conservarán por ahora en toda su integridad sin que sufra alteración su actual régimen jurídico (...)». També el complia la disposició final de l'article 1976, que només derogava el dret de Castella.

En les matèries restants, el codi civil espanyol opera amb el grau o intensitat supletori o defectiu i en la segona instància proposada per Duran y Bas: «En lo demás (...) este Código que regirá tan solo como supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquellas por sus leyes especiales (...)» (article 12.2 del Codi civil de 1888; article

13.2 vigent). Aquesta aplicabilitat mínima era i és suficient per a la finalitat d'estendre la vigència del codi civil espanyol als territoris dels drets forals i resoldre els conflictes de la coexistència. Malgrat que en comporti, també *de facto*, la inaplicabilitat provocada per la preferència dels drets supletoris propis quan eren suficients com els drets canònic i romà.

Com s'ha dit, les dues aplicabilitats també es fan servir, conjuntament, a la disposició final de l'article 1976 per refermar l'eficàcia derogatòria del nou Codi respecte del dret de Castella al seu territori. És total en l'extensió «Quedan derogados todos (...)» i també ho és en la intensitat «(...) y quedarán sin fuerza y vigor, tanto en su concepto de leyes directamente aplicables como en el de derecho supletorio (...)». Tanmateix, la derogació absoluta no significa que desaparegui el territori de vigència de l'antic dret de Castella.

La subsistència del territori del dret de Castella com a «territorio de derecho común» implica que el codi civil espanyol sigui el seu «derecho especial

o foral». La seva «vecindad civil» confirma la subsistència del territori propi del dret de Castella. Tot i que no ho diu explícitament, el Codi civil, a part de la vigència declarada a tot el territori d'Espanya (article 12 de la Llei de 1888; article 13 vigent), té una segona vigència al territori on havia regit el derogat dret de Castella. En teoria seria un *tertium genus* d'aplicabilitat a afegir a les dues modalitats del articles 12.1.2 de la Llei de 1888 i 13.1.2 vigent. Es caracteritza per tres notes: la seva obligatorietat/aplicabilitat general directa no seria materialment limitada sinó que abastaria tota la matèria civil, quedaria eliminada qualsevol aplicabilitat supletòria, i no tindria dret supletori propi. Amb aquestes importants salvetats el Codi civil, com a substitut del dret de Castella derogat, es podria equiparar, al seu antic territori, amb els altres drets territorials.

Hi ha equiparació, però no en termes territorials. El codi civil espanyol no té dues vigències al territori de l'antic dret de Castella: com a general d'Espanya i com a foral de Castella. Però sí que hi ha equiparació indirectament en termes d'estatut personal en situacions de conflicte de normes.

És el punt de vista de la base 2 final de la Llei de bases de 1888

(...) para dar algunas bases seguras a las relaciones internacionales civiles, como para facilitar el enlace y aplicación del nuevo Código y de las legislaciones forales, en cuanto a las personas y bienes, de los españoles en sus relaciones y cambios de residencia ó vecindad en provincias de derecho diverso (...)

I també ho és dels articles 14 (que estén les normes de dret internacional públic «(...) a las personas, actos y bienes de los españoles en territorio o provincias de diferente legislación civil(...)») i 15 del Codi civil de 1888 i dels articles 15 i 16 vigents. El seu símbol és la «vecindad civil» com a nou estat civil que s'adjunta a la nacionalitat espanyola; en concret, la «vecindad civil en territorio de derecho común» (article 15.3r de la Llei de 1888, article 14.2 vigent).

La «vecindad», inicialment administrativa, és va designar «civil» arran de l'article 2 del Reial decret de 12 de juny de 1899 (impulsat per Durán y Bas, com a ministre de Gracia y Justicia), que va canviar el nom del llibre «de ciudadanía» del Registre civil pel nom «de ciudadanía y de vecindad civil».

II.1.8- Els dos graus d'aplicabilitat, directa i supletòria, de la llei als articles 12 del Codi civil, la Llei de 1888 i 13 vident de la Llei de 1974

L'aplicabilitat obligatòria o directa és l'instrument per a la imposició de la vigència del Codi civil i, a més, és exclusiva i exclouent amb la finalitat de negar qualsevol aplicabilitat al dret «especial o foral» del seus territoris, en determinades matèries. En la versió de l'article 13.1

Las disposiciones de este título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación así como las del título IV del libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España (...)

que afegeix «(...) con excepción matrimonial (...)», que a l'article 12.1 del Codi civil de 1888 no hi era. Com s'ha dit, el codi civil espanyol reclama en aquestes matèries l'aplicabilitat exclusiva, però sense derogar els drets territorials.

Per això, hi ha una reserva en favor de l'Estat però amb motius diferents. Per raó de la matèria les disposicions del títol preliminar. Les del llibre i, títol 4, «Del matrimonio», (base 3a de la Llei de bases d'11 de maig de 1888) resulten de l'acord amb la Santa Seu en què intervenen Manuel Alonso Martínez i el Cardenal Mariano Rampolla, antic nunci a Madrid i secretari d'Estat amb Lleó XIII, segons el qual el Papa «(...) aprueba (...) todo cuanto se refiere al matrimonio entre católicos (...)» i, respecte a «(...) los matrimonios de los heterodoxos (...) podrá tolerar que acerca de esto el Gobierno adopte las decisiones que estime conveniente (...)». Dels tractes previs, se'n parla als debats parlamentaris sobre el codi civil espanyol un cop publicada la seva primera edició (sessions del Senat del 8 i de 21 de febrer de 1889; en la primera s'al·ludeix a una intervenció d'Alonso Martinez en la sessió de 14 de març de 1887).

Per la seva banda, l'aplicabilitat supletòria o mínima era a l'article 12.2 del Codi civil de 1888:

«En lo demás, las provincias y territorios en que subsiste derecho foral, lo conservarán por ahora en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico, escrito o consuetudinario(...)»

i és a l'article 13.2 vident:

En lo demás, y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código Civil como

derecho supletorio en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas según sus normas especiales.

Té dues finalitats connexes, de les quals la important és la segona. Una de conservadora, reconèixer no atribuir («En lo demás en que subsiste seguirá(...)») la subsistència dels drets forals als seus territoris, i una altra d'innovadora, que és estendre la vigència del codi civil espanyol a aquests i, complementàriament, ordenar la coexistència de normes civils que aquesta extensió provoca. El fet que s'utilitzi la supletorietat i segona de segon grau per estendre la vigència del codi civil espanyol a territoris on el dret de Castella no havia regit mai indica, com ja s'ha dit, que aquesta aplicabilitat mínima és també la suficient per a la vigència d'una norma.

Com també s'ha vist, la frase és una transacció. S'admet la supervivència dels drets supletoris territorials a canvi de l'extensió de la vigència del Codi civil necessàriament per la via de la supletorietat. El conflicte s'ordena en favor del supletori propi. La segona supletorietat del codi civil espanyol té el significat de vigència però mancada d'efectivitat reguladora a la pràctica, clarament, en el dret català atesa la potència de l'*ius comune*. Mostra que el codi civil espanyol no vol ésser aplicat en la pràctica als territoris de dret especial o foral. impediran

La possible manca d'efectivitat de la segona supletorietat del codi civil espanyol palesa que la seva funció veritable és de mesura de política legislativa. És de mitjà per estendre'n la vigència com a substitut del dret de Castella (el «llamado derecho civil de Castilla») als territoris on fins llavors no havia regit. I, a la inversa, per als drets especials o forals és el mitjà per incardinar-los a l'ordenament jurídic espanyol. Un mitjà que l'article 149.3 de la CE ha constitucionalitzat.

A més, la segona supletorietat era i és provisional, perquè el codi civil espanyol estava a l'espera dels futurs «apéndices del Código civil» (article 6 de la Llei de bases d'11 de maig de 1888) que suprimiran els drets supletoris respectius dels forals de manera que el codi civil espanyol passarà a primer, i únic, supletori. I la primera supletorietat sí que n'assegura l'aplicació efectiva, atès que els apèndixs serveixen (article 6) perquè «(...) contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen (...)». Això vol dir que seran regulacions necessàriament incompletes.

El canvi dels «apéndices a las compilaciones» a les «compilaciones de derecho especial/foral» (Decret de 23 de maig de 1947)⁵³⁰ no altera la idea de suprimir els drets supletoris dels especials o forals. A Catalunya serà arran de la vigència de la cdcec de 1960, disposició final primera

Las normas del Derecho Civil especial de Cataluña escrito o consuetudinario, principal o supletorio, vigentes, a la promulgación de esta Compilación, quedan, sustituidas por las contenidas en él

amb declaració expressa i l'única supletorietat del codi civil espanyol i les lleis estatals a la disposició final segona:

En lo no previsto en la presente Compilación regirán los preceptos del Código civil que no se opongan a, ella y las fuentes jurídicas de aplicación general (...).

És el que també diu l'article 1. El filtre de la no oposició prové de l'article 13 del codi civil espanyol de 1888 referent a Aragó i les Illes Balears.

II.1.9- Conclusiones sobre la vigència i l'aplicabilitat de les lleis des del punt de vista de la territorialitat

La correcció del vigent article 13.1, «(...) tendrán aplicación (...) general y directa en (...)» a l'article 12.1 de 1888, «(...) son obligatorias en (...)», és molt oportuna, perquè permet distingir en les lleis (article 1976) la vigència, o «fuerza y vigor», i l'aplicabilitat en ambdós graus («concepto de leyes obligatorias como en el derecho supletorio»).

Atès que aquí es parla de vigència territorial, la vigència de la llei es pot definir com una propietat consistent a imposar al jutge amb jurisdicció en el territori, pel sol fet que existeixi, el deure d'aplicar-la. L'aplicabilitat és la projecció externa de la vigència, la seva concreció als casos que es presentin (article 1.7: «asuntos de que conozcan»; a l'anterior article 6.2: «aplicable al punto controvertido»). L'aplicabilitat de les normes vigents es regeix per diverses regles. La primera és la dels dos graus o intensitats respecte d'un «asunto» en particular: la «directa/directamente» (article 13.1; df, article 1976) immediata o actual o bé la supletòria o defectiva (mediata o potencial). Les dues compilacions catalanes han fet servir «principal o supletori» (df 1a). Al codi

530 Decret de 23 de maig de 1947 pel qual s'autoritza el Ministeri de Justícia per a nomenar comissions de juristes encarregades de l'estudi i ordenació de les institucions de dret foral. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 163 (12 de juny de 1947).

civil espanyol «directa» s'ha entendre segons el context. Així, a l'article 1.5 —«Las normas jurídicas contenidas en los tratados internacionales no serán de aplicación directa en España en tanto (...)»—, l'aplicació directa té el sentit d'aplicabilitat en general, o de vigència, sense entrar en graus. La segona regla és que l'aplicabilitat d'una llei vigent es pot excloure *de facto* quan una altra imposa la seva exclusivitat en la regulació d'una matèria. La tercera és que l'aplicabilitat d'una norma vigent en un territori es pot suspendre per normes instrumentals que imposin l'aplicabilitat de normes que no hi són no vigents. Siguin de dret transitori en favor d'una norma pròpia derogada o de dret internacional privat en favor d'una norma d'un altre ordenament; inclòs el codi civil espanyol quan es considera substituït del dret de Castella al seu antic territori, «territorio de derecho común» (article 14.2).

El codi civil espanyol de 1888, també en la reforma del títol preliminar de 1974, relaciona l'aplicabilitat amb la vigència de la llei tant en l'origen com en l'extinció. En l'origen, en fa prou amb l'aplicabilitat supletòria (article 12,2 i article 13.2 vigent). En l'extinció, ambdues aplicabilitats, directa i supletòria, són necessàries (df article 1976). A partir d'aquí s'obre un seguit d'opcions. Referent a l'aplicabilitat «directa» o immediata, vegeu la mancada de valor exclusiu i exclouent i la mancada de reserva estatal (article 12.1 de 1888 i article 13.1 de 1974, ambdós *a contrario*). Referents a la derogació, vegeu la possibilitat de la parcial. És el tema de la df, article 1976, que distingeix en la norma en general els dos graus de l'aplicabilitat: la immediata i la supletòria *ad hoc* de la derogació de la vigència del dret de Castella. Perquè sigui completa calen els dos graus. Precisament perquè considera que la subsistència del grau més feble manté la vigència de la norma.

També hi ha els casos d'aplicació de normes encara no vigents, però d'incorporació obligada, com són les directives encara no incorporades. O normes *in fieri*, com fa indirectament la Sentència del Tribunal Suprem de 23 de novembre de 1955,⁵³¹ que té en compte, però no aplica, el Proyecto de compilación del derecho civil especial de Cataluña

(...) que aun sin revestir de momento el rango de norma legal, marca una orientación legislativa autorizada y merecedora de que se tome en consideración al aplicar reglas de derecho en materia foral catalana (...).

531 Sentència del Tribunal Suprem 359/1955, de 23 de novembre.

II.1.10- La supletorietat del codi civil espanyol envers els drets civils «forales» necessàriament incomplets. La incompletesa els fa «especiales». El nou sentit de dret especial.

