

COMPETÈNCIA AUTONÒMICA, COMPETÈNCIA ENTRE ORDENAMENTS JURÍDICS I CODIFICACIÓ DEL DRET CIVIL CATALÀ: UN BALANÇ

Esther Arroyo i Amayuelas
*Universitat de Barcelona*¹

1. INTRODUCCIÓ

La virtual obsolescència de l'article 149.1.8 de la Constitució espanyola (CE) ha propiciat nombrosos debats en els fòrums acadèmics, on les preguntes recurrents són: cap a on van els drets civils autonòmics?, és convenient i/o possible tanta diversitat?, com s'explica? A Catalunya, totes aquestes preguntes tenen respostes clares. El legislador català ha endegat un procés codificador (encara inacabat) que justifica per la conveniència d'impulsar, de manera progressiva i constant, la modernització del dret civil.

La primera part d'aquest treball explica el perquè de la pluralitat legislativa en matèria civil a l'Estat espanyol i descriu els avantatges i alguns dels problemes actuals en l'exercici d'aquesta competència. La segona part es dedica íntegrament a explicar la codificació civil catalana, amb una mirada crítica al procés i als continguts. La conclusió és favorable que se'n faci la continuació, però també amb la incorporació del dret privat europeu.

2. EL PUNT DE PARTIDA

L'ordenament jurídic espanyol es caracteritza pel fet de no ser uniforme en l'àmbit del dret civil. Efectivament, al costat de la competència de l'Estat, la Constitució reconeix la d'altres comunitats autònomes, entre les quals, Catalunya,

1. Es manté el text de la conferència pronunciada el dia 2 de juny de 2010 dins del cicle commemoratiu del cinquantè aniversari de la Compilació del dret civil de Catalunya (1960-2010), organitzat per la Societat Catalana d'Estudis Jurídics, filial de l'Institut d'Estudis Catalans, i dirigit pel doctor Josep Serrano Daura, sense més afegits que les notes a peu de pàgina i les actualitzacions necessàries (data de tancament: desembre 2010). La publicació s'emmarca en les activitats del Grup d'Investigació Consolidat 2009 SGR 00221, dirigit pel professor i doctor Ferran Badosa Coll.

per a desenvolupar un dret civil propi (article 149.1.8 CE). Un dret civil que, per raons històriques, va quedar subsistent després de la promulgació del Codi civil espanyol (1888-1889) i que, actualment, està en fase de codificació. Amb tot, les comunitats autònomes no poden legislar sobre les matèries que la Constitució atribueix únicament a l'Estat. Aquesta reserva de competència estatal determina que l'ordenament jurídic civil autonòmic no pugui ser constitucionalment complet, de manera que a Catalunya, Galícia, Aragó, el País Basc, les Balears i Navarra s'apliquen les normes estatals que versen sobre matèries excloses expressament de la pròpia competència, encara que no formin part del seu ordenament ni, per tant, siguin dret civil «propi» (català, navarrès, aragonès, gallec, basc o balear).

D'altra banda, els ordenaments jurídics autonòmics són, de moment, insuficients, ja que els parlaments de les comunitats autònomes respectives no han esgotat encara totes les competències assumides en els estatuts respectius (molts dels quals han estat modificats fa poc).² S'aplica, doncs, el dret estatal com a supletori (article 149.3 CE).³ Això no pressuposa que necessàriament l'ordenament jurídic autonòmic sigui deficient i necessiti sempre el dret de l'Estat, com a pretès dret comú, per a suplir-ne les deficiències.⁴ El dret supletori no ha d'aplicar-se si una institució determinada és desconeguda en l'ordenament jurídic de què es tracti (article 111-5, II, Codi civil de Catalunya [CCCat])⁵ i tampoc si aquest

2. *Vid. infra* l'epígraf 2.4.

3. Sobre l'abast de la supletorietat, vegeu M. P. GARCÍA RUBIO, «Plurilegislación, supletoriedad y derecho civil», a J. M. GONZÁLEZ PORRAS i F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (coord.), *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, vol. I, Múrcia, Servei de Publicacions de la Universitat de Múrcia i Col·legi de Registradors de la Propietat i Mercantils d'Espanya, 2004, p. 1939-1953.

4. També és dret comú, a Catalunya, el CCCat (article 111-4). Sobre aquest particular, *vid. infra* l'epígraf 4.2.

5. *Vid.* STSJ de 3 de juny de 2002 (RJ 2002\7848): «[N]o es pot identificar, però, un determinat dèficit de regulació amb la típica i genuïna llacuna que, en qualsevol ordenament jurídic, permet la crida al seu corresponent dret supletori. Per exemple, una cosa és que, regulada una institució, s'acusi després sobre algun aspecte un determinat buit per dèficit de regulació, un buit sempre compensat gràcies al mecanisme supletori del Codi civil, i una altra de ben diferent que dins un cos normatiu aquell buit expressi una omisió intencionada per tal com la seva regulació hagués resultat discordant des d'una perspectiva total i sistemàtica (per representar, per exemple, un cos dissonant, per estrany, dins l'harmonia pròpia d'un ordenament). En aquest cas, seria inútil, per artificios, qualsevol esforç per una heterointegració normativa.» La Sentència conclou que no és una llacuna del dret civil català que aquest no inclogui una causa d'extinció del dret d'aliments en els mateixos termes que l'article 152.5 CC (*vid.* article 260.4 Llei 9/1998, de 10 de juliol, del Codi de família [CF], que, en vista d'una situació d'imputabilitat de la causa que feia al descendent creditor d'aliments, només establia la reducció «als auxilis necessaris»; però *vid.* ara els articles 237-2 i 237-4 CCCat).

en pot autointegrar les llacunes, derivades de l'absència total de regulació o de la regulació incompleta d'una institució reconeguda (article 111-2.1 CCCat).⁶ És per això també que l'article 149.3 CE no pot ser entès com una clàusula atribuïtiva de competències per a legislar a favor de l'Estat, amb la intenció de crear el dret supletori de les comunitats autònomes.⁷

En relació amb la inaplicabilitat de l'article 464 CC abans de l'aprovació del llibre v CCCat (actualment, *vid.* article 522-8 CCCat), *vid.* S. ESPIAU ESPIAU, *La equivalència de la posesió al títol i la aplicació del art. 464 CC en Catalunya*, Barcelona, Atelier, 2004, esp. p. 205-211. Un altre exemple és la (tradicionalment polèmica) no-aplicació a Catalunya de l'article 541 CC, en relació amb la servitud per destinació del bon pare de família, abans que l'article 7 de la Llei 13/1990, de 9 de juliol, de l'acció negatòria, les immissions, les servituds i les relacions de veïnatge (DOGC, núm. 1319, de 18 de juliol) aclarís que el precepte no tenia aplicació (STSJC de 2 d'octubre de 2003, RJ 2003\8209; STJC de 18 de setembre de 2003, RJ 2003\7126) i, després, ho confirmés també l'article 8.2 de la Llei 22/2001, de 31 de desembre, de regulació dels drets de superfície, de servitud i d'adquisició voluntària o preferent (DOGC, núm. 3556, de 18 de gener de 2002) i, actualment, l'article 566-3.2 CCCat. O, per a posar un últim exemple, tampoc no és aplicable a Catalunya l'article 767.1 LEC, a propòsit de l'exigència d'un principi de prova en els plets de filiació. Sobre això últim, *vid.* encara *infra* la nota 95.

6. P. SALVADOR CODERCH, «El derecho civil de Cataluña. Comentario al nuevo artículo 1 de la Compilación catalana», a *La Compilación y su historia: Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, Bosch, 1985, p. 355, 357 i 361-370. A propòsit de la no-aplicació de l'article 464 CC a Catalunya, *vid.* les consideracions introductòries de S. ESPIAU ESPIAU, *La equivalència*, p. 15-32. En relació amb l'aplicació a Catalunya de la regulació de les mesures provisionals després de la interposició de la demanda de separació, *vid.* la Interlocutòria del TSJC de 6 de juny de 2005 (RJ 2005\6663) i, més específicament, sobre l'aplicabilitat de l'article 102 CC, *vid.* la Resolució de la Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques (RDGDEJ) de 19 de maig de 2009 (DOGC, núm. 5404, de 19 de juny de 2009). Aquesta última Resolució nega que el precepte tingui caràcter processal i que per aquest motiu s'hagi d'entendre aplicable de manera general i directa a tot l'Estat espanyol, que és el que mantenia el registrador. La Resolució afirma que si l'article 102 CC s'aplica a Catalunya supletòriament és perquè la revocació *ex lege* del poder atorgat per un cònjuge a l'altre, en la hipòtesi de la separació, tot i que constitueix una llacuna del dret civil català, no és, en canvi, una institució desconeguda, per la qual cosa no hi ha cap obstacle per a l'aplicació del supletori. Basa aquesta afirmació en altres preceptes de diverses lleis catalanes que també regulen l'extinció del poder per extinció de la convivència (en cas d'acolliment de gent gran, de parelles de fet, de situacions convivencials d'ajuda mútua). Però aquest mateix argument és el que, potser, hauria fet innecessari el recurs a l'aplicació supletòria en benefici de la integració preferent de les normes segons els principis generals del dret civil català (article 111-2.1 CCCat). En aquest particular, vegeu J. MARSAL GUILLAMET, *InDret*, núm. 4 (any 2009), p. 4-5 (<www.indret.com>).

7. STC 118/1996, de 27 de juny (RTC 118), i STC 61/1997, de 20 de març (RTC 61). *Vid.* M. P. GARCÍA RUBIO, «Plurilegislación», a J. M. GONZÁLEZ PORRAS i F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (coord.), *Libro homenaje*, p. 1943-1945.

2.1. LA PLURALITAT DE DRETS CIVILS

El 1974, la reforma del títol preliminar del Codi civil (CC) espanyol va suprimir definitivament la provisionalitat de la vigència dels drets territorials (article 12.2 CC, redacció originària) i va consolidar la coexistència de règims jurídics diferents en el territori nacional (article 13.2 CC).⁸ Aquesta pluralitat és acceptada posteriorment en la Constitució espanyola, que consagra l'estructura autonòmica de l'Estat, reconeix l'existència de parlaments autonòmics i permet l'assumpció de competències en matèria civil a les comunitats autònomes que ja tinguessin dret civil abans de la seva aprovació (article 149.1.8 CE, «allà on n'hi hagi»). Així, doncs, el reconeixement constitucional de la pluralitat legislativa en matèria civil i la igualtat entre els diferents ordenaments jurídics no són més que la confirmació d'una situació preexistent.⁹ L'article 13.2 CC es refereix a l'àmbit d'aplicació dels drets forals o especials i es pronuncia en termes de vigència; la Constitució, partint d'aquesta realitat, reconeix a les comunitats autònomes competència per a legislar en matèria civil.¹⁰ Dit d'una altra manera, l'article 13.2 CC reconeix un dret civil anquilosat,¹¹ mentre que la Constitució en permet, a més de la conservació,

8. *Vid.* la rúbrica del capítol v del títol preliminar del CC: «[À]mbit d'aplicació dels règims jurídics coexistents al territori nacional»; article 13 CC: «[1] Les disposicions d'aquest títol preliminar, en tant que determinen els efectes de les lleis i les regles generals per a llur aplicació, així com les del títol iv del llibre i, amb l'excepció de les normes d'aquest últim relatives al règim econòmic matrimonial, tenen aplicació general i directa a tot l'Estat espanyol. [2] Per a la resta, i amb ple respecte pels drets civils especials o forals de les províncies o els territoris en què són vigents, ha de regir el Codi civil com a dret supletori, a manca que ho sigui en cada una segons les pròpies normes especials». El precepte s'expressa en termes de «ple respecte», mentre que l'article 12.2 CC anterior a la reforma del 1974 només al·ludia al reconeixement «per ara».

9. J. DELGADO ECHEVERRÍA i C. BAYOD LÓPEZ, «Comentario al artículo 13 CC», a J. RAMS ALBESA (coord.), *Comentarios al Código civil*, vol. 1, Barcelona, José M. Bosch, 2000, p. 367-386, esp. p. 376; F. BADOSA COLL (dir.), *Manual de dret civil català*, Barcelona i Madrid, Marcial Pons, 2003, p. 51.

10. P. FERRER VANRELL, «Competència exclusiva en legislació civil *versus* assumpció de la competència en dret civil balear. L'art. 30.27 EAIB», *InDret*, núm. 3 (any 2008), p. 1-30, esp. p. 19 (<www.indret.com>): «[...] en l'article 149.1.8 [...] s'estableixen les [competències] de l'Estat, excepcionant la competència d'aquest en allò que concerneix la "conservació, modificació i desenvolupament". Aquesta excepció no és *ratione materiae*, sinó *ratione territorii*». Sobre la incidència de la Constitució en l'article 13 CC, *vid.* J. DELGADO ECHEVERRÍA i C. BAYOD LÓPEZ, «Comentario», p. 376-378.

11. El règim polític de l'època només permetia el manteniment del dret preexistent als territoris forals. Qualsevol reforma tan sols podia procedir de les Corts espanyoles, però en cap cas de Catalunya, que estava privada dels seus òrgans de producció des del Decret de Nova Planta de 16 de gener de 1716. *Vid.* la redacció originària de la disposició addicional de la Compilació especial de Catalunya del 1960 (que, d'altra banda, mai no es va dur a la pràctica). Sobre el Decret de Nova Planta, vegeu J. de CAMPS i ARBOIX, *Historia del derecho catalán moderno*, Barcelona, Bosch, 1958,

la modificació i el desenvolupament, vista la possibilitat de crear òrgans de producció de dret propi (parlaments autonòmics) com a conseqüència del sistema polític plural dissenyat. D'altra banda, l'article 13.1 CC declara aplicables a tot l'Estat espanyol determinades matèries contingudes en el Codi civil espanyol. L'article 149.1.8 CE, en canvi, només nega a les comunitats autònomes competència sobre les matèries que enuncia. Ambdós articles són compatibles, per bé que, lògicament, l'últim té més abast perquè la Constitució no limita el catàleg de matèries al Codi civil espanyol, sinó que es refereix, en general, a tota la matèria civil exclosa de la competència de la comunitat autònoma.

2.2. ELS BENEFICIS DE LA DIVERSITAT

En l'ús d'aquesta competència, un cop assumida en els estatuts d'autonomia respectius, no ha estat infreqüent que algunes comunitats autònomes hagin promulgat lleis pioneres. A Catalunya, ha estat així, per exemple, en relació amb l'anomenat *testament vital*,¹² l'autotutela¹³ o, dues vegades, la media-

p. 9-28; J. M. GAY I ESCODA, «La gènesi del Decret de Nova Planta a Catalunya», *Revista Jurídica de Catalunya* (RJC), núm. 1 (1982), p. 7-42, i RJC, núm. 2 (1982), p. 261-348.

12. La Llei 21/2000, de 29 de desembre, sobre els drets d'informació que concerneixen a la salut i a l'autonomia del pacient i la documentació clínica (DOGC, núm. 3303, d'11 de gener de 2001; fa poc l'article 12 ha estat modificat per la Llei 16/2010, de 3 de juny, DOGC, núm. 5647, de 10 de juny), va ser el text que va servir de base a la Llei estatal 41/2002, de 14 de novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i de drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica (BOE, núm. 274, de 15 de novembre de 2002), que, alhora, va ser precedida d'altres lleis autonòmiques (Galícia, Navarra), també posteriors a la catalana. Sobre el tema, *vid.* J. C. SEUBA TORREBLANCA, «Derechos y obligaciones en materia de autonomía privada, información y documentación clínica. Presentación de la Ley 41/2002, de 14 de noviembre», *InDret*, núm. 2 (any 2003), p. 1-17 (<www.indret.com>). Actualment, el títol 1, capítol 2, llibre segon, CCCat (art. 212-1 a 212-3) incorpora els principis de l'esmentada Llei 21/2000, que no deroga (*vid.* encara la disposició final quarta).

13. El precedent de l'autotutela a Catalunya es retrotrau a l'article 19 del Projecte de llei de tutela i curatela de la Generalitat republicana, de 18 de juliol de 1934 (DSPC, núm. 199, de 18 de juliol, annex), però el primer text de vigència efectiva que va regular la matèria va ser l'article 5.1 de la Llei 11/1996, de 29 de juliol, de modificació de la Llei 39/1991, de 30 de desembre, de la tutela i les institucions tutelars (DOGC, núm. 2238, de 2 d'agost), des d'on va passar a l'article 172.1 CF. La introducció de l'autotutela en l'ordenament jurídic estatal (art. 223 CC) es deu a l'article 9 de la Llei 41/2003, de 18 de novembre, de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat i de modificació del Codi civil, de la Llei d'enjudiciament civil i de la normativa tributària amb aquesta finalitat (BOE, núm. 277, de 19 de novembre). Van seguir, després, la regulació gallega (art. 42-46 Llei 2/2006, de 14 de juny, de dret civil de Galícia, DOG, núm. 124, de 29 de juny) i aragonesa (art. 95 Llei 13/2006, de 27 de desembre, de dret de la persona, BOA, núm. 149, de 30 de desembre). Actualment, a Catalunya, l'autotutela apareix regulada en l'article 222-4 CCCat.

ció.¹⁴ L'existència de lleis autonòmiques que no sempre es reflecteixen en homònimes estatals (actualment, en part, per exemple, les parelles de fet;¹⁵ l'acolliment familiar de persones grans;¹⁶ la mediació familiar¹⁷) o que regulen determinades qües-

14. Llei 1/2001, de 15 de març, de mediació familiar a Catalunya (DOGC, núm. 3355, de 26 de març), ara derogada per la Llei 15/2009, de 22 de juliol, de mediació en l'àmbit del dret privat (DOGC, núm. 5432, de 30 de juliol), en vigor des del 19 d'agost de 2009. La nova Llei, que s'inspira en la Directiva 2008/52/CE, de 21 de maig de 2008, sobre determinats aspectes de la mediació en assumptes civils i mercantils (DO L 136, de 24 de maig), amplia els casos de mediació familiar i introdueix la mediació civil com a mecanisme general de solució de conflictes en l'àmbit del dret privat i, en general, entre ciutadans. La finalitat última és tractar de descarregar de feina els jutjats i tribunals.

15. *Vid.* un llistat de normes autonòmiques a A. LAMARCA MARQUÉS i L. ALASCIO CAR-RASCO, «Parejas de hecho y pensión de viudedad. Comentario a la STS, 2a, del 28 de abril de 2006», *InDret*, núm. 4 (any 2007), p. 1-42, esp. p. 32 (<www.indret.com>). Exhaustivament, M. E. GINEBRA MOLINS, «La parella de fet: estudi comparatiu dels aspectes civils de la regulació autonòmica», *Revista Catalana de Dret Privat* (RCDP), núm. 6 (2006), p. 91-165.

16. Doblement regulat a Catalunya, per una llei civil (Llei 22/2000, de 29 de desembre, d'acolliment de persones grans, DOGC, núm. 3304, de 12 de gener) i per una llei administrativa (Llei 11/2001, de 13 de juliol, d'acolliment familiar per a persones grans, DOGC, núm. 3437, de 24 de juliol de 2002); també regulat a Navarra (Llei 34/2002, de 10 de desembre, d'acolliment familiar de persones grans, BOE, núm. 13, de 15 de gener de 2003). En relació amb la normativa catalana i els seus precedents, *vid.* J. RIBALTA i HARO i E. ARROYO i AMAYUELAS, «Dels “donats” als “acollits”». La Llei 22/2000 d'acolliment de persones grans», a *El dret privat del Pallars Sobirà*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 2001, p. 33-80; M. C. GETE-ALONSO CALERA, «Acolliment de persones grans (Llei 22/2000, del 29 de desembre, d'acolliment de persones grans, i Llei 11/2001, del 13 de juliol, d'acolliment familiar per a persones grans)», RCDP, núm. 2 (2003), p. 189-233. Pel que fa a la llei navarresa, *vid.* M. L. ARCOS VIEIRA, «El acogimiento familiar de mayores: análisis de la Ley foral 34/2002, de 10 de diciembre, de Navarra», *Revista Jurídica de Navarra* (RJN), núm. 36 (2003), p. 51-64.

