

## UN SUPUESTO DE CODIFICACIÓN DE DERECHOS CIVILES «REGIONALES»: EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA\*

Esteve BOSCH CAPDEVILA\*\*

SUMARIO: I. *El derecho civil catalán como resultado de un proceso histórico.* II. *La competencia legislativa de Cataluña en materia civil.* III. *La codificación del derecho civil de Cataluña.* IV. *La codificación del derecho civil catalán, y su armonización con el derecho privado europeo.*

Cataluña es una de las 17 Comunidades Autónomas en las que se encuentra dividido el Estado español. Situada en el noreste de España, y con una población de unos 6 millones de habitantes, su Parlamento tiene —con las precisiones que más adelante se señalarán— capacidad para aprobar leyes en materia civil. Una de ellas, la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, aprobó el Libro Primero del Código Civil de Cataluña (CCC) —en el que se regulan las disposiciones Generales (artículos 111-1-111-9), así como la prescripción (artículos 121-1 a 121-24) y la caducidad (artículos 122-1-122-5)—,<sup>1</sup> previéndose que en el futuro se irían incorporando al mismo los restantes libros reguladores de la materia civil.

\* El presente trabajo se enmarca dentro del Proyecto de Investigación BJU2003-06718-C02-02, “La nueva regulación de los derechos reales en el derecho civil catalán”, del Ministerio de Ciencia y Tecnología, cuyo investigador principal es el doctor Pedro del Pozo Carrascosa.

\*\* Profesor titular de derecho civil. Universitat Rovira i Virgili. Tarragona, España.

<sup>1</sup> Pero, como se verá más adelante, el derecho civil catalán vigente no se reduce únicamente a tales normas, sino que anteriormente se aprobaron —y queda pendiente su incorporación al Código— el Código de Sucesiones por Causa de Muerte (Ley 40/1991, de 30 de diciembre), el Código de Familia (Ley 9/1998, de 15 de julio) y otra serie de leyes en materia civil, especialmente en el ámbito del derecho patrimonial (véase el § III.1 del presente trabajo).

El objeto del presente trabajo lo constituye la exposición y análisis del proceso codificador del derecho civil de Cataluña, proceso de gran interés para el estudioso sobre la materia, por varias razones. Primeramente, por el propio hecho codificador en sí, al constituir uno de los primeros códigos del siglo XXI, con las supuestas notas de modernidad que le deben ser inherentes. Y, en segundo lugar, por tratarse de un código de carácter “regional”, lo que si bien es cierto que no constituye un fenómeno único —piénsese en los códigos civiles de Louisiana y de Québec—,<sup>2</sup> sí puede sorprender al observador externo en tanto podría, aparentemente, chocar con el ideal armonizador del derecho privado europeo.

## I. EL DERECHO CIVIL CATALÁN COMO RESULTADO DE UN PROCESO HISTÓRICO

El hecho que Cataluña se rija por un derecho civil propio no es un fenómeno reciente, nacido del relativamente nuevo régimen político español, sino que constituye el resultado de un largo proceso histórico, que arranca en los inicios del pasado milenio, con el nacimiento del Principado de Cataluña. Puede afirmarse que, desde que Cataluña existe como territorio con identidad nacional, tiene su propio derecho civil, que se ha venido conservando durante toda su historia a pesar de los grandes recortes de autonomía que ha experimentado durante largos períodos de tiempo. Desde siempre Cataluña ha reivindicado un derecho civil propio, y toda restricción a esta aspiración ha venido motivada por imposiciones ajenas, y nunca por propia voluntad.

<sup>2</sup> Existen otros casos de codificación de derecho civiles “regionales”: los más importantes son los del Québec, en Canadá, y el de Louisiana, en Estados Unidos de América. Se trata de dos ejemplos de los denominados sistemas “mixtos” —como lo son también, entre otros, Sudáfrica, Escocia, Israel, Sri Lanka, Filipinas, o Puerto Rico—, en el sentido que reúnen elementos tanto del *civil law* como del *common law*. Ahora bien, en estos dos supuestos aparece una característica que no se da en Cataluña —y tampoco en el resto de derechos civiles españoles—: se trata de territorios que forman parte de Estados con una tradición jurídica diferente a la de la región en cuestión. En Europa existe una región en la que concurren los mismos condicionantes que en el Québec y Louisiana. Se trata de Escocia, en la que existe un derecho civil propio —distinto del inglés, integrado por unas instituciones indígenas, y otras derivadas del *civil* y del *common law*— dentro de un Estado, el Reino Unido, regido por las reglas del *common law*; a pesar de que ya se ha planteado, como veremos (nota 42), la labor codificadora, ésta todavía no se ha llevado a cabo.

### 1. *Del nacimiento de Cataluña a los Decretos de Nueva Planta (siglo XI–1716)*

Ya desde su nacimiento como nación, Cataluña se rigió por su propio derecho civil. En la primera mitad del siglo XI, las fuentes primeras del derecho civil catalán eran los *Usatges* o usos de los tribunales catalanes, las Constituciones y Capítulos de Cortes, y los usos y costumbres del Principado, mientras que el derecho supletorio lo integraban el derecho canónico y el romano. E incluso en el siglo XV, cuando se produjo la unificación de Coronas con el Reino de Castilla, Cataluña siguió conservando su propio derecho.

Los rasgos que caracterizan esta primera fase, que concluyó en 1716 con los Decretos de Nueva Planta, son los siguientes:

1. La existencia de un derecho civil propio, dictado por unos órganos legislativos catalanes, o adoptado en forma de costumbres, e interpretado asimismo por unos órganos jurisdiccionales propios.
2. El carácter preferente de este derecho civil propio sobre el derecho “externo”.
3. La insuficiencia del derecho civil propio para regular toda la materia civil, lo que hace necesario el recurso al derecho supletorio.<sup>3</sup>

### 2. *Las consecuencias de los Decretos de Nueva Planta (1716)*

Tras la Guerra de Sucesión, la derrota en 1714 de las tropas catalanas frente a Felipe V significó la abolición de la autonomía política catalana. Con los Decretos de Nueva Planta de 1716 se suprimieron los órganos legislativos catalanes, y en consecuencia se impidió la creación de derecho propio; éste no se suprimió, pero quedó fosilizado al no poder adaptarse a la realidad. Esta etapa se caracteriza por las siguientes notas:

1. Privación a Cataluña de su potestad legislativa.
2. Mantenimiento de sus disposiciones civiles propias.

<sup>3</sup> Respecto a esta primera fase, puede verse, con más detalle, Guillem Ma. de Brocà I Montagut, *Historia del derecho de Cataluña, especialmente del civil, y exposición de las instituciones del derecho civil del mismo territorio en relación con el Código Civil de España y la jurisprudencia*, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1985.

3. Incertidumbre acerca del derecho supletorio aplicable.<sup>4</sup>
4. Disociación entre derecho vigente y derecho aplicado ya que, en la realidad práctica, el derecho castellano se imponía al derecho supletorio catalán.

### 3. *El Código Civil español de 1889*

A principios del siglo XIX se inició en Europa la codificación de los derechos civiles, de la que fue el principal exponente el Código Civil francés de 1804, que tuvo una gran influencia en los códigos posteriores. En España, sin embargo, el Código Civil no se aprobó hasta 1889, tras un largo proceso de casi 80 años iniciado una vez sancionada la Constitución de 1812.<sup>5</sup> La razón principal que explica este retraso fue sin duda el denominado “problema foral”, es decir, la coexistencia, junto al derecho de Castilla, de derechos civiles especiales no sólo en Cataluña, sino también en Navarra, Aragón, las Islas Baleares, Galicia y las Provincias Vascongadas. El Proyecto de Código Civil de 1851, denominado Proyecto de García Goyena, que tuvo una gran influencia en los países iberoamericanos, fracasó en España precisamente debido a la oposición de los territorios con derecho civil propio, dado que se trataba de un proyecto muy centralista, que eliminaba o postergaba, casi absolutamente, las instituciones civiles forales.