El fet que el codi civil espanyol valori que els drets territorials tenen drets supletoris i els tracti separatament (article 12.2 de 1888 i article 13.2 vigent) els assenyalava amb la nota d'incompletesa perquè remarca que no regulen moltes matèries que pertanyen a la matèria civil.

La incompletesa del dret positiu respecte de la matèria s'ha d'entendre com a inexistència de norma i, per tant, és diferent i molt més àmplia que les llacunes de la llei que són mancances o deficiències internes i puntuals. Com les defineix Zitelmann,⁵³² «(...) llacunes dintre del Dret (...) en el sentit que el Dret positiu per a un cas donat no dona cap decisió, que d'ell no es pot obtenir la resposta a una determinada pregunta» («Lücken innerhalb des Rechts... in dem Sinne also, daß das positive Recht für einen vorgelegten Fall keine Entscheidung gewähre, daß die Antwort auf eine bestimmte Frage aus ihm nicht zu entnehmen sei»). També ho dirà molt més tard la presentació de motius, paràgraf 15, del Decret 1836/1974, de 31 de maig «(...) lagunas de la ley, que puedan darse (...) no presupone la falta absoluta de una norma, sino la no previsión por la misma de un supuesto determinado, defecto o insuficiencia (...)».

La perspectiva dels drets «forales» era l'augment de llur incompletesa reguladora quan s'apleguessin en «apèndices del Código civil» només d'institucions aïllades (article 6 de la Llei de bases de 1888 «Apèndices (...) en los que se contengan las instituciones forales que conviene conservar en cada una de las provincias o territorios donde hoy existen (...)»). És als Apèndixs on s'introdueix la nota d'«especialitat» assignant-la als drets forals als seus territoris, En aplicar-los l'especialitat els oficialitzava com a regulacions de contingut limitat respecte de l'amplitud de la matèria civil. Com s'ha dit l'especialitat dels drets era alhora una innovació respecte del codi civil espanyol que els anomenava només «derecho foral» i en un sol cas emprava «sus leyes especiales» (article 12.2). La duplicació «derechos especiales o forales» apareixerà amb la reforma del títol preliminar de 1974.

532 Zitelmann, Ernst. *Lücken im Recht*. Leipzig: 1903, p. 9.

L'especialitat material la va introduir el Real decreto de 7 de desembre de 1925⁵³³ aprobando el Apéndice al Código Civil correspondiente al Derecho Foral de Aragón, l'únic que va existir. La seva presentació (una veritable declaració de principis) descrivia la relació amb el codi civil espanyol llei/dret comú:

A causa de la especialidad que es nota característica del Apéndice, no tienen cabida en él enmiendas de la ley común (...).

Si bien se circunscribe generalmente a enunciar la especialidad, presupuesta en lo demás la observancia de la legislación común (...).

En suma, ha procurado la Comisión que el Apéndice exprese con ingenua lealtad y con la fijeza que cuadra a una ley positiva, el ser actual de la especialidad jurídica aragonesa, tal como el Código civil quiso respetarla (...).

En al·lusió a l'article 13 del Codi civil en què el dret aragonès apareixia com a excepcional «No obstante (...) este Código empezará a regir en Aragón (...) al mismo tiempo que en las provincias no aforadas en cuanto no se oponga a aquellas de sus disposiciones (...)».

La contraposició especialitat/comunitat del dret per raó de l'abast de la regulació es retroba a l'article 1 de l'Apéndice de Derecho Catalán al código civil de 1930: «(...) las disposiciones del Código y de las leyes de carácter general que modifiquen o adicionen el propio Código en materias no reguladas en este Apéndice (...)» i dirà «Las disposiciones del Código Civil y de sus leyes complementarias serán designadas en el texto de este Apéndice, para distinguir las de sus propios preceptos, con la denominación genérica de derecho común (...)».

Aquesta darrera prescripció també és a l'article 2 de l'Anteproyecto de Apéndice. Instituciones de Derecho Civil Catalán (23 de julio de 1931).⁵³⁴

La limitació de regulació respecte de la matèria civil es manté en les posteriors «compilaciones» dels drets territorials arran del Decret de 23 de maig de 1947⁵³⁵ «...la compilación de las instituciones forales» i l'Ordre de 10 de febrer de 1948⁵³⁶ «proyectos de compilaciones forales». El canvi de nom en remarca l'autonomia respecte del codi civil espanyol com a «Compilaciones del De-

533 Real decreto de 7 de desembre de 1925 aprovant l'apèndix al Codi civil corresponent al Dret foral d'Aragó que s'insereix. *Gaceta de Madrid*, núm. 349 (15 de desembre de 1925).

534 «Apéndice de Derecho catalán al Código Civil» (1930). A: *Proyecto d'Apèndix i materials...* Ob. Cit.

535 Decret de 23 de maig de 1947 pel qual s'autoritza el Ministeri de Justícia per nomenar comissions de juristes encarregades de l'estudi i ordenació de les institucions de dret foral.

536 Ordre de 10 de febrer de 1948 per la qual es nomenen les comissions de juristes per a l'estudi i ordenació de les institucions de dret foral. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 53 (22 de febrer de 1948).

recho Especial/Foral de...». Però l'especialitat/foralitat del dret, recollida en el títol de les lleis, expressa tant la limitació territorial com la de la matèria regulada

Les sis compilacions (entre 1959, de Biscaia i Àlaba i 1973, de Navarra), amb «Foral» com a nom tradicional, es caracteritzaran per llur incompletesa que es pot qualificar de sistèmica. Atès que, amb fórmules variades, n'hi ha cinc que suprimeixen el seu dret històric (la d'Aragó, ja ho havia fet amb l'apèndix de 1925), es queden sense el dret supletori propi. Amb el resultat que el codi civil espanyol n'esdevindrà l'únic (*ex* article 12,2) i amb aplicabilitat efectiva.

II.1.11- L'«especialitat», en realitat «excepcionalitat» territorial i material del dret civil català a Catalunya. La cdcec, Llei 40/1960, de 21 de juliol. La seva incompletesa no la resol la «integració» sinó la supletorietat del codi civil espanyol

El dret català havia assumit la seva especialitat territorial. Fins i tot l'havia descrita jurídicament. Ho va fer amb el criteri de l'aplicabilitat jurisdiccional del dret. En un projecte privat l'Ante-Proyecto de Apèndice al Código civil para el Principado de Cataluña de 1903 de Romani i Puidengolas i Trias i Giró,⁵³⁷ l'article 1 estableix que «Las disposiciones de este Apèndice se aplicarán a todo el territorio de Cataluña a que se extienda la jurisdicción de su Audiencia territorial (...)». I en alguns dels anomenats Projectes oficials. Segons l'article 8 de l'Anteproyecto de Apèndice de 1931, «Se entenderá por territorio catalán o Cataluña, a los efectos de la aplicación de este Apèndice el que corresponde a la actual jurisdicción de la Audiencia Territorial de Barcelona (...)»; i, segons l'article 1 del Proyecto de compilación del derecho civil especial de Cataluña de 1955, «El derecho civil especial de Cataluña se aplicará en el territorio que comprende la actual jurisdicción de la Audiencia Territorial de Barcelona».

Però l'especialitat reguladora material o insuficiència respecte de la matèria civil procedeix de l'eliminació del seu dret supletori. Que resulta de la «substitució» total del dret anterior per la Compilació de 1960, amb la cor-

537 *Anteproyecto de Apèndice del Código Civil*. Ob. Cit.

responent supletorietat exclusiva del Codi civil (df 1a). El Projecte de compilació de 1955, al «Título Preliminar. De la aplicación del Derecho especial de Cataluña», sembla interpretar l'article 12.2 del codi civil espanyol de 1888 en termes de llei especial-llei general. Ho fa a l'article 3 pr. «De conformidad con lo establecido en el artículo 12 del Código civil las disposiciones de esta Compilación regirán con preferencia a dicho Cuerpo legal y a las demás leyes generales...». L'article 12, al paràgraf 2, es refereix a la doble supletorietat, però és evident que l'article 3 l'interpreta malament. L'article 12.2 és un article que comença mantenint la vigència del drets forals, és a dir reconeixent-los els espais històrics propis, i en funció seva, i estén la del Codi civil. En canvi l'article 3 del Projecte de compilació de 1955 comença per proclamar la vigència i l'aplicabilitat a Catalunya del Codi civil i de «las demás leyes generales», i després declara la «preferència» de la Compilació respecte d'ells. A primera vista, reproduïx l'«especialitat» de l'article 16 del Codi civil. Però, atesa la identitat de la matèria regulada, la Compilació és una llei que excepcionalment l'aplicabilitat del Codi; un dret que, a més, ja no té un àmbit de vigència/aplicabilitat propi «reconegut» sinó «concedit» pel Codi civil al qual en principi pertocaria la regulació.

La cdcec de 1960, a la presentació (paràgraf 15), també explica la seva especialitat respecte del codi civil espanyol

Se ha tenido presente la idea, ya recogida en la Exposición de Motivos del Apéndice aragonés, de que la especialidad es nota característica de estas Compilaciones, sin que, por tanto, sean aconsejables en ellas enmiendas a la Ley común (...)

amb la corresponent incompletesa reguladora «resulta por ello frustrado el intento de regulación minuciosa de materias no típicas, como, por ejemplo, la de los legados». L'especialitat material com a tipisme també hi és al paràgraf 9 «formas de sucesión contractual, especialísimas y típicas en dicha región» que mostra la pobra valoració que el legislador en fa. La relació llei especial-general és a l'article 1 «(...) redactado definitivamente por el maestro Castán (...)».⁵³⁸ «De conformidad con lo establecido en el artículo doce del Código civil, las disposiciones de esta Compilación del Derecho civil especial de Cataluña regirán con preferencia a dicho Cuerpo legal». En realitat, és la mateixa fórmula de «preferència»-excepcionalitat del Projecte de 1955. Atès que la disposició final primera suprimia, mitjançant «quedan sustituidas», el

538 Condeminesvalls, Francisco De Asís; Faus Esteve, Ramon. *Derecho civil...* Ob.Cit., p.18.

dret català anterior, el codi civil espanyol passava a únic supletori i amb plena efectivitat. Ho declara expressament la presentació (paràgraf 12):

En lo sucesivo, se conocerá cuál sea el Derecho especial de Cataluña con sólo examinar la Compilación y cuantas materias y cuestiones carezcan en ella de precepto aplicable deberán regirse por el Código civil, sin perjuicio de que al surgir, a pesar de todo, problemas de interpretación, o de algunas que deben colmarse, tenga la importancia lógica que es inexcusable, la consulta de la vieja Ley (...).

L'article 1.1 reproduceix l'article 3 del Projecte de 1955, però sense les lleis especials. Els compiladors són conscients de la limitació reguladora de la cdcec però en reivindiquen la sistemàtica. Faus⁵³⁹, referint-se a l'última versió del Projecte de compilació, molt reductora, de juny de 1958, obra de la «Comisión General de Codificación», explica llur actitud

(...) no podíamos proceder a la Compilación de nuestro Derecho en el plan del que va cazando mariposas, estudiando instituciones aisladas fuera de toda ordenación, compilar el Derecho es hacerlo en su integridad, no en sus residuos (...)

i diu que s'imposen «la obligación de presentar una Compilación completa en materia familiar-patrimonial y sucesoria». Condemines Valls i Faus Esteve⁵⁴⁰ afirmen la limitació i neguen les llacunes en contra de l'«exposición de motivos» del Projecte de juny de 1958,⁵⁴¹ que tenia frases i paraules que no varen passar a la presentació de la cdcec de 1960. FAUS⁵⁴² les transcriu:

Se trata, para decirlo con claridad y llaneza de terminar con las complicaciones del tema de prelación de fuentes. En lo sucesivo (...) sin perjuicio de que al presentarse a pesar de todo problemas de interpretación, integración o de lagunas (...).

Condemines Valls i Faus Esteve⁵⁴³ tracten el tema de la incompletesa de la cdcec i la supletorietat del codi civil espanyol. Admeten l'autolimitació reguladora però, tot i el que la Presentació diu, neguen les llacunes

539 Faus Esteve, Ramón. «Ante la presentación en las Cortes del Proyecto de Compilación». rjc, 1959, p. 461 i «Annex 1r». A: *Derecho civil catalán*.

540 Condemines Valls, Francisco De Asís; Faus Esteve, Ramon. *Derecho civil...* Ob. Cit., p. 35.

541 Ministerio De Justicia. Comisión General de Codificación. «Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña». Juny, 1958.

542 Faus, Ramón. «Ante la presentación...» Ob. Cit.

543 Condemines Valls, Francisco De Asís; Faus Esteve, Ramon. *Derecho civil...* Ob. Cit., p. 34.

Tres observacions hem de fer finalment al contingut del Títol Preliminar de la Compilació per referir-se a qüestions que foren àmpliament debatides (...). La segona observació se refereix a la supressió de la paraula «integració» com a complement de la interpretació. Al final i al cap de la Exposició de Motius parlava de «interpretar, integrar i colmar lagunes» i se prescindí sempre de aquest últim supòsit perquè una Compilació amb lagunes ha deixat de ser tal per convertir-se en un simple Apèndix.

