

LA CONTRACTACIÓ AMB ESTRANGERS A CATALUNYA*

Emilio González Bou

Notari de Santa Coloma de Farners

1. PLANTEJAMENT DE LA QÜESTIÓ

Les normes del dret internacional privat han estat sempre aplicades per notaris i registradors per a determinar la llei corresponent a la capacitat de les persones, el règim econòmic matrimonial i la successió per causa de mort, i la possible remissió a una llei estrangera no presentava grans problemes, atès que la immensa majoria d'estrangers que formalitzaven actes o negocis jurídics en el nostre país eren ciutadans d'estats europeus, els quals tenen, tots ells, un ordenament jurídic basat en uns principis fonamentals, jurídics i culturals, comuns.

No obstant això, en els darrers anys s'ha incrementat extraordinàriament l'entrada al nostre país d'emigrants nacionals d'estats africans i asiàtics que tenen institucions jurídiques i conceptes culturals diferents i, fins i tot, en alguns punts, totalment oposats als nostres. En aquests casos, l'aplicació de la llei nacional d'aquestes persones pot provocar conflictes amb els principis inspiradors del dret intern, per la qual cosa els funcionaris públics encarregats d'aplicar les lleis es plantegen la possible contradicció del dret estranger en principi aplicable amb l'ordre públic intern.

Fet aquest plantejament, els assistents al curs sobre dret civil català es poden preguntar quina relació tenen aquests problemes amb el nostre dret propi, ja que són qüestions de dret internacional privat que afecten tots els ordenaments jurídics. La resposta és, precisament, en el fet que el dret català és un ordenament jurídic complet, i quan s'hagi d'emprar el recurs de l'ordre públic o l'interès na-

* Text de la conferència pronunciada per l'autor el dia 16 de desembre de 2003, dins del IV Curs de Dret Civil Català, organitzat per la Societat Catalana d'Estudis Jurídics.

cional per a evitar l'aplicació d'una llei estrangera, s'haurà d'examinar la possible vulneració dels principis bàsics jurídics que inspiren el dret civil català, i no el dret comú, per la qual cosa, doncs, serà necessari fixar el contingut propi de l'ordre públic català en matèria de dret privat i, més concretament, civil.

L'exposició que farà seguirà l'ordre lògic que s'acaba d'exposar i començarà examinant l'aplicació extrajudicial de les normes del dret internacional privat i del dret estranger corresponent, l'ordre públic com a excepció a l'aplicació del dret estranger i la configuració d'un ordre públic català, i posteriorment s'hi plantejaran els problemes pràctics que s'estan produint en els despatxos notariaus quan, en principi, correspon aplicar la llei estrangera, com són el criteri que s'ha de seguir per a determinar la majoria d'edat dels estrangers, l'admissibilitat de les discriminacions entre els hereus per raons de sexe o de religió, les desigualtats conjugals a l'hora d'administrar i disposar dels béns comuns, l'aplicació de les normes sobre protecció de l'habitatge familiar, l'exercici de la pàtria potestat exclusivament pel pare, l'admissibilitat de la poligàmia o les vinculacions hereditàries de béns més enllà del que està permès en la legislació catalana.

2. L'APLICACIÓ DE LES NORMES DEL DRET INTERNACIONAL PRIVAT I DEL DRET ESTRANGER PER NOTARIS I REGISTRADORS

Tradicionalment, el dret internacional privat s'ha estudiat des de la perspectiva de l'aplicació que se n'ha fet en els tribunals de justícia i, en conseqüència, se li ha donat un tractament processal, ignorant la fase negocial prèvia.

Aquest oblit ha implicat necessàriament el d'altres professionals i funcionaris que han estat fonamentals en la formulació actual del dret internacional privat.

Així, doncs, tant notaris com registradors, en la seva tasca de pilars del sistema de seguretat jurídica preventiva i atesa la cada vegada més intensa internacionalització de l'activitat diària de les seves oficines públiques, han creat al llarg dels anys una pràctica jurídica que ha tingut el reflex en les lleis i la jurisprudència sobre dret internacional privat.

El fonament legal de l'aplicació del dret estranger pel notari i el registrador es troba en l'article 12.6 del Codi civil (CC), que estableix que «los Tribunales y autoridades aplicarán de oficio las normas de conflicto del derecho español», les quals poden portar a l'aplicació d'una llei estrangera, possibilitat que també consideren l'article 168 del Reglament notarial, que diu que «la capacidad legal de los extranjeros que otorguen documentos ante Notario español se regirá por su ley personal [...]», i l'article 36 del Reglament hipotecari,

que la pressuposa en regular la manera d'acreditar al registrador «la observancia de las formas y solemnidades extranjeras y la aptitud y capacidad legal necesarias para el acto [...]».

D'altra banda, s'ha de recordar que la doctrina científica ha destacat el caràcter imperatiu de les normes de conflicte, ja que admetre'n el caràcter dispositiu seria tant com deixar l'aplicació de la llei a les mans de les persones interessades i podria provocar que situacions iguals rebessin solucions diferents en l'àmbit d'un mateix ordenament jurídic. El dit caràcter imperatiu s'estableix en el mateix article 12.6 CC, del qual resulta que la norma de conflicte és obligatòria per a l'autoritat, és a dir, per al notari i el registrador, ja que forma part de l'ordenament jurídic nacional, i això pot portar a aplicar obligatòriament la llei material estrangera a la qual es remet la norma de conflicte.¹ Per tant, s'ha de rebutjar la teoria que atribueix a les normes de conflicte caràcter imperatiu quan ordenen l'aplicació d'una llei nacional i caràcter dispositiu quan remeten a una llei estrangera, ja que afavoreix injustificadament el dret nacional i, a més, com diu Fernández Rozas, si el «Notario no aplica de oficio la norma de conflicto española dejaría a la simple voluntad de las partes o a su impericia o mala fe, la determinación del Derecho aplicable, lo que equivaldría a una excesiva interpretación de la función de la voluntad de las partes en D.I.Pr. Sobre todo en materias reguladas imperativamente, salvo que opere la excepción del interés nacional [...]».²

Aquesta referència a l'interès nacional ens porta a l'apartat següent d'aquesta exposició.

3. L'EXCEPCIÓ DE L'INTERÈS NACIONAL O DE L'ORDRE PÚBLIC INTERNACIONAL³

És un principi admès en el dret internacional privat que la llei estrangera a la qual es remeten les normes de conflicte no pot ser aplicada quan sigui con-

1. No obstant això, la remissió al dret estranger no es limita a les normes materials, ja que el Codi civil reconeix en l'article 12.2 el reenviament de primer grau quan diu que «la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española». Aquesta solució ja havia estat acceptada per la Direcció General dels Registres i del Notariat en la Resolució de 30 de juny de 1956.

2. José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, «La aplicación del derecho extranjero por los notarios», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tom XXXV, p. 191.

3. Del que es tracta aquí és de l'ordre públic internacional, considerat una excepció al funcionament normal de la norma de conflicte quan es remet a una llei estrangera incompatible amb l'ordenament jurídic intern; en conseqüència, es distingeix de l'ordre públic intern, de caire policial o administratiu.

trària als principis fonamentals que informen l'ordenament jurídic del país. Així, tradicionalment s'han posat com a exemple d'institucions jurídiques que no serien en cap cas admissibles en un país occidental, l'esclavatge, la poligàmia i les discriminacions per raó de sexe o de religió, si bé és també possible que l'excepció de l'ordre públic pugui actuar també entre països d'una mateixa cultura i civilització en qüestions com el divorci⁴ o les vinculacions perpètuas de béns immobles.

No obstant això, el problema és que en aquesta qüestió ens movem amb molta inseguretat, ja que és difícil precisar i delimitar el contingut de l'ordre públic, tenint en compte que varia en funció de les circumstàncies jurídiques, polítiques, socials i econòmiques del país, raó per la qual una institució jurídica que avui es considera inacceptable pot ser admesa en el futur.⁵

El cert és que en aquest tema és necessari combinar convenientment la protecció dels principis jurídics bàsics de l'ordenament jurídic propi amb la necessitat d'evitar interpretacions que afavoreixin l'aplicació sistemàtica de la llei interna del país sense més raó que la de tenir aquesta procedència, i per a assolir aquest punt d'equilibri crec que s'ha d'estudiar el problema des de la perspectiva estrictament jurídica, és a dir, desvinculada de tota consideració política, en la mesura que la solució que es doni serà procedent en tot cas, amb independència de si el dret estranger aplicable és el d'un estat de la nostra mateixa arrel cultural o no.

També s'ha de tenir en compte que del que s'acaba de dir es dedueix que, quan no sigui possible aplicar el dret estranger cridat per la norma de conflicte pel fet de ser contrari a l'ordre públic, serà d'aplicació, com ha declarat el Tribunal Suprem (TS), la llei material espanyola, que té una competència residual o general per a regular qüestions de dret privat plantejades davant dels tribunals i les autoritats espanyoles, proporcionant així un criteri de seguretat jurídica.⁶

D'altra banda, també hem de destacar que, en aquells països on hi ha diverses unitats polítiques amb dret civil propi, s'haurà de considerar l'existència d'un ordre públic general i un altre de particular per a cadascun dels drets civils existents, de manera que el concepte d'*ordre públic* o *interès nacional* no és, en rea-

4. Pensem en el cas espanyol, que no el va acceptar fins a la Llei de 7 de juliol de 1981.

5. La Sentència del TS de 5 d'abril de 1966 va definir l'ordre públic internacional com «el conjunto de principios jurídicos, públicos y privados, políticos, económicos, morales e incluso religiosos, que son absolutamente obligatorios para la conservación del orden social en un pueblo y en una época determinada». En el mateix sentit, vegeu la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 6 d'abril de 1979.

6. Vegeu, en aquest sentit, les sentències de 23 de març de 1994, 11 de maig de 1989, 13 de febrer de 1974, 12 de març de 1970, 29 de setembre de 1961, 16 d'octubre de 1940, etc.

litat, un concepte polític propi dels estats, sinó un concepte jurídic que, com a tal, és propi de tot ordenament jurídic complet, amb independència que el territori al qual s'aplica gaudeixi o no d'una estructura política estatal, qüestió que ens introdueix en el punt següent que s'ha de tractar.

4. L'ORDRE PÚBLIC DEL DRET CIVIL CATALÀ

Per a parlar d'un ordre públic català és necessari afirmar, prèviament, l'existència d'un dret civil català configurat com un ordenament jurídic complet, capaç d'autointegrar-se. En aquest sentit hem de recordar la història recent del nostre dret.