17. Encara està pendent d'aprovació la normativa estatal sobre mediació familiar anunciada per la disposició final tercera de la Llei 15/2005, de 8 de juliol, de modificació del Codi civil i de la Llei d'enjudiciament civil en matèria de separació i divorci. Mentrestant, i ja des de l'any 2001, s'han anat promulgant normes sobre mediació familiar en nombroses comunitats autònomes. *Vid.*, després de la primera catalana (*supra* nota 13), el mateix any 2001, la llei gallega (Llei 4/2001, de 31 de maig, DOG, núm. 117, de 18 juny) i la valenciana (Llei 7/2001, de 26 de novembre, DOGV, núm. 4138, de 29 de novembre). Entre el 2002 i el 2007 van promulgar normes sobre mediació: les Illes Canàries (Llei 15/2003, de 8 d'abril, BOC, núm. 85, de 6 de maig), Castella-la Manxa (Llei 4/2005, de 24 de maig, DOCM, núm. 111, de 3 de juny), Castella i Lleó (Llei 1/2006, de 6 d'abril, BOCL, núm. 75, suplement, de 18 d'abril), les Illes Balears (Llei 18/2006, de 22 de novembre, BOIB, núm. 169, de 30 de novembre), Madrid (Llei 1/2007, de 21 de febrer, BOCM, núm. 54, de 5 de març), Astúries (Llei 3/2007, de 23 de març, BOPA, núm. 81, de 9 d'abril). El 2008, el País Basc va aprovar la Llei 1/2008, de 8 de febrer (BOPV, núm. 34, de 18 de febrer) i Andalusia va fer el mateix amb la Llei 1/2009, de 27 de febrer (BOE, núm. 80, de 2 d'abril). Cal afegir encara la llei de Balears (Llei 14/2010, de 9 de desembre, de mediació familiar, BOE, núm. 16, de 19 de gener de 2011).

tions de manera diferent (per exemple, a Catalunya, el dret de retenció com a garantia real;¹⁸ o l'admissibilitat de drets reals sobre una cosa pròpia;¹⁹ a Aragó i Catalunya, la custòdia compartida dels fills, en casos de crisi matrimonial)²⁰ permetria preguntar-se fins a quin punt es pot parlar de societats, cultures, economies o sensibilitats diferents. És un argument que, ja de entrada, a Catalunya va impedir la codificació unitària²¹ i que actualment resulta redimensionat, atesa l'expansió d'alguns drets autonòmics, entre els quals hi ha el català. Amb tot, això és menys així del que a primera vista podria semblar, ja que ràpidament la iniciativa duta a terme en una comunitat es propaga a la resta (forma d'harmonització descentralitzada), com ha succeït amb alguns dels exemples esmentats i als quals encara se'n podrien afegir d'altres (per exemple, la protecció de menors o les fundacions). Des d'aquest punt de vista, cal celebrar el desenvolupament dels drets civils autonòmics. Genera competència entre ordenaments jurídics i el resultat reverteix en benefici de tots els ciutadans. Efectivament, si n'hi ha que gaudeixen de més avantatges que altres, la realitat demostra que, al final, els parlaments de territoris que no en tenen acaben promulgant una llei semblant i —en el millor dels casos— és després l'Estat (central) qui, finalment, decideix legislar de manera idèntica per a tots.²² En proporciona un exemple relativament recent la llei que regula els fons per al pagament de pensions, que, si bé no impacta directament en el nucli del dret civil, sí que incideix en els efectes socials del dret de família. Efectivament, abans que l'Estat reconegués i creés el fons,²³

18. Articles 569-1a, 569-2.1 i 569-3 al 569-11 CCCat.

19. Així, la servitud de propietari (art. 566-3.3 CCCat) o l'usdefruit sobre una cosa pròpia (art. 561-16.1c CCCat; preàmbul, III, 14, Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals (DOGC, núm. 4640, de 24 de maig).

20. *Vid.* article 6.2 de la Llei aragonesa 2/2010, de 26 de maig, d'igualtat en les relacions familiars davant la ruptura de la convivència dels pares (BOE, núm. 151, de 22 de juny). A Catalunya, *vid.* articles 233-8.2 i 233-10.2 CCCat. València i Navarra també preparen sengles lleis.

21. Però l'oposició catalana al Projecte de Codi civil del 1851 no va tenir res a veure amb el nacionalisme català. Es va basar en criteris purament econòmics, perquè pretenia posar fi a Catalunya a formes adequades d'explotació de la terra i perquè imposava la llegitima castellana. Sobre el fracàs del Projecte del 1851 a Catalunya, *vid.* les consideracions crítiques de P. SALVADOR CODERCH, «El proyecto de Código civil de 1851 y el derecho civil catalán», a *La Compilación y su historia: Estudios sobre la codificación y la interpretación de las leyes*, Barcelona, Bosch, 1985, p. 9-133.

22. En general, sobre el tema de la competència entre ordenaments jurídics, però en el context de l'harmonització europea, *vid.* J. SMITS, «Dret privat europeu: per un ordre jurídic espontani», RCDP, núm. 7 (2007), p. 147-197, esp. p. 170-174.

23. El fons es va crear definitivament per la Llei 42/2006, de 28 de desembre, de pressupostos generals de l'Estat per a l'any 2007 (disposició addicional 53a). En regula el funcionament el RD 1618/2007, de 7 de desembre (BOE, núm. 299, de 14 de desembre). Segons l'article 2.2, el fons de

algunes comunitats autònomes ja havien fet el primer pas²⁴ i, molt poc després, en seguirien d'altres.²⁵ Aquesta pluralitat normativa demostra fins a quin punt la uniformització és poc convincent, perquè, quan convé, les comunitats autònomes legislen de manera diferent: a València, el fons es fa càrrec de les pensions per aliments als fills; a Catalunya, el fons respon davant l'impagament de pensions alimentàries i compensatòries; al País Basc, de les compensatòries, les alimentàries i els complements de la de viduïtat. Però, sobretot, demostra que els models circulen i que la pluralitat de centres de producció normativa encoratja la competència.²⁶ Això, en definitiva, hauria de revertir en lleis més eficients.

garantia del pagament d'aliments té com a finalitat garantir als fills i filles menors d'edat el pagament d'aliments reconeguts i impagats establerts en un conveni aprovat judicialment o en una resolució judicial en processos de separació, divorci, declaració de nul·litat del matrimoni, filiació o aliments, mitjançant l'abonament d'una quantitat que tindrà la condició d'avançament. Per a l'estudi d'aquesta norma, *vid.* A. AZAGRA MALO, «El fondo de garantía del pago de alimentos», *InDret*, núm. 4 (any 2008), p. 1-16 (<www.indret.com>). Per a les proposicions de llei anteriors, vegeu E. ARROYO AMAYUELAS, «Los fondos de garantía del pago de pensiones: ¿públicos o privados?», *Revista de Derecho Privado* (RDP), núm. 88 (2004), p. 309-324.

24. A València, *vid.* article 26 de la Llei 9/2003, de 2 d'abril, per a la igualtat entre dones i homes (DOGV, núm. 4474, de 4 d'abril), i el Decret 3/2003, de 21 de gener, pel qual es crea el fons de garantia de pensions per aliments de la Generalitat (DOGV, núm. 4429, de 30 de gener).

25. Catalunya, article 44 Llei 18/2003, de 4 de juliol, de suport a les famílies (DOGC, núm. 3926, de 16 de juliol), reformat per la disposició addicional cinquena de la Llei 5/2008, de 24 d'abril, dels drets de les dones a eradicar la violència masclista (DOGC, núm. 5123, de 2 de maig): «[1] El Govern ha de constituir un fons de garantia per a cobrir, preferentment, l'impagament de pensions alimentàries i, addicionalment, l'impagament de pensions compensatòries. Aquest fons s'ha d'emprar quan hi hagi constatació judicial d'incompliment del deure de satisfer-les i aquest incompliment comporti una situació de precarietat econòmica amb risc d'exclusió social, d'acord amb els límits i les condicions que es fixin per reglament. La prestació no ha de superar, en cap cas, l'equivalent al salari mínim interprofessional més el 30 % d'aquest per cada membre o el salari mínim interprofessional més el 60 % si es tracta d'una persona en situació de dependència. [2]. El Govern ha de crear un ens encarregat de gestionar el fons de garantia de les pensions alimentàries o compensatòries». *Vid.* també els articles 49-52 de la Llei 5/2008. El decret de desenvolupament, però, s'ha fet esperar. *Vid.* Decret 123/2010, de 7 de desembre, dels fons de garantia de pensions i prestacions (DOGC, núm. 5711, de 9 de setembre). Al País Basc, *vid.* l'article 45.2 de la Llei 4/2005, de 18 de febrer, per a la igualtat de dones i homes (BOPV, núm. 42, de 2 de març).

26. En un altre ordre de consideracions i a propòsit de la reforma del dret de successions a Catalunya, *El País* (11 agost 2008, p. 32) es feia ressò de la proposició no de llei presentada pel grup socialista a les Corts per a modificar les causes d'indignitat en el Codi civil espanyol. També a propòsit de la reforma del dret de família català, *El País* del 12 d'octubre de 2008 (edició Catalunya) publicava la notícia que «[e]l Gobierno se interesa por el Código civil catalán para tomarlo de ejemplo» (p. 3).

2.3. COMPETÈNCIA LLEIAL ENTRE ORDENAMENTS?

Malgrat els avantatges d'un model políticament i administrativament descentralitzat, l'exercici de la competència en matèria civil presenta uns quants problemes. Quan l'Estat legisla per a tot Espanya, sobre la base de la pròpia competència exclusiva, sovint prescindeix de les diferències que presenta el dret autonòmic. Un exemple és el reconeixement de pensions de viduïtat a les parelles de fet en el reformat article 174.3 de la Llei general de la Seguretat Social (LGSS):²⁷ malgrat que el precepte tracta de salvar la regulació autonòmica que ja hi hagi sobre constitució i acreditació de parelles de fet, el cert és que recull uns criteris per a acollir-se al benefici de la pensió («acreditar, mitjançant el corresponent certificat d'empadronament, una convivència estable i notòria amb caràcter immediat a la defunció del causant i amb una durada ininterrompuda no inferior a cinc anys») que, en la pràctica, acaba violentant el dret substantiu autonòmic català.²⁸ El mateix menyspreu per la normativa autonòmica catalana preexistent es podia observar en el tractament que fa la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal (LC),²⁹ de les adquisicions amb pacte de supervivència (art. 78.3 LC).³⁰ Aquesta mateixa Llei també prescindeix de la prelació del crèdit garantit amb dret de retenció, que a Catalunya és un dret real (art. 569-1a CCCat); i, a més, estableix la preferència de cobrament del

27. Vid. Reial decret legislatiu 1/1994, de 20 de juny, pel qual s'aprova el text refós de la Llei general de la Seguretat Social, i les reformes introduïdes en l'article 174, en virtut de l'article 3 Llei 40/2007, de 4 de desembre, de mesures en matèria de Seguretat Social (BOE, núm. 291, de 5 de desembre).

28. Respecte a aquesta qüestió, vegeu A. LAMARCA MARQUÈS i L. ALASCIO CARRASCO, «Parejas de hecho y pensión de viudedad», *pàssim*.

29. BOE, núm. 164, de 10 de juliol de 2003.

30. Efectivament, l'article 78.3 LC declara divisibles els béns adquirits amb pacte de supervivència, contràriament al que disposava l'article 44.2c CF. L'article 46.1d CF només permetia la divisió després de l'adjudicació de la meitat del bé com a conseqüència de l'embargament de la quota del cònjuge deutor. Addicionalment, l'article 78.3 LC planteja un dret d'adquisició preferent del cònjuge no deutor que el dret civil català desconeixia. Sobre el particular, L. ARNAU RAVENTÓS, *La declaración de concurso de la persona casada y la composición de la masa activa: Estudio de los artículos 77, 78 y 79 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, concursal*, Barcelona, Atelier, 2006, esp. p. 163-166; F. BADOSA COLL, «El caràcter de dret comú del Codi civil de Catalunya», RCDP, núm. 8 (2007), p. 19-46, esp. p. 41. Actualment, l'article 231-17.2 CCCat proporciona una nova regulació que s'acosta a la de l'article 78.3 LC, però no és idèntica, i cal continuar pensant que, en el dret català, els béns adquirits amb pacte de supervivència no es consideren divisibles per la mera declaració de concurs (art. 231-15.2c CCCat), per bé que l'exercici del dret de separació del cònjuge també posaria fi a la situació de comunitat (art. 552-11.4 CCCat). Agraïeix a la doctora Arnau la conversa tinguda sobre aquest punt.

creditor anticrètic sobre els fruits, i no sobre la finca (art. 90.1.2 LC), contràriament al que estableixen els articles 569-2.2, 569-23 i 29 CCCat.³¹

Un altre factor que condiona el desenvolupament competencial autonòmic és la declaració *unilateral* de l'Estat del que es considera legislació «bàsica» (ex art. 149.1 CE, condicions bàsiques que garanteixin la igualtat de tots els espanyols). Això, que impedeix *a priori* el desenvolupament de la competència, també pot comportar que *sobrevingudament* la legislació autonòmica ja promulgada aparegui en contradicció amb l'estatal i, per tant, indirectament obliga les comunitats autònomes a tornar a legislar per a acomodar-se a la nova situació. És el que va succeir amb la ja derogada Llei catalana de fundacions (Llei 1/1982, de 3 de març, de fundacions privades), que només regulava les fundacions constituïdes per persones físiques o jurídiques privades (art. 1) i que va haver de ser modificada amb la promulgació de la Llei 30/1994, de 24 de novembre, de fundacions i d'incentius a la participació privada en entitats d'interès general, que també ho permetia a les persones jurídiques públiques (EM, V, 1; art. 6.1.4) i que, segons la disposició final primera, era una «condició bàsica del dret de fundació», d'aplicació directa a tot l'Estat espanyol.³² Un altre exemple, encara no materialitzat en una llei de vigència efectiva, és el que proporciona la Proposició de llei de reforma del Codi civil en matèria d'obligacions i contractes, que declara l'aplicació general de la (futura) norma a tot el territori i nega així la competència civil autonòmica per a desenvolupar el dret d'obligacions i

31. Vid. M. ANDERSON, «L'anticresi catalana en la nova Llei concursal: la preferència per al cobrament», RCDP, núm. 6 (2006), p. 53-90, esp. p. 67 i seg.: «[...] si la Llei té, com és el cas, el seu àmbit d'aplicació en tot el territori de l'Estat, no es pot dissenyar oblidant les especialitats pròpies de les comunitats autònomes, tal com recorda la disposició final trenta-dosena de la mateixa Llei concursal» (p. 80). L'autora proposa, amb raó, una equiparació de la prelación del dret de retenció i d'anticresi amb la que gaudeixen altres garanties que la LC sí que recull.

32. Sobre aquest particular, J. MARSAL GUILLAMET, «La constitució de fundacions per part de persones jurídicopúbliques catalanes», a ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Les persones jurídiques en el dret civil de Catalunya: associacions i fundacions: IX Jornades de Dret Civil Català a Tossa de Mar*, València, Tirant lo Blanch, 1998, p. 607-627, esp. p. 608-613. Les dues normes autonòmiques sobre fundacions es van dictar a l'empara de la competència específica en la matèria (aleshores, art. 9.2 EAC), i no sobre la base del títol competencial per a desenvolupar el dret civil (aleshores, art. 9.24 EAC). L'actual Llei 50/2002, de 26 de desembre, sobre fundacions, segueix la mateixa inèrcia d'imposar el que considera legislació bàsica i d'aplicació general (disposició addicional primera). Vegeu-ne la crítica a M. A. EGUSQUIZA BALMASEDA, «Constitución, mejoramiento y derecho civil navarro», *Derecho Privado y Constitución* (DPyC), núm. 21 (2007), p. 229-274, esp. p. 241. Quant a la regulació actual, vid. l'art. 331-2.1 CCCat i la disposició addicional tercera de la Llei 4/2008, del llibre tercer del Codi civil de Catalunya, relatiu a les persones jurídiques (DOGC, núm. 5123, de 2 de maig; correcció d'errors: DOGC, núm. 5170, de 10 de juliol).

contractes i, per tant, va molt més enllà del que permet el tenor literal de l'article 149.1.8 CE.³³

Tampoc no es pot deixar de constatar la deixadesa que mostra el legislador estatal a l'hora d'emprendre les reformes necessàries³⁴ o, el que és pràcticament el mateix, la seva escassa sensibilitat respecte de les demandes socials.³⁵ Un dret estatal ineficient no només propicia un major desenvolupament de la competència en matèria civil a les comunitats que la tenen atribuïda, sinó que també empeny les que no la tenen a basar-se en altres títols competencials per a acabar promulgant, a la fi, normes que, en part, també són de dret civil.³⁶ Però no és clar que això hagi de ser considerat inconstitucional, o no sempre, per bé que aleshores és

33. Vid. COMISSIÓ GENERAL DE CODIFICACIÓ (SECCIÓ DE DRET CIVIL), «Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia* (2009). Segons l'article 4, «[a]questa Llei es dicta en exercici de les competències atribuïdes a l'Estat per l'article 149.1.8 de la Constitució, per la qual cosa ha de ser d'aplicació general». Vid. també l'apartat X de l'exposició de motius de la Proposta.

34. És un argument que es pot llegir en nombrosos preàmbuls de les lleis autonòmiques de parelles de fet. Vid. M. E. GINEBRA MOLINS, «La parella de fet», p. 97 i 106-111. Aquest abandonament de funcions és generalment criticat per la doctrina, independentment del criteri (en general, restrictiu) amb el qual els autors enjudicien la possibilitat de desenvolupament de la competència autonòmica en matèria civil. Recentment, vid. Mariano YZQUIERDO TOLSADA, «Nuevos estatutos de autonomía y *legiferación* civil», DPyC, núm. 21 (2007), p. 331-381, esp. p. 372-374; L. F. RAGEL SÁNCHEZ, «Las competencias legislativas en materia civil y su deseable reforma constitucional», RDP, núm. 7-8 (2005), p. 3-17, esp. p. 10; M. A. EGUSQUIZA BALMASEDA, «Constitución, mejoramiento», p. 238-240.

35. Malgrat la reforma recent de l'article 92 CC per la Llei 15/2005, de 8 de juliol, de l'Estat, en matèria de guarda i custòdia dels fills en casos de crisi matrimonial, el legislador aragonès destaca, en l'apartat II del preàmbul de la Llei 2/2010, d'Aragó, precisament, que «l'evolució de la societat exigeix dotar d'una nova regulació el règim de guarda i custòdia que afavoreixi el contacte continuat dels fills amb els pares i la igualtat entre els progenitors». Hi afegeix (preàmbul, III): «Aquesta llei, responnent a una demanda social important, significa un canvi de l'esquema tradicional, en configurar la custòdia compartida davant la individual com a norma preferent en els casos de ruptura de la convivència entre els pares i en absència de pacte de relacions familiars. Amb aquest canvi es pretén afavorir el millor interès dels fills i promoure la igualtat entre els progenitors». En canvi, l'article 92 CC configura la custòdia compartida atorgada judicialment com a excepcional; segons el legislador aragonès, a més del fet que no és el més beneficiós per al menor, tampoc no promou la igualtat de sexes. El legislador català es pronuncia amb menys rotunditat (art. 233-8.1 i 233-10.2 CCCat), però també considera preferent la custòdia compartida, seguint el model que proporcionen les reformes que s'han fet a Bèlgica, França o Itàlia (preàmbul, IIIc, 14, Llei 25/2010, de 29 de juliol, pel qual s'aprova el llibre segon del CCCat).