El Código Civil español de 1889 (Cc) adoptó una fórmula transaccional, que lo cierto es que, en relación a Cataluña, no hizo variar en exceso —cuando menos teóricamente— la situación anterior. Si bien el Código Civil de 1889 tenía carácter general para toda España, ello no supuso para Cataluña —ni para los demás territorios forales— la eliminación de su derecho civil propio. Se preveía la futura aprobación de unos Apéndices al Código Civil, en los que se incluirían las instituciones que debían estar

<sup>4</sup> La duda que se planteó era la de si en defecto del derecho civil catalán “propio”, debía acudirse al derecho supletorio catalán —el derecho canónico y el romano—, o si se debía aplicar el derecho de Castilla, cuestión que incluso actualmente sigue siendo polémica; la primera opinión fue avalada tácitamente por las Sentencias del Tribunal Supremo (STS) de 21 de mayo y 14 de noviembre de 1845, si bien anteriormente la STS de 14 de mayo de 1829 había manifestado lo contrario.

<sup>5</sup> El artículo 258 de la Constitución de 1812 decía que “El Código civil, el criminal y el de comercio, serán unos mismos para toda la Monarquía, sin perjuicio de las variaciones que, por particulares circunstancias, puedan hacer las Cortes”.

vigentes en cada territorio foral como excepción al derecho civil general, pero mientras su Apéndice no se aprobase, en Cataluña seguía vigente el antiguo derecho civil catalán, y el Código Civil español únicamente tenía el carácter de derecho supletorio de segundo grado.<sup>6</sup>

No obstante, el Apéndice de derecho catalán al Código Civil no llegó nunca a ser ley. Tras haberse elaborado diversos proyectos de carácter privado, la Comisión de Juristas catalanes aprobó en 1930 el “Proyecto de Apéndice de Derecho Catalán al Código Civil”.<sup>7</sup> Tal Proyecto debía ser revisado por el gobierno Central, pero la proclamación de la Segunda República española hizo que la situación se replanteara sobre unas nuevas bases.

#### 4. *La Segunda República Española (1931–1936)*

La promulgación de la Constitución de la República española del 9 de diciembre de 1931 y del Estatuto de Autonomía de Cataluña del 15 de septiembre de 1931 provocó, como decimos, un replanteamiento de la situación, al reconocerse a Cataluña, en virtud el artículo 15 de la Constitución de 1931, competencia legislativa en materia civil. Después de más de 200 años, Cataluña podía de nuevo dictar sus propias leyes en materia civil, con lo cual ya no tenía sentido hablar de un Apéndice o una recopilación de su antiguo derecho. Y lo cierto es que se aprobaron una serie de nuevas leyes catalanas en materia civil,<sup>8</sup> si bien al estallar la Guerra Civil en 1936 se paralizó la actividad legislativa.

<sup>6</sup> Es decir, el Código Civil español quedaba postergado no solamente respecto al derecho histórico catalán, sino también frente al derecho supletorio de Cataluña: el derecho romano y el canónico, que constituían el derecho supletorio de primer grado. Ahora bien, lo cierto es que en la realidad práctica los jueces aplicaban muchas veces el Código Civil, básicamente, por razones de comodidad, por las dificultades para acceder a las fuentes y por la antigüedad de la normativa catalana que, como se ha visto, no se había podido adaptar a la realidad social a consecuencia de la privación de su potestad legislativa a raíz de los Derechos de Nueva Planta.

<sup>7</sup> La tardanza de 40 años en la elaboración de tal Proyecto se explica en la resistencia de los juristas catalanes a la aplicación del Código civil español, si bien finalmente aquellos claudicaron dada la inseguridad jurídica que producía el caótico y confuso estado en que se encontraba el derecho catalán vigente en Cataluña.

<sup>8</sup> La Ley de Mayoría y Habilitación de Edad, de 8 de enero de 1934, que rebajó la mayoría de edad a los 21 años; la Ley sobre Capacidad Jurídica de la Mujer y de los Cónyuges, de 19 de junio de 1934, que equiparaba la capacidad de los cónyuges; la Ley

Debe matizarse que, conforme al artículo 15.1 de la Constitución republicana, Cataluña podía asumir la competencia para legislar sobre derecho civil,<sup>9</sup> si bien existían una serie de materias civiles reservadas al Estado. Y es importante referirnos al citado artículo 15.1 porque constituye el precedente directo del polémico artículo 149.1.8 de la vigente Constitución de 1978; decía el precepto que: “Corresponde al Estado español la legislación, y podrá corresponder a las regiones autónomas la ejecución, en la medida de su capacidad política, a juicio de las Cortes, sobre las siguientes materias: 1a. Legislación penal, social, mercantil y procesal, y, en cuanto a la legislación civil, la forma del matrimonio, la ordenación de los registros e hipotecas, las bases de las obligaciones contractuales y la regulación de los estatutos personal, real y formal, para coordinar la aplicación y resolver los conflictos entre las distintas legislaciones civiles de España”. Al igual que ocurre actualmente, la imprecisión de los conceptos utilizados —particularmente, el de “bases de las obligaciones contractuales— ocasionó litigios competenciales entre el Estado y Cataluña.

5. *La supresión de la autonomía legislativa (1936-1978).*  
*La Compilación del Derecho Civil Especial*  
*de Cataluña de 1960*

Después de la Guerra Civil española se suprimió la autonomía legislativa de Cataluña, derogándose las leyes civiles catalanas promulgadas durante la Segunda República. Ello no supuso, sin embargo, la derogación del derecho civil catalán, sino que se volvió a la situación anterior a 1931, con lo cual, en Cataluña, mientras no se aprobase el Apéndice de su derecho civil, seguía vigente el derecho histórico catalán. Por tanto, pasados 50 años desde la aprobación del Código Civil español, todavía subsistía aquella situación que inicialmente pretendía ser transitoria, de manera que Cataluña seguía regida por unas leyes propias pero antiguas,

de Sucesión Intestada, del 7 de julio de 1936, que derogó el principio *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*; y, en materia agraria, la Ley para la solución de los conflictos derivados de los contratos de cultivo, del 26 de junio de 1933, y la Ley de contratos de cultivo, de 11 de abril de 1934.

<sup>9</sup> Y así lo hizo; en virtud del artículo 11 de su Estatuto de Autonomía, Cataluña asumió la competencia para legislar en materia civil, con las excepciones previstas en el citado artículo 15.1 de la Constitución.

y carentes por tanto de adaptación a la realidad social; además, la gran profusión de normas dictadas en distintas épocas hacía muy difícil determinar cuáles estaban vigentes y cuáles no, lo que se traducía en una inseguridad jurídica por una parte, y por otra en la aplicación indebida del Código Civil español en la realidad práctica.

Ante tal situación, en un Congreso Nacional de Derecho Civil celebrado en Zaragoza en 1946 se debatió el estado de los denominados “derechos forales”, aprobándose la idea de aprobar un código civil general, en el que estuviese contenido todo el derecho civil vigente en España, incluidos los derechos forales. Como primer paso para ello, se debían elaborar las “compilaciones” de las instituciones civiles territoriales; en el fondo las compilaciones eran una especie de apéndice, pero con la diferencia formal de que no quedaban incorporadas al Código Civil español, sino que tenían substantividad propia.

