

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	

PRIMERA PONÈNCIA

**EL DESPLEGAMENT DEL LLIBRE SISÈ
DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA**

PRESENTACIÓ GENERAL

MIQUEL MARTÍN-CASALS

CATEDRÀTIC DE DRET CIVIL
INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT
UNIVERSITAT DE GIRONA

SUMARI I. L'ELABORACIÓ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA I, EN PARTICULAR DEL LLIBRE VI, EN EL MARC DE L'OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA. II. ANNEX.

I. L'ELABORACIÓ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA I, EN PARTICULAR DEL LLIBRE VI, EN EL MARC DE L'OBSERVATORI DE DRET PRIVAT DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA

L'any 2000 el Decret 13/2000, de 10 de gener, de reestructuració parcial del Departament de Justícia, va crear l'Observatori de Dret Privat de Catalunya, com a òrgan desconcentrat sense personalitat jurídica pròpia, que depèn del Conseller/a de Justícia amb la finalitat, entre d'altres, d'actuar com un instrument especialitzat de l'acció política del Govern de la Generalitat en matèria de dret privat de Catalunya.

Mitjançant el Decret 190/2000, de 29 de maig, es va regular la composició, l'organització i el funcionament dels diferents òrgans de l'Observatori.

L'Observatori s'estructurava bàsicament en un Consell rector i una Comissió de Codificació. La Comissió de Codificació estava composta per quatre Seccions (Dret de Família, Dret de Successions, Dret Patrimonial i d'Harmonització) i d'un Ple.

L'art. 14 del Decret preveia que les Seccions de Dret de Família, Dret de Successions i Dret Patrimonial tindrien una durada limitada (de dotze mesos, prorrogable a divuit mesos, en aquest darrer cas) i que un cop haguessin finalitzat les tasques encomanades, el president i un dels seus vocals

s'incorporaran a la Secció d'Harmonització i aquelles Seccions quedarien dissoltes automàticament. Les funcions de la Secció d'Harmonització eren “establir les línies mestres de la codificació, assumir els codis i les lleis aprovades per conformar el futur Codi civil de Catalunya, revisant-ne l'estructura, el llenguatge i la tècnica legislativa per tal d'aconseguir homogeneïtat i evitar buits, remissions i duplicitats innecessàries” i també havia d'assumir “la revisió de les institucions que no estan assignades a cap de les altres seccions”. Un cop enllestida la tasca de preparació del Codi civil de Catalunya, la Secció d'Harmonització, reforçada amb dos membres de cada Secció es convertiria en la Comissió Permanent de la Comissió de Codificació.

L'optimisme polític era evident, atès que hom pensava que en un termini de, com a màxim, 18 mesos comptadors des de la constitució de les Seccions hom podria disposar ja d'un Codi civil complet.

La Secció d'Harmonització, ampliada amb els presidents de les altres tres Seccions va dissenyar el que esdevindria la Primera Llei del Codi civil de Catalunya (Llei 29/2002, de 30 de desembre).

Per tal d'intentar conjurar tant els perills de limitació externa com d'autolimitació del legislador català, els redactors de la Llei Primera van voler establir a l'art. 3 una mena de “full de ruta” per a l'elaboració del Codi Civil de Catalunya, la qual es podia cobrir en diverses etapes. Per fer-ho calia un disseny tècnic-legislatiu que permetés començar el Codi per qualsevol dels seus Llibres, Títols o Capítols, amb la introducció d'una numeració indiciària o decimal de l'articulat que fes possible aquesta articulació (“Codi obert”). Certament, la metodologia podia comportar desajustaments, però era l'única que permetia tenir un Codi civil des del primer dia sense haver d'esperar l'aprovació de tots els seus Llibres. D'altra banda, hom era ben conscient que un cop estiguessin aprovats tots el Llibres caldria dur a terme una tasca d'ajustament per a polir possibles contradiccions o emplenar possibles buits en el que podia ser una gran refosa o “Llei Final” del propi Codi civil.

L'art. 3 de la Primera Llei del Codi Civil de Catalunya preveia que tindria els sis Llibres que aquí s'enumeren pel que finalment ha estat el seu ordre cronològic d'aprovació:

1. Llibre primer, relatiu a les disposicions generals, que inclou les disposicions preliminars i la regulació de la prescripció i de la caducitat. Fou aprovat per la Llei 29/2002, de 30 de desembre. Primera llei del Codi civil de Catalunya.
2. Llibre cinquè, relatiu als drets reals, que inclou la regulació d'aquesta matèria aprovada pel Parlament. Fou aprovat per la Llei

- 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals.
3. Llibre tercer, relatiu a la persona jurídica, que inclou la regulació de les associacions i de les fundacions. Fou aprovat per la Llei 4/2008, de 24 d'abril, del llibre tercer del Codi civil de Catalunya, relatiu a les persones jurídiques.
 4. Llibre quart, relatiu a les successions, que inclou la regulació de les matèries contingudes en el Codi de successions per causa de mort i en les altres lleis especials d'aquest àmbit. Fou aprovat per la Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions.
 5. Llibre segon, relatiu a la persona i la família, que inclou la regulació de la persona física, les matèries actualment compreses en el Codi de família i les lleis especials d'aquest àmbit. Fou aprovat per la Llei 25/2010, del 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família.

Per tal de completar el Codi queda el Llibre VI, motiu d'aquestes Jornades, “relatiu a les obligacions i els contractes, que inclou la regulació d'aquestes matèries, comprenent-hi els contractes especials i la contractació que afecta els consumidors” (cf. Art. 3, f) Llei 29/2002, de 30 de desembre. Primera llei del Codi civil de Catalunya).

Quan l'any 2004, el Decret 266/2004, de 27 d'abril, de regulació dels òrgans de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya, va reestructurar la seva organització van desaparèixer les Seccions de la Comissió de Codificació, es va mantenir el Ple de la Comissió de Codificació i es va crear la Comissió Permanent. Els treballs impulsats fins aleshores per les Seccions es van començar a duu a terme d'acord amb un nou sistema de “grups de treball”, creats lliurement per la persona titular del Departament de Justícia i formats per un coordinador i uns vocals nomenats i cessats lliurement per la persona titular del Departament de Justícia i que, en tot cas, cessen automàticament quan acaba la legislatura.

Pel que fa al Ple, l'article 9 del Decret 266/2004, de 27 d'abril, establia que entre altres funcions, té les d'informar sobre la necessitat de reformes legislatives, per tal d'adequar la legislació catalana a la realitat actual, establir les bases a les quals s'ha d'ajustar aquesta nova regulació, i informar sobre la conveniència de regular noves institucions.

En ús d'aquestes funcions, en data 11 de febrer de 2009, el Ple de la Comissió de Codificació de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya va aprovar l'Índex del Llibre VI que consta en l'Annex d'aquest document.

Les línies generals del que després, amb les modificacions pertinents, va esdevenir aquest índex es van debatre per primera vegada en una taula rodona final del IV Congrés de Dret Civil Català que va tenir lloc a Tarragona l'any 2008, en la qual vaig tenir l'honor de participar amb il·lustres companys, membres tots ells de l'antiga Secció de Dret Patrimonial. El llibre d'actes d'aquest Congrés de Dret català titulat "Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas", publicat l'any següent, no va recollir, però, els debats d'aquesta taula rodona final¹.

El document que acompanyava la proposta d'Annex sobre l'estructura del Llibre VI que va aprovar el Ple de la Comissió de Codificació, indicava que legislar en matèria d'obligacions i contractes té ara més sentit que mai, perquè ni la pretesa europeïtzació del dret dels contractes ni la per ara llunyana utopia d'un Codi civil europeu² havien impedit que haguessin dut a terme una important tasca de reforma del dret d'obligacions i contractes legisladors com ara l'alemany, ni que també l'estiguessin duent a terme legisladors com ara l'austríac o el francès. Tampoc que ho estigues fent, sense publicitat, l'espanyola Comisión General de Codificación, en un procés que després va donar lloc a l'anomenada "Propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos".³ Hom feia esment que l'antiga Secció de Dret Patrimonial havia ja elaborat un text articulat i comentat, tancat el 23.04.2004 amb el títol de "Treballs preparatoris del Llibre Sisè del Codi Civil de Catalunya". Hom qualificava el text de "molt meritori, però molt desigual", degut fonamentalment a que la sobtada desaparició de la Secció havia impedit acabar la feina, i hom destacava que estava centrat en els contractes en particular i que dedicava només set articles a les regles relatives a la gestió de negocis aliens, el pagament del indegut, l'enriquiment injustificat i a la responsabilitat extracontractual. Així, per exemple, tota la regulació de la responsabilitat extracontractual s'establia en un sol article el qual deia que "[T]ota persona està obligada a reparar el dany material o moral que hagi causat a una altra per la seva conducta activa o omisiva" (art. 612-7). Molt més completa era la regulació de determinats contractes com ara la compra-venda, el contracte de serveis, el contracte d'obra, els contractes de mandat, de dipòsit, de societat civil, etc., alguns dels qual partien d'informes o dictàmens previs encarregats per la Secció.

¹ Esteve Bosch Capdevila (coord.), *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, Bosch, 2009.

² Sobre la llunyania d'un eventual procés codificador europeu vegeu, per tots, la crítica de H. Eidenmüller / F. Faust / H. Ch. Grigolet / N. Jansen, G. Wagner / R. Zimmermann, *The Common Frame of Reference for European Private Law ---Policy Choices and Codification Problems*, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 28, No. 4 /2008, p. 659-708.

³ Comisión General de Codificación, *Propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2009.

Hom proposava al Ple de la Comissió de Codificació tenir en compte aquests treballs, però també que això no hauria de ser obstacle per a replantejar moltes opcions i introduir-ne d'altres. Així, per exemple:

(a) Hom manifestava la possibilitat que en una Primera Llei del Llibre VI, com va fer la Primera Llei del Codi Civil per a tot el Codi, es marqués l'estructura que hauria de tenir aquest Llibre. Aquest Primera Llei del Llibre VI podria contenir més a més matèria substantiva, com ara la regulació d'alguna o algunes figures contractuals i la resta de matèries d'obligacions i contractes continguda a la Compilació per tal de derogar-la. Hom va valorar els avantatges i inconvenients d'una Llei que explicités tot el contingut del Llibre VI, però el Ple no es va pronunciar ni a favor ni en contra.

(b) Hom destacava que en els treballs preparatoris s'agrupaven les fonts de les obligacions no contractuals en un Capítol previ de "fonts de les obligacions" dins d'un Títol genèric sobre l'obligació, a l'estil del Codi del Quebec. Hom considerava que tal vegada, podria ésser una millor opció dedicar un Títol als contractes en especial, un altre a la responsabilitat extracontractual i agrupar la gestió de negocis aliens i a l'enriquiment injustificat, que tenen un tractament més breu, en un sol títol final referit a les "altres fonts de les obligacions". Amb la aprovació de l'Annex aquesta estructura quedava aprovada, si bé amb el benentès que el Títol I, sota l'epígraf de "Disposicions generals" havia de permetre regular la part general de les obligacions en una fase final de refosa i ajustament de tot el Llibre, el qual no es preveia tramitar en tota la seva integritat, com en el cas dels Llibres anteriors, sinó per parts. És a dir, hom preveia fer amb els Títols del Llibre VI un procediment de tramitació i aprovació esglaonat semblant al que s'havia fet anteriorment amb els diversos Llibres del Codi.

(c) Hom proposava també incloure en el Codi aquells contractes "fugitius" i aquelles matèries pròpies del Llibre VI que per raons de pressa van passar a formar part de Lleis especials quan ja s'havia fet l'opció pel Codi obert. Es tractava d'incloure la Llei 2/2005, de 4 d'abril, de *contractes d'integració*; la Llei 1/2008, de 20 de febrer, de *contractes de conreu*; la Llei 6/2000, de 19 de juny, de *pensions periòdiques*; la Llei 23/2001, de 31 de desembre, de *cessió de finca o d'edificabilitat a canvi de construcció futura*; el Decret 168/1994, de 30 de maig, de *reglamentació de les agències de viatges*, però només pel que fa als aspectes civils dels viatges combinats, etc.

(d) Hom destacava que, per imperatiu de la Primera Llei (cf. art. 3 f]) el Llibre VI havia de contenir la regulació civil del Dret del consum que correspongués. S'indicava que, a diferència del Dret italià i del francès, que disposen de codis de consum separats del Codi civil, hi ha altres models, com ara l'alemany, que defineixen el concepte de consumidor en el Codi civil (cf. § 13 BGB) i integren la regulació de la contractació de consumidors

dins d'aquest cos legislatiu. La Primera Llei havia optat clarament per aquest segon model, i també ho va fer molt després la “*Propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos*”⁴ espanyola. S'indicava que calia tenir present que ambdós models són incompatibles, que no podia haver-hi una altre “Codi del consum” que regulés matèries civils en relació a consumidors, i que la integració del Dret del consum en el Codi civil contribuïa a que el Codi recuperi la centralitat que històricament li ha correspost en la contractació privada.

(e) Hom manifestava que els treballs preparatoris de l'any 2004 no havien pogut tenir en compte la riquesa de materials que aporta avui el que ha esdevingut l'anomenat “Marc Comú de Referència” (DCFR, 2009), ni altres treballs publicats des d'aleshores, com ara els “Principis de Dret europeu de la responsabilitat civil” (PETL), o recent treballs de caire nacional com ara la proposta de reforma austríaca del dret d'obligacions, o els materials francesos de diversos projectes en matèria d'obligacions i contractes. Calia, doncs, tenir en compte aquests referents.

(f) En el document no s'entrava en detall en l'anàlisi de les competències legislatives en matèria civil en general ni, en concret, en la cabalística expressió de les “*bases de las obligaciones contractuales*” de l'art. 149, 1, 8a CE. Es limitava a esmentar la jurisprudència poc clara i expansiva, com ara la STC 71/1982, de 30 de novembre, sobre l'Estatut del Consumidor Basc, la STC 264/1993, de 22 de juliol, que sembla identificar aquestes “bases” amb la validesa i eficàcia entre les particulars de les relacions jurídiques derivades dels contractes, o la STC 14/1998, de 22 de gener, que sembla fer-ho amb les regles sobre el compliment de les obligacions.

Com s'ha pogut veure en la història recent —i no tant recent— que va des de la Llei de filiacions fins la Primera Llei del Codi Civil de Catalunya, el perill d'un recurs d'inconstitucionalitat pesa sobre el Dret català es faci el que es faci. La història més recent sembla confirmar la condició de ciutadans sospitosos que tenim els catalans i la sentència sobre l'Estatut, sense modificar res, ens continua col·locant en un permanent estira i arronsa. Com diu l'informe del Grup d'Experts relatiu a la sentència del Tribunal Constitucional sobre l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, en el cas de l'art. 129, “el TC és limita a mantenir immutable la seva doctrina i salva la constitucionalitat del precepte però no perquè accepti el canvi proposat pel text estatutari sinó perquè l'interpreta de forma reductiva i manipulativa fent-lo encaixar en la competència estatal definida d'acord amb la seva concepció tradicional d'aquesta competència”. I afegeix “En definitiva, la interpretació establerta per la sentència suposa haver perdut l'oportunitat de fer coincidir el marc estatutari amb la pràctica consolidada. Tanmateix els seus efectes pràctics

⁴ Citada a la nota anterior.

seran previsiblement força limitats ja que si no canvien les circumstàncies tan sols obligarà a continuar cercant agònicament la connexió de les noves matèries regulades amb institucions preexistents, com s'ha fet fins ara, i negociar políticament una interpretació flexible dels termes “conservació, modificació i desenvolupament” de l'article 149.1.8 CE”.⁵

(g) Finalment, com a qüestió que tal vegada pot semblar purament tècnica i per tant menor, hom remarcava la necessitat de que en l'elaboració de les diverses parts del Llibre VI s'intensifiqués el procés de participació i consulta amb el grups professionals i col·lectius de possibles afectats, com a una mesura molt important dins d'una “Anàlisi d'Impacte Regulatori” (AIR), entès com a eina per a obtenir i analitzar la informació relativa als previsible efectes (positius/negatius) de les disposicions normatives que s'estan elaborant. El Decret 106/2008, de 6 de maig, de mesures per a l'eliminació de tràmits i la simplificació de procediments per facilitar l'activitat econòmica disposa, en el seu art. 4.1 que:

1. Les propostes de disposicions de caràcter general i d'avantprojectes de llei que elaborin els departaments de l'Administració de la Generalitat, a més de la documentació preceptiva que determinen la legislació sobre procediment i règim jurídic de l'Administració de la Generalitat i la legislació sectorial que sigui d'aplicació, han d'anar acompanyades amb un informe d'avaluació de l'impacte de les mesures proposades, que formarà part de l'expedient de tramitació de la proposta.

Encara que el Decret no ho esmenti, és ben sabut que l'AIR inclou bàsicament les 5 fases següents:

1. Anàlisi del problema, definició d'objectius i alternatives.
2. Identificació dels costos, beneficis i altres impactes de cadascuna de les opcions que es prenen en consideració.
3. Consultes als destinataris de les normes i altres possibles afectats per elles.
4. Anàlisi de l'execució i compliment (o anàlisi de l'anomenada “practicabilitat” o “factibilitat” de la regulació)

⁵ Grup d'Experts, Informe sobre la sentència del Tribunal Constitucional que resol el recurs d'inconstitucionalitat presentat per 50 diputats i senadors del Partit Popular contra l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, Comentari a l'art. 129, p. 30-31, localitzable a http://premsa.gencat.cat/pres_fsvp/docs/2010/07/21/12/11/76d06239-427f-48da-a533-5cf2492b43ea.pdf (Data de consulta: 10.9.2010).

5. Revisió o avaluació “ex post”.

No es pot dur a terme una regulació sense analitzar el possible impacte de cada opció de política legislativa que s'adopti. Per fer-ho cal comptar no només amb el potencial de tots els juristes de Catalunya, sinó també amb la informació i les opinions dels “destinatariis de les normes i altres possibles afectats”.

Aquesta Primera Ponència, amb tots els seus participants, es presenta com un primer pas en aquest sentit.

