

Institut de Dret privat europeu i comparat
de la Universitat de Girona (ed.)

Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya



Materials de les Setzenes
Jornades de Dret català a Tossa

Tossa de Mar, 23 i 24 de setembre de 2010

Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya

(Materials de les Setzenes Jornades de Dret Català a Tossa)

CONTRACTES, RESPONSABILITAT EXTRA CONTRACTUAL
I ALTRES FONTS D'OBLIGACIONS
AL CODI CIVIL DE CATALUNYA

MATERIALS DE LES SETZENES JORNADES
DE DRET CATALÀ A TOSSA

INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT
DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA
(ed.)

Girona 2012

Dades CIP recomanades per la Biblioteca de la UdG

CIP 347(4671)(063) JOR

Jornades de Dret Català a Tossa (16es : 2010 : Tossa de Mar, Catalunya)

Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya : materials de les Setzenes Jornades de Dret Català a Tossa / Institut de dret privat europeu i comparat de la Universitat de Girona (ed.). - Girona : Documenta Universitaria, 2012. -- 556 p. ; 23,5cm
ISBN 978-84-9984-141-0

I. Universitat de Girona. Institut de Dret privat europeu i comparat 1. Responsabilitat (Dret) -- Catalunya - Congressos 2. Obligacions (Dret) -- Catalunya - Congressos 3. Contractes - Catalunya - Congressos 4. Dret civil -- Legislació -- Catalunya - Congressos

CIP 347(4671)(063) JOR

Reservats tots els drets. El contingut d'aquesta obra està protegit per la Llei, que estableix penes de presó i/o multes, a més de les corresponents indemnitzacions per danys i perjudicis per a aquells que reproduïssin, plaguessin, distribuïssin o comunicuessin públicament, en la seva totalitat o en part, una obra literària, artística o científica, o la seva transformació, interpretació o execució artística fixada en qualsevol mena de suport o comunicada a través de qualsevol mitjà, sense la preceptiva autorització.

© els autors

© Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universitat de Girona

©DOCUMENTA UNIVERSITARIA®

www.documentauniversitaria.com

info@documentauniversitaria.com

Primera edició

ISBN: 978-84-9984-141-0

D.L.: GI-747-2012

Imprès a Catalunya
Girona, abril de 2012

Les Setzenes Jornades han estat organitzades per l'Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona, en col·laboració amb l'Ajuntament de Tossa de Mar i el suport de:

Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia

Universitat de Girona

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya

Col·legi de Notaris de Catalunya

Facultat de Dret UB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Col·legi d'Advocats de Barcelona

Col·legi d'Advocats de Girona

Col·legi d'Advocats de Terrassa

Nota dels editors: L'edició dels treballs inclosos en aquesta publicació s'ha finalitzat el dia 20 de setembre de 2011.

SUMARI

PRIMERA PONÈNCIA EL DESPLEGAMENT DEL LLIBRE SISÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

Presentació general.....	15
MIQUEL MARTÍN-CASALS	
El punt de vista dels registradors sobre la futura regulació de les obligacions i els contractes al Codi Civil de Catalunya	25
ANTONI GINER GARGALLO	
La perspectiva notarial sobre el Llibre sisè del Codi Civil de Catalunya	33
JOAN CARLES OLLÉ FAVARÓ	
El sector assegurador i la responsabilitat extracontractual al futur llibre sisè	37
CRISTINA TURMO RODRÍGUEZ	
L'advocacia catalana davant la codificació del Dret català d'obligacions i contractes.....	47
PEDRO L. YÚFERA SALES	
La contractació que afecta els consumidors al futur Llibre sisè.....	57
JORDI ANGUERA CAMÓS	

SEGONA PONÈNCIA EL CONTRACTE DE COMPRA-VENDA

Antecedents i perspectives de la regulació de la compra-venda.....	61
ANTONI MIRAMBELL ABANCÓ	
Línies generals de la proposta de regulació de la compra-venda en el marc de la modernització del Dret privat europeu de contractes	75
ANTONI VAQUER ALOY	
La compra-venda immobiliària: en especial, el pacte de reserva de domini i la condició resolutòria	121
ANTONIO CUMELLA GAMINDE	
Aspectes pràctics de la proposta de regulació de la compra-venda.....	141
FRANCESC TORRENT CUFÍ	
Contractació amb consumidors i vendes especials.....	165
MARILÓ GRAMUNT FOMBUENA	

TERCERA PONÈNCIA EL CONTRACTE DE SERVEIS

Configuració i tipologia dels contractes de serveis: una proposta per a Catalunya des del marc europeu	183
ESTHER ARROYO AMAYUELAS	
Vicissituds en la prestació de serveis: deures de cooperació, instruccions i modificacions del contracte	227
JOSEP FERRER I RIBA	
Què esperem d'una nova regulació de serveis?	239
YAGO CUESTA CIVÍS	