Dichas compilaciones sí se llevaron a cabo, y en Cataluña se aprobó por Ley de 21 de julio de 1960 la *Compilación del Derecho Civil Especial de Cataluña (CDCC)*. Debe ponerse de relieve que los 569 artículos que contenía el proyecto presentado en 1955 por la Comisión de Juristas catalanes, quedaron reducidos a 344 tras la revisión del proyecto hecho por la Comisión de Codificación española. Con un contenido básicamente de derecho familiar y sucesorio, la *Compilación* supuso que, por primera vez, el Código Civil español pasaba a tener el carácter de derecho supletorio de primer grado, en el sentido que, en todo lo que no estuviese regulado en la *Compilación*, regiría el Código Civil español; el derecho histórico catalán dejaba de tener eficacia reguladora, y pasó a tenerla únicamente interpretativa

## 6. *La instauración de la Monarquía Parlamentaria con la Constitución de 1978*

La Constitución de 1978 (CE) supone de nuevo un cambio radical en la situación, y hace que el “problema foral” se vuelva a replantear sobre otras bases.<sup>10</sup> El territorio español queda dividido en comunidades autónomas, con competencias para legislar en materia civil por parte de algunas de ellas. Es el artículo 149.1.8 CE —correlativo del artículo 15.1.a

<sup>10</sup> Bases no completamente novedosas, ya que una idea del avance del acontecer de los hechos podía tenerse a partir de la Constitución de 1931.

de la Constitución republicana de 1931—, el que regula tal competencia, y establece que: “El Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias: 8ª Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del Derecho, con respeto, en este último caso, a las normas del Derecho foral o especial”. Este precepto básico se complementa, en Cataluña, con el artículo 9.2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña (EAC), que señala que la Generalidad de Cataluña tiene competencia exclusiva en materia de “conservación, modificación y desarrollo del derecho civil catalán”.<sup>11</sup>

Por tanto, conforme a las normas mencionadas, y sin perjuicio de un posterior análisis del artículo 149.1.8 CE en el epígrafe siguiente, se puede afirmar que Cataluña tiene competencia para legislar en materia civil, si bien con unos ciertos límites de contornos imprecisos y polémicos. Efectivamente, la poco clara redacción del artículo 149.1.8 CE ha planteado, además de discusiones doctrinales, conflictos de competencia entre Cataluña y el gobierno Central, que serán dirimidos por el Tribunal Constitucional.<sup>12</sup>

<sup>11</sup> Otros preceptos relevantes son el artículo 26.1 EAC, que establece la aplicación preferente del derecho catalán en materias de competencia exclusiva de la Generalitat —este criterio de la preferencia debe coordinarse con la DT 2a. EAC, que mantiene en vigor el derecho estatal mientras la *Generalitat* no ejercite sus propias competencias—; el artículo 26.3 EAC, que impone al Estado el respeto a las normas del derecho civil catalán en materia de la determinación de las fuentes del derecho civil; y el artículo 149.3 CE y el 26.2 EAC, que señalan la supletoriedad del derecho del Estado en defecto de derecho propio de Cataluña.

<sup>12</sup> Así es; ante la profusa actividad legislativa catalana en materia civil el gobierno Central ha reaccionado entablando recurso de inconstitucionalidad contra algunos artículos de 3 de aquellas leyes: la que regula la accesión y la ocupación, la de derechos reales de garantía, y la primera ley del Código Civil de Cataluña.

## II. LA COMPETENCIA LEGISLATIVA DE CATALUÑA EN MATERIA CIVIL

El citado artículo 149.1.8 CE establece dos tipos de límites a las comunidades autónomas para que puedan legislar en materia civil: el determinado por la situación de cada derecho civil en concreto en el momento de aprobarse la Constitución, y el derivado de las competencias reservadas “en todo caso” al Estado, límites que, a continuación, se tratará de precisar.<sup>13</sup>

### 1. *El límite derivado de la “conservación, modificación y desarrollo” del derecho civil catalán*

El artículo 149.1.8 CE asigna al Estado la competencia exclusiva en materia de “Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los Derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”. Por tanto, las regiones en las que existan “derechos forales o especiales” podrán “conservar, modificar y desarrollar” su derecho civil, conceptos estos que, a consecuencia de su imprecisión —obre todo el de “desarrollo”—, plantean problemas interpretativos que han dado lugar a una importante polémica doctrinal. La

<sup>13</sup> Por otra parte, debe matizarse que la competencia legislativa catalana en materia civil está limitada por otros dos factores:

1. En primer lugar, debe tratarse de “materia civil”; ello parece redundante, pero no lo es tanto si atendemos a la problemática que ha planteado la calificación de los denominados actos mixtos”, es decir, aquellos negocios en los que interviene un particular y un empresario, como son, por ejemplo, los contratos de consumo, que han sido calificados como mercantiles por un sector de la doctrina. Asimismo, tampoco es muy clara en algunos casos la frontera entre el contrato de trabajo y el de arrendamiento de servicios, como ocurre en los contratos celebrados con deportistas profesionales. La calificación de un contrato como mercantil o laboral determinará que la competencia exclusiva para regularlo corresponda al Estado, en virtud del artículo 149.1.6 y 7 CE.

2. Y, en segundo lugar, el legislador catalán también estará sujeto al límite derivado de las normas de derecho comunitario, que actualmente —y dejando de momento de lado la hipotética formación de un código civil europeo— se centra en las denominadas “directivas”, que fijan una serie de “normas de mínimos” sobre una determinada materia que el Legislador nacional está obligado a observar. Si las directivas recaen sobre materias respecto a las que Cataluña puede legislar, estaremos ante otro límite impuesto al legislador catalán: éste podrá regular la materia en cuestión, pero no de la manera que quiera, sino siguiendo las directrices o principios impuestos por la Directiva.

cuestión es si la nueva normativa foral puede comprender todo el derecho civil —salvo las 6 materias reservadas en exclusiva al Estado— o bien, si para que se pueda legislar sobre una determinada materia es preciso que sobre ésta hayan existido históricamente unas normas propias. La posición más restrictiva considera que la competencia del legislador autonómico se circunscribe a las materias reguladas en el propio ordenamiento vigente en el momento de promulgarse la Constitución,<sup>14</sup> mientras que la tesis más ampliadora considera que la competencia de las comunidades autónomas sobre su derecho civil propio no tiene otro límite que el impuesto por la competencia exclusiva que *en todo caso* corresponde al Estado sobre las materias citadas en el segundo inciso del artículo 149.1.8 CE, opinión defendida por la mayoría de juristas catalanes.<sup>15</sup> Y una posición intermedia entiende que las competencias legislativas del Parlamento catalán podrán comprender no únicamente las instituciones que regula la Compilación, sino que se pueden extender a otras materias y también prever una evolución de sus principios, siempre que las sucesivas reformas mantengan un nexo de unión con el bloque de derecho civil vigente en el momento de entrar en vigor la Constitución.<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Son claras las palabras de Lasarte Álvarez señalando que “Los supuestos institucionales propios de los derechos forales deben desarrollarse para evitar que aquéllos sigan fosilizados completamente, pero no puede extenderse la competencia de las Comunidades Autónomas a regular cuestiones extrañas o ajenas al propio sistema de los derechos forales” “Comentarios a las leyes políticas”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, t. I, 1988). También, en este sentido restrictivo, entre otros: García Amigó, Manuel, “La competencia legislativa civil según la Constitución”, *Revista de Derecho Privado*, 1983, p. 435-452; O’Callaghan, Xavier, “Compendio de derecho civil”, *Revista de Derecho Privado*, t. I, parte general, p. 72; Arozamena Sierra, J., “Competencia de las comunidades autónomas en materia civil: el artículo 149.1.8 de la Constitución”, *Actualidad Civil*, 1988, p. 2186; Bercovitz Rodríguez Cano, Rodrigo, “La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 1, 1993, p. 65; Arce Janariz, A., *Constitución y derechos civiles forales*, Madrid, 1987, p. 99.