Expliquen la supressió de la «integració» a l'article 1 de la cdcec per sospitosa de completar la seva limitada regulació amb el dret anterior: «Al usar esta locución no se pretendía establecer de soslayo la integridad de las Leyes canónicas y romanas ni añadir un nuevo cuerpo legal (...)» (vegeu també p. 27). Condemines Valls i Faus Esteve⁵⁴⁴ esmenten un article 5 —«formato por la Comisión de Juristas de Cataluña»— que establia regles sobre les fonts i la interpretació i integració que la Comisión General de Codificación va rebutjar. Un rebuig que aquesta explica a l'«exposició de motius» del Projecte de juny de 1958 (pàgina 11):

La Comisión de Cataluña había preparado algunos artículos que se referían a estas importantes tareas de interpretación e integración de las normas; pero esta Comisión General las ha estimado innecesarias y ha tenido empeño de huir de reglas de hermenéutica (...) un mecanismo que intenta sujetar casi ortopédicamente la función judicial con pretensión vana, según demuestran los reiterados ejemplos que nos muestra la historia jurídica patria y la de los demás países (...).

La qüestió es va resoldre amb l'article 1 de la cdcec —com s'ha dit— «redactado definitivamente por el maestro Castán»,⁵⁴⁵ que només esmentava la «interpretació» amb el recurs a «(...) la tradición jurídica catalana encarnada en (...)». Amb l'eliminació de la «integració», amb fonts pròpies, la incompletesa de la cdcec quedava fora àmbit de la seva regulació i esdevenia un tema de supletorietat, és a dir, d'aplicabilitat externa del codi civil espanyol.

La cdcec de 1984 i la supressió de l'«especialitat». La cdcec va perdre l'adjectiu «especial» del seu títol per la Llei 13/1984, de 20 de març, sobre la Compilació del dret civil de Catalunya, que la incorpora al dret català, a l'article 1:

544 Condemines Valls, Francisco De Asís; Faus Esteve, Ramon. *Derecho civil...* Ob. Cit., p. 27.

545 Condemines Valls, Francisco De Asís; Faus Esteve, Ramon. *Derecho civil...* Ob. Cit., p. 18.

Per aquesta Llei sota el títol genèric de Compilació del dret civil de Catalunya s'adopta i integra en l'ordenament jurídica català el text normatiu, el preàmbul exclòs, de la Ley 40/1960 (...).

amb modificacions que van donar lloc al Decret legislatiu 1/1984, de 19 de juliol, pel qual s'aprova el Text refós de la Compilació del dret civil de Catalunya⁵⁴⁶ amb la traducció catalana.

El motiu era que la llei civil catalana no es podia considerar «especial» en el seu propi territori ni tan sols l'any 1960. I, amb més motiu, un cop incorporada a l'Ordenament català.

Alhora, amb la supressió del preàmbul, desapareixien les al·lusions a l'especialitat per raó de la matèria. Així, quedava obert l'accés a la categoria de «Dret Comú», ja que a la matèria regulada i a la territorialitat se li afegien la catalanitat de l'ordenament i del legislador. Però malgrat això, va subsistir la «preferència» —excepcionalitat— a l'article 1

De conformitat amb el que estableix la Constitució i l'Estatut d'Autonomia les disposicions d'aquesta a Compilació regiran amb preferència al Codi Civil i a les altres disposicions d'igual aplicació general (...).

II.2- Dret «común» o civil, formalitzat en Codi i lleis «especiales». La diferència per raó de la matèria

El seu model és l'originari article 16 del codi civil espanyol

En las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código (...). que cloïa el derogat títol preliminar del codi civil espanyol de 1888 on l'especialitat de les lleis es corresponia a la de les seves matèries sense designar-les. Com s'ha dit, l'apel·latiu «derecho común» li va adjudicar posteriorment motius la presentació, paràgraf 16, de la norma que el va derogar, el Decret 1836/1974, de 31 de maig

(...) que siguiendo la línea del anterior artículo dieciséis, corresponde al Código civil exponente todavía de los principales rasgos caracterizadores del derecho común (...)

de la norma que el va derogar, el Decret 1836/1974, de 31 de maig. Sense adonar-se que el nou article 4.3 és molt més ampli que l'article 16. El codi civil espanyol de 1888, episòdicament, va fer servir «derecho común» en el sentit de dret civil, però per al dret estranger. És a l'originari article 1325 sobre el

546 *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 456 (27 de juliol de 1984).

règim de béns del matrimoni celebrat a l'estranger quan els cònjuges no l'haguessin regulat

(...) se entenderá (...) cuando fuere española la esposa, que se casa bajo el régimen de derecho común en el país del varón (...).

II.2.1- La civilitat i la pluralitat de les lleis especials

El Proyecto de Código civil español de 30 d'abril de 1851 exposava les matèries de les lleis especials a l'article 17, també últim del seu títol preliminar,

Las disposiciones de este Código solo son aplicables a los asuntos que se rijan por las leyes de comercio, minas y otras especiales, en cuanto no se opongan á estas leyes (...)

en què «los asuntos» són els casos o supòsits a què s'ha d'aplicar. Un terme que reapareixerà l'any 1974 en el vigent article 1.7 del codi civil espanyol. L'especialitat era de la matèria civil, amb els exemples de per raó de l'activitat o de les coses. Així ho declara García Goyena al seu comentari al Proyecto de 1851.

García Goyena parteix de la jerarquia superior del Codi civil. Així, en el comentari a l'article 1977, de la prescripció, i en relació amb la legislació de procediment criminal i amb el Codi penal, diu «El Código civil es el principal y en su título de la prescripción debe aparecer a donde haya de acudirse (...)». ⁵⁴⁷ En el comentari a l'article 17 ⁵⁴⁸ hi ha idea que el Codi civil és la llei «común o general» i, per això, d'aplicació supletòria a les especials

Esta disposición general excusa las repeticiones que hacen algunos Códigos modernos al tratar ciertas materias, y que se hacían igualmente en este; pero fueron suprimidas. Nada más natural, razonable y hasta necesario que dar la preferencia a los Códigos y leyes especiales, pues precisamente se forman porque no puede conseguirse su objeto por las disposiciones de la ley común, y lo especial deroga lo general; *in toto iure generi per speciem derogatur* etc., 80 *de regulis juris*: pero tan natural, razonable y necesario es, que donde cesa la especialidad, el vacío y silencio se llenan y suplen con las disposiciones de la ley común o general; y así se ha practicado siempre.

547 García Goyena, Florencio. *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, I, II, III, IV. Madrid: 1852, p. 332.

548 García Goyena, Florencio. *Concordancias...* Ob. Cit. Vol. I., p. 32.

L'especialitat de les lleis resulta de la seva matèria. Per la matèria civil pertocaria al Codi, «la ley común o general», però l'especialitat fa que el legislador l'hi assigni una norma *ad hoc* i, per tant, limitada. En aquesta dualitat de normes, l'«asunto» per regular es presenta com més ampli que la llei especial que li serà insuficient. Aquesta insuficiència és la que se suplirà, en el sentit de completada, pel Codi general.

L'article 17 del Projecte de 1851 és una tècnica d'economia legislativa que García Goyena presenta com a seva i original. En mostra la utilitat en comentar l'article 1591:

Los socios no quedan obligados mancomunadamente (solidaritat en el llençatge del Projecte de 1851, vegeu article 1056) respecto de las deudas de la sociedad (...).

El compara amb els Codis d'altres països començant pel Codi civil francès, article 1862, tot dient que «Dans les sociétés autres que celles de commerce, les associés ne sont pas tenus solidairement des dettes sociales (...)» i assenyala que «todos exceptúan las sociedades de comercio, nuestro artículo 17 hace inútil esta excepción».

Les lleis «especiales» del Projecte de 1851 tenen les següents matèries o objectes: el futur sistema mètric i monetari (article 16: «Mientras no se arregle por una ley especial (...)»), l'estrangeria (article 26: «salvo lo dispuesto por...»), amb el comentari de García Goyena sobre la derogació de la llei general per l'especial), els ports (article 386.1.6: «Todo lo demás que por leyes especiales (...)»), els béns de estatals, provincials i municipals (article 388: «(...) se rigen por leyes especiales pero (...)»), la caça, pesca, relictos i mines (article 389: «Se gobiernan igualmente por leyes y reglamentos especiales (...)»), la propietat intel·lectual (article 393), novament les mines (article 394: «(...) y con sujeción a lo dispuesto en la legislación especial de minas...»), les persones contra qui no corre la prescripció (article 547.2: «Igualmente el dueño contra quien, por leyes especiales (...)»), l'expropiació forçosa (article 1378: «...se regirá por leyes especiales (...)»), els contractes de treball (article 1527: «(...) que determinen las leyes y reglamentos especiales (...)») o la prescripció (article 1937: «Puede prescribirse todo lo que está en el comercio de los hombres a no prohibirlo una ley especial (...)»; article 1979: «(...) sin perjuicio de las prescripciones determinadas particularmente en (...) leyes especiales (...)»).

Una terminologia diferent al Projecte de 1851 era la de «reglamentos/ordenanzas» (articles 494, 511 i 529) però en matèria de distàncies. En el co-

mentari l'article final (article 529), García Goyena reitera que «(...) lo especial deroga a lo general (...)».

II.2.2 - Les lleis especials en la Codificació civil

El Proyecto de Ley de Bases para el Código civil de 1881 el va presentar el ministre de Gracia y Justicia Manuel Alonso Martínez a la Secció Civil de la Comision General de Codificación el 9 de setembre de 1881.⁵⁴⁹ La base 2a, de les lleis especials, tractava de la naturalesa civil subjacent i de la limitació reguladora:

No se comprenderán en el Código civil las leyes relativas al comercio ni las puramente administrativas, tales como las de aguas, minas, caza, etc. Quedarán asimismo en vigor la Ley Hipotecaria y la del Registro Civil. Podrá el Gobierno, sin embargo, en la medida que la estructura del Código lo exija trasladar a éste los preceptos sustantivos contenidos en dichas leyes especiales. Sólo serán aplicables las disposiciones del Código civil a los casos que se rijan por leyes especiales cuando en estas no hubiere reglas por las que no puedan ser resueltas.

El Proyecto de Código civil. Libros Primero y Segundo, de 24 d'abril de 1882 canvia la dicció de l'article 17 del Projecte de 1851.⁵⁵⁰ Se n'ha continuat entenent l'article 14 i últim del títol preliminar, com la limitació normativa inherent a l'especialitat:

Las disposiciones de este Código se aplicarán a los asuntos que se rigen por leyes especiales, en los casos en que éstas no contengan disposiciones aplicables a ellos (...).

El canvi rau en l'abast regulador de la llei especial que deixa de limitar-se necessàriament a només «en los casos que», de manera que pot regular la totalitat de l'«asunto» i així barra l'aplicació del Codi. Amb això desapareix la idea de concurrència de regulacions en un únic cas, tot i que subsisteix el caràcter civil de la matèria de la llei especial.

El Codi civil de 1888 presenta dues qüestions sobre les lleis especials. Com a civils, la de la seva supervivència, atès que la base 27 de la Llei de bases de 1888 era derogatòria general en dir «...quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres...» i afectava lleis especials, com ara les de propietats

549 Lasso Gaité, Juan Francisco. *Crónica de la...* Ob. Cit. IV-1, p. 386.

550 Lasso Gaité, Juan Francisco. *Crónica de la...* Ob. Cit. 4-II, p. 545 i s.

especials o la legislació hipotecària. Per això, l'article 1976, en les seves dues versions va haver d'afegir la menció global de subsistència «Esta disposición no se aplica a las leyes que en este Código se declaran subsistentes (...)». Castán Tobeñas⁵⁵¹ explica aquest afegit per la voluntària delimitació reguladora del codi civil espanyol, segons la qual «(...) es lo cierto que se dejaron fuera de él cuanto numerosas materias del Derecho civil y fue preciso añadir a la cláusula derogatoria una referencia a las leyes que se declaran subsistentes por el Código (...)».

L'altra qüestió és la de l'article 16, segons el qual «En las materias que se rijan por leyes especiales, la deficiencia de éstas se suplirá por las disposiciones de este Código (...)» que canvia totalment la relació de les lleis especials amb el Codi civil. Certament recupera la limitació reguladora que els és inherent. Però, en relació amb l'article 14 del Proyecto de 1882, l'expressió «no contengan disposiciones aplicables a ellos» d'aquest se substitueix per «deficiencias» que es malentendrà com a mancança o llacuna i l'aplicació del Codi civil es qualifica de «se suplirá» que, per tant, es malentendrà com a remei o reparació. La distinció entre llacuna i límit de la llei l'exposa Zitelmann⁵⁵² en dir «Jo només vull parlar dels casos en què la llei dintre de les tasques que s'ha imposat a ella mateixa deixa llacunes, és a dir de llacunes dintre del dret, no dels límits que s'autoimposa l'ordenament jurídic» («Ich will nur von den Fällen sprechen, wo das Gesetz innerhalb der Aufgaben, die es sich selbst gestellt hat, Lücken läßt, also von Lücken innerhalb des Rechts, nicht von den Grenzen, die sich die Rechtsordnung selbst zieht»). La llacuna és una mancança interna de la llei perquè no regula un supòsit existent en la pràctica que pertany a la seva matèria i que s'hauria pogut regular i no s'ha regulat. És un accident que s'excusa (D.1.3.10 «Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt qui omnes casos (...)». 12 «Non possunt omnes articuli sigllatim aut legibus aut senatus consultis comprehendi (...)») però pot ésser imputable al legislador.