QUARTA PONÈNCIA LA RESPONSABILITAT EXTRA CONTRACTUAL

Principis per a una proposta de regulació de la responsabilitat extracontractual al Codi Civil de Catalunya	249
MIQUEL MARTÍN-CASALS	
Criteris per a una regulació de la responsabilitat de l'empresari al Llibre VI del CCCat... 303	
JOSEP SOLÉ FELIU	
Aspectes rellevants per a l'assegurança d'una futura regulació catalana de la responsabilitat civil	347
JOSÉ MARÍA MAYOR CIVIT	

CINQUENA PONÈNCIA ALTRES FONTS D'OBLIGACIONS

Les altres fonts d'obligacions al llibre sisè, en especial, l'enriquiment injustificat	357
FERRAN BADOSA COLL	
La gestión oficiosa de negocios ajenos como fuente de obligaciones: el fundamento de las obligaciones del gestor y del "dueño" o titular del asunto gestionado.....	423
JUANA MARCO MOLINA	

COMUNICACIONS

L'acció d'enriquiment injustificat per intromissió en Dret d'altri: naturalesa, contingut i substantivitat jurídica pròpia en el Dret privat espanyol i en el Marc Comú de Referència (PEL Unj Enr.)	457
CARLES VENDRELL CERVANTES	
El mal samarità. L'absorció dels beneficis obtinguts amb la causació de danys	503
MIQUEL MARTÍN-CASALS, ALBERT RUDA GONZÁLEZ	

VICISSITUDS EN LA PRESTACIÓ DE SERVEIS: DEURES DE COOPERACIÓ, INSTRUCCIONS I MODIFICACIONS DEL CONTRACTE

JOSEP FERRER I RIBA

CATEDRÀTIC DE DRET CIVIL
UNIVERSITAT POMPEU FABRA

SUMARI I. INTRODUCCIÓ: CONTRACTES DE SERVEIS I DEURES DE COOPERACIÓ. II. DEURES DE COMUNICACIÓ EN EL PROCÉS DE NEGOCIACIÓ. III. DEURES EN EL PROCÉS D'EXECUCIÓ DEL CONTRACTE. IV. MODIFICACIONS UNILATERALS I CONSENTIDES. V. ANNEX. 1. Deures precontractuals. 2. Deures de col·laboració. 3. Instruccions del client 4. La modificació del contracte de serveis.

I. INTRODUCCIÓ: CONTRACTES DE SERVEIS I DEURES DE COOPERACIÓ

Un tret característic dels contractes de serveis (llevat que siguin de prestació instantània o duració trivial) és la implicació de deures de cooperació d'intensitat notable. Tot i tractar-se de contractes de canvi, amb prestacions contraposades de les quals les parts pretenen obtenir el major benefici al menor cost, el procés de negociació i d'execució contractual requereix en molts casos el compliment de càrregues d'informació, advertiment, instrucció i supervisió en interès propi i de l'altre contractant. Aquests deures de cooperar estan particularment indicats per la naturalesa de la prestació característica dels contractes de serveis, almenys en tres sentits:

- En primer lloc, la prestació del servei, en els contractes als quals ara ens referim, constitueix un procés dinàmic, de materialització progressiva, en el curs del qual es poden revelar circumstàncies que facin l'execució més onerosa, més lenta, menys efectiva, menys satisfactòria. La intervenció de les parts pot contribuir a limitar o corregir aquestes desviacions respecte d'allò que es representaven en el moment de contractar.
- En segon lloc, és freqüent que el contracte estigui regulat de manera incompleta i que la prestació característica estigui traçada només en

línies generals, amb remissió de la seva concreció a la fase d'execució. Això es produeix, sobretot, quan l'especificació *ex ante* de totes les característiques del servei que ha de prestar-se té un cost elevat o és senzillament impossible (p. ex., perquè no es poden identificar totes les contingències que s'esdevindran ni es pot anticipar el tipus de reajustament més adequat per a cadascuna d'elles).

- Finalment, en els contractes de serveis, la prestació inútil, a banda del dany causat al client no satisfet, és normalment per al prestador del servei un cost irrecuperable. El servei ja realitzat –llevat del que té com a resultat una obra– no pot ser restituit al prestador ni es pot tornar a comercialitzar, encara que sigui en condicions menys avantatjoses per al prestador. En la mesura que el servei no satisfà el client, constitueix una pèrdua neta de valor, que cal evitar tant com sigui possible.