36. La Llei 11/2001, de 19 de desembre, d'unions de fet de la Comunitat de Madrid, podria ser un exemple, ja que regula la possibilitat de pactar pensions compensatòries. *In extenso*, M. E. GINEBRA MOLINS, «La parella de fet», p. 97 i 106-111. Afegeixen altres casos de possible extralimitació competencial, en el context de les activitats de les agències de viatges, M. MARTÍN CASALS, J. RIBOT IGUALADA i J. M. BECH SERRAT, «El contracte de viatge combinat», a ÀREA DE DRET

difícil saber quin és el límit.³⁷ No és normal que si una llei es considera inconstitucional, no s'impugni o que, un cop interposat el recurs, se'n desisteixi per motius polítics.³⁸ En conseqüència, pot succeir que, per haver-se pronunciat el Tribunal en uns casos, però no en altres, al final resultin penalitzades unes comunitats però no unes altres, malgrat ser formalment idèntica la competència assumida en l'estatut d'autonomia respectiu en matèria civil.³⁹ D'altra banda, tampoc no és estrany que el Tribunal Constitucional jutgi els mateixos casos de manera diferent.⁴⁰ Naturalment, tot plegat dificulta la *competència lleial* entre ordenaments.

CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *L'exercici de les competències sobre dret civil de Catalunya: XI Jornades de Dret Català a Tossa*, València, Tirant lo Blanch, 2002, p. 301-358, esp. p. 307-310. A més, *vid.* M. A. EGUSQUIZA BALMASEDA, «Constitución, mejoramiento», p. 239-240; L. F. RAGEL SÁNCHEZ, «Las competencias legislativas», p. 5, n. 4.

37. *Vid.* L. F. RAGEL SÁNCHEZ, «Las competencias legislativas», p. 7-9, i M. A. EGUSQUIZA BALMASEDA, «Constitución, mejoramiento», p. 233-237, sobre les diferents tesis del Tribunal Constitucional a propòsit del desenvolupament del dret civil en normes que les comunitats autònomes, amb competència i sense en matèria civil, promulguen a l'empara d'altres títols competencials. Monogràficament, a propòsit de la STC 135/2006, sobre la Llei 1/1997, d'associacions, *vid.* M. E. LAUROBA LACASA i R. CASAS VALLÉS, «De nuevo sobre las competencias en materia asociativa», RJC, núm. 1 (2007), p. 129-164.

38. En relació amb el dret civil català, l'exemple més recent (però no l'únic, *vid. infra* la nota 44) és la retirada del recurs d'inconstitucionalitat contra la Llei 29/2001, primera llei del Codi civil de Catalunya (BOE, núm. 279, de 19 de novembre de 2004; DOGC, núm. 4269, de 26 de novembre de 2004) tot just el PSOE va començar a governar després de les eleccions de l'any 2004. Malgrat tot, *vid.* la recent qüestió de constitucionalitat promoguda pel magistrat jutge titular del Jutjat de Primera Instància núm. 1 de Lleida, senyor Fernando Montojo Micó, mitjançant la Interlocutòria d'11 de novembre de 2008, en què considera contrari a l'article 14 CE l'establiment en el Codi civil de Catalunya d'un termini per a l'exercici de les accions de responsabilitat extracontractual superior al fixat pel Codi civil (consulto l'original). Queden encara pendents de resolució, entre d'altres, els recursos d'inconstitucionalitat contra la Llei 2/2006, de 14 de juny, de dret civil de Galícia (BOE, núm. 137, de 8 de juny de 2007), i contra la Llei 10/2007, de 20 de març, de règim econòmic matrimonial valencià (BOE, núm. 157, de 30 de juny).

39. És el que pot succeir a propòsit del recurs contra la Llei 2/2006, de 14 de juny, de dret civil de Galícia (encara pendent de resolució), en què l'advocat de l'Estat impugna la regulació de l'autotutela, que, per contra, és matèria que mai no ha estat sospitosa d'inconstitucionalitat a Catalunya. A propòsit del recurs contra la llei gallega, *vid.* N. ÁLVAREZ LATA, «Sobre la eventual inconstitucionalidad de algunos preceptos de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia. Juicio crítico a la luz de los principios de derecho civil gallego (y de la doctrina del Tribunal Constitucional)», DPyC, núm. 22 (2008), p. 57-94.

40. A propòsit dels estatuts del consumidor basc i gallec, *vid.* les STC 71/1982, de 30 de novembre (RTC 71), i 62/1991, de 22 de març (RTC 62). La primera declara inconstitucional el text basc i la segona, constitucional el gallec. Porta a col·lació l'exemple i denuncia l'oportunisme polític, S. ESPIAU ESPIAU, *La equivalencia*, p. 214, nota 608; *vid.* també L. F. RAGEL SÁNCHEZ, «Las competencias legislativas», p. 7-8.

2.4. LA VIRTUAL OBSOLESCÈNCIA DE L'ARTICLE 149.1.8 DE LA CONSTITUCIÓ ESPANYOLA

Són conegudes les crítiques doctrinals respecte del que es considera una fragmentació indesitjable del dret civil. El principal argument és que les comunitats autònomes «desenvolupen» dret civil més enllà del que permet l'article 149.1.8 CE. El biaix ideològic d'algunes opinions⁴¹ destapa els prejudicis que s'hi amaguen darrere, que es poden resumir en una idea: la necessitat de preservar la unitat del dret civil per a assegurar la igualtat dels ciutadans.⁴² Això és un aspecte que la proliferació de drets civils nacionals destruiria i, consegüentment, si bé no s'ha de combatre l'ordre constitucional que consagra el pluralisme, la seguretat jurídica exigeix fer-ne una interpretació restrictiva. També ho és la tesi de les institucions connexes, desenvolupada pel Tribunal Constitucional en les sentències 88/1993 i 156/1993,⁴³ tesi que, si bé no impedeix el desenvolupament del dret autonòmic en el seu conjunt, sí que en limita igualment l'expansió. Malgrat tot, no s'hauria de confondre el que és criteri de legitimitat per a assumir la competència (l'existència de dret civil preexistent a la Constitució) amb el criteri de delimitació del seu contingut.⁴⁴ Cal fer notar, a més, que les connexions poden arribar a ser il·limitades: amb les institucions que, en ser objecte de regulació en lleis extracomplades, tenen l'origen en la Compilació i, al mateix temps,

41. Vid., entre d'altres, C. GÓMEZ DE LA ESCALERA, *Las competencias legislativas en materia de derecho civil (art. 149.1.8 CE): El caso de la propiedad horizontal*, Madrid, Iustel, 2007, p. 25: «autonomisme legíferant de nou encuny amb el propòsit de servir a un gastat esperit nacional (*Volkegeist*)».

42. Mariano YZQUIERDO TOLSADA, «Nuevos estatutos de autonomía», p. 378-380.

43. Vegeu-ne diverses valoracions a F. BADOSA COLL, «La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les comunitats autònomes en dret civil», *Iuris. Quaderns de Política Jurídica*, núm. 1 (1994), p. 11-36; J. DELGADO ECHEVERRÍA, «Doctrina reciente del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa de las comunidades autónomas en materia de derecho civil», *Iuris. Quaderns de Política Jurídica*, núm. 1 (1994), p. 37-76; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Competencias del Estado y de las comunidades autónomas en materia de legislación civil», *Iuris. Quaderns de Política Jurídica*, núm. 1 (1994), p. 77-110.

44. F. BADOSA COLL, «La recent jurisprudència constitucional», p. 13. La idea que es combat implica considerar que les comunitats autònomes només poden legislar a costa dels seus propis preceptes i sense anar en detriment del dret comú (de l'Estat), que és l'argument que reiteradament ha utilitzat l'advocat de l'Estat en diversos recursos d'inconstitucionalitat interposats contra les lleis autonòmiques. Així, entre d'altres, contra les catalanes Llei 9/1987, de 25 de maig, de successió intestada; Llei 7/1991, de 27 d'abril, de filiacions; Llei 25/2001, de 31 de desembre, sobre l'accés i l'ocupació; Llei 19/2002, de 5 de juliol, de drets reals de garantia; Llei 29/2001, primera llei del Codi civil de Catalunya (tots retirats); contra la Llei aragonesa 3/1988, de 25 d'abril, sobre equiparació de fills adoptius (desestimat); o contra el Decret legislatiu 79/1990, de 6 de setembre, text refós de la Compilació de les Illes Balears (desestimat només parcialment).

amb les noves que resulten d'aquestes altres lleis. Aquesta conseqüència fa inútil la limitació al desenvolupament del dret autonòmic pretesa pel Tribunal Constitucional,⁴⁵ que és una perspectiva que l'actual STC de 28 de juny de 2010 (FJ 76) no modifica en la seva interpretació de l'article 129 EAC.⁴⁶ La Sentència prescindeix del fet que, *de facto*, el dret civil català ja fa temps que s'està desenvolupant al marge de la connectivitat i que, anteriorment, no hi ha hagut pronunciaments contraris a la inconstitucionalitat de les normes civils catalanes.

No pot passar tampoc desapercbut el fet que algunes reformes estatutàries atribueixen a determinades comunitats competència en dret civil «allà on no n'hi havia». És el cas de València,⁴⁷ Andalusia⁴⁸ i, probablement, Castella i

45. F. BADOSA COLL (dir.), *Manual de dret civil català*, p. 50-51. El vot particular del magistrat J. González Campos a la STC 88/1993 critica la tesi de les institucions connexes en entendre que no només no té suport constitucional, sinó que, a més, deixa obert l'interrogant de quin ha de ser i sobre la base de quin criteri s'ha d'establir el punt de connexió. Vegeu, crític amb una visió il·limitada de la connectivitat, entre molts altres, Mariano YZQUIERDO TOLSADA, «Nuevos estatutos de autonomía», p. 356.

46. Art. 129 LO 6/2006, de 19 de juliol, de reforma de l'Estatut d'autonomia de Catalunya (DOGC, núm. 4680, del 20 de juliol): «[C]orrespon 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». El precepte va ser impugnat en el recurs d'inconstitucionalitat promogut pel Defensor del Poble (DOGC, núm. 4755, de 7 de novembre de 2006) i en el promogut pel Partit Popular en el Congrés (BOE, núm. 241, de 9 d'octubre de 2006). En transcriu els arguments, E. BOSCH CAPDEVILA, «La distribución de competencias en materia de legislación civil. De la Constitución española de 1931 al Estatuto de Cataluña de 2006», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* (RCDI), núm. 701 (2007), p. 1067-1146, esp. p. 1130-1132. Vegeu els diferents comentaris de la Sentència de F. Badosa Coll, J. Egea Fernández i E. Roca Trías a: <http://www10.gencat.net/eapc_revistadret/recursos_interes/especial%20estatut/ca_ese/ca>.

47. L'article 55 de la Llei orgànica 1/2006, de 10 d'abril, de reforma de la Llei orgànica 5/1982, d'1 de juliol, de l'Estatut d'autonomia de la Comunitat Valenciana (DOGV, núm. 5238, d'11 d'abril), modifica l'article 49.1.2 i atribueix a la comunitat la competència exclusiva per a la «conservació, desenvolupament i modificació del dret civil foral valencià»; *vid.* també la disposició transitòria tercera: «[L]a competència exclusiva sobre dret civil foral valencià s'ha d'exercir, per la Generalitat, en els termes establerts per aquest estatut, a partir de la normativa foral de l'històric Regne de València, que es recupera i actualitza, a l'empara de la Constitució espanyola». En ús d'aquesta competència, s'ha promulgat la Llei 10/2007, de 20 de març, de règim econòmic matrimonial valencià (BOV, núm. 5475, de 22 de març), que, com s'ha avançat en la nota 38, ha estat impugnada per l'advocat de l'Estat (aixeca la suspensió la Interlocutòria del TC de 12 de juny de 2008, RTC 156). De moment, sobre la competència en matèria de dret civil valencià, *vid.* la STC 121/1992, de 28 de setembre (RTC 121). *Vid.* ara F. de P. BLASCO GASCO, «El desarrollo del derecho foral valenciano: la ley de régimen económico matrimonial valenciano», RJN, núm. 46 (2008), p. 45-68.

48. Segons l'article 47.5 LO 2/2007, de 19 de març, de reforma de l'Estatut d'autonomia per a Andalusia (BOJA, núm. 56, de 20 de març), «la comunitat autònoma té facultats per a incorporar

Lleó.⁴⁹ Aquest fet evoca precedents més autonomistes⁵⁰ i posa en relleu una virtual obsolescència de l'article 149.1.8 CE.⁵¹

3. LA CODIFICACIÓ CATALANA

L'any 2004, un nou Govern tripartit, compost pels partits polítics PSC, ERC i ICV, va decidir donar continuïtat al projecte, llargament gestat i posat en pràctica durant els anys precedents per l'anterior Govern de CiU (partit polític en el poder des de la recuperació de l'autogovern), de promulgar un Codi civil de Catalunya.⁵² Amb aquesta finalitat es van crear, l'any 2000, l'Observatori de Dret Privat i la Comissió de Codificació de Catalunya. Inicialment, l'Observatori estava organitzat en un Ple i quatre seccions (dret de família, dret de successions, dret patrimonial i dret d'harmonització), i la missió que tenia havia de ser revisar el dret existent, proposar reformes i, en definitiva, conduir el procés de codificació. Després del canvi de Govern, es van produir reformes estructurals que en

a la seva legislació aquelles figures juridicoprivades que siguin necessàries per a l'exercici de les seves competències, sens perjudici del que disposa l'article 149.1.6 i 149.1.8 de la Constitució.»

49. L'article 70.5 LO 14/2007, de 30 de novembre, de reforma de l'Estatut d'autonomia de Castella i Lleó, regula, tot i que sense cap referència expressa al dret civil, la competència exclusiva de la comunitat per a la «conservació del dret consuetudinari de Castella i Lleó».

50. Article 15 CE 1931: «[C]orrespon a l'Estat espanyol la legislació, i pot correspondre a les regions autònomes l'execució, en la mesura de llur capacitat política, a parer de les Corts, sobre les matèries següents: 1. Legislació penal, social, mercantil i processal, i pel que fa a la legislació civil, la forma del matrimoni, l'ordenació dels registres i les hipoteques, les bases de les obligacions contractuals i la regulació dels estatuts, personal, real i formal, per a coordinar l'aplicació i resoldre els conflictes entre les diferents legislacions civils de l'Estat espanyol. [...]» I l'article 16 CE 1931 disposava: «[E]n les matèries no compreses en els dos articles anteriors, pot correspondre a la competència de les regions autònomes la legislació exclusiva i l'execució directa, d'acord amb el que disposin els respectius estatuts aprovats per les Corts». Vegeu una perspectiva històrica i actual del repartiment competencial en matèria civil a E. BOSCH CAPDEVILA, «La distribución», p. 1067-1145.

51. En aquests termes, P. FERRER VANRELL, «Competència exclusiva en legislació civil», p. 19, i M. A. EGUSQUIZA BALMASEDA, «Constitución, mejoramiento», p. 240: «[...] es desdibuja el disseny inicialment proposat per als drets civils forals o especials en la Constitució del 1978».

52. Sobre aquest particular, *vid.* les consideracions de qui va ser l'última consellera de Justícia amb el Govern de CiU, abans de l'arribada del Govern tripartit, N. de GISPÈRT CATALÀ, «The codification of Catalan Civil Law», a H. MCQUEEN, A. VAQUER i E. ESPIAU ESPIAU (ed.), *Regional Private Laws and Codification in Europe*, Cambridge, University Press, 2003, p. 164-171. Vegeu un comentari recent sobre la codificació catalana a E. LAUROBA, «Le code civil québécois et le code civil catalan», *Revue du Barreau Canadien*, núm. 88 (2009), p. 465-495.

van afectar el funcionament, fet que va exigir prescindir de les seccions per a aconseguir un funcionament més àgil, que exigeix la designació d'experts l'aptitud dels quals per a proposar reformes és avaluada individualment en funció de la matèria que s'ha de tractar.⁵³

3.1. PER QUÈ?

3.1.1. *Una reivindicació històrica*

Des d'antic, a Catalunya la codificació del dret s'ha vist com un instrument idoni per a frenar l'expansió de la jurisprudència unificadora del Tribunal Suprem, que tendia a aplicar indiscriminadament, primer, el dret de Castella i els seus supletoris⁵⁴ i, després, aquest mateix dret codificat, en qüestions en què el Codi no era aplicable ni directament ni supletòriament. És a dir, sempre en detriment del dret civil català.⁵⁵ Per això no és estrany que, ja el 1918, l'Assemblea de la Mancomunitat⁵⁶ proposés dotar Catalunya d'un Codi de dret civil propi que evités l'aplicació del que era aliè.⁵⁷ La reivindicació va tenir el punt més àlgid en la Segona República, amb la creació de la Comissió Jurídica Assessora de

53. *Vid.* el Decret 190/2000, de 29 de maig, sobre l'Observatori de Dret Privat de Catalunya (DOGC, núm. 3156, de 7 de juny). El Decret 266/2004, de 27 d'abril, de regulació dels òrgans de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya (DOGC, núm. 4122, de 29 d'abril), va fer desaparèixer les seccions i va potenciar les funcions de la Comissió Permanent.

54. E. ARROYO i AMAYUELAS, «Vigència i aplicació del dret a Catalunya segons la jurisprudència del Tribunal Suprem: 1875-1888», *Boletín del Centro de Estudios Hipotecarios de Cataluña*, núm. 79 (1998), p. 360-386, esp. p. 370.

55. Contra la uniformització del dret per la via jurisprudencial, *vid.* les crítiques d'autors de l'època, com ara A. M. BORRELL i SOLER, *El Còdic civil a Catalunya*, Barcelona, Fidel Giró Impresor, 1904. A partir de l'exemple concret de la prescripció i la inaplicació dels trenta anys de l'article 344.2 Compilació, *vid.* A. LAMARCA MARQUÈS, «La prescripció de les accions que no tenen assenyalat un termini especial en el dret civil de Catalunya: la seva inaplicació», *RJC*, núm. 4 (1999), p. 957-982.

56. La Mancomunitat de Catalunya era una institució política formada per l'associació de les quatre províncies catalanes, que es va constituir a Barcelona el 6 d'abril de 1914. En teoria, només tenia finalitats administratives, però es va convertir en una plataforma que va impulsar nombroses reformes en tots els àmbits. Pel que fa a les iniciatives legislatives a favor de la conservació del dret civil català, *vid.* A. BALCELLS, E. PUJOL i J. SABATER, *La Mancomunitat de Catalunya i l'autonomia*, Barcelona, Proa, 1996, p. 479-488. *Vid.*, recentment, A. BALCELLS, *El projecte d'autonomia de la Mancomunitat de Catalunya del 1919 i el seu context històric*, Barcelona, Parlament de Catalunya, 2010.

57. MANCOMUNITAT DE CATALUNYA, *El dret català i la codificació*, Barcelona, 1919, p. 8-9 i 61-65.

la Generalitat de Catalunya (una autèntica comissió codificadora), que, desgraciadament, va veure interrompuda la seva obra legislativa com a conseqüència de l'esclat de la Guerra Civil. Posteriorment, la redacció d'un Codi civil català seria una aspiració de màxims, en un context en què la subsistència dels drets forals (article 12 CC originari) era una mera concessió de l'únic poder polític que existia.