Per la seva banda, el codi civil espanyol té clara la correlació de l'especialitat de la llei amb l'especialitat de la matèria civil. Així, a l'article 1611,4, segons el qual «(...) en los cuales el principio de redención de los dominios será regulado por una ley especial (...)». També en altres articles, indicant la matèria especial (articles 28 i 38) o directament nominant-la (article 412, 418, 425,

551 Castán Tobeñas, José. *Derecho Civil Español Común y Foral*. I.1. 9a ed. Madrid:1955, p. 188.

552 Zitelmann, Ernst. *Lücken im Recht*. Leipzig, 1903, p. 9.

426, 429, 563, 611). La relació llei especial-codi civil, ambdues sobre matèria civil, la descriuen l'article 429 com a supletorietat:

En los casos no previstos ni resueltos por dicha ley especial se aplicarán las reglas generales establecidas en este Código sobre la propiedad (...)

i l'article 563 com a preferència:

El establecimiento, extensión, forma y condiciones de las servidumbres de aguas de que se trata en esta sección se regirán por la ley especial de la materia en cuanto no se halle previsto en este Código.

Són una dada a destacar són matèries de les lleis especials. El diputat català Josep Vilaseca i Mogas, en la intervenció al Congrés dels Diputats de 2 d'abril de 1899, enumera «(..) ley de aguas, la de propiedad intelectual, la de gracias al sacar, la de tasa de interés del dinero» i «leyes de aguas, minas, hipotecaria, de propiedad territorial, etc. etc.».⁵⁵³

Com en les anteriors descripcions de l'article 17 del Projecte de 1851 i la base 2

del Proyecto de la Ley de bases de 1881, les lleis especials del codi civil espanyol es mouen dins l'àmbit de la matèria civil. Per això la posició simbòlica de l'article 16 del codi civil espanyol de tancament del títol preliminar es pot considerar també de tancament de la relació del Codi civil amb la matèria civil en el sentit que esgota la seva regulació. Però no es pot considerar de tancament de l'ordenament jurídic espanyol. En el propòsit del legislador el Codi penal, que és la contrapart tradicional de la matèria civil, resta sempre fora de l'article 16.

L'article 4.3 vigent ha perdut la posició de norma de clausura del títol preliminar en passar al capítol ii «Aplicación de las normas jurídicas» com una de les seves regles. Però ha guanyat en dimensió amb els seus dos canvis. Ha suprimit l'especialitat «materias regidas por otras leyes»; per tant, totes. I, incorrectament, ha referit la supletorietat a les matèries regulades oblidant que la supletorietat és una relació entre lleis. El resultat és que el codi civil espanyol ha adquirit una supletorietat potencialment total. I, atès que és *ratione materiae*, ha traslladat la supletorietat total a la matèria de les lleis.

553 *El Código civil. Debates...* Ob. Cit. Tom II. Madrid: 1989, p. 1627.

II.2.3- *Lex specialis derogat generali*

És una *regula iuris* que es troba *utroque iure* com a *Generi per speciem derogatur*. Aplicada a les normes, s'entén com la subsistència i preferència de l'especial malgrat l'existència de la general a la que priva d'aplicació al cas. El pressupòsit de la relació especial-general és l'homogeneïtat de la matèria d'ambdues normes. Correspondria a l'actual excepcionalitat.

En el dret romà és a D.50.17.80: «In toto* iure* generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur, quod ad speciem directum est». La gl. «In toto. Pone ut (...)» esmenta lleis que l'apliquen com a criteri d'interpretació. De llegats D.32.99 «Servis urbanis», 5 «Si alii vernae, alii cursores, legati sunt, si quidam et vernae et cursores sint, cursoribus cedent; semper enim species generi derogat, si in specie aut in genere utrique sint plerumque communicantur (...)», D.32.41 «Uxorem», 2 «Codicillis». I també de lleis D.48.19.41: «Sanctio legum quae novissime certam poenam irrogat iis, qui praeceptis legis non obtemperaverint, ad eas species pertinere non videtur, quibus ipsa lege poena specialiter addita est; nec ambigitur, in cetero omni iure speciem generi derogare (...)».⁵⁵⁴ En el dret canònic és al Liber Sextus de Bonifaci VIII (1298) 5.11 *De regulis iuris. Regula 33 339. Generi per speciem derogatur*. El seu autor, Dynus De Mugello,⁵⁵⁵ la comenta com una regla d'interpretació negocial i legal: «Exempla istius regulae poni possunt in legatis et in substitutionibus. Et contractibus et in legum latoribus. Et in rescriptis (...)». Un exemple en els llegats és el testador que, en general, lliga aliments als seus lliberts i, a un en especial, li lliga aliments. Aquest quedarà exclòs del general. Els exemples *in legumlatoribus* són (n.19) un de dret civil, el ja vist D.48.19.41. L'altre és de dret canònic, al mateix Liber Sextus 1.2 c.1, segons el qual «Licet Romanus Pontifex qui iura omnia in scrinio cordis censetur habere (...)», que Dynus resumeix com un criteri d'interpretació de lleis

(...) ubi per constitutionem generalem editam à Romano Pentifice non derogatur specialibus statutis rationabilibus aliorum locorum, nisi in constitutione generali contrarium caveatur expresse (...) quia tamen locorum specialium et personarum singularium consuetudines et statuta quum sint facti et in facto consistent potest probabiliter ignorare (...).

554 Digestum Novum seu Pandectarum iuris civilis tomus tertius. Commentariis Accursii, et multorum insuper aliorum tam veterum quam neoteoicorum Iureconsultorum scholiis atque observationibus illustratus. Lugduni: 1569, col. 1893.

555 Dynus Muxellanus. *Commentarius in regulas Iuris Pontificii Cum adnotationibus Iureconsultorum Clarissimorum Nicolai Boerii, Caroli Molinaei, Francisci Cornelli et Gabrielis Sarainae*. Coloniae Agrippinae: 1594, c. 1253-1298/1303.

Tanmateix, i atesa la possible objecció de D.47.12.3.5 Divus Hadrianus, Dynus també al·lega l'argument de la legítima ignorància dels fets, categoria a què pertanyen els estatuts municipals.

II.2.4- Un cas de relació «dret comú»-«dret especial» rellevant per al dret català. Els articles 2 i 50 del Codi de comerç de 1885

El Codi de comerç de 1885 és rellevant per al dret català perquè el seu «derecho común» (articles 2 i 50) l'aplicarà la Sentència del Tribunal Suprem de 28 de juny de 1968 al dret recollit a la Compilació de 1960.

La relació dels dos codis de comerç, de 1829 i 1885, amb el codi civil espanyol ha estat condicionada per l'absència d'aquest, que es promulga l'any 1888. Per això els dos Codis de comerç utilitzen «derecho común».

La relació Codi de comerç i «derecho común» ha estat de llei especial-lei general, com apareix a l'article 17 del Projecte de 1851. És una relació que Manuel Alonso Martínez, ministre de Gracia y Justicia, tracta successivament de dret excepcional i de dret especial l'any 1882 als «motivos» que acompanyen el Projecte de codi de comerç sotmès al Congrés de Diputats el 18 de març de 1882. N'assenyala la progressió

Por manera que el Código actual [de 1829] considera a las leyes de comercio como excepciones al Derecho civil o común y por consiguiente al Derecho mercantil como un Derecho excepcional. El proyecto, al contrario proclama como derecho propio el mercantil (...).⁵⁵⁶

El Codi de comerç de 1829 i la relació dret excepcional-dret comú. La «Real cédula» de 30 de maig de 1829 de Ferran VII el qualifica de «(...) ley universal para todos mis Reinos y Señoríos en materias y asuntos mercantiles (...)». Les relacions de la llei mercantil i la llei civil les indiquen principalment dos articles. Un que és clarament d'excepció, l'article 234: «Los contratos ordinarios de comercio están sujetos a todas las reglas generales (...) bajo la modificación y las restricciones que establecen las leyes especiales del comercio (...)». I un altre que és de limitació reguladora en relació amb la matèria, l'article 263: «Las obligaciones mercantiles se extinguen por los medios prescritos en el derecho común sobre los contratos en general (...)».

556 *Código de Comercio...* precedido de una introduccion por Don Vicente Romero y Giron. Madrid: 1885, p. 35.

L'autor del Codi de comerç de 1829, Pedro Sainz De Andino,⁵⁵⁷ caracteritza la matèria mercantil com una especialitat de la civil però que imposa normes excepcionals:

He hecho, asimismo, cuanto ha estado de mi parte para determinar de un modo cierto los actos que son del dominio de las leyes mercantiles, deslindado los caracteres que les distinguen de los contratos comunes de igual género que deben regirse por les leyes civiles generales cuyo imperio he dejado a salvo siempre que la ciencia particular de los negocios mercantiles no ha hecho indispensable hacer una excepción del derecho común (...).

Les referències «derecho común»/«leyes comunes» apareixen en molts altres articles d'institucions concretes. S'hi poden destriar quatre tractaments: acceptació (articles 3 i 263), imposició (articles 434.1 i 570), limitació (articles 172, 234, 264 i 1177) i exclusió (articles 4 i 387). De les limitacions, que signifiquen concurrència de normes, n'hi ha tres que es formulen com a excepcions a l'aplicació de les normes civils limitada per les mercantils (articles 172 «En cuanto no se oponga a las disposiciones prescritas (...)); 234 «(...) bajo la modificación y las restricciones que establecen las leyes especiales del comercio (...)» i 264 «(...) con las modificaciones y restricciones que establecen las leyes mercantiles(...)»). No es parla en cap cas de supletorietat.

Sí que parla de supletorietat Martí De Eixalá.⁵⁵⁸

Dado que el objeto del derecho mercantil consiste en regular directa o indirectamente ciertos contratos y fijar sus consecuencias, tenemos que ha de ser o un derecho excepcional respecto de las leyes comunes, o bien un derecho supletorio, o excepcional y supletorio a la vez.(p. 57).

El derecho mercantil, como hemos dicho, es a la vez excepción y suplemento del común o civil. Excepción, en cuanto modifica ciertos principios que las leyes civiles establecen. Suplemento, en la parte que dispone sobre actos legales de los que estas no se han ocupado, ó decide casos que las mismas abandonan á la jurisprudencia, exigiéndole únicamente que se conforme con las reglas que resultan del sistema general del derecho y del particular de cada materia.

El Codi de comerç de 1885 es considera un dret especial amb abast delimitat respecte del dret comú. Alonso Martínez, als esmentats «motivos» del Projecte de 1882, després d'aplicar la nova qualificació al Codi de comerç, diu

557 Rubio, Jesús. *Sainz de Andino y la Codificación Mercantil*. Madrid: 1950, p.138,145 i 367.

558 Martí De Eixalá, Ramon. *Instituciones del Derecho Mercantil de España*. 2a ed. Barcelona: p. 1.

«(...) mas reconociendo al mismo tiempo que el derecho privado común es la base o la parte general de los derechos privados especiales entre los cuales se halla el mercantil...». Amb la doble conseqüència de la supletorietat, segona, de la legislació civil i la nota de la possible obscuritat i incompletesa de la mercantil «(...) atribuye al primero el carácter de supletorio, en último término esto es cuando las dudas o cuestiones a que dan lugar las transacciones mercantiles no puedan resolverse por la legislación escrita mercantil o por los usos o práctica del comercio (...)».

Al Codi de comerç de 1885 es poden distingir dos models de relació entre la llei mercantil i la llei civil. Un de nou consistent en la jerarquia de normes i que respon a l'especialitat. Article 2:

Los actos de comercio (...) se regirán por las disposiciones contenidas en él; en su defecto, por los usos del comercio observados generalmente en cada plaza, y, a falta de ambas reglas, por las del Derecho común (...).

i article 310

No obstante lo dispuesto en los artículos anteriores, los depósitos verificados en (...) se regirán, en primer lugar, por los estatutos de las mismas; en segundo, por las prescripciones de este Código, y últimamente, por las reglas del Derecho común, que son aplicables a todos los depósitos.

La presentació jeràrquica de diverses lleis es correspon a la regla «Lex specialis derogat generali». És compatible amb la concurrència de les normes perquè el «defecto» no es refereix a la llei sinó a la seva regulació que, tractant-se d'una llei especial com el Codi de comerç, és necessàriament limitada.

L'altre model és de limitació reguladora i alhora l'excepcionalitat. Article 50 (article 234 de 1829):

Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes, se regirán, en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en las Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común.