El Congrés Nacional de Dret Civil, que es va celebrar a Saragossa del dia 3 al dia 9 d'octubre de 1946, va posar de manifest la necessitat d'aclarir la situació del dret foral amb la finalitat d'obtenir, en un futur, la unificació del dret civil espanyol mitjançant un codi unitari. Les conclusions d'aquest congrés provocaren la promulgació del Decret de 23 de maig de 1947, que ordenava compilar els diferents drets forals existents, com a primer pas per al futur codi civil únic, la qual cosa suposava veure en les compilacions un mecanisme transitori i excepcional que tan sols era admissible en la mesura que contribuís a aquest objectiu, que no es va arribar a assolir mai.

Tenint present això, no és estrany que la filosofia i la tècnica compiladores no agradessin als foralistes, ja que significaven limitar-se a recollir sistemàticament el dret vigent en cada territori i exclusivament aquelles institucions que fossin realment dret viu, sense cap possibilitat de desenvolupament o innovació. S'imposava com a obligatòria la crida al Codi civil com a dret supletori; i l'objectiu final era la desaparició del dret foral i la promulgació d'un codi civil espanyol únic per a tots els territoris.

Per això, els juristes dels territoris forals no consideraven les compilacions un sistema adient per a la conservació i el desenvolupament dels seus drets, raó per la qual en la pràctica es va produir un efecte diferent del que es pretenia, ja que les compilacions mai no van servir per a facilitar el camí cap al codi civil únic, ans al contrari, van anar adquirint importància, substantivitat i autonomia jurídica, i, paral·lelament, es va consolidar la idea que els drets forals eren ordenaments jurídics propis de cada territori, amb el seu sistema de fonts i els seus mecanismes d'autointegració, fet que es va reconèixer legalment en la reforma del títol preliminar del Codi civil de 1974, l'article 13.2 del qual va establir que, respecte als drets especials o forals de les províncies o territoris en què estiguessin vigents, «regirá el Código civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas, según sus normas especiales».

Amb aquesta reforma, el legislador reconeixia oficialment l'existència de diferents ordenaments jurídics a Espanya, cadascun d'ells vigent en el seu territori respectiu. Aquesta concepció va tenir la seva consagració definitiva amb l'establiment de l'Estat de les autonomies per la Constitució de 1978, amb la qual cosa s'abandonaven definitivament la idea d'un codi civil unitari i la distinció entre un dret civil comú o general i uns drets especials, ja que segons la Constitució tots els ordenaments civils es consideren en estricta igualtat, cadascun en l'àmbit de la seva respectiva competència.

A la vista d'aquesta evolució, podem dir que la Constitució va suposar, des d'un punt de vista formal, el ple reconeixement del dret foral i la possibilitat no tan sols de conservar-lo, sinó també de modificar-lo i desenvolupar-lo (art. 149.1.8 CE), atès que va permetre als parlaments autonòmics legislar sobre la matèria civil que fos de la seva competència.

El que passa és que la redacció de l'article 149.1.8 CE no és clara i les sentències del Tribunal Constitucional sobre les competències de les comunitats autònomes en dret civil no van aclarir els dubtes interpretatius existents, que poden resumir-se en quatre teories sobre l'abast de les dites competències:

a) Solament és possible legislar sobre el contingut de les compilacions vigents en el moment en què va entrar en vigor la Constitució.

b) Es pot legislar sobre tota la matèria civil, ja que tot el dret que s'aplica en un territori és propi d'aquest i no és necessari que estigui prèviament reconegut en les compilacions.

c) La legislació autonòmica es pot referir a les institucions reconegudes en les compilacions, al seu sistema de fonts i als principis que les inspiren.

d) Les autonomies poden legislar sobre tot el contingut del dret civil, llevat de les matèries que formen part del títol preliminar del Codi civil espanyol i les reservades a la competència de l'Estat per l'article 149.1.8 CE, ja que es tracta de qüestions que són de dret general, i no pròpiament de dret civil, i que configuren el marc jurídic unitari per a tot l'Estat.

El cert és que els parlaments autonòmics han acollit la segona teoria; entre aquests, destaca el de Catalunya, que ha optat per fer ús de la seva competència legislativa abastant tot el dret civil, mentre que el Govern de l'Estat ha optat per fer interpretacions més restrictives, que l'han portat a presentar recursos d'inconstitucionalitat contra la Llei de fundacions de 1981, la de filiacions de 1992, la d'accessió i ocupació de 2001, la de drets reals de garantia de 2002 i, més recentment, contra el Codi civil de Catalunya aprovat per la Llei del Parlament de Catalunya 29/2002, de 30 de desembre, independentment d'altres recursos retirats abans de la seva resolució.

No és estrany que el Govern de l'Estat hagi presentat un recurs contra el Codi civil de Catalunya en la situació política existent, però convé no introduir consideracions polítiques en qüestions purament jurídiques. El Codi, en definitiva, no és més que el punt final de l'evolució del dret foral català, que ha passat de ser quelcom excepcional i transitori a configurar-se com un ordenament jurídic complet, capaç de modificar-se, desenvolupar-se i autointegrar-se. Per això, negar la possibilitat que els parlaments de les comunitats autònomes amb competències en dret civil pugin codificar, suposa tornar a la concepció del dret foral com a apèndix subordinat a un dret comú principal, la qual cosa és totalment inacceptable.

D'altra banda, la tècnica del Codi adoptada pel legislador català no suposa per si mateixa cap atemptat contra l'ordre constitucional, ni per aquest aspecte de tècnica legislativa pot limitar-se la capacitat legislativa del Parlament català en matèria civil. El que passa és que la qüestió pot traslladar-se llavors a allò que s'entén per *matèria civil*. Abans m'he referit a la teoria que exclouïa de la matèria civil el contingut del títol preliminar del Codi civil espanyol i les matèries reservades a l'Estat per l'article 149.1.8 CE, i sembla evident que, en funció de la interpretació que es doni a les expressions «aplicación y eficacia de las normas jurídicas» o «bases de las obligaciones contractuales», les competències legislatives autonòmiques poden resultar afectades.

El legislador autonòmic optarà per la interpretació més extensiva possible de les seves competències, que li permetrà legislar sobre totes les qüestions de dret civil sempre que es limitin a l'àmbit de les seves pròpies normes, de manera que solament considerarà que són de competència estatal quan afectin les relacions entre ciutadans de diferents comunitats autònomes. En canvi, el Govern de l'Estat pot considerar que aquesta interpretació suposa una ruptura de l'ordenament jurídic general, i intentarà en aquest cas establir unes normes bàsiques comunes unitàries per a tot el territori espanyol.

En qualsevol cas, encara que el Tribunal Constitucional considerés inconstitucional el Codi civil de Catalunya, l'existència de la Compilació i d'una sèrie de lleis particulars sobre les qüestions més diverses del dret civil configura el dret català com un sistema jurídic autònom i complet en aquelles matèries regulades, capaç de desenvolupar-se i d'autointegrar-se, i, com a tal ordenament jurídic, està inspirat en uns principis jurídics bàsics que configuren l'ordre públic internacional del dret català, que en molts aspectes serà igual que el del dret comú, però que en aspectes concrets tindrà unes normes específiques. Així, quan es parli de límits d'edat, de funcionament de la pàtria potestat, de disposició de l'habitatge matrimonial o comú, o de les vinculacions successòries de béns hereditaris, entre d'altres qüestions, s'hauran d'aplicar els principis que es deriven de la Com-

pilació, del Codi de família o del Codi de successions, i no pas els que derivin del Codi civil espanyol.

Des d'aquesta perspectiva, considero que els principis i les normes configuradores de l'ordre públic internacional propi del dret civil català són les següents:

4.1. FIXACIÓ DELS LÍMITS D'EDAT PER A DETERMINAR LA CAPACITAT D'OBRRAR

L'article 12 CE estableix la majoria d'edat als divuit anys i la legislació catalana respecta aquest límit, però fixa uns límits especials per a testar (l'art. 104 CS diu que són incapaços per a testar els menors de catorze anys), per reconèixer fills no matrimonials (l'art. 95 CF diu que tenen capacitat els majors de catorze anys), per a adoptar (l'art. 115 CF exigeix tenir més de vint-i-cinc anys i com a mínim catorze més que la persona adoptada) i per a consentir actes d'administració extraordinària que hagin de fer els pares com a representants legals (l'art. 153 CF permet prestar aquest consentiment als majors de setze anys).

4.2. PRINCIPI D'IGUALTAT

No es permet cap discriminació per raó de naixement, raça, sexe o religió, com estableix l'article 14 CE, raó per la qual:

a) Tots els fills tenen els mateixos drets (art. 39 CE), principi recollit en el Codi de successions pels articles 9 amb caràcter general, 330 per a la successió intestada i 352 per a la llegítima, i per l'article 113 CF, que estableix els efectes de la filiació.

b) Els homes i les dones tenen els mateixos drets, segons el que estableixen els articles 1, 2, 3 i 9 del Codi de família per als matrimonis, i 1, 3 i 11 de la Llei d'unions estables de parella (LUEP) per a aquestes situacions, i no s'admet cap tipus d'unió, matrimonial o de fet, que no sigui la de parella.

c) Pare i mare tenen els mateixos drets i les mateixes obligacions com a titulars de la pàtria potestat, segons el que disposa el Codi de família en els articles 137, que ordena el principi de l'exercici conjunt de la potestat, 143, que imposa als dos progenitors els deures de la potestat, i 147, que estableix per a pare i mare el mateix règim d'exercici de l'administració.

4.3. PRINCIPI DE PROTECCIÓ DE L'HABITATGE FAMILIAR O COMÚ

L'article 47 CE reconeix el dret a gaudir d'un habitatge digne i adequat, i l'article 9 CF estableix que «amb independència de quin sigui el règim econòmic matrimonial aplicable, el cònjuge titular, sense el consentiment de l'altre, no pot dur a terme cap acte d'alienació, gravamen o, en general, de disposició del seu dret en l'habitatge familiar o en els mobles d'ús ordinari que en comprometi l'ús, encara que es refereixi a quotes indivises.⁷ Aquest consentiment no es pot excloure per pacte ni atorgar-se amb caràcter general. Si manca el consentiment, el jutge o jutgessa pot autoritzar l'acte, atès l'interès de la família o si hi concorre una altra causa justa», i l'article 11 LUEP estableix que «1. El convivent titular de l'habitatge comú o dels mobles d'ús ordinari no en pot portar a terme cap acte d'alienació, de gravamen o, en general, de disposició del seu dret que en comprometi l'ús sense el consentiment de l'altre o, si hi manca, de l'autorització judicial. 2. L'acte efectuat sense consentiment o sense l'autorització prescrita per l'apartat 1 és anul·lable a instància de l'altre convivent en el termini de quatre anys des que en tingui coneixement o des que s'inscriuï en el Registre de la Propietat.»

4.4. PRINCIPI DE PROTECCIÓ DELS DRETS I INTERESSOS DELS MENORS D'EDAT I DELS INCAPAÇOS

El principi de protecció dels drets i interessos dels menors d'edat i dels incapaços es deriva amb caràcter general de l'article 39 CE, que ordena als poders públics assegurar la protecció integral dels fills. Aquest principi inspira tota la regulació de la pàtria potestat i la tutela que fa el Codi de família i es manifesta especialment en els articles 151 i 212 CF, els quals estableixen determinats actes i negocis jurídics de caràcter extraordinari per als quals els pares i tutors necessiten autorització judicial per a dur-los a terme.

A més, en el cas de la pàtria potestat, l'article 153 CF admet que l'autorització judicial pot ésser substituïda pel consentiment de l'acte, manifestat en escriptura pública del fill o la filla, si té almenys setze anys, o dels dos parents més pròxims del fill o la filla, en la forma establerta per l'article 138.2, sens perjudici que no és necessària cap autorització si es tracta de béns adquirits pel menor per donació o a títol successori, si el donant o el causant l'han

7. En aquest punt de l'exigència també del consentiment del cònjuge no titular per a disposar de quotes indivises, aquest precepte es diferencia de l'article 1320 CC, que no fa cap referència a aquest supòsit.

exclosa expressament. Es tracta de tres excepcions que deriven del principi de respecte a la personalitat i la voluntat del menor a partir d'aquella edat, del reconeixement de la família com la base mateixa de la societat catalana i del principi de respecte absolut a la voluntat del causant o disponent a títol gratuït.

4.5. PRINCIPI DE PROHIBICIÓ DE LES VINCULACIONS PERPÈTUES DE BÉNS IMMOBLES

No és moment ara per a recordar el procés desamortitzador de les terres que va tenir lloc a Espanya en el segle XIX i que va marcar tot el procés codificador, però sí que cal assenyalar que el mateix criteri contrari a les vinculacions perpètuas o indefinides ha regit tradicionalment a Catalunya. Així, l'article 204 del Codi de successions estableix el límit de validesa de la substitució fideïcomissària a la segona generació o crida, segons que es tracti de fideïcomisos familiars o no familiars.

D'altra banda, l'article 38 CE protegeix l'economia de mercat, amb la qual són incompatibles les vinculacions perpètuas.

5. EL PROBLEMA DE LA CAPACITAT DELS ESTRANGERS PER A CONTRACTAR

5.1. LA MAJORIA D'EDAT

Fa temps que entre els notaris s'està comentant el problema que es planteja en apreciar la majoria d'edat d'emigrants nacionals d'altres països, atesa la redacció dels articles 10.8 CC i 11 del Conveni de Roma de 19 de juny de 1980, fins al punt que el meu company de professió Ignacio Goma Lanzón⁸ ha formulat una consulta a la Direcció General dels Registres i del Notariat que està pendent de resolució i que pregunta sobre la vigència del precepte esmentat del Codi civil a la vista del tractat internacional ressenyat.

8. Les reflexions que es fan aquí han estat debatudes amb diversos notaris i registradors, si bé la seva sistematització i proposta de solució han estat formulades per I. GOMA LANZÓN en l'article «¿Está vigente el artículo 10.8 del Código civil? (El marroquí de diecinueve años y su vivienda en propiedad)», *La Notaria*, núm. 11-12 (2002), p. 57 i seg.

Del que es tracta és de donar resposta a la pregunta de si un estranger menor d'edat segons la seva llei personal,⁹ però major de divuit anys i, en conseqüència, major d'edat segons la llei espanyola, pot atorgar per si sol vàlidament a Espanya actes i negocis jurídics.

La qüestió, d'altra banda, té també transcendència en l'àmbit del dret català, ja que el límit de la majoria d'edat està fixat per la Constitució en els divuit anys i és, per tant, també el propi del nostre dret.

5.1.1. *Els articles 9.1 i 10.8 CC*

La solució a la qüestió plantejada, la donen, en principi, l'article 9.1 CC, que estableix que la capacitat de les persones es regirà per la seva llei nacional, i l'excepció establerta en l'article 10.8 CC, que diu que «serán válidos, a efectos del ordenamiento jurídico español, los **contratos onerosos** celebrados en **España** por extranjero incapaz según su ley nacional, si la causa de incapacidad **no estuviere reconocida** en la legislación española. Esta regla no se aplicará a los contratos relativos a inmuebles situados en el extranjero». En els casos als quals es refereix aquest article no serà aplicable la llei personal de l'estranger, sinó l'espanyola, i els requisits són tres: que es tracti de contractes onerosos, que s'atorguin a Espanya, per a nosaltres a Catalunya, i que la causa de la incapacitat no estigui reconeguda en la legislació espanyola, o, en el nostre cas, en la catalana.

El requisit de l'onerositat exclou tot tipus de negoci gratuït i/o per causa de mort, i és important destacar que no es vincula a la bona o mala fe del contractant capaç.

El tercer requisit és el que presenta més problemes, ja que l'exigència que la causa de la incapacitat no estigui reconeguda en la llei catalana es pot interpretar de dues maneres diferents.

En un sentit gramatical estricte, s'estaria referint a causes d'incapacitat no admeses per la nostra llei, com ara les derivades del sexe o la religió, és a dir, a institucions desconegudes per la nostra llei. A aquesta interpretació, se li pot criticar que l'excepció de l'ordre públic establerta en l'article 12.3 CC està pensada per a aquestes institucions desconegudes i que l'article 10.8 CC ha de tenir un abast més gran.

Per això, enfront de la interpretació anterior, tenim la que considera que l'article 10.8 CC es refereix també a la causa d'incapacitat regulada per la nos-

9. Goma Lanzón assenyalava que al Marroc la majoria d'edat se situa en els 20 anys, i a l'Argentina, al Camerún, a Ruanda, al Senegal i a Ghana, en els 21 anys. I. GOMA LANZÓN, «¿Está vigente [...]?», p. 57, nota a peu de pàgina.

tra llei però de manera diferent. Així, doncs, si bé la majoria d'edat està regulada en totes les legislacions, el límit d'aquesta aplicable seria el dels divuit anys establert per les nostres lleis, i no l'establert per la llei nacional de l'estranger que contracta onerosament a Espanya.¹⁰

Aquesta segona interpretació, a part del suport doctrinal que té, és sens dubte la més pràctica i operativa, i la que va adoptar la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 4 de març de 1981. En el cas resolt, el notari entenia que el negoci oneros formalitzat per un estranger capaç d'acord amb la llei espanyola era vàlid perquè així ho establí el Codi civil, mentre que el registrador creia necessària la intervenció del jutge per a determinar si es podia disculpar el desconeixement de la incapacitat de l'estranger per part de la persona amb la qual contractava. En definitiva, el notari partia de la validesa del contracte segons la llei espanyola i el registrador el considerava nul fins que l'autoritat judicial no es pronunciés sobre la procedència o no de l'excepció de l'interès nacional establerta en l'article 10.8 CC.

La Direcció General va acollir la tesi del notari i va entendre que, sens perjudici del principi general que la capacitat es regeix per la llei nacional, el Codi civil «ha introducido una importante excepción a este principio general en el art. 10.8 al objeto de procurar una mayor protección de la seguridad de la contratación y del tráfico jurídico ya que ordena se aplique la ley española cuando concurren las circunstancias señaladas», i va afegir que el Codi civil «no ha hecho sino seguir las modernas orientaciones y enseñanzas del Derecho Comparado, y si bien las diferentes legislaciones pueden ofrecer un alcance y unos presupuestos de aplicación distintos, coinciden siempre todas ellas en la competencia de la ley territorial». En definitiva, la Direcció General va considerar que, quan es donin les circumstàncies de l'article 10.8 CC, tant els notaris com els registradors poden aplicar directament la llei comuna o foral corresponent, sense necessitat que un jutge consideri aplicable l'excepció de l'interès nacional establerta en aquest article, i que la norma és aplicable amb independència de la bona o mala fe de l'altre contractant, ja que es tracta d'una norma objectiva de protecció del tràfic jurídic que estableix que s'ha d'aplicar a la capacitat dels contractants la llei espanyola, com a llei del lloc de celebració del contracte.

En aquesta línia trobem també l'article 168, quarta regla, del Reglament notarial, redactat per la reforma aprovada pel Reial decret 1209/1984, de 8 de

10. En aquest sentit, vegeu I. GOMA LANZÓN, «¿Está vigente [...]?», p. 60, i Alfonso-Luis CALVO CARAVACA, «Comentarios al Código civil y compilaciones forales», tom I, vol. 2, Edersa, 1995, p. 722 i seg., que cita també a A. Remiro Brotons.

juny, i que diu: «La capacidad legal de los extranjeros que otorguen documentos ante Notario español, si éste no la conociere, se acreditará por certificación del Cónsul general o, en su defecto, del representante diplomático de su país en España. Cuando se den los supuestos del número 8 del artículo 10 del Código Civil la capacidad de los extranjeros se calificará por el Notario con arreglo a la ley española [...]»

Així, i resumint, segons els articles 10.8 CC i 168.4 del Reglament notarial, i la doctrina de la Direcció General dels Registres i del Notariat, la compra-venda i la hipoteca atorgades per un marroquí de divuit anys a Catalunya serien vàlides, perquè, segons la llei vigent a Catalunya, és major d'edat.

D'altra banda, s'ha de dir també que aquesta regla és la que en la pràctica han estat aplicant notaris i registradors des de les dites resolució i reforma del Reglament notarial de 1984, atès que presenta uns avantatges evidents des de la perspectiva de la seguretat i la celeritat del tràfic jurídic.

5.1.2. *El Conveni de Roma de 19 de juny de 1980*

Espanya va firmar el dia 18 de maig de 1992 el conveni d'adhesió d'Espanya i Portugal al Conveni de Roma sobre la llei aplicable a les obligacions contractuals, de 19 de juny de 1980, el va ratificar el 2 de juny de 1993 i el va posar en vigor l'1 de setembre de 1993.

Aquest conveni té dues característiques que incideixen de ple en el tema que ara ens ocupa. La primera és l'eficàcia universal, és a dir, *erga omnes*, que el Conveni té, ja que el seu article 2 diu que «la ley designada por el presente Convenio se aplicará incluso si tal ley es la de un Estado no contratante», és a dir, no només s'aplicarà la llei d'un estat comunitari que encara no sigui part en el Conveni, sinó que també s'haurà d'aplicar la llei designada per les normes de conflicte encara que correspongui a un estat tercer que no sigui comunitari. Per això, Alegria Borràs destaca que «lo importante era la entrada en vigor para España, con indiferencia de la actuación posterior de los otros Estados, puesto que el efecto no es inter partes. De esta forma, pues, el Convenio de Roma produce efectos generales, en cuanto deja de aplicarse el artículo 10.5 del Código y otras normas del art. 10, así como los mecanismos generales de aplicación en relación a las materias incluidas».¹¹

11. Alegria BORRÁS RODRÍGUEZ, «La aplicación en España del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tom XXXIV, p. 270.