<sup>15</sup> Entre otros, Puig Ferriol, Lluís, “Dret civil català”, *Comentaris sobre l’Estatut d’Autonomia de Catalunya*, Barcelona, Institut d’Estudis Catalans, 1998, vol. I, p. 402; Roca Trías, Encarna, “L’estructura de l’ordenament civil espanyol”, *Revista Jurídica de Catalunya*, 1983-1, pp. 140-148.

<sup>16</sup> Delgado Echevarría, Jesús, “La potestad legislativa de la generalidad de Cataluña sobre el derecho civil catalán”, *Jornades sobre l’Estatut d’Autonomia de Catalunya*, Barcelona, abril de 1980, p. 45.

El Tribunal Constitucional ha abordado el tema en varias sentencias,<sup>17</sup> y ha sentado la siguiente doctrina en relación a los conceptos de “conservación”, “modificación” y “desarrollo”: la “conservación” es “el mantenimiento del derecho civil propio, de modo que la mera invocación de precedentes históricos, por expresivos que sean de viejas tradiciones, no puede resultar decisiva por sí sola a efectos de lo dispuesto en el artículo 149.1.8ª CE”;<sup>18</sup> la “modificación” presupone la previa existencia en la Compilación de la institución que se pretende regular;<sup>19</sup> y en cuanto al concepto de “desarrollo”, el más alto tribunal hace las siguientes aseveraciones: 1) Es posible la ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por los “derechos forales”; 2) La competencia de desarrollo no es ilimitada “*ratione materiae*”, dejada a la disponibilidad de la comunidad autónoma; 3) La competencia no se debe vincular rígidamente al contenido actual de la Compilación; 4) Cabe, en consecuencia, la regulación de instituciones “conexas” con las reguladas, 5) “El término «allí donde existan» ...al delimitar la competencia autonómica en la materia, ha de entenderse más por referencia al derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas”.

Por tanto, el Tribunal Constitucional, al interpretar el controvertido concepto de “desarrollo”, adopta una posición que cabe calificar de “intermedia”: no restringe las posibilidades normativas al contenido de las Compilaciones, ni otorga a las comunidades autónomas unas competencias prácticamente absolutas, únicamente limitadas por el segundo inciso del artículo 149.1.8 CE. El inconveniente de su doctrina es que, para definir un concepto, el de “desarrollo”, utiliza un nuevo concepto, el de “instituciones conexas” o “conexión suficiente”, que no define claramente no señala el grado de conexión entre las instituciones. Ante ello, si bien parece adivinarse una interpretación generosa del grado de conexión necesario, la incertidumbre sigue existiendo. La doctrina ha dado

<sup>17</sup> STC 121/1992, del 28 de septiembre (BOE del 29 de octubre); STC 182/1992, del 16 de noviembre (BOE del 18 de diciembre); STC 88/1993, del 12 de marzo (BOE del 15 de abril) y STC 156/1993, del 6 de mayo (BOE de 28 de mayo).

<sup>18</sup> En la STC 88/1993, sobre la Ley aragonesa 3/1988, de 25 de abril.

<sup>19</sup> El Tribunal Constitucional afirma que “Sin duda que la noción constitucional de “desarrollo” permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de modificación”.

diferentes opiniones a la hora de precisar dicho grado de conexión; mientras algunos entienden que debe existir “alguna vinculación con un contenido anterior que, debe subrayarse, puede no ser el de la propia Compilación, sino con otras normas de los ordenamientos civiles forales o especiales”,<sup>20</sup> otros consideran que, a la hora de concretar la “conexión”, el Tribunal Constitucional ha interpretado el concepto con “generosidad”, al referirlo a las grandes divisiones sistemáticas (libros, títulos o capítulos) de las respectivas compilaciones, y no sobre instituciones concretas.<sup>21</sup>

Por nuestra parte, y tomando como referencia la trayectoria parlamentaria del precepto en cuestión, podemos llegar a las siguientes conclusiones:

1. La referencia al “allí donde existan” en ningún caso supone una restricción para los derechos civiles “forales o especiales”, sino que supone simplemente la falta de competencia de las comunidades sin derecho civil propio en el momento de la entrada en vigor de la Constitución, sea este derecho civil escrito o consuetudinario, y sea más o menos amplio.<sup>22</sup>
2. La idea de “conservación, modificación y desarrollo” se trata de una expresión redundante, que no restringe la competencia legislativa en materia civil de las comunidades autónomas con derecho civil propio. Tal como se desprendía claramente de la redacción aprobada por el senado, el Estado tiene la competencia exclusiva en orden a la legislación civil “común”, mientras que la de los derechos civiles “forales o especiales” corresponde a las comunidades autónomas, salvo las materias reservadas explícitamente al Estado. Veamos a continuación cuáles son tales materias.

<sup>20</sup> Delgado Echevarría.

<sup>21</sup> Badosa Coll, Ferran, “La recent jurisprudència constitucional sobre les competències de les Comunitats Autònomes en Dret Civil”, *Iuris. Quaderns de Política Jurídica*, Barcelona, 1994, p. 16.

<sup>22</sup> Al hablar de “derecho especial” se permite la no vinculación de las facultades normativas al derecho histórico (“derecho foral”), sino que puede tratarse de un derecho de nueva creación (“especial”: el “nuevo” derecho de las comunidades autónomas que históricamente han tenido un derecho civil propio).

## 2. *Las materias civiles reservadas “en todo caso” al Estado*

La enumeración de las 6 materias civiles reservadas al Estado tampoco destaca por su claridad. La doctrina ha dado todo tipo de interpretaciones al respecto;<sup>23</sup> la nuestra —que como se verá es sumamente restrictiva— la exponemos continuación.

1. Las “reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas”. Si observamos que el capítulo II del título preliminar del Código Civil español lleva por título “Aplicación de las normas jurídicas”, y que el capítulo III se titula “Eficacia general de las normas jurídicas”, parece que el significado de tal expresión está claro: se reserva con exclusiva al Estado la regulación de las instituciones recogidas en los artículos 3o. a 7o. Cc, es decir, interpretación de las normas, equidad, aplicación analógica de las normas, cómputo de los plazos, ignorancia de la ley y error de derecho, exclusión voluntaria de la ley aplicable y renuncia a los derechos en ella reconocidos, nulidad de los actos contrarios a la ley, fraude de ley y la buena fe y el abuso en el ejercicio de los derechos; y todo ello sin perjuicio de que pueda existir alguna otra institución no regulada actualmente en dichos artículos, pero que pueda encajar dentro de tales conceptos de “aplicación y eficacia”, que también quedaría reservada al Estado.<sup>24</sup>

2. Las “relaciones jurídico civiles relativas a las formas de matrimonio”. Atendiendo al origen histórico de tal expresión —el artículo 5o. de la Ley de Bases del Código Civil de 1888, precepto que atribuía eficacia general a las normas estatales sobre “formas del matrimonio”—, la expresión se debiera referir estrictamente, a la determinación del sistema matrimonial. En consecuencia, el legislador catalán podría regular —cosa que no ha hecho en el Código de Familia, en una interpretación prudente de dicha expresión—, no solamente la separación y el divorcio, si-

<sup>23</sup> Nos remitimos a Moreno Quesada, Bernardo, *Competencia en materia civil de las comunidades autónomas*, Madrid, 1989.

<sup>24</sup> La STC 83/1986, de 26 de junio (BOE núm. 159, de 4 de julio de 1986), declaró la inconstitucionalidad del núm. 1 del artículo 6 de la Ley 7/1983, del Parlamento catalán, de 18 de abril, de normalización lingüística en Cataluña, según el cual «En caso de interpretación dudosa, el texto catalán será el auténtico», señalando que “Aunque el legislador estatal no haya previsto específicamente los problemas de interpretación de textos legales publicados oficialmente en forma bilingüe, no hay razón que habilite a las Comunidades Autónomas para suplir este vacío normativo”.

no también materias como la capacidad para contraer matrimonio, los impedimentos para celebrarlo, o el funcionario civil encargado de autorizarlo.