El dret espanyol regula amb profusió els deures d'informació precontractual i contractual en els contractes de consum, però no els específics de cooperació en els contractes de serveis (salvant els deures derivats de la participació en un procés d'edificació, que descriu la Llei 38/1999, però no com a contingut contractual). El dret català n'esmenta alguns en el règim jurídic dels contractes d'integració (Llei 2/2005), que són contractes de prestació de serveis amb estreta col·laboració de les dues parts. En general, doncs, els deures de cooperació s'han de deduir del deure general de bona fe i honradesa en els tractes (art. 111-7 CCCat) i de la integració del contracte amb la bona fe (art. 1258 CC). A l'altre extrem de l'espectre de normativitat, el Marc Comú de Referència (MCR) descriu amb minuciositat aquests deures, qualificats –un cop conclòs el contracte– com a “obligacions contractuals”, en delimita l'abast i n'estableix les conseqüències jurídiques de l'incompliment. Entre aquests dos extrems el dret comparat presenta una gamma molt diversa de plasmació legal d'aquests deures, amb caràcter general o referits a determinades modalitats contractuals. La situació actual, doncs, convida a una primera reflexió sobre el grau desitjable d'explicitació normativa d'aquestes regles. La posició del grup de treball, en aquest punt, es mou en un terreny intermedi, en la creença que el contingut dels deures i el seu abast es pot deduir sense massa dificultat d'estàndards d'honradesa i criteris de raonabilitat generalment acceptats, però que en canvi l'articulació del seu règim d'eficàcia jurídica, incloses les conseqüències del seu incompliment, ha de ser objecte de concreció normativa.

II. DEURES DE COMUNICACIÓ EN EL PROCÉS DE NEGOCIACIÓ

Els deures d'honradesa en els tractes i de respecte a la confiança exigibles en el procés de negociació de qualsevol contracte tenen una importància acusada en els contractes de serveis, que en fan oportuna una regulació

específica. Aquests deures es prediquen de qualsevol contracte de serveis, però divergeixen –en contingut i intensitat– en funció del tipus de servei, les circumstàncies en les que es presta i les característiques del prestador i del client.

En la fase pre-contractual, són primordials els deures d'informació del prestador del servei. El prestador ha de subministrar tota la informació rellevant per a que el client pugui assabentar-se de si la prestació oferta satisfà el seu interès, pugui exercir el seu marge de negociació (si en té) i adoptar la decisió de contractar o no. La informació ha de ser veraç i complir uns certs nivells de suficiència i comprensibilitat. L'observança d'aquest deure és imposada a tots els intervinents en el mercat per la legislació sobre competència deslleial (art. 7 LCD, redactat per Llei 29/2009); als prestadors de serveis, en general, per la legislació sobre l'accés a les activitats de serveis i al seu exercici (art. 22 Llei 17/2009) i als prestadors de serveis a consumidors i usuaris, per la legislació de consum. En el dret del consum, el deure d'informació del prestador es correspon amb un dret bàsic del client (art. 8 d LGDCU). La informació ha d'abastar les característiques essencials del contracte i, per tant, del servei que es presta; les conseqüències jurídiques de l'atorgament del contracte, i els riscos per a la salut i la seguretat susceptibles de provenir de la utilització previsible del servei (art. 12 i 60 LGDCU; art. 126-1 a 126-9 del Codi de consum de Catalunya).

La informació que d'acord amb l'anterior marc normatiu cal subministrar en la fase precontractual té vocació de generalitat i uniformitat: en l'àmbit de les relacions de consum, el seu destinatari és el consumidor mitjà o el membre mitjà del grup a qui s'adreça el servei (art. 4 LCD). Per mitjà de la imposició de deures d'informar es pretén, essencialment, evitar distorsions significatives en el comportament econòmic d'un usuari mitjà de serveis homogeneïtzats.

Més enllà d'aquest deure –i a vegades intersecant-se amb ell– es troben els deures específics d'advertiment, que apareixen si hi ha la possibilitat que el contracte se celebri a partir d'assumpcions errònies. En el cas dels serveis, aquestes assumpcions errònies poden incidir en les qualitats, l'efectivitat o la seguretat de la prestació característica i amb el cost del compliment que haurà d'assumir el prestador del servei. Els deures generals d'informació abans esmentats poden prevenir o mitigar el risc d'error si el servei que ha de prestar-se és un servei estàndard i el client és un usuari mitjà, però poden ser insuficients si el client presenta particulars vulnerabilitats, té interessos idiosincràtics o contracta la prestació d'un servei a mida, exercint un poder de definició i concreció d'allò que pretén obtenir. En aquests casos, el deure d'informació pot requerir el suplement de deures d'advertiment (cf. IV.C. – 2:102 MCR).

Els deures d'advertiment són rellevants tant en els serveis prestats a consumidors com en el tràfic empresarial i poden recaure en ambdues parts: el prestador del servei pot haver d'advertir del risc que el servei prestat no sigui prou útil (no assoleixi el resultat pretés), causi danys al client o sigui més car o més lent de l'esperat per aquest (si no es pacta anticipadament la retribució o el termini, sinó que es fa dependre de l'obtenció del resultat); el client, per la seva banda, pot haver d'advertir al prestador del servei de les dificultats amb què es pot topar, si fan la prestació més difícil.

La regulació dels deures d'advertiment planteja, com a qüestió prèvia, la de la seva mateixa exigència i acoblament amb el principi d'autoresponsabilitat. La imposició de deures d'advertiment està justificada en presència de asimetries en la disponibilitat de la informació, però té el seu límit en la diligència que es pot exigir a cada part per a vetllar pels seus interessos. Salvant el deure de diligència –que exonera la part que omet, no maliciosament, advertir a l'altra dels errors inexcusables– cal comparar la disponibilitat d'informació de cada part (disponibilitat real o exigible segons la seva obvietat o la qualificació professional). Sempre que hi hagi asimetria i l'omissió d'informació que una part té o hauria de tenir incideixi negativament en el valor de l'intercanvi per a l'altra part, ha d'entendre's exigible l'advertiment, sense que siguin rellevants, en aquest context, els costos incorreguts per a obtenir la informació (cf. IV.C. – 2:102 (2, 6, 7, 8) MCR).

L'omissió de deures d'advertiment pot determinar, si el contracte s'arriba a celebrar, que la prestació del servei sigui més onerosa, es demori en el temps, sigui inútil o menys satisfactòria de l'esperat, o no es pugui arribar a complir. La reacció jurídica a l'omissió, en la mesura que malmet la llibertat de decisió de l'altre contractant, pot articular-se –si se'n compleixen els requisits– per mitjà de l'acció de nul·litat per error (art. 1266 CC), però també ha de ser compatible amb el manteniment de l'eficàcia del contracte, posant a càrrec de la part que tenia el deure d'advertiment el perjudici sofert per l'altra part.

En el dret del consum espanyol i català, l'omissió d'informació precontractual rellevant determina la integració del contracte d'acord amb el principi de bona fe objectiva (art. 65 LGDCU; art. 123-7.3 Codi de consum). Tanmateix, en aquests casos el contracte no presenta un problema de llacunes que hagin d'integrar-se, sinó de defectes rellevants en la formació de la voluntat, perquè d'haver-se produït l'advertiment, el contracte no s'hauria conclòs o ho hauria estat en termes diferents. La sanció legal a l'incompliment del deure de fer els advertiments necessaris ha de consistir, més aviat, en posar a càrrec de l'infractor les conseqüències negatives de l'omissió. La conseqüència jurídica dependrà de qui sigui la part que ha omès el seu deure. Si ho és el prestador del servei, haurà d'atenir-se al contracte sense poder demanar-ne la modificació (p.ex., reclamació del cost addicional; allargament del termini

de compliment), i haurà de respondre, si arriba el cas, de l'incompliment contractual per no assolir el resultat esperable pel client. Si és el client qui ha silenciado aquelles circumstàncies que podien fer la prestació del servei més onerosa o que podien causar danys al prestador del servei, aquest podrà reclamar compensació addicional per la major onerositat i indemnització dels danys patits, com també, si escaigués, que es reajusti el termini de compliment del contracte.

La proposta que formulem per al dret català es troba en aquestes coordenades, simplificant notablement la regla corresponent del MCR (IV.C. - 2:102). D'aquesta regla, ens sembla prescindible l'explicitació d'alguns casos en què no opera el principi d'autoresponsabilitat del client (apartat 7) i dels casos en què ha de presumir-se el coneixement, per una o altra part contractant, de fets o circumstàncies que haurien de ser advertits a la contrapart (apartats 6 i 8). Creiem que aquest tipus de judicis -que depenen de la condició personal o professional del contractant, o d'altres circumstàncies de fet- es pot remetre a la discrecionalitat judicial, evitant l'excessiva densitat de la matèria regulada.

III. DEURES EN EL PROCÉS D'EXECUCIÓ DEL CONTRACTE

L'execució dels contractes de serveis, si l'activitat que s'ha de desenvolupar té una mínima complexitat, constitueix un procés en el qual és freqüent que les parts hagin d'interactuar per a protegir els seus interessos, sigui l'interès a contenir els costos de compliment o a obtenir la plena satisfacció amb el servei prestat. Aquesta interacció, que pot anar de merament recomanable a imprescindible, es pot traduir en l'assumpció de obligacions jurídiques, definides en el contracte o basades en la llei. Una regulació dels contractes de serveis amb vocació de completesa ha de perfilar els trets essencials d'aquests deures, la seva dinàmica i les conseqüències del seu compliment o incompliment. La interacció entre les parts, constant el contracte, es pot manifestar de maneres molt diverses:

- Informació. Els deures d'informació del prestador del servei, si bé més significatius en la fase precontractual, persisteixen durant l'execució del contracte, en la mesura necessària per a que el client pugui fer ajustos a la seva pròpia posició, si escau, i prendre les decisions adients per a maximitzar la seva utilitat. El deure d'informació posterior a la celebració del contracte de serveis té rang legal (art. 23 Llei 17/2009; art. 21.3 LGDCU, en la redacció donada per la Llei 25/2009), si bé s'orienta més a assabentar el client de les

conseqüències del servei ja executat, que no pas de les vicissituds que es produeixen en el curs de l'execució.

- Advertiment. Els deures d'advertiment típics de la fase de negociació precontractual també perduren després de la perfecció del contracte, lògicament adaptats a un escenari de vinculació entre les parts. L'existència de deures d'advertiment posteriors a la celebració del contracte ha de relacionar-se amb la progressiva concreció i materialització del servei, que pot evidenciar riscos no aparents en la fase precontractual, o amb la impartició d'instruccions del client, si són errònies o inconsistents (cf. IV.C. - 2:108 MCR).
- Actuació coordinada. L'execució del servei pot pressuposar l'assumpció per part del client d'actuacions que la condicionen, com ara l'obtenció de permisos, el subministrament de materials o la contractació de serveis connexos a càrrec de tercers. El contracte pot exigir que les parts coordinin els seus esforços per a poder complir les seves obligacions.
- Impartició d'instruccions. El desenvolupament del contracte pot fer necessària o convenient la impartició d'instruccions pel client, sigui perquè ho exigeix la progressiva concreció de la prestació, perquè en el moment de la perfecció es van deixar alternatives obertes, o perquè apareixen contingències imprevistes a les quals calgui donar resposta. Aquestes situacions poden justificar tant la facultat del client de donar instruccions com la del prestador del servei de demanar-les (en els contractes d'obra, v., p. ex., art. 143.1 i 211.1 del TR de la LCAP, qualificant aquesta activitat com a "interpretació tècnica" del contracte). La impartició d'instruccions obre la possibilitat -i a vegades, la necessitat- d'una modificació del contracte, que pot comportar alteracions en el seu valor per a les parts, respecte de les quals la llei ha de posicionar-se (cf. IV.C. - 2:107 MCR).
- Supervisió i control. La adequació de l'activitat desenvolupada a l'interès del client i, en el seu cas, l'assoliment del resultat esperat es poden assegurar, eventualment, amb el reconeixement al client de facultats de supervisió o control. Aquesta facultat pot tenir caràcter instrumental respecte de la d'impartir instruccions o de fer advertiments, que es basen en el coneixement com s'està duent a terme la prestació del servei. La supervisió pel client també pot limitar la pèrdua de valor per al prestador del servei en cas d'incompliment, si permet detectar-lo de manera anticipada i suspendre la continuació d'una activitat inútil.

Una futura regulació legal dels contractes de serveis podria optar per no plasmar normativament aquests deures, deixar que les parts -en

aquells contractes on aquests deures són significatius- els incorporin explícitament al clausulat i, a manca de previsió, remetre la seva operativitat i conseqüències als remeis generals del dret de contractes (quan la seva infracció sigui greu) i a les exigències de la bona fe. Aquesta opció, tanmateix, no és òptima tècnicament ni políticament. No sembla una bona opció de política jurídica atès el pes dels serveis en l'economia, la seva magnitud actual i, sovint, complexitat. És bo que les parts se sentin lliures per interactuar com creguin més convenient, i és previsible que ho facin al marge del marc legal, però un règim normatiu supletori que s'adeqüi a les expectatives més usuals -si es vol, fent les distincions que calguin en alguns subtipus de serveis- pot estalviar molts costos de transacció, proporcionar seguretat jurídica i evitar l'abús de posicions de predomini en el contracte. Des d'un punt de vista tècnic, la remissió a la bona fe pot ser efectiva per a fonamentar obligacions implícites (els contractes, com és sabut, no obliguen només a allò pactat), però no per a articular sistemes més complexos d'interacció amb remeis *ad hoc* (p. ex., suspensió del contracte; desistiment; modificació unilateral del temps de compliment; imposició a la contrapart de costos addicionals, etc.)

La proposta que formulem en aquesta matèria parteix també del MCR (IV:C. - 2:103, 2:107 i 2:108), però, com en el cas dels deures precontractuals, amb una clara pretensió de simplificar-lo. Creiem que els deures de col·laboració poden ser al·ludits amb una fórmula general i algunes exemplificacions i que cal posar el centre de gravetat de la norma en les conseqüències jurídiques del seu incompliment, en els termes següents:

- L'omissió d'informació o d'instruccions pel client, en els casos en què té el deure de facilitar-les, hauria de facultar el prestador del servei per a suspendre l'execució o realitzar-la d'acord amb les expectatives que es puguin atribuir raonablement al client, comunicant-li-ho prèviament en ambdós casos. El client responsable de l'omissió, al seu torn, hauria d'assumir l'augment del cost de prestació del servei o l'allargament del termini que es derivin de la suspensió. Eventualment, si el prestador del servei opta per la suspensió i la situació no es desbloqueja, ha de poder posar fi a l'*impasse* exercint una facultat de desistiment del contracte.
- Si l'incompliment dels deures de cooperació és imputable al prestador del servei, creiem que han de produir-se efectes anàlegs als de l'omissió del seu deure (precontractual) d'advertiment: haurà de complir el contracte tal com va ser estipulat, sense poder carregar cap sobrecost al client, i patir les conseqüències indemnitzatòries d'un eventual incompliment. El client, d'altra banda, ha de tenir vies de sortida d'una relació que previsiblement no tingui bon fi per

l'actitud no cooperativa del prestador del servei: si l'incompliment és greu, ha de disposar del remei resolutori, amb indemnització dels danys; altrament, ha de tenir sempre la facultat de desistiment unilateral sense compensació al prestador o amb compensació limitada a l'enriquiment obtingut fins al moment de desistir.

Pel que fa a les instruccions, s'ha de reconèixer el dret del client a donar-les, si així resulta del contracte (com és habitual, p. ex, en els contractes de gestió dirigida: art. 1719 CC) o de la naturalesa del servei, que pot implicar certs límits (p. ex., la no intromissió en àmbits professionals). La principal dificultat que planteja la impartició d'instruccions és la seva virtualitat potencial com a *ius variandi* i l'obertura d'un incident d'incertesa sobre l'existència o no de modificació contractual i l'abast d'aquesta. En aquesta conjuntura, el prestador del servei, si entén modificat el contracte, té la càrrega d'advertir-ho al client, el qual, al seu torn, pot revocar la instrucció o atènyer-se a les conseqüències de la modificació. De manera anàloga, si el prestador creu que el seguiment de la instrucció impedirà el compliment satisfactori del contracte, té també el deure d'advertir-ho, i el client l'oportunitat de revocar la instrucció o de mantenir-la, atenint-se a les conseqüències del seu seguiment.

Aquesta proposta de marc legal no dóna resposta a totes les situacions que es poden arribar a plantejar en l'àmplia zona situada entre la novació del contracte fruit de la renegociació i el desistiment unilateral que es pot arribar a produir si fracassa la cooperació, com tampoc ho fa, malgrat la seva sofisticació, la regulació del MCR. La pretensió de formalitzar tots els supòsits d'acció i reacció en el curs de l'execució del contracte és inviable. En darrer terme, l'observança de les exigències de l'honradesa i la bona fe seguirà operant com a clàusula de tancament del sistema, com ho ha estat fins ara.

IV. MODIFICACIONS UNILATERALS I CONSENTIDES

En els contractes de llarga durada, el dret afronta el dilema de compatibilitzar el principi de vinculació del contracte amb la flexibilitat suficient per a ajustar-lo als canvis en l'entorn o a altres circumstàncies sobrevingudes que alterin de manera substancial (i negativa) el valor de l'intercanvi per a algun dels contractants. La facultat de modificar unilateralment el contracte pot haver estat anticipada i prevista en el contracte, però la llei ha de donar resposta als casos en què no s'hagi fet aquesta previsió o en què aquesta no cobreixi eventualitats que tanmateix justificarien la modificació. Una resposta a aquestes situacions és la previsió de la facultat de desistiment, que pot facilitar oportunitats de renegociació del contracte. El dret a desistir

és legalment reconegut al client en el contracte d'obra (art. 1594 CC) i al consumidor en els contractes de tracte successiu o continuat (art. 62 ap. 3 i 4 LGDCU) i és acceptat com a principi, a favor d'ambdues parts, en els contractes de durada indefinida. Tanmateix, els problemes d'ajust al canvi de circumstàncies apareixen també en contractes en els quals no sempre hi ha dret de desistiment (p. ex., de llarga durada, però no indefinida) o on el desistiment no és adequat (p. ex., perquè s'han fet inversions específiques de valor substancial que es perdran si es posa fi al contracte).

El MCR contempla la facultat de modificació unilateral en els contractes de serveis en l'art. IV. C. - 2:109. El precepte es refereix només a la modificació de la prestació principal (el servei), i l'admet, a instàncies de qualsevol d'ambdues parts, si és raonable prenent en consideració: (i) el resultat que es vol aconseguir; (ii) els interessos del client; (iii) els interessos del prestador del servei, i (iv) les circumstàncies concorrents en el moment de la modificació. Per a jutjar sobre la raonabilitat de la modificació es té en compte: (i) si és necessària per a prestar el servei amb la diligència deguda o per a obtenir el resultat pactat; (ii) si és conseqüència d'una instrucció donada en exercici de la facultat corresponent; (iii) si és una resposta raonable a un advertiment fet pel prestador del servei durant l'execució del servei, o (iv) si és requerida per un canvi sobrevingut i imprevisible de circumstàncies. En alguns casos, doncs, la modificació unilateral és una conseqüència de la pròpia dinàmica del contracte (impartició d'instruccions pel client; advertiments fets pel prestador). En altres casos, la modificació es pot arribar a justificar per la seva necessitat (si la causa que determina la impossibilitat de prestar el servei en les condicions originàriament pactades no és imputable al prestador del servei), o pel canvi excepcional de circumstàncies. En qualsevol cas, es dóna al client a qui no satisfà la modificació proposada pel prestador del servei l'alternativa de desistir del contracte (IV. C. - 2:111).

La facultat de modificar unilateralment un contracte de serveis es pot considerar justificada si el seu exercici porta a un reajustament eficient del contracte (és a dir, que reporti un benefici per a ambdós contractants o almenys que no sigui perjudicial per a un d'ells) tenint en compte la respectiva posició de les parts abans de la modificació, i es donin circumstàncies que facin inviable o massa costós arribar a aquest resultat per mitjà d'una renegociació bilateral. Aquesta situació es pot donar si el prestador del servei ha de modificar algun aspecte de la seva prestació respecte d'una pluralitat de clients units a ell per mitjà de contractes independents, sempre que la modificació només pugui ser efectiva o útil si té lloc enfront de tots ells a la vegada (això explica, p. ex., la previsió legal de facultats de modificació unilateral del contracte de viatge combinat, ex art. 158 LGDCU). També es pot donar si el prestador necessita introduir canvis en

un procés productiu que hagin de repercutir en el contingut de tots els seus contractes en curs o d'una sèrie determinada dels mateixos, o quan en les circumstàncies del contracte el client podria explotar de manera oportunista la dependència en què circumstancialment pugui trobar-se el prestador respecte d'ell (com pot passar en el contracte d'obra, si en el curs de l'obra sobrevenen circumstàncies que fan que la utilitat del treball ja executat pel contractista depengui en alguna mesura que puguin introduir-se canvis en el projecte inicial). En aquests casos, la modificació unilateral prevé el risc que el client obstaculitzi la modificació fins que li sigui cedida una part desproporcionada del valor de la inversió ja efectuada pel contractista).

La proposta que formulem per al dret català és més cautelosa a l'hora d'admetre modificacions unilaterals que la del MCR. Partim del principi que el contracte de serveis només es pot modificar pel consentiment d'ambdues parts, i cap d'elles pot imposar a l'altra una modificació no desitjada. Aquest principi, però, ha de ser compatible amb les alteracions que puguin derivar-se de les facultats de demanar i de donar instruccions, que s'han de reconèixer amb amplitud. Si es produeix una eventualitat que impedeix o dificulta complir el programa prestacional originari en els termes previstos, el prestador ha de poder sol·licitar instruccions sobre com procedir, de les quals es pot derivar una modificació contractual. El mateix efecte es pot produir si les instruccions són donades per iniciativa del client. Fora d'aquests grups de casos, la facultat de modificació unilateral requereix pacte previ, amb compliment, en el seu cas, de les prevencions legals per al cas que s'incorpori a condicions generals de la contractació (art. 85.3 LGDCU). Aquest tractament més aviat restrictiu quant al reconeixement de la facultat de modificació unilateral pot ser objecte d'excepció en alguns subtipus de contractes de serveis (p.ex., els de construcció, si la modificació és de poca entitat en relació amb l'objecte del contracte, i de no dur-se a terme es produirà un perjudici substancial al constructor), i ha d'equilibrar-se també, en tot cas, amb el reconeixement de la facultat de desistiment unilateral a favor tant del prestador del servei com del client, sempre que es produeixi un desacord amb la modificació imposada (en els casos en què aquesta sigui admissible) o la frustració dels intents de renegociació.