3.1.2. *Els motius actualment*

Els primers codis, de successions i de família, daten dels anys noranta del segle passat. Van néixer amb la clara voluntat de procedir a una regulació completa de les respectives matèries, precisament per a evitar l'aplicació supletòria (i, sovint, indeguda) del CC espanyol (preàmbul Llei 40/1991, de 30 de desembre, Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya [CS], I, 2, 3;⁵⁸ preàmbul, III, 27, Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família [CF]⁵⁹). Es tractava, doncs, de trencar la inèrcia de presentar el dret civil català com un apèndix subordinat del que jutges i advocats tradicionalment han percebut com a dret «comú» o «general» (el Codi civil espanyol) i, en definitiva, més ben considerat pel fet de ser més complet. Aquestes són algunes de les raons que expliquen per què a Catalunya encara es reivindica el Codi com a mitjà de formulació del dret, especialment en un context com l'actual, d'autonomia política i legislativa. Però, a més, si s'imposa l'abandonament definitiu de la idea

58. Preàmbul CS, I, 2 (DOGC, núm. 1544, de 30 de desembre; correcció d'errors: DOGC, núm. 1582, de 13 d'abril, i núm. 1600, de 29 de maig): «[L]a regulació compilada recollia el dret tradicional de Catalunya [...] algunes institucions bàsiques del dret de successions, com les formes testamentàries o la successió intestada eren regulades breument i per remissió directa al Codi civil en un gran nombre d'institucions». Es tractava, per tant, d'una regulació extensa, però incompleta i parcial, que propiciava l'aplicació supletòria del Codi civil en un gran nombre d'institucions. 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*. Preàmbul CS, I, 3: «[A]questa llei conté una normativa autònoma, completa i global del dret successori català». En aquest sentit, *vid.* la STSJC de 9 de juny de 1997 (RJ 6357): «[E]l Codi de successions ha regulat de manera íntegra i completa la matèria successòria vigent a Catalunya, excloent absolutament i expressament l'aplicació directa o supletòria del Codi civil».

59. Preàmbul CF, III, 27 (DOGC, núm. 2687, de 23 de juliol; correcció errors: DOGC, núm. 2732, de 28 de setembre): «[E]n definitiva, aquesta Llei conté una normativa completa i autònoma de totes les institucions pròpies del dret de família, amb la sola excepció [...] de les relacions juridicocivils relatives a les formes de matrimoni».

compiladora, no és només perquè el Codi confereix un prestigi que una compilació no té, sinó, sobretot, perquè la compilació tan sols aspira a consolidar el passat i és, per tant, un atemptat a l'evolució del dret. Cosa que els codis, contràriament, tracten de superar. Addicionalment i des d'un punt de vista merament tècnic, la codificació implica simplificació i un millor accés al dret. És a dir, evita la dispersió (preàmbul CS, I, 3) i afavoreix l'ordre i la unitat interns (preàmbul, II, 1, Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals). En fi, el Codi també té una significació especial com a element d'identificació nacional i instrument de cohesió social (preàmbul, II, 1, Llei 5/2006).⁶⁰

3.2. COM? ENTRE LLEIS ESPECIALS I CODIS

La Llei 29/2002, de 30 de desembre, primera llei del Codi civil de Catalunya, inaugura una nova etapa en establir l'estructura i la sistemàtica del Codi civil de Catalunya. Amb aquesta Llei, s'aprova el llibre primer⁶¹ i es creen sis nous llibres (art. 2 Llei 29/2002).⁶² A partir d'aquest moment, cada projecte de llei que el Govern presenta al Parlament ha de correspondre a cada un dels llibres o, eventualment, a cada una de les parts dels continguts respectius (art. 6.4 Llei 29/2002).

També durant molt de temps els passos cap als primers codis sectorials han anat precedits de la promulgació de lleis especials, que són les que, posteriorment, havien de quedar refoses, primer en aquests codis i, després, en el Codi

60. Vid. E. ARROYO AMAYUELAS, «Els codis en el procés de modernització del dret. El Quebec com a reflexió per a Catalunya», a E. ARROYO AMAYUELAS (coord.), *El Quebec: Un model de dret comparat per a Catalunya*, Barcelona, Servei de Publicacions de la Universitat de Barcelona, 2001, p. 25-55, esp. p. 43-51 i 52-53. Pel que fa a la utilitat i simbologia del Codi, vegeu E. BOSCH CAPDEVILA, «Introducció», a E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo: Problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, Bosch, 2009, p. 23-29, esp. p. 25.

61. Com ja s'ha avançat, la norma va ser objecte d'un recurs presentat per l'advocat de l'Estat, que la considerava inconstitucional en la seva pràctica totalitat. Vid. les al·legacions en contra del Parlament de Catalunya (BOPC, núm. 443, de 30 juny de 2003) i, en la doctrina, J. EGEA FERNÁNDEZ, «Codificació civil i competència legislativa de la Generalitat de Catalunya», *InDret*, núm. 4 (2003), p. 1-15, esp. p. 5 i seg. (<www.indret.com>); F. BADOSA COLL, «Una anàlisi de l'ordenament civil català. El recurs d'inconstitucionalitat núm. 2099-2003 contra la Llei 29/2002, del 30-XII, Primera Llei del Codi civil de Catalunya», a CONSELL CONSULTIU DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA I CONSELL DE L'ADVOCACIA CATALANA (ed.), *Autonomia i Dret: II Jornada*, Barcelona, Esteve i Associats, 2005, p. 21-62. Ja s'ha dit també que el recurs va ser retirat (vegeu *supra* la nota 38).

62. Vid., amb més detall, *infra* l'epígraf 4.1.

civil de Catalunya, del qual els codis esmentats havien de ser llibres (preàmbul, I, 8, CF).⁶³ En molts casos, no hi va haver temps de contrastar l'eficàcia de les normes, perquè els tribunals encara no havien tingut ocasió d'interpretar-les abans de ser codificades. Però, sens dubte, el legislador català estimava indispensable aquesta manera de procedir per a després poder justificar el contingut del Codi (o, almenys, de determinades parts), entenent aquest com un tot molt més important que els llibres que el componen i les lleis que l'integren.⁶⁴

Malgrat tot, les lleis extracodicials no han estat només preludi dels codis sectorials o d'alguns dels llibres del Codi civil de Catalunya. La legislació especial no ha cessat, ni després de promulgats codis que sectorialment havien de ser complets. D'entrada, la promulgació del CF no va impedir que la regulació de la convivència de les unions estables de parella s'aprovés en una llei independent i, paradoxalment, el mateix dia en què aquell s'aprovava al Parlament.⁶⁵ Posteriorment, es va tornat a incidir en la regulació de la convivència, però, aquest cop, la de les persones que no formaven una unió estable de parella. I, a això, s'hi van dedicar, no una, sinó tres noves lleis. La inconsistència del plantejament ha provocat distorsions indesitjables que es projecten en diferències de tracte injustificades. Així, resulta que no hi havia drets successoris *ab intestato* entre els membres heterossexuals d'una parella de fet (sí que es reconeixien, en canvi, a les homosexuals, article 34 LUEP), ni tampoc es van reconèixer drets successoris recíprocs entre les persones convivents sotmeses a la Llei 19/1998, de 28 de desembre, de situacions convivencials d'ajuda mútua [LSCAM],⁶⁶ però, contrària-

63. En realitat, després de la promulgació del CS i del CF, la política de la Generalitat s'encaminava cap a la consecució d'un tercer codi sectorial de dret patrimonial (A. M. BASSOLS i PARÉS, «Vers la codificació del dret civil català. La reforma prèvia de 1984», RJC, núm. 1 (1993), p. 347-398, esp. p. 396; *vid.* també el preàmbul del CF, I, 9, que, a més, ja tenia data prevista de promulgació l'any 2001, segons declarava la llavors consellera de Justícia, Núria de Gispert Català (DSPC, de 30 de juny, sèrie P, núm. 85, p. 5887). El Codi de dret patrimonial no va ser tal i en lloc seu es va promulgar el llibre cinquè del CCCat.

64. Sobre això últim, *vid.* M. VRANKEN, *Fundamentals of European Civil Law*, Sydney, 1997, p. 43; D. de BÉCHILLON, «L'imaginaire d'un Code», *Droits*, núm. 27 (1998), p. 173-184, esp. p. 178.

65. Llei 10/1998, de 15 de juliol, d'unions estables de parella (LUEP) (DOGC, núm. 2687, de 23 de juliol).

66. Llei 19/1998, de 28 de desembre, sobre situacions convivencials d'ajuda mútua (DOGC, núm. 2801, de 8 de gener). La Llei regulava la situació de convivència entre col·laterals, amics o companys que no estiguessin entre ells casats ni formessin parella estable anàloga, fundada en una voluntat d'ajuda mútua, amb posada en comú de treball domèstic, sense contraprestació i amb voluntat de permanència. L'apartat 1 de la disposició addicional de la norma va ser modificat per l'article 29 de la Llei 26/2009, de 31 de desembre, de mesures fiscals, financeres i administratives (DOGC, núm. 5537, de 31 de desembre).

ment, sí que es van atorgar als acollidors en la successió dels acollits (no a la inversa) en les situacions sotmeses al règim de la Llei 22/2000, de 29 de desembre, d'acolliment de persones grans (LAPG),⁶⁷ que regulava (i encara ho fa avui) l'acolliment de persones majors d'edat en famílies com a alternativa a ingressar en residències geriàtriques (articles 8 i 9 LAPG).⁶⁸ La lògica d'aquesta última regulació no s'acaba d'entendre, ja que l'acolliment d'ancians ja és remunerat.⁶⁹ Però és que, a més, la mateixa regulació de l'acolliment civil de persones grans (Llei 22/2000, d'acolliment de persones grans) se solapa (i cohonesta malament) amb una altra de caràcter administratiu que regula exactament el mateix tema (Llei 11/2001, d'acolliment familiar de persones grans).⁷⁰

La recodificació del llibre quart del CCCat corregeix ja el tracte discriminatori per raó de sexe entre convivents no casats (articles 442-3 a 442-7 CCCat).⁷¹ En canvi, el llibre segon del CCCat, que deroga i incorpora, amb modificacions, la regulació continguda en la LSCAM (articles 240-1 al 240-7 CCCat),⁷² no deroga la llei civil sobre acolliment de persones grans. La deixa intacta, ja que el legislador ha preferit considerar que la naturalesa contractual de l'institut aconsella la seva expulsió del dret de família.⁷³ D'altra banda, l'article 412-5.2 CCCat només tracta d'assegurar que no hi hagi captacions de voluntat (preàmbul, II, 2,

67. Llei 22/2000, de 29 de desembre, d'acolliment de persones grans (DOGC, núm. 3304, de 12 de gener).

68. El model més influent de la Llei catalana va ser la francesa: *Loi 89-475, du 10 juillet 1989, relative a l'accueil par des particuliers, de majeurs protégées ou handicapées adultes*.

69. Sobre el tema, *vid. supra* la bibliografia esmentada en la nota 15.

70. Llei 11/2001, de 13 de juliol, d'acolliment familiar de persones grans (DOGC, núm. 3437, de 24 de juliol). Per a una exegesi de la norma, *vid. E. ARROYO I AMAYUELAS, Autonomies*, núm. 28 (2002), p. 244-246.

71. A més, la disposició derogatòria *b* de la Llei 10/2008, per la qual s'aprova el llibre quart CCCat, derogava els articles 34 i 35 LUEP (DOGC, núm. 5175, de 17 de juliol). Actualment, la LUEP ja ha estat derogada per la disposició derogatòria de la Llei 25/2010, per la qual s'aprova el llibre segon CCCat.

72. *Vid.* la disposició derogatòria *c* de la Llei 25/2010, per la qual s'aprova el llibre segon CCCat. Una novetat, respecte de la regulació precedent, és que ara el llibre segon CCCat suprimeix la possibilitat de reclamar una compensació per raó de treball (article 7 LSCAM) i, a més, elimina la norma sobre atribució de l'ús de l'habitatge de titularitat conjunta (art. 6.4 LSCAM). *Vid.* preàmbul, III*d*, 1, Llei 25/2010, del llibre segon del CCCat.

73. Preàmbul, III*d*, 2, Llei 25/2010, per la qual s'aprova el llibre segon CCCat: «[P]el que fa al pacte d'acolliment que fixa la Llei 22/2000, del 29 de desembre, d'acolliment de gent gran, tot i que denota una certa inspiració en institucions de dret de família i que dibuixa un contingut amb uns perfils extrets de la relació de parentiu, en la mesura que es concep com un contracte oneros i hi intervé una contraprestació, ha de quedar fora del llibre segon i, si escau, integrar-se en el llibre sisè, relatiu a les obligacions i els contractes».

final, Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions) i, en conseqüència, únicament introdueix algunes cauteles respecte als drets que podrien correspondre als acollidors en la successió testada o contractual, és a dir, per al cas que el testador els institueixi hereus o els beneficiis amb un llegat. Per tant, no els inhabilita per a percebre les atribucions legals amb les quals també poden resultar afavorits, segons els articles 8 i 9 de la Llei 22/2000. Això vol dir que continuarien tenint dret a la quarta part del valor de l'herència o, si s'escau, la totalitat, en la successió intestada de la persona acollida, o només a la quarta part en la successió testada, sempre que es donin les condicions que estableixen els preceptes esmentats.

De la mateixa manera que, en paral·lel a la codificació civil, el legislador català no ha prescindit de lleis especials *ad hoc* per a regular un problema concret, tampoc no ha prescindit de codis sectorials per a regular tota una matèria i, en concret, del Codi de consum, que, malauradament, no es limita a ésser una regulació merament administrativa.⁷⁴ Això representa obviar el que disposa l'article 3f de la Llei 29/2002, que estableix la incorporació en el llibre VI del CCCat de les obligacions i els contractes, incloent-hi els contractes amb consumidors.⁷⁵ Probablement, en l'origen d'aquesta duplicitat normativa hi ha un conflicte de competències entre les conselleries de Justícia i Economia, cosa que també explicaria que en l'elaboració del Codi de consum no hagi intervingut l'Observatori de Dret Privat.

La denominació *codi* no és pertinent per a designar una llei que no consideri tots els contractes amb consumidors avui regulats en diferents directives europees i que, a més, tampoc no fa una regulació completa dels contractes que sí que regula. Per exemple, en relació amb el dret de desistiment, no hi ha cap norma que fixi terminis d'exercici o les conseqüències que deriven d'aquest exercici, atès que el Codi remet a la legislació específica (articles 211-15.3 i 4 CCCat). Addicionalment, en la regulació de les vendes fora d'un establiment mercantil, s'estableix que l'empresari ha d'informar el consumidor si no té dret

74. Llei 22/2010, de 20 de juliol, del Codi de consum de Catalunya (DOGC, núm. 5677, de 23 de juliol), contra alguns preceptes de la qual ja s'han interposat recursos d'inconstitucionalitat (essencialment pel que fa a les disposicions sobre llengua), promoguts, respectivament, pel Defensor del Poble (contra l'article 128-1) i més de cinquanta diputats del Grup Parlamentari Popular (contra els articles 128-1.1 i 2, 211-5, 331-3a i b, 331-4e i f, 331-6b, k i l, 332-2.1, 332-3.1b, 333-1.1a i b). L'admissió a tràmit es publicà en el BOE, núm. 277, de 16 de novembre de 2010, p. 95595 i p. 95597.

75. En relació amb l'avantprojecte, *vid.* la crítica a la incoherència sistemàtica i, en part, a alguns dels continguts, d'A. VAQUER ALOY, «El derecho civil catalán: presente y futuro», RJN, núm. 46 (2008), p. 69-108, esp. p. 102-105.

a desistir, però no s'explica quins són aquests casos (article 223-1.3d CCCat).⁷⁶ La norma, doncs, no sempre transposa (o no correctament) les disposicions comunitàries. Als exemples esmentats ha d'afegir-se la definició de *consumidor*, que és l'adquirent o usuari que actua en un àmbit aliè a *qualsevol* àmbit empresarial o professional i que no només s'aplica a les persones físiques, sinó també a les persones jurídiques,⁷⁷ i als socis cooperativistes en les relacions de consum amb la cooperativa (article 111-2a CCCat).⁷⁸ Més correctament, la definició del contracte a distància incorpora el requisit que el venedor compti amb un «sistema organitzat de contractació a distància» (article 222-1.1 CCCat), que és una exigència que no contenia l'avantprojecte, però que, tenint en compte l'evolució del dret comunitari, és probable que finalment hagi de ser suprimida.⁷⁹

3.3. PER QUÈ? LA VOLUNTAT D'ACTUALITZAR I MODERNITZAR

La codificació no ha de ser vista, simplement, com una manera de presentar el dret. És, sobretot, un procés de reforma. Això significa que, a més de la consolidació, l'harmonització i la sistematització de les lleis especials que ja hi hagi, el Codi persegueix l'actualització i, per tant, la modernització del dret civil

76. Crítiques a la regulació d'aquesta matèria en el text de l'avantprojecte i propostes de *legge ferenda*, a L. ARNAU RAVENTÓS, «El desistimiento contractual del consumidor en el futuro libro VI del Código civil de Cataluña», a E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo*, p. 549-561, esp. p. 557-558.

77. Pel que fa a la noció europea de *consumidor*, *vid.* E. ARROYO AMAYUELAS, «Hacia un derecho contractual más coherente: la sistematización del acervo contractual comunitario», a E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *El derecho contractual*, p. 209-238, esp. p. 219-227, i allà bibliografia.

78. Respecte a aquesta última qüestió, l'art. 101.2 Llei 18/2002, de 5 de juliol, de cooperatives (DOGC, núm. 3679, de 17 de juliol de 2002), en relació amb les cooperatives de consum (definides en l'art. 98 com les que tenen com a objecte primordial el lliurament de béns o la prestació de serveis per al consum directe dels socis i de llurs familiars, i el desenvolupament de les activitats necessàries per a l'increment de la informació, la formació i la defensa dels drets dels consumidors i els usuaris), considera que els lliuraments de béns i la prestació de serveis als socis de la cooperativa no tenen la condició de vendes, *ja que es tracta de consumidors agrupats que els han adquirit conjuntament*. En el mateix sentit, l'art. 147 diu: «[...] Els lliuraments de béns i les prestacions de serveis proporcionats per les cooperatives a llurs socis, produïts per aquests socis o adquirits de terceres persones per a complir llurs fins socials no tenen consideració de vendes». No sembla, doncs, que aquesta relació interna pugui ser qualificada de *relació de consum* en sentit jurídic, entenent per aquesta la que es dona entre l'adquirent de béns i serveis que actua en un àmbit aliè a una activitat empresarial o professional i un empresari, que és qui comercialitza béns o serveis, o qui de qualsevol altra forma actua en el marc de la seva activitat empresarial o professional (art. 111-2d).

79. En el dret europeu, l'article 2.1 de la Directiva 97/7 exigeix aquest requisit, però el Projecte de directiva sobre drets dels consumidors (COM(2008) 614 final) ja en prescindeix (article 2.6).

(preàmbul, III, 28, CF; preàmbul, III, 4, Llei 29/2002; preàmbul, II, 3, Llei 5/2006; preàmbul, I, 2, Llei 10/2008). Això implica, en molts casos, un canvi de principis amb l'objectiu d'adequar el dret a la societat del moment. Això és així tant des del punt de vista terminològic com des del punt de vista dels continguts.

Un exemple dels canvis terminològics és, en l'àmbit del dret de família, la substitució de l'expressió «potestat del pare i de la mare» per la qual es va decantar el CF, enfront de l'expressió tradicional «pàtria potestat» (preàmbul, III, 20, CF), per la de «potestat parental». És un canvi significatiu si es té en compte que la finalitat és donar cabuda a l'exercici de la potestat per persones del mateix sexe.⁸⁰ No es pot dir el mateix, en canvi, del maquillatge que pateixen expressions com ara *quarta trebel·liànica* i *quarta falcídia*, perquè les designacions alternatives *quota lliure* i *quota mínima hereditària*, respectivament, només serveixen per a aclarir-ne el significat al lector poc avesat al dret i, atès que no el modifiquen, representen un canvi innecessari. Per contra, la *quarta vidual* continua sent designada amb aquest adjectiu, encara que el supervivent que tingui dret a percebre-la mai no hagués estat casat amb el premort.⁸¹ En aquest punt, la terminologia és, doncs, confusa.⁸² L'expressió *quarta legal* hauria estat més oportuna.

Els exemples dels canvis en els continguts són molt nombrosos. En el llibre primer del CCCat, es regula de forma completa el règim jurídic de la prescripció i la caducitat, incloent-hi la interrupció i la suspensió. El termini general de prescripció de trenta anys (article 344 Compilació) es converteix en un termini de preclusió (articles 121-24, també aplicable a la caducitat, i 122-5.1 CCCat), i es preveu que el general per a les pretensions que no en tinguin assenyalat un d'especial sigui de deu anys (article 121-20 CCCat).⁸³ En el llibre se-

80. Així ho destacava l'EM, IIIc, 31, del Projecte de llei del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família (BOPC, núm. 384, de 19 de gener de 2009). Actualment, *vid.* el preàmbul, IIIc, 3, de la Llei 25/2010, tocant a la voluntat d'incorporar la major neutralitat possible en el llenguatge de gènere amb expressions com ara *cònjuges* en substitució de *marit o muller*, o *progenitors* en substitució de *pare o mare*.