II.2.5- La Sentència del Tribunal Suprem de 28 de juny de 1968

El ponent és Francisco Bonet Ramón (València, 28.07.1907 -Madrid, 19.09.2001). Catedràtic de dret civil, a partir de 1935 successivament a les Universitats de Santiago i Saragossa i del 1939 al 1955 a la Universitat de

Barcelona del 1939, on el succeeix el professor Manuel Albaladejo. El 1955 és magistrat de la Sala 1a del Tribunal Suprem fins a la jubilació. El recurs de cassació és del professor Francisco Fernández De Villavicencio, catedràtic de Dret Civil de la Universitat de Barcelona.

La Sentència admet que la cdcec de 1960 és, a Catalunya, el «derecho común» dels articles 2 i 50 del Codi de comerç i no el codi civil espanyol. La seva doctrina és admesa pel fonament de dret 4 de la Sentència del Tribunal Suprem (Sala Civil) de 16 febrer de 1987,⁵⁵⁹ però sense utilitzar-la com a fonament de la Sentència, i per les stsj 2/2012, de 5 de gener⁵⁶⁰ i 10/2014, de 17 de febrer.⁵⁶¹ (Agraeixo les indicacions del Sr. Enrique Peruga, de la Facultat de Dret de la UB).

El cas. És en relació amb un aval de dona casada catalana no comerciant a lletres de canvi acceptades i no pagades pel seu marit comerciant.

De la narració dels fets resulta que la dona té dos deutes. És deutora única d'un primer deute pel qual accepta lletres de canvi i posteriorment és avaladora de les lletres de canvi acceptades pel marit comerciant. A conseqüència de l'impagament del marit, l'empresa creditora promou judici executiu que comporta l'embargament dels béns de la muller amb les anotacions preventives corresponents.

En aquesta situació, el creditor únic de la dona presenta demanda de nul·litat contra la sentència d'execució dels avals. El fonament és que els seus avals són nuls segons l'article 322.1 de la cdcec de 1960:

Será nula de pleno, derecho toda fianza o intercesión de mujer casada a favor de su marido, salvo el caso de que el importe del crédito se hubiere invertido en utilidad de ella misma y sin que su confesión o reconocimiento constituya prueba de tal inversión.

La primera frase transcriu l'*authentica* «Si qua mulier crediti instrumento consentiat proprio viro aut scribat, et propriam substantiam aut se ipsam, obligatam faciat, iubemus, hoc nullatenus valere (...)» (és una de les 97 autèntiques incorporades a les edicions del Codi de Justinià. La «Si qua mulier», a cj 4.29, «Ad Senatium consultum Velleianum», 22 «Si mulier». La cita la Nov. 134. Cap. 8). També fou dret de Barcelona com a Cap. 11 del Privilegi «Recognoverunt Proceres» (Pere II a la Ciutat de Barcelona, 1284). L'*authentica* «Si

559 La Ley 9025-R/1987.

560 Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 2/2012, de 5 de gener (roj: stsj cat 2/2012).

561 Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 10/2014, de 17 de febrer (stsj cat 2826/2014).

qua mulier» havia format part del dret castellà com a Llei 61 de les Leyes de Toro (1505) derogades per la disposició final del Codi civil.

La demanda de nul·litat de l'aval fou rebutjada en primera instància i en el recurs d'apel·lació per la Sala Segunda de lo Civil de la Audiencia Territorial de Barcelona en Sentència de 13 de febrer de 1967.⁵⁶²

El recurs de cassació contra la sentència d'apel·lació té dos motius que interessin.

Un és la interpretació errònia dels articles 2 i 50 del Codi de comerç de 1885 que declaren el «derecho común» supletori del Codi de comerç. El motiu és que

(...) la parte recurrente estima que alcanza tanto al Código Civil como al Derecho particular de las regiones, según sea el Ordenamiento civil aplicable en el caso concreto; en el actual, la Compilación catalana, atendida la regionalidad de los cónyuges contratantes.

En canvi,

Entiende la sentencia recurrida que cuando el Código de Comercio se remite, al Derecho común, esta expresión comprende exclusivamente al Código Civil.

L'altre motiu és la inaplicació de l'article 322.1 de la cdcec de 1960 que declarava nul·la de ple dret la fiança o intercessió del marit.

Els pronunciaments de la sentència. El que tindrà més repercussió és l'atribució del concepte de «derecho común» del Codi de comerç a la compilació catalana en comptes del codi civil espanyol. En ambdós aspectes, de dret civil i del grau o intensitat d'aplicabilitat supletòria.

L'atès 2n reproduceix el primer motiu de recurs. L'atès 3r esmenta l'article 12 del codi civil espanyol de 1888, que assigna al Codi l'aplicabilitat supletòria respecte del dret català, amb el resultat que

(...) la prelación de fuentes legales en la región catalana atribuye la primacía a su Derecho civil regional contenida en su Compilación, el que es de aplicación primordial y preferente en todas las materias reguladas por la misma.

L'atès 4t diu que, malgrat que l'article 50 del Codi de comerç, amb «las reglas generales del derecho común», es refereix al Codi civil,

(...) pero al aplicarse en este caso el Derecho civil especial de Cataluña con preferencia, hay que entender que el concepto de «Derecho común» se refiere a la legislación que contiene estos principios fundamentales tanto si está en el

⁵⁶² Sentència de 13 de febrer de 1967, de la Sala Segona del Civil de l'Audiència Territorial de Barcelona.

Código civil como en el Derecho regional y como este es el aplicable en el presente recurso no cabe duda que este Derecho común para los catalanes está integrado por su Compilación y como el artículo 322,1 de la misma decreta la nulidad de pleno derecho de la fianza (...) ello implica la estimación (...).

La repercussió de la Sentència. Es va comentar al seminari que dirigia Federico De Castro amb una ponència de Díez Del Corral.⁵⁶³ Assenyala Díez Del Corral⁵⁶⁴ mateix el cop que representa la Sentència del Tribunal Suprem ja que «La doctrina, casi sin excepción entiende que Derecho común equivale en los artículos indicados del Código de comercio, a Derecho civil castellano con exclusión del foral», tot i que «Hay que reconocer que no se dan muchos argumentos en favor de esta tesis». Tanmateix, «(...) el hecho que la jurisprudencia haya seguido desde antiguo la misma dirección explica el desinterés de la doctrina en replantearse una cuestión ya pacífica que se estimaba resuelta definitivamente en la práctica.».

Díez Del Corral explica que, en la doctrina, l'únic que ha admès la interpretació foralista és el professor Vicente y Gella. De la jurisprudència, Díez Del Corral⁵⁶⁵ cita, com a iniciadora de la unànime posició a favor del dret castellà, la Sentència del Tribunal Suprem de 26 de maig de 1866⁵⁶⁶ sobre l'article 234 del Codi de comerç de 1829. Cita també les sentències del Tribunal Suprem de 27 de desembre de 1888,⁵⁶⁷ 8 de juliol de 1892,⁵⁶⁸ i 29 de desembre de 1898 (aquesta sobre fiança de la dona) referents a Catalunya. Finalment, Díez Del Corra s'inclina per admetre la tesi de la Sentència del Tribunal Suprem de 28 de juny de 1968 A més dels articles 2 i 50, esmenta els articles 12.2 «legislación común», 48 «derecho (...) reglas generales del derecho (...)», 51 «derecho civil», 74 «ley común», 89 «derecho mercantil o común», 95 «leyes», 310 «reglas del derecho común», 532 «al derecho mercantil o al común», 573 «en el derecho», 943 «las disposiciones del derecho común». I indica que només volen separar el dret civil del mercantil: «Por tanto, la frase Derecho común se contrapone a especial, Derecho civil a Derecho mercan-

563 Díez Del Corral, Jesús. «El Derecho foral como supletorio del Derecho Mercantil. Notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968». *Anuario de Derecho Civil*, 1969, p. 692 i s.

564 Díez Del Corral, Jesús. «El Derecho foral como...», *Ob. Cit.*, p. 696. 570 Díez Del Corral, Jesús. «El Derecho foral como...». «. *Ob. Cit.*, p. 697. 571

565 Sentència del Tribunal Suprem 1204/1888, de 27 de desembre.

566 Sentència del Tribunal Suprem 334/1898, de 8 de juliol.

567 Díez Del Corral, Jesús. «El Derecho foral como...». «. *Ob. Cit.*, p. 702.

568 Sentència del Tribunal Suprem 2504/1968, de 28 de juny.

til.». Conclou que «(...) la doctrina fundamental de la Sentencia sobre la aplicaci3n del Derecho foral parece correcta en cuanto tal.».

De Castro⁵⁶⁹ dir3 que

En la tertulia o seminario informal que se celebra los mi3rcoles en el Instituto Nacional de Estudios Jur3dicos, el pasado curso se dedicaron algunas sesiones al estudio y comentario de la importante Sentencia (...) Hubo intervenciones de alto tono cient3fico y la discusi3n alcanz3 tambi3n un clima de noble apasionamiento (...).

Al·ludeix a la pon3ncia de Jes3s D3ez Del Corral: «la ponencia recibió el elogio de todos, tanto de quienes aceptaron sus tesis como de aquellos que creyeron deber contradecirla; aplauso bien merecido (...)». I continua:

Mas la cuesti3n por su inter3s pr3ctico y doctrinal no pod3a ser abandonada al cerrarse el debate en el seminario de los mi3rcoles. En alguna otra reuni3n habida con diferente motivo con colaboradores de este ANUARIO y teniendo en cuenta las doctas y encontradas opiniones emitidas en el seminario me pareci3 que no deb3a reservar mi opini3n (...).

L'article 3s una àmplia exposici3 hist3rica i el seu parer 3s totalment contrari a la Sent3ncia i a la Pon3ncia. D'acord amb la seva coneguda visi3 dels drets forals⁵⁷⁰, «(...) conjunto de privilegios locales heterog3neos que como Derecho excepcional no derogado se conserva en ciertos territorios que tuvieron fueros o costumbres especiales (...)», al qual adjudica les notes de «derecho particular», «derecho excepcional» i «derechos privilegiados».

El significat de la Sent3ncia 3s la supletorieta que es podria anomenar de complementaci3. La sent3ncia introdueix el tema de l'aplicabilitat suplet3ria de la cdcec de 1960 al seu territori on, en principi, té l'aplicabilitat immediata. Ho fa assignant-li una categoria dels codis estatals, el «derecho com3n» dels articles 2 i 50 del Codi de comerç en el significat de dret civil i excloent-ne el codi civil espanyol.

El codi civil espanyol havia atribu3t al dret civil català l'aplicabilitat immediata o directa al seu territori (article 12.2 de 1888), per3 no la suplet3ria; ni tan sols respecte de la Llei de censos de 31 de desembre de 1945. En canvi, la Sent3ncia del Tribunal Suprem li reconeix la nova aplicabilitat suplet3ria territorial.

569 De Castro Y Bravo, Federico. «El t3rmino Derecho com3n en el C3digo de Comercio. Estudio sobre la doctrina del Tribunal Supremo». *Anuario de Derecho Civil*. 1969, p. 839 i s.

570 De Castro Y Bravo, Federico. *Derecho...* Ob. Cit., p. 245.

Per això li va caldre salvar importants obstacles. D'antuvi, fer-ho amb un dret civil limitat tant territorialment com en la regulació com era la cdcec de 1960. L'altre era posar-lo al mateix nivell dels codis de dret estatals vigents a Catalunya. El Codi de comerç reinterpreta el seu «derecho común» com un concepte en blanc de contingut variable segons el règim jurídic del territori d'aplicació. Però també el Codi civil; no sols declarant-lo inaplicable al cas, també imposant una regulació contrària a la seva.

Una dada molt rellevant és que la supletorietat prevista per l'article 50 del Codi de comerç no és de llacunes, sinó de autolimitació reguladora amb concreció de les matèries no regulades:

Los contratos mercantiles, en todo lo relativo a sus requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación y extinción y a la capacidad de los contratantes se regirán, en todo lo que no se halle expresamente establecido en este Código o en las Leyes especiales, por las reglas generales del Derecho común.

L'article 50 declara que totes aquestes matèries són civils. Per això, la supletorietat que el Codi de comerç estableix, i que la Sentència del Tribunal Suprem de 28 de juny de 1968 va adjudicar a la cdcec, és la que es podria anomenar de complementació de la regulació en una d'elles: la capacitat de contractar. La cdcec de 1960 li va aportar l'article 322 de la nul·litat de les fiances contractades per la dona casada a favor del marit.

III- L'article 111-4. Caràcter de «dret comú»

A l'article 111-4 (Llei 29/2002, de 30 de desembre) del Codi civil de Catalunya s'autoadjudica aquesta qualitat que la Sentència del Tribunal Suprem de 28 de juny de 1968 va atribuir a la cdcec de 1960. Només li correspon a ell, no al dret civil en general (article 111-1: «El dret civil de Catalunya és constituït per les disposicions d'aquest codi, les altres lleis del Parlament en matèria de dret civil, els costums i els principis generals del dret propi (...)»). Aferma la posició del Codi dins l'ordenament jurídic català, tot i que aquest no s'esmenta. Ho fa en un temps en què la doctrina de la Sentència del Tribunal Suprem de 28 de juny de 1968 romanía aïllada, de manera que el «derecho común» continuava predicant-se del codi civil espanyol. I en què el dret català era i és el dret especial o foral als articles 13.2 del Codi civil i 149.1.8 de la CE en situació de «conservación, modificación y desarrollo» que l'article 9.2 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 1979 va reproduir. Per això, l'article

111-4 va ser un dels objectius del recurs d'inconstitucionalitat núm. 2099-2003 contra la Llei 29/2002 que es va declarar desistit per la Interlocutòria del Tribunal Constitucional de 3 de novembre de 2004.