3. La “ordenación de los registros e instrumentos públicos”. Se trata de una expresión que no se refiere al derecho sustantivo, sino únicamente a aspectos organizativos y de funcionamiento e incluso de eficacia de los registros y de los aspectos formales de lo que en ellos se va a inscribir: requisitos del documento público para poder practicar la inscripción, efectos de la misma, procedimiento para hacer efectiva la garantía, o la cancelación de los asientos. En cambio, la regulación sustantiva del derecho de hipoteca,<sup>25</sup> al igual que la de cualquier otro derecho real, mobiliario o inmobiliario, es una materia excluida de la reserva del artículo 149.1.8 CE.

4. Las “bases de las obligaciones contractuales”. Es quizá la materia más polémica y que más ríos de tinta ha hecho correr.<sup>26</sup> Pero, según palabras de Sánchez Román pronunciadas en las Cortes de la Segunda República —tal expresión deriva del artículo 15.1 de la Constitución republicana—, “las bases generales de la contratación son así como cuatro o cinco reglas cardinales, y lo demás ya no son bases generales de la contratación; es el principio de la autonomía de la voluntad, el de la forma, etcétera”.<sup>27</sup> Según nuestra opinión, tal concepto —pronunciado por un ferviente antiforalista— sigue vigente, de tal manera que la competencia exclusiva del Estado no es todo el derecho de obligaciones y contratos, sino que aquél únicamente tiene la facultad de establecer unas bases para los contratos.<sup>28</sup>

5. Las “normas para resolver los conflictos de leyes”. De todas las materias que el artículo 149.1.8 CE reserva en exclusiva al Estado, es la que está más justificada.<sup>29</sup> Existiendo diversos derechos civiles en el Estado español, las normas para resolver los conflictos entre ellos —es decir, cuando en una misma relación jurídica haya elementos que guarden rela-

<sup>25</sup> Por ejemplo, concepto, inscripción constitutiva, derechos hipotecables, extensión de la hipoteca o modalidades.

<sup>26</sup> Véase al respecto, entre otros, Sánchez González, María Paz, *Bases de las obligaciones contractuales en la Constitución. Artículo 149.1.8*, Madrid, Trivium, 1991.

<sup>27</sup> *Diario de Sesiones de las Cortes Constituyentes*, núm. 218, 1931, p. 7938.

<sup>28</sup> Y ante la abstención del Estado no dictando tales bases, las Comunidades Autónomas podrán regular toda la materia de obligaciones y contratos.

<sup>29</sup> Si bien se hubiese debido añadir al precepto la matización de “interregionales”, es decir, los conflictos de leyes deben ser interregionales.

ción con diversos ordenamientos jurídicos civiles— deben ser establecidas no por cada uno de estos derechos —que podrían fijar normas contradictorias—, sino que debe existir una regulación unitaria, siendo razonable que corresponda al Estado establecerla. Ahora bien, el Estado deberá procurar establecer una normativa basada en el principio de igualdad, sin privilegios a favor de ninguna de las legislaciones civiles.

6. La “determinación de las fuentes del derecho, con respeto a las normas del Derecho foral o especial”. La legislación sobre fuentes del derecho ocupa un lugar intermedio entre las otras cinco materias civiles enumeradas en el artículo 149.1.8 CE, y las competencias de las comunidades autónomas. El precepto significa que las normas “forales o especiales” sobre fuentes del derecho seguirán vigentes, pudiendo las respectivas comunidades Autónomas “conservar” dicha normativa, “modificarla” (por ejemplo, alterando el orden de prelación de fuentes), o “desarrollarla” (completándola en lo que resulte insuficiente). Ahora bien, dicha facultad únicamente la deberían tener las comunidades en que dichas normas estén vigentes.<sup>30</sup>

### III. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL DE CATALUÑA

A continuación, se expondrá el estado actual de la codificación del derecho civil catalán, a dónde se pretende llegar, y los trazos fundamentales de tal derecho que sirven para caracterizarlo o distinguirlo del derecho civil estatal.

#### 1. *La realidad: el derecho civil vigente actualmente en Cataluña*

Siguiendo una interpretación “foralista” del artículo 149.1.8 CE, la distribución de competencias en materia civil entre el Estado y Cataluña es la siguiente:

<sup>30</sup> La Compilación catalana, en 1978, adolecía de normas sobre las fuentes del derecho —la posibilidad de “integración” acudiendo a la tradición jurídica catalana se introdujo en la Reforma de 1984—. A pesar de ello, el artículo 26.3 EAC establece que “En la determinación de las fuentes del derecho civil, el Estado respetará las normas de derecho civil catalán”, lo que muestra una interpretación que, según nuestro parecer, altera el sentido originario del artículo 149.1.8 CE.

1o. Aplicación directa del derecho civil del Estado en las 6 materias que el artículo 149.1.8 CE reserva al Estado; sobre estas 6 materias no puede legislar el legislador catalán —al menos teóricamente, ya que la realidad, como se verá, ha sido otra—, y regirá el derecho del Estado.

2o. Aplicación preferente del derecho civil catalán relativo a la materia civil que no afecte a las 6 materias antes mencionadas.<sup>31</sup>

3o. Aplicación supletoria del derecho civil estatal en aquellas materias que, pudiendo ser reguladas por el legislador catalán, no hayan sido todavía reguladas por el mismo.<sup>32</sup>

Por tanto, el derecho civil vigente en Cataluña está integrado tanto por normas estatales (aplicables directa o supletoriamente), como por normas catalanas. Se pueden distinguir dos conceptos: el derecho civil catalán —creado por los órganos legislativos catalanes y vigente exclusivamente en Cataluña—,<sup>33</sup> y el derecho civil vigente en Cataluña, que incluye también las normas estatales que rigen en Cataluña.

Por el momento, el legislador catalán no ha regulado todas las instituciones civiles que, conforme a la Constitución, puede regular. De los 6 libros que está previsto que formen parte del Código Civil de Cataluña, solamente es una realidad el primero, dedicado a las disposiciones generales, e integrado por dos títulos: el relativo a las disposiciones preliminares, que trata de las fuentes del derecho civil de Cataluña, y el referido a la prescripción y caducidad. No obstante, es muy amplia la normativa civil catalana contenida en algunos casos en leyes especiales, y en otros en códigos sectoriales.

a) La materia sucesoria se encuentra regulada, con carácter completo —en el sentido que se excluye la aplicación supletoria del Código Civil español— en el Código de Sucesiones por causa de muerte en el derecho civil de Cataluña (Ley 40/1991, del 30 de diciembre).

<sup>31</sup> Es decir, salvo en lo relativo a dichas materias, las leyes civiles catalanas se aplicarán en Cataluña con preferencia al derecho civil estatal. Por ejemplo, el derecho sucesorio se regirá en Cataluña por el Código de Sucesiones catalán, que excluirá la aplicación de los artículos 657-1087 del Código Civil español dedicados a tal materia.

<sup>32</sup> Ahora bien, el derecho estatal se aplicará únicamente, cuando no se oponga a las disposiciones del derecho civil de Cataluña o a los principios generales que lo informan (artículo 111-5 CCC).

<sup>33</sup> La normativa civil catalana puede consultarse en <http://civil.udg.es/normacivil/catalunya.htm>.

b) El derecho de familia tiene su regulación en la Ley 9/1998, del 15 de julio, del Código de Familia, que contiene todas las instituciones familiares, salvo la determinación del sistema matrimonial, la capacidad y el procedimiento para contraer matrimonio y ciertos aspectos de la nulidad, separación y divorcio, regidas por el derecho estatal.<sup>34</sup>

En cuanto a las relaciones convivenciales diferentes del matrimonio (uniones de hecho, pero también otras situaciones de convivencia, como son las de ayuda mutua y el acogimiento de personas mayores) han quedado fuera del Código de Familia. La familia, como institución, se considera fundamentada únicamente en el matrimonio. De esta manera, quedan como leyes especiales en el ámbito familiar:

- La Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de pareja, que regula la unión estable heterosexual y la homosexual, estableciendo un régimen diferente tanto entre una y otra (por ejemplo, la pareja homosexual no puede adoptar, pero goza de derechos sucesorios en la sucesión intestada, al contrario que la heterosexual), como entre éstas y las parejas unidas en matrimonio.
- La Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua, que regula las relaciones de convivencia entre dos o más personas en una misma vivienda habitual que, sin constituir una familia nuclear, comparten con voluntad de permanencia y de ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico.
- La Ley 22/2000, de 29 de diciembre, de acogimiento de personas mayores, que regula la vinculación entre una persona, una pareja o una familia mononuclear, con otra persona o pareja más joven, por razón de la edad o de una discapacidad, y a cambio de una contraprestación.

c) La persona jurídica aparece regulada en la Ley 7/1997, de 18 de junio, de asociaciones, y en la Ley 5/2001, del 2 de mayo, de fundaciones.

d) Por lo que se refiere a los derechos reales,<sup>35</sup> existen una serie de leyes especiales:

<sup>34</sup> En cambio, la mediación, como método de resolución de conflictos de carácter familiar, se rige por una ley catalana, concretamente, por la Ley 1/2001, del 15 de marzo, de mediación familiar de Cataluña.

<sup>35</sup> El 23 de junio de 2003 se presentó al Parlamento de Cataluña el Proyecto de Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, dedicado a los bienes, la posesión, la adquisición, transmisión y extinción de derechos reales, el derecho de propiedad, las situaciones de

- Ley 6/1990, del 16 de marzo, de los censos.
- Ley 13/1990, del 9 de julio, reguladora de la acción negatoria, las inmisiones, las servidumbres y las relaciones de vecindad.
- Ley 13/2000, del 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación.
- Ley 22/2001, del 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente.
- Ley 25/2001, del 31 de diciembre, de la accesión y la ocupación.
- Ley 19/2002, del 5 de julio, de derechos reales de garantía.

e) Las obligaciones y los contratos son las materias más escuetamente reguladas por el legislador catalán, lo que en parte se explica por la conflictividad competencial que ello generaría; no obstante, también existen algunas leyes sobre la materia:

- Ley 24/1984, del 28 de noviembre, de contratos de integración
- Ley 6/2000, del 19 de junio, de pensiones periódicas.
- Ley 23/2001, del 31 de diciembre, de cesión de finca o edificabilidad a cambio de construcción futura.

f) Por último, no debe perderse de vista que la antigua Compilación de 1960 —modificada en 1984 para adaptarla a la Constitución de 1978—, todavía sigue vigente, regulando instituciones tan importantes como la rescisión por lesión *ultradimidium*, en virtud de la cual el enajenante de un bien inmueble que haya sufrido lesión en más de la mitad del precio justo, puede rescindir el contrato por lesión (artículos 321 a 325 CDCC). Ahora bien, los 344 artículos que la constituían han quedado reducidos aproximadamente a una décima parte, al quedar muchas de sus materias —principalmente la familiar y la sucesoria— sustituidas por los códigos sectoriales y por las leyes especiales antes mencionados.

comunidad, y los derechos reales de aprovechamiento parcial. No obstante, el Proyecto decayó ante la disolución del Parlamento poco más tarde, con motivo de las elecciones de octubre de 2003.

## 2. *La aspiración: el Código Civil de Cataluña*

Si bien este Código ya constituye una realidad formal, lo cierto es que todavía queda un largo trayecto por hacer hasta que se pueda hablar de un verdadero código civil catalán. Por Ley 29/2002, del 30 de diciembre, se aprobó la Primera Ley del Código Civil de Cataluña. En la misma, además de aprobarse el citado libro primero del Código Civil, se alude a cómo se llevará a cabo el proceso que se seguirá hasta la aprobación del Código Civil de Cataluña, y a las características esenciales de éste:

1. Se trata de un código “abierto”, tanto en su estructura como en su contenido, lo que tiene la ventaja de permitir la progresiva adaptación del Código al progreso social y al desarrollo científico–tecnológico, permitiendo dar respuesta rápida a las nuevas necesidades de regulación.

2. Para ello, se sigue un sistema de numerar los artículos diferente al que nos es familiar, de manera que tal numeración se compone de dos cifras, separadas por un guión. La primera cifra está integrada por tres números, que indican, respectivamente, el libro, el título y el capítulo, mientras que la segunda corresponde a la numeración continua que, empezando por el uno, se atribuye a cada artículo dentro de cada capítulo.

3. Este sistema permitirá —al igual que se ha hecho en el Código Civil holandés— que la elaboración del Código Civil se pueda tramitar por libros o por partes de libro, de manera que el legislador podrá imponer el ritmo que considere más adecuado y que, en atención a las circunstancias pueda priorizar e imprimir un ritmo más intenso a unas partes de la regulación.

4. De acuerdo con esta idea el proceso para la elaboración del Código Civil de Cataluña sería el siguiente:

- a) Los proyectos de ley que el gobierno presente al Parlamento corresponderán a cada uno de los libros o partes de los mismos.
- b) Cada ley incluirá únicamente aquellas modificaciones de adición, supresión o nueva redacción que se consideren necesarias para completar y modernizar la regulación actualmente existente.
- c) El gobierno, mediante decreto legislativo, podrá refundir las modificaciones de adición, supresión o nueva redacción que se consideren necesarias.

- d) Cada uno de los textos refundidos se incorporará a la parte del Código Civil que corresponda.
- e) Este proceso implicará que en el Parlamento de Cataluña no se votará un Código Civil de Cataluña, sino únicamente las modificaciones de la normativa existente, y la regulación de nueva planta.

Los libros que está previsto compongan el Código Civil son los siguientes:

1. El primero, dedicado a las disposiciones generales.<sup>36</sup>
2. El segundo, relativo a la persona y la familia.<sup>37</sup>
3. El tercero, que tendrá por objeto la persona jurídica.<sup>38</sup>
4. El libro cuarto, referente a las sucesiones.
5. El quinto, relativo a los derechos reales.
6. Y el libro sexto, que tendrá por objeto las obligaciones y contratos.

### 3. *Los principios que inspiran el derecho civil catalán*

Resulta difícil resumir, en unas pocas líneas, el contenido básico del derecho civil catalán.<sup>39</sup> Teniendo en cuenta que se encuadra en la línea de los códigos civiles de la Europa continental —entre ellos el Código Civil español— y, por tanto, de tradición romanista, apuntamos a continuación algunas de sus características, las que tienen un carácter más novedoso y aquéllas que permiten distinguirlo del Código Civil español.

a) En materia sucesoria es donde las peculiaridades son más notables, basadas en un estricto seguimiento de los principios sucesorios romanos:

<sup>36</sup> Que, como se ha dicho, incluye las disposiciones preliminares y la regulación de la prescripción y la caducidad.

<sup>37</sup> Del que formarán parte las materias actualmente comprendidas en el Código de Familia, y las leyes especiales en este ámbito.

<sup>38</sup> Y que incluirá la regulación de las asociaciones y las fundaciones.

<sup>39</sup> En el Libro Primero del Código Civil de Cataluña, artículos 111-6 a 111-8 CCC, se positivizan algunos principios generales del derecho civil catalán: el de libertad civil, el de la buena fe, y el de vinculación a los actos propios.