Annex

Títol 1.- DISPOSICIONS GENERALS (6.1)

Títol 2.- EL CONTRACTE (6.2)

Títol 3.- ELS CONTRACTES (6.3)

Capítol 1 Contractes transmissors (631)

Secció Primera Disposicions generals (DL 1/1984: Compilació)

Secció Segona Compra-venda (DL 1/1984: Compilació)

Secció Tercera Compravendes especials

Secció Quarta Compra-venda a carta de gràcia (DL 1/1984: Compilació)

Secció Cinquena Permuta

Secció Sisena Cessió a canvi de construcció futura (Llei 23/2001)

Capítol 2 Contractes sobre activitat aliena (632)

Secció Primera Disposicions comunes

Secció Segona Contractes de serveis (inclou obra)

Secció Tercera Contracte de dipòsit

Secció Quarta Contracte de mandat

Capítol 3 Contractes sobre objecte aliè (633)

Secció Primera Contractes d'arrendament (Llei 1/2008: contractes de conreu)

Secció Segona Contracte de comodat

Secció Tercera Contracte d'aprofitament per torns

Secció Quarta	Contracte d'estacionament temporal de vehicle
Capítol 4	Contractes aleatoris (634)
Secció Primera	La pensió vitalícia o violari (Llei 6/2000: pensions periòdiques)
Secció Segona	El contracte d'aliments
Secció Tercera	El joc
Capítol 5	Contractes de cooperació (635)
Secció Primera	La societat
Secció Segona	La parceria (Llei 1/2008: contractes de conreu)
Secció Tercera	La masoveria (Llei 1/2008: contractes de conreu)
Secció Quarta	La integració (Llei 2/2005: contractes d'integració)
Capítol 6	Contractes de finançament i de garantia (636)
Secció Primera	El préstec
Secció Segona	El censal (Llei 6/2000: pensions periòdiques)
Secció Tercera	La fiança
Capítol 7	Contractes de resolució de conflictes (637)
Secció Primera	Disposicions generals
Secció Segona	Contracte de transacció
Secció Tercera	Contracte de mediació
Secció Quarta	Contracte d'arbitratge
Títol 4.- LA RESPONSABILITAT EXTRA CONTRACTUAL (64)	
Capítol 1	Disposicions generals (641)
Capítol 2	Dany (642)
Capítol 3	Causalitat i imputació objectiva (643)

Capítol 4 **Imputació subjectiva (644)**

Secció Primera Responsabilitat per culpa

Secció Segona Responsabilitat objectiva

Secció Tercera Responsabilitat per fet aliè

Capítol 5 **Causas d'exoneració (645)****Capítol 6** **Pluralitat de causants del dany (646)****Capítol 7** **Remeis (647)**

Secció Primera Disposicions generals

Secció Segona Dany patrimonial

Secció Tercera Dany no patrimonial

Títol 5.- LES ALTRES FONTS DE L'OBLIGACIÓ (65)**Capítol 1** **La voluntat unilateral (651)****Capítol 2** **La gestió de negocis aliens (652)**

Secció Primera Disposicions generals

Secció Segona Deures del gestor

Secció Tercera Drets del gestor

Capítol 3 **L'enriquiment injustificat (653)**

Secció Primera Disposicions generals

Secció Segona Requisits

Secció Tercera Causas d'exoneració

Secció Quarta Remeis

Secció cinquena Relació amb altres obligacions

Capítol 4 **El cobrament de l'indegut (654)**

EL PUNT DE VISTA DELS REGISTRADORS SOBRE LA FUTURA REGULACIÓ DE LES OBLIGACIONS I ELS CONTRACTES AL CODI CIVIL DE CATALUNYA

ANTONI GINER GARGALLO

REGISTRADOR DE LA PROPIETAT

**SUMARI I. INTRODUCCIÓ II. PROBLEMES O LÍMITS DE LA REGULACIÓ CATALANA
SOBRE LES OBLIGACIONS I ELS CONTRACTES. 1. LÍMITS CONSTITUCIONALS. 2.
LÍMITS EUROPEUS. III. REGULACIÓ QUE HAURIA DE CONTENIR EL LLIBRE VI.**

I. INTRODUCCIÓ

El Registre de la Propietat és una institució creada per proporcionar seguretat jurídica al tràfic dels béns immobles. Proporciona una informació amb valor jurídic sobre el domini i altres drets reals que recauen sobre els immobles. Aquest valor jurídic va des de la presumpció iuris tantum a favor del titular del dret (principi de legitimació) a la presumpció iures et de iure a favor del tercer adquirent (principi de fe pública).

La importància dels efectes que proporciona la publicitat registral exigeix la regulació d'una sèrie de garanties o control de qualitat respecte la informació que es publica. Aquestes exigències són essencialment en dues:

- a) L'exigència de titulació autèntica per inscriure els drets. Els títols en els que s'adquireixen, modifiquen o extingeixen els drets reals sobre els immobles han de garantir l'autenticitat de les parts atorgants, la integritat del contingut dels contractes o resolucions i la certesa de la seva data. Només la documentació notarial, judicial o administrativa produeix aquests efectes.
- b) Els drets que han d'inscriure's i els títols de constitució, adquisició, modificació o extinció han de complir tots els requisits establerts per

la llei. És vital que no accedeixin al registre títols nuls o anul·lables, perquè, encara que la inscripció no convalida aquests títols, els efectes de la legitimació i la fe pública registral pot produir l'aparició d'un tercer registral amb dret inatacable, amb privació del seu dret al titular civil. Per això la llei obliga al registrador a qualificar la legalitat dels títols aportats. Aquesta qualificació implica comprovar si els drets que es demanen inscriure compleixen tots els requisits legalment establerts així com si els actes o contractes en que s'han adquirit, modificat o extingit s'ajusten a la llei.

Si hem d'expressar el punt de vista dels registradors sobre una norma jurídica, com succeeix avui amb la regulació de les obligacions i els contractes que ha de contenir el Llibre VI del Codi Civil Català, hem de tenir en compte el que hem dit abans. Si la nostra tasca és comprovar la legalitat dels títols presentats en els que s'adquireixen, modifiquen o extingeixen drets sobre els immobles, és evident que aquesta feina serà molt més fàcil com més clara i completa sigui la regulació legal. Per contra, la manca de regulació, la seva deficiència o la separació entre la regulació i la realitat social vigent dificultarà el nostre treball.

La importància de la normativa sobre obligacions i contractes en la nostra feina és evident: els drets que s'inscriuen al registre de la propietat (domini, hipoteca, usdefruit, servituds, etc.) es poden adquirir, transmetre, modificar o extingir com a conseqüència de contractes. El registrador no només ha de comprovar que el dret compleixi els requisits legals continguts bàsicament al Llibre V, sinó també que els títols de constitució, transmissió, modificació o extinció s'ajustin a la llei. La nul·litat del contracte determinarà també la inexistència del dret. També la part general de les obligacions té una importància fonamental pels registradors. Si bé és cert que al registre no accedeixen les obligacions com a tals sinó només els drets reals, també és cert que aquesta afirmació té una important excepció en seu del dret d'hipoteca. La hipoteca garanteix tota mena d'obligacions. Quan s'inscriu una hipoteca, la inscripció ha d'identificar els tres fonamentals de l'obligació garantida. Això exigeix també la qualificació de la legalitat d'aquesta obligació. Hem de tenir en compte el caràcter accessori de la hipoteca respecte l'obligació garantida, de forma que la nul·litat de l'obligació afectarà també al dret real.

Per això, demanem de la futura regulació del Llibre VI el que demanem de tota norma jurídica:

- a) Que ens proporcioni una regulació completa de les obligacions i els contractes. Som partidaris d'una regulació completa de les obligacions i contractes. Evidentment, aquesta regulació s'haurà

- d'ajustar a les competències de la Generalitat de Catalunya, a les que farem breu referència, però amb vocació de regulació total.
- b) En segon lloc, demanem que la normativa no plantegi problemes d'interpretació ni d'integració. L'ambigüitat és un dels principals enemics de la seguretat jurídica. Per aconseguir aquest requisit és necessari que la norma sigui resultat d'un treball acurat en el que intervingui tota la societat.
 - c) En tercer lloc, és imprescindible que la norma reculli la realitat social i econòmica actual. Això exigeix un estudi tant de les posicions doctrinals més modernes com de les regulacions més recents d'altres països.

II. PROBLEMES O LÍMITS DE LA REGULACIÓ CATALANA SOBRE LES OBLIGACIONS I ELS CONTRACTES

Fins ara ha quedat clar que els registradors estem especialment interessats en que la regulació catalana de les obligacions i els contractes sigui el més completa possible, de manera que ens proporcionï un instrument útil per la nostra tasca de qualificació. Ara bé, quan la Generalitat de Catalunya afronta el repte de regular aquesta matèria s'enfronta a un doble obstacle:

- a) La limitació competencial resultant de l'article 149.1.8 de la Constitució.
- b) Els intents d'una regulació europea única.

1. Límits constitucionals

L'article 149.1.8 de la Constitució estableix que en qualsevol cas l'Estat té competència en la legislació civil sobre les regles relatives a .. d) les bases de les obligacions contractuals.

Aquesta norma, exemple de l'ambigüitat a la que abans feia esment, permet totes les interpretacions possibles, des de les més restrictives per la competència catalana fins les més amplies.

1. La posició més restrictiva de les competències catalanes pot arribar a deduir del precepte constitucional que el àmbit autonòmic és molt limitat. L'expressió "bases de les obligacions contractuals" inclouria les següents matèries:

- la forma de les obligacions i dels contractes.

- condicions necessàries dels contractes.
- modalitats dels contractes.
- contingut típic dels contractes.
- condicions generals de la contractació.
- responsabilitat civil per danys.

Aquesta posició deixaria pel legislador català un àmbit molt limitat. Només les qüestions ja regulades per la Compilació de 1960, les lleis especials aprovades i altres contractes que no estiguin regulats pel legislador estatal. PUIG SALELLAS, malgrat les seves conviccions personals, arriba a aquesta conclusió estudiant la jurisprudència del Tribunal Constitucional, especialment les sentències de 22 de juliol de 1993 i de 27 de febrer de 1997.¹

2. La posició més favorable a la competència catalana limitaria el concepte “bases de les obligacions contractuals” als principis bàsics d’ordre públic que vinculen no només al legislador autonòmic sinó també a l’estatal, al tractar-se molts d’ells de principis constitucionals. GETE-ALONSO² inclou entre aquests principis els següents:

- principi d’unitat de mercat.
- principi de llibertat d’empresa.
- principi de respecte de l’autonomia de la voluntat.
- principi de protecció als consumidors.
- principi de lliure circulació de mercaderies i persones en l’espai europeu.
- principi de tutela judicial efectiva.

L’aplicació d’aquesta doctrina suposarà una ampla competència catalana per regular tota la matèria d’obligacions i contractes, sense més limitació que la de respectar aquests principis bàsics del nostre ordenament.

És molt difícil preveure quina serà la possible interpretació del Tribunal Constitucional davant d’una hipotètica impugnació de la regulació catalana. Poques o cap pista dona la Sentència de 28 de juny de 2010 sobre l’Estatut

¹ Josep Maria Puig Salellas: “El desenvolupament de la competència legislativa en matèria civil” dins dels “Materials de les 11enes jornades del Dret Català a Tossa”.

² Maria del Carme Gete-Alonso Calera: “El Llibre VI del Codi Civil de Catalunya sobre les obligacions i els contractes. Quan, com i per què hem de codificar-lo” Indret, Febrer 2009.

d'Autonomia. Quina ha de ser l'actuació del legislador català davant d'aquesta situació?

Entenc que la resposta a aquesta pregunta ja la va donar la Llei 29/2002, de 30 de desembre, primera llei del Codi civil de Catalunya. El legislador ha optat per dotar a Catalunya d'un Codi Civil, la qual cosa implica una voluntat inequívoca de donar una regulació completa del dret civil que s'aplicarà a Catalunya. La llei preveu l'estructura i sistemàtica que haurà de tenir el Codi Civil, dividit en sis llibres. L'article 3 defineix aquests llibres i inclou un llibre sisè, relatiu a les obligacions i els contractes, que inclou la regulació d'aquestes matèries, comprnent-hi els contractes especials i la regulació que afecta als consumidors, aprovada pel Parlament. El mandat del legislador és prou clar per entendre que s'ha optat definitivament per una regulació total i completa de la matèria. Així, compartim amb BOSCH CAPDEVILA³ que la part de obligacions i contractes és probablement la part més important d'un codi civil, i si es vol complir una de les principals funcions del Codi Civil de Catalunya, com és la de reunir en un únic cos legal tota la normativa civil, hem d'incloure una regulació completa de les obligacions i dels contractes.

2. Límits europeus

La segona qüestió que podria limitar la competència catalana per regular les obligacions i contractes són els intents europeus de regular d'una manera harmonitzada aquesta matèria. Per què hem de tenir una regulació específica quan intentem tenir una regulació europea única?

Ara bé, si estudiem el procés europeu d'harmonització, veiem clarament que no ha de suposar cap obstacle al procés legislador català. És cert que existeix una posició europea clara favorable a unificar la normativa referida a les obligacions i els contractes, fins al punt de considerar el dret contractual com el nou ius comune europeu. El Parlament europeu, en resolució de 26 de maig de 1989 reiterada el 6 de maig de 1994 propugnava un Codi Civil Europeu. Ara bé, fins ara no només no s'ha avançat amb aquesta idea sinó que més bé sembla predominar la idea de donar una guia als legisladors nacionals en la seva regulació. Excepte la Convenció de Viena de 1980, que dóna normes uniformes sobre la compra-venda internacional de béns mobles, no hi ha cap altra norma amb valor jurídic d'àmbit europeu o internacional que reguli les obligacions i els contractes. És cert que són molts els treballs que pretenen aquesta harmonització, com els Principis Unidroit, els Principis Europeus de Dret Contractual, el Avantprojecte de Codi Civil Europeu dels contractes i el Marc Comú de Referència. Com diu VAQUER ALOY, aquest darrer no és un intent o projecte de Codi Civil Europeu sinó

³ Esteve Bosch Capdevila: "Introducción" dins de "Derecho Contractual Europeo" (Bosch).

més bé un document acadèmic, no tancat, que, en el millor dels casos, servirà com instrument guia pels legisladors nacionals⁴. Tots aquests treballs són un excel·lent cos prelegislatiu amb material d'investigació.

El legislador català no es pot veure limitat en la seva actuació per l'existència d'aquests treballs. En tot cas, són un material molt important en els treballs del legislador català. Si s'aprovés a nivell europeu unes normes d'harmonització del dret de contractes, el legislador català hauria d'adaptar la seva normativa a les exigències europees. Ara bé, com diu GÓMEZ GÀLLIGO⁵ no s'ha de fer una interpretació normativa obligatòria i sistemàtica dels drets contractuals segons els treballs europeus en aquesta matèria, i, en especial, segons el Marc Comú de Referència.

En conseqüència, la regulació de les obligacions i els contractes pel legislador català no pot quedar en suspens per uns treballs que no se sap quan acabaran ni quin valor normatiu tindran.

III. REGULACIÓ QUE HAURIA DE CONTENIR EL LLIBRE VI

Vist tot el que s'ha dit fins ara, i havent defensat una regulació completa de les obligacions i els contractes dins del Codi Civil Català, crec convenient enumerar una sèrie de qüestions que, considero, haurien d'estar incloses en aquesta regulació. No és una estructura de Llibre IV sinó només una relació no exhaustiva de matèries:

1. Part general: les obligacions i les seves fonts. Classes d'obligacions: especial regulació dels efectes de la solidaritat i la mancomunitat. Extinció de les obligacions.
2. Contractes:
 - a) Teoria general del contracte: principi de llibertat de forma, principi de llibertat civil i respecte a l'autonomia de la voluntat, caràcter dispositiu de les normes, si no es diu el contrari.
 - b) Contractes típics:
 - Compra-venda: especialment s'hauria de regular la venda a carta de gràcia, la venda amb reserva de domini, la venda amb condició resolutòria en garantia del preu ajornat.

⁴ Antoni Vaquer Aloy: "El Marco común de referencia" dins de "Derecho Contractual Europeo" (Ed. Bosch).

⁵ Javier Gómez Gállego: "La repercusión en el derecho español de las propuestas de armonización del Derecho Contractual Europeo" dins de "Derecho Contractual Europeo" (Ed. Bosch).

-
- Permuta i cessió de finca a canvi d'obra futura.
 - Arrendament: urbà, rústic, mobiliari.
 - Arrendament financer o leasing.
 - Multipropietat o aprofitament temporal.
 - Mandat: imprescindible regular els efectes del mandat i de la seva extinció en front a tercers. Forma d'acreditar el mandat.
 - Contracte de societat civil.
 - Préstec i fiança.
- c) Normes de protecció dels consumidors.
- d) Responsabilitat extracontractual.
- e) Altres fonts d'obligacions: negocis unilaterals.

LA PERSPECTIVA NOTARIAL SOBRE EL LLIBRE SISÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

JOAN CARLES OLLÉ FAVARÓ

DEGÀ DEL COL·LEGI DE NOTARIS DE CATALUNYA

L'elaboració d'un Llibre VI del Codi Civil de Catalunya és un mandat del Parlament de Catalunya. La Llei 29/2002, de 30 de Desembre, Primera Llei del Codi Civil de Catalunya, en el seu article 3 que en regula l'estructura, diu que el Llibre sisè serà el relatiu a obligacions i contractes, comprenent-hi els contractes especials i la contractació que afecta els consumidors.

Aquesta simple constatació hauria de ser suficient per exhaurir el debat que des d'alguns sectors s'ha encetat a Catalunya respecte de la necessitat o no de regular la matèria d'obligacions i contractes. D'altra part, l'argument que sovint s'utilitza per recolzar aquesta tesi de la innecessarietat, que no és altre que el de la futura aprovació d'un Codi Civil europeu, o simplement d'un codi europeu dels contractes, no és ni molt menys decisiu, ni la mesura que aquesta idea ha anat abandonant-se els darrers anys i essent substituïda per fórmules soft law, no vinculants, que cristal·litzen en regles opcionals, interpretatives, com els principis de dret de la Comissió Lando o els principis Unidroit.

Alhora també s'ha de fer una segona constatació: als juristes pràctics ens serà de gran ajut tenir al nostre abast una normativa el més completa possible, que doni solucions i continguts moderns i adients als problemes i a les formes contractuals actuals, com es el cas, per exemple, de tota la regulació sobre els contractes de consum, que ha estat objecte d'un gran impuls i

desenvolupament en el si de la Unió Europea. En aquest sentit, s'ha de reconèixer que el Código Civil espanyol s'ha quedat en bona part endarrerit en la cabdal matèria d'obligacions i contractes.

Per tant, el debat s'ha de centrar més en com s'ha de confegir aquest Llibre VI, quin abast ha de tenir. La Sentència del Tribunal Constitucional de 28 de juny de 2010 ha fet una interpretació de l'article 129 de l'Estatut de Catalunya de 2006 que, sense entrar en més consideracions, deixa l'estat de la qüestió competencial en aquesta matèria, si fa no fa, com estava abans de la sentència. És sabuda la vaguetat de la reserva estatal de les bases de les obligacions contractuals, ex art. 149.1.8, i tot el debat que aquesta qüestió ha generat i generarà. Per tant, cal demanar al legislador català l'exercici de la competència i el compliment del mandat legal i alhora una certa prudència legislativa, donat el context polític actual.

Amb tot, es poden fer algunes consideracions aproximatives amb alguna certesa. Partint de la competència genèrica de desenvolupament del dret civil propi del mateix precepte constitucional, no hi ha dubte que es poden regular els quasi contractes i la responsabilitat extracontractual, que resten fora de la reserva estatal. I pel que fa a la distinta tipologia dels contractes, no hi hauria d'haver excessius problemes per legislar-hi, donada l'existència de força institucions pròpies en el dret positiu actual, ja sigui en el si del mateix Codi, en lleis especials, o en la Compilació, encara vigent en aquest punt, o bé resseguint el fil dels precedents històrics. Potser la regulació d'una normativa general sobre obligacions i contractes convindria, de moment, deixar-la ajornada.

El dret contractual, en definitiva, és objecte d'un ampli debat a tot Europa on, per una part, s'està generant tota aquesta legislació comunitària tova, no vinculant, però que no hi ha dubte que és la base d'una progressiva harmonització del dret contractual europeu, tot establint un seguit de principis generals o comuns, que de mica en mica es van imposant i generalitzant, i d'altra part, la majoria d'Estats ha obert un procés d'estudi de la revisió i modernització dels seus ordenaments que, en línies generals, podríem afirmar que el que tracten es d'anar incorporant aquestes pautes generals. Alemanya ha estat capdavantera en aquest procés amb la important modificació de 2002, però també França i recentment Espanya estan analitzant i debatent la revisió de la normativa sobre obligacions i contractes. En concret, el 2008, la Comisión General de Codificación va presentar una elaborada Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos, que actualment està encallada però que, per raons òbvies, a Catalunya, s'hauria de tenir molt en compte.

En definitiva, es al legislador català a qui li correspondrà prendre la decisió de l'abast i el ritme en el qual s'haurà de bastir el Llibre VI del Codi Civil de

Catalunya. Tenim l'oportunitat d'enllestir un Llibre modern, innovador, que prengui en consideració i estigui a l'alçada de tot el que en aquest moment s'està cuinant a Europa, però sense que això comporti un trencament substancial amb tot allò que ha estat el gruix de la nostra tradició jurídica. No es tracta tampoc de canviar-ho tot de dalt a baix d'un dia per l'altre. Ens ho hauríem de pensar molt i molt abans de capgirar les institucions bàsiques que han regulat secularment aquesta matèria a casa nostra, i que en la majoria dels casos estan fortament arrelades a la mentalitat de la nostra comunitat jurídica i, en general, de la nostra societat.

És ben cert que Jaume Balmes pensava amb fonament que l'escola jurídica catalana es caracteritzava de sempre pel caràcter obert i assimilatiu d'altres drets, però no es menys exacte, com han afirmat Lluís Figa i altres autors, que el dret català històric es un dret essencialment consuetudinari, basat en el costum i la pràctica jurídica. Les dues afirmacions són compatibles. De fet, els millors texts jurídics catalans son aquells que han encertat a conjuminar la nostra tradició jurídica amb l'evolució de la societat i la legislació dels països del nostre entorn. Es tracta, finalment, de trobar aquell punt dolç d'equilibri entre tradició i modernitat.

EL SECTOR ASSEGUADOR I LA RESPONSABILITAT EXTRA CONTRACTUAL AL FUTUR LLIBRE SISÈ

CRISTINA TURMO RODRÍGUEZ

SUBDIRECCIÓ GENERAL DE RISCOS I ASSEGURANCES
DEPARTAMENT D'ECONOMIA I FINANCES
GENERALITAT DE CATALUNYA

SUMARI I. INTRODUCCIÓ. II. LA SINISTRALITAT DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA PER DANYS A TERCERS. III. ANÀLISI DE L'APLICABILITAT PRÀCTICA DE PRINCIPIS DE RESPONSABILITAT CIVIL DE DRET EUROPEU DE L'EUROPEAN GROUP ON TORT LAW.

I. INTRODUCCIÓ

Lligar l'experiència que, des de fa 20 anys, té la Generalitat de Catalunya en la contractació centralitzada de pòlisses d'assegurances per a cobrir els danys que pot ocasionar a tercers i en la tramitació de sinistres assegurats, amb els principis de responsabilitat civil de Dret europeu que l'European Group on Tort Law¹ ha recollit, ens pot servir de fonament per al desplegament de la responsabilitat extracontractual en el futur llibre sisè del codi civil de Catalunya i, posteriorment, adaptar-los a les nostres necessitats.

La importància de la responsabilitat extracontractual en la nostra vida diària és constant. Darrera de cada petit o gran sinistre que es produeix, hi ha un responsable. Responsable que estarà obligat a reparar el dany que ha causat, si se li reclama, mitjançant una indemnització econòmica.

El gestor de riscos de qualsevol tipus d'activitat (tant pública com privada), per tal d'evitar desequilibris pressupostaris importants que puguin sorgir per sinistres inesperats, el que pot fer, i normalment fa, és assegurar part de

¹ European Group on Tort Law, Principles of European Tort Law: Text and commentary, Wien / New York, Springer, 2005.

la seva activitat. D'aquesta manera, trasllada el risc a entitats asseguradores que garanteixen el pagament de sinistres assegurats a canvi d'una prima.

La problemàtica de si s'assegura o no la responsabilitat per danys a tercers del sector públic, ja no és un debat, sinó que s'ha transformat en una necessitat. El gestor públic veu com mitjançant una partida fixa, constant i previsible en els pressupostos anuals evita sorpreses pressupostaries per sinistres no desitjats d'alta intensitat.

Prova d'això, és que tant les administracions públiques autonòmiques, com la central, com la gran majoria d'ens locals, contracten pòlisses de responsabilitat patrimonial i civil per tal de cobrir els danys que poden causar a tercers en l'exercici de les seves competències.

Qualsevol gestor de riscos, tant públic com privat, alhora de determinar els riscos en que es pot veure sorprès, ha de tenir en compte les següents variables:

- la sinistralitat històrica
- les competències assumides, les funcions i l'activitat desenvolupada
- els mitjans personals, materials i informàtics disponibles
- els pressupostos anuals assignats per a desenvolupar la seva activitat

Amb tota aquesta informació, el gestor de riscos podrà analitzar i avaluar les seves necessitats, eliminar els riscos que li siguin possibles i assegurar la resta tenint en compte el pressupost disponible i les taxes de prima fixades pel mercat assegurador.

Centrant-nos en la sinistralitat de la Generalitat de Catalunya per danys a tercers, el primer que s'ha d'analitzar són les possibles vies per on poden arribar les reclamacions. Cal tenir en compte, que la gran part d'aquesta sinistralitat es presenta mitjançant reclamacions administratives de responsabilitat patrimonial regulades per la Llei 30/1992 de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú².

No obstant, cada vegada hi ha més sinistralitat que es reclama directament per la via penal, i que suposa responsabilitats civils subsidiàries derivades

² Regulació derivada del manament constitucional de l'article 106.2 que determina que "els particulars, en els termes establerts per la llei, tindran dret a ésser indemnitzats per tota lesió que pateixin en els seus béns i drets, excepte en els casos de força major, sempre que la lesió sigui conseqüència del funcionament dels serveis públics", recollida en la Llei 26/2010, de 3 d'agost de règim jurídic i de procediment de les Administracions Públiques de Catalunya, i desplegada pel Reial Decret 429/1993, de 26 de març, pel qual s'aprova el reglament dels procediments de les administracions públiques en matèria de responsabilitat patrimonial.

d'aquesta via penal. Així, ens trobem que en determinats àmbits com són: els serveis sanitaris, els serveis penitenciaris i de justícia juvenil, mossos d'esquadra, menors tutelats i quan el que es reclamen són responsabilitats professionals (ja sigui d'arquitectes, sanitaris, aparelladors, enginyers, docents...) cada vegada és més habitual la reclamació per la via penal.

Per altra banda, també arriba alguna reclamació residual per la via civil (per la seva vinculació històrica com a via revisora), per la via de lo social (la qual es declara competent quan el que es reclama són danys i perjudicis soferts per un accident laboral) i, finalment, també arriben sinistres mitjançant l'acció directa prevista en la llei 50/80, del contracte d'assegurances, exercida pel perjudicat directament contra l'assegurador de la Generalitat de Catalunya³.

Tal com es pot comprovar, la sinistralitat de l'administració de la Generalitat de Catalunya és molt diversa, tant per vies de reclamació com per temàtica, atesa la pluralitat de matèries competencials assumides. Amb aquesta diversitat i, en funció del pressupost disponible, s'intenta, per part del gestor públic, trobar cobertura en el mercat assegurador, prioritant necessitats.

La contractació de la pòlissa d'assegurances de la Generalitat de Catalunya de responsabilitat patrimonial i responsabilitat civil (atès que realment estem assegurant les dues figures jurídiques), s'efectua mitjançant concurs públic, i la llei de contractes de les administracions públiques qualifica el contracte com de tipus privat.

Ara bé, malgrat els anys transcorreguts i l'experiència en aquesta contractació, podem dir que, alhora de concursar, és una de les pòlisses on es presenten menys licitadors. Els motius pels quals creiem que hem estat, i encara som, poc atractius pel sector assegurador, el trobem, a més a més del pressupost de sortida que és molt acurat, en la varietat de vies de reclamació i la diversitat d'àmbits competencials assumits en cada una de les administracions a assegurar que suposa un esforç d'especialització per l'assegurador. La responsabilitat civil extracontractual ja demana, per ella mateixa, molta especialització, atès que els danys es poden produir per qualsevol activitat que ens podem imaginar. Si li afegim a aquesta responsabilitat civil, la responsabilitat patrimonial, l'especialització es transforma en requisit imprescindible.

³ En aquests casos en que el perjudicat exerceix l'acció directa contra l'assegurador de la Generalitat de Catalunya, els plecs de clàusules administratives i tècniques de la pòlissa d'assegurances de responsabilitat patrimonial i civil de la Generalitat, obliga a l'assegurador a donar trasllat de la reclamació que li arriba per la via directa a l'administració, per tal que aquesta obri un expedient en la via administrativa.

A la pràctica, en la gestió diària de la sinistralitat, aquestes reticències s'han resolt demostrant a l'assegurador que el procediment de responsabilitat patrimonial regulat per la llei 30/1992 és un procediment on impera l'objectivitat en tota la tramitació, culminant, quan la quantia reclamada així ho exigeix, amb els informes preceptius de la Comissió Jurídica Assessora com a garantia d'objectivitat.

Per altra banda, també s'han disminuït part d'aquestes reticències fent participar a l'assegurador en tota la tramitació del sinistre, de tal manera que a nivell intern, s'han creat les Comissions de Seguiment de Sinistres⁴ i s'han aprovat circulars per encardinar el procediment de responsabilitat patrimonial i civil amb el procediment assegurador. Actualment, les comunicacions de sinistres a l'assegurador s'efectuen on-line amb aportació de tota la documentació en el moment de la comunicació de forma immediata, i l'assegurador està obligat a presentar al·legacions a la reclamació com un interessat més. Al·legacions que formen part del procediment i es tenen en compte en la resolució (pensem que l'assegurador és un gran expert en valoracions). Per altra banda, durant el procediment administratiu, es dona tràmit d'audiència a l'assegurador i, a nivell judicial, l'assegurador és emplaçat obligatòriament.

II. LA SINISTRALITAT DE LA GENERALITAT DE CATALUNYA PER DANYS A TERCERS

Podem afirmar que la sinistralitat de la Generalitat de Catalunya per a danys a tercers, actualment, té dues tendències clares: per una banda, presenta un augment constant de les reclamacions⁵ i, per altra, s'ha modificat la tipologia del sinistres: si fins ara els sinistres amb més freqüència eren de poca intensitat, ara sinistres freqüents tenen intensitats mitjes-altes, que pels asseguradors suposa provisionar amb quanties més elevades.

Analitzada la sinistralitat històrica, hem detectat que, aquesta tendència a l'increment en intensitat i freqüència en el sector públic, està coincidint amb un acotament en l'àmbit de la responsabilitat de les administracions públiques per una part de la jurisprudència.

⁴ Actualment tenim dos tipus de Comissions de Seguiment de sinistres: les mensuals en les que es revisen tots els sinistres declarats durant el mes anterior i els que estan pendents de resoldre ocorreguts fins a una data concreta fixada en la convocatòria, i les trimestrals en les que es revisen exclusivament sinistres problemàtics amb la presència de l'assegurador.

⁵ Actualment es comptabilitzen al voltant dels 1500 sinistres anuals, sense comptar la sinistralitat sanitària.

La característica principal de la responsabilitat patrimonial d'una Administració Pública és que estem davant d'una responsabilitat objectiva,⁶ això és, l'Administració respon pel funcionament normal o anormal dels serveis públics, sempre que aquest funcionament causi un dany al perjudicat que aquest no tingui el deure de suportar. És imprescindible que existeixi un nexa causal entre l'actuació administrativa i el dany causat. Aquest nexa causal és el títol d'imputació de responsabilitat, com ho és, en la responsabilitat civil, la culpa.

Ara bé, aquesta responsabilitat objectiva ha estat, en ocasions, matisada i ponderada per la jurisprudència al aprofundir en casos concrets, atès que, d'altra manera, ens podríem trobar amb un responsabilitat il·limitada de les Administracions Públiques que desvirtuï la naturalesa de la institució. Són nombroses les sentències que determinen que "la prestació d'un servei públic per part de l'Administració i la titularitat per part d'aquella de la infraestructura material per a la seva prestació, no implica que el vigent sistema de responsabilitat patrimonial objectiva de les Administracions Públiques, les converteixi en asseguradores universals de tots els riscos amb la finalitat de prevenir qualsevol eventualitat desfavorable o danyosa pels administrats que es pugui produir amb independència de l'actuar administratiu, atès que del contrari, es transformaria en un sistema providencialista no contemplat en el nostre ordenament jurídic." (STS de 5 de juny de 1998)⁷. Continua, el Tribunal Suprem, determinant que aquesta responsabilitat objectiva no suposa que l'Administració sigui responsable de tots els resultats lesius que puguin produir-se pel simple ús de les instal·lacions públiques, sinó que és necessari que aquest danys siguin

⁶ L'article 139 de la Llei 30/1992 de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú estableix que "els particulars tindran dret a ser indemnitzats per les administracions públiques corresponents, de tota lesió que pateixin en qualsevol dels seus béns i drets, excepte en els casos de força major, sempre que la lesió sigui conseqüència del funcionament normal o anormal dels serveis públics".

Tal com especifica la jurisprudència, la responsabilitat patrimonial "es configura com una responsabilitat objectiva o de resultat, en la qual és indiferent que l'actuació administrativa hagi estat normal o anormal, essent suficient per a declarar-la que, com a conseqüència directa d'aquella s'hagi produït un dany efectiu, avaluable econòmicament i individualitzat. Aquesta fonamental característica imposa que no tant sols no cal demostrar per exigir aquesta responsabilitat que els titulars o gestors de l'activitat administrativa que ha general un dany hagin actuat amb dol o culpa, sino que ni tan sols és necessari provar que el servei públic s'hagi desenvolupat de forma anormal, atès que els preceptes constitucionals i legals que componen el règim jurídic aplicable estenen l'obligació d'indemnitzar als casos de funcionament normal dels serveis públics." STSJC 405/2007, de 18 de maig.

⁷ STSJC 246/2010 de 30 de juliol.

conseqüència directa e immediata del seu funcionament normal i anormal (STS de 13 de novembre de 1997).⁸

III. ANÀLISI DE L'APLICABILITAT PRÀCTICA DE PRINCIPIS DE RESPONSABILITAT CIVIL DE DRET EUROPEU DE L'EUROPEAN GROUP ON TORT LAW

Analitzant els principis de responsabilitat civil de Dret europeu que l'European Group on Tort Law ha recollit i la gestió diària de la sinistralitat de la Generalitat de Catalunya, procedirem a analitzar l'aplicabilitat dels principis següents:

- El principi d'estàndard de conducta exigible
- El principi d'inversió de la càrrega de la prova
- La inclusió de la culpa
- L'exoneració de responsabilitat objectiva per culpa de la víctima

En l'estudi, es defineix en l'article 4:102⁹ l'estàndard de conducta exigible com "el d'una persona raonable que es trobi en les mateixes circumstàncies i depèn, en particular, de la naturalesa i el valor de l'interès protegit de què es tracti, de la perillositat de l'activitat, de la perícia exigible a la persona que la duu a terme, de la previsibilitat del dany, de la relació de proximitat o d'especial confiança entre les persones implicades, així com de la disponibilitat i del cost de les mesures de precaució i dels mètodes alternatius".

En la sinistralitat de la Generalitat de Catalunya ens trobem en jurisprudència que aplica una doctrina que posa en relació la responsabilitat patrimonial (i específicament el deure jurídic que els ciutadans tenen de suportar els riscos i els danys inherents a llur activitat) amb els estàndards exigibles al servei en qüestió. Aquesta doctrina estableix que no es pot demanar a l'administració que prevegi de forma absoluta qualsevol risc directa o indirectament relacionat amb les seus serveis o instal·lacions. En aquest sentit, es reconduïx la idea de servei públic a uns estàndards i unes prestacions determinades, de forma que no correspondria reclamar a

⁸ Aquesta tendència jurisprudencial considera que hi ha un risc inherent a la mateixa existència humana, al desplegament de les activitats dels ciutadans i, en definitiva, a l'exercici del llibertat, un risc que és imputable als mateixos éssers humans. (STS 305/2007)

⁹ Title III. Bases of Liability. Chapter 4 Liability based on fault. Section 1. Conditions of liability based on fault. Art 4:102. required standard of conduct.

l'Administració una responsabilitat que supera l'estàndard de servei públic exigible en cada cas¹⁰.

Ara bé, sí que se li demanarà responsabilitat a l'Administració si, una vegada els serveis competents tenen coneixement del primer sinistre, aquests no actuen amb la diligència deguda per a solucionar el problema. Així doncs, es limita la responsabilitat de l'Administració als successius sinistres una vegada conegut el fet¹¹.

La jurisprudència demana acreditar a l'Administració un estàndard de mitjans (no de resultats) que, una vegada acreditat, podrà tenir un efecte alliberador de la responsabilitat. Però, com es fixen aquests estàndards? La jurisprudència determina que són la normativa o reglamentació els que els han de fixar. Ara bé, a manca d'aquesta regulació, caldrà deduir-los de forma casuística a partir d'allò que sigui raonable i pressupostàriament sostenible. Així, s'entendrà que es donaran com a complerts si es poden deduir raonablement d'acord amb la consciència social. Es considera que en allò que superi aquest estàndard, és el ciutadà o l'usuari qui ha d'assumir els riscos inherents a les seves activitats, activitats que hom exerceix en règim de llibertat i sota la pròpia responsabilitat¹².

En la nostra casuística hi ha una excepció a la teoria dels estàndards de conducta exigible i es tracta d'una tipologia de sinistralitat que l'anomenem: de justícia social o de solidaritat. S'entén que hi ha riscos que, per les seves característiques, els ha de suportar solidàriament tota la societat¹³.

¹⁰ Són nombroses les sentències que apliquen aquest principi, sobretot en l'àmbit de conservació i manteniment de les vies públiques, eximint de responsabilitat a l'administració quan aquesta ha complert amb els estàndards mínims de manteniment atès que: "no se li pot exigir a l'administració que el seu deure de vigilància sigui tan intens que sempre estigui present abans que es produeixi el sinistre per l'existència en la via d'obstacles, objectes, pedres, branques, taques d'oli, grava o bassals d'aigua. En qualsevol moment poden produir-se aquests obstacles o riscos per a la circulació" (STSJC 462/2009).

¹¹ Aquí tindrem un problema de cobertures alhora d'assegurar aquest risc, atès que segons la llei 50/80, del contracte d'assegurança, el risc a assegurar ha de ser, entre d'altres requisits, accidental i desconegut. Per tant, els sinistres que es produeixin una vegada l'administració és coneixedora de l'obstacle, podrien estar sense cobertura per part de l'assegurador atès que estaríem davant d'un fet accidental, però conegut. Ens trobaríem davant d'un sinistre en el que la responsabilitat recau en l'administració però podríem tenir problemes per trobar cobertura asseguradora.

¹² STSJC 201/2007, de 9 de març; STSJC 336/2007, de 7 de maig; STSJC 483/2007, de 21 de juny; STSJC 902/2007, de 9 d'octubre; STSJC 345/2009, de 23 d'abril; STSJC 300/2009, de 2 d'abril.

¹³ STSJC388/2006, 4 de desembre que determina que "l'obligació de suportar individualment el dany sofert no pot imputar-se als perjudicats quan aquests no tenen el deure jurídic de suportar riscos que, objectivament, els ha d'assumir la societat (...) segons la consciència social, no és adequat que determinats perjudicis siguin suportats de manera individual (...) sinó que han de ser compartits, en virtut del principi de solidaritat pel conjunt de la

Un altre principi a analitzar és el de l'aplicabilitat de la inversió de la càrrega de la prova. El document de principis de dret europeu de la responsabilitat civil (European Group on Tort Law), es determina en el seu article 4:202 que: qui desenvolupi permanentment una activitat, i com a conseqüència d'aquesta activitat causa un dany, és responsable del dany produït a no ser que demostrï que ha fet tot el possible per evitar-lo, això és: que ha complert amb l'estàndard de conducta exigible.

Aquest principi d'inversió de la càrrega de la prova s'aplica actualment per part de la jurisprudència de tal manera que, quan l'Administració al·lega el compliment dels estàndards de conducta, és la pròpia Administració qui ha de demostrar que els ha complert¹⁴. Tal com hem comentat, haurà de demostrar el compliment dels estàndards de mitjans previstos legalment i, en el seu defecte, que la seva actuació ha estat la més raonable d'acord amb la consciència social.

Com ja s'ha exposat anteriorment, la característica principal en que es configura la responsabilitat de les Administracions públiques és l'atribució de la responsabilitat objectiva, això és, l'absència de culpa: l'administració respon pel funcionament normal o anormal dels serveis públics. Ara bé, s'ha de tenir en compte que hi ha una tendència jurisprudencial que determina que, quan el que s'imputa a l'Administració és una conducta omissiva, s'exigeix, normalment, la necessitat de culpa en l'actuació administrativa, encara que aquesta sigui una culpa "in vigilando"¹⁵.

En quan a l'aplicabilitat del principi d'exoneració de responsabilitat objectiva per culpa de la víctima recollit en l'article 8:101 del document de principis de dret europeu de la responsabilitat civil (European Group on Tort Law), s'ha de tenir en compte que, malgrat la Llei 30/1992 de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú només determina com única causa d'exoneració de la responsabilitat patrimonial la força major, hi ha una tendència jurisprudencial que exonera o modera la responsabilitat quan hi ha culpa de la víctima o d'un tercer, també seguint la tendència dels principis de dret europeu.

societat, atès que la lesió causada s'assimilaria a una obligació pública que, com a tal, no pot gravar sobre un únic ciutadà i, per tant, cal repartir entre tots, a través de la corresponent indemnització a la víctima".

¹⁴ STSJC 1108/2006, de 1 de desembre; STSJC 451/2007, de 7 de juny; STSJC 175/2007, de 24 de maig; STSJC 975/2009, de 3 de desembre.

¹⁵ "(...) el resultat lesiu ha de ser imputat a l'administració demandada, titular de centre, per culpa in vigilando" STSJC 186/2007, de 15 de maig; "el xoc fortuït no pot entendre's com una falta de vigilància o atenció per part de qui vigilava als menors (...)" STSJC 908/2006, de 18 d'octubre. "Dels fets indicats, no podem deduir una negligent vigilància o cura del professor respecte a la menor (...)" STS de 6 d'octubre de 2010.

Són casos en que s'entén que, quan la conducta de la víctima pugui tenir un comportament imprudent, les conseqüències perjudicials que aquesta conducta pugui tenir i la relació de causalitat directe de responsabilitat de l'administració per acció o omissió, es trenca¹⁶. Hi ha supòsits, que aquesta culpa de la víctima no eximeix el 100% la responsabilitat de l'administració, sinó que el que fa és determinar una responsabilitat compartida entre l'administració i la víctima, efectuant una ponderació de responsabilitats¹⁷.

Aquests principis de dret europeu de responsabilitat extracontractual que l'European Group on Tort Law ha recollit, i dels que hem analitzat la seva aplicabilitat, ens poden servir de punt de partida per a la regulació de la responsabilitat extracontractual en el futur llibre sisè del codi civil català, atès que la jurisprudència, a la pràctica, ja els utilitza i, posteriorment, adaptar-los a la realitat de l'assegurador i a la pràctica del sector assegurador.

L'opinió de l'assegurador durant aquest procés d'adaptació a la nostra realitat, és molt important, atès que, actualment, els danys produïts per l'exercici de qualsevol activitat, ja sigui pública o privada, que pot generar riscos importants normalment estarà assegurada, ja sigui perquè la llei obligui, o perquè el gestor de riscos entén que li és necessari i beneficiós per a la seva entitat.

¹⁶ STSJC 307/2007, de 25 d'abril; STSJC 660/2007, de 23 de juny; STSJC 493/2007, de 12 de gener; STSJC 1062/2009, de 23 de desembre.

¹⁷ STSJC 1044/2003, de 4 de setembre; STSJC 957/2009, de 31 de desembre.

L'ADVOCACIA CATALANA DAVANT LA CODIFICACIÓ DEL DRET CATALÀ D'OBLIGACIONS I CONTRACTES

PEDRO L. YÚFERA SALES

ADVOCAT

DEGÀ DE L'IL·LUSTRE COL·LEGI D'ADVOCATS DE BARCELONA

SUMARI I. L'ADVOCACIA CATALANA COM A CAPDAVANTERA PER A L'ASSOLIMENT D'UN DRET CIVIL PROPI. II. EL PAPER ACTIU DE L'ADVOCACIA EN ELS ACTUALS I FUTURS PROJECTES LEGISLATIUS. III. ÉS NECESSÀRIA L'ELABORACIÓ DEL LLIBRE SISÈ SOBRE OBLIGACIONS I CONTRACTES? IV. QUIN HAURIA D'ÉSSER EL SEU CONTINGUT ACTUAL I QUINES SERIEN LES SEVES ASPIRACIONS? V. POSICIONAMENT DE L'ADVOCACIA EN AQUESTA MATÈRIA.

I. L'ADVOCACIA CATALANA COM A CAPDAVANTERA PER A L'ASSOLIMENT D'UN DRET CIVIL PROPI

La idiosincràsia del poble català és una realitat al marge de les creences e ideologies dels governants, i per construir la Catalunya del futur, hem de partir del que ha estat la Catalunya del passat.

El principal capital de Catalunya ha estat i són les persones que la integren, que la desenvolupen i que la fan progressar en tots els ordres de la vida, demostrant així l'afecte envers els principis, tradicions i valors que la componen.

La història de Catalunya va construir el nostre present: des de les primeres organitzacions territorials i polítiques que van aportar els inicials caràcters diferenciadors dels catalans com l'idioma, un dret propi i una bandera, passant per la nostre extensa expressió artística que es remunta a la prehistòria.

Com molt bé coneixeu l'inici de la tasca de Compilació es va iniciar amb la designació de la Comissió de Juristes a finals dels anys 40 i amb motiu de les conclusions del transcendent Congrés de Saragossa de l'any 1946 autoritzat pel Ministeri de Justícia de l'època.

Aquest Congrés significà el naixement del procés Compilador a tot l'Estat Espanyol i resultà fonamental per l'aprovació de la nostra Compilació a l'any 1960. Calia tractar de forma acurada la coexistència dels diversos drets forals i legislacions civils existents a l'Estat e intentar fugir d'un procés unificador, optant per la recerca de sistemes integradors.

No es tracta en aquest moment de entrar al detall del sistema organitzatiu del Congrés celebrat a Saragossa, però sí és just fer constar que part de l'èxit immediat i d'anys posteriors amb la culminació del procés compilador, fou degut en part, a la sistemàtica del treball realitzat que finalment va donar els seus fruits, tant pel que fa al fons i pel que fa a les formes.

Tots hem pogut estudiar en les bibliografies relatives a aquesta qüestió que malgrat el clima de desconfiança política de l'època, els estudis foren acurats des de l' inici, des dels treballs i ponències preparatòries, passant per les seccions ó grups de treball i les reunions plenàries, fins a la solemne cloenda. Amb aquesta estructura de funcionament malgrat la tensió del moment polític i la complexitat de la missió, també des de la discrepància, tots els congressistes van participar amb dedicació i compromís.

No oblidem el context sociopolític que envoltava als nostres compiladors: a finals dels anys 40 la dictadura vigent a l'Estat Espanyol s'havia refermat i eren dies de repressió i persecució de les persones i/ó símbols identitaris que podien amenaçar d'una manera o altra la unitat de l'Estat. Era un moment pels valents, pels pioners.

Així mateix era una època d' aïllament internacional que només va començar a superar-se tèbiament en l'època postcongressual (és a dir als anys 50) encara que era per motius aliens a un presumpte canvi de tarannà polític, atès que es basava exclusivament en interessos geoestratègics de països tercers.

A nivell polític i per extensió a nivell legislatiu, no disposàvem d'una Constitució, ni de dret al sufragi, ni de sistema de partits, es designaven càrrecs enlloc d'elegir-los i atesa la concentració de poder es legislava exclusivament per decret.

I en aquest context es van posar treballar els compiladors: per això des del primer moment els juristes designats per la missió compiladora poden considerar-se autèntics herois pel fet d'assumir una tasca tant complexa en un context polític dictatorial, difícil i crític amb els símbols identitaris de les nacionalitats històriques, tals com el reconeixement de les institucions del dret civil català i la codificació del dret propi de Catalunya.

Els intents anteriors en aquesta línia, es remunten a la Memòria redactada per l'insigne Duran i Bas en l'any 1881, servint com a base pels treballs inicials de la Comissió de Juristes; però també és cert que aquest treball

inicial de camp considerava ó configurava el dret civil català com un dret civil excepcional enfront al comú ó general, per tant el primer treball a realitzar per part dels compiladors seria canviar aquesta consideració per tal de que el nostre dret no es convertís en un simple conjunt de disposicions sense connexió i mancat de sistemàtica.

Els treballs de codificació no van ésser sempre pacífics, i per aquest motiu tenen un valor afegit: tots els participants van sobreposar els seus interessos particulars en favor de l'objectiu comú que era la recuperació i posterior desenvolupament del dret civil de Catalunya.

Així doncs, amb la Memòria com a punt de partida, afegint els coneixements jurídics, l'estudi, el treball d'adaptació e interpretació, el prestigi, la tradició i la tasca conservadora de successives generacions, els debats d'altíssim nivell jurídic, el tarannà dels participants i la capacitat de concedir i sacrificar interessos propis en benefici de l'interès superior, conscients de que estaven escrivint la història i el futur del dret català, es van acumular els ingredients necessaris per aprovar la Compilació de 1960; una Compilació que podria ésser considerada en sí mateixa com una llei, una llei de lleis.

Els participants del procés codificador eren persones que estimaven Catalunya, el seu dret i les seves institucions i en conseqüència volien recuperar aquell bagatge i ordenament jurídic que va quedar malmès amb el Decret de Nova Planta.

I com he dit abans, la dedicació dels juristes designats va anar sempre molt més enllà que el simple compliment d'una encomanda realitzada pel poder polític de l'època, per això posteriorment la història va reconèixer la seva contribució atorgant diferents guardons als compiladors.

Aquesta dedicació desinteressada mereix el reconeixement de la nostra Corporació que avui celebra aquest important aniversari així com l'agraïment de tot el poble de Catalunya, per haver preservat la tradició jurídica Catalana i adaptar-la per la seva aplicació al llarg dels temps.

El pes de la Història haurà de fer la resta, és a dir, tot el que les generacions posteriors no siguem capaços de reconèixer i agrair.

Igualment, el Col·legi d'Advocats de Barcelona es va voler comprometre, involucrar i participar des de l'inici en el procés compilador.

Són nombroses les actes de la Junta recopilades pel prestigiós historiador, company i membre del nostre Col·legi Enric Jardí, que reflecteixen l'interès de la nostra Institució en les tasques compiladores, i que jo reflectiré amb tots els respectes amb la meva intervenció, atès el seu valor científic e històric.

Ja en l'any 1946 la Junta de Govern aprovà la inscripció de la Corporació en el Congrés de Saragossa; recull el nostre company *“que la Junta acordà inscriure al Col·legi d'Advocats de Barcelona com a congressista actiu i delegà la representació de la Junta al Degà, als diputats tercer (Pere Arderiu), sisè (Francesc d'A Gali) i al Tresorer, Alfons Ibañez, així com a representants de la Comissió de Cultura, a Ramon Coll i Rodés de la Revista Jurídica de Catalunya (...) i altres membres de la Corporació (...) A la sessió de Junta del 16 d'octubre es va parlar, naturalment, del Congrés de Dret Civil i dels resultats que havia tingut, força satisfactoris”*.

A l'empara del Decret del Ministeri de Justícia que recollia les conclusions del Congrés Nacional de Saragossa i per ordre ministerial que obligava als col·legis d'advocats de les capitals que integraven els territoris de legislació especial que designessin terna de juristes per treballar en les tasques compiladores, fa constar el company Jardí que *“La Junta de Govern de l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona, reunida el 15 de juliol acordà confeccionar i sotmetre al Ministeri quatre ternes formades per juristes (...)”*.

Un cop el ministeri va designar a les persones proposades per les diverses Corporacions per participar en la transcendental tasca compiladora, va quedar constituïda formalment la Comissió i s'establiren els primers terminis per enllestir la missió que els havia estat encomanada.

En dates posteriors la Junta de la nostra Corporació va fer seguiment de les diferents tasques i treballs de la comissió de juristes, encoratjant als seus membres a reprendre una i altre vegada la seva missió quan es donaven situacions que produïen una dilació en el procés codificador; la Junta va atendre la petició de col·legiats que demanaven que la Corporació activés la tasca Compiladora i per aquest motiu la Junta acordà segons recull Enric Jardí que es donà un vot de confiança al degà *“(...) para que vea la conveniencia de reanudar los trabajos iniciados por la Comisión de Juristas para la Compilación de Derecho Civil de Cataluña”*. El compromís institucional amb aquesta fita va incloure fins i tot, una subvenció a la Comissió de la Compilació, tal i com ens il·lustra Enric Jardí: *“A la sessió de Junta del 12 de maig es resolgué concedir una subvenció de 5000 pessetes a la Comissió Compiladora del Dret Català accedint a la seva petició”*.

En l'any 1955 les actes Corporatives recullen l'orgull del degà Condomines en fer constar la important contribució del Col·legi a la tasca de la Comissió de la Compilació; prossegueix el nostre company Enric Jardí fent constar que *“El Col·legi d'Advocats de Barcelona remarcà Condomines, ajudà als il·lustres juristes que es dedicaren a tan meritòria tasca (...) El suport que el Col·legi va donar en tot moment a la Comissió de Juristes no només es va reflectir en l'encoratjament de la seva funció sinó, també, facilitant espais per celebrar reunions i sessions de treball, serveis i disponibilitat del personal corporatiu,*

sufragant despeses d'impressió i de remesa de material el compromís corporatiu amb aquest esdeveniment històric resulta inqüestionable i es manté inalterable a data d'avui amb altres mostres de recolzament adaptades al context polític que ens envolta. Les actes col·legials reflecteixen l'agraïment del nostre degà per haver fet possible la vella aspiració dels advocats catalans.

Les Juntes d'anys posteriors, ja en el mandat del nou degà Pi i Sunyer, van aprovar successivament la formulació d'esmenes al projecte final de Compilació que fou presentat i en el moment de l'aprovació definitiva i promulgació per llei de la Compilació de l'any 1960, la sessió de la Junta de Govern es va felicitar de l'assoliment definitiu del text i va dedicar la sessió, pràcticament en la seva integritat, a fer constar la significació històrica de la promulgació de la Compilació: (...) *la labor efectuada en todos los tiempos por el Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona dentro de un proceso larguísimo que alcanzó eficacia a raíz de la publicación del Real Decreto de 2 de febrero de 1880 con la aparición de la Memoria acerca de las Instituciones del Derecho Civil de Cataluña de Don Manuel Duran i Bas*".

Posteriorment el Col·legi va col·laborar significativament, com no podia ser d'altre manera, en les tasques de divulgació de la nova norma; es va posar al capdavant per promoure el seu coneixement i divulgació, organitzant un cicle de conferències amb participació d'insignes juristes.

I en un nou gest de valentia institucional que es sumava a la valentia de la dels nostres compiladors en el context històric que la Corporació compartia amb ells, el Col·legi es va encarregar que de forma privada el text de la Compilació es redactés en català, atès que la versió aprovada, d'acord amb els temps, s'havia redactat exclusivament en castellà.

No podem oblidar que la Compilació ha estat la base i constitueix els fonaments per el desenvolupament de tota la normativa catalana posterior, des de els diferents llibres que la integren fins a l'actual Estatut.

I d'altra banda, ha permès la creació i plasmació d'una normativa pròpia, àgil, dinàmica, que recull l'esperit e idiosincràsia catalana.

Cinquanta anys després, reconeixem la tasca entre d'altres, de compiladors com Condomines Valls, Roca Sastre, Porcioles Colomer, Faus Esteve, Figa Faura, Pou d'Avilès, Duran i Ventosa entre d'altres, i ens felicitem per tot el que es va aconseguir en una època històrica molt difícil.

És moment de celebrar i de felicitar la tasca dels compiladors, però no podem caure en el parany d'adormir-nos en les fites aconseguides en el passat, cal mantenir l'esperit del català treballador i capdavanter (idèntica a la dels nostres insignes compiladors), i mantenir la voluntat de deixar la nostra

empremta a les generacions futures tal i com van fer amb nosaltres els nostres mestres autors de la Compilació.

Hem de ser conscients de que el nostre cabdal històric i jurídic gaudeix de tots els ingredients per continuar essent un model a seguir.

II. EL PAPER ACTIU DE L'ADVOCACIA EN ELS ACTUALS I FUTURS PROJECTES LEGISLATIUS

Constitueix una realitat indiscutible que l'advocacia catalana s'interessa per l'evolució del dret civil català. És una advocacia activa, que no vol estar al marge de les iniciatives legislatives i/o codificadores, que reclama ésser escoltada com a agent partícip del procés i que si se sent marginada, es mobilitza i és capaç de fer-se valdre fins a aconseguir el seu objectiu (utilitzant una paraula molt catalana que pot semblar malsonant però que a la vegada resulta molt il·lustrativa, és una advocacia “que emprenya” al poder legislatiu per tal de ésser consultada en la iniciativa legislativa). Durant tots aquests anys l'advocacia no s'ha quedat al marge, i no es pot dir que les noves lleis que s'han dictat durant tot aquest període s'hagin fet sense la col·laboració dels advocats. Encara que moltes vegades s'ha trobat a faltar que el legislador no hagi consultat més a aquells qui apliquen les normes, és a dir, els que coneixen i tenen una visió pràctica de l'exercici del dret. Els advocats no legislen però si apliquen les normes que els legisladors aproven, i és per això que han d'ésser escoltats i consultats.

La veritat és que aquest suport en l'experiència dels advocats no sempre ha estat uniforme i si bé de vegades ha estat molt important i altres ho ha estat menys, el cert és que l'advocacia catalana sempre ha estat on era necessari. Per això, i aprofitant aquest fòrum i el marc commemoratiu de les Jornades de Dret Civil de Tossa, no puc ni vull deixar de reivindicar el paper de l'advocacia en la promulgació de les noves lleis. Que es compti amb nosaltres, ja que si bé la funció de legislar es bàsica, també és fonamental l'ajuda que podem donar aquells que coneixem el camí a seguir.

Són diverses les plataformes actuals de participació dels membres de l'advocacia catalana; des de un caire més institucional les màximes institucions catalanes que representen a tots els companys lletrats de Catalunya col·laboren i participen en l'anomenat *Observatori de Dret Civil de Catalunya* on conviuen en la tasca d'assessorament al legislador, veritables institucions del Dret: catedràtics, degans de facultats, degans de col·legis, advocats de reconegut prestigi professional...aquest és un òrgan de gran ajut pel legislador on no poden mancar els membres de l'advocacia per fer el seguiment del desenvolupament de l'ordenament jurídic català en matèria

de dret privat, estudiar i fer recerca del dret privat en les seves diverses branques, ajudar a crear un fons documental i bibliogràfic en aquesta matèria, sobre el dret privat; l'advocacia també pot col·laborar en la tasca de divulgació de les institucions de dret privat de Catalunya, activitats de formació, organització d'actes, elaboració d'informes i dictàmens en matèria de dret privat, propostes de revisió i actualització del dret civil de Catalunya, assessorar als diferents òrgans de l'administració de Justícia, conselleria de Justícia, direcció general de Dret i d'Entitats Jurídiques en relació amb el dret privat de Catalunya...

D'altra banda l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona que m'honoro en presidir disposa d'una Comissió específica en aquest sentit: l'anomenada Comissió de Normativa. Aquesta Comissió té com a funció principal treballar per al seguiment de la producció normativa dels diversos òrgans legislatius, que afectin de manera essencial a tots els àmbits de la societat i a tots els agents membres de la mateixa, ciutadans, professionals, col·legiats..., raó per la qual es dedica a estudiar els diferents projectes normatius i prepara les esmenes que considera oportú introduir-hi. Aquesta Comissió pretén ésser una comissió activa, i els seus membres treballen constantment amb la finalitat de presentar propostes legislatives.

Finalment, fer constar que a l'empara del Decret 106/2008 de 6 de maig de mesures per a l'eliminació de tràmits i la simplificació de procediments per facilitar l'activitat econòmica, s'estableix que les disposicions de caràcter general i els avantprojectes de llei que elaborin els departaments de l'administració de la Generalitat, a més de la documentació preceptiva, per imperatiu normatiu, hauran d'acompanyar-se igualment per un informe d'avaluació de l'impacte de la seva aplicació, l'anomenat AIR (anàlisi d'impacte regulatori), en el qual, sens dubte hi hauria de participar l'expert professional de l'advocacia. No es pot dur a terme una regulació sense analitzar el possible impacte de cada opció de política legislativa que s'adopta. Per fer-ho, cal comptar no només amb el potencial dels juristes de Catalunya, sinó també amb la informació i les opinions "dels destinataris de les normes i altres possibles afectats". Cal implicar-los més i dur a terme una consulta que no es duu a terme correctament en l'actualitat.

És cert que l'article 64 de la Llei 13/1989 del 14 de desembre, d'organització, procediment i règim jurídic de la Generalitat de Catalunya, com l'art. 24 de la Ley de Gobierno Espanyola, es bastant imprecís respecte a aquesta consulta i que la entén només com a una "informació pública" i "audiència als ciutadans" amb un caràcter potestatiu. Però l'OCDE coincideix en reprovar aquesta manera d'entendre les coses a Espanya i considera que és insuficient.

Crec que no hi hauria res pitjor que elaborar un Llibre d'obligacions i contractes que, un cop fet, obtingués el rebuig ó indiferència dels ciutadans,

sigui en els seus papers de consumidors, empresaris, entitats financeres, o món econòmic i social, en general.

En una paraula, els advocats catalans han d'esser convidats a participar i participarem.

III. ÉS NECESSÀRIA L'ELABORACIÓ DEL LLIBRE SISÈ SOBRE OBLIGACIONS I CONTRACTES?

És absolutament necessari per aconseguir tancar el cercle normatiu, en l'actualitat aquesta és la única matèria que ens manca per incloure en la codificació normativa.

És lògic tenir l'aspiració de tenir un codi civil complet que inclogui tot el que el dret civil comporta. No seria lògic que una part tant important com són les obligacions i els contractes quedés sense regulació a Catalunya dins del codi propi. A més a més la Compilació, en aquests moments, aborda alguns temes com la rescissió per lesió o la carta de gràcia a títol d'exemple, que necessiten una revitalització o revisió per aconseguir que siguin figures útils.

D'altra banda cal fer constar que el Código Civil Español ha quedat "anquilosat" en el temps; molta de la seva regulació ha quedat absolutament anacrònica i necessita adequar-se a les noves realitats socials, en una paraula, modernitzar els seus continguts. En aquest sentit, i davant d'aquest panorama l'acció més lògica és que des de Catalunya ens dediquem a regular supòsits reals adequadament per la via de la Codificació del Dret Civil Català.

Clars exemples d'aquesta necessària modernització del Código Civil podrien ésser: la regulació dels terminis de caducitat de 6 mesos per als vicis ocults que en l'actualitat la jurisprudència soluciona per via de la prescripció de les accions personals o l'aliud pro alio, el termini de caducitat de 9 dies en la regulació del retracte legal per a procedir a l'inscripció registral, la excessiva regulació (pròpia d'altres temps i d'altres societats) respecte als animals propis en societats agrícoles quan en la societat actual seria més procedent la regulació de la compra-venda i altres qüestions relatives a la maquinària agrícola, l'aplicació de normes administratives en matèria de consumidors en processos civils quan el més procedent seria crear una llei de consumidors purament civil, la regulació absolutament anacrònica de les relacions servils entre els criats domèstics i l'amo, l'adequació a la realitat de la figura de la permuta com s'ha fet mitjançant la figura de la permuta a canvi de construcció futura creada per la legislació catalana, la necessària ampliació de la regulació del contracte d'arrendament de serveis en relació al contracte d'arrendament d'obra o les disfuncions entre els terminis

prescriptius previstos en el Código Civil i en la Normativa Catalana que produeix una constant inseguretats jurídica...

IV. QUIN HAURIA D'ÉSSER EL SEU CONTINGUT ACTUAL I QUINES SERIEN LES SEVES ASPIRACIONS?

La idea és clara: codi complert però també codi obert. No volem un Codi Civil estàtic ó inamovible. Volem un Codi que sigui i estigui viu. Partint de la base de que ha d'ésser un codi complert, cal sistematitzar-lo per blocs o matèries susceptibles de modificacions parcials sense necessitat de que les futures modificacions, impliquin una afectació ó modificació col·lateral de les matèries no afectades en cada procés de reforma legislativa. És a dir, que es puguin incloure els canvis ó modificacions de forma dinàmica, ordenada i sistematitzada sense alterar l'ordre establert d'inici.

I quan em refereixo a codi complert també vull significar que ha d'incloure totes i cadascuna de les matèries ó branques del dret susceptibles de regulació, un codi que sigui assimilable a qualsevol altre Codi Civil General i que nos ens obligui a cercar fons normatives subsidiàries.

L'aspiració és disposar d'un Codi Civil Català on estigui tot regulat.

V. POSICIONAMENT DE L'ADVOCACIA EN AQUESTA MATÈRIA

L'advocacia és un col·lectiu de tendència conservadora, però a la vegada és conscient que cal realitzar canvis, i evolucionar amb les demandes de la societat que porta una altra velocitat. A la vegada cal ser conscients de que la normativa europea estableix límits que hem de respectar com a membres de la Unió, en especial pel que fa a les especialitats de família i/ó successions... Però malgrat aquests límits que ens comporta ésser membres de la Unió i estar subjectes a la seva normativa, que ens imposarà canvis d'obligat respecte i compliment, fins que aquests arribin, l'advocacia catalana és receptiva a accions legislatives innovadores que ens allunyin de regulacions anacròniques.

Finalment, quan ens decidim a innovar, a executar els canvis que la societat ens imposa, cal fer-ho amb voluntat de permanència (els canvis continus produeixen inseguretats jurídica i moltes vegades s'han produït per l'error de no consultar amb agents jurídics tant importants com els advocats).

Esforcem-nos doncs en que aquests canvis, siguin d'utilitat per a tots els afectats i en especial per als ciutadans, canvis que aportin solucions als supòsits reals que la societat i la convivència ens planteja i ens demanda cada dia.

LA CONTRACTACIÓ QUE AFECTA ELS CONSUMIDORS AL FUTUR LLIBRE SISÈ

JORDI ANGUERA CAMÓS

DIRECTOR DE L'AGÈNCIA CATALANA DEL CONSUM

La celebració d'aquestes Jornades tot just quan la Llei 22/2010, de 20 de juliol, del Codi de consum de Catalunya, acaba d'entrar en vigor atorga molta més actualitat a les relacions entre aquesta normativa i la que afecta la contractació amb consumidors, que ha de formar part del futur llibre sisè del Codi civil de Catalunya.

La necessitat de disposar d'una norma com aquesta en el nostre ordenament era evident, per les raons següents:

- Elevada dispersió normativa preexistent en l'àmbit del consum (que el Codi ha de reduir considerablement)
- Vigència temporal de les normes (les dues lleis catalanes de l'àmbit del consum són dels anys 1990 i 1993)
- Presència de noves pràctiques comercials i noves formes de prestació de serveis (no recollides en les normes fins ara vigents)
- Creació de l'Agència Catalana del Consum (any 2004)

El Codi de consum pretén assolir aquests objectius i esdevenir així la norma de referència per a tots els actors que intervenen en les relacions de consum: empreses i comerciants, consumidors i les administracions de consum. En

definitiva, el Codi de consum suposa un avenç important en la protecció dels drets de les persones consumidores i situa Catalunya entre els països capdavanters en aquest àmbit.

Cal tenir en compte, tanmateix, que hi ha aspectes que no estan regulats (i que ho haurien d'estar) en matèria de contractació amb consumidors, que es refereixen a la fase precontractual, al moment de perfecció dels contractes i al moment posterior d'execució dels contractes. El futur llibre sisè del Codi civil de Catalunya hauria d'incidir en aquests aspectes, sense perdre de vista que la contractació que afecta els consumidors és una contractació "inter privados", efectivament, però que no se situen en un pla d'igualtat sinó que el consumidor hi té una posició més feble, la qual cosa cal sens dubte tenir en compte al llarg de l'"iter" contractual.

Per això, seria molt convenient que en la redacció de tot allò que afecti a la contractació amb consumidors en el futur llibre sisè del Codi civil de Catalunya es compti amb la participació de juristes especialistes de l'àmbit del consum, ja que poden fer aportacions valuoses i, en definitiva, contribuir a enriquir el text.

SEGONA PONÈNCIA

EL CONTRACTE DE COMPRA-VENDA

ANTECEDENTS I PERSPECTIVES DE LA REGULACIÓ DE LA COMPRA-VENDA

ANTONI MIRAMBELL ABANCÓ

CATEDRÀTIC DE DRET CIVIL
UNIVERSITAT DE BARCELONA

SUMARI I. ELS PRECEDENTS LEGISLATIUS: LA COMPILACIÓ. II. LA POSSIBILITAT DE REGULACIÓ DE LA COMPRA-VENDA. 1. La qüestió de la competència legislativa 2. La necessitat o la conveniència. III. ELS TREBALLS PRELIMINARS RECENTS. 1. La Comissió de Codificació de Catalunya de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya. 2. La Secció de Dret Patrimonial de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya. 3. Un Dictamen sobre "La regulació del contracte de compraventa en el Código civil de Cataluña". 4. Les perspectives. IV. ELS TREBALLS PRELIMINARS FUTURS.

I. ELS PRECEDENTS LEGISLATIUS: LA COMPILACIÓ

Aquests precedents legislatius es refereixen, com és conegut a la Compilació catalana en la regulació feta per la llei 40/1960, de 21 de juliol i, posteriorment, pel Decret Legislatiu 1/1984, de 19 de juliol.

a) La regulació que presentava la CDCEC 1960 era:

Libro IV. De las obligaciones y contratos y de la prescripción

Título primero. De las obligaciones y contratos

Capítulo I. De la intercesión de la mujer. Art. 321 y 322

Capítulo II. De la rescisión por lesión. Art. 323 a 325

Capítulo III. De las ventas a carta de gracia o "empenyament" y de la "torneria". Art. 326 a 329

Capítulo IV. De los censales, violarios y vitalicios. Art.330 a 336

Capítulo V. De los contratos especiales sobre explotación de tierras y sobre ganadería. Art. 337 a 339

Capítulo VI. De la donación. Art. 340 y 341

Título segundo. De la prescripción

Libro III. De los derechos reales

Título I. De la tradición y de la accesión

En aquest títol, l'art. 277 es dedicava a tradició i despeses en el contracte de compra-venda, de manera que s'establia, respectivament, que, com a modalitat especial de tradició, a més de les formes admeses en el codi civil espanyol, el lliurament de la cosa té lloc també pel pacte que el venedor declara que extreu del seu poder i possessió la cosa venuda i la transfereix al comprador amb facultat a aquest per a prendre-la per si mateix i constituir-se en l'interim posseïdor en nom seu i, d'altra banda, que les despeses de lliurament són de compte del venedor, però les d'atorgament d'escriptura, expedició de primera còpia i altres de posteriors a la venda són del comprador, llevat de pacte en contrari¹.

b) La modificació posterior de la CDCC, establerta pel DL 1/1984, 19 de juliol, sobre el text refós de la compilació contenia:

Llibre quart. De les obligacions i els contractes i de la prescripció

Art. 321 a 325: rescissió per lesió

Art. 326 a 328: venda a carta de gràcia

D'altra banda, l'art. 277 mantenia la redacció textual anterior.

II. LA POSSIBILITAT DE REGULACIÓ DE LA COMPRA-VENDA

1. La qüestió de la competència legislativa

D'acord amb l'art. 149.1.8 CE, i fins i tot en atenció a la seva interpretació més restrictiva, en el sentit que la "conservació, modificació i desenvolupament" només pot referir-se als drets civils forals o especials "*allí donde existan*" i,

¹ Per a uns comentaris relatius a aquestes disposicions i realitzats pels mateixos compiladors, vegeu Francisco de A. CONDOMINES VALLS - Ramon FAUS ESTEVE. *Derecho civil especial de Cataluña. Ley de 21 de julio de 1960 anotada*. Barcelona, Librería Bosch, 1960 pàg. 318-320 i 345-364. Precisament, en el que en diuen un "brevíssimo exordio" en relació amb el llibre IV fan constar textualment una presa de posició metodologia important, en el sentit següent: "En el campo del derecho de obligaciones es donde la Comisión procuró limitarse a las especialidades que consideró indispensables, dada la tendencia cada día más acusada a la formación de la doctrina de las obligaciones y contratos con carácter uniforme, incluso extrayendo los límites del territorio nacional, de cuya tendencia es una prueba el Código de las Obligaciones suizo, de aplicación en todos los Cantones de dicho país. Por ello, y sin desconocer muchas peculiaridades, dimanantes unas del derecho romano y otras del derecho autóctono, la Comisión sólo conservó las instituciones que estimó dignas de ello, sacrificando en aras de la unidad todo lo que no se consideró vital".

per tant, segons les institucions compilades en el moment d'entrada en vigor de la CE, resulta evident que la compra-venda, si bé no és una institució regulada, és una institució nominada, de manera que no caldria ni recórrer al criteri de la “institució connexa” per a determinar la competència legislativa, d'acord amb la STC 88/1993, tot i que aquesta mateixa sentència considera que això no significa una “... *competència legislativa civil ilimitada ratione materiae dejada a la disponibilidad de las Comunidades Autónomas*”.

Aquest criteri jurisprudencial es reitera en el fonament jurídic 76 de la recent STC 31/2010, de 28 de juny sobre l'EAC/2006 en relació amb el seu art. 129, relatiu a la competència exclusiva en matèria civil de la Generalitat de Catalunya.

El problema seguirà essent, però, la interpretació de la reserva de competència excloent que l'art. 149.1.8 CE fa a favor de l'Estat, especialment en relació amb el contingut de l'expressió “bases de les obligacions contractuals”, les quals, realment, no sembla que puguin afectar a la regulació del tipus contractual.

2. La necessitat o la conveniència

Aquesta dicotomia es redueix a l'“anar tirant” o a la “conveniència progressadora”.

L'Exposició de Motius de la “*Propuesta de Anteproyecto de Ley de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos*” de la Comisión General de Codificación, Sección de Derecho civil, explica que els conflictes s'han resolt jurisprudencialment i doctrinalment, durant més de cent anys, però consideren que la conveniència és indiscutible².

La mateixa exposició de motius acaba amb una observació, diu, de “suma importancia”³: el títol 1 (obligacions) i el títol 2 (contractes) són d'aplicació

² Vegeu Ministerio de Justicia. Boletín de Información. Comisión general de codificación. Sección de Derecho Civil. Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos. Año LXIII, enero de 2009, versió impresa, on a l'Exposició de motius, pàg. 9, es diu:

“... Muy pocas personas habrá que discutan hoy la conveniencia de reformar los preceptos del Derecho general de obligaciones y contratos, que, en la actualidad, se encuentran comprendidos en los Títulos I y II del Libro IV del Código Civil (arts. 1.088-1.314), donde perviven, sin ninguna modificación significativa, los textos iniciales, que fueron promulgados y puestos en vigor en 1889. Sería, sin duda, exagerado hablar de necesidad de la reforma y, menos todavía motejar a ésta como perentoria, pues, de la misma manera que este importantísimo sector del ordenamiento jurídico-privado ha permitido a lo largo de más de cien años la solución, por vía jurisprudencial y doctrinal, de los conflictos que en estas materias se hayan podido plantear, podría permitirlos en el futuro, pero la conveniencia es indiscutible”.

³ Vegeu Ministerio de Justicia. Boletín de Información. Comisión general de codificación. Sección de Derecho Civil. Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos. Año LXIII, enero de 2009, pàg. 14:

directa a tot l'Estat pel 149.1.8 CE (bases de les obligacions contractuals) "... sin duda competencia exclusiva".

En un primer moment i en una versió inicial de l'any 2005, l'art. 3 del *Anteproyecto* modificava la compra-venda en els seus art. 1452, 1460, 1501,3 i 1503, 2n prgf⁴.

Amb posterioritat⁵, s'efectua una nova proposta de regulació de la compra-venda més ampliada, en virtut de la qual es modifiquen 31 articles del Codi civil espanyol.

Aquesta proposta, tot i que no és íntegrament nova ja que encara manté la redacció d'alguns dels articles actualment vigents, constitueix una modificació en profunditat de la regulació de la compra-venda en el sentit que es dissenya un contracte en el qual l'obligació principal de la part venedora és la de transmetre la propietat de la cosa, sota el postulat de la conformitat de la cosa amb el contracte i que estigui lliure de drets de tercer i amb els corresponents remeis per a la falta de conformitat, que s'allunyen del sanejament per evicció o per vicis ocults o per gravàmens de la cosa, de manera que el redactat s'estructura de la manera següent:

"Los preceptos contenidos en los dos primeros Títulos del Libro IV del Código Civil tendrán, una vez publicados como ley, vigencia directa en todo el territorio español, incluidas las Comunidades Autónomas con legislación civil propia. En efecto, la regla 8ª del apartado primero del artículo 149 de la Constitución atribuye competencia exclusiva al Estado en la regulación de las bases de las obligaciones contractuales y no hay duda de que tienen esta naturaleza los artículos mencionados del Libro IV. No hay duda por ello de que esta Ley se ha de dictar por el Estado en uso de su competencia exclusiva sobre la materia".

⁴ Vegeu Ministerio de Justicia. Boletín de Información. Comisión general de codificación. Sección de Derecho Civil. Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos. Año LXIII, enero de 2009, pàg. 66-67.

El redactat que es proposava era el següent:

Artículo 1452. El riesgo de pérdida o deterioro casual de la cosa vendida corresponde al comprador desde que el vendedor haya hecho cuanto le incumba en el cumplimiento de su obligación de entregar la cosa. Cuando el vendedor deba cumplir su obligación de entrega poniendo la cosa a disposición del comprador para que éste la retire del establecimiento de aquél, no se imputará el riesgo al comprador hasta que reciba la cosa o se retrase en recibirla. A partir del momento en que pasa el riesgo al comprador corresponderán a éste los frutos y beneficios de la cosa y soportará las cargas propias del disfrute. El traspaso del riesgo al comprador no priva a éste de los derechos que tuviera si la cosa entregada no fuere conforme con el contrato o no estuviere libre de derechos de terceros.

Artículo 1460. Primer párrafo. La imposibilidad de entregar la cosa por causa anterior a la celebración del contrato no impide al comprador que hubiera confiado razonablemente en su posibilidad ejercitar los derechos derivados del incumplimiento conforme al régimen de cada uno de ellos.

Artículo 1501. Supuesto 3.º 3.º Si se hubiere incurrido en mora.

Artículo 1503. Segundo párrafo. Si no existiere este motivo, se observará lo dispuesto en los artículos 1199 y siguientes (relatiu a la "resolución por incumplimiento").

⁵ Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación. Sección de Derecho Civil. 2009 pàg. 122 a 128.

Artículo Segundo. Se modifican los artículos 1445, 1447, 1448, 1450, 1452, 1465 y 1468, comprendidos en el Capítulo Primero, del Título IV, del Libro IV del Código civil, cuya redacción será la siguiente: "...".

Artículo Tercero. Se modifican los artículos 1474 a 1496, comprendidos en la Sección 3.ª del Capítulo IV, del Título IV, del Libro IV del Código civil, cuya redacción será la siguiente: "...".

Artículo Cuarto. Quedan sin contenido los artículos 1458, 1460, 1461, 1469 a 1472 y 1497 a 1499⁶.

III. ELS TREBALLS PRELIMINARS RECENTS

1. La Comissió de Codificació de Catalunya de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya

Segons acord pres per aquest organisme, en la sessió de plenari de l'11 de febrer de 2009, en relació amb el contingut del llibre VI del Codi civil de Catalunya, es preveu un títol 3, amb el contingut següent:

Capítol 1: Els contractes transmissors

Secció 1a.: Disposicions generals

2a.: Compra-venda

3a.: Compravendes especials

4a.: Compra-venda a carta de gràcia

5a.: Permuta

6a.: Cessió de sòl a canvi d'edificació futura (Llei 23/2001)

Aquesta proposta fou formulada pel Prof. Miquel MARTÍN CASALS amb base a un text que va constituir la seva presentació feta en la taula rodona final del Congrés de Dret Contractual Europeu, celebrat a la Universitat Rovira i Virgili l'octubre de 2008⁷.

Les reflexions més destacables es refereixen al contingut i al procés d'elaboració.

⁶ El text dels articles no es transcriu atesa la seva extensió i la possibilitat de consulta de la versió publicada del Anteproyecto.

⁷ No inclosa, per cert, a la publicació relativa als materials del Congrés, vegeu Esteve BOSCH CAPDEVILA (director) - Decanato Colegio de Registradores de Catalunya (ccordinador). *Derecho Contractual Europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*. Barcelona, Bosch, 2009.

En relació amb el contingut s'afirma que el llibre sisè no s'ha de limitar només a regular els contractes o determinats tipus de contractes, sinó que ha d'incloure també la responsabilitat extracontractual, la gestió de negocis aliens, l'enriquiment injustificat, com també la voluntat unilateral; a més, també ha de contenir la contractació amb els consumidors, respecte de la qual s'aposta pel model alemany, el qual integra aquesta regulació dins del codi civil, a diferència dels models francès o italià que tenen codis de consum separats del codi civil. Finalment, atesos els dubtes sobre la limitació constitucional de competència legislativa, s'opta per no incloure una "part general de les obligacions"; però sí del contracte.

Pel que fa al procés d'elaboració, a banda òbviament de prendre en consideració tots els materials europeus de referència, es proposa, per un cantó, de tenir una especial cura en el procediment preparatori, o el que n'anomena "metòdica de la legislació", particularment de dos aspectes; l'anàlisi de l'impacte regulatori i el procés de consultes; i per un altre cantó, la possibilitat de realitzar el llibre sisè per parts.

En aquest sentit, es formula la possibilitat de fer una primera llei que marqui el contingut de tot el llibre i que contingui la regulació d'alguns tipus contractuals, de la responsabilitat extracontractual i, al mateix temps que incorpori tot allò encara contingut en la CDCC i totes les lleis especials vigents en aquesta matèria, és a dir, a semblança de la primera llei del codi civil la 29/2002.

S'ha formulat, però, una opinió contrària a aquest mètode de treball.

Efectivament, el Prof. Esteve BOSCH CAPDEVILA considera que, en el hipotètic procés per a l'elaboració del llibre sisè del codi civil de Catalunya⁸, cal elaborar un avantprojecte complet i rigorós, amb les parts generals corresponents (a la manera com s'ha fet recentment a França), el qual, abans de ser presentat al Parlament de Catalunya, hagi estat objecte d'un profund debat a la comunitat científica; de manera, doncs, que no seria suficient la mera derogació de la Compilació, sinó un text íntegre i complet.

Segurament aquesta posició és la desitjable, però, des d'un punt de vista possibilista, sembla més viable una actuació legislativa esglaonada que permeti, definitivament, superar la Compilació i integrar el seu contingut actual en el Codi civil, juntament amb les altres lleis civils en matèria patrimonial avui vigents.

Es tractaria, doncs, que la voluntat d'obtenir el "tot" irrenunciable (amb la part general de les obligacions i del contracte, especialment aquesta darrera) no ens impedeixi de treballar la "part" més factible del llibre sisè, el qual, sens dubte,

⁸ Vegeu obra citada a la nota anterior pàg. 28 i, especialment, 29.

és el que presenta més dificultats d'elaboració i el qual, també, juntament amb els altres llibres que formen el codi civil de Catalunya haurà de ser objecte, necessàriament, d'una harmonització final de tot el seu contingut.

2. La Secció de Dret Patrimonial de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya

Aquests treballs preparatoris del Llibre VI del Codi civil de Catalunya, relatius a les obligacions i els contractes, consten en un text, extens però inacabat, amb comentaris i concordances, tancat amb data de 23 d'abril de 2004 i en format fotocopiats (per la inoportunitat de publicació segons la Direcció General de Dret i Entitats Jurídiques del Departament de Justícia d'aquell moment, a diferència dels treballs preparatoris del llibre cinquè).

En aquest text s'hi feia una proposta de regulació de tots els contractes transmissors i una proposta, per tant, de regulació del contracte de compra-venda.

a) Proposta de regulació:

Títol 3. Els contractes transmissius

Capítol 1. La compra-venda (art. 631-1 a 631-40)

Secció 1. Disposicions generals (*o naturalesa i forma de la compra-venda*)

Secció 2. Capacitat per a comprar i vendre

Secció 3. Els béns que poden vendre's

Secció 4. Obligacions de la venedora

Subsecció 1. Els deures i el lliurament

Subsecció 2^a. Les formes de garantia

Subsecció 3. Obligacions referents al títol i a les càrregues. (Funció social de la compra-venda)

Secció 5. Obligacions de la compradora

Capítol 2. La venda a carta de gràcia (art. 632-1 a 632-3)

Capítol 3. La permuta (art. 633-1 a 633-7)

Capítol 4. La cessió de finca o d'edificabilitat a canvi de construcció futura (transcripció de la llei 23/2001 de cessió de finca o edificabilitat a canvi de construcció futura) (art. 634-1 a 634-9)

b) Proposta de regulació de la compra-venda:

La ponència del text articulat, amb el comentari de concordança corresponents, fou realitzada pel notari Francesc Torrent, però la revisió del text va quedar pendent d'estudi per part de la Secció de Dret Patrimonial.

Aquesta proposta partia de la legislació vigent en aquell moment, en relació amb els art. 277 i 278 de la Compilació, els quals posteriorment foren derogats, i partia, igualment, de l'estat de la qüestió doctrinal d'aquell mateix moment.

Efectivament,

- 277 CDCC: derogat per la llei 5/2006, 10 maig sobre el llibre cinquè
- 278 CDCC: derogat per la llei 25/2001, 31 de desembre, de l'accessió i l'ocupació i, després, incorporada amb moltes deficiències en el Llibre V.

D'altra banda, aquesta proposta s'estructurava de la següent manera:

1. Contracte nominat (i no regulat): atipicitat i aplicació CCE supletori

- estructura diferent de la onerositat, art. 321 CDCC
- regulació diferent de les despeses, art. 277,2 CDCC:
 - lliurament venedora
 - escriptura compradora, llevat de pacte
 - complir l'obligació de lliurament amb el *constitutum possessorium*, 277,1 CDCC

2. Regulació unitària del contracte, de manera que en el comentari es deia:

“... Es proposa una regulació unitària de la compra-venda, atenent a la seva naturalesa de contracte consensual i productora d'obligacions pròpia del dret romà clàssic i del dret català tradicional: es perfecciona pel sol consentiment (article 631-3), però per a transmetre la propietat del bé cal el concurs de la tradició (631-16). Es presenta una detallada regulació dels riscos que, tot i mantenir els principis romans, s'actualitza per necessitat del tràfic, tot apropant-se a l'àmbit mercantil. Es configuren les arres com a confirmatòries. Es regulen detalladament la capacitat per a comprar i vendre (Secció 2), els béns que poden vendre's (Secció 3), les obligacions de la venedora (Secció 4), entre els qual s'encaixa l'evicció dintre de les formes generals de garantia, i

de la compradora (Secció 5). S'intenta revitalitzar la condició suspensiva o pacte de reserva de domini (article 631-38) i la resolutòria (article 631-39).

En el Capítol 2 es regula la venda a carta de gràcia dels articles 326 a 328 CDCC ...".⁹

3. Un Dictamen sobre "La regulació del contrato de compraventa en el Código civil de Cataluña"

Fou elaborat, a conseqüència d'un encàrrec per part de la Direcció General de Dret i d'Entitats jurídiques, per Antonio Manuel MORALES MORENO i Nieves FENOY PICÓN.

Es tracta d'una proposta innovadora:

- a) Formula un model general (també les mercantils) i amb les particularitats de les vendes de consum, de manera que es desestima generalitzar les vendes de consum, segons el criteri de la convenció de Viena de 11.4.1980.
- b) Pretén de superar la proposta del "Anteproyecto de Ley de modificación del Código civil en materia del contrato de compraventa, 2005" (Boletín de Información del Ministerio de Justicia, 11 de mayo de 2005) que adaptava la directiva 1999/44/CE i en un sentit de mínims.
- c) Regula unitàriament el incompliment i els seus remeis (de manera que s'estableix una jerarquia entre el compliment forçós, la reducció del preu, la resolució del contracte i la indemnització de danys i perjudicis –jerarquia segurament no generalitzable als contractes de consum i de serveis-).
- d) Preveu un contracte relatiu tant a béns mobles com a immobles.

I, certament, el canvi d'orientació és radical:

Entregar una cosa de "*conformitat*" amb el contracte, com a adequació "material" i "jurídica" a les exigències del contracte (tot i que la regulació que en proposa el Dictamen es separada, però admet que es pugui plantejar una regulació unitària de la conformitat, tant material com jurídica), de manera que se'n regulen els efectes de l'incompliment i això implica:

- abandonar la regulació del sanejament per evicció i per vicis ocults

⁹ Vegeu pàg. 46 del text fotocopiats no publicat. D'altra banda, no resulta adequat de reproduir en aquesta ponència el text íntegre de la regulació proposada atesa la seva gran extensió, com tampoc dels seus comentaris i concordances.

- no regular els aspectes relatius a la cabuda de l'immoble
- regular la transmissió de la propietat de manera desigual al tractament del sanejament per evicció i com a obligació principal de la part venedora
- preveure l'existència de drets de tercer

4. Les perspectives

En les perspectives, en el moment actual, de regulació del contracte de compra-venda s'han de tenir en compte uns factors determinants i condicionants:

- a) La dificultat d'encaixar en el dret català de tradició romanista i traditòria una nova regulació de la compra-venda radicalment diferent, però derivada dels corrents doctrinals relatius als ordenaments més avançats del nostre entorn i, d'altra banda, efectuar un esforç de simplificació i d'actualització, sense que això impliqui, òbviament, abandonar o modificar el nostre sistema adquisitiu de la propietat per passar a un sistema consensualista, sinó mantenir, perquè no hi ha raons que ho avalin, el sistema del conegut com a "títol i mode" i que s'ha plasmat a l'art. 531-1 del nostre codi civil.
- b) La presa de decisions de política legislativa en el sentit que és de tots coneguda la complexitat i, a voltes, la descoordinació en l'elaboració de les lleis en el nostre sistema, és a dir, els problemes que experimenta la redacció dels textos des de la seva elaboració per part dels grups de treball i aprovació pel plenari de l'Observatori de Dret Privat, passant per l'aprovació del Govern i acabant en la tramitació parlamentària.
- c) La qüestió de les vendes de consum.

En relació amb aquest tercer aspecte, caldrà trobar una fórmula que superi el problema normatiu que tenim plantejat.

Efectivament, d'una banda, tenim que:

- l'art. 3, f) de la llei 29/2002 determina, en relació amb les obligacions i els contractes, que el llibre VIè *"inclou la regulació d'aquestes matèries, comprenent-hi els contractes especials i la contractació que afecta els consumidors, aprovada pel Parlament"*.

En canvi, d'altra banda, tenim que:

- el DOGC 5677 - 23.7.2010 publica la Llei 22/ 2010, del 20 de juliol, del Codi de consum de Catalunya (que ha entrat en vigor el proppassat 23 d'agost, segons la seva disposició final 3a).

En el Preàmbul d'aquesta llei, d'una banda, es recorda que:

"... La Generalitat sempre s'ha manifestat partidària de disposar d'una normativa pròpia en matèria de defensa dels consumidors i usuaris. Aquesta voluntat la trobem reflectida a la Llei 1/1990, de 8 de gener, sobre disciplina del mercat i de defensa dels consumidors i usuaris, a la Llei 3/1993, de 5 de març, de l'Estatut del consumidor de Catalunya i al Text refós sobre el comerç interior, aprovat pel Decret legislatiu 1/1993, de 9 de març" (Preàmbul paràgraf 7).

D'altra banda, es fa notar la necessitat:

"... de dur a terme una actualització i un desenvolupament modern de les normes bàsiques de regulació del consum. I a més que: "... És per això que s'ha proposat com a objectiu l'establiment d'un nou text legal dotat d'una estructura i un contingut bàsic que pugui esdevenir el marc general de referència en matèria de protecció de les persones consumidores ..." (Preàmbul I, 1 i 2).

I, tercerament, es justifica la tècnica codificadora:

"... No hem d'oblidar que l'agrupació i la sistematització de la regulació en matèria de consum mitjançant l'estructura del codi comporta un avenç substancial que garanteix el compliment del principi de seguretat jurídica. Els operadors jurídics han de conèixer i aplicar el dret de la forma més fàcil i segura possible i, sens dubte, mitjançant aquest Codi, s'aconsegueix sistematitzar i articular en una única norma jurídica tot aquell ventall de normes disperses que fins ara dificultaven aquesta tasca d'aplicació ... Els codis són els creadors de la nova cultura europea i constitueixen un instrument insubstituïble de resolució dels conflictes d'interessos. Aquest Codi, sens dubte, està subordinat als valors i principis constitucionals, estatutaris i a les disposicions del dret comunitari. És previsible, a llarg termini, un instrument horitzontal de caràcter comunitari, però un codi d'aquesta envergadura sempre respectarà les parts essencials dels principis constitucionals, estatutaris i del cabal comunitari" (Preàmbul I,3)¹⁰.

¹⁰ En l'avantprojecte es deia, a més, que: "Els codis són sempre la sistematització del dret com a culminació d'un procés de formació de les nacionalitats. Neixen amb una finalitat unificadora i el configuren al fixar i especificar el seu contingut. Si, com va succeir a finals del segle XIX, ja es va poder codificar quan s'havia obtingut la total transformació del dret de propietat, avui, a la primera dècada del segle XXI, quan parlem de Codi de consum, també podem dir que ja es pot codificar atès que s'ha consolidat la desigualtat i, per tant, la manca de la necessària autonomia de la voluntat d'una de les parts".

En el mateix Preàmbul (II), pel que fa als aspectes formal i material del codi, es diu:

(II,4); “... L'opció que s'ha considerat més adequada per tal d'obtenir una regulació sistemàtica i completa dins de l'àmbit de les competències assignades constitucionalment i estatutària ha estat l'elaboració d'un **text codificat** que permeti contenir tota la normativa en un sol cos legal, per a dotar-la així d'harmonia interna amb vocació de ser la **norma general comuna en matèria de protecció de les persones consumidores**”.

(III,1) “... Pel que fa al Codi de consum que ara s'aprova cal destacar que es tracta d'un **text innovador**, tant des del punt de vista formal com material. Des del punt de vista formal cal justificar-ne, en primer lloc, la **numeració**. S'ha optat per seguir el sistema de numeració importat a Catalunya de la mà del Codi civil i manllevat del legislador del Codi civil neerlandès i posteriorment incorporat per la normativa d'altres Estats, com ara el francès a l'aprovar el seu Code de la Consommation. Aquest sistema facilita la inclusió de noves regulacions o de modificacions, aspecte especialment important en un sector tan dinàmic des del punt de vista jurídic com és la protecció de les persones consumidores.

(III,2) “... Quant a l'estructura, el Codi de consum es divideix en **tres llibres**: el llibre primer conté les disposicions generals, el llibre segon regula els aspectes relatius a les relacions de consum i el llibre tercer es dedica a la disciplina del mercat i els drets de les persones consumidores. En el seu conjunt, el Codi està integrat per **dos-cents quatre articles**, dues disposicions addicionals, cinc disposicions transitòries, tres disposicions finals i una disposició derogatòria.

(III,3) “... Des del punt de vista material, el Codi de consum incorpora **nombroses novetats** fruit de l'experiència pràctica obtinguda de l'activitat de la mateixa administració. Tot això, ha permès incorporar solucions ja adoptades per les legislacions més modernes i avançades i corregir situacions que no estaven ben resoltes a la normativa anterior o que senzillament no s'hi preveïen...”¹¹.

Tot això suggereix de preguntar-nos si calia que es tractés d'un “codi” o hauria estat més adequat de formular, des de la perspectiva d'una llei especial i sectorial per raó de la matèria, una “llei general de consum de Catalunya”, que es derivés d'unes normes generals i substantives contingudes en el codi civil de Catalunya.

Aquestes normes del codi civil s'haurien de referir, com a mínim, al fet que les vendes de consum són les realitzades entre un empresari i un consumidor (s'ha de notar que, en aquest sentit, l'art. 111-2 a del Codi de consum defineix com a persona consumidora o usuària tota persona física o jurídica que actuï en una relació de consum en un àmbit aliè a una activitat empresarial

¹¹ Els destacats en negreta són nostres.

o professional) i, d'altra banda, que esdevindrà ineficax tota modificació del règim de protecció en perjudici de la persona consumidora que estableixi el mateix codi civil (d'acord amb el criteri determinat per l'art. IV.A- 1:204 del DCFR o Marc Comú de Referència).

Certament, una llei com aquesta que s'ha denominat "codi de consum de Catalunya", que té un caràcter essencialment administratiu (llevat d'algun precepte de naturalesa civil, com ara l'art. 112-2 -bona fe i just equilibri de les prestacions-, l'art. 112-3 -irrenunciabilitat dels drets que la llei atorga a les persones consumidores- o l'art. 121-1, el qual, en relació amb el reconeixement dels drets de les persones consumidores, fa una remissió a la normativa civil general-) i que consta de 204 articles pot resultar de difícil incorporació íntegra en el llibre sisè del codi civil de Catalunya (tenint en compte, a més, que l'art. 123-1 ja preveu, de cara a la protecció dels interessos econòmics i socials de les persones consumidores, el desplegament, diu textualment, de "aquesta llei" i no pas "aquest codi").

El debat i la dificultat resten, doncs, plantejats.

IV. ELS TREBALLS PRELIMINARS FUTURS

Amb la finalitat d'elaborar una proposta de regulació de la compra-venda dins del codi civil de Catalunya, i tot seguint el mètode de treball instaurat els darrers anys, després de la supressió de les Seccions i la creació d'una Comissió Permanent, l'Observatori de Dret Privat de Catalunya ha constituït un "grup de treball" específic sobre el contracte de compra-venda.

Aquest grup de treball ha estat constituït formalment fa poc temps, el 25 de maig de 2010, i està compost pels catedràtics Miquel Martín, Antoni Vaquer i Antoni Mirambell, per l'advocat Pere Yúfera, pel Registrador de la Propietat Antoni Cumella i pel notari Francesc Torrent.

L'objectiu és formular un esborrany d'avantprojecte de llei parcial i regular el contracte de compra-venda sota la idea que és un contracte que la part venedora s'obliga a lliurar un bé "conforme" al contracte a la part compradora a canvi d'un preu i en el qual l'obligació de transmetre la propietat es presenta amb caràcter principal.

El mètode no pot ser altre que prendre en consideració, en general, els treballs de la doctrina europea en aquesta matèria, especialment aquells que han generat un major consens i que figuren en el conegut com a "Marc comú de referència", és a dir, els *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Interim Outline Edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Based in part

on a revised version of the Principles of European Contract Law edited by Christian von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke and Hugh Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Peter Schlechtriem, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll. I, en particular pel que fa a la compra-venda, el *Book IV. Specific contracts and the rights and obligations arising from them* (Contractes específics i drets i obligacions que d'ells se'n deriven). Com també, òbviamment, la *Propuesta de anteproyecto de ley de modernización del derecho de obligaciones y contratos*. Ministerio de Justicia. Boletín de Información. Comisión general de codificación. Sección de Derecho Civil. Año LXIII, enero de 2009¹².

En relació amb el temps, la nova legislatura pot ser determinant, però tal com va succeir l'any 2004 poden, també, presentar-se altres prioritats legislatives. Només cal seguir treballant per a completar el codi civil a Catalunya i acabar la gran tasca legislativa que s'ha realitzat els darrers 8 anys en matèria civil, des de la llei 29/2002, de 30 de desembre, primera llei del codi civil de Catalunya. Alguns creien que tot això no era possible. La completesa del codi, dins del marc competencial propi, també pot ser possible.

¹² Actualment cal tenir en compte que ha estat publicat un nou text a prendre en consideració. Es tracta de la "Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del consejo relativo a una normativa común de compraventa europea". Comisión Europea. Bruselas, 11.10.2011.

LÍNIES GENERALS DE LA PROPOSTA DE REGULACIÓ DE LA COMPRA-VENDA EN EL MARC DE LA MODERNITZACIÓ DEL DRET PRIVAT EUROPEU DE CONTRACTES

ANTONI VAQUER ALOY

CATEDRÀTIC DE DRET CIVIL
UNIVERSITAT DE LLEIDA¹

SUMARI I. INTRODUCCIÓ. II. EL MODEL DE COMPRA-VENDA. III. LES DECISIONS DE POLÍTICA LEGISLATIVA PRÒPIA: VENDES DE CONSUM I PART GENERAL DE LES OBLIGACIONS I ELS CONTRACTES 1. Les vendes de consum. 2. Compra-venda i part general del contracte IV. COMPRA-VENDA I TRANSMISSIÓ DE LA PROPIETAT V. LA CAPACITAT DEL COMPRADOR: PROHIBICIONS VI. L'OBJECTE DE LA COMPRA-VENDA I LA DELIMITACIÓ AMB EL CONTRACTE DE SERVEIS VII. LA IMPOSSIBILITAT INICIAL VIII. EL PREU IX. LES OBLIGACIONS DEL VENEDOR 1. L'obligació de lliurar una cosa conforme. 2. L'obligació de transmetre la propietat. X. LES OBLIGACIONS DEL COMPRADOR XI. ELS REMEIS 1. Els remeis del comprador. 2. Els remeis del venedor. XII. LA TRANSMISSIÓ DEL RISC XIII. LA CÀRREGA DE NOTIFICAR LA MANCA DE CONFORMITAT XIV. ELS TERMINIS. 1. La prescripció dels remeis. 2. El termini de manifestació de la manca de conformitat. XV. ALTRES PRECEPTES.

I. INTRODUCCIÓ

Al Codi Civil de Catalunya (CCCat) està previst un Llibre VI dedicat a les obligacions i contractes, en el qual s'ha de contenir “la regulació d'aquestes matèries, comprenent-hi els contractes especials i la contractació que afecta els consumidors, aprovada pel Parlament” (art. 3.f Llei 29/2002, de 30 de desembre. Primera llei del Codi Civil de Catalunya)². En virtut d'aquest mandat, s'ha constituït durant la primavera de 2010 al si de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya un grup de treball sobre compra-venda, del qual formen part els

¹ Aquest treball s'emmarca en les activitats del Grup de Recerca “Dret civil català i dret privat europeu”, 2009SGR689, del projecte de recerca MICINN DER2009-13269-C03-01 i del Centre d'Estudis Jurídics Europeus i Mediació, Centre de Recerca propi de la Universitat de Lleida. Aquest treball es va tancar el 20 de setembre de 2011.

² Sobre el seu possible contingut i els treballs previs realitzats fins a l'any 2004 en el si de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya, M. del Carme Gete-Alonso i Calera, “El Llibre sisè del Codi Civil de Catalunya sobre les obligacions i els contractes. Quan, com i per què hem de codificar-lo”, *InDret*, 1/2009.

professors Antoni Mirambell Abancó (coordinador) i Miquel Martín Casals, el registrador Antoni Cumella Gaminde, el notari Francesc Torrent Cufí, l'advocat Pedro Yúfera Sales i l'autor d'aquest treball. En les pàgines que segueixen es formulen algunes reflexions, de les quals l'autor és l'únic responsable, al voltant d'una hipotètica regulació catalana de la compra-venda, en el benentès que hi ha algunes decisions que s'han de prendre que tenen un caràcter més polític que tècnic i que, en un ordre lògic, haurien d'haver estat preses pels responsables polítics prèviament a l'inici dels treballs d'una comissió prelegislativa³.

II. EL MODEL DE COMPRA-VENDA

La primera decisió que ha d'abordar el legislador català a l'hora de regular la compra-venda és optar per un model de regulació. En aquest moment són dos els models possibles. Un és mantenir l'anomenat model "romanista" en què s'inspira el Codi civil espanyol –seguint el model del Codi civil francès, el dret d'obligacions del qual es troba ara en revisió⁴– o el Codi civil italià, per esmentar dos dels grans codis civils europeus. En aquest model, el venedor no està obligat a transmetre la propietat, raó per la qual es preveu el sanejament per evicció, i davant del lliurament d'una cosa defectuosa els remeis de què disposa el comprador són els redhibitoris. Val a dir que aquest model ha estat en part superat per la jurisprudència espanyola, que ha acudit a la doctrina del *aliud pro alio* en els supòsits més greus d'incompliment a fi de concedir al comprador remeis resolutoris del contracte⁵. L'altre model és el que es basa en la Convenció de Viena sobre la venda internacional de mercaderies (CISG). És un model que, procedent de la ULIS que, al seu torn, es basava en la recerca comparada duta a terme per Ernst Rabel⁶, ha anat guanyant pes en el dret comparat fins al punt d'haver esdevingut,

³ El model seria l'holandès, ja que els Països Baixos quan es van plantejar l'elaboració d'un nou codi civil després de la II Guerra Mundial, el legislador es va pronunciar sobre aspectes bàsics. Aquest procés ha estat explicat al meu treball "La codificación del derecho patrimonial en Cataluña: en busca de modelos comparados", *La Notaria*, 2001/11-12, pàg. 66-67.

⁴ Vegeu John Cartwright, Stefan Vogenauer i Simon Whittaker (ed.), *Regards comparatistes sur l'Avant-projet de Réforme du droit des obligations et de la prescription*, Paris, 2010.

⁵ Nieves Fenoy Picón, "Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa: evolución del ordenamiento español", Madrid, 1996, pàg. 195 i seg. En la jurisprudència, entre moltes d'altres, vegeu les STS 4.4.2005 (RJ 2700: lliurament d'habitatge amb tèrmits que el fan inhabitable) o 25.2.2010 (RJ 1406: lliurament d'habitatge amb fonaments inidonis que provoquen esquerdes i fisures i que el fan inhabitable).

⁶ Peter Huber, Alastair Mullis, *The CISG*, Munich, 2007, pàg. 2-3; Peter Schlechtriem, Petra Butler, *UN Law on International Sales*, Berlin-Hidelberg, 2009, pàg. 1-2; Juana Marco Molina, "La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y

pràcticament, hegemònic en els nous codis civils i instruments legislatius europeus i internacionals⁷. En efecte, el segueix la Directiva 1999/44/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 25 de maig de 1999, sobre determinats aspectes de la venda i les garanties dels béns de consum (DVC), malgrat que el CISG té com a objecte les vendes internacionals entre comerciants i la DVC les vendes de consum⁸. La necessitat de transposar la DVC als ordenaments interns ha motivat que aquells Estats que han optat per incorporar-la als codis civils –el cas d’Alemanya⁹– i que han codificat el dret d’obligacions *ex novo* –com, per exemple, Estònia o Eslovènia– hagin configurat la compravenda a l’estil del CISG; a banda que altres recodificacions ja havien optat per aquest model, en particular Holanda¹⁰.

Aquest mateix model és el que s’ha incorporat al projecte de Marc Comú de Referència (DCFR per les seves sigles en anglès)¹¹, i és també el que,

las garantías de los bienes de consumo”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2002, pàg. 2282-2284.

⁷ Vegeu Peter Schlechtriem, “Basic Structures and General Concepts of the CISG as Models for a Harmonisation of the Law of Obligations”, *Juridica Internacional*, X/2005, pàg. 27 seg; Gebhard Rehm, “Kauf”, a Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann (ed.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, II, Tübingen, 2009, pàg. 967; Antonio Manuel Morales Moreno, “Bases para una regulación del contrato de compraventa en un futuro código europeo de las obligaciones”, a id., *La modernización del derecho de obligaciones*, Cizur Menor, 2006, pàg. 146-147.

⁸ Vegeu, tots ells amb ulteriors referències, Stefano Troiano, “The CISG’s Impact on EU Legislation”, a Franco Ferrari (ed.), *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, Munich, 2008, esp. pàg. 346 seg; Pauline Remy-Corlay, “The Law of Sales: Acquis and Improved Acquis in European Contract Law”, *ERA Forum*, 2003/2, pàg. 39 seg; Michael Joachim Bonell, “The CISG, European Contract Law and the Development of a World Contract Law”, *American Journal of Comparative Law*, 2008, esp. pàg. 5 seg; Ulrich G. Schroeter, “Global Uniform Sales Law—With A European Twist? CISG Interaction With EU Law”, 2009, consultable a http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1417988, esp. pàg. 4 seg.

⁹ Reinhard Zimmermann, “La evolución de la responsabilidad por falta de conformidad en el Derecho alemán de la compraventa”, a Id., *El nuevo derecho alemán de obligaciones* (trad. de Esther Arroyo i Amayuelas), Barcelona, 2008, pàg. 87 seg. En concret, a la pàg. 109 sintetitza les dues característiques principals de la reforma de la compravenda a Alemanya l’any 2002: estendre els requisits de la DVC a qualsevol tipus de venda i integrar la responsabilitat per vicis ocults en el règim general de l’incompliment dissenyat al CISG.

¹⁰ Llibre 7 del Codi Civil neerlandès (NBW), del qual s'utilitza l'edició en anglès de Hans Warendorf, Richard Thomas i Ian Curry-Sumner, *The Civil Code of the Netherlands*, Alphen aan den Rijn, 2009.

¹¹ *Draft Common Frame of Reference. Full edition*, edited by C. von Bar and E. Clive, vol. 3, Munich, 2009, vol. 2, llibre IV.A. Al respecte, Anna Veneziano, “A Common European Law on Sales?”, a Antoni Vaquer (ed.), *European Private Law Beyond the Common Frame of Reference*, Groningen, 2008, pàg. 43 seg. Abans, Study Group on a European Civil Code, *Principles of European Law. Sales*, prepared by Ewoud Hondius *et al.*, Munich, 2008 (PEL Sales). Sobre els PEL Sales, una de les editores va afirmar que “[t]he Sales Directive itself was already following the solutions provided by the CISG, and therefore one can well imagine

seguint l'estela de la DVC, és present a la proposta de Directiva sobre drets dels consumidors de 2008¹², presentada per la Comissió Europea¹³. En conseqüència, tant el *soft law* europeu com el nou dret comunitari en preparació aposten també per seguir el camí iniciat per la CISG. No és obstacle que aquests dos textos contemplin únicament com a objecte de la compra-venda els béns mobles, ja que hem vist com els nous Codis Civils nacionals en vigor a Europa també s'hi han inclinat, la qual cosa demostra la seva aplicabilitat –amb les adaptacions que escaiguin– a la compra-venda d'immobles.

Però és que, a més, el *Código civil* espanyol podria abandonar el model romanista i incorporar-se a aquest nou model europeu. Almenys això és el que proposa la *Comisión General de Codificación* en l'avantprojecte publicat el 2005 i recentment reeditat junt amb la proposta de modernització del dret d'obligacions espanyol¹⁴, que es decanta amb molta claredat per aquesta línia internacional i europea¹⁵.

A la vista d'aquesta unanimitat gairebé total en el panorama europeu, sembla el més aconsellable que una regulació catalana de la compra-venda prengui també aquesta orientació i s'emmarqui en el model de la CISG i la DVC, amb una compra-venda que tingui com a elements essencials les obligacions de transmetre la propietat i la conformitat de la prestació del venedor –és a dir, una noció unitària de l'incompliment–, amb un sistema esglaonat de remeis en cas d'incompliment que prioritzi el manteniment del contracte per davant de la resolució. Cal tenir present, a més, que aquest no és un model aliè a Catalunya, des del moment que la CISG és vigent a

the enormous impact which the CISG has had within the whole drafting process of the Principles on European Sales Law" (Viola Heutger, "Do We Need a European Sales Law?", *Global Jurist Topics*, 2004, vol. 4, issue 2); de la mateixa autora sobre el procés de redacció dels PEL Sales, "Steps Towards A European Sales Law", *Electronic Journal of Comparative Law*, 2003 (Desembre).

¹² Consultable a <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0614:FIN:ES:PDF>.

¹³ El contingut d'aquesta proposta ha quedat minimitzat en la nova proposta de directiva de drets dels consumidors aprovada pel Consell el dia 24.1.2011 i modificada encara al Parlament (9.2.2011) i que es pot consultar en versió anglesa a <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201102/20110210ATT13420/20110210ATT13420EN.pdf>.

¹⁴ Comisión General de Codificación, *Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid, 2009, pàg. 120 seg. Sobre les activitats de la *Comisión General de Codificación*, Carmen Jerez Delgado, Máximo Juan Pérez García, "La Comisión General de Codificación y su labor en la modernización del derecho de obligaciones", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 2009-I, pàg. 155 seg.

¹⁵ Essencial, Antonio Manuel Morales Moreno, "Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: La Compraventa", *Anuario de Derecho Civil*, 2003, pàg. 1609 seg. Vegeu, a més, Nieves Fenoy Picón, *El sistema de protección del comprador*, Madrid, 2006, pàg. 223 seg.

Espanya –encara que només s'apliqui a les vendes internacionals– i que la legislació espanyola de consum és transposició de la DVC.

III. LES DECISIONS DE POLÍTICA LEGISLATIVA PRÒPIA: VENDES DE CONSUM I PART GENERAL DE LES OBLIGACIONS I ELS CONTRACTES

1. Les vendes de consum

Un cop adoptat el model de compra-venda inspirat per la CISG i la DVC, el legislador català ha de prendre algunes decisions de política legislativa que només li corresponen a ell. Perquè n'hi ha d'altres que no depenen del legislador català, sinó del legislador europeu, i que no són pas menors. La primera és si l'anunciada Directiva europea sobre drets dels consumidors tindrà caràcter imperatiu o, per contra, serà una directiva de mínims. Si bé d'antuvi la Comissió Europea havia optat per una directiva imperativa, l'allau de crítiques rebudes¹⁶ sembla que ha empès les autoritats comunitàries a replantejar-se aquesta qüestió¹⁷. La segona és si s'estableix una jerarquia més rígida de remeis en cas d'incompliment, qüestió de què m'ocuparé específicament més endavant¹⁸.

Amb relació a les vendes de consum, hi ha un mandat clar del legislador d'integrar-les al Codi civil. En efecte, com ja s'ha avançat, la primera llei del Codi Civil Catalunya (Llei 29/2002, de 30 de desembre), en el seu art. 3.f,

¹⁶ Per exemple, a banda d'altres articles que seran citats, Hans-Wolfgang Micklitz, Norbert Reich, "Der Kommissionsvorschlag vom 8.10.2008 für eine Richtlinie über 'Rechte der Verbraucher', oder 'der Beginn des Endes einer Ära...'", *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2009, pàg. 279 seg.; Vanesa Mak, "Review of the Consumer Acquis: Towards Maximum Harmonisation", *European Review of Private Law*, 2009, pàg. 55 seg.; Willem van Boom, "The Draft Directive on Consumer Rights: Choices Made and Arguments Used", *Journal of Contemporary European Research*, 2009, pàg. 452 seg.; Michael Stürner, "Das Konzept der Vollharmonisierung – Eine Einführung", i Marco Loos, "Full harmonisation as a regulatory concept and its consequences for the national legal orders. The example of the consumer rights directive", ambdós a Michael Stürner (ed.), *Vollharmonisierung im Europäischen Verbraucherrecht?*, (München), 2010, pàg. 3 i seg i 47 i seg., respectivament; Javier Lete Achirica, "La propuesta de directiva sobre derechos de los consumidores: nihil novum sub sole?", a M^a Paz García Rubio (coord.), *Estudios jurídicos en memoria del professor José Manuel Lete del Río*, Cizur Menor, 2009, pàg. 494-495.

¹⁷ En el seu discurs de 16.9.2010, la Comissària europea Viviane Reding ha reconegut que "[w]e will probably not be able to achieve full harmonisation across the board as was originally proposed", de manera que l'harmonització completa s'assoleixi únicament en àmbits concrets com ara les vendes a distància o fora dels establiments mercantils. El discurs es pot llegir a <http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=SPEECH/10/441&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=fr>.

¹⁸ *Infra*, sub 11.1.3.

disposa que el “Llibre sisè, relatiu a les obligacions i els contractes, [...] inclou la regulació d’aquestes matèries, comprnent-hi els contractes especials i la contractació que afecta els consumidors, aprovada pel Parlament”. Aquest mandat no ha estat objecte de cap modificació posterior. És cert que el Parlament de Catalunya ha aprovat la Llei 22/2010, del 22 de juny, del codi de consum de Catalunya, que podria suposar una alteració d’aquella planificació legislativa quant al contingut del Codi Civil de Catalunya. No obstant, la normativa que es conté en aquest anomenat Codi de Consum és eminentment de caire administratiu. En particular, no hi ha regulació sistemàtica de les vendes de consum. Només l’art. 242-2 del Codi de Consum, sota la poc encertada rúbrica de “garanties”¹⁹, fa referència en realitat a l’obligació de lliurar béns conformes, només amb relació a les vendes de béns mobles –quant a les vendes d’immobles, el legislador sembla restar satisfet amb la imposició de deures d’informació (art. 241-1)–, i descriu què s’entén per conformitat i quins són els remeis davant la manca de conformitat, però sense assenyalar cap jerarquia entre ells, sinó simplement fent una remissió a la “la normativa vigent en matèria de garanties”, que és evident que –tot i que potser no sigui el que té en ment el legislador català del codi de consum–, pot tractar-se perfectament del Codi Civil de Catalunya, la qual cosa seria el més coherent en un país que pretén dotar-se d’un codi civil modern. És evident que la regulació de la conformitat troba la seva seu més adient al Codi Civil, ja que en el model de compra-venda predominant a Europa la conformitat és l’obligació bàsica que assumeix el venedor en qualsevol venda, tant si és de mobles com d’immobles, tant si és una venda entre empresaris com de consum. A banda, la regulació que es fa de la manca de conformitat és incompleta amb relació a la DVC; destacadament, no es fa referència a les declaracions efectuades per tercers ni als defectes d’instal·lació. En definitiva, el Codi de consum no ofereix una regulació satisfactòria i completa de les vendes de consum, per la qual cosa una futura normativa sobre la matèria seria necessària al CCCat i, a fi d’evitar duplicitats, hauria de derogar els preceptes esmentats del text català sobre consum.

Quant a la incorporació de les vendes de consum al Codi civil, que és la previsió que ja s’ha indicat del legislador de 2002, el cert és que en el panorama europeu aquesta no és l’única solució possible, ja que diversos països han optat per adoptar una regulació separada del dret de consum en textos més o menys amplis, com ara el *Code de la consommation* a França o el *Codice del consumo* a Itàlia; aquesta és, d’altra banda, l’experiència recent a Espanya, en què el *Código civil* no ha estat modificat i la transposició

¹⁹ L'article sembla confondre la conformitat amb les garanties en les vendes de consum, ja que les *garanties* en la Directiva comprenen la que podem anomenar *garantia legal* (la conformitat als art. 2 i 3 DCV i els subsegüents remeis) però també la *garantia comercial* (art. 6 DVC, i esmentades a l'art. 252-6 del Codi de Consum).

de la DVC s'ha dut a terme mitjançant la Llei 23/2003, de 10 de juliol, *de garantías en la venta de bienes de consumo* (LGVC), la DA de la qual preveia la incompatibilitat de les accions que conferia la LGVC amb les accions de sanejament del *Código civil*, i ara al Decret-Legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, *Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios* (TR LGDCU) (art. 114 i seg, amb l'art. 117 que reitera la DA LGVC)²⁰. No obstant, existeixen prou raons convinents per defensar la incorporació de les normes de dret de consum al codi civil, com succeeix a Alemanya amb l'opció presa amb la modernització del dret d'obligacions l'any 2002 o abans encara al nou Codi civil neerlandès²¹. La primera és que, tot i el pes de la llibertat civil en l'ordenament jurídic català (cf. art. 111-6 CCCat), la llibertat contractual ja no es pot considerar omnímoda, sinó que està mediatitzada per la idea de justícia, de la bona fe i de l'honoradesa dels tractes (cf. art. 111-7 CCCat). Per consegüent, si bé és veritat que la protecció dels consumidors es basa en desviacions del dret general de contractes²², la inserció d'una normativa molt més tuïtiva com és la de consum no suposa ja una incompatibilitat insuperable entre models regulatoris del dret de contractes, sinó que es poden complementar²³ i, d'aquesta manera, el Codi civil contindria també normes de protecció de la part contractual més feble²⁴. Sovint s'ha desaconsellat la inclusió del dret de consum en el dret general de contractes per la seva variabilitat davant l'estabilitat del codi civil i el diferent estil legislatiu, més reglamentista el consum, més abstracte el dret contractual general²⁵; si bé això és cert, no ho és menys que l'aprovació de la Directiva sobre drets dels consumidors ha de dotar d'estabilitat el dret del consum en els àmbits que seran objecte de regulació, entre els quals les

²⁰ Sobre la incompatibilitat, Fenoy Picón, *El sistema de protección*, pàg. 32 seg.; Manuel Jesús Marín López, art. 117, a Rodrigo Bercovitz (coord.), *Comentario del texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor, 2009, pàg. 1474, amb cita de la doctrina majoritària espanyola a la nota 226; però vegeu Susana Navas Navarro, *El incumplimiento no esencial de la obligación*, Madrid, 2004, pàg. 195 seg.

²¹ Vegeu, però, arguments a favor de separar dret de contractes per a consumidors i per a empresaris a Stefan Vogenauer, "Common Frame of Reference and Unidroit Principles of International Commercial Contracts: Coexistence, Competition, or Overskill of Soft Law", *European Review of Contract Law* (ERCL), 2010, pàg. 175 seg.

²² Christian Twigg-Flessner, *The Europeanisation of Contract Law*, Abingdon, Oxon, 2008, pàg. 149.

²³ Vegeu Reinhard Zimmermann, "Derecho contractual de consumo y Derecho general de contratos", a id., *El nuevo derecho alemán de obligaciones*, pàg. 239-240.

²⁴ Ewoud Hondius, "The Proposal for a European Directive on Consumer Rights: A Step Forward", *European Review of Private Law* (ERPL), 2010, pàg. 114.

²⁵ Per aquestes crítiques en el procés de reforma -modernització- del Codi Civil alemany, vegeu Vaquer Aloy, "La codificación del derecho patrimonial en Cataluña: en busca de modelos comparados", pàg. 86.

vendes de consum, i que els estils de redacció s'han aproximat, amb la qual cosa s'evitarien aquests perills.

Una segona raó per incorporar el dret del consum al codi civil és el model que ens ofereix ara el DCFR, en el qual trobem aquesta regulació unitària del dret de contractes, en concret de la compra-venda, que no impedeix que s'introdueixin normes específiques sobre protecció dels consumidors i vendes de consum junt amb i de manera coordinada amb la regulació general de la compra-venda, de tal manera que la noció de conformitat i els remeis disponibles per al comprador són els mateixos amb independència que es tracti o no d'una venda de consum. Atès que el DCFR pretén constituir un model per als legisladors nacionals²⁶, Catalunya hauria de seguir aquesta orientació tal com en el seu dia ja es va preveure a la primera llei del Codi Civil de Catalunya.

Una tercera raó prové també del dret europeu. Al Llibre Verd de la Comissió Europea sobre opcions per avançar cap a un Dret contractual europeu per a consumidores i empreses²⁷, la Comissió Europea, si bé només llança propostes, en realitat aposta per un instrument únic en què es reuneixi el dret d'obligacions i contractes general i el dret del consum²⁸.

Una quarta raó la proporciona l'experiència espanyola, abans només apuntada, quant a les dificultats d'harmonització del Código civil espanyol amb la LGVC, primer, i ara amb el TR LGDCU, per la difícil convivència de dos règims jurídics oposats que s'apliquen a vendes distintes i que la doctrina espanyola ha denunciat amb agudesia, en particular pels problemes que

²⁶ Antoni Vaquer Aloy, "El Marco Común de Referencia", a Esteve Bosch Capdevila (dir.), *Derecho contractual europeo*, Barcelona, 2009, pàg. 262, amb més referències.

²⁷ De 1.7.2010, COM(2010)348 final, consultable a internet a <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0348:FIN:ES:PDF>.

²⁸ Llibre Verd, pàg. 11 (l'èmfasi és meu): "Un instrumento podría ser aplicable en todo tipo de transacción, fuera esta de empresa a empresa o de empresa a consumidor. Hay ciertas disposiciones de Derecho contractual general que atañen a todos los contratos sin distinción, pero el instrumento podría incluir igualmente disposiciones específicas, cuya aplicación solo sería precisa en determinados tipos de contratos como, por ejemplo, disposiciones obligatorias que garantizaran un alto nivel de protección al consumidor. Estas disposiciones serían pertinentes en las transacciones en que participaran un consumidor y una empresa.

Podrían también imaginarse instrumentos distintos para contratos de empresa a consumidor y de empresa a empresa. En principio, una separación de instrumentos podría abordar mejor problemas específicos de dichos tipos de contratos y sería más fácil de elaborar y utilizar. No obstante, la proliferación de instrumentos lleva inherente un riesgo de solapamientos y de incoherencias en la legislación".

suscita de compatibilitat o incompatibilitat amb els remeis edilicis i generals d'incompliment²⁹.

En conclusió, sembla més escaient incorporar la normativa sobre vendes de consum al Codi Civil de Catalunya, intentant establir una regulació comuna sempre que sigui possible i introduint articles específics en matèria de vendes de consum quan sigui necessari –per exemple, és imprescindible una norma que estableixi el caràcter imperatiu dels drets dels consumidors i la improcedència de la seva derogació convencional–. Una decisió de política jurídica addicional és si la protecció als consumidors s'ha d'estendre a les PIMEs i als treballadors autònoms, en tot o en part; aquesta és una decisió que hauria d'adoptar el legislador i que no hauria de quedar en mans de la comissió tècnica encarregada de redactar un avantprojecte de llei, llevat que la Directiva europea sobre drets dels consumidors –ara en fase de propostes– decanti per una definició uniforme imperativa que hauria de valer per a tots els Estats membres³⁰.

2. Compra-venda i part general del contracte

Una altra decisió de política jurídica transcendent té a veure amb el sistema de treball que s'està seguint a l'hora d'abordar la redacció de textos preparatoris del futur Llibre VI del Codi Civil de Catalunya. Tant la CISG com l'avantprojecte de la *Comisión General de Codificación* sobre compra-venda contenen normes que, en puritat, pertanyen a la part general del contracte, com són les que es refereixen a la determinació del preu de les coses o a les conseqüències jurídiques de la impossibilitat inicial; fins i tot es podria dir que els remeis davant l'incompliment del venedor podrien ser propis d'una teoria general de l'obligació. El tema es complica en el cas del Llibre VI perquè, si bé en documents que han circulat a l'Observatori de Dret Privat de Catalunya sobre la seva possible estructura es preveu un títol dedicat a les obligacions en general i un altre al contracte en general, en l'actualitat només hi ha constituïts tres grups de treball, un sobre compra-venda, un sobre serveis i un sobre danys; és a dir, que no hi ha de moment previsió sobre una part general del contracte sobre la qual recolzi la regulació en preparació de la compra-venda. Una opció seria convertir la compra-venda en el paradigma del contracte i incloure totes aquelles

²⁹ Per tots, María Paz García Rubio, “La transposición de la directiva 1999/44/CE al derecho español. Análisis del proyecto de ley de garantías en la venta de bienes de consumo”, *La Ley*, 2003, pàg. 1529 seg; Morales Moreno, “Adaptación”, pàg. 1623-1626.

³⁰ Cal recordar que el Codi de Consum de Catalunya defineix les persones consumidores i usuàries com “les persones físiques o jurídiques que actuen en el marc de les relacions de consum en un àmbit aliè a una activitat empresarial o professional. També tenen aquesta consideració els socis cooperativistes en les relacions de consum amb la cooperativa” (art. 111-2.a).

normes de part general del contracte susceptibles de generalització, com per exemple la perfecció del contracte (la qual cosa permetria regular l'oferta i l'acceptació, a l'estil del CISG). Aquest plantejament no sembla correcte, ja que distorsionaria el contingut de la compra-venda i abocaria en el futur a reformar la regulació per transvasar cap a la part general aquelles normes incloses provisionalment; només s'haurien d'incloure normes generals en la mesura en què l'abast de la innovació legal ho requereixi. A banda, un cop escollida la via de grups de treballs sobre contractes específics en comptes de treballar sobre tot el Llibre VI –la qual cosa és evidentment discutible des d'un punt de vista tècnic, però a canvi permet avançar en àmbits concrets–, el fet d'haver d'abordar moltes normes de part general suposaria un inevitable alentiment de la tasca del grup de treball sobre compra-venda. Tanmateix, sí que resultarà inevitable incloure un mínim de normes que serien altrament susceptibles de la part general del contracte del Codi Civil de Catalunya i a les quals faré referència més endavant, com són la determinació del preu, la impossibilitat inicial i els remeis en cas d'incompliment de l'obligació de lliurar coses conformes amb el contracte, destacadament.

IV. COMPRA-VENDA I TRANSMISSIÓ DE LA PROPIETAT

El sistema de transmissió de la propietat i els altres drets reals va quedar definit al Llibre V del CCCat. L'art. 531-1 estableix que, per a adquirir i transmetre béns o drets reals sobre ells, cal títol d'adquisició seguit de tradició o dels actes i formalitats que determinen les lleis. Per tant, el procés d'adquisició requereix dues fases: l'existència d'un títol i, a continuació, la tradició, l'acte o formalitat. L'art. 531-3 contempla aquest disseny, quan diu que “[l]a tradició, feta com a conseqüència de determinats contractes, comporta la transmissió i l'adquisició de la propietat i dels altres drets reals possessoris”³¹. En aquest sistema de títol més mode, el títol per excel·lència és el contracte de compra-venda, que per si mateix no transmet la propietat de la cosa venuda, sinó que necessita un subsegüent acte de tradició.