L'article 111-4, com l'article 111-1, va influir en el canvi de l'Estatut d'autonomia de Catalunya de 2006 respecte del dret civil català, en vincular la competència legislativa a la matèria civil. A l'article 129:

Correspon a la Generalitat la competència exclusiva en matèria de dret civil, excepte en les matèries que l'article 149.1.8 de la Constitució atribueix en tot cas a l'Estat. Aquesta competència inclou la determinació del sistema de fonts del dret civil de Catalunya.

S'ha de tenir en compte que el qualificatiu de «dret comú» s'aplica a un dret, com el del Codi civil de Catalunya, que és de contingut limitat respecte de la seva matèria. Jurídicament per les matèries que, inicialment, se li han exclòs de la normativa (article 12.1 de 1888; article 13.1 del cc esp.) i, posteriorment, se li han exclòs de la competència legislativa (articles 15.1 de la constitució republicana de 1931 i 149.1.8 de la CE). I, a més, pel desenvolupament legislatiu propi com a codi *in fieri*. I, sobre tot, perquè ell mateix està sotmès a supletorietat (article 111-5, article 13.2 del CC ESP., article 149.3 de la CE).

La referència «a Catalunya» indica que és una norma d'ordenació del territori des del punt de vista jurídic i en un tema molt concret: el de l'aplicabilitat judicial del Codi civil, no de la vigència que no es discuteix, i en la seva intensitat de grau inferior o supletòria. És la línia de la Sentència del Tribunal Suprem de 28 de juny de 1968 però amb extensió a totes les normes aplicades a Catalunya en el grau principal o immediat.

La supletorietat es presenta com inherent a la qualitat de dret comú i, en aquest sentit, és el seu veritable fonament com resulta del Preàmbul II del paràgraf 5 «i, per tant» que sembla donar-li valor causal. Però ni ell ni l'article 111-4 esmenten la llei que s'ha de suplir.

Amb aquest silenci la supletorietat atribuïda al Codi civil de Catalunya és, en abstracte respecte de la llei no catalana immediatament aplicable. Tant en l'extensió: de qualsevol llei sobre qualsevol matèria. Com en la intensitat: supletorietat de primer grau que exclou els supletoris que pugui aportar la llei no catalana immediatament aplicable. La supletorietat en abstracte dona a l'article 111-4 la doble funció de principi de l'ordenament jurídica català i de norma operativa.

III.1- L'article 111-4 com a principi de l'ordenament jurídic català. La reserva de l'aplicabilitat supletòria en favor del Codi civil

El silenci sobre l'eventual llei per suplir converteix el grau de l'aplicabilitat supletòria del Codi civil en una qüestió aïllada i autònoma. La imposició, per l'article 111-4, de l'aplicabilitat supletòria del codi civil català a Catalunya la converteix en un principi del dret català amb la funció positiva d'afirmar-ne l'exclusivitat i amb la negativa d'impedir que la gestioni un dret no català. En ambdues apareix regulant el territori de Catalunya com a seu de la funció jurisdiccional.

El pressupòsit de l'article 111-4 és la insuficiència reguladora de la norma no catalana aplicable en grau d'immediatesa. Tanmateix, el caràcter abstracte de l'article 111-4 afecta la qualificació de la norma que pot pertànyer a qualsevol ordenament, inclòs el català. En aquest cas, l'article 111-4 és una norma de tancament de l'ordenament jurídic català.

Tanmateix, el veritable objectiu són les normes no catalanes que s'apliquin a Catalunya pels òrgans judicials que hi estiguin establerts. Aquestes normes hi poden tenir vigència com les estatals o el dret de la Unió Europea, Reglament i Directiva incorporada. O no ser-hi vigents sinó només aplicables per la via de les normes de conflicte.

La incompletesa de la norma d'aplicació immediata pot consistir en una llacuna o insuficiència reguladora interna de la llei. Però pot resultar de la seva limitació reguladora o especialitat per raó de la matèria (l'article 50 del Codi de Comerç.). En els dos exemples cal el dret supletori. En el primer com a remei o suplència ocasional, u i en el segon amb una funció normativa de complementació. Aquesta segona és la pròpiament pensada per l'article 111-4 i que correspon a la Sentència de 1968. Sense cap obstacle si el dret limitat no aporta un supletori o impeding el que ell porti. en aquest cas, l'article 111-4 resol el conflicte de supletorietats deixant sense eficàcia l'aportació.

III.2- La supletorietat «total» de l'article 111-4. La presència de la matèria civil

No és rellevant en la supletorietat principi general, però sí quan ha d'ésser operativa. L'article 111-4 no esmenta el dret suplert però sí el supletori, el Codi, que és una normativa que té per objecte la matèria civil. Així, doncs,

perquè pugui acomplir la seva funció, cal que la part del cas enjudiciat que no està regulat per la norma immediatament aplicable hi pertanyi. Però no cal que la llei a suplir sigui civil. No hi ha, doncs, un requisit d'homogeneïtat civil amb la matèria de la llei suplerta com sí que hi era al derogat article 16 del Codi civil de 1888.

És en aquest punt on apareix la «totalitat» de la supletorietat assignada per l'article 111-4. Textualment, pressuposa que sempre que calgui la supletorietat hi haurà matèria civil a regular. Això menaria a dir que la matèria civil és present en tots els supòsits o casos en que una altra norma que resulti insuficient és aplicable. Coincideix amb l'article 4.3 del codi civil espanyol.

Seria una conclusió incorrecta perquè, en l'aplicació de les normes, s'ha d'estar al cas concret. Per això cal que es pugui encabir, encara que sigui parcialment, en la matèria civil. La conclusió és que la supletorietat «total» del Codi civil de Catalunya s'ha d'interpretar com a potencial i fundada en la probabilitat de la presència de la matèria civil en els casos sense regulació.

III.3 - L'operativitat de l'article 111-4 sobre el dret no català immediatament aplicable. La qualificació jurídica.

Implica el control del dret no català aplicable a Catalunya. És extern sobre la llei immediatament aplicable a la que sotmet a qualificació del seu contingut. Però és també intern per sotmetre-la a les categories del Codi civil de Catalunya.

L'eficàcia impenitativa externa de l'article 111-4. Es manifesta quan el dret d'aplicació principal aporta el seu dret supletori perquè actua contra ell impeditint aquest efecte. Això vol dir que el qualifica per distingir-ne el contingut material o regulador immediatament aplicable i la seva disposició de crida al dret supletori.

Crida que pot ésser genèrica, com les «normas civiles» de l'article 3a i l'«ordenamiento jurídico» de l'article 3.b de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del «procedimiento administrativo común de las administraciones públicas»⁵⁷¹ o el «derecho/contrato privado» i l'adjectiu «patrimonial» sense afeïtons, en molts articles de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de «contratos

571 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 236 (2 d'octubre de 2015).

del sector públic»⁵⁷². O que pot ésser específica a un dret concret, sigui globalment o descrivint-ne els casos. Prenent com a exemple la Llei d'arrendaments urbans,⁵⁷³ la crida genèrica i l'específica serien, respectivament, la de l'article 15, «(...) la legislació civil que resulte de aplicació (...)» al matrimoni i la de la resta de disposicions, que ho són del contracte d'arrendament. A la primera crida no hi ha conflicte amb l'article 111-4, però quan indica el «Código civil», entenent que es refereix a l'espanyol (preàmbul 3.3: «amplio recurso al régimen del Código Civil», articles 4, 21.1, 25.3, 27.1, ddt 1a.1.3, 2 i 3a.5), hi ha la situació típica de l'article 111-4. Tot i que dependrà que el Codi civil de Catalunya reguli la mateixa institució (vegeu la prescripció (da 10a)) en què la regulació del codi civil espanyol quedarà barrada per la del codi civil català.

L'eficàcia interna de l'article 111-4 sobre el dret immediatament aplicable. Torna a presentar-se la qualificació ara respecte de les categories jurídiques que utilitzi el Codi civil de Catalunya. El tema es planteja arran de la presència al Codi civil de Catalunya —article 122— de la caducitat, una institució no regulada en el codi civil espanyol però ja proposada pel Projecte de compilació de 1955 (articles 566-569). La caducitat, al seu torn, incorpora la categoria dels drets de formació (article 122-1.1), que té un important abast, (vegeu els drets a/d'adquisició i les accions extintives de negocis).

La qüestió és si la supletorietat del Codi civil de Catalunya inclou que en l'aplicació immediata de les normes no catalanes se'ls puguin imposar les seves qualificacions i regulacions no que aquestes no preveuen o que són diferents. En la pràctica, la importància de la qüestió depèn del dret aplicable com a immediat. Que sigui flexible com els reglaments i les directives transposades o rígid com un codi civil. Però en ambdues situacions s'ha de considerar que el CCCAT com a dret supletori inclou, a més de la regulació, les seves qualificacions i categories de la matèria civil.

572 Llei 9/2017, de 8 de novembre, de Contractes del sector públic, per la qual es transposen a l'ordenament jurídic espanyol les directives del Parlament Europeu i del Consell 2014/23/UE i 2014/24/UE, de 26 de febrer de 2014. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 272 (9 de novembre del 2017).

573 Llei 29/1994, de 24 de novembre, d'arrendaments urbans. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 282 (25 de novembre de 1994).

III.4- La qualificació jurídica del «contracte corresponent» de l'article 421-23 del CCCAT. El contracte d'assegurança de vida pròpia com a donació indirecta per causa de mort

Utilitzo l'article 421-23, «La designació i modificació de beneficiari de... el contracte corresponent...», que, en principi, té la qualificació de mercantil. La proposta és la qualificació civil d'«el contracte corresponent» com a donació per causa de mort. Un negoci gratuït en previsió de la mort de l'atribuent, però entre vius (article 531-9), encara que es reguli al llibre quart (article 432) i que generi el títol adquisitiu de donació corresponent, sense qualificatiu. Uns conceptes que no fa servir la Llei 50/1980 de «Contrato de Seguro» (ls),⁵⁷⁴ centrat únicament en aquest, ni el dret espanyol, atesa la poca importància que hi té l'article 620 que, fins i tot, evita el *nomen iuris* de per causa de mort. L'article 421-23 és pot completar amb l'article 427-7.2. Tanmateix, el que interessa és «el contracte corresponent» que genera l'atribució al «beneficiari» que, com el nom indica, serà lucrativa

El «contracte corresponent» de l'article 421-23 es pot descriure com un «(...) negoci entre vius, en consideració a la mort, d'atribució lucrativa indirecta de béns (...)». Seria una donació per causa de mort (articles 432-1 i següents 531-9.3), en la variant indirecta. D'una banda, el negoci entre vius, considerant la mort de l'atribuent, d'atribució lucrativa de béns a un «beneficiari» (article 531-9.3). De l'altra, el caràcter indirecte de l'atribució, perquè el «beneficiari» no és part del negoci. Al contrari, la seva «designació», modificable unilateralment per l'atribuent (articles 421-23 i 427-7.2), és una estipulació a favor d'«(...) el tercer beneficiari d'una estipulació que el causant, en previsió de la seva mort, hagi acordat amb una altra persona (...)» de l'article 427-7.2. La figura de l'estipulació és especialment útil, perquè remarca la iniciativa de l'estipulant que endega el negoci amb la pregunta a què el promitent assenteix: «promittis?-promitto», «dabis?-dabo», «facies?-faciam».⁵⁷⁵ Pregunta i resposta són en temps present en la promesa, però en temps futur en les conductes. Tanmateix, l'atribuent no s'identifica a l'article 421-23, però s'identifica a l'article 427-7.2 com a «causant» de la successió.

574 Llei 50/1980, de 8 d'octubre, del contracte d'assegurança. *Boletín Oficial del Estado*, núm. 250 (17 d'octubre de 1980).

575 D'ors, Álvaro. *Derecho Privado Romano*. Pamplona: 1968, § 143 p. 397.

El «contracte corresponent» l'examino en el cas concret de l'assegurança sobre la vida pròpia del prenedor que és l'identificat a l'article 421-23 i regulat als articles 83 i següents de la ls. L'article 88.1 estableix que «La prestación del asegurador» o el «capital» (article 84.3) s'imputen al prenedor de l'assegurança per la via de les primes que ha pagat.

En tota l'exposició que segueix, s'ha de tenir present que la paraula donació designa alhora un negoci jurídic unilateral de disposició-atribució (articles 531-7 i s.) i un títol d'adquisició (article 531-1). Aquest fet no és dona al títol d'hereu diferenciat del negoci d'«institució d'hereu» (articles 423-1 i ss.) ni al llegat diferenciat dels negocis d'«ordenació de llegat» (articles 427-1 i ss.) o d'«atribució particular» (article 431-29). Segonament, que els qualificatius com ara «per causa de mort» o «indirecte» són aplicables només al negoci de donació però no ho són al títol de donació. Finalment, que el títol de donació forma part d'una categoria més àmplia que és el «títol lucratiu».