Hem deixat deliberadament fora de l'àmbit de la regla sobre modificació del contracte en els casos en què aquesta es podria produir per aplicació de la clàusula *rebus*. La decisió té a veure amb una qüestió d'estructura sistemàtica del futur dret de contractes, atès que la regla sobre les conseqüències de la superveniència de circumstàncies imprevisibles que alterin greument l'equilibri contractual té un caràcter més general i haurà d'ubicar-se previsiblement en una altra seu normativa. El MRC, en aquest cas, també remet a la regla general de III. - 1:110 quant a la definició dels requisits per a la variació del contracte, però opta per facilitar la modificació unilateral de la prestació

a càrrec del prestador del servei sense haver de recórrer als tribunals. Si bé és cert que no és pràctic haver d'acudir al jutge mentre l'execució del contracte es troba en curs, la proposta del Marc Comú té més inconvenients que avantatges, en desplaçar la càrrega de litigar a la part disconforme amb l'adaptació del contracte imposada per l'altra. Davant d'una eventualitat excepcional, sembla preferible exhaurir les vies de renegociació i, si aquesta fracassa, posar en la part que pretén la modificació la càrrega d'acudir als tribunals.

V. ANNEX

1. Deures precontractuals

1. Les parts tenen el deure precontractual de proporcionar-se la informació necessària per a la correcta execució del servei i d'advertir-se dels riscos i les dificultats que coneguin i que previsiblement pugui comportar l'execució, si no són evidents o l'altra part ja els hauria de conèixer. Aquests deures no exclouen els que imposi la llei en determinats tipus de contracte.

2. En cas d'incompliment del deure d'informació pel prestador del servei, si durant l'execució es materialitza algun risc o dificultat que hauria d'haver estat advertit, aquell ha de complir en els termes convinguts sense poder demanar la modificació del contracte.

3. En cas d'incompliment del deure d'informació pel client, el prestador del servei pot demanar compensació per l'eventual augment d'onerositat del compliment o pels danys que pateixi, i també, si escau, que es reajusti el termini de compliment del contracte.

2. Deures de col·laboració

1. Els contractants han de col·laborar per a la correcta execució del servei. Això inclou, en particular, el deure de proporcionar-se la informació necessària i, si escau a la naturalesa del servei o resulta del contracte, la facultat del prestador del servei de sol·licitar instruccions i la facultat del client de donar-les, d'acord amb l'article [Instruccions del client], i de supervisar l'execució del servei.

2. Si el client incompleix el deure de proporcionar informació o de donar instruccions d'acord amb l'apartat primer, el prestador del servei pot suspendre l'execució o bé realitzar-la d'acord amb les expectatives que raonablement es puguin atribuir al client, comunicant-ho prèviament en ambdós casos. Si la suspensió augmenta l'onerositat del compliment

o implica un termini de compliment més llarg, el prestador del servei pot reclamar l'increment de preu o que es reajusti el termini.

3. En el supòsit de l'apartat segon, el prestador del servei també pot, prèvia notificació i després d'un termini raonable, desistir del contracte amb les conseqüències previstes a l'article [Extinció per desistiment].

4. En cas d'incompliment del deure d'informació pel prestador del servei, s'aplica el que disposa l'ap. 2 de l'article [Deures precontractuals].

3. Instruccions del client

1. El client pot donar instruccions al prestador del servei si així resulta del contracte o de la naturalesa del servei. Les instruccions s'han de donar de manera tempestiva.

2. Si les instruccions donades pel client comporten una alteració del contracte, el prestador del servei li ho ha d'advertir i, si el client no revoca la instrucció en un termini raonable, s'entén que accepta el possible increment de preu o allargament del termini de compliment.

3. Si el prestador del servei considera que en cas de seguir les instruccions el contracte no es podrà complir o es frustrarà el resultat que es volia aconseguir, ho ha d'advertir al client. Si aquest no revoca la instrucció en un termini raonable, el prestador del servei pot optar entre desistir unilateralment del contracte o prestar el servei d'acord amb les instruccions rebudes. En cas de desistiment unilateral, el prestador del servei pot reclamar el pagament del preu de la part de servei ja prestada i la indemnització corresponent als perjudicis que li hagi causat l'extinció anticipada del contracte. Quan el proveïdor del servei no assoleixi el resultat pactat o esperat pel fet d'haver seguit les instruccions del client, no respondrà pels perjudicis causats.

4. La modificació del contracte de serveis

1. El contracte de serveis es pot modificar per consentiment d'ambdues parts. En defecte de pacte, les repercussions de la modificació en el preu i en la durada són les que resultin d'una adaptació proporcional a les noves condicions en què s'ha de prestar el servei.

2. S'apliquen al contracte de serveis les regles generals sobre alteració sobrevinguda de les circumstàncies.