1. Necesidad de institución de heredero para la validez del testamento, si bien ello queda atenuado por la admisión de los codicilos como título idóneo para ordenar legados.
2. Vigencia de la *cuarta falcidia*, como estímulo al heredero para que acepte la herencia, si bien desprovista de su fundamento originario, dado que la falta de aceptación del heredero testamentario ya no determina la ineficacia total del testamento.
3. Vigencia del clásico principio romano *nemo pro parte intestatus pro parte intestatus decedere potest* –que determina la imposibilidad de abrir la sucesión intestada mientras existan herederos testamentarios que lleguen efectivamente a serlo–, y del principio *semel heres, semper heres*, en virtud del cual se tienen por no puestos a la institución de heredero la condición resolutoria y los términos suspensivo y resolutorio.
4. Debilitación de los derechos legitimarios, tanto cuantitativamente (la cuarta parte del caudal relicto) como en relación a los sujetos investidos de la cualidad de legitimarios (los descendientes y, en su defecto, los padres, pero no el cónyuge ni otros ascendientes).

b) En derecho de familia, además de reconocerse derechos a las parejas de hecho y a otras situaciones de convivencia, destaca:

1. La vigencia del régimen de separación de bienes como régimen económico matrimonial supletorio de primer grado, si bien atenuado por la concesión, en los casos de separación, nulidad y divorcio, de una compensación económica por razón de trabajo al cónyuge que, sin retribución o con retribución insuficiente, haya trabajado para la casa o para el otro cónyuge.
2. La intervención familiar como alternativa a la judicial tanto en el ejercicio de la patria potestad como de la tutela.<sup>40</sup>

c) Y en el ámbito del derecho patrimonial, más que de importantes especialidades,<sup>41</sup> debe ponerse el énfasis en la regulación de una serie de

<sup>40</sup> Por ejemplo, los padres o el tutor que quieran disponer de un bien inmueble de su representado, pueden solicitar autorización a dos parientes del menor o al denominado consejo de tutela, en lugar de acudir al juez.

<sup>41</sup> Con la salvedad de la mencionada rescisión por lesión *ultradimidium*.

novedosas instituciones carentes, hasta el momento, de un completo régimen jurídico, como son:

1. Los derechos de adquisición: existe una regulación detallada de los derechos de opción, tanteo y retracto, cuyas características más relevantes son las siguientes:
  - a) La opción se puede configurar con carácter personal o real; en este último caso su ejercicio produce una eficacia adquisitiva inmediata del bien, que sin necesidad de tradición pasa a ser propiedad del optante.
  - b) El retracto se configura como una manifestación del derecho de tanteo de carácter real que se caracteriza porque opera una vez se ha producido la transmisión del bien al tercero, y permite al retrayente adquirir el bien de tal tercero en las mismas condiciones que éste lo adquirió
2. La cesión de solar a cambio de construcción futura, con una regulación destinada a proteger a quien se desprende de un objeto presente —el solar— a cambio de un bien futuro —los pisos o locales que en él se van a construir.

#### IV. LA CODIFICACIÓN DEL DERECHO CIVIL CATALÁN, Y SU ARMONIZACIÓN CON EL DERECHO PRIVADO EUROPEO

Una vez constatada la voluntad del Legislador catalán de llevar a cabo una codificación de su derecho civil —y los obstáculos que existen para realizarla efectivamente—, deben analizarse los motivos que justifican aquella voluntad, así como la compatibilidad de la codificación del derecho civil catalán con la labor armonizadora del derecho privado europeo.

##### 1. *El triunfo del ideal codificador del derecho civil en Cataluña*

Varias son las razones que explican el triunfo de la idea de codificar el derecho civil de Cataluña:

1. En primer lugar, la tradición codificadora existente en la Europa Continental, donde la gran mayoría de Estados tienen su código civil.<sup>42</sup> Catalu-

<sup>42</sup> La falta de tradición codificadora es uno de los posibles motivos por los que tal tarea no ha triunfado todavía en Escocia, región que presenta notables paralelismos con Cataluña; además de que ambas regiones tienen una tradición jurídica propia y un arraigado sentimiento nacionalista, las vicisitudes que ha experimentado el derecho civil escocés tiene muchas semejanzas con el catalán:

1. En Escocia, en 1707, se produjo la unión de los Parlamentos escocés e inglés, con lo que desapareció la posibilidad de que Escocia dictase sus propias normas. La “devolución” de las facultades legislativas no ha tenido lugar hasta 1998, con la denominada *Devolution Act*.

2. Si en Cataluña muchos de los pleitos que versaban sobre derecho catalán fueron decididos por un tribunal “ajeno” –el Tribunal Supremo español–, en Escocia ocurrió lo mismo con la *House of Lords*, que al estar integrada muy mayoritariamente por magistrados ingleses, y por tanto sin un conocimiento profundo del derecho escocés, lo aplicó incorrectamente en muchas ocasiones.

3. El derecho romano y el canónico fue durante muchos años fuente del derecho escocés, e incluso actualmente, muchas de las instituciones vigentes en Escocia son de base romana. Ello tiene su explicación en que, a partir del siglo XVI y hasta las guerras napoleónicas, los juristas escoceses no estudiaban ni en Escocia ni en Inglaterra –durante muchos periodos de tiempo enfrentada con Escocia– sino en la Europa Continental –en Francia y en los Países Bajos, principalmente–. Las obras de los más importantes juristas clásicos escoceses –que actualmente siguen siendo fuente del derecho civil escocés– tienen un gran contenido de derecho romano.

4. En Escocia, también se ha planteado recientemente la codificación de su derecho civil. Efectivamente, tras la *Devolution Act* de 1998, la posibilidad de legislar en materia civil ha abierto el debate acerca la conveniencia o no de la realización de un código civil escocés –que, a diferencia del catalán, limitado por el artículo 149.1.8 CE, podría incluir prácticamente toda la materia civil, con la única excepción de la propiedad intelectual y el derecho del consumo–. Si bien han empezado los trabajos para ello, mediante un grupo de profesores de la Universidad de Edimburgo dirigidos por el profesor Eric Clive, lo cierto es que se trata de un proyecto de carácter privado, por lo que en el caso en que llegase a concluirse su valor sería meramente doctrinal. No es esto lo que muchos juristas escoceses quieren, sino que creen que tal código debería aprobarse por ley; no obstante, se tropiezan con la indiferencia de unos, y la oposición radical de otros. El debate no tiene tanto trasfondo político como puramente jurídico, y se plantea como una lucha entre los partidarios del *case law system* y los que creen que la codificación podría suponer una mejora y perfeccionamiento de un sistema mixto como el escocés.

Varios son los motivos por lo que de momento la tarea codificadora no ha triunfado en Escocia:

1. En primer lugar, el poco tiempo que ha transcurrido desde la *Devolution Act*, máxime si se tiene en cuenta que en Escocia nunca ha existido una tradición codificadora, dada la gran fuerza que tenía primero la costumbre y después el precedente judicial.

2. No toda la comunidad jurídica es una ferviente defensora de la codificación. A la indiferencia de unos se une la ferviente oposición del estamento judicial, temeroso de perder el amplio margen de arbitrio que le concede el *case system*.

ña no es ajena a esta tradición, si bien hasta hace relativamente poco tiempo no ha podido ejercerla por haber estado privada de sus facultades legislativas.

2. La comunidad jurídica catalana estudia y trabaja sobre derecho civil catalán. Un grupo importante no solo de profesores universitarios, sino también de profesionales del derecho —notarios y registradores principalmente—, investigan acerca el derecho civil catalán, conscientes de que con ello contribuyen a la mejora de un derecho que consideran muy suyo. La codificación del derecho catalán es vista con buenos ojos por la mayoría de los operadores jurídicos, y los que no están muy conformes con ella no se convierten en firmes opositores, sino que acostumbran a guardar un prudente silencio.

3. Tal labor investigadora sobre el derecho civil catalán goza del apoyo de las instituciones políticas, que conceden ayudas para la realización de trabajos, y financian o contribuyen a la publicación de libros sobre la materia.

4. El derecho civil catalán es visto por el poder político como un elemento esencial en la identidad propia de Cataluña. La codificación del derecho civil catalán —el hecho en sí, no tanto el contenido de la misma— tiene un fuerte componente político.<sup>43</sup> Junto al idioma, se alega la existencia de un derecho civil propio como uno de los elementos que confieren identidad propia a Cataluña. Por ello, no resulta tampoco extraño que el gobierno Central reaccione contra tal codificación, entablando recursos de inconstitucionalidad contra leyes civiles catalanas.

5. El diseño de una sólida estructura organizativa, y la aportación de la financiación económica necesaria para que el Código Civil de Cataluña sea una realidad. El gobierno catalán ha creado una institución, el

3. La indiferencia del poder político. A diferencia de Cataluña, Escocia no está gobernada por un partido nacionalista, lo que la hace carecer del impulso y financiación necesarios para una tarea de tal envergadura.

<sup>43</sup> Obviamente, Cataluña no ha sido la única región europea que, históricamente, ha tenido un derecho civil propio. Por ejemplo, algunas regiones italianas han tenido incluso su propio código civil; en España, como se ha dicho, una serie de territorios gozan de unas normas civiles especiales. Si ello es así ¿por qué no se aborda en tales territorios la codificación de su derecho civil? Porque no tienen un sentimiento nacionalista como existe en Cataluña, en donde el derecho civil catalán se considera como un elemento de identidad nacional, como ocurre con el idioma. Y si en el País Vasco, que es el otro territorio español con aspiraciones nacionalistas, no se plantea la codificación de su derecho, es porque son muy escasas las especialidades civiles que presenta.

Observatorio de derecho privado de Cataluña, que tiene como principal cometido la codificación del derecho civil catalán<sup>44</sup>.

## 2. *La compatibilidad entre la codificación del derecho civil catalán y la armonización del derecho privado europeo*

Cataluña forma parte de España, y ésta a su vez está integrada en la Unión Europea (UE). La Resolución del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989, instó la iniciación de los trabajos preparatorios de un “Código europeo común de derecho privado”, resolución que fue confirmada por la de 6 de mayo de 1994. En una línea menos ambiciosa, pero sobre una base política más sólida, la Resolución de 15 de noviembre de 2001, marca un calendario en el proceso de armonización del derecho civil y mercantil de los Estados miembros, proceso que debería culminar a partir del 2010 con la elaboración de un *corpus* de reglas —ya no se habla de “código”— sobre derecho contractual de la Unión Europea.<sup>45</sup> Existe, por tanto, una cada vez más firme convicción de los Estados

<sup>44</sup> El Decreto 190/2000, de 29 de mayo, sobre el Observatorio de Derecho Privado de Cataluña, crea esta institución “con la finalidad de que actúe como un instrumento especializado de la acción política del Gobierno de la Generalitat en materia de derecho privado y como un centro de seguimiento, estudio, debate y divulgación de este derecho, así como de establecimiento de relaciones con otros organismos estatales e internacionales con finalidades parecidas” (EM, § 2). En el seno del Observatorio se crea la Comisión de Codificación, que es el órgano colegiado de carácter consultivo del Departamento de Justicia en materia de derecho privado (artículo 8o.), organizado en el Pleno y en las Secciones (artículo 10), que son 4, con las siguientes funciones:

– Sección de derecho de sucesiones: su función es la de “revisar el Código de Sucesiones...en aquellos puntos que sea necesario para evaluar la vigencia de las instituciones que regula, para adecuar el lenguaje y la estructura a la técnica jurídica actual y preparar su inclusión en el Código Civil de Cataluña” (artículo 14.1.a).

– Sección de derecho de familia: su cometido es el de “revisar el Código de Familia..., y las otras leyes ya aprobadas o que se aprueben en este ámbito y preparar su inclusión en el Código Civil de Cataluña” (artículo 14.1.b).

– Sección de derecho patrimonial: su misión es la de “revisar, examinar y debatir los trabajos preparatorios sobre iniciativas legislativas que les someta el titular del Departamento de Justicia, así como la necesidad de modificar las leyes aprobadas en este ámbito, y proponer la conveniencia de otras iniciativas legislativas” (artículo 14.1.c).

<sup>45</sup> Véase al respecto Vaquer Aloy, Antoni, “¿Armonización del derecho privado en Europa vs. codificación del derecho civil en Cataluña?”, en Antonio Cabanillas Sánchez y otros (coord.) *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez Picazo*, Madrid, Thomson-Civitas, 2003, t. I, pp. 1059 y ss.

miembros de la Unión Europea a favor de la armonización de su derecho privado, lo que aparentemente, contrasta con la frenética actividad legislativa en materia civil del gobierno catalán. ¿Existe realmente tal contradicción? ¿Son ambos procesos incompatibles? A nuestro parecer, la respuesta es negativa, por varias razones.

1. En primer lugar, porque no se trata de una “unificación” del derecho privado europeo, sino de “armonización”, conceptos que son diferentes. Mientras la idea de unificación aludiría a la formación de un único cuerpo jurídico, vigente en todos los Estados de la Unión Europea, que sustituiría a los códigos nacionales, el concepto de armonización significa que, sobre la base de unos principios comunes, cada nación elabora su propia legislación, que deberá ajustarse a tales principios. El legislador catalán deberá tener en cuenta, al elaborar el Código Civil de Cataluña, los principales referentes del *soft law* europeo en materia de obligaciones y contratos: los Principios Lando y los Principios Unidroit. Por una parte, estos Principios se imponen por su propia calidad, dado el prestigio de los juristas que forman parte de las comisiones que los elaboran. Pero, además, no tendría ningún sentido que el Legislador catalán pretendiese seguir un camino diferente al que se seguirá en toda Europa, máxime cuando podría ocurrir que, si se llegase en un futuro a la formación de unos principios vinculantes de derecho contractual europeo, Cataluña debería cambiar su normativa y ajustarse a la europea.<sup>46</sup>

2. Tal armonización afecta, de momento, no a toda la materia civil, sino únicamente al derecho patrimonial, concretamente, al derecho de obligaciones y contratos, respecto al cual las normas catalanas son muy escasas.<sup>47</sup>

3. La codificación del derecho civil catalán puede servir de guía o modelo para otras naciones que, más tarde o más temprano, deberán modificar su derecho de obligaciones para la armonización con el derecho europeo, o modernizar su derecho para adecuarse a los cambios y demandas sociales.

<sup>46</sup> En este sentido, Vaquer Aloy, “¿Armonización del derecho privado en Europa vs. codificación del derecho civil de Cataluña?”, *cit.*, pp. 1068 y ss.

<sup>47</sup> Mucho más complicado sería si lo que se pretendiese fuese la armonización del derecho de familia y de sucesiones, pero por ahora no es el caso.

En conclusión, la codificación del derecho civil catalán no es incompatible con la armonización del derecho privado europeo; los problemas para tal armonización no vendrán de Cataluña —que tendrá poco trabajo para adaptarse a la normativa europea, al tener por el momento pocas normas sobre la materia—,<sup>48</sup> sino de otros Estados en los que la armonización suponga una importante modificación de su régimen jurídico.

<sup>48</sup> Una de las instituciones en las que la armonización puede ser problemática es la rescisión por lesión. Mientras en Cataluña, su fundamento es puramente objetivo —la simple lesión *ultradimidium* permite la rescisión del contrato—, tanto en los principios Lando como en los Unidroit se tienen en cuenta circunstancias subjetivas. En los Principios Lando el “beneficio excesivo” o “ventaja injusta” (artículo 4:109), y en los Principios Unidroit la “desproporción excesiva” (artículo 3:10); éste sería uno de los casos en los que el Legislador catalán debería hacer un esfuerzo en romper con su tradición jurídica y adecuarse a la normativa europea.