III.4.1- L'article 88.1 de la Llei del contracte d'assegurança. La protecció de l'assegurador. La protecció dels perjudicats per la via de la imputació al prenedor del pagament de l'assegurador. Un negoci entre vius que crea un títol lucratiu de donació a favor del beneficiari.

L'article 88.1 de la ls contempla el contracte d'assegurança de vida com un contracte a favor de tercer (article 1257.2 del cc esp.) amb les seves dues relacions centrades en el prenedor. La de cobertura («Deckungsverhältnis»), entre el prenedor i l'assegurador (article 88.1.i). I la de *valuta* o atribució («Valuta- oder Zuwendungsverhältnis»), entre el prenedor i el beneficiari (article 88,1.i i ii), però des del punt de vista dels eventuals perjudicats: els creditors i els legitimaris del prenedor. L'article 88.1 les destria per evitar la interferència de la *valuta* en la cobertura.

Els interessos protegits. L'interès principal per protegir és el de l'assegurador d'alliberar-se del deute amb el prenedor i per això comença per la relació de cobertura facilitant el pagament del deute amb el prenedor i exclouent la intromissió de la de *valuta* (article 88.1.I): «*La prestación del asegurador deberá ser entregada al beneficiario, en cumplimiento del contrato, aun contra las reclamaciones de los herederos legítimos y acreedores de cualquier clase del tomador del seguro.*» El beneficiari

es presenta com a mer destinatari *adiectus solutionis causa* de «La prestació del assegurador», però no com a creditor seu, prescindint, doncs, del règim de l'article 1257.2. Per això, el beneficiari adquireix la propietat sota el títol de tradició amb una *iusta causa tradendi* (de què parla l'article 1901 del codi civil espanyol) que és la *causa solvendi* o imputació a un deute, hi sigui realment o no (*ex* article 1895). S'ha de tenir en compte que la tradició amb justa causa és un títol adquisitiu real per si sola. Ho demostra el fet que el seu efecte transmissor només es pugui revertir vgr., en cas d'error del pagador sobre l'existència del deute, amb una acció personal (*condictio*), la de pagament de l'indegut o *condictio indebiti*. Per això aquest títol fonamentat en la tradició no s'ha de confondre amb el format pel títol i el mode de l'article 609.2 del codi civil espanyol «ciertos contratos mediante la tradición» en què la tradició, en comptes de ser el negoci principal, és l'execució del contracte.

Un cop assolit l'objectiu principal, l'article 88.1.ii passa a la relació de *valuta*. La tracta sota el punt de vista de la donació com a potencialment perjudicial, *ad extra*, per als creditors (articles 643 i 1297 del codi civil espanyol) i els legitimaris del prenedor (articles 654 i 655). Tanmateix, el tractament donacional és important perquè, com es veurà, també és vàlid *ad intra* en la relació entre prenedor i beneficiari. En l'aspecte extern, l'article 88.1.ii atorga als perjudicats una protecció *ad hoc* consistent en un crèdit directe contra el beneficiari i se sobreentén que, en la mesura de la prestació rebuda, «Unos y otros podrán, sin embargo, exigir al beneficiario el reembolso del importe de las primas». L'especialitat de la protecció en forma de crèdit la fa preferent a la general dels articles 643 i 1297 i dels articles 654 i 655 del codi civil espanyol.

El nou crèdit dels perjudicats té com a font legal la connexió de «las primas» pagades pel prenedor a l'assegurador amb «La prestació del assegurador» percebuda pel «beneficiario». És, doncs, una connexió causal en el sentit que les primes generen el «capital» (*ex* article 83.3) que l'assegurador ha de lliurar al beneficiari. En termes jurídics, la connexió la crea el contracte d'assegurança i, en concret, la seva causa onerosa que vincula les dues obligacions de les primes i del capital. Amb la precisió que l'onerositat es contempla sota la relació de *valuta*. Per tant, com un desplaçament de béns del prenedor al beneficiari, no directa sinó per intermediació de l'assegurador, que és qui constitueix el capital que arriba al beneficiari. Un capital sobre el qual el prenedor pot disposar canviant-ne el beneficiari (article 87) i que li engrossirà l'herència

si mor sense cap (article 84.3). En termes econòmics, la connexió consisteix en el fet que el prenedor ha finançat la creació del capital.

Aquesta intermediació, en el cas dels negocis d'atribució lucrativa, ha fet que es qualifiquin de donacions «indirectes». Pel que fa a la lucrativitat, l'article 88.1 de la ls mostra que l'assegurança de vida és un contracte —per tant, un negoci entre vius— que, d'acord amb el codi civil espanyol, crea un títol lucratiu a favor del beneficiari. En el Codi civil espanyol, el títol lucratiu (vegeu articles 811, 878.2 i 968, «otro cualquier título lucrativo», 1035 i 1336 original) és una categoria general que aixopluga la tríada de títols: donació, fundat en un negoci gratuït del mateix nom (article 618); hereu (no herència), fundat en el negoci d'«institución de» (article 763) o en la llei (articles 811 i 968), i llegat derivat del negoci del mateix nom (articles 958 i següents). Malgrat que, a vegades, el codi civil espanyol barreja la lucrativitat amb la gratuïtat, exclusiva de la donació-negoci (article 1297, «título gratuito»). La lucrativitat és una categoria oberta (article 968 «dote...otro cualquier título lucrativo»). Quant seu contingut, la lucrativitat del títol és una dada objectiva consistent a no comportar contraprestació; és a dir, no sols és el contrari d'onerositat (articles 878.2, 1297 i article 160 original) sinó la seva absència.

L'article 88.1 de la ls utilitza la lucrativitat del títol en la seva especialitat de donació. No ho declara explícitament, però així resulta del conjunt de dues dades. La naturalesa entre vius del contracte d'assegurança sumada a la rellevància de l'aspecte extern típic de la donació ja vist: la possible afectació dels creditors (articles 643 i 1297) i dels legitimaris (articles 654 i 655) del prenedor que repercuteix en el beneficiari. Aquesta donació que inclou la *contemplatio mortis* del prenedor mateix seria la de l'article 620.

La protecció de l'article 88.1, «podrán exigir al beneficiario el reembolso del importe de las primas abonadas por el contratante», fa jurídicament rellevant la relació de *valuta* entre el prenedor i el beneficiari ja que l'imputa o assigna «La prestación del asegurador». L'article 88.1 de la ls considera, per ficció, que «La prestación del asegurador» al beneficiari no procedeix d'aquell, sinó del prenedor de qui l'adquireix el beneficiari. I, com a conseqüència, l'article 88.1 atorga preferència als creditors i legitimaris del prenedor sobre «La prestación del asegurador» amb el límit de les primes pagades. El títol adquisitiu de la tradició *solvendí causa*, des del punt de vista de l'assegurador pagador (relació de cobertura) rep la qualificació de donació des del prenedor (relació de *valuta*). La conclusió final és que l'article 88.1 de la ls configura una

donació, en el doble sentit de la paraula: negoci gratuït d'atribució i títol lucratiu d'adquisició. El qualificatiu d'«indirecte» és aplicable només al negoci.

III. 4.2- L'assegurança de vida de l'article 88.1 de la Llei del contracte d'assegurança des del punt de vista de l'article 111-4 del CCCAT. El finançament d'una atribució com a font de la seva imputació al finançador.

La Compilació de 1960 i 1984 havia utilitzat el «títol lucratiu» en la reserva binupcial (article 269.1, «adquirit per qualsevol títol lucratiu») i en contraposició a onerós a l'article 75.2, «disposar a títol lucratiu», 3 de l'heretament simple, i a l'article 306.1, «alienacions fetes a títol lucratiu», i 2.3 de la meritació del lluïsm. Com es veu el «títol lucratiu» apareixia tant en l'adquisició com en la disposició en què s'ha d'entendre com la «que crea un títol lucratiu d'adquisició». El Codi de successions de 1991 va mantenir el «títol lucratiu» en l'heretament (article 79), però el va suprimir en la reserva binupcial (article 387, «(...) testador, donant o heretant (...) successió intestada (...)). El Codi de família de 1998 va introduir el «títol lucratiu» en el règim de participació (article 56.1 a)), però va utilitzar la tríada «donació, herència, llegat» en l'agermanament (article 68.1b). En el Codi civil de Catalunya, la categoria general del títol lucratiu i el seu règim jurídic gairebé s'ignoren, amb excepcions. La més clara, és a l'article 232-20.2 a). Les altres són sinònims «adquisicions gratuïtes» (articles 222-45 i 236-29) o «adquirits a títol gratuït» (article 232-6.1 c) si és generalitza la «gratuïtat» que és pròpia de la donació (articles 531-7 i 624-2.1). En canvi, els «(...) béns donats o alienats per un altre títol gratuït (...) data de la donació (...)» de l'article 451-5b es limita a aquesta, i l'article 624-2.2 considera, erròniament, que el llegat és gratuït, ja que la gratuïtat és una categoria dels negocis entre vius.

El Codi civil de Catalunya utilitza normalment com a símbol de la lucrativitat dualitat donació i títol successori que inclou el d'hereu i el de llegat/atribució particular (articles 211-12.4, 232-32 b) i molts altres). Tot i així, el títol adquisitiu del beneficiari és objectivament lucratiu ja que no comporta contraprestació atès el «beneficiari» de l'article 421-23. I, essent entre vius, és assignable al negoci de donació que es caracteritza explícitament per la no onerositat (article 531-17: «(...) en premi o reconeixement no exigibles jurí-

dicament, del...»). I la contemplació de la mort, que determina la modalitat negocial de «per causa de mort» (article 531-9), és explícita a l'article 427-7.2: «previsió de la seva mort».

En contra de la donació, hi ha només el caràcter indirecte de l'atribució imputada al «contractant» —prenedor de l'assegurança— que estipula. Dels articles 531-7 i següents resulta que el negoci de donació és un acte unilateral de disposició del donant (article 531-10: «(...) capacitat d'obrar (...) i poder de disposició») completat amb l'acceptació de la delació [per exemple, «renunciar a donacions», articles 222-43.1 e) i 236-27.1 e), ambdós *a contrario*] pel donatari. Aquest adquireix directament del donant, el succeeix (article 531-7 «(...) disposen... adquireixen (...)). S'entén que és sobre la base de la donació-títol creat per l'acceptació del donatari.

Com s'ha vist, l'article 88.1 de la ls imputa sobre la base del finançament o relació de cobertura l'adquisició del beneficiari al prenedor de l'assegurança. Però sense declarar-la explícitament. En canvi, en el dret català hi ha una imputació expressa d'allò finançat al seu finançament. És a l'article 427-10.3 del llegat d'eficàcia obligacional: «Si la prestació consisteix en lliurar béns o drets que el legatari ha adquirit en compliment del llegat, aquests es consideren adquirits directament del causant». És una proposta de Roca Sastre, en una publicació de 1948,⁵⁷⁶ per resoldre els «serios problemas de liquidación del impuesto de Derechos reales dado que la legislación hace caso omiso de esta figura», el llegat de cosa aliena. La legislació al·ludida era l'article 17 h) de la Ley y Reglamento de los impuestos de derechos reales y sobre transmisiones de bienes en el text refós de 7 de novembre de 1947.⁵⁷⁷

En los legados de metálico, efectos públicos, alhajas, créditos o bienes muebles en general, se liquidará el impuesto a cargo del legatario, pero será exigible directamente, desde luego, de los herederos, representantes o administradores del caudal hereditario, quienes quedan facultados para descontar su importe a los legatarios al hacerles entrega del legado.

La proposta era subrogar allò finançat en el finançament: «(...) si en el legado de cosa ajena hay una sucesión en un valor económico hereditario (el que ha servido al heredero para adquirir la cosa y suministrarla al legatario) es evidente que recibirá el trato fiscal de cualquier otro legado (...)). La pro-

576 ROCA I SASTRE, Ramón Maria. «El legado de cosa ajena». A: ROCA I SASTRE, Ramón M. *Estudios de Derecho Privado*. II. Madrid: 1948, p. 204.

577 *Boletín Oficial del Estado*, núm. 41 (10 de febrer de 1948).

posta va passar de fiscal a civil a l'article 418.3 del Projecte de compilació de 1955 reforçant-la amb la imputació directa al finançador, «(...) se considerarán a todos los efectos, como adquiridos directamente del testador (...)», i va esdevenir llei a l'article 253.3 del Codi de successions de 1991: «es consideren adquirits directament del testador».

La regla de l'article 427-10.3 declara la imputació jurídica, ja no econòmica, del finançat al finançament. És a la base dels llegats i dels modes (article 428-1.2). Però, a l'article 427-10.3, té dues concrecions. L'objecte adquirit per l'hereu gravat s'integra en l'herència, de manera que el llegat esdevé de cosa pròpia del causant. I ho fonamenta una causa onerosa, ja que la llei pressuposa que l'hereu gravat l'ha adquirit precisament amb béns de l'herència rebuda en què se subroga. Amb aquestes dues concrecions, l'article 427-10.3 es diferencia de l'enriquiment genèric (articles 427-7.2, «tercer beneficiari», i 427-8.1 «*persona afavorida*»).