81. Sobre el particular, P. del POZO CARRASCOSA, A. VAQUER ALOY i E. BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña: Derecho de sucesiones*, Barcelona, Madrid i Buenos Aires, Marcial Pons, 2009, p. 416.

82. Pel que fa a la nova regulació de la quarta vidual, *vid.* S. ESPIAU ESPIAU, «La quarta vidual en el Codi civil de Catalunya», RJC, núm. 3 (2009), p. 639-678.

83. El preàmbul, III, 4, de la Llei 29/2002 destaca la modernització en la línia de les regulacions de diversos països europeus i de diverses propostes legislatives en curs. Per a una comparació de la regulació catalana amb l'alemanya i els PECL, *vid.* A. VAQUER ALOY, «The New Regulation of Prescription in the Civil Law of Catalonia: More Modernised than Principled, but still Spanish», a A. VAQUER ALOY (ed.), *La tercera parte de los Principios de Derecho Contractual Europeo*, València, Tirant lo Blanch, 2005, p. 495-516. La disposició final primera de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, per la qual s'aprova el llibre segon del CCCat, modifica l'article 121-16 CCCat.

gon del CCCat s'introdueix un títol sobre el dret de la persona en el qual destaquen regles innovadores sobre l'adquisició de la personalitat i la commoriència (articles 211-1 i 211-2 CCCat)⁸⁴ i s'inclouen noves institucions de protecció per manca de capacitat natural de la persona.⁸⁵ Així mateix, la part dedicada al dret de família introdueix molt més que retocs en el dret vigent anteriorment. N'hi ha prou amb referir-se al reconeixement de facultats decisòries i la guarda dels fills als *stepparents* (art. 236-14 i 15 CCCat) o als pactes en previsió de la ruptura matrimonial o de la convivència, o amb posterioritat però fora de conveni (articles 231-20, 233-5, 234-5 i 6, i 240-4.2 CCCat). El llibre tercer del CCCat també incorpora nous continguts i, per a esmentar només dues de les reformes que hi ha hagut en matèria de fundacions, cal destacar l'exigència d'una dotació inicial mínima de seixanta mil euros (en les fundacions que no siguin temporals), que, amb tot, no s'han de desemborsar de cop, i la presentació, com a requisit per a la inscripció, d'un projecte de viabilitat econòmica de les activitats de la fundació per als primers dos anys.⁸⁶ En el llibre quart del CCCat sobresurt la modificació de la successió contractual,⁸⁷ el manteniment de la llegítima d'un quart

84. Segons l'art. 211-1.1 CCCat, la personalitat civil és inherent a la persona física des del naixement. S'eliminen, doncs, els requisits de l'art. 30 CC. D'altra banda, l'art. 211-2 CCCat estableix la necessitat de supervivència de setanta-dues hores per a eliminar dubtes de prova sobre la premoriència o la supervivència d'una persona respecte del seu causant, en cas de mort en circumstàncies que farien presumir la commoriència. Això no obstant, l'amplitud amb què està redactat l'art. 211-2 CCCat, en termes de capacitat successòria, permet pensar que qui estava concebut en el moment de la mort del causant només podrà adquirir drets successoris si neix i sobreviu setanta-dues hores. Posa en relleu la paradoxa que comporta aquesta regulació, si s'interpreta literalment, A. VAQUER ALOY, «Pórtico (sobre el libro II del Código civil de Cataluña)», *La Notaria*, núm. 2 (2010), p. 22-26, esp. p. 23.

85. Sobre això, *vid. infra* l'epígraf 4.3.1.1.

86. Articles 331-5, 331-6 i 331-7.2 CCCat. Vegeu una perspectiva general de la reforma a M. R. LLOVERAS FERRER, «Notas a la nueva regulación de las fundaciones en el Código civil de Cataluña», *InDret*, núm. 4 (2008), p. 1-26 (<www.indret.com>); J. FERRER RIBA, «El llibre III del Codi civil de Catalunya, relatiu a les persones jurídiques», *Activitat parlamentària*, núm. 16 (2008), p. 48-53. Vegeu, de manera més detallada, J. FERRER RIBA, «Les fundacions en el llibre tercer: tipologia, govern i control», *RJC*, núm. 2 (2009), p. 317-354.

87. Articles 431-1 al 431-30 CCCat. Al costat dels heretaments tradicionals, es regulen els pactes successoris que poden atorgar els cònjuges, els futurs esposos, els convivents o les persones que tinguin entre elles un determinat parentiu. Els atorgants poden ser beneficiaris recíprocs o pot ser beneficiari un tercer (aliè fins i tot a la relació familiar), i en ells es pot ordenar la successió o es poden efectuar atribucions a títol particular. La Llei també estableix les causes de nul·litat, modificació i revocació. Sobre aquest particular, vegeu J. EGEA FERNÁNDEZ, «El nou règim jurídic de la successió contractual», *RJC*, núm. 1 (2009), p. 11-58. S. NAVAS NAVARRO, «El pacto sucesorio de atribución particular en el Código civil de Cataluña», *InDret*, núm. 2 (2009), p. 1-35 (<www.indret.com>).

però amb retocs significatius⁸⁸ i, entre altres reformes importants, la potenciació de la posició del cònjuge vidu en la successió intestada⁸⁹ i l'equiparació amb aquest del convivent no casat.⁹⁰

Correlativament, es deroguen institucions que des de feia temps estaven en desús, com ara el testament davant el rector (cf. antics articles 117-119 CS).⁹¹ Aquest no ha estat, però, el cas del consell de tutela, que va desaparèixer del Projecte de llei del llibre segon però ha acabat sent reintroduït en la Llei 25/2010.⁹²

Però el CCCat no sempre innova. Així, en l'àmbit del dret de la persona, no només no prescindeix de l'institut de l'emancipació, sinó que el regula per primer cop;⁹³ i, tocant al dret successori, *formalment* continua mantenint els

88. Per exemple, es limita la computació de donacions a les dels últims deu anys abans de la mort del causant (article 451-5b CCCat), llevat que es tracti de donacions imputables a la llegítima (article 451-8 CCCat), que es computen sense límit temporal. La imputació, la fa el causant en el moment en què fa la donació, però, llevat de voluntat contrària, són imputables per llei les donacions fetes per a adquirir el primer habitatge o per a emprendre una activitat que proporcioni independència econòmica. A més, queda afectat el principi d'intangibilitat qualitativa de la llegítima, perquè es generalitza la *cautela soccini* (article 451-9 CCCat), i també s'amplien les causes de desheretament (article 451-17.2e CCCat).

89. Així, l'usdefruit vidual s'estén a les llegítimes (article 442-4.1 CCCat), és vitalici i no s'extingeix per nou matrimoni o unió estable (article 442-4.3 CCCat), és commutable per una quarta part alíquota de l'herència i l'usdefruit de l'habitatge familiar (article 442-4 CCCat).

90. Així, articles 431-2b CCCat (admissibilitat de pactes successoris), 431-17 CCCat (incidència de la crisi matrimonial o de convivència en els pactes successoris), 441-2.1, 441-2.3 i 442-3 a 7 CCCat (determinació de l'ordre successori i usdefruit *ab intestato*), 452-1 a 452-6 CCCat (quarta vidual).

91. Sobre l'abast de la reforma en el llibre quart, *vid.* J. FERRER RIBA, «Tradició heretada i innovació en el nou llibre quart del Codi civil de Catalunya», a ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *El nou dret successori de Catalunya: Materials de las Quinzenes Jornades de Dret Civil Català a Tossa de Mar*, Girona, Documenta, 2009, p. 15-32. En la mateixa obra es poden llegir altres contribucions a l'estudi del nou llibre quart del CCCat. Succintament, *vid.* també A. LAMARCA MARQUÈS, «El llibre IV del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions», *Activitat parlamentària*, núm. 16 (2008), p. 54-63. Amb caràcter exegetíc, vegeu J. EGEA FERNÁNDEZ i J. FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*, vol. I i II, Barcelona, Atelier, 2010.

92. El Projecte de llei del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família (BOPC, núm. 384, de 19 de gener de 2009), no regulava l'institut i la seva disposició transitòria quarta establia que «[e]ls consells de tutela constituïts abans de l'entrada en vigor d'aquesta llei es continuaran regint per les disposicions de la Llei 9/1998, de 15 de juliol, del Codi de família». El Consell de Tutela era regulat en els articles 226-236 CF. Actualment, *vid.* l'art. 222-54 CCCat i la disposició transitòria primera, apartat 4, de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, per la qual s'aprova el llibre segon del CCCat.

93. El CCCat regula tant l'emancipació com els seus efectes (articles 211-7 a 211-13) i, per tant, no s'ha fet ressò de les veus crítiques que, ja abans de la promulgació del CF, advocaven

principis clàssics (preàmbul, I, 5, Llei 10/2008).⁹⁴ En força ocasions, les solucions que aporta el Codi es nodreixen dels precedents jurisprudencials, bé per a confirmar les línies interpretatives desenvolupades pels jutges, bé per a posar límit a la seva discrecionalitat. Així, el llibre segon del CCCat deixa clar que en els processos de filiació no és exigible un principi de prova sobre els fets en què es fonamenta l'acció (preàmbul, IIIc, 27, Llei 25/2010; article 235-15.1 CCCat), seguint una jurisprudència ja consolidada a Catalunya que, en virtut del principi de lliure investigació de la paternitat, declara no aplicables les normes estatals (CC i LEC) en aquesta matèria.⁹⁵ El llibre segon admet també l'extensió de les compres amb pacte de supervivència als convivents d'una parella estable (preàmbul, IIIc, 23, Llei 25/2010; article 234-3.3 CCCat), seguint el precedent de la STSJC de 13 de febrer de 2003.^{96,97}

per prescindir de l'institut i, en lloc seu, preferien generalitzar una mena d'habilitació legal en funció de l'edat i la importància de l'acte. *Vid.* L. JOU MIRABENT, «Les relacions paternofilials en el futur Codi de família de Catalunya», a ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Materials de les Vuitenes Jornades de Dret Català a Tossa*, València, Tirant lo Blanch, 1996, p. 109-129, esp. p. 120. Amb tot, *vid.* l'article 211-5b CCCat.

94. Sens perjudici d'alguns retocs importants que els desnaturalitzen (*vgr.* articles 422-9.5 i 423-10.1 CCCat). Contra el manteniment acrític dels principis, expressant una valoració més aviat negativa de les solucions a què dóna lloc el llibre quart del CCCat i posant-ne en relleu les excepcions, *vid.* J. FERRER RIBA, «Tradició heretada», p. 19-23.

95. Primer, l'article 127.7 CC i, després, l'article 767.1 LEC. *Vid.* STSJC de 19 de juny de 1997 (RJ 1997\6359), 27 de juliol de 1998 (vegeu <<http://civil.udg.edu/normacivil/tsjc/98/Index98.html>>) i 31 de gener de 2000 (RJ 2001\8159). A propòsit de la primera de les sentències esmentades, que no va considerar aplicable a Catalunya l'article 127.2 CC, es va interposar un recurs d'empara en què s'al·legava discriminació per raó de veïnatge civil i, en conseqüència, vulneració del dret a la intimitat personal i familiar del recurrent. El Tribunal Constitucional, mitjançant una interlocutòria de 26 d'octubre de 2000 (RJ 2000\245), va establir que el precepte no s'ha d'aplicar a tots els processos de filiació, tot i el risc de contravenir el sistema constitucional i estatutari de distribució de competències legislatives en la matèria, i encara menys perquè l'aplicació del dret català no es va traduir en la vulneració dels drets fonamentals per a la preservació dels quals se sol·licitava l'empara. Comenta la tercera de les sentències citades C. QUESADA GONZÁLEZ, «Presentación de un principio de prueba de los hechos en que se funde la demanda sobre filiación y valoración de la negativa injustificada a someterse a las pruebas biológicas de paternidad», *La Ley* (12 juny 2000), p. 1-4.

96. RJ 2003\4576; igualment, ATSCJ 8/2003, de 3 de desembre (BSERC 109, 61), i RDGDEJ de 14 d'octubre de 2005 (DOGC, núm. 4521, de 30 de novembre). En la doctrina, E. FARNÓS AMORÓS, «Compres amb pacte de supervivència i unions estables de parella. Comentari a la STSJC del 13 de febrer de 2003 i a la Interlocutòria del 3 de desembre de 2003 del president del TJC», *InDret*, núm. 1 (2004), p. 1-14 (<www.indret.com>). Una altra novetat és que el pacte s'amplia a qualsevol tipus d'adquisició onerosa i es desvincula dels règims econòmics matrimonials de separació de béns i participació (preàmbul, IIIc, 5, Llei 25/2010, de 29 de juliol, pel qual s'aprova el llibre segon del CCCat).

97. La doctrina, amb millor criteri, preconitzava anar més enllà de la sentència i aconsellava estendre la legitimació també a les persones que no tinguessin vincles d'afectivitat anàlegs als

S'incorporen igualment els pressupòsits que la jurisprudència havia establert per a la reclamació de la compensació econòmica en el règim de separació de béns, tot prescindint de la prova de l'enriquiment injust, però la discrecionalitat judicial a l'hora de procedir al seu càlcul ha estat determinant per a proposar noves regles (preàmbul, IIIc, 9, Llei 25/2010; article 232-5.4 i 232-6 CCCat).⁹⁸

Una valoració global de les reformes exigeix destacar, com a element positiu, un major distanciament, avui, del plantejament que tradicionalment havia impulsat l'acció legislativa i en virtut del qual les reformes havien de procurar mantenir l'equilibri entre la voluntat de renovació i la preservació de l'esperit del dret català. Això donava a entendre que les noves lleis només podien trobar la legitimació en un (real o pretès) ancoratge en la tradició històrica.⁹⁹ Aquest plantejament, d'altra banda molt sovint formal i no sempre reflectit fidelment en l'articulat, és més proper al d'una compilació que al d'un codi. Efectivament, per bé que la tradició jurídica catalana és necessària per a la interpretació del dret vigent (article 111-2 CCCat), la història ja no és l'únic fonament per a justificar la regulació present, com succeïa, per contra, quan es va elaborar la Compilació del 1960. Per això, per exemple, la regulació de l'usdefruit ja no es limita a la dels boscos i plantes (article 561-25 CCCat), sinó que s'amplia a la dels diners, fons d'inversió i instruments d'inversió (articles 561-32 i seg. CCCat); el mateix es pot dir de les noves utilitats de les antigues servituds personals, avui drets d'aprofitament parcial (article 563-1 CCCat).¹⁰⁰ També és, òbviament, un pas endavant en el mateix sentit, la incorporació de les unions de parella no ca-

matrimonials. *Vid.* L. ARNAU RAVENTÓS, «Les adquisicions amb pacte de supervivència en la Llei 22/2003, de 9 de juliol, concursal», RCDP, núm. 4 (2004), p. 121-168, esp. p. 133-141. Els futurs contraents (s'entén, si no són convivents d'una parella estable) també poden atorgar el pacte, per bé que l'article 231-15.4 CCCat estableix la seva «caducitat» si aquests no contrauen matrimoni dins de l'any següent al seu atorgament. Però si mentrestant un d'ells mor, produeix efectes? Més aviat sembla que la voluntat és deixar suspesa l'eficàcia.

98. Quant a la jurisprudència dictada a l'empara de l'art. 41 CF, *vid.* E. BOSCH CAPDEVILA, «Comentari a la darrera jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en matèria de compensació econòmica de l'article 41 del Codi de família», RCDP, núm. 3 (2004), p. 133-148; A. LAMARCA MARQUÈS, «Separació de béns i desigualtat patrimonial: la compensació econòmica per raó de treball. Comentari a la STSJC de 21.10.2002», *InDret*, núm. 1 (2003), p. 1-12 (<www.indret.com>).

99. Sobre aquest particular, vegeu E. ARROYO AMAYUELAS, «Els codis», a E. ARROYO AMAYUELAS (dir.), *El Quebec*, p. 47-50 i 51-52.

100. *Vid.* S. NAVAS NAVARRO, *El derecho real de aprovechamiento parcial: propuesta de ley ferenda para la regulación de la servidumbre personal en el Código civil*, Madrid, Col·legi de Registradors de la Propietat i Mercantils d'Espanya, 2007; C. IBORRA GRAU, «Els drets reals d'aprofitament parcial», RCDP, núm. 8 (2007), p. 125-180.

sades en els llibres segon i quart del CCCat, tot reconeixent així altres formes de família diferents de la matrimonial i desterrant la interpretació clàssica (i que ja el 1998 es podia considerar desfasada) que es pot llegir en el preàmbul del CF (II.3, VII, VIII), que afirma que la Constitució no protegeix més que els fills, les mares «i les persones que pretenen encapçalar una família formant una parella unida en matrimoni». Una altra cosa, sobre la qual ara no convé detenir-se, és el judici que pugui merèixer una equiparació total i indiscriminada en determinats aspectes, especialment els successoris.

4. EL CODI CIVIL DE CATALUNYA

4.1. ESTRUCTURA I SISTEMÀTICA

Segons el pla traçat en el títol I de la Llei 29/2002, primera llei del Codi civil de Catalunya, i tal com ja s'ha avançat, el CCCat constarà de sis llibres i les disposicions addicionals, transitòries i finals corresponents (article 2 Llei 29/2002). D'acord amb l'article 3 de la Llei 29/2002, han estat promulgats els llibres següents:

— Llibre primer, relatiu a les disposicions generals; el títol I conté les disposicions preliminars (vigència, aplicació, interpretació i integració del dret, llibertat civil, bona fe, actes propis, equitat) i en el títol II es regula el règim jurídic de la prescripció, la caducitat i la preclusió.¹⁰¹

— Llibre segon, relatiu a la persona física (amb inclusió de normes sobre adquisició de la personalitat, capacitat d'obrar, commoriència, emancipació, autonomia de la persona en l'àmbit de la salut, decisions sobre el seu cos i internaments, i institucions de protecció per manca de capacitat) i la família (que incorpora i, si escau, amplia i modifica, les matèries compreses en el Codi de família i algunes altres lleis relatives a aquest àmbit).¹⁰²

101. Llei 29/2002, de 30 de desembre, primera llei del Codi civil de Catalunya (DOGC, núm. 3798, de 13 de gener de 2003). Vegeu un comentari exegetic a la norma a A. VAQUER ALOY i A. LAMARCA MARQUÈS (ed.), *Comentari al llibre 1 del Codi civil de Catalunya*, Barcelona, Atelier (en preparació, publicació prevista per al 2011). Abans, sota la coordinació dels mateixos autors, *vid.* un comentari al títol segon a *Comentari a la nova regulació de la prescripció i la caducitat en el dret civil de Catalunya*, Barcelona, Atelier, 2005.

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

— Llibre tercer, relatiu a la persona jurídica, que inclou la regulació actualitzada de normes preexistents en matèria d'associacions i fundacions, precedida d'una part general de disposicions comunes.¹⁰³

— Llibre quart, relatiu a les successions, que inclou i actualitza la regulació de les matèries abans contingudes en el CS.¹⁰⁴

— Llibre cinquè, relatiu al dret de béns, que inclou la nombrosa legislació aprovada prèviament pel Parlament en anys successius i n'amplia la regulació.¹⁰⁵

103. Llei 4/2008, de 24 d'abril, del llibre tercer del Codi civil de Catalunya, relatiu a les persones jurídiques (DOGC, núm. 5123, de 2 de maig; correcció d'errors: DOGC, núm. 5170, de 10 de juliol). Després de l'escàndol protagonitzat pel *cas Millet*, es va promulgar el Decret 259/2008, de 23 de desembre, pel qual s'aprova el pla de comptabilitat de les fundacions i les associacions subjectes a la legislació de la Generalitat de Catalunya (DOGC, núm. 5288, de 31 desembre 2008). Quant a l'aplicació de la part general del llibre tercer a altres persones jurídiques (disposició final segona de la Llei 4/2008), o a les regulades per altres lleis de fundacions, *vid.* la interpretació restrictiva dels articles 311-1*d* i 311-9, 1 CCCat efectuada en l'acord de la Subcomissió de Seguiment Normatiu, Prevenció i Solució de Conflictes de la Comissió Bilateral Generalitat-Estat, de 29 de gener de 2009 (Resolució IRP/263/2009, de 9 de febrer, DOGC, núm. 5319, de 16 de febrer).

104. Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions (DOGC, núm. 5175, de 17 de juliol). Aquesta vegada no es va seguir el procediment establert en l'article 6.3 Llei 29/2002: «[E]ls projectes de llei han d'incloure les modificacions d'addició, supressió o nova redacció que es considerin necessàries per a conservar, modificar o desenvolupar la regulació vigent, perquè siguin aprovades pel Parlament». És a dir, no hi ha hagut llei de modificació i refundició posterior, sinó reemplaçament en bloc de la regulació preexistent per un nou text articulat. El procés de redacció i aprovació d'aquesta norma va ser complicat. Un cop aprovat el projecte de llei pel Govern (juny 2006) i un cop presentat al Parlament (el 2006 no va ser possible prendre'l en consideració i es va tornar a presentar el 2007), encara es va considerar que calia fer modificacions importants. La solució va consistir en la creació d'una nova comissió, amb la intervenció de juristes de l'Observatori i altres experts que representaven els diferents grups polítics del Parlament, perquè refés el text gairebé completament. Un cop acabat, es va adoptar com a esmena conjunta de tots els grups parlamentaris i, amb lleugers retocs, va ser el que finalment es va acabar aprovant el 18 de juny de 2008. Sobre el procés, *vid.* J. FERRER RIBA, «Tradicció heretada», p. 15-16. De manera més detallada, vegeu A. VAQUER, «El dret civil català», p. 84-85. La disposició final segona de la Llei 25/2010, de 29 de juliol, per la qual s'aprova el llibre segon CCCat, reforma alguns preceptes del llibre quart per a adequar-los a la terminologia d'aquesta norma.

105. Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals (DOGC, núm. 4640, de 24 de maig; correcció d'errors: DOGC, núm. 4655, de 15 de juny). La redacció i posterior promulgació d'aquest llibre ha estat llarga i torturada. Quan hi va haver canvi de Govern i CiU va passar a l'oposició, el llibre cinquè (llavors anomenat *segona llei del Codi civil de Catalunya*) ja estava finalitzat, però no es va poder aprovar abans del final de la sisena legislatura. El 23 de juny de 2003, el mateix partit que abans era al Govern i després era a l'oposició (CiU), el va presentar com a proposició de llei (però incomplet: faltava la regulació dels patrimonis fiduciaris). *Vid.* BOPC, núm. 9, de 26 de gener de 2004, «Segona llei del Codi civil de Catalunya». La proposició va resultar desestimada. A més, el nou Govern va canviar l'estructura i

El repte per a la nova legislatura és el llibre sisè (dret d'obligacions i contractes).¹⁰⁶

El Codi es caracteritza per tenir una estructura oberta i ser fruit d'un procés continuat. Això facilita una adaptació flexible i una actualització periòdica, sense que se'n ressenti la numeració dels articles, els quals presenten amb dos números separats per un guió, per a indicar, respectivament, el llibre, el títol i el capítol (els tres números de la primera xifra) i l'ordre dels articles dins cada capítol (article 5 Llei 29/2002).¹⁰⁷

Que el Codi sigui «obert» significa que no s'adopta mitjançant un únic acte legislatiu (article 6.1 Llei 29/2002), però també que no es tracta d'un codi «íntegrament de nova regulació» (article 6.3 Llei 29/2002).¹⁰⁸ Amb això es vol posar l'èmfasi en la idea que el CCCat refon i modifica normes ja existents (article 6.4 Llei 29/2002), que són les que s'han d'incloure en la part que correspongui del Codi civil espanyol (article 6.5 Llei 29/2002). Efectivament, el Codi

la composició de les comissions de l'Observatori de Dret Privat, i els nous components van creure convenient revisar els continguts que en el seu moment va redactar l'antiga Secció de Dret Patrimonial. D'entrada, ràpidament es van descartar algunes decisions que no es van considerar d'acord amb el procés, com ara promulgar un text refós de determinades lleis especials en lloc d'incorporar-ne el contingut en el Codi, tal com anunciava el preàmbul de la Llei 29/2002, *in fine*. Sobre els avatars del procés, fins a arribar al Projecte del 2005 i la llei que el va aprovar, i una visió crítica de les modificacions, *vid.* A. MIRABELL ABANCO, «La regulació dels drets reals en el llibre cinquè del Codi civil de Catalunya», a ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *La codificació dels drets reals a Catalunya*, Girona, Documenta, 2007, p. 21-58, esp. p. 21-23. Cal fer notar que la rúbrica de la Llei «dels drets reals» és excessivament restrictiva: la norma també regula els béns, la tradició i la possessió. *Vid.* una perspectiva general de la reforma a P. del POZO CARRASCOSA, «El llibre V del Codi civil de Catalunya», *Activitat Parlamentària*, núm. 16 (2008), p. 64-71. Addicionalment, cal destacar que alguns preceptes d'aquesta Llei han estat derogats i/o modificats per les disposicions derogatòria i final segona de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart, sobre successions. Les modificacions són essencialment formals (se substitueixen les remissions als articles del CS pels del llibre quart del CCCat i es corregeix algun error gramatical inadvertit), però també n'hi ha que afecten el fons. Donen compte ja d'aquestes reformes, P. del POZO CARRASCOSA, A. VAQUER ALOY i E. BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña: Derechos reales*, Barcelona, Madrid i Buenos Aires, Marcial Pons, 2009. La disposició final segona de la Llei 25/2010, per la qual s'aprova el llibre segon CCCat, torna a introduir modificacions en el llibre cinquè del CCCat.

106. En pro del seu desenvolupament, M. del Carmen GETE-ALONSO, «El llibre sisè del Codi civil de Catalunya sobre les obligacions i els contractes. Quan, com i per què hem de codificar-lo», *InDret*, núm. 1 (2009), p. 1-20 (<www.indret.com>). Vegeu la possible estructura i els possibles continguts del llibre sisè en el text de M. Martín Casals que es va llegir a les XVI Jornades de Dret Civil Català a Tossa de Mar (<<http://civil.udg.es/tossa/2010/textos/pon/index.htm>>).

107. Sobre aquest particular, vegeu M. MARTÍN CASALS, «El Codi civil de Catalunya en la cruïlla del dret privat europeu», *RJC*, vol. 101, núm. 3 (2002), p. 633-662, esp. p. 655-660.

108. M. MARTÍN CASALS, «El Codi civil», p. 655.

deroga la majoria de preceptes de la legislació a la qual substitueix,¹⁰⁹ actualitza alguns dels seus principis i aclareix alguna regulació inconsistent. Però això no ha de dur a creure que les modificacions han estat puntuals o de detall. Tot el contrari, algunes reformes han exigut una laboriosa adaptació als canvis socials esdevinguts amb el pas del temps (llibre segon, «Persona i família»; llibre quart, «Successions»); en d'altres ocasions, el legislador s'ha esforçat per crear una sistemàtica i una regulació completament nova de la matèria tractada. Un exemple és el títol II del llibre primer («Prescripció i caducitat»); un altre, la creació d'una part general en els llibres tercer («Persones jurídiques») i cinquè («Dret de béns»).

4.2. EL VALOR DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA COM A DRET COMÚ

El legislador català ha volgut recalcar la força expansiva dels principis que informen les institucions del dret civil per a deixar constància de la funció del Codi civil català com a dret comunament aplicable a Catalunya. Com és sabut, l'Estat va impugnar l'article 111-4 CCCat amb l'argument que no hi ha més dret comú que el contingut en el CC espanyol.¹¹⁰ Aquesta mateixa opinió també és defensada per un sector de la doctrina espanyola.¹¹¹

L'article 111-4 CCCat reproduceix, *mutatis mutandis*, un principi ja contingut en la disposició preliminar del Codi civil del Quebec.¹¹² I, de la mateixa manera que la plasmació legislativa quebequesa persegueix evitar l'aplicació del *common law* al Quebec en matèria de dret privat,¹¹³ a Catalunya aquesta declaració persegueix que l'aplicació de les normes estatals no porti a la inaplicació

109. Però no tots. *Vid.*, per exemple, les disposicions derogatòries primera i segona de la Llei 4/2008, de 24 d'abril, del llibre tercer del Codi civil de Catalunya, relatiu a les persones jurídiques.

110. *Vid.* J. EGEA FERNÁNDEZ, «Codificación civil», esp. p. 5 i seg.; F. BADOSA COLL, «Una anàlisi», p. 21-62.

111. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Código civil», [Tribuna] *Aranzadi Civil*, núm. 6 (2004), p. 11-13.

112. El segon paràgraf de la disposició preliminar esmentada estableix: «Le code est constitué d'un ensemble de règles qui, en toutes matières auxquelles se rapportent la lettre, l'esprit ou l'objet de ses dispositions, élabli, en termes exprès ou de façon implicite, le droit commun. En ces matières, il constitue le fondement des autres lois qui peuvent elles-mêmes ajouter au code ou y déroger». Sobre aquest particular, vegeu A. F. BISSON, «La disposition préliminaire du Code Civil du Québec», *McGill Law Journal*, núm. 44 (1999), p. 539-565.

113. «In Québec, the "droit comú" —that's the common law of the land— is the civil law» (jutge Beetz a *Laurentide Motels c. Beauport* [1989] R.C.S. 705, 724, 23 Q.A.C. 1).

de les normes civils catalanes.¹¹⁴ A Catalunya, la primera i principal font del dret civil són les normes de dret civil català (art. 111-5, I, CCCat) i el Codi civil de Catalunya és «dret comú general», que actua com a supletori d'altres lleis, siguin o no catalanes, i siguin o no civils. Això no vol dir que el Codi civil espanyol (el tradicionalment anomenat «dret comú») deixi de ser-ho. El que passa és que ara el dret civil català codificat s'interposa en l'ordre de supletorietat (article 111-4 CCCat). Amb tot, el dret estatal només s'aplicarà supletòriament si no s'oposa a les disposicions del dret civil de Catalunya o als principis generals que l'informin (article 111-5.II CCCat).

Tanmateix, la Interlocutòria del Ple del Tribunal Constitucional de 29 d'octubre de 2003,¹¹⁵ per la qual s'aixeca la suspensió del recurs contra la Llei 29/2002,¹¹⁶ entén que el Codi civil de Catalunya només és dret comú respecte de les lleis civils *catalanes*. Aquesta doctrina ha tingut ressò en la posterior interpretació jurisprudencial de l'article 121-21 CCCat. Per exemple, la Sentència de l'Audiència Provincial (SAP) de Barcelona de 13 de desembre de 2007¹¹⁷ considera que el termini de tres anys de prescripció de la pretensió per a exigir responsabilitat extracontractual (article 121-21*d* CCCat) no s'aplica a una demanda de reclamació de danys basada en l'article 1902 CC.¹¹⁸ El magistrat prescindeix conscientment d'altres decisions judicials que anteriorment havien interpretat la norma correctament.¹¹⁹ L'argument segons el qual, sempre que la institució de què es tracti no estigui regulada en el dret català, s'ha de recórrer als terminis de pres-

114. De manera més detallada, vegeu F. BADOSA COLL, «El caràcter de dret comú», p. 19-46. *Vid.* també M. P. GARCÍA RUBIO, «Plurilegislación», a J. M. GONZÁLEZ PORRAS i F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ (coord.), *Libro homenaje*, p. 1950-1953. Quant a la prescripció de les obligacions subjectes a una condició resolutòria a què es refereix l'art. 82.5 LH i l'aplicació de l'art. 121-20 CCCat, *vid.* RDGDEJ de 28 de gener de 2006 (DOGC, núm. 4601, de 27 de març de 2006) i el comentari de J. MARSAL GUILLAMET, *InDret*, núm. 2 (2007), p. 13-15 (<www.indret.com>), i F. BADOSA COLL, «El caràcter de dret comú», p. 43.

115. RTC 349.

116. BOE, núm. 276, de 18 de novembre.

117. RJ 2008\64648.

118. Crítica la Sentència, pel fet de servir-se d'una decisió que no va entrar a decidir sobre la constitucionalitat de l'art. 111-4 CCCat, A. VAQUER ALOY, «El derecho civil catalán», p. 98. Però, en un altre plet de reclamació de quantitat, també se serveix de la decisió del TC per a estimar inaplicable el termini de l'art. 344 CDCC i donar preferència a l'art. 1968.1 CC, la SAP de Barcelona de 24 de març de 2009 (AC 1537).

119. *Vid.* la SAP de Tarragona de 12 d'abril de 2007 (JUR 281906), que basa la seva decisió en el fet que el TC havia aixecat la suspensió de l'aplicació de la norma, i la SAP de Barcelona de 14 de maig de 2007 (JUR 2007\296091). En la mateixa línia però posteriorment, vegeu la SAP de Barcelona de 30 de juny de 2008 (JUR 265254), la SAP de Barcelona de 6 d'octubre de 2009 (JUR 490630) i la SAP de Barcelona de 23 de setembre de 2010 (JUR 374737).

cripció del CC espanyol, ha estat igualment determinant per a la no-aplicació de l'article 121-21*b* CCCat a la pretensió de reclamació del preu en un contracte d'arrendament d'obra.¹²⁰ En la mateixa línia que ara es combat, la SAP de Barcelona de 17 d'octubre de 2008,¹²¹ un cop descartada l'aplicació de l'article 121-21*c* CCCat per entendre que en el cas concret no concorre una relació de consum, tampoc no aplica el termini general de deu anys de prescripció establert en l'article 121-20 CCCat, sinó el de quinze anys de l'article 1964 CC. Ho fa perquè entén que el Codi de comerç exigeix l'aplicació d'un dret supletori que no pot ser sinó el CC espanyol: «[P]er tant, en aquest cas, el termini de prescripció és el general de quinze anys de l'article 1964 del Codi civil, al qual es remet l'article 943 del Codi de comerç». Però que en els territoris amb dret civil propi aquest és el dret comú supletori del Codi de comerç és quelcom que el Tribunal Suprem va reconèixer molt abans que l'article 111-4 CCCat establís expressament el caràcter de dret comú del Codi civil de Catalunya.¹²²

4.3. ALGUNS PUNTS FEBLES

Prendre partit a favor del desenvolupament del dret civil català i, especialment, del Codi civil de Catalunya, no eximeix d'analitzar els resultats amb una visió crítica que destaquï tant els encerts com els desencerts des d'un punt de vista merament tècnic. No està exempta de necessitat d'ajustaments ulteriors, per exemple, la regulació continguda en l'article 121-5 CCCat en relació amb la legitimació de tercers per a oposar l'excepció de la prescripció,¹²³ i, per a esmentar només un altre exemple, també caldria tenir en compte la mediació com a causa de suspensió de la prescripció (absent dels articles 121-15 i 121-16 CCCat;

120. Tot apel·lant a un inexistent conflicte de normes i a un imaginari principi d'unitat del règim jurídic del contracte, *vid.* la SAP de Barcelona de 2 de febrer de 2010 (JUR 2010/148147).

121. JUR 2009\36515.

122. *Vid.* la STS de 28 de juny de 1968 (RJ 1968\3607): el supletori del Codi de comerç és la Compilació catalana. I la STS de 16 de febrer de 1987 (RJ 1987\698): el supletori del Codi de comerç és la compilació de Navarra. Sobre aquest particular, vegeu F. BADOSA COLL, «El caràcter de dret comú», p. 30-32.

123. El precepte no detalla qui són els legitimats en les lletres *a* i *b* per a al·legar i fer valer la prescripció i, a més, no s'entén bé per què, en el cas de la lletra *b*, el pagament del deutor que no se serveix de l'excepció de prescripció ha de perjudicar la resta de creditors, un cop s'ha dictat la sentència de condemna. El més lògic hauria estat considerar que la sentència els és inoposable. Sobre el tema, *vid.* M. ANDERSON, «La relativitat de la pretensió i la legitimació per a fer valer la prescripció (article 121-5 CCCat), amb especial referència a la fiança i a la solidaritat passiva», RCDP, núm. 7 (2007), p. 9-48.

però, cf. l'article 8.1 de la Directiva 2008/52/CE, de 21 de maig de 2008, sobre determinats aspectes de la mediació en assumptes civils i mercantils;¹²⁴ article III-7:302 MCR).¹²⁵

A vegades, el que passa és simplement que resulta difícil justificar alguns canvis que sobrevenen en terminis molt breus. No perquè aquests no siguin convenients o necessaris, sinó perquè delaten l'existència d'un plantejament inicial poc coherent. Els defectes de tècnica legislativa comprometen igualment la credibilitat de les reformes. D'això, me n'ocuparé succintament a continuació, a partir d'alguns exemples que afecten tant el fons com la forma de la regulació d'algunes institucions.

4.3.1. *En el fons*

4.3.1.1. El llibre segon del CCCat i les institucions de protecció de la persona

En només vint anys, les institucions tutelars han experimentat tres regulacions parcialment diferents i la quarta acaba de ser aprovada. Efectivament, el legislador català va regular per primera vegada la matèria en la Llei 39/1991, de 30 de desembre, de la tutela i les institucions tutelars (LTTT).¹²⁶ Els articles 69-72 LTTT introduïen la institució del protutor. Però se'n va prescindir tan sols set anys després, amb la promulgació del CF, en benefici d'una nova institució de control del tutor: el consell de tutela (articles 226-236 CF). En origen, la norma no considerava la possibilitat d'autodesignació de tutor o curador, per la qual cosa es va imposar la reforma de la Llei 39/1991 tan sols cinc anys després que es promulgés.¹²⁷ El CF introduïa altres canvis en la Llei del 1991, que el temps ha demostrat que eren inoportuns, i això ha obligat a retrotraure les coses a l'estat inicial. Ho demostra l'evolució de la curatela d'incapacitats: la Llei del 1991 admetia que una de les funcions del curador pogués ser la «representació» per a actes concrets (article 75 LTTT); després, l'article 241.1 CF ho va suprimir, i, finalment, la reforma actual reintrodueix aquella funció, tot possibilitant al jutge

124. DOUE L 136, de 24 de maig.

125. C. von BAR i E. CLIVE (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munic, Sellier, 2009.

126. DOGC, núm. 1543, de 20 de gener de 1992.

127. *Vid.* article 1.3 Llei 11/996, de 29 de juliol, de modificació de la Llei 39/1991, de 30 de desembre, de la tutela i les institucions tutelars (DOGC, núm. 2238, de 2 d'agost), que modificava l'article 5 de la Llei 39/1991. Sobre el tema, *vid. supra* la nota 12.

de conferir al curador funcions d'administració (preàmbul, IIIb, 7, Llei 25/2010 i articles 223-4.1 i 223-6 CCCat).¹²⁸

D'altra banda, al costat de les institucions de guarda resultants de la incapacitació, el llibre segon CCCat reconeix altres sistemes de protecció que no la requereixen. Així, juntament amb la regulació dels «poders preventius» (preàmbul, IIIb, 5, Llei 25/2010 i article 222-2 CCCat) i de l'«assistència» (preàmbul, IIIb, 9, Llei 25/2010 i articles 226-1 i següents CCCat), el llibre segon amplia la guarda de fet a les persones grans en les quals concorre una causa d'incapacitació, per raó d'una malaltia psíquica o mental, i es troben en situació de desemparament (articles 225-1 i següents CCCat). El legislador català segueix de prop la petja d'altres ordenaments jurídics europeus que tracten de preservar al màxim la capacitat d'obrar de les persones i evitar tant com sigui possible el procediment d'incapacitació.¹²⁹

Això no obstant, suscita certa perplexitat la regulació del sistema judicial de guarda anomenat *assistència* (articles 226-1 al 226-7 CCCat) —que, efectivament, no requereix incapacitació (article 226-1.1 CCCat)—,¹³⁰ juntament amb els altres sistemes de guarda, també judicials (tutela i curatela), que en tot cas l'exigeixen. La raó de la perplexitat és que el jutge pot conferir a l'assistent uns poders que probablement són tan amplis com els que corresponen, respectivament, al tutor i al curador (art. 226-2 i 226-6 CCCat) i, fins i tot, pot ampliar

128. Sobre l'article 75 LIII, *vid.* E. ARROYO AMAYUELAS, «El nou règim de la curatela derivat d'incapacitació en la Llei 39/1991, de la tutela i institucions tutelars», a ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *Materials de les VIII Jornades*, p. 433-445. A favor de la representació com a funció de la curatela, en l'àmbit del CC, *vid.* M. C. GETE-ALONSO, *La nueva normativa en materia de capacidad de obrar de la persona*, Madrid, Civitas, 1992, p. 246-247; M. C. GETE-ALONSO, «Comentario al artículo 289 CC», a M. AMORÓS GUARDIOLA i R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (coord.), *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, Tecnos, 1986, p. 699-703, esp. p. 702.