La segona característica que interessa destacar és que el Conveni té per objecte els conflictes de lleis relatius a obligacions contractuals, si bé l'article 1.2 exclou una sèrie de matèries, entre aquestes les relatives al «estado civil y capacidad de las personas físicas, salvo lo dispuesto en el art. 11», segons el qual «en los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la Ley de ese país sólo podrán invocar su incapacidad resultante de otra Ley si, en el momento de la celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de imprudencia por su parte».

Aquest precepte segueix mantenint l'excepció de l'interès nacional, però fa una regulació diferent de la de l'article 10.8 CC, ja que no estableix una norma d'eficàcia directa aplicable amb independència de la bona o mala fe dels contractants, sinó que, contràriament, qui contracti amb una persona capaç segons la llei del país on es trobi, però incapaç segons la seva llei personal, pot veure com el contracte resulta nul si coneixia aquesta incapacitat o la va ignorar per imprudència per part seva, de manera que l'eficàcia dels contractes ja no s'estableix de manera indubtable basant-se en l'aplicació de la llei del país on es troben els contractants, sinó que depèn de la bona o mala fe de qui contracta amb l'incapaç segons la seva llei personal, solució que obre la porta a la intervenció judicial i dificulta el tràfic jurídic, ja que la incapacitat és invocable per la persona incapaç segons la seva llei personal i el contracte podrà ser declarat nul si es demostra que el contractant capaç coneixia la incapacitat o, en funció de les circumstàncies, l'hagués pogut conèixer emprant una diligència objectivament normal.

Les diferències, però, no es limiten a la manera en què actua l'excepció de l'interès públic, ja que, com diu Goma Lanzón,¹² «si bien mantiene el requisito de que el contrato se celebre entre personas que se encuentren en un mismo país, es en cambio más amplio en algunos extremos y más restrictivo en otros. En efecto, es más amplio en la concepción de la incapacidad, porque ya no habla de que la causa de incapacidad no esté reconocida en la ley sino en general de incapacidad según otra ley, lo que incluye tanto que no se conozca la causa como que sea más restrictiva. Y también más amplio en cuanto al contrato contemplado pues no lo limita a los contratos onerosos. Es en cambio más restrictivo en cuanto a los sujetos, porque los limita a las personas físicas, al menos literalmente, y en cuanto a la aptitud que ha de tener el contratante capaz pues se le exige que desconozca tal incapacidad y que no la haya ignorado por imprudencia».

A l'efecte pràctic, en el cas dit anteriorment del marroquí de divuit anys que compra un pis i tot seguit constitueix una hipoteca, l'aplicació de l'article 11

12. En aquest sentit, vegeu I. GOMA LANZÓN, «¿Está vigente [...]?», p. 62.

del Conveni de Roma implicaria que el notari hauria de denegar l'autorització de les escriptures, atès que es tractaria d'un menor d'edat i no seria possible acollir-se a l'excepció de la bona fe en el contractant capaç que resulta de l'article 11 del Conveni, ja que en les escriptures públiques el notari ha d'assegurar-se obligatòriament de la capacitat dels atorgants d'acord amb la seva llei personal, i, si l'ignora, s'haurà d'acreditar mitjançant la certificació consular o diplomàtica prevista en l'article 168.4 RN. Per tant, aquesta intervenció notarial farà que mai no sigui possible que el contractant capaç invoqui la bona fe, de manera que aquesta excepció limitarà el seu camp d'actuació a la contractació privada.

D'altra banda, s'ha de destacar que el recurs permanent a les certificacions consulars o diplomàtiques pot provocar un indubtable alentiment del tràfic jurídic.

També crec important destacar que l'article 11 del Conveni de Roma, quan es refereix a les persones físiques, ho fa per a referir-se al contractant al qual afecta la causa d'incapacitat segons la seva llei personal, però no és necessari que tots els contractants ho siguin. Si ens fixem en la redacció de l'article, veurem que comença referint-se a «los contratos celebrados entre personas», sense fer cap distinció entre persones físiques i persones jurídiques, i que quan es refereix a «las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la Ley de ese país», s'està referint a un dels contractants, que forçosament haurà de ser una persona física per a poder al·legar la causa d'incapacitat segons la seva llei personal, però això no vol dir que tots els contractants hagin de ser persones físiques. Per tant, l'article 11 del Conveni de Roma serà aplicable encara que les altres parts siguin una persona jurídica.¹³

El problema, no obstant això, rau realment a determinar si el dit conveni ha derogat, almenys en part, l'article 10.8 CC.

5.1.3. Àmbit d'actuació dels articles 10.8 CC i 11 del Conveni de Roma

Per a Fernández Rozas,¹⁴ «el contorno de aplicación *ratione materiae* del artículo 10.8 del Código civil ha quedado seriamente reducido tras la entrada en vigor del Convenio de Roma de 1980 y, en particular, su artículo 11», i, amb ell,

13. I. Goma Lanzón no és d'aquesta opinió i diu que «en cuanto al préstamo hipotecario otorgado entre una entidad de crédito y el menor extranjero, literalmente habría que entender que es anulable sin más porque el artículo 11 se limita a los contratos celebrados por las personas físicas. Y piénsese en la posibilidad, no tan remota, de que, encontrándose en trance de ejecución la hipoteca, fuese alegada por el avisado deudor su minoría de edad.» I. GOMA LANZÓN, «¿Está vigente [...]?», p. 63.

14. I. GOMA LANZÓN, «¿Está vigente [...]?», p. 194.

la majoria de la doctrina¹⁵ considera que en la contractació sobre immobles situats al nostre país s'ha d'aplicar l'article 11 del Coveni de Roma.

No obstant això, aquesta interpretació té el problema que comporta la introducció d'un element d'inseguretat en el tràfic jurídic quan intervinguin estrangers, ja que, quan es tracti de contractes privats, aquests podran ser anul·lats per l'incapaç sempre que el comprador conegués la falta de capacitat o no hagués estat diligent en la indagació de la capacitat de l'altre contractant; i quan es tracti de contractes formalitzats en una escriptura pública, el notari haurà de paralitzar l'autorització fins a l'obtenció de la documentació que exigeix l'article 168.4 RN.

En canvi, la solució que ofereixen els articles 10.8 CC i 168.4 RN d'aplicar directament la llei espanyola té, com deia la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 4 de març de 1981, la virtut de procurar una major protecció de la seguretat de la contractació i del tràfic jurídic.

El cert és que el Coveni de Roma és un tractat internacional d'aplicació a tot el territori espanyol, en la mesura que va passar a formar part de l'ordenament intern des de la seva publicació oficial, per aplicació del que disposa l'article 95 de la Constitució espanyola, i, encara que no té el caràcter de dret comunitari, per la qual cosa no té una jerarquia especial ni gaudeix dels efectes dels principis de primàcia i d'exclusió, es tracta d'una norma posterior a l'article 10.8 CC i, per tant, en principi el derogaria en tot allò que li fos contrari.

Ara bé, Goma Lanzón obre la porta a una interpretació conciliadora d'ambdós preceptes quan diu que «no obstante, la inseguridad jurídica y el choque con la tradición jurídica española que supondría una interpretación derogatoria del art. 10.8 podría abonar una interpretación conservadora de ésta que podría basarse en el binomio ley especial-ley general, de tal manera que se pudiera entender que el artículo 11 del Convenio, por tener un ámbito más amplio, no deroga sino que respeta el artículo 10.8 que tiene un ámbito de aplicación más restringido [los contratos onerosos]».

En aquest sentit, crec que és fonamental advertir que l'article 1.2 del Coveni de Roma exclou del seu àmbit, com hem vist, l'estat civil i la capacitat de les persones, llevat del que disposa l'article 11, i que l'article 10.8 CC és, per a la Direcció General dels Registres i del Notariat, una norma de conflicte especial per als contractes onerosos que aplica a la capacitat dels contractants la llei espanyola, o la catalana en el nostre cas, com a llei del lloc de

15. Carrascosa González considera que l'article 10.8 CC ha quedat desactivat; Calvo Caravaca, que solament serà aplicable en els pocs supòsits no coberts pel Coveni de Roma; i Fernández Rozas i Sánchez Lorenzo, que ha quedat substituït.

celebració. D'aquesta manera, l'article 10.8 CC es configura com una norma de conflicte que, més que referir-se als contractes, regula un supòsit concret de la capacitat de les persones, establint una excepció per als contractes onerosos. Així, si es considera que l'article 10.8 CC és una norma especial sobre la capacitat, queda exclosa del Conveni per aplicació de l'article 1.2 i el Conveni queda respectat. I pel que fa a l'excepció de l'interès nacional que recull l'article 11 del Conveni, podríem dir, amb Goma Lanzón, que la seva virtualitat seria la de generalitzar l'excepció de l'interès nacional a tots els països, sens perjudici que a Espanya tingués un tractament específic i més protector del tràfic en els contractes onerosos.¹⁶

D'altra banda, s'ha de tenir en compte que és fonamental mantenir vigent l'article 10.8 CC per a evitar que la persona de bona fe que contracta amb una altra creient que és capaç perquè així ho estableix la llei espanyola, pugui veure el contracte impugnat per l'altre contractant si és menor d'edat segons la seva llei nacional. Amb aquesta norma es protegeix la seguretat del tràfic jurídic, que és un principi que forma part del nostre ordre públic econòmic, ja que la seguretat jurídica és fonamental per al funcionament correcte de l'economia de mercat, emparada per l'article 38 de la Constitució espanyola.¹⁷

5.2. ALTRES CAUSES D'INCAPACITAT

Per aplicació dels articles 10.8 i 12.3 CC s'hauran de rebutjar les causes d'incapacitat basades en raons religioses, de sexe o de filiació, ja que aquestes són contràries a l'ordre públic català, que té com a principi fonamental la igualtat entre les persones, com s'ha dit anteriorment.

6. EL PROBLEMA DE LA REPRESENTACIÓ LEGAL DELS MENORS I ELS INCAPAÇOS

Quan es tracti de menors o incapaços, ens trobem que, respecte de la pàtria potestat, l'article 9.4 CC estableix que «el carácter y contenido de la filia-

16. I. GOMA LANZÓN, «¿Está vigente [...]?», p. 64.

17. Respecte a aquesta qüestió, mentre que en matèria de capacitat per a contraure matrimoni regeix plenament la llei nacional, per aplicació de l'article 9.1 CC (vegeu la Resolució de la DGRN de 27 de maig de 1994), quan l'actuació de l'estranger menor entra en el tràfic jurídic i en el mercat, pot afectar tercers indeterminats, per la qual cosa ha d'actuar l'excepció de l'interès nacional, per motius de seguretat jurídica.

ción, incluida la adoptiva y las relaciones paterno-filiales, se regirán por la Ley personal del hijo, y si no pudiera determinarse ésta, se estará a la de la residencia habitual del hijo»; i pel que fa a la tutela, l'article 9.6 CC diu que «la tutela y demás instituciones de protección del incapaz se regularán por la ley nacional de éste. Sin embargo, las medidas provisionales o urgentes de protección se regirán por la ley de su residencia habitual. Las formalidades de constitución de la tutela y demás instituciones de protección en que intervengan autoridades judiciales o administrativas españolas, se sustanciarán, en todo caso, con arreglo a la ley española.» D'altra banda, l'article 10.11 CC estableix que «a la representación legal [que és la que tenen els pares i el tutor] se aplicará la ley reguladora de la relación jurídica de la que nacen las facultades del representante [...]».

Com es pot veure, els tres preceptes es remeten a la llei nacional del menor o incapacitat per a regular les relacions paternofiliales i l'exercici de la tutela, criteri confirmat, pel que fa a la pàtria potestat, per les resolucions de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 8 de gener de 1991, 23 de gener de 1992, 29 d'abril de 1992 i 21 de setembre de 1996, i pel que fa a la tutela, per les sentències del TS de 16 d'octubre de 1940 i 23 de març de 1966.

El que passa és que aquestes resolucions i sentències partien del principi general d'aplicació de la llei nacional del menor o incapacitat sense abordar el possible conflicte amb l'ordre públic, que sí que va tractar, en canvi, la Resolució de 10 d'octubre de 1994, especialment important perquè resolva sobre un cas d'un menor d'edat marroquí. En concret, en el recurs es plantejava si una mare de nacionalitat marroquina i separada de fet del seu marit, també marroquí, podia per si mateixa i amb l'oposició del pare actuar com a representant legal dels seus fills menors d'edat a l'efecte d'obtenir autorització per a formular una sol·licitud de nacionalitat espanyola per residència. És a dir, la sol·licitud, la feia exclusivament la mare, i el pare va interposar el recurs perquè va entendre que havia de consentir-la.

En aquestes circumstàncies, la Direcció General diu que «la cuestión de a quien corresponde la representación legal debe resolverse conforme a la ley personal del hijo (art. 9.4 CC), siendo aplicable, por tanto, la legislación marroquí, que viene a establecer que los menores de edad no emancipados están sometidos a la patria potestad del padre, cuyo ejercicio corresponde en exclusiva a éste. Es evidente que por razones de orden público no se puede prescindir de la madre (artículo 12.3 del Código Civil), pero esta excepción, por suponer una quiebra en la comunidad jurídica universal, debe aplicarse e interpretarse restrictivamente, por lo que no parece razonable privar al padre de su intervención en una cuestión tan importante como la adquisición de la nacionalidad por sus hijos». El que és veritablement important d'aquesta resolució és l'afirmació que no es pot prescindir de la mare per raons d'ordre públic i que tampoc no es pot prescindir del pare

perquè és a qui correspon, segons la llei del fill menor, l'exercici de la pàtria potestat. En qualsevol cas, doncs, és necessari el consentiment dels dos progenitors.

Per tant, aquesta resolució obre la porta a l'excepció de l'ordre públic en aquesta matèria, i a favor del criteri que adopta s'ha de dir que aplicar la llei nacional del menor o incapaç amb total independència del seu contingut és, avui dia, clarament incompatible amb un ordenament jurídic que té entre els seus principis la protecció dels menors i incapaços per part dels poders públics. És precisament aquest principi el que permet que també en aquestes qüestions pugui actuar l'excepció de l'ordre públic internacional, corregint l'aplicació automàtica de la llei estrangera quan sigui contrària al principi del *favor filii* i a l'interès del menor o incapaç.

En aquesta línia, es podria destacar l'existència d'una norma de protecció de l'ordenament jurídic espanyol en el paràgraf tercer de l'article 9.6 CC, on es diu que «será aplicable la ley española para tomar las medidas de carácter protector y educativo respecto de los menores o incapaces que se hallen en territorio español», norma que permet aplicar als menors i incapaços que contractin a Catalunya les normes de l'ordenament jurídic català sobre la seva representació legal.

Es pot dir que, atesa la ubicació sistemàtica d'aquesta norma, es refereix exclusivament a menors o incapaços sotmesos a tutela, mentre que per als menors sotmesos a pàtria potestat seria sempre aplicable l'article 9.4 CC i, en conseqüència, la seva llei personal. No obstant això, no hi ha cap raó per a donar un tracte diferent als menors en funció que estiguin sotmesos a pàtria potestat o a tutela, i més si es té en compte que el paràgraf tercer de l'article 9.6 CC recull una norma material imperativa que obliga a aplicar el dret intern, atès que l'interès que té el legislador per aquestes qüestions impedeix que es puguin aplicar lleis estrangeres que puguin contrariar els principis bàsics protectors de les legislacions espanyoles.

En aquest aspecte, el CC no fa altra cosa que recollir la tendència general existent en el dret internacional privat d'aplicar la *lex fori* en el règim de protecció dels menors i incapaços, ja que es considera que, si bé en principi les relacions paternofilials i tutelars s'han de regir per la llei nacional del pare o del fill, segons les legislacions, les normes del país sobre aquestes qüestions no només afecten els interessos dels fills, sinó també els de la societat de la llei corresponent al territori.¹⁸ L'ordre públic exigeix que les disposicions bàsiques sobre pàtria potestat i tutela de l'ordenament jurídic català s'apliquin als menors

18. Vegeu, en aquest sentit, Julio D. GONZÁLEZ CAMPOS i José Carlos FERNÁNDEZ ROZAS, «Comentarios al Código civil y compilaciones forales», tom 1, vol. 2, Madrid, Revista de Derecho Privado, p. 912 i 913.

i incapaços que contractin a Catalunya, amb independència del contingut dels seus drets nacionals.

En la pràctica, això vol dir que la representació dels menors sempre s'haurà d'exercir pels dos progenitors, atès el principi d'igualtat per raó de sexe imperant en el nostre ordenament jurídic, que es manifesta en l'exercici conjunt de la pàtria potestat, i el principi general de protecció de l'interès dels fills, que en el nostre ordenament jurídic s'entén que ha de ser vetllat pels dos progenitors. Així, Álvarez González afirma que «toda ley extranjera que prevea la preferencia apriorística, directa y en función de la persona de cualquiera de los progenitores sobre el otro puede vulnerar el orden público español. Indiscutiblemente lo hará la determinación legal de la asignación única de la patria potestad a uno de los cónyuges (padres) en detrimento del otro o a uno de los progenitores en detrimento del otro, con carácter de principio y en razón de la persona. En este mismo sentido pueden valorarse los sistemas que predeterminan una asignación concreta de los derechos y deberes inherentes a la patria potestad ante situaciones de crisis matrimoniales [...] siempre en función de la persona del progenitor; tal sucede, por ejemplo con algunos sistemas islámicos que atribuyen el cuidado de los hijos menores (hasta 7 ó 9 años) a la madre y el resto del contenido de la patria potestad al padre. La atribución de la patria potestad o de aspectos singulares de su contenido [...] a uno solo de los progenitores en función de su religión tampoco sería de recibo en España por vulnerar el orden público [...]».¹⁹

Més dubtós serà si, tant en la pàtria potestat com en la tutela, s'ha d'exigir autorització judicial en els casos previstos en els articles 151 i 212 CF i s'ha d'exigir la intervenció del defensor judicial en cas de conflicte d'interessos, segons el que estableixen els articles 155, 157, 209c i 247 CF. Atès que les dues coses s'estableixen en garantia de l'interès dels fills i que la seva protecció forma part de l'ordre públic, sembla que també seran exigibles quan el menor tingui nacionalitat estrangera, amb independència de quina sigui la llei que regeixi la pàtria potestat o la tutela.

De la mateixa manera, pel mateix principi d'aplicació de la *lex fori* serà també possible, en el cas de menors sotmesos a pàtria potestat, que l'autorització judicial sigui substituïda pel consentiment de l'acte, manifestat en escriptura pública del fill o la filla, si té almenys setze anys, o dels dos parents més pròxims del fill o la filla, en la forma establerta en l'article 138.2 CF, sens perjudici que no sigui necessària cap d'aquestes autoritzacions si es tracta de béns adqui-

19. Santiago ÁLVAREZ GONZÁLEZ, «Comentarios al Código civil y compilaciones forales», tom I, vol. 2, Madrid, Revista de Derecho Privado, p. 240 i 241.

rits pel menor mitjançant donació o a títol successori, si el donant o el causant han exclòs aquesta expressament. No obstant això, s'ha d'advertir que la possibilitat d'acudir a l'autorització dels dos parents més pròxims presentarà un problema d'acreditació, ja que l'article 138.2 CF es remet a l'article 149 CS, que exigeix que es tracti de dos parents consanguinis, d'un sexe o de l'altre, que gaudeixin de plena capacitat per a disposar, que no hagin renunciat i que pertanyin l'un a la línia paterna i l'altre a la línia materna, i, dins de cadascuna d'aquestes, el de parentiu més pròxim en relació amb el menor i amb preferència el de més edat, requisits, tots aquests, que s'hauran d'acreditar davant del notari autoritzant de l'escriptura, atès que aquest haurà de donar notorietat de totes aquestes circumstàncies. Si es tracta de persones nacionals de països llunyans, presumiblement serà difícil aconseguir totes les certificacions del Registre Civil que seran necessàries per a provar el parentiu, la línia d'aquest, la proximitat i la major edat.

No cal dir que en aquests casos l'actuació de l'excepció de l'ordre públic o l'interès nacional afavoreix també la seguretat i l'agilitat del tràfic jurídic.

7. LA DETERMINACIÓ DEL RÈGIM ECONÒMIC MATRIMONIAL COM A PAS PREVI PER A LA DISPOSICIÓ DELS BÉNS COMUNS I DE L'HABITATGE FAMILIAR O COMÚ

Quan el propietari d'un bé immoble situat a Catalunya vulgui fer un acte de disposició i estigui casat, s'haurà de determinar prèviament el seu règim econòmic matrimonial segons el que disposa l'article 9.2 CC per a examinar si el bé és privatiu o comú, ja que en aquest darrer cas s'haurà d'exigir el consentiment de l'altre cònjuge.

Respecte a aquesta qüestió, hem de tenir en compte que l'article 92 RH estableix que «cuando el régimen económico-matrimonial del adquirente o adquirentes casados estuviere sometido a legislación extranjera, la inscripción se practicará a favor de aquél o aquéllos, haciéndose constar en ella que se verifica con sujeción a su régimen matrimonial, con indicación de éste, si constare». Per això, en la pràctica, si en el moment de l'adquisició per l'estranger casat no es pot arribar a una conclusió segura sobre el seu règim matrimonial o, segons les seves manifestacions, aquest és un règim pactat en capítols matrimonials que no pot acreditar amb la corresponent escriptura pública inscrita en el Registre Civil o mitjançant una certificació d'aquest,²⁰ el notari fa constar que aquell fa l'ad-

20. En aquest moment de formalitzar l'adquisició del bé, si el notari coneix la legislació estrangera, o se li acredita mitjançant una certificació consular o diplomàtica, i considera que el règim manifestat per l'estranger coincideix amb el règim econòmic matrimonial legal previst per la llei

quisició conforme al seu règim econòmic matrimonial, sense precisar-lo, i també d'aquesta manera es fa la inscripció registral, per la qual cosa el problema de la qualificació notarial i registral del règim econòmic matrimonial es pot posposar al moment en què es formalitzi qualsevol acte de domini sobre l'immoble. Aquesta pràctica, que resulta òbvia a la vista del text del precepte esmentat, ha estat confirmada per la Direcció General dels Registres i del Notariat en les resolucions de 22 d'octubre de 2001, 29 d'octubre de 2002, 23 de novembre de 2002, 21 de febrer de 2003, 24 de febrer de 2003 i 13 de març de 2003.

Per això, és fonamental en aquest cas, quan l'immoble sigui objecte de disposició, determinar el règim matrimonial del titular. Si el règim és de comunitat i el bé és comú, sempre serà necessari el consentiment de l'altre cònjuge. Si el règim és de separació de béns i el bé és privatiu, el règim matrimonial legal supletori pot ser aplicable i, en aquest cas, i llevat que el notari conegui la legislació estrangera, s'haurà d'acreditar mitjançant una certificació consular o diplomàtica; en canvi, si es tracta d'un règim pactat pels cònjuges, serà necessària una certificació del Registre Civil o l'escriptura notarial acreditatives que el matrimoni està subjecte al règim de separació de béns. En el cas que això no s'acrediti pels mitjans dits, serà també sempre necessari el consentiment de l'altre cònjuge.²¹

7.1. L'ADMINISTRACIÓ I LA DISPOSICIÓ DELS BÉNS COMUNS

Quan una persona estrangera estigui casada en règim de comunitat i vulgui disposar d'un bé comú, s'haurà d'exigir el consentiment d'ambdós cònjuges i, atès el principi fonamental d'igualtat per raó de sexe, no serà admissible cap disposició legal estrangera que doni de manera directa i apriorística²² preferència al marit sobre la muller o que atribueixi de la mateixa manera en exclusiva al marit l'administració i la disposició dels béns comuns o determinats actes concrets sobre aquests, atès que tota llei estrangera que doni una prefe-

aplicable, ho farà constar així en l'escriptura. En canvi, si es tracta d'un règim matrimonial pactat, serà necessari acreditar-ho amb la corresponent escriptura de capítols matrimonials inscrita en el Registre Civil o bé amb una certificació d'aquest quan es tracti de països, com ara Itàlia, en els quals el règim pactat concret consta en la inscripció del Registre Civil.

21. En el cas dels països musulmans, aquest problema no es presentarà, ja que no hi ha pròpiament règim matrimonial i existeix de fet una situació d'absoluta separació de béns.

22. Evidentment, sí que serà admissible que un cònjuge doni poders a l'altre o que d'acord amb els capítols matrimonials el poder de gestió i disposició correspongui al cònjuge indicat en aquests, ja que en aquests casos l'atribució d'aquest poder neix de la voluntat lliure i expressada per ambdós cònjuges.

rència directa en funció del sexe a qualsevol dels cònjuges sobre l'altre²³ vulnerà l'ordre públic català, ja que la igualtat per raó de sexe, reconeguda constitucionalment, també està expressament considerada en els articles del Codi de família 1.2, que diu que «el marit i la muller tenen en el matrimoni els mateixos drets i deures», 3.1, que disposa que «la direcció de la família correspon als dos cònjuges de comú acord», i 62, 64.5 i 69.1, que exigeixen el consentiment d'ambdós cònjuges en l'administració i la disposició dels béns comuns quan es tracti del règim d'associació a compres i millores, l'agermanament o pacte de mig per mig i la comunitat de béns.

7.2. LA PROTECCIÓ DE L'HABITATGE FAMILIAR O COMÚ

El principi de protecció de l'habitatge familiar o comú es manifesta en el dret català en els articles 9 CF i 11 LUEP, tal com hem vist anteriorment, i s'inclou en el principi constitucional de protecció de la família de l'article 39 CE.

Això vol dir, en relació amb les parelles matrimonials, que, amb independència de quin sigui el règim econòmic matrimonial aplicable, és a dir, encara que no sigui aplicable cap dels règims regulats en el Codi de família, el cònjuge titular no pot alienar, gravar o disposar del seu dret a l'habitatge familiar o als mobles d'ús ordinari de la família que en comprometi l'ús sense el consentiment del seu cònjuge, de manera que aquesta regla també serà aplicable quan l'acte dispositiu es refereixi a una quota indivisa, però s'ha de tenir en compte que aquest consentiment no serà necessari quan el titular manifesti que l'immoble no tenia la condició d'habitatge familiar, encara que sigui una manifestació inexacta (art. 91 RH).

Pot semblar dubtós que aquest principi formi part del nostre ordre públic, ja que es podria considerar que la protecció de l'habitatge familiar és una qüestió que depèn de cada règim econòmic matrimonial.²⁴ Així ho va entendre la Resolució de la Direcció General dels Registres i del Notariat de 13 de gener

23. És el cas del Brasil, la República Dominicana, Guatemala, l'Equador i Xile, que tenen com a règim supletori legal el de la comunitat de béns i atribueixen al marit el poder de direcció de la societat conjugal, encara que estableixen que per a disposar o gravar béns comuns immobles i altres actes de disposició extraordinària és necessari el consentiment de la dona.

Per a consultar aquests règims econòmics matrimonials, vegeu «Regímenes económico matrimoniales en iberoamérica y España», UINL, Consejo General del Notariado Español, 1996.

24. Per exemple, el dret musulmà clàssic ignora la teoria dels règims econòmics matrimonials, de manera que en la pràctica no es concep altre sistema que el de la separació absoluta de béns, amb total independència d'ambdós cònjuges en l'administració i la disposició dels seus béns. Aquest és el sistema que adopten Egipte, el Marroc, el Senegal o Turquia, per exemple, i en aquests casos no s'estableix cap limitació a l'hora de disposar de l'habitatge comú.

de 1999, que diu que «es cierto que conforme al artículo 91 del Reglamento Hipotecario, se precisa la formulación de esta manifestación como requisito para la inscripción, cuando la ley que rija las relaciones entre los cónyuges exija el consentimiento de ambos para disponer de derechos sobre la vivienda habitual [...]», no obstant la qual cosa «habrá de concluirse en la imposibilidad de invocar como defecto el ahora analizado en tanto no se haya comprobado que la Ley aplicable al matrimonio del vendedor exige el consentimiento de ambos cónyuges para la venta de la vivienda habitual [...]».

No obstant això, s'ha d'advertir que en aquesta resolució la DGRN va resoldre un cas en el qual es donaven unes condicions molt especials, ja que el venedor tenia diversos domicilis en diferents llocs del món, els cònjuges no eren de la mateixa nacionalitat i tampoc no estaven clars els punts de connexió que s'havien d'aplicar, si bé no hi havia indicis que es pogués vulnerar el dret del cònjuge a l'habitatge familiar, per la qual cosa la qüestió no es va analitzar a fons. Per això es comprèn que la DGRN no estigués encertada en aquest punt, ja que la protecció de l'habitatge familiar no és una qüestió que depengui del règim matrimonial concret del disponent, sinó que configura un principi bàsic del nostre ordenament jurídic segons el qual cap persona pot ser privada de l'habitatge on viu sense el seu consentiment o una autorització judicial.

Per tant, a l'efecte pràctic això vol dir que en tot acte de disposició d'un habitatge —per exemple, una compravenda, una permuta, una aportació a una societat, una hipoteca, etc.— serà necessari que l'estranger manifesti al notari autoritzant de l'escriptura si l'habitatge és el familiar habitual. Si ho és, serà necessari el consentiment de l'altre cònjuge, i si no ho és, s'haurà de manifestar així expressament en l'escriptura pública.

El problema es planteja amb els emigrants nacionals d'aquells països musulmans que admeten la poligàmia. L'exemple típic és el d'un home casat al seu país amb diverses dones que ve a Catalunya a treballar, estalvia diners i al cap d'un temps compra un pis del qual és el titular exclusiu, atès que en aquells països no existeix realment el règim matrimonial, sinó una total i absoluta separació de béns, sense cap vinculació patrimonial entre els cònjuges. Quan ja està residint aquí, sol·licita a les autoritats la reagrupació familiar, que li exigeixen que manifesti que a Espanya només té la dona per a la qual demana la reagrupació.

En aquests casos, el disponent no podrà portar totes les seves dones per a consentir l'acte de disposició, atès que les autoritats espanyoles li reconeixen exclusivament una dona, i tampoc no se li podrà exigir que acrediti el matrimoni amb la dona que presta el consentiment, ja que la llei no estableix aquesta obligació, igual com passa quan es tracta de persones nacionals. Aquesta regulació, clarament insuficient, fa que la protecció de l'habitatge familiar depengui, a l'hora d'atorgar

l'escriptura pública, de la manifestació del disponent que l'habitatge és o no el familiar habitual, i si ho és, de les manifestacions que fan ell i la persona que compareix com a cònjuge per a consentir la disposició que estan efectivament casats, sense que hi hagi cap norma que permeti al notari exigir l'acreditació de l'estat civil.

Per a evitar en la mesura que es pugui aquest defecte, seria convenient que, en les escriptures de compra d'habitatge en les quals el comprador sigui una persona casada en règim de separació de béns, el notari fes constar també el nom del cònjuge, de la mateixa manera que es fa en el règim de guanys per imperatiu de l'article 51.9 RH. No obstant això, el cert és que aquesta solució, que en el cas dels règims de comunitat és sempre efectiva, ja que provoca una titularitat a favor del cònjuge no compareixent, no serviria per a protegir l'habitatge familiar en el cas de persones casades en règim de separació de béns en noces ulteriors una vegada dissolt el matrimoni amb el cònjuge que tenia en comprar-lo, ja sigui per defunció, nul·litat o divorci.

D'altra banda, el mateix que hem dit fins ara es pot dir de les parelles de fet, ja que qualsevol persona, encara que sigui soltera, divorciada o vídua, haurà de manifestar en l'escriptura de disposició d'un habitatge si aquest és el comú de la unió estable de parella, i si ho és, serà necessari el consentiment de la seva parella per a la disposició. Els problemes d'acreditació seran els mateixos que hem dit per als matrimonis.

8. LES PROHIBICIONS DE DISPOSAR DERIVADES D'ACTES DE DARRERA VOLUNTAT

La contractació sobre béns mobles o immobles pot veure's afectada en el cas que la part venedora rebi els béns per successió, sempre que el causant estableixi prohibicions de disposar o vinculacions dels béns integrants de l'herència o el llegat.

En aquest cas, si bé l'article 9.8 CC diu que «la sucesión por causa de muerte se regirá por la ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren», s'ha de tenir en compte que les prohibicions de disposar no poden ser perpètuas i no poden excedir els límits establerts per a la substitució fideïcomissària, d'acord amb el que disposa l'article 166.1 CS, i han de tenir una raó lícita, requisit que, com diu Encarna Roca i Trias, «s'ha de deduir de la necessitat exigida en l'art. 161 CS com a característica generals dels modes».²⁵

25. Encarna ROCA I TRIAS i Lluís PUIG I FERRIOL, *Institucions del dret civil de Catalunya: Dret de successions*, vol. II, 4a ed., València, Tirant lo Blanch, p. 343.

Tampoc no seran admissibles les substitucions fideïcomissàries que vinculin els béns hereditaris més enllà del límits establerts per l'article 204 CS, que seran dues generacions o crides, segons que es tracti de fideïcomisos familiars o no familiars.

La raó de ser d'aquestes limitacions és que no es pot prohibir la lliure contractació vistos el principi propi del dret català de la lliure circulació dels béns i el reconeixement constitucional de l'economia de mercat de l'article 38 CE, que prohibeix l'amortització dels béns susceptibles de tràfic jurídic.

Per tant, encara que, segons la legislació del causant, una prohibició perpètua o una substitució fideïcomissària fossin vàlides per sobre dels límits establerts pel CS, no serien admissibles a Catalunya i no es podrien inscriure en el Registre de la Propietat, raó per la qual es podria prohibir que fossin objecte de contractació.

9. LA CONTRACTACIÓ DE BÉNS ADQUIRITS PER HERÈNCIA D'UN CAUSANT ESTRANGER

Quan un emigrant nacional d'un país estranger mor i té béns immobles situats a Catalunya, tot sovint els seus hereus no volen seguir sent propietaris d'aquests, de manera que els posen a la venda. En aquest cas, és habitual que tots els hereus atorguin l'escriptura d'herència del causant i, tot seguit, vinguin els béns hereditaris.

El que passa és que, a vegades, la determinació de les quotes hereditàries és difícil perquè no estan clarament especificades en les declaracions d'hereus o en els actes de darreres voluntats formalitzats en el país d'origen. En aquests casos, per a evitar problemes en la determinació d'aquestes quotes i dels drets hereditaris concrets de cadascuna de les persones interessades, és possible que l'herència i la venda es facin sense haver de fer cap partició hereditària prèvia. Així ho admet la Direcció General dels Registres i del Notariat en la Resolució de 25 de febrer de 1999, que reitera la doctrina favorable al fet que els actes de disposició sobre béns que apareixen registrats a favor del causant, que en el cas d'aquesta resolució era un ciutadà alemany, puguin accedir directament al Registre de la Propietat sense necessitat de la inscripció prèvia de l'adquisició i la partició hereditàries, sempre que l'escriptura de compravenda estigui atorgada per tots els que acreditin ser els únics hereus del causant titular registral dels béns i consti la seva acceptació expressa o aquesta acceptació derivi, per llei, del mateix acte dispositiu la inscripció del qual se sol·licita.²⁶ Per tant,

26. En aquest mateix sentit, vegeu les resolucions de 21 de gener de 1993 i de 10 i 11 de desembre de 1998, així com els articles 20 LH i 209.1 RH.

en aquest cas no és necessària la inscripció prèvia de l'adquisició hereditària per a inscriure la compravenda.

Aquesta fórmula és especialment aconsellable en els casos d'herències regides pel dret de països musulmans, atesa l'especial regulació de la successió que tenen.²⁷

Ara bé, aquesta solució no és aplicable quan la venda dels béns hereditaris no es fa de manera immediata, sinó que es deixa passar un temps per a contractar en relació amb aquests, o els hereus no tenen voluntat de vendre. En aquests casos es fa imprescindible inscriure la partició hereditària i a l'hora de fer les adjudicacions de béns a cadascun dels hereus es poden produir xocs entre la llei nacional del causant reguladora de la seva successió, segons el que disposa l'article 9.8 CC, i l'ordre públic de l'ordenament jurídic català.

Aquesta és una qüestió fonamental per a la futura contractació que tingui per objecte els béns hereditaris, ja que de les normes que s'apliquin a la successió dependrà la determinació dels hereus i, per tant, de les persones legitimades per a disposar d'aquells béns.

Destaco tres exemples dels problemes que es poden plantejar en aquest tema: el reconeixement dels drets successoris del cònjuge vidu, el reenviament a la llei catalana i les llegítimes, i, finalment, la determinació de les persones amb drets legals hereditaris.

9.1 EL PROBLEMA DEL RECONeixEMENT DELS DRETS SUCCESSORIS DEL CÒNJUGE VIDU

Per a saber si la vídua té drets sobre els béns hereditaris i, per tant, si haurà de consentir qualsevol contracte dispositiu sobre els béns del seu difunt marit, és fonamental determinar la llei aplicable a la successió. L'article 9.8 CC regula aquesta qüestió i estableix que «la sucesión por causa de muerte se regirá por la Ley nacional del causante en el momento de su fallecimiento, cualesquiera que sean la naturaleza de los bienes y el país donde se encuentren. Sin embargo, las disposiciones hechas en testamento y los pactos sucesorios ordenados conforme a la ley nacional del testador o del disponente en el momento de su otorgamiento conservarán su validez, aunque sea otra la ley que rija la sucesión, si bien las legítimas se ajustarán, en su caso, a esta última. Los derechos que por

27. És molt interessant el cas del dret marroquí, que estableix un ordre de successió intestada en el qual es distingeix entre els hereus *fardh*, els hereus *assaba* o *aceb*, i els hereus que tenen el doble caràcter *fard* i *aceb*, amb diferents quotes per a cada classe, com veurem posteriorment.

ministerio de la ley se atribuyan al cónyuge supérstite se regirán por la misma ley que regule los efectos del matrimonio, a salvo siempre la legítimas de los descendientes.»

L'aplicació pràctica d'aquest article ha resultat molt problemàtica quan es tracta de successions intestades, per aquesta darrera referència que fa al fet que els drets que per ministeri de la llei corresponguin al vidu o la vídua es regiran per la llei que reguli els efectes del matrimoni.

La polèmica es va polaritzar en dues posicions doctrinals oposades que es van centrar en els conflictes interregionals espanyols, especialment en els casos de matrimonis casats en règim de guanys del dret comú i que per raó de residència adquirien el veïnatge civil català i morien sotmesos a aquest.

Per als uns, la llei que regeix els efectes del matrimoni regula totes i cadascuna de les atribucions que corresponen al cònjuge supervivent, i com que l'usdefruit vidual intestat català és un dret successori que es concedeix per la llei, l'atribució d'aquest es verificarà d'acord amb la llei que regeix el règim econòmic matrimonial, que, com que és el de guanys del Codi civil, porta a aplicar l'usdefruit del terç de l'article 834 CC.

Per als altres, en canvi, la llei que regeix els efectes del matrimoni s'aplica exclusivament a les atribucions legals de caràcter familiar que neixen a favor del vidu en morir el seu cònjuge (per exemple, l'any de plor, la tenuta, les «aventajas», l'«ajuar doméstico», les viudetats forals de naturalesa familiar), però no a les atribucions legals successòries, que es regeixen per la llei nacional del causant, raó per la qual, en el cas vist abans, a la vídua li correspondria l'usdefruit universal establert en l'article 331 CS.

La Direcció General dels Registres i del Notariat, en les resolucions d'11 de març de 2003 i 18 de juny de 2003, ha optat per aquesta segona posició, que, al meu entendre, era la més lògica des de la perspectiva del principi de la unitat de la successió. Així, diu que «en efecto, es posible considerar que los derechos sucesorios del supérstite participan siempre de la naturaleza de las mortis causa capiones [...] Mas, en otro polo argumental también puede sostenerse que siendo esencial a la seguridad jurídica la uniformización de las soluciones a adoptar en las relaciones jurídicas complejas sucesorias, cuando intervienen los mismos elementos personales que se rigen por diversas leyes, debe regir el principio de unidad en la ley sucesoria, en la globalidad de sus relaciones, cualesquiera que sea la singularidad de los elementos personales que la integren y sin más excepciones que las derivadas de la concurrencia de otros estatutos preferentes por lo que los derechos del cónyuge se regirán por la ley sucesoria del causante, debiendo ser interpretada la remisión a la ley que rige los efectos del matrimonio, exclusivamente a los ligados a los efectos personales o estatuto primario patri-

monial (cfr. año de luto, tenuta, ventajas, ajuar doméstico, viudedades forales en su consideración familiar o cualesquiera otras que determina la ley aplicable)».

D'altra banda, i això és important per a la nostra argumentació, ambdues resolucions destaquen que la solució adoptada és aplicable als conflictes que sorgeixen tant en el dret interregional com en el dret internacional i tant si la successió és testada com si és intestada, per la qual cosa, per a determinar els drets successoris del cònjuge vidu, s'haurà d'acudir sempre a la llei nacional del causant.

El que passa és que aquesta remissió pot provocar situacions que difícilment són assumibles pel nostre ordenament jurídic. Aquest és el cas dels matrimonis mixtos entre catalanes i emigrants nacionals de països àrabs. Per exemple, una catalana i un marroquí es casen i resideixen des d'aquest moment a Catalunya, i tenen descendència comuna. Per aplicació de l'article 9.2 CC, el seu règim matrimonial és, a falta d'elecció expressa, el de separació de béns català. Si el marit mor conservant la nacionalitat marroquina, la seva successió es regirà per la llei marroquina, per imperatiu de l'article 9.8 CC,²⁸ i els drets successoris de la vídua catalana, segons el criteri que resulta de les resolucions dites, es regiran per aquesta llei, que obliga la dona a compartir els seus drets successoris amb la mare del difunt, de manera que veu limitats els seus drets hereditaris a una petita quota en propietat.²⁹

Segurament, aquesta vídua preferiria que els drets successoris viduals fossin els corresponents a la llei catalana reguladora del règim econòmic del seu matrimoni, ja que aleshores tindria l'usdefruit universal.

No obstant això, en aquest cas, encara que apliquem el principi d'unitat de la successió establert com a fonamental per les dites resolucions, ens hauríem de plantejar la possibilitat de considerar contrari a l'ordre públic català un ordre successori com el de la llei marroquina, que dóna preferència als homes respecte a les dones i distribueix els drets d'aquestes de manera desigual basant-se

28. La llei marroquina també estableix que en la successió s'aplica sempre (per reenviament de primer i segon graus) la llei nacional del causant.

29. Per exemple, si el causant mor i deixa una vídua, mare, un fill i una filla, la vídua i la mare són hereves *fardh*, de manera que a la primera li correspon una vuitena part de l'herència, i a la segona, una sisena part d'aquesta. Els fills serien hereus *aceb* i tindrien dret a la resta de l'herència, encara que la filla tindria una part igual a la meitat de la corresponent al germà. Així, doncs, a la vídua li correspondria una vuitena part, equivalent a 9/72; a la mare, 1/6, equivalent a 12/72; al fill, 34/72, i a la filla, 17/72. Si hi hagués més d'una vídua, totes es repartirien a parts iguals una vuitena part de l'herència. Per a veure aquest i d'altres exemples, vegeu el *Manual notarial de disposiciones sucesorias de Europa* de la Unió Internacional del Notariat Llatí, IRENE, any 1998.

en criteris totalment estranys al sentit jurídic general del nostre país. Per això, crec que en aquests casos l'ordre públic català impediria l'aplicació d'aquestes normes i seria possible reconèixer a la vídua els drets successoris reconeguts en la llei reguladora del matrimoni.

9.2. EL PROBLEMA DEL REENVIAMENT I LES LLEGÍTIMES

En el codi civil espanyol regeix actualment el principi d'unitat de l'herència, que recullen els articles 9.1, que diu que «la ley personal correspondiente a las personas físicas es la determinada por su nacionalidad. Dicha ley regirá [...] la sucesión por causa de muerte», i 9.8, que hem vist anteriorment, encara que l'article 12.2 admet el reenviament a la llei espanyola quan diu que «la remisión al derecho extranjero se entenderá hecha a su ley material, sin tener en cuenta el reenvío que sus normas de conflicto puedan hacer a otra ley que no sea la española». Evidentment, quan es tracti de béns situats en territoris amb dret foral propi, aquest reenviament s'entendrà fet a aquest dret, i no al comú, i, per tant, en el cas de Catalunya serà aplicable el Codi de successions, que estableix el sistema de la llegítima catalana, configurada com un dret de crèdit a una quarta part de l'herència.

El que passa és que hi ha països en els quals la llegítima no existeix, i el reenviament que a la llei catalana facin les seves normes de conflicte pot provocar l'aplicació de la llegítima del Codi de successions.

En concret, d'acord amb la llei anglesa, als béns immobles inclosos en una herència els és d'aplicació la llei del lloc en què es troben, i als mobles, la llei corresponent al domicili del causant. Això implica que, a l'herència d'un causant anglès amb immobles a Catalunya, s'hi podrien aplicar el Codi de successions i el seu sistema legitimari, en contra del principi general de la llibertat de testar anglès.

En relació amb el dret comú espanyol, encara que la seva solució també seria aplicable al dret català quan es tractés de béns immobles situats a Catalunya, la Sentència del TS de 15 de novembre de 1996 va declarar que el reenviament que la llei anglesa fa a l'espanyola, o, en el nostre cas, a la catalana, si els immobles estan situats a Catalunya, **no** és admissible per les raons següents:

1. L'article 9.8 CC estableix una norma especial per a determinar la llei aplicable a la successió i l'article 12.2 del mateix codi conté una norma subordinada a aquesta, de manera que el reenviament al dret espanyol només s'ha de «tener en cuenta», la qual cosa vol dir, segons aquesta sentència, que «no equivale a que deban aplicarse nuestras normas sucesorias de modo inexorable», ja

que «tener en cuenta en el Diccionario de la Real Academia sólo quiere decir tener presente, considerar».

2. El principi general és que la successió es regeix per la llei nacional del causant i el dret espanyol es regeix pel principi de la unitat del règim successori.

3. El reenviament s'ha d'entendre sempre com un instrument d'harmonització dels sistemes jurídics dels estats, i el reenviament a qualsevol llei que tingui un sistema legitimari provocaria problemes d'harmonització amb un dret com l'anglès, inspirat en el principi de la llibertat de testar.

4. La llegítima no forma part de l'ordre públic intern, ja que la determinació de les llegítimes correspon sempre a la llei nacional del causant, segons el que disposa l'article 9.8 CC.³⁰

Partint d'aquests arguments, les llegítimes catalanes no serien aplicables a la successió d'un ciutadà anglès amb immobles situats a Catalunya, i aquesta solució, confirmada per la Sentència del TS de 21 de maig de 1999, es va anar adoptant fins a la recent sentència del mateix tribunal de 23 de setembre de 2002, que, canviant la doctrina anterior, admet que en una herència anglesa s'apliqui el reenviament a la llei espanyola i, per tant, el sistema de llegítimes del Codi civil; aplicat a immobles situats a Catalunya, això voldria dir que seria aplicable la llegítima catalana.

Com diu Rivas de Andrés, «el único argumento de fondo que mueve al TS a aceptar el reenvío y conceder la legítima a la actora es el principio de **unidad de la herencia**».³¹ Efectivament, el TS considera que «la aplicación de la ley española, a la que se reenvía el Derecho inglés [...] no es contraria a los principios de unidad y universalidad de la sucesión [...] En efecto, la sentencia recurrida da como comprobado que los únicos bienes del causante son los inmuebles sitos en España [...] por lo que en modo alguno se produce una fragmentación en la regulación de la herencia [...] no hay ningún inconveniente en la aceptación del reenvío de la ley inglesa, pues será la española la única que regula toda la sucesión del causante.»

No obstant això i com posa en relleu Rivas de Andrés, és especialment important en aquest cas el fet que l'herència estava integrada exclusivament per immobles situats a Espanya, la qual cosa segurament va ser determinant per a la solució adoptada. Tenint en compte això, Rivas de Andrés diu que «a una herencia inglesa sí se le aplicará la ley española: a) Si consiste exclusivamente en

30. El TS rectifica en aquesta sentència la doctrina que resultava de la de 23 d'octubre de 1992.

31. És recomanable sobre aquest tema llegir el magnífic treball publicat per Rafael RIVAS DE ANDRÉS «Aplicación de las legítimas del código civil español a las herencias inglesas», *La Notaria*, núm. 10 (2002), p. 33 i seg.

muebles y, sea cual sea el país en que se encuentren, el causante tuvo su último domicilio en España. b) Si consiste exclusivamente en inmuebles y éstos están sitos únicamente en España. c) Si consiste parte en inmuebles y parte en muebles y los primeros están sitos sólo en España y respecto de los segundos el causante tuvo su último domicilio en España.»³² Aquests arguments, insisteixo, serien aplicables per al dret català en el cas que el causant hagués tingut l'últim domicili a Catalunya i els immobles estiguessin situats a Catalunya, de manera que, si fos aplicable la llei catalana, seria aplicable la llegítima del Codi de successions i la institució d'hereu s'hauria de reduir en la part que perjudiqués la llegítima.

D'aquesta sentència i del que s'acaba de dir s'extreu la conclusió que el reenviament és admissible exclusivament si no es trenca la unitat de la successió, és a dir, no és possible que una herència es regeixi a la vegada per dues lleis diferents, situació que es produiria en el cas d'un causant anglès que tingués també immobles fora de Catalunya o, en el cas que es tractés de béns mobles, no tingués el seu últim domicili a Catalunya.

Ara bé, arribats a aquest punt, Rivas de Andrés es planteja si el notari i el registrador poden aplicar directament el reenviament o és necessària una sentència judicial. El cert és que el possible reenviament al dret català depèn d'uns fets que no poden ser comprovats per aquells funcionaris i que és obvi que la formalització de l'herència no es pot paralitzar fins que s'hagi dictat la sentència corresponent. Per això, aquell autor, manifestant el criteri del notariat, creu que «no vemos otra solución [...] que atenernos al testamento como título fundamental de la sucesión y dejar la puerta abierta a que el que se sienta perjudicado, acuda a los tribunales. Y que nadie se rasgue las vestiduras con la solución que proponemos, pues es el mismo legislador español el que tiene bien asumido el que en toda transmisión hereditaria puede haber reclamaciones de legitimarios y no por eso paraliza las herencias hasta que el TS llegue a la conclusión de que todo el proceso es correcto; no, el legislador español se conforma con mucho menos, se conforma con facilitar las posibles reclamaciones contra la herencia, recordemos que ex art. 28 de la Ley Hipotecaria “las inscripciones de fincas o derechos reales adquiridos por herencia o legado no surtirán efecto en cuanto a tercero hasta transcurridos dos años desde la fecha de la muerte del causante. Exceptúanse las inscripciones por título de herencia testada o intestada, mejora o legado a favor de herederos forzosos.”» En definitiva, doncs, el reenviament seria invocable pels possibles legitimaris perjudicats davant dels tri-

32. Rafael RIVAS DE ANDRÉS, «Aplicación de las legítimas del código civil español a las herencias inglesas», *La Notaria*, núm. 10 (2002), p. 41.

bunals de Justícia, als quals correspon apreciar els fets que determinen la llei aplicable.

Del que s'ha dit s'extreu un consell per als anglesos amb propietats a Catalunya si no volen que en la seva successió s'apliqui la llegítima catalana: que no tinguin el seu domicili a Catalunya o que conservin immobles al seu país.³³

Per a acabar, podríem dir com a reflexió final que el reenviament no és aplicable quan ocasioni un fraccionament del dret aplicable a l'herència, ja que aleshores serà contrari al principi d'unitat de la successió que informa el dret espanyol.

9.3. EL PROBLEMA DE LES ATRIBUCIONS LEGALS HEREDITÀRIES DISCRIMINATÒRIES

Abans s'ha fet referència a la Sentència del TS de 15 de novembre de 1996, que va declarar que les llegítimes no formen part de l'ordre públic, amb la qual cosa rectificava el criteri adoptat per la de 23 d'octubre de 1992. No obstant això, tot i admetent que les llegítimes no són, en efecte, matèria integrant de l'ordre públic, sí que ho és la manera concreta de regular-les pel que fa als criteris de distribució dels drets hereditaris entre els hereus en funció del seu sexe.

És a dir, com va dir la Sentència del TS de 15 de novembre de 1996, el sistema legitimari no es pot aplicar a una successió regida per una llei que desconeix les llegítimes encara que els béns estiguin situats en territori espanyol, o, en el nostre cas, català, de manera que les llegítimes no es poden imposar obligatòriament. Ara bé, si la successió està regida per una llei que estableix un sistema legitimari, aquest no podrà basar-se en criteris que discriminin els hereus en funció del seu sexe o la seva religió, atès el repetit principi d'igualtat que regeix el nostre ordenament jurídic.

De la mateixa manera, no es podrà admetre un ordre successori intestat que faci de pitjor condició la dona o les filles envers els fills de sexe masculí. Aquestes atribucions desiguals i apriorístiques, basades en simples criteris de discriminació sexual, no són admissibles al nostre país, per la qual cosa s'haurà d'aplicar el sistema establert pel Codi de successions quan l'herència es compongui de béns immobles situats a Catalunya.

33. Amb França es pot produir el mateix conflicte, ja que, encara que també regula les llegítimes, ho fa de manera diferent a la llei catalana, i la successió es regeix, quant als béns mobles, per la llei del darrer domicili del causant, i quant als immobles, per la llei de la seva situació.