Aquesta imputació és una regla que forma part de l'estatut de la causa onerosa i que elimina la intermediació d'un tercer. La relació de cobertura queda integrada en la de *valuta*, que és la d'atribució al tercer beneficiari. La cobertura d'atribució deixa d'ésser subjacent i obté reconeixement jurídic com a tal atribució, però perd la causa onerosa pròpia i assumeix la de la relació de *valuta* que a l'article 421-23 és la *causa donandi* en contemplació de la mort a què correspon el títol adquisitiu de donació. I és segons aquestes dues qualificacions, de negoci de donació per causa de mort i de títol adquisitiu de donació, que l'article 88.1 de la ls s'ha d'aplicar a Catalunya.

Bibliografia

«Anteproyecto de apéndice. Instituciones de derecho civil catalán» (1931). A: Estudi introductorí Mirambell Abancó, Antoni; Salvador Coderch, Pablo. *Projecte d'Apèndix i materials precompilatoris del Dret civil de Catalunya*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, 1995.

Anteproyecto de Apéndice del Código Civil para el Principado de Cataluña que presenta la Comissió especial constituïda d'acord amb el Reial Decret de 24 d'abril de 1889, D. Francisco Romaní i Puigdemongas i D. Juan de Dios Trias i Giró. Edició publicada amb una introducció per la *Revista Jurídica de Cataluña* (de Joan Martí i Miralles). Barcelona: Hijos de Jaime

- Jepús Impresores, 1904. Edició originària: Barcelona: Tipografia de Vilá, Abad y Compañía, 1903.
- «Apéndice de derecho catalán al código civil» (1930). A: Estudi introductor i Mi-Rambell Abancó, Antoni; Salvador Coderch, Pablo. *Projecte d'apèndix i materials precompileris del dret civil de Catalunya*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, 1995.
- Badosa Coll, Ferran. *Memoria de Derecho Civil*. Barcelona: Marcial Pons, 2010.
- Castán Tobeñas, José. *Derecho Civil Español Común y Foral*. I. 1. 9a ed. Madrid: 1955.
- Código de Comercio... precedido de una introducción por Don Vicente Romero y Girón. Madrid: 1885.
- Coll i Rodés, Ramon. «El Dret Civil a Catalunya. El problema de la codificació civil catalana». A: *Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Conferències sobre l'Estatut de Catalunya*. Barcelona: 1933.
- De Castro y Bravo, Federico. *Derecho Civil de España*. I. Madrid: 1949.
- De Castro y Bravo, Federico «El término Derecho común en el Código de Comercio. Estudio sobre la doctrina del Tribunal Supremo». *Anuario de Derecho Civil*. 1969.
- Comisión De Codificación. «Exposición dirigida al Ministro de Gracia y Justicia dándole cuenta del estado de los trabajos de la Comisión, de las dificultades que ésta halla para concluir su obra, de...». rglj xxxix (13 juny 1861), 1871
- Condemines Valls, Francisco De Asís; Faus Esteve, Ramon. *Derecho civil especial de Cataluña*. Ley de 21 de julio de 1960. Barcelona: Libreria Bosch, 1960.
- Congrés Jurídíc Català. *Dictamen de la Secció 2a*. Barcelona: 1936. Congreso de Jurisconsultos. Madrid: 1863.
- D'ors, Álvaro. *Derecho Privado Romano*. Pamplona: 1968.
- Díez del Corral, Jesús. «El Derecho foral como supletorio del Derecho Mercantil. Notas a la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1968». *Anuario de Derecho Civil*, 1969.
- Digestum Novum seu Pandectarum iuris civilis tomus tertius. Commentariis Accursii, et multorum insuper aliorum tam veterum quam neoteoicorum Iureconsultorum scholiis atque observationibus illustratus. Lugduni: 1569.

- Durán y Bas, Manuel. *Memoria acerca de las Instituciones del Derecho civil de Cataluña, escrita con arreglo a lo dispuesto en el artículo 4º del Real decreto de 2 de febrero de 1880*. Barcelona: 1883.
- Dynus Muxellanus. *Commentarius in regulas Iuris Pontificii Cum adnotationibus Iuriconsultorum Clarissimorum Nicolai Boerii, Caroli Molinaei, Francisci Cornelli et Gabrielis Sarainae*. Colonnae Agrippinae: 1594.
- El Código civil. Debates Parlamentarios 1885-1889. Tom II. Madrid: 1989
- Faus, Ramón. «Ante la presentación en las Cortes del Proyecto de Compilación». *RJC*, 1959, p. 461 i «Annex 1r». A: *Derecho civil catalán*.
- Fenet, Pierre-Antoine. *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*. Tom I. Paris: 1836.
- García Goyena, Florencio. *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español, I, II, III, IV*. Madrid: 1852.
- Hurtado, Amadeu. Quaranta anys d'advocat. III. Barcelona: 1967
- Lasso Gaité, Juan Francisco. *Crónica de la Codificación Española. 4-I, 4-II*. Madrid: Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, 1970.
- Martí De Eixalá, Ramon. *Instituciones del Derecho Mercantil de España*. 2a ed. Barcelona: s.d.
- Ministerio De Justicia. Comisión General de Codificación. «Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña». Juny, 1958.
- Proyecto de Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña. Barcelona: 1955. A: Mirambell Abancó, Antoni; Salvador Coderch, Pablo. *Projecte d'Apèndix i materials precompilatoris del Dret civil de Catalunya*. Barcelona: Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia, 1995.
- Roca i Sastre, Ramón M. «La matèria hipotecària en la futura legislació civil de Catalunya». A: *Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya. Conferències sobre l'Estatut de Catalunya*. Barcelona: 1933.
- Roca i Sastre, Ramón Maria. «El legado de cosa ajena». A: Roca I Sastre, Ramón M. *Estudios de Derecho Privado*. II. Madrid: 1948.
- Rubio, Jesús. Sainz de Andino y la Codificación Mercantil. Madrid: 1950.
- Sánchez González, Dolores Del Mar. «La Comision de Códigos.1843-1846». *Anuario de Historia del Derecho Español* (deseembre 2004).

Salvador Coderch, Pablo. «El Proyecto de Código civil de 1851 y el Derecho civil catalán». A: Salvador Coderch, Pablo. *La Compilación y su historia*. Barcelona: Bosch, 1985.

Sánchez Román, Felipe. *Estudios de Derecho Civil*. Vol. I. Madrid: 1899.

Savigny, Frederich Carl. *Sistema del Derecho Romano actual*. Tom I. Madrid: F. Góngora y compañía: 1878.

Unió Catalana D'estudis Polítics i Económico-Socials. *Elements per a l'estudi de l'Estatut de Catalunya*. Barcelona: Políglota: 1931.

Vila, Domingo Maria. «Unidad de Códigos». *El Faro Nacional*, núm. 107 (17 juny 1852).

Zitelmann, Ernst. *Lücken im Recht*. Leipzig: 1903.

Cloenda

Immaculada Barral Viñals

Directora general de Dret, Entitats Jurídiques i Mediació

L'opció de construir un Codi civil de Catalunya té l'origen a finals de 1998, quan el Departament de Justícia va organitzar les jornades Cap a un Codi civil de Catalunya amb l'objectiu de compartir amb el món jurídic la voluntat d'avançar en la codificació del dret civil i decidir-ne el model tècnic. Llavors es van analitzar, amb els operadors jurídics, representants del món acadèmic, professional i polítics, la possibilitat d'aprovar a curt termini un Codi civil. El que va passar després, ja és conegut de tots.

L'aprovació de la Primera llei del Codi civil⁵⁷⁸ representa un canvi qualitatiu en el procés de creació i redacció del dret civil català i varia el rumb, de forma important, en relació amb els models anteriors que havien optat, successivament, per l'aprovació de lleis especials i pels codis sectorials. Com sabem, una primera etapa es va dedicar a l'aprovació de lleis especials, sobre matèries concretes que calia actualitzar o regular per la necessitat social evident. En els anys noranta, però, es canvia d'instrument mitjançant l'aprovació de codis sectorials que, en molts casos, recullen la normativa de les lleis especials. Així, el 1991 s'aprova el Codi de successions⁵⁷⁹ i, l'any 1998, el Codi de família⁵⁸⁰ i la Llei de parelles estables⁵⁸¹. També es va arribar a plantejar un

578 Llei 29/2002, de 30 de desembre. Primera llei del Codi civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 3798 (13 de gener de 2003).

579 Llei 40/1991, de 30 de desembre, Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 1544 (21 de gener de 1992).

580 Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de Família. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 2687 (23 de juliol de 1998).

581 Llei 10/1998, d'Unions estables de parella. *Diari Oficial de la Generalitat de Catalunya*, núm. 2687 (23 de juliol de 1998).

Codi patrimonial que tancava el procés però que, finalment, no va existir. Els codis sectorials aprovats a la dècada dels noranta han estat, però, el punt de partida d'alguns dels llibres del Codi civil. Podem dir, doncs, que l'evolució ha estat lineal.

L'opció per un Codi civil, amb el valor simbòlic que té resultat i a pocs anys d'entrar en el segle XXI, podia semblar arriscat. Calia descontextualitzar la codificació com a eina legislativa de la seva relació amb el liberalisme del segle XIX i l'afirmació dels drets de la burgesia. I es va fer, fugint de les coordenades històriques del moment en què es plantejava. Aquests vint anys transcorreguts i el decurs de les Jornades que ara tanquem han posat de manifest, a bastament, que la codificació transcendeix el context inicial. I per això es converteix en catalitzador i instrument tècnic que continua sent plenament vàlid i vigent.

Des del punt de vista estructural, hem de destacar el model escollit en què la tasca legislativa és impulsada per experts. La col·laboració amb els diversos operadors jurídics s'ha fet mitjançant la creació d'estructures assessores amb membres especialitzats en la matèria a regular i ha estat clau per a l'evolució i l'èxit de la tasca codificadora. Des del 2000, amb la creació de l'Observatori de Dret Privat; i, després, des de 2011, amb la Comissió de Codificació de Catalunya, l'impuls polític de la codificació ha rebut el suport d'experts de molts àmbits del món jurídic, en un treball que avui es presenta com a sòlid i ben travat. El suport dels operadors jurídics de diferents àmbits que aporten conjuntament la seva expertesa i, alhora, punts de vista diversos a una mateixa realitat és una eina que durant aquests vint anys no ha fet res més que consolidar-se. I ho ha fet perquè aquest mecanisme de col·laboració aporta una riquesa indiscutible al procés de codificació. Voldria, doncs, aprofitar aquest moment per expressar l'agraïment a la seva tasca passada i present i el desig de col·laboració en el futur.

Al llarg d'aquestes Jornades hem fet una mirada transversal, de vegades crítica, suggeridora de millores i de camins nous per descobrir. Aquesta és la principal prova que el Codi civil de Catalunya és un producte reeixit que cal continuar desenvolupant. Tenim per endavant molts reptes: no només en la matèria a regular, també en relació amb el marc competencial en què ens hem de moure. Però hem d'explorar tota la capacitat que el marc competencial ens doni de forma imaginativa. Possiblement el més important sigui completar el llibre sisè. En aquesta tasca, hem de tenir la ment oberta i apostar

per la regulació dels diferents tipus contractuals i extreure d'aquesta regulació sectorial les qüestions més transversals.

També hi ha espais per a la millora i per tornar-nos a plantejar algunes de les qüestions que en un moment ens van preocupar. Cal que prioritzem allò que considerem més interessant i els projectes que tinguin més incidència social. El dret civil és el dret de la persona; per tant, en el futur, la persona n'ha d'ocupar el centre en totes les seves dimensions. I hem de posar l'accent en protegir-lo des de tots els punts de vista i continuar la tasca d'adaptar el dret civil català a la realitat social: els suports a la discapacitat, els nous models familiars, la regulació integral dels béns digitals, la protecció dels vulnerables... El dret civil és el dret de la llibertat, però també és el dret de la protecció de les persones. I hem de saber distingir aquests interessos en joc i optar per la via que millor respongui a les necessitats de la ciutadania. Perquè, molt probablement, el Codi civil, dels *cives*, és avui, més que mai, el Codi de la ciutadania.

Tot i que els reptes que tenim al davant són importants i nombrosos, l'èxit de l'experiència passada valida la tasca codificadora. Per tant, gràcies per la vostra participació entusiasta en les Jornades i per les propostes, les crítiques i els suggeriments. De tot el que hi ha damunt de la taula, en prenem nota, i recollim les vostres aportacions, que caldrà contextualitzar i analitzar i, després, prioritzar. I les darreres paraules han de ser per al Codi civil de Catalunya: hem de continuar bastint-lo per fer, d'una eina tècnica de provada eficàcia i adequada organització, l'instrument de polítiques adaptades als nous reptes que té la societat. Comptem, com fins ara, amb la vostra col·laboració en aquesta tasca.

Barcelona, 17 de novembre de 2022

ISBN 978-84-10144-39-2



9 788410 144392