129. Sobre aquest particular, amb especial referència al Conveni de La Haia de 13 de gener de 2000, sobre protecció d'adults (no subscrit per Espanya), *vid.* l'Informe del Parlament Europeu de novembre de 2008 (vegeu-ne un resum a E. ARROYO AMAYUELAS, «Miscelánea», a «Crónica de derecho privado europeo», *Anuario de Derecho Civil*, vol. 1, any 2009, p. 239-241). Sobre l'adequació del sistema espanyol (CC) al Conveni de Nova York del 2006, sobre els drets de les persones amb discapacitat, *vid.* la STS de 29 d'abril de 2009 (RJ 2009/2901).

130. En l'article 226-1.1 CCCat, l'expressió *disminució no incapacitant* és bastant desafortunada: tota disminució ho és si resulta que, precisament perquè la persona la pateix, aquesta ha de sol·licitar el nomenament d'un assistent. Si el que es vol suggerir és que la disminució no és suficient perquè aquesta persona resulti incapacitada, hauria estat necessari dir-ho clarament. La redacció hauria d'haver considerat el supòsit de la «persona major d'edat que no té autogovern per causes físiques o psíquiques per tenir cura de la pròpia persona i/o els seus béns, encara que la incapacitació no es prevegi necessària».

les seves funcions, si sobrevenen noves circumstàncies (article 226-4 CCCat), cosa que pot fer inútil la incapacitació posterior i, per tant, també la causa d'extinció prevista en l'article 226-5c CCCat. No sembla, doncs, que tingui gaire sentit preveure la duplicitat de sistemes. Ara bé, posats a admetre la coexistència, l'actuació de l'assistent s'hauria d'haver limitat a l'ajuda en la presa de decisions (materials o jurídiques) i/o a l'actuació per substitució en la realització d'actes materials i no jurídics, ja que si el subjecte no resulta incapacitat és perquè se suposa que la capacitat que té d'entendre i voler és suficient. Per això no sembla correcte l'article 226-3 CCCat quan estableix que, sense la intervenció de l'assistent quan aquesta sigui necessària, els actes (jurídics) que faci l'assistent són anul·lables. A banda de la imprecisió del terme *intervenció*, la norma introdueix una presumpció de manca de capacitat que no es correspon amb la plena capacitat d'obrar que correspon al subjecte mentre una sentència d'incapacitació no digui el contrari. Per a evitar-ho, hauria estat suficient limitar a l'assistent el poder de disposició i, per tant, declarar la ineficàcia dels actes realitzats sense l'assistència deguda.

Ja s'ha dit també que el llibre segon del CCCat ha considerat necessari regular l'institut dels poders preventius en previsió de la futura incapacitat i/o incapacitació (article 222-2 CCCat). És criticable que, més enllà de les previsions que pot adoptar el poderdant quant a les mesures de control que s'han d'adoptar o les causes d'extinció del poder (article 222-2.3 CCCat), la llei no estableixi com a necessària l'homologació judicial. D'altra banda, atès que l'article 222-2.3 CCCat només preveu la possible coexistència de tutor i apoderat, el precepte no aclareix si la sol·licitud d'assistent per part de l'incapaç que ja ha atorgat el poder s'ha d'interpretar com a revocació (*ex art. 1735 CC*); si, per contra, s'ha d'entendre que apoderat i assistent coexisteixen, o bé amb diferents facultats, o bé l'un amb funcions de control de l'altre; o si, finalment, resulta aplicable a aquest cas aquella disposició per analogia, pel que fa a l'extinció del poder.

4.3.1.2. El llibre quart del CCCat i la responsabilitat limitada de l'hereu per deutes del causant

El dret successori ha estat objecte de dues grans reformes en poc menys de vint anys i probablement la segona és conseqüència del plantejament conservador amb el qual, d'entrada, es va abordar la primera (preàmbul, I, 2, Llei 10/2008).¹³¹

131. Preàmbul, I, 2, Llei 10/2008: «[...] tot i que el Codi de successions era un text relativament recent, amb setze anys de vigència, una part substancial de l'articulat procedia de la Compilació del 1960 o del Projecte de Compilació del 1955, cossos legals anquilosats per les circumstàncies del moment històric en què es van redactar».

El cert és, però, que de vegades la modernització ha anat acompanyada de certa confusió en el plantejament. És el que s'observa en la regulació del règim d'adquisició de l'herència amb el benefici d'inventari.¹³² A diferència del que succeïa en el CS, actualment l'acceptació no requereix anar acompanyada (ni simultàniament ni amb posterioritat) d'una declaració de l'hereu de voler acollir-se al benefici d'inventari (articles 461-14 i 461-17.2 CCCat). N'hi ha prou que aquest faci inventari en el temps (sis mesos) i la forma (article 461-17 CCCat) legals o s'aprofiti del que hagi estat fet amb altres finalitats (article 461-15.2 CCCat). Ni tan sols cal vincular l'inventari a la finalitat de voler adquirir amb el benefici que porta aquest nom (article 461-17 CCCat). Ara bé, la limitació de la responsabilitat de l'hereu a la garantia que representa el cabal relicte es qualifica encara de «benefici». Això, teòricament, respon al fet que, en la nova regulació del CCCat, la regla general és la contrària: responsabilitat il·limitada. Caldria deduir, doncs, que, tret dels supòsits considerats en els articles 426-46, 461-12.3 i 461-16 CCCat, en el dret civil català no hi ha limitació de la responsabilitat *ex lege* i *ipso iure* des del mateix moment de l'acceptació de l'herència (art. 461-18 CCCat), perquè això només s'aconsegueix si es compleixen els requisits vinculats a la confecció d'un inventari. Però, d'acord amb el seu sentit originari (precompilat), també es pot defensar que el benefici consisteix, precisament, en l'atorgament de responsabilitat limitada *ex lege* a tot hereu, la qual només es perd si l'instituït no realitza un inventari en el temps i la forma legals, això és, quan, havent acceptat l'herència, deixa transcórrer sis mesos des que té coneixement de la delació (art. 461-15.1 CCCat) o quan actua fraudulentament, o bé perquè oculta béns de l'herència i els exclou de l'inventari (art. 461-8 i 461-15.4 CCCat), o bé perquè administra amb la intenció de perjudicar les terceres persones interessades en la successió (art. 461-17.2 i 461-21.5 CCCat). Des d'aquest punt de vista, l'inventari consolidaria la responsabilitat limitada i no prendre'l se sancionaria amb la il·limitada. O, dit d'una altra manera, l'inventari no serviria per a evitar la responsabilitat *ultra vires*, sinó per a consolidar la responsabilitat *intra vires* claudicant de què gaudeix l'hereu des que accepta. Es tractaria, doncs, d'un benefici inherent a la delació. La interpretació és congruent amb la regulació que sanciona la manca de realització d'inventari amb la privació d'altres drets que corresponen al mateix hereu (retenir la quarta falcídia, art. 427-40.4 CCCat; detreure la quarta trebel·liànica, art. 426-31.3 CCCat). En tots els casos, la confecció de l'inventari serveix per a no perdre els drets respectius. La presa d'un inventari tendeix a fer possible la liquidació de l'herència

132. Vid. E. ARROYO AMAYUELAS, «Comentari a l'article 461-14 CCCat», a J. EGEA i J. FERRER (dir.), *Comentari*, vol. II, p. 1495-1499.

(art. 461-21, 2 i 3 CCCat) i l'hereu ha d'ésser responsable dels actes propis que la impossibilitin o dificultin.

L'apartat VII de l'exposició de motius de la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, es pot interpretar en qualsevol dels dos sentits apuntats. El fet d'esmentar que només «s'avança» cap a la generalització de la limitació de la responsabilitat de l'hereu als béns rebuts per herència podria indicar que, malgrat les facilitats per a obtenir-la, encara es parteix de la base que la regla general és la responsabilitat il·limitada. Però també pot voler dir, simplement, que el benefici d'inventari no és automàtic (llevat dels supòsits esmentats en l'art. 461-16 CCCat), perquè el seu gaudi comporta la càrrega d'una conducta: confegir l'inventari en el temps i la forma legals. Llavors, la regla general seria la responsabilitat limitada, per bé que claudicant.

4.3.1.3. El llibre cinquè i la *non nata* regulació del *trust*

La crítica al plantejament conservador d'algunes de les reformes es podria fer extensiva al llibre cinquè del CCCat i la *non nata* regulació del *trust*. Dues comissions, al llarg de dos governs successius de diferent signe, van rebre l'encàrrec de redactar els respectius textos articulats sobre els patrimonis fiduciaris. Amb diferències de detall, eren essencialment idèntics i pivotaven sobre la figura del negoci de constitució unilateral i el patrimoni de gestió independent.¹³³ Per raons poc clares, no es va considerar convenient incorporar-los en el llibre cinquè del CCCat. Actualment, el llibre segon del CCCat proposa una regulació del patrimoni protegit dels discapacitats o les persones dependents (articles 227-1 al 227-9 CCCat). I, encara que, a diferència del que succeeix en la Llei estatal 41/2003,¹³⁴

133. Sobre els dos avantprojectes de llei sobre els patrimonis fiduciaris (2002 i 2005), *vid.* OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE CATALUNYA, SECCIÓ DE DRET PATRIMONIAL (ed.), *Treballs preparatoris del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya «Els drets reals»*, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia i Interior, 2003, p. 31-44; E. ARROYO AMAYUELAS (dir.), *El trust en el derecho civil*, Barcelona, Bosch, 2007, p. 565-573. Per al context en què la primera iniciativa va tenir lloc, els seus avatars i un estudi complet del text, *vid.* E. ARROYO AMAYUELAS, «¿Por qué el Trust en Cataluña?», a S. NASARRE AZNAR i M. GARRIDO MELERO (coord.), *Los patrimonios fiduciarios y el trust*, Barcelona i Madrid, Marcial Pons, 2006, p. 525-594. Vegeu un estudi del segon avantprojecte a E. ARROYO AMAYUELAS, «¿Y si universalizamos el trust también en Cataluña?», a E. ARROYO AMAYUELAS (dir.), *El trust*, p. 457-492.

134. Llei 41/2003, de 18 de novembre, de protecció patrimonial de les persones amb discapacitat i de modificació del Codi civil, de la Llei d'enjudiciament civil i de la normativa tributària amb aquesta finalitat (BOE, núm. 277, de 19 de novembre).

el text ja incorpora alguns dels elements del *trust* (el patrimoni independent i la limitació de responsabilitat, article 227-2 CCCat),¹³⁵ no deixa de ser una regulació incompleta que només assumeix alguns dels trets típics dels patrimonis fiduciaris, tal com havien estat concebuts en els dos esborranys d'avantprojecte de llei abans esmentats, que pretenien regular íntegrament el marc general de l'institut.

4.3.2. *En la forma*

Que, a més, la modernització necessària no sempre va acompanyada d'una bona tècnica legislativa és una cosa que delata l'aprovat recentment llibre quart del CCCat, quan, per a esmentar només un exemple ja portat a col·lació en l'epígraf anterior, alhora que en un precepte estableix la regla general que l'hereu que vulgui veure limitada la seva responsabilitat ja no ha de protestar l'inventari, en un altre continua referint-se a la declaració de la intenció de voler gaudir del benefici (cf. articles 461-14 i 461-15.6 CCCat). Altres normes, menys recents, però igualment fruit de les reformes actuals, tenen els mateixos defectes de qualitat, com passa quan s'abusa de la utilització del plural per a evitar problemes de gènere,¹³⁶

135. La Llei estatal configura el patrimoni especial del discapacitat com un patrimoni separat i de destinació, però ni el preàmbul ni cap dels preceptes exceptuen expressament l'aplicació de l'article 1911 CC. Això ha portat la doctrina a dubtar de si el patrimoni personal del discapacitat respon dels deutes que generi l'administració d'aquest patrimoni especial i, al revés, si els seus creditors personals també poden agredir béns que formen part d'aquest últim (vegeu les diferents opinions de S. MARTÍN SANTISTEBAN, *El instituto del trust en los sistemas legales continentales y su compatibilidad con los principios de Civil Law*, Pamplona, Aranzadi, 2005, p. 143-144; R. MARTÍNEZ DÍE, «La constitución del patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad», a M. GARRIDO MELERO i J. M. FUGARDO ESTIVILL (coord.), *El patrimonio familiar, profesional y empresarial: Sus protocolos*, vol. II, Barcelona, Bosch, 2005, p. 125-194, esp. p. 184; M. FELIU REY, «Fondos de inversión, *pure trust* y el fantasma del muro causal», *Derecho de los Negocios*, núm. 207 (2007), p. 5-18, esp. p. 10; I. MATEO VILLA, «De la fiducia gestión», RCDI (2007), p. 2585-2676, esp. p. 2637-2640). En canvi, *vid.* ara l'article 227-2.2 CCCat: «[E]l patrimoni protegit no respon de les obligacions de la persona beneficiària, ni tampoc de les de la persona constituent o de qui va fer-hi aportacions. Tanmateix, les aportacions fetes a un patrimoni protegit després de la data del fet o de l'acte del qual neixi el crèdit no perjudiquen els creditors de la persona que les va fer, si manquen altres recursos per a cobrar-lo. Tampoc no perjudiquen els legitimaris».

136. La legislació catalana, almenys el llibre cinquè CCCat, quan no utilitza l'expressió «la persona» (p. ex., articles 531-24.4 i 531-28 CCCat: «la persona que usucupeix/ha usucapit»), o bé opta per assenyalar els dos gèneres (p. ex., article 546-16 CCCat: «cap propietari o propietària»), o bé tendeix a convertir en plural els singulars masculins. Segons aquesta última opció, el masculí

quan un precepte acull una regla i alhora la contrària;¹³⁷ quan s'utilitzen expressions que tècnicament tenen un sentit diferent al pretès;¹³⁸ o, quan, a més d'això, s'utilitzen de manera inconsistent o asistemàtica en tot l'articulat.¹³⁹ La falta de coherència condiona la credibilitat de les reformes.

plural englobaria tant el gènere masculí com el femení (cf., entre molts altres, articles 521-1 a 521-6.1 i 521.6.2, 521-7.3, 522-1 i 522-7 CCCat: «els posseïdors»; article 531-7 CCCat: «donataris»; articles 513-13, 513.14 i 513.15 CCCat: «Donants»; article 552-3 CCCat: «Propietaris i titulars de drets reals», 561-2.2 i 561.2.3, 561-4, 6-8 CCCat: «Els usufructuaris», etc.). Naturalment, això es presta a malentesos. Així, l'article 554-6 CCCat exigeix que l'escriptura del règim de constitució de la multipropietat (el terme és exacte en la regulació catalana) sigui atorgada «pels propietaris», expressió que s'ha interpretat en el sentit que cal una situació prèvia de comunitat ordinària per a poder constituir sobre el bé un règim de comunitat especial per torns (entre d'altres, M. C. GETE-ALONSO, «Panoràmica general de la configuració de la comunitat especial per torns en el Codi Civil de Catalunya (art. 554-1 a 554-12)», a M. GARRIDO MELERO (coord.), *La regulació de la propiedad horizontal y las situaciones de comunidad en Cataluña*, Barcelona, Bosch, p. 153-200, esp. p. 158). Encara que aquesta interpretació literalment té cabuda en la norma, és evident que tampoc no s'ha d'excloure la legitimació del propietari únic, perquè, segurament, aquest serà el cas més freqüent. Per a evitar que les qüestions lingüístiques interfereixin en les jurídiques i, alhora, evitar el que se suposa que és una discriminació per raó de gènere, n'hi hauria prou amb haver establert ja des de bon començament una regla com la que ara introdueix la disposició final primera de la Llei 10/2008, del llibre quart del CCCat, que afegeix un nou article 7 en el llibre primer del CCCat, segons el qual «en el Codi civil de Catalunya, s'entén que les denominacions en gènere masculí referides a persones inclouen homes i dones, llevat que del context se'n dedueixi el contrari».

137. Segons l'article 121-3 CCCat, «les normes sobre prescripció són de naturalesa imperativa. Tanmateix, les parts poden pactar un abreuament o un allargament del termini no superiors, respectivament, a la meitat o al doble que està establert legalment, sempre que el pacte no comporti indefensió de cap de les parts». El precepte, al mateix temps que afirma la naturalesa imperativa de les regles de prescripció, assumeix també la derogació per voluntat dels particulars, dins certs límits. És una excepció important, que desnaturalitza la pretesa generalitat de la regla. Vegeu la mateixa crítica a J. FERRER RIBA, «Comentari a l'article 121-3 CCCat», a A. VAQUER ALOY i A. LAMARCA MARQUÈS (ed.), *Comentari a la nova regulació de la prescripció i la caducitat en el dret civil de Catalunya*, Barcelona, Atelier, 2005, p. 55-72, esp. p. 55.

138. P. ex., en l'article 569-11 CCCat, «disposar del dret de retenció» no vol dir gravar-lo o alienar-lo, sinó «ser-ne titular»; en el mateix precepte, l'expressió «la retenció» dona a entendre que es tracta de la cosa retinguda, però, en realitat, hauria de referir-se a la garantia, és a dir, al dret de retenció. *Vid.* la crítica a P. del POZO CARRASCOSA, «La nova regulació del dret de retenció, la penya i l'anticresi», a ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (ed.), *La codificació*, p. 236-268, esp. p. 253.

139. Per exemple, l'article 545-1 CCCat utilitza el terme *restriccions* per a incloure tant els límits com les limitacions del dret de propietat. Però, posteriorment, els articles 545-2 i 545-3 CCCat se serveixen del terme *restriccions* per a referir-se únicament als límits. D'altra banda, a l'hora de regular les limitacions, l'article 545-4 CCCat només estableix les voluntàries i, per tant, prescindeix del fet que aquestes també poden ser legals.

5. L'IMPACTE DEL DRET PRIVAT EUROPEU EN LA LEGISLACIÓ CIVIL CATALANA

La modernització del dret, dins o fora del Codi civil, exigeix tenir en compte les reformes dels codis civils més recents i també les iniciatives legislatives i doctrinals que tendeixen a l'harmonització del dret a Europa. Aquestes no se circumscriuen al dret de contractes, però el fet que les instàncies europees, per raons que tothom coneix, prioritzin l'harmonització en aquest àmbit, dota l'uropeïtzació d'aquest sector de l'ordenament d'una importància que difícilment cap legislador està en condicions de menysprear. Tampoc, doncs, el català.

5.1. LA TRANSPOSICIÓ DE DIRECTIVES

És sabut que l'esforç del legislador estatal per a comprendre les directives europees no sempre té resultats satisfactoris. A l'Estat espanyol, la incomprensió es tradueix en una transposició tardana o incorrecta, que ja ha donat lloc a la imposició de sancions.¹⁴⁰ Però, a Catalunya, el problema respecte de les directives de dret privat —i, especialment, en l'àmbit contractual de consum— no

140. Segons una notícia de premsa del diari *Cinco días*, el mes de febrer del 2007 (<http://www.cincodias.com/articulo/economia/Espana/segundo/pais/sancionado/mala/transposicion/directivas/cdscdi/20070202cdscdieco_9/Tes/>) Espanya era el segon país amb més processos oberts per transposició incorrecta de directives comunitàries (109 expedients), només superat per Itàlia (169 expedients). En l'informe fet públic el 19 de febrer de 2009 i pel que fa a les directives sobre mercat interior, Itàlia i Espanya són els estats membres que tenen el nombre més alt de casos d'infracció oberts. A més, Espanya (com Malta) se situa en tercer lloc, després d'Itàlia i França, dels països que, respecte de les dades publicades el febrer del 2008, han aconseguit reduir més els procediments d'infracció oberts (5). En l'últim informe, del 16 de juliol de 2009, Espanya millora lleugerament aquestes dades, però, precedida per Itàlia i Polònia, i juntament amb França (lleugerament pitjor), és un dels països que acusa un dèficit més alt a l'hora de transposar correctament les directives. *Vid.* <http://ec.europa.eu/internal_market/score/docs/score19_en.pdf>. Amb tot, les notícies no se circumscriuen a les directives de dret privat, que són les úniques que interessen aquí. En relació amb aquestes últimes, sembla que Espanya no va transposar a temps cap de les vuit directives analitzades pel grup que va dur a terme el *Consumer Law Compendium* i que va valorar la forma de transposició en tots els estats membres. Els retards van oscil·lar entre nou mesos (Directiva 98/6, sobre indicació dels preus) i 40 mesos (Directiva 93/13, sobre clàusules generals). És a dir, una mitjana de vint-i-sis mesos de demora. La manca de transposició de la Directiva 97/7, sobre contractes a distància, va donar lloc a la condemna per part del TJCE (Sentència de 28 de novembre de 2002, Comissió *versus* Espanya, assumpte C-414/01). *Vid.* H. SCHULTE-NÖLKE, C. TWIGG FLESSNER i M. EBERS (ed.), *EC Consumer Law Compendium: The Consumer Acquis and its transposition in the Member States*, Munic, Sellier, 2008, p. 71.

és tant d'incomprensió, sinó de timidesa o prudència —segurament pel temor d'una possible invasió de la competència estatal—, si s'ha de jutjar per l'escassa implicació del legislador català a l'hora de transposar-les.¹⁴¹ El Codi de consum, que, com ja s'ha dit, s'ha promulgat al marge del CCCat, no corregeix aquesta tendència i, per tant, caldrà esperar a la promulgació del llibre sisè del CCCat. És, precisament, en aquesta matèria, on havia de tenir cabuda la transposició de la Directiva 94/47/CE, de 26 d'octubre, relativa a la protecció dels adquirents pel que fa a determinats aspectes dels contractes d'adquisició d'un dret d'utilització d'immobles en règim de temps compartit, i d'aquesta transposició ja existien uns treballs preparatoris.¹⁴² La proposta formava part d'un avantprojecte de llibre sisè del CCCat realitzat l'any 2003 i del qual, finalment, el nou Govern tripartit va prescindir, i es preveia complementària de la del llibre cinquè del CCCat, sobre les situacions de comunitat a què dóna lloc l'alienació de tornos (art. 554-12 al 554-12 CCCat). Deixant de banda els interrogants que planteja part d'aquesta regulació,¹⁴³ també és preocupant que el preàmbul, III, 12, de la Llei 5/2006 destaquí expressament la voluntat del legislador català de mantenir-se al marge de la directiva europea.¹⁴⁴ És una declaració desafortunada, no només perquè el que realment pretén el legislador és mantenir-se al marge de la regulació estatal, sinó, sobretot, perquè aquesta declaració no s'adiu amb el fet que el legislador català tenia competència per a la transposició de directives abans de promulgar-se el llibre cinquè del CCCat, és a dir, mentre era vigent l'Estatut d'autonomia de Catalunya (EAC) del 1979,¹⁴⁵ i en continua tenint ara, després de la promulga-

141. L'excepció, a propòsit de la Directiva 90/314/CEE, de 13 de juny, relativa als viatges combinats, les vacances combinades i els circuits combinats (DOCE L 158, de 23 de juny de 1990), és el Decret 168/1995, de 6 de juliol. *Vid.* M. MARTÍN CASALS, J. RIBOT IGUALADA i J. M. BECH SERRAT, «El contracte de viatge combinat», a ÀREA DE DRET CIVIL DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (coord.), *L'exercici*, p. 304 i seg.

142. DOCE Llei 280, de 29 d'octubre de 1994. *Vid.* E. BOSCH CAPDEVILA, «Treballs preparatoris del Codi civil de Catalunya: esborrany de regulació de l'aprofitament per tornos», RCDP, núm. 8 (2007), p. 295-324.

143. M. ANDERSON, «La directiva sobre aprovechamiento por turno y la necesidad de transponerla... en un Estado plurilegislativo», ADC, vol. 63, núm. 1 (2010), p. 219-244, esp. p. 239-240.

144. Segons el preàmbul, III, 12, de la Llei 5/2006, «el capítol IV conté una regulació de la comunitat especial per tornos, que és diferent de la regulació dels tornos d'apartaments per a vacances que regeix la Directiva 94/47, del 26 d'octubre, i que hi és compatible, perquè aquest capítol es limita a béns unitaris i exclou de manera expressa l'aplicació als casos a què fa referència la normativa europea». Quant a la incorrecció d'aquest plantejament, vegeu M. ANDERSON, «La directiva», p. 240-242.

145. J. MARCO MOLINA, «La incorporación», p. 16-25.

ció del nou Estatut d'autonomia de Catalunya l'any 2006: tant la constitució d'un règim de torns com la posterior comercialització d'aquests per un empresari o promotor (aspecte no regulat en el llibre cinquè del CCCat) són matèria civil (art. 149.1.8 CE), i, en concret, la segona pertany al dret de consum (art. 3f Llei 29/2002).¹⁴⁶ En ambdós casos, la competència de la Generalitat és exclusiva (art. 123 EAC, per al consum; art. 129 EAC, per al dret civil). Com se sap, la regulació europea no modifica la distribució interna de competències (art. 189.1 EAC) i, per tant, la del legislador català en aquestes matèries necessàriament s'estén a la transposició de directives europees (art. 113 EAC). Encara s'hi hauria d'afegir l'argument que proporcionen els articles 28 i 171d EAC. El primer, perquè assegura determinats drets als consumidors (pel que aquí interessa, el dret a tenir una informació veraç i comprensible i la protecció davant de conductes abusives), i el segon, perquè concreta la competència de la Generalitat per a regular els drets i les obligacions dels consumidors i dels prestadors de serveis en l'àmbit del turisme. Addicionalment, resulta que l'article 171d EAC no ha estat objecte d'impugnació pel Partit Popular davant el Tribunal Constitucional.¹⁴⁷ Resulta paradoxal, tenint en compte que aquest ha tingut l'ocasió de declarar que la regulació dels drets i les obligacions en l'àmbit de la contractació privada amb consumidors queda generalment fora de la competència autonòmica i, entre d'altres raons, per entendre que la matèria queda afectada per la competència estatal exclusiva sobre legislació mercantil.¹⁴⁸ Tanmateix, aquesta és una opinió que no es

146. No és obstacle que la Directiva 1994/47 no utilitzés l'expressió *consumidor*, sinó la definició més neutra d'*adquirent*, en l'article 2, guió quart. Es refereix ja expressament al *consumidor* la Directiva 2008/122, de 14 de gener de 2009, relativa a la protecció dels consumidors pel que fa a determinats aspectes dels contractes d'aprofitament per torns de béns d'ús turístic, d'adquisició de productes vacacionals de llarga durada, de revenda i d'intercanvi (DOUE L 33, de 3 febrer de 2009). L'article 2.1f el defineix d'aquesta manera: «Tota persona física que actuï amb fins aliens a la seva activitat econòmica, negoci, ofici o professió».

147. M. ANDERSON, «La directiva», p. 243.

148. Entre altres, *vid.* STC 88/1986, contra la Llei catalana 1/1983, de 18 de febrer, de regulació administrativa de determinades estructures comercials i vendes especials (fonament jurídic [FJ] 5è): «Del que essencialment es tracta és que a través de les normes autonòmiques no es produeixi un *novum* en el contingut contractual, o en altres termes, que no s'introdueixin drets ni obligacions en el marc de les relacions contractuals privades (STC 71/1982)»; STC 157/2004, contra la llei reguladora del comerç a Navarra (FJ 11è): «Segons la doctrina reproduïda en l'anterior fonament jurídic 9è, la determinació de les relacions contractuals pròpies dels diferents tipus de vendes desenvolupades pels comerciants s'inscriu en l'àmbit de l'article 149.1.6 CE. Més específicament hem posat en relleu que "la STC 71/1982 (RTC 1982, 71), a propòsit de la regulació del que s'hagi d'entendre per clàusules contractuals abusives en perjudici del consumidor, va considerar de titularitat estatal la normació de les condicions generals de contractació o de les diferents modalitats contractuals, i igualment la de la responsabilitat pels danys originats en l'adquisició, utilització o

pot compartir, ni ni que només sigui a la vista de l'article 3f de la Llei 29/2002.¹⁴⁹ Si la matèria és civil, també l'EM, I, 18, i la disposició final única de la Llei 42/1998 reconeixen la competència de les comunitats autònomes per a regular el contracte de multipropietat. No s'hauria de veure involucrada la competència sobre les bases de les obligacions contractuals (art. 149.1.8 CE, competència exclusiva de l'Estat) mentre no hi hagi una llei estatal que les defineixi.¹⁵⁰

5.2. L'IMPACTE DEL *SOFT LAW*

El *soft law* és una tècnica de reglamentació privada. El seu impacte, *de lege lata*, s'aprecia en algunes disposicions del llibre primer del CCCat i, en concret, en l'article 111-7. En una doble direcció: d'una banda, el precepte generalitza la bona fe més enllà de l'àmbit contractual i, de l'altra, incorpora l'honradesa en els tractes (transparència en els negocis, confiança, lleialtat de les transaccions), com a concepte que s'ha de mesurar amb paràmetres objectius independents del coneixement o la ignorància dels subjectes que intervenen en la relació jurídica (preàmbul, II, 8, Llei 29/2002). Formulats d'aquesta manera,

gaudi pels consumidors de béns, mitjans o serveis, ja que el règim d'unes matèries i les altres, fins i tot en la legislació civil (art. 149.1.8 CE), ha de ser un i el mateix per a tot el territori de l'Estat (FJ 14è i 19è). No és, evidentment, que a les normes autonòmiques no els sigui possible disciplinar determinats tipus de venda o articular dispositius preventius o correctors dels eventuals abusos a què determinats contractes puguin conduir. Del que es tracta és que a través d'aquestes normes no es produeixi un *novum* en el contingut contractual o, en altres termes, que no s'introdueixin drets ni obligacions en el marc de les relacions contractuals privades [...]. Finalment, tot i que les normes autonòmiques persegueixin, mitjançant el reforç de les obligacions del venedor, la protecció del consumidor i de l'usuari, la determinació del contingut dels contractes i de les accions per incompliment, sanejament o resolució s'insereix dins la competència estatal exclusiva atribuïda a l'Estat pels articles 149.1.6 i 149.1.8 CE [STC 62/1991 (RTC 1991, 62), FJ 4t.e)]" (STC 264/1993, de 22 de juliol [RTC 1993, 264], FJ 5è).

149. Vegeu, a favor de la naturalesa civil dels contractes amb consumidors i en defensa de la competència autonòmica, Lídia ARNAU, «La noció», p. 39-46.

150. A més, l'expressió no s'ha d'identificar amb *contractes*, ni amb *obligacions extracontractuals*. Sobre aquest particular, *vid.* F. BADOSA COLL, «La competència de la Generalitat i les bases de les obligacions contractuals», conferència pronunciada en les VI Jornades de Dret Civil Català celebrades a Tossa de Mar el 1990 (document inèdit, cedit per l'autor); F. BADOSA, «El futur Codi de dret patrimonial de Catalunya», a E. ARROYO AMAYUELAS (coord.), *El Quebec*, p. 127-137, esp. p. 138; S. ESPIAU, «La codificación», p. 82-88; J. MARCO MOLINA, «La incorporación», p. 33-36; E. BOSCH CAPDEVILA, «La distribución», p. 1139-1141; M. C. GETE-ALONSO, «El llibre sisè», p. 11-15. Proposa la creació d'una comissió paritària per a l'elaboració, no ja d'una llei de bases, sinó d'un «projecte bàsic d'obligacions i contractes», A. VAQUER ALOY, «El derecho civil catalán», p. 95-96.

l'article 111-7 CCCat s'alinea amb l'article 1:102 PECL, després incorporat en l'article I -1:103 MCR.

Però el *soft law* té un impacte virtual més gran. En primer lloc, perquè pot inspirar la legislació catalana del futur. I, en segon lloc, perquè pot ajudar a interpretar la que està en vigor actualment.¹⁵¹ En relació amb el primer es podrien esmentar molts exemples. Només cal referir-se a un, especialment paradigmàtic atenent les deficiències que presenta la regulació del CC espanyol i la necessitat, per tant, que el legislador català millori la perspectiva quan emprengui la redacció del llibre sisè del CCCat. Em refereixo a la regulació del contracte de serveis, que necessàriament haurà de tenir en compte, entre altres materials, els PEL LS,¹⁵² després incorporats en el llibre IV, part C, del MCR.¹⁵³ Els redactors d'aquesta part del MCR tipifiquen només alguns contractes de serveis i, amb un enfocament funcional, precedeixen la regulació individual de cada un d'unes normes generals que, entre d'altres, es refereixen a la qualitat del servei, el deure de cooperar, els deures d'informar i d'advertir dels riscos, sobre quan es considera obtingut un resultat, o quan es poden introduir variacions o es pot desistir del contracte (IV C - 2:101 a 111 MCR). Entre les moltes novetats que presenta aquesta regulació, cal destacar que el contracte de dipòsit, ara convertit en un contracte consensual de serveis, deixa de ser un contracte real *quoad constitu-*

151. Sobre l'estructura, la funció i el contingut del MCR, *vid.*, recentment, R. ZIMMERMANN, «Common Frame of Reference», a J. BASEDOW, K. HOPT i R. ZIMMERMANN, *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts, Band 1*, Tübingen, Mohr Siebeck, p. 276-280. Entre nosaltres, *vid.* A. VAQUER ALOY, «El Marco Común de Referencia», a E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo*, p. 239-265; E. ARROYO AMAYUELAS, «La contribución al Marco Común de Referencia de los Principios de Derecho contractual comunitario», a A. RODRÍGUEZ GUITIÁN *et alii* (coord.), *Derecho privado europeo: Estado actual y perspectivas de futuro*, Madrid, Civitas, 2008, p. 49-156; F. J. INFANTE RUIZ, «Entre lo político y lo académico: un *Common Frame of Reference de derecho privado*», *InDret*, núm. 2 (2008) p. 1-44 (<www.indret.com>).

152. M. BARENDRECHT *et alii* (ed.), *Principles of European Law: Service Contracts (PEL SC)*, Oxford, Oxford University Press, 2007.

153. *Vid.* C. von BAR i E. CLIVE (ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munic, Sellier, 2009, p. 1597-2024. Sobre aquest particular, *vid.* M. LOOS, «Towards a European Law of Services Contract», *European Review of Private Law*, núm. 4 (2001), p. 565-574. Entre nosaltres, P. de BARRÓN ARNICHES, «Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia», *InDret*, núm. 3 (2008), p. 1-29 (<www.indret.com>); P. de BARRÓN ARNICHES, «Arrendamiento de obra y servicios: una distinción evanescente a la vista de la regulación del contrato de servicios en el CFR», a E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho privado europeo*, p. 475-490. Vegeu, especialment crític amb la regulació proposada en el DCFR, H. UNBERATH, «Der Dienstleistungsvertrag im Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmen», *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* (2008), p. 745-774.

tionem (IV C-5:101 al 5:110 MCR). La raó és que aquesta configuració respon millor a les necessitats de la pràctica comercial.¹⁵⁴

Pel que fa al paper que pot tenir el *soft law* en la interpretació del dret vigent, serveixi l'exemple relatiu a la compensació i, en particular, la de crèdits prescrits.¹⁵⁵ Aquest és un tema que no està regulat ni en el CCCat ni en el CC.¹⁵⁶ La compensació de crèdits prescrits és plenament respectuosa amb la idea que el dret subsisteix malgrat la prescripció de la pretensió (art. 121-1 CCCat). Cal, doncs, que s'admeti. Però, per què no admetre'n també l'eficàcia *ex nunc*? Hauria de ser possible oposar per via d'excepció la compensació d'un crèdit prescrit amb efecte extintiu immediat en el moment en què es fes valer, per a evitar les situacions d'incertesa que provoca la retroacció al moment en què es va produir la situació de compensabilitat. Es pot objectar que això no és congruent amb el fet que si la mateixa pretensió prescrita s'exigeix mitjançant l'exercici de la pretensió, el deutor podria negar-se al pagament mitjançant l'oportuna excepció de prescripció (art. 121-4; art. 121-8.1 CCCat). Ara bé, la regla no significaria cap perjudici per al creditor que reclama, ja que, a l'excepció de compensació de la pretensió prescrita oposada pel deutor, aquell sempre podria al·legar, al seu torn, l'excepció de prescripció. Només si el beneficiat per aquesta no l'oposés (i renunciés així a la prescripció guanyada), la compensació hauria d'operar plenament i, com ja s'ha dit, amb efectes extintius immediats. Aquest és, precisament, el plantejament que segueixen els articles 14:503 PECL, III 7:503 MCR i 10.10 PU.¹⁵⁷

6. CONCLUSIONS

En el marc de la pluralitat legislativa reconeguda constitucionalment i estatutàriament, Catalunya és la comunitat autònoma que ha anat més lluny en el desenvolupament de la competència en matèria civil i, a més, sembla disposada

154. A propòsit d'una futura regulació catalana sobre el contracte de serveis, *vid.* les ponències de J. Ferrer Riba, E. Arroyo Amayuelas i Yago Cuesta a les Jornades de Dret Civil Català a Tossa de Mar, del proppassat setembre de 2010 (<<http://civil.udg.es/tossa/2010/textos/pon/index.htm>>).

155. Recentment, *vid.* X. BASOZÁBAL ARRUE, «Panorama europeo sobre eficacia de la compensación: la retroacción en retroceso», a E. LLAMAS POMBO (coord.), *Estudios sobre derecho de obligaciones: Homenaje al prof. Mariano Alonso*, vol. I, Madrid, La Ley, 2006, p. 125-150, i X. PASOZABAL ARREUE, «Claves para entender la compensación en Europa», *InDret*, núm. 4 (2009), p. 1-27.

156. Però *vid.* ara l'article 1186 de la Proposta de modernització del Codi civil en matèria d'obligacions i contractes. Referència *supra* en la nota 33.

157. *Vid.* igualment els art. 13:106 PECL, III-6: 107 MCR i 8.5.3 PU, que neguen l'efecte retroactiu de la compensació.

a esgotar-la. De vegades, això ha permès superar la passivitat del legislador estatal i liderar un procés de competència entre ordenaments que, fet i fet, ha donat lloc a una harmonització descentralitzada en determinats sectors. Fa més de dues dècades que es va iniciar el procés de codificació del dret civil català, que encara no ha conclòs i que, segurament, encara requereix ajustaments i millores. Ara bé, encara que avui les regles siguin més complexes, que la societat avanci a un ritme més ràpid que fa un segle i malgrat també l'impacte sobre els ordenaments nacionals de la incessant legislació comunitària, el Codi no és un projecte anacrònic. El nou repte és el llibre sisè del CCCat, i en la seva redacció s'han de tenir en compte les noves tendències del dret a Europa.