



Las Nuevas Orientaciones del Derecho Civil Catalán*

Not. Ángel Serrano de Nicolás

Notario de Barcelona, España
Comisionado por el Ilustre Colegio de Notarios de Cataluña

El Derecho civil catalán trata de emprender en lo que va de este siglo una modernización total; por ello, el título de la conferencia es: Nuevas orientaciones del Derecho civil catalán; éstas en Cataluña se dirigen a lograr un código civil único.

Es bien sabido que la idea de código frente a la legislación especial consiste en sistematizar en un solo cuerpo legal todo un conjunto de normas precedidas por la unidad de criterio y de materia, para evitar la colisión entre unas leyes y otras; colisión que desgraciadamente se ha producido en algunos puntos concretos de la legislación catalana, pues se ha desarrollado una ley sin considerar que esa materia o algún aspecto suyo, encuentra contradicción en otra ley (un caso verdaderamente singular es el existente en materia de servidumbres: en doce años se ha pasado, por esta sistemática de ir regulando la materia por medio de legislación especial, de sólo poderse usucapir unas determinadas servidumbres a poderse usucapir todas y en la actualidad a no poderse usucapir ninguna).

Decíamos que en la legislación catalana hoy —y frente a la famosa obra del italiano N. Irti que hablaba de la edad de la descodificación—, el legislador catalán quiere nuevamente

formular un código; uno que viene a resurgir con alguna de las notas que le fueron bíblicas, cuando en 1804, es decir, hace doscientos años, surgió el Código de Napoleón, también en trance de reformarse en materia sucesoria.

En Cataluña el código, igual que el de Napoleón, representa una reafirmación nacional, no se trata sólo de modernizar las leyes sino que se pretende reafirmar que Cataluña es una nación; aunque son conceptos que pueden presentar polémica.

Lo que quiero reafirmar es que se trata de un territorio con una identidad propia, justo como en 1800, en el siglo XIX: cuando se promulgó el código español, se pretendía que fuese, junto con la lengua, dos de los pilares que reafirmaban que una comunidad territorial era una nación; por eso España pretendía de tener un código civil único para reafirmar su unidad nacional.

En Cataluña tampoco es el código solamente la sistematización de unas materias, sino que implica reafirmar una identidad propia. Lo que es cierto es que Cataluña fue uno de los

* Conferencia Pronunciada el día 03 de Diciembre de 2004, durante el Encuentro de Juristas de la Feria Internacional del Libro, auspiciado por la Universidad de Guadalajara.

elementos, por no decir el elemento esencial, que impidió la unificación del Código civil español.

Como decía el Dr. Sánchez Corbero Dávila, la Constitución de Cádiz, para todos los pueblos bajo la Corona española, establecía que serían unos códigos únicos los que regirían en toda la monarquía, salvo unas excepciones y dentro de esa excepción toda la doctrina entendía que se estaba refiriendo a las particularidades ajenas a la península ibérica, o sea, a los territorios iberoamericanos, a Filipinas; pero algunos entendieron que ahí también se podría incluir el Derecho civil catalán.

Este punto de vista realmente no prosperó, el Derecho civil catalán tiene una fecha decisiva que es 1946, cuando ya promulgado el Código civil español, establecía en su artículo 13 que por el momento –la expresión clave– toda una serie de comunidades (Cataluña, Aragón, Navarra, el País vasco, Galicia) que tenían legislación civil propia distinta del Código civil español, hombre, pues que la iban a conservar.

En 1946 y fruto del Congreso de Zaragoza, se llevó a cabo una compilación de las normas que, diferentes a las del Código civil español, iban a tener vigencia en Cataluña; normas que están hoy ya muy modificadas pero que en alguna materia continúan en vigor y cuyo gran conjunto, aunque ya se haya traslado a otros cuerpos, sigue los mismos principios.

Esta compilación para los notarios implica una gran relevancia porque quienes la redactaron eran, precisamente, notarios, de nombres tan emblemáticos como Faus Esteve o Roca Sastre, quienes junto con otros

notarios y juristas catalanes compilaron ese derecho, no nacía *ex novo* sino que recopilaban con fuerza legal el derecho vivido tradicionalmente en Cataluña. Además, el Derecho catalán –y de allí otra de las polémicas frente al Código civil español– no sigue, frente al Código civil español que lo hace en gran número de artículos, el Código civil francés, el Derecho catalán tiene también como fuentes supletorias el Derecho romano y el Derecho canónico.

El catedrático de la Universidad de Barcelona, Manuel Durán i Bas, defendía que la legislación no podía ser un conjunto de normas abstractas o racionales, sino que tenía que ser una emanación del pueblo, no del poder estatal; es decir, siguiendo a la Escuela Histórica del Derecho, que tiene en el alemán Savigny a su gran mentor, tenía que recoger la tradición jurídica y darle forma pero no crear nuevas reglas o principios en su nombre. Esto que puede parecer algo chocante, lo defiende ahora nuevamente (como bien saben, se está intentando formular para toda Europa un código civil de las obligaciones), un autor tan señalado como el alemán Zittelmann, quien apunta que, efectivamente, el proyectado código europeo fracasará si no se logra o no se sabe recoger en él la tradición jurídica y sistematizarla mediante su aplicación a las realidades actuales.

Digo que hoy, en la legislación catalana, el gran horizonte, su nueva orientación, es formular ese código civil; pero ese código civil no podrá ser un código civil completo, aunque sí recogerá todos los principios catalanes, porque existen dos grandes límites de distinta naturaleza que lo

impiden: uno, que es fundamentalmente la Constitución española en su artículo 149, el cual establece una serie de materias que son competencia exclusiva del Estado español y que por nunca se modifica la Constitución y no parece que vaya a modificarse sino más bien a reafirmarse, es en materia de obligaciones, que señala es competencia estatal todo cuanto conforma la base de las obligaciones.

Un autor, en fechas muy inmediatas al código civil, es decir, mucho antes que se aprobase la Constitución, cuando se le preguntó qué son las bases de las obligaciones, dijo: es todo el derecho contractual, esto es, que únicamente se podrá regular alguna especificidad, como es la rescisión por lesión que se regula en Cataluña.

El otro gran elemento no regulable por la legislación catalana, lo constituyen las formas de matrimonio, también de competencia exclusiva del Estado español.

En todo lo demás del derecho de familia, sí que la legislación catalana puede regularse y efectivamente se ha regulado, de suerte que se ha producido ya y existe un Código de la familia junto con uno de sucesiones en Cataluña que, en su momento y una vez se lleve a cabo el desarrollo de lo ya mencionado de la ley del 30 de diciembre del 2002 o primera ley del futuro código civil de Cataluña, se integrarán en dicho futuro código civil modificado porque, como vuelvo a señalar, al ir haciéndose por pasos, surgen algunas contradicciones para que se unifique.

Líneas arriba mencionaba un primer gran elemento que no permitirá la existencia de un código único en

Cataluña. Diré para abundar que la Unión Europea tiene ya desarrollado, a través de la comisión Lando, lo que será un futuro código de las obligaciones europeas; hoy es todavía un conjunto de normas aprobadas en lo que se llama la comisión Lando (por el nombre del profesor que la presidiría).

Constituye, junto con el tratado de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías, a los dos grandes cuerpos que no son derecho positivo, pero que se tienen en cuenta en España incluso para proponer, o como se ha propuesto ya de forma incluso articulada, lo que tendría que ser el código de obligaciones español totalmente modificado; pero lo importante realmente para el Derecho catalán, es decir, para las nuevas orientaciones en el ordenamiento jurídico catalán, estriba en el sistema de fuentes. Normalmente, no así en Navarra, que prevalece la costumbre, en el ordenamiento jurídico español, las fuentes del derecho son la ley, la costumbre, los principios generales del derecho.

Empero, el legislador catalán, reconociendo algo que ya está en la compilación de 1946, señala que en última instancia se podrá acudir a la tradición jurídica catalana; ésta tiene un sentido, y es el de excluir que como la normativa estatal es normativa supletoria, pues que aunque los principios catalanes tengan una regulación y un contenido diferente en esencia de lo que es el derecho estatal, se pueda establecer la exclusión de instituciones típicas del Código civil español para que no se apliquen en Cataluña, sino porque responde a otros principios distintos de los que

forman la tradición jurídica catalana.

Como cuestiones más relevantes de lo que es el actual derecho ya en vigor en Cataluña, hay que señalar que el legislador catalán, a lo largo de las diversas leyes que está promulgando, sigue normalmente la técnica de ir desarrollando leyes especiales, de modo que cuando prácticamente ha regulado toda una determinada materia (el derecho de familia, el derecho de obligaciones, ahora existe lo que se llama el proyecto del derecho de bienes), lo refunde en un código (existe actualmente un Código de familia y otro de sucesiones y también lo que es el Libro Primero —que es el futuro código en el que se prevé cómo se habrá de desarrollar este código catalán—, el cual tiene alguna particularidad en su propia estructura, porque la numeración de los artículos sigue al Código civil holandés, o sea que no hay números corridos del 1 al 1976 del Código civil español, sino que cada artículo va precedido del número romano de la parte o el capítulo al cual pertenece, para que si algún día se modifica, no queden artículos vacíos con el mal efecto que eso causa de un código que se supone completo).

Digo que como cuestiones más relevantes para el legislador catalán y las leyes especiales que va desarrollando hasta que luego las refunde, caben algunas que afectan a la práctica diaria del notariado en materia del usufructo y todo ello dentro de lo que incluso el propio Libro Primero del futuro código llama la libertad civil, en lo que, normalmente, el legislador catalán se limita a ofrecer una regulación en general de carácter no imperativo. Por ejemplo, en materia

de usufructo, establece que el contenido de éste será el que las partes libremente determinen, es decir, no puede ser de otra manera, respetando las categorías y los tipos; no se le puede llamar compra-venta cuando es una mera permuta, porque las cosas son, como ha dicho nuestro Tribunal Supremo, lo que son y no lo que las partes quieren que sean; pero como novedad del Código civil catalán, siguiendo ya una modalidad que esta reconocida incluso en el Código civil holandés y el de Louisiana y alterando el principio de *salva rerum substantia*, se admite que se pueda ceder el derecho de usufructo, que se puedan vender, hipotecar e incluso, si el título lo contempla a título gratuito, que se puedan donar los bienes que integran el usufructo; o sea que no se trata de ceder el usufructo sino cada uno de los elementos que lo integran, es lo que se denomina usufructo con facultad de disposición.

Entre otras cuestiones que también regula en la práctica notarial cotidiana el Código civil catalán y que tienden a satisfacer una demanda de la vivienda, está una figura que había sido creada en los protocolos notariales y que el código catalán pretende regular de forma positiva. Es lo que se mal llama permuta de suelo por edificación o bien, permuta como contrato real en el que se entrega una cosa y en el acto se recibe otra.

Esta mal llamada permuta a la que la legislación catalana evidentemente no llama así, sino cesión de suelo por obra futura, es un contrato habitual en las notarías y pretende que quien es dueño del suelo y no tiene financiación o posibilidades de construirlo por sus propios medios, pues ceda el

suelo, el terreno a un constructor, a un promotor y éste, una vez concluido, le devuelva como precio o una cantidad de dinero que suele intervenir en algunas ocasiones o, si no es dinero, pues un piso, o un local, o varios pisos. Esto es, que el precio no es dinero, sino la devolución de lo que se ha edificado.

En materia de servidumbre —y esta es una de las cosas que más se ha criticado, porque estos pequeños fallos son los que ofrece el boquete para el barreno que destruya la construcción del código—, en escasos doce años las servidumbres eran susceptibles de usucapión, y con una cosa que, desde luego, toda doctrina critica porque choca y como bien se ha dicho, el derecho no puede ser una construcción abstracta, sino que ha de responder a unas realidades y una tradición jurídica que se remonta ya a Roma. Establecer que las servidumbres no serán susceptibles de usucapión, como mínimo causa sorpresa. Debe tener sentido, porque en el avance de la sociedad, las servidumbres de vistas pueden dar ocasión a que determinados solares, determinados terrenos no puedan construirse por el derecho de vista; pero de momento, hoy día, causan verdaderamente sorpresa.

En otra ley especial se regulan los derechos de adquisición preferente, es decir, como una categoría superadora de lo que sería la doble forma del tanteo y del retracto. Se habla del derecho de adquisición preferente y dentro de esta situación de la preferencia por adquisición, regula también la legislación catalana a partir de lo que es la legislación hipotecaria española, si bien con un rango de ley,

mientras que en la legislación española es un mero artículo del reglamento hipotecario que desarrolla la Ley hipotecaria de 1861, regula el derecho de opción personal y el real, es decir, la facultad que tiene una persona cuando por contrato se ha concedido que durante un determinado número de años pueda, si es su voluntad, adquirir en determinado precio un solar; suele normalmente referirse a inmuebles, aunque podría también destinarse a los bienes muebles, podrá acceder al Registro de la propiedad de tener carácter real, o sea, ser oponibles a cualquiera si tiene naturaleza real, y con diferente plazo: cuando es con carácter personal, sólo puede durar cuatro años, mientras que cuando tiene naturaleza real puede durar diez.

Quiere decir que esta regulación de este derecho es también habitual en el tráfico inmobiliario de Cataluña y de España: cuando evidentemente una persona quiere vender un local y lo desea comprar pero en ese momento no dispone de financiamiento, no tiene las ideas seguras, pues durante un plazo mantiene esa posibilidad y esa garantía de que él va ser el preferente.

También en la legislación catalana, atendiendo a la demanda y a los nuevos cambios sociales, así como siguiendo, o mejor dicho, antecediendo esas otras reformas (como ha sido el Código civil francés, que recientemente ha mejorado la situación del cónyuge), el cónyuge viudo que ya por el régimen económico matrimonial catalán —que es el de separación de bienes— únicamente en caso de ruptura tendrá derecho a la compensación económica por el tiempo que

se ha dedicado al hogar o a los negocios familiares y siempre a petición de parte; en otras palabras, esta compensación no es automática, debe ser solicitada por quien se cree perjudicado, el juez ha de concedérsela con algunos parámetros basados esencialmente en la dedicación al hogar y en el trabajo, pues ya en una primera reforma precisa de la compilación del 46, se concedía en la sucesión *ab intestato* al cónyuge, un usufructo de la mitad de la herencia; ahora se ha hecho un usufructo universal.

Como una anticipación más de la legislación catalana a lo que es una demanda, sobre todo, del notariado español, de que la legítima deje de ser una traba a la disposición de los bienes (porque la legítima lo que hace es que no se pueda disponer realmente de los bienes, lo cual no dejaba de ser una reminiscencia de la supresión de las vinculaciones y los mayorazgos que hacían que la tierra quedara permanentemente vinculada a una familia y no se pudiera disponer de ella), en Cataluña la legítima es únicamente una cuarta parte de la herencia; además de que es una cuarta parte y a diferencia del Código civil español –por el cual se tiene que pagar en bienes de la herencia–, en Cataluña es un mero derecho de crédito o sea *pars valoris o creditum*, por tanto basta que se pague en dinero, esto es, que el testador, puede decidir en función de su interés para que sus bienes, sus acciones en una sociedad, es decir, toda una serie de elementos, pasen a una persona concreta, pues como se trata de un mero derecho de crédito, puede disponer a quién pasa y la legítima se paga nuevamente en dinero que, incluso,

en prevención de que fue ganado en herencia, se faculta para que quede aplazada, eso sí, debe así disponerse en el testamento. En otras palabras: la legítima prácticamente no es un estorbo a fin de que el testador pueda disponer de sus bienes.

Se dice que tanto el Código de familia, como el de sucesiones, no se integrarán tales como son en ese futuro código, sino que se procederá a reformarlos para evitar discrepancias y adoptarlos a nuevas demandas. Una de las cuestiones que en el derecho sucesorio catalán se prevén, es que el heredero, aunque no acepte el beneficio de inventario, también tenga limitada su responsabilidad.

Hoy, en el Código civil español y en el código catalán, si el heredero no acepta el beneficio del inventario, no solamente adquiere los bienes, sino que, además responde de las deudas; en consecuencia, en el caso de que éstas sean más que los bienes heredados puede ver afectado su patrimonio anterior a adquirir por herencia, no sucede así con el legatario que no ha de responder con los bienes propios –distintos de los adquiridos por herencia– que ya tuviese antes de recibir la herencia.

Volviendo al tema que da título a la conferencia, diremos que el Derecho catalán recoge lo que denomina el principio de libertad civil, como una regla que ha de presidir y está presente en la interpretación y aplicación de todas sus instituciones, esto es: en Cataluña, todas las soluciones, excepto cuando tienen carácter imperativo, ofrecen más que al legislador, al que lo ha de aplicar, la posibilidad de pactar libremente con los únicos límites (que contempla

también el Código civil español) de la ley imperativa del orden público y la moral; pero con grandes principios determinantes dentro de esta institución jurídica, esta libertad civil no es obstáculo para que Cataluña haya legislado en ley especial, que no se llevará al futuro código civil, sobre la protección del consumidor. Es decir: el consumidor en el Derecho catalán tiene unos derechos propios, la protección típica, que no deja de ser sino una traducción de las directivas comunitarias: las condiciones generales de la contratación.

También se ha señalado que este principio de libertad civil en el Derecho catalán estará limitado por el derecho de la información, entendida ésta, como señala el profesor Alpa, en calidad de un valor en sí mismo. En otras palabras: hoy la información tiene un valor esencial; no solamente la obligación de informar, sino incluso categorías como el error tienen que ser reinterpretadas mediante la aplicación del análisis económico del derecho, aunque sin extremarlo y así acceder en su pretensión de sustituir todo el Ordenamiento. Acerca del error, ya existe jurisprudencia o algunas sentencias que son interpretadas por la doctrina en el sentido de que hay obligación de las partes a proceder y, en consecuencia, a actuar con lealtad desde el primer momento de los tratos preliminares en el momento de iniciar las relaciones para concertar la operación; pero, además, la obligación de suministrar información suficiente para cualquier producto a fin de que quien adquiera el inmueble tenga conocimiento de lo que adquiere; incluso se sanciona al que transmite

el inmueble, si, conocedor de la función para la cual lo desea el comprador, no le manifiesta a éste todas sus situaciones para resolver la venta; sí, es frecuente que cuando se adquiere no para suscribir un solar sino para poder construir ahí mismo, si luego el Ayuntamiento no conceda licencia porque el solar no tiene las dimensiones suficientes o porque exista alguna afectación y sean causa de resolución del contrato el no haber dado la suficiente información.

Pasando a otras cuestiones: se señalan como grandes nuevos fenómenos—que el profesor Alpa atribuye al nuevo derecho civil sin especificar el país, pues considera que estará presente en todos los países— o confines que delimitarán al derecho civil, sea el catalán o sea cualquier otro: la bioética. Esto ya está regulado en Cataluña, es lo que se llama el testamento vital; en realidad no es un testamento, sino una manifestación de voluntad y sigue al Derecho de los Estados Unidos, que fue el primer lugar que tuvo presente esta figura. En España el instrumento público es el género y tiene dos especies: una es la escritura pública, que es el documento notarial con contenido negocial; otra es el acta, en la que simplemente se reflejan manifestaciones de voluntad no negociables o se reconocen hechos. Bien; pues por no tener el testamento vital carácter negocial, no se acepta el testamento convencional, porque si fuera testamento en sentido pleno, sería un negocio jurídico *mortis causa*. Por ser simplemente una manifestación de voluntad, se hace en acta notarial en la que la persona física, mayor de edad, manifiesta cuáles son sus deseos para los supuestos de

enfermedad terminal, es decir, para evitar el ensañamiento terapéutico y que únicamente se le dé un tratamiento paliativo. Además, se contempla la posibilidad y es frecuente que la persona física otorgue instrumentos de alguno de estos tipos: este mal llamado testamento vital que es un acta notarial de manifestaciones; otro que es el acta por la que se manifiesta la voluntad de donar o no donar órganos, y un tercero, que es el poder o lo que se llama la auto-designación de la tutela, mediante la cual la propia persona manifiesta quién quiere sea su tutor. Actualmente, en el Ordenamiento jurídico español y en el catalán, porque éste es competencia del Estado, se ha reformado el artículo 1732 de suerte que antes, en España, la incapacitación producía automáticamente la extinción del poder, mientras que ahora sí se ha previsto y aunque la persona, el poderdante haya incurrido en causa de incapacitación, el apoderado puede seguir actuando con ese poder. Esto es una manifestación más de las necesidades que se crean por el hecho de que cada vez vivamos más y de que se alcancen edades de ochenta y noventa años, en algunos casos en perfecto estado mental; pero en otros, enfermedades como el Mal de Parkinson hacen que la persona viva pero que no se halle en plena capacidad.

Esto, como señala el profesor Alpa, de la Universidad “La Sapienza”, exige que el notario no sea una persona que pretenda llevar sus convicciones a las escrituras públicas, porque cada vez más frecuentemente se pueden dar situaciones en las que colisionen directamente la ley con las

convicciones religiosas o morales de uno. En más de la mitad de los testamentos vitales que he autorizado, el texto o contenido era el que aprobó la comisión permanentemente de la Conferencia Episcopal Española, es decir, no están en contra de la moral y doctrina de la Iglesia católica; en los demás, es prácticamente idéntico al que aprobó una comisión de bioética. No suponen de modo alguno manifestaciones que incurran en causa de eutanasia y ninguna de sus manifestaciones activa o pasiva, pero evidentemente pueden jugar con las convicciones de alguno. Esto lo señala Alpa: él se refiere al jurista federal, pero creo que incluso es aplicable a los notarios, con mayor incidencia: el jurista tiene que ser un jurista democrático; no basta ser tolerante con lo ajeno, sino que tenemos la obligación de ser respetuosos (aunque no las compartamos) con esas demandas de instrumentos de autorizaciones que necesariamente el público nos solicitará y que en muchas ocasiones entrarán en colisión con nuestras ideas, por tratarse de situaciones que uno no comparte.

Igual que en el caso de los testamentos vitales, en Cataluña fue un tipo de acta de manifestaciones por la cual se tienen que autorizar escrituras de unión de parejas, de homosexuales. Esta legislación, por cierto, quedará prácticamente sin contenido, si el gobierno central llega a aprobar lo que será el futuro matrimonio, esto es, no la unión o contrato civil, como lo llaman los franceses, sino matrimonio entre parejas del mismo sexo. En tal caso, quedarían sin sentido esas uniones estables en su gran mayoría, dado su contenido. Tiene

que ser necesariamente en escritura pública y con una regulación prácticamente idéntica en sus efectos a lo que es el matrimonio, o sea que se tiene el derecho también, en caso de que se rompa la pareja, a que quien ha sufrido perjuicio por haber dejado el trabajo y dedicarse al hogar, o por tener una actividad y dejarla para trabajar en el negocio del cónyuge, reciba una compensación y si se trata de una unión homosexual, tiene así mismo en la sucesión *ab intestato* los derechos cual si se tratara de un cónyuge.

Otro de los nuevos fenómenos o confines jurídicos señalados por el profesor Alpa es la formación negocial del derecho, es decir: cada vez más (y en Cataluña ya he dicho que es un principio el de libertad civil), los particulares podrán llevar a cabo la autorregulación de sus negocios jurídicos. En el Código civil español existe el artículo 1255, que es aplicable a todo España, por tanto, también a Cataluña. En Cataluña existen dos grandes corrientes, una que considera al Derecho catalán el promulgado por la Generalitat de Cataluña y otra que considera lo es todo el aplicado en Cataluña; por tanto no puede formar un solo cuerpo. Así, la libertad negocial en Cataluña será siempre legislación estatal porque afecta a los contratos y consecuentemente no puede regir la legislación catalana; tampoco en lo que será la constitución de derechos reales. Esto es así: en España se admite el sistema de *numerus apertus*, no existe, pues, un número tasado de derechos reales, sino que las partes pueden crearlos nuevos, algunos autores dicen que en realidad más que crear lo que se hace es modificar el contenido de los ya

existentes. Cuestión distinta es que —como señalaba quien ya fue presidente de las Cortes españolas durante la transición, el catedrático de Derecho civil, Hernández Gil— no exista o prácticamente no haya mente humana que desde los tiempos de la Antigua Roma haya sido capaz de crear un nuevo derecho real, porque algunos que parecen serlo, en realidad solamente son híbridos, manifestaciones o evoluciones de los viejos derechos reales; pero en todo caso, así que sea en materia de obligaciones, sea en materia de derechos reales, el artículo 1255 del código civil, el artículo 2 de la Ley hipotecaria, admiten la libertad de pacto, la libertad de creación de derechos reales; sin embargo, como apunta el profesor Alpa, la nueva sociedad exige que en materia de derechos reales resulte aplicable lo que él llama la deontología: la persona, la autorregulación. En otras palabras: no puede uno pretender que la propia voluntad sea oponible frente a terceros o pueda obligar a éstos; se tendrá que sujetar a unos parámetros para que tales terceros puedan conocer esa situación y sus consecuencias jurídicas. Esto, desde el punto de vista notarial, comporta una trascendencia esencial.

En España, las escrituras se divide, entre otras formas, en lo que se llaman las advertencias y las reservas legales. Como ha señalado un conocido notario, que fue decano del colegio de Barcelona, López Burniol, hoy, la lectura íntegra de la escritura, desde el número hasta el “doy fe”, con la escritura hecha de carrerilla y algunas veces un tanto de prisa, es realmente una burla de la función notarial. No se trata de leer la escritura: como

notarios latinos que somos, se trata de conformar la voluntad.

La persona no tiene por qué saber derecho civil —aunque bien sea que pueda tener nociones vagas—, sino manifestarnos su voluntad. Es el notario quien ha de saber encuadrar (y el notariado catalán siempre ha hecho gala de ello) esa voluntad dentro de las categorías jurídicas. Fue sumamente chocante el caso de una sentencia del Tribunal Supremo español y de un muy conocido notario: éste redactó un testamento por el que constituía una fundación, el Supremo alegó que el documento estaba perfectamente hecho y era perfectamente válido, que sólo un notario de su categoría intelectual podía constituir o redactar una fundación así; sin embargo, terminaba por decir que era evidente que por la propia redacción, y el contenido del testamento, resultaba imposible que la señora —una persona conocida— hubiera podido manifestar ese contenido. Realmente fue una sentencia muy criticada porque, repito, no tiene que recoger, el notariado latino, exclusivamente la voluntad, sino que ha de darle forma y eso es lo que se limitó a hacer el notario.

En esta reserva de advertencias legales, el notario debe estar en evolución permanente adaptando la ley a las nuevas realidades. No es necesario que plasme en escritura estas advertencias, estas reservas legales; pero sí creo necesario que el notario advierta no solamente de esos efectos directos que produce la escritura, que va a producir el instrumento que se autoriza, sino ir mas allá y advertir al cliente de otras posibles consecuencias directas o indirectas, o incluso, como señala

Alpa, de los efectos reflejos que se puedan derivar de esa operación. Me parece que el nuevo siglo nos llama a los notarios a algo más que poner la firma: a emprender una labor verdaderamente ardua y problemática, porque, efectivamente, la asunción de nuevas funciones, la actuación de nuevas realidades, pueden situarnos en el límite de la responsabilidad civil, pues resulta evidente que cuando hay problemas, el primer responsable es el notario, aunque se haya limitado a resolver lo que se haya señalado.

Me parece que entre los confines o nuevos horizontes del derecho civil señalados por el profesor Alpa, se puede incluir algo que aquí se ha mencionado: lo que en los términos ingleses son las ADR, es decir, las alternativas de la resolución alternativa de las disputas o conflictos, consistentes en que en lugar de acudir a la resolución judicial, pues se recurre a la homologación judicial, como apunta el propio Alpa.

Cada vez es más nutrida la tendencia de la gente a resolver sus problemas, sus conflictos al margen de la resolución judicial. Creo que, en este rubro, ya se ha abierto la puerta en España al notariado a cumplir una función esencial, pues una nueva ley de 23 de diciembre de 2003 (o sea que pronto cumplirá un año) derogó a otra anterior que excluía de que pudiera ser árbitro a todo funcionario público que cobrase por arancel, es decir, notarios y registradores de la propiedad. No se nos quiso nombrar expresamente, pero era claro que se refería a los notarios. En cambio, la nueva ley no sólo permite que el notario pueda fungir como árbitro, sino que expresamente permite que

se sometan a arbitraje las cuestiones de derecho de familia y de sucesiones; incluso va más allá: en materia de sucesiones también podrán someterse a arbitraje las diferencias entre los herederos forzosos o los legatarios. Lo de estos últimos es menos importante; pero que se admita el arbitraje de herederos forzosos, en otras palabras: lo que es la legítima, me parece que es en verdad un campo totalmente novedoso para el notario. En suma, el derecho de sucesiones se confiere cuasi-exclusivamente al notariado, de suerte que la declaración de herederos – incluso la de los colaterales– será una función eminentemente notarial.

En terrenos del Derecho de familia, Alpa indica (y vuelvo a repetir que en todo el esquema he seguido la idea del profesor Alpa) que otro gran elemento en el que habrá de estar presente el notario, en esencia, como jurista, es ése por él denominado como de las nuevas familias.

Realmente hoy día ya se ha pasado de la familia institucional, la jerarquizada que nacía del matrimonio y tenía como ideal el interés general de sus integrantes, a la familia contractual, o sea la que no necesariamente nace del matrimonio, sino surge de otros contratos que, como he dicho, la legislación catalana reconoce; tal, el caso de las uniones estables, en las cuales es realmente el notario quien tiene que dar forma a ese matrimonio. De hecho, en las escrituras que yo he autorizado –realmente mínimas: una media docena–, las parejas, los particulares lo único que saben es qué quieren ellos; incluso algunos dicen: “no venimos a contraer matrimonio”, lo que causa una primera

sorpresa, porque eso en España se contrae ante el rito religioso; pero en fin, ellos en su mala expresión sabían lo que querían decir: deseaban formar una unión con idénticos efectos a los del matrimonio, hacer una pareja para la que es el notario quien tiene que saber enfocar cuál es el régimen económico, cuáles van a ser las consecuencias de la extinción; el notario tiene que redactar una escritura de contenido adecuado a esa pareja cuya unión va a formalizarse; pero no solamente está el notario presente al momento de constituirse la pareja de hecho, sino también cuando a dicha pareja se la pone fin, de suerte que una de las ideas que se sostiene para una futura ley de la jurisdicción voluntaria es que la ruptura matrimonial no haya de pasar por el juzgado, sino que baste con la actuación notarial. Dicho de otra manera: se lleva a cabo un convenio regulador –así se llama en España al contrato por cual se pone fin al matrimonio– y se resuelven los problemas. Que baste con otorgar esa escritura de convenio matrimonial en que se formaliza la ruptura, sea de pareja de hecho, sea del matrimonio celebrado ante la iglesia o ante el estado, pues con llevarlo al Ministerio fiscal, si en un plazo que se señala legalmente no manifiesta su oposición, se entiende aprobado.

Otro de los nuevos confines o realidades que tendrá el futuro derecho civil es el de regular las personas cursas en causa de incapacidad que todavía no han sido incapacitadas y a las personas que alcanzan la vejez. Desgraciadamente, por las necesidades sociales de que trabajen ambos cónyuges y de que las viviendas,

cuando menos en España, sean espacios que raramente alcanzan los 90 metros cuadrados, es difícil que las personas mayores convivan. Algunas veces, estas personas realmente se ven en situaciones deplorables, como ser abandonadas y llevadas a centros para personas de la tercera edad, que están allí esperando a que llegue el momento para pasar a mejor vida —y nunca mejor dicho lo de mejor vida—. Empero, a estas situaciones también la legislación catalana ha ofrecido soluciones que eviten que estos centros se conviertan en receptáculos de acumulación de personas; al efecto, y dando al notariado un papel relevante, pues necesariamente ambas situaciones tienen que constituirse por escritura pública, ha regulado lo que son las situaciones convivenciales: en la ley del 28 de diciembre del año 98, regula lo que denomina los contratos de situación convivencial, a diferencia de la pareja de hecho y que es evidente que esa pareja sea heterosexual u homosexual; se une para convivir *more uxorio*, es decir, cual si del matrimonio fuese. Se trata de contratos de convivencia para que personas mayores del mismo sexo o no del mismo sexo puedan convivir. La ley contempla darles un trato fiscal favorable en algunos aspectos, como es la posibilidad de que, si son cuatro o más personas, convivan en la vivienda de uno, o sea que uno que es propietario de la vivienda con una menguada renta, pueda convivir con otro que tiene una renta de la seguridad social mayor que el que no tiene vivienda u otro que está en mejor estado y que puede salir a comprar o cuidarse. Se trata de que sea una convivencia de personas que se ayudan

mutuamente aportando cada una lo que tiene. Así está previsto en la legislación catalana por la citada ley del 28 de diciembre de 1998, que además comprende la posibilidad de que incluso falleciendo el titular de la vivienda, durante seis meses los demás puedan continuar hasta que solucionen su situación.

También regula la figura del acogimiento de personas grandes, igual que en el ordenamiento español, antes que se dé la adopción plena, se está regulando la figura de acogimiento de menores. En esta ley, dos años posterior (29 de diciembre de 2000), regula el acogimiento de personas grandes, esto es, mayores de 65 años que pasan a convivir con una familia; familia que esta ley admite sea una familia matrimonial, no matrimonial o incluso monoparental, siempre que haya una diferencia de 15 años, salvo que este límite de los 15 años se suprime cuando quien ha sido acogido tenga disminuciones físicas o psíquicas; con esto, lo que se trata es que tales personas mayores, si no pueden convivir con sus familiares —en algunos casos porque desgraciadamente prefieran estar en cualquier sitio antes que con su familia, en otros porque no la tengan—, puedan ser acogidas por otra familia: un vecino, un conocido. Realmente celebran un contrato. Me parece que estos marcos ofrecen un futuro mejor a estas personas y que la legislación catalana, nuevamente, unas veces con mayor acierto, otras con menos; unas con mayor aceptación de la ciudadanía, otras con menos, ofrece soluciones, se adelanta a lo que el profesor Alpa llama los nuevos confines del derecho civil.

Vale la pena recordar, como parte

de estas situaciones de protección de los mayores y los discapacitados, que en el año 2003 se ha reformado el Código civil español, para crear la figura del patrimonio ante los discapacitados. Aequitas es una fundación creada por el notariado para promover y llevar ayuda a los necesitados; con gran influjo redactó, ofreció soluciones y el parlamento español ha admitido la figura del patrimonio del discapacitado, o sea que en previsión de que una persona llegue a alcanzar esa circunstancia de incapacitación, sus progenitores o incluso terceras personas puedan aportar bienes a fin de que con ese patrimonio el discapacitado pueda obtener rendimientos. Aún no está claro y lo discute la doctrina, si este patrimonio será inembargable o no, pero en todo caso, sí que es una solución para que el discapacitado tenga un patrimonio y un futuro mejores que el de ahora, en el que es tratado como uno más y en algunos casos con problemas, precisamente por esa situación en la cual se encuentra.

Antes de terminar, deseo referirme a otra figura que enlaza con la transmisión de la herencia y que posiblemente vaya a tener regulación estatal. Recientemente escribí un trabajo doctrinal, para el que ahora soy coordinador sectorial, para ocasión del congreso a celebrar el año próximo en Cataluña sobre el patrimonio. Guarda relación con lo que se conoce ya en el derecho francés y en el alemán, sobre todo en el estadounidense, el *estate planning*, o la planificación anticipada de la sucesión futura. Esto es relevante y lo es en Cataluña porque dicho *estate planning* -o también regulación futura de la transmisión de los

bienes de la herencia-, incluso ya con cierto contenido de presente, porque anticipa una regulación estatal de lo que se llama protocolo familiar, que aspira a ser en vida un conjunto de normas, de principios; un contrato en el que el propietario de un negocio, una empresa o un pequeño establecimiento, establezca como testador (sin ser propiamente un testamento, porque es un contrato entre vivos), de qué modo quiere se nombre el consejo de administración, cómo se transmitan las participaciones o acciones, prevé también un consejo de gobierno de familia, o sea que con independencia de quienes sean los titulares de esas acciones, de quienes integren el trabajo, se establezca en este protocolo familiar esa regulación, en otras palabras, la transmisión propiamente dicha que en tanto no se regule tiene que respetar las reglas de disolución y de titularidad del régimen económico matrimonial; también ha de respetar las reglas del derecho sucesorio y evidentemente las del derecho mercantil, con las restricciones que en el ámbito de las sociedades limitadas hay a la transmisión de participaciones con las de las sociedades anónimas, cuando hay pactos para la transmisión o para el voto. La gran discusión es sobre si este protocolo familiar se podrá imponer cuando exista o si requerirá que se publique, para ser oponible frente a terceros, en el Registro mercantil, la cuestión de la necesaria publicidad levanta cierta oposición.

He de decir que, en realidad, esto en Cataluña es una figura prácticamente muerta; podría, sin embargo, resucitar para resolver estos problemas sucesorios; es lo que se conoce como

los heredamientos. Éstos constituían una figura habitual en Cataluña, por cuyo medio la familia, integrada por tres generaciones, celebraba contrato para la convivencia en común, con restricciones en cuanto a la enajenación para la generación primera, o sea, para los que podemos llamar los abuelos, porque, evidentemente, dado que quienes iban a trabajar y contraían matrimonio, contribuían con su trabajo a la familia, debían de tener la perspectiva de que los progenitores o las personas mayores no enajenaran los bienes y en consecuencia los dejaran sin nada.

De las tres grandes modalidades de heredamientos contempladas y reguladas en el Código de sucesiones catalán, ninguna tiene aplicación práctica, a menos que se las sepa resucitar y modificar parcialmente, toda vez que se presentan algunos inconvenientes, pues esta sucesión de carácter contractual podría dar lugar a soluciones semejantes a las del protocolo familiar, con la gran ventaja del camino ya recorrido y los amplios estudios doctrinales existentes.

El protocolo familiar, aunque sin ésta denominación, ya está contemplado en estos heredamientos. Las dos grandes modalidades son: el heredamiento a favor de los contrayentes, es decir, el que los progenitores o “abuelos” hacen a favor del nuevo matrimonio con diversas modalidades; lo más importante es si hay o no transmisión de presente de parte de los bienes. Normalmente no la hay, desde luego, mucho menos hay transmisión total de presente de los bienes, porque los progenitores quieren reservarse algunos bienes; pero esta modalidad para la transmisión

del negocio, de la empresa, es lo que se llama heredamiento a favor de los hijos de los contrayentes, esto es: el heredamiento en el que el matrimonio establece ya la posibilidad de que el patrimonio que forme a lo largo de su vida pase al hijo, que reúna unas determinadas condiciones o una determinada situación que es lo que se llama el heredamiento a favor de los hijos de los contrayentes puro. Tenemos, por otra parte, la modalidad preventiva, con la cual lo que se desea es prevenir la sucesión intestada y en consecuencia se establecen unas reglas para que, si no se ha previsto el testamento de otra manera, pues se conozca quién no va a heredar, porque hay veces en las que no tanto se quiere que herede la empresa o el negocio familiar un hijo, sino que se quiere justo evitar simplemente que no lo herede en común.

Otra modalidad es la del heredamiento preventivo, con la cual se quiere establecer una preferencia sucesoria, es decir, regular el futuro sucesorio. En Cataluña se dice que el abuelo inicia el negocio, el padre lo consolida y el nieto lo acaba. Con esta modalidad lo que se quiere es establecer reglas que permitan efectivamente contar con cierta garantía, dentro de lo que el futuro es, de que la empresa va a tener una continuidad.

Para concluir, quiero referirme a algo que ni siquiera se ha formado como anteproyecto de ley: la figura del fideicomiso, que con este nombre está regulado en Cataluña, pero que no tiene nada que ver con el fideicomiso de México. Al fideicomiso de Cataluña se le denominaría, en una figura similar mexicana, el patrimonio fiduciario; dicho de otra manera,

no se trataría de una institución para el ámbito sucesorio, sino realmente de una estructura aplicable al ámbito sucesorio a la familia; es, pues, un patrimonio al que se le señala que su función es cumplir una finalidad concreta, no tiene un titular concreto (que en el fideicomiso catalán actual si existe: es el fiduciario). Aquí sería una figura semejante, a medio camino entre el fideicomiso de ustedes y el *trust* anglosajón, o sea que tampoco tendría personalidad jurídica. Al promulgarse el actual Código de sucesiones en 1992, hubo discusiones acerca de que desapareciera el heredamiento, puesto que habían pasado decenios sin que se pactase ninguno. Quién iba a decir que una figura aportada al derecho anglosajón con el protocolo familiar, resucitada y modificando levemente a este heredamiento, iba encontrar soluciones a esta figura jurídica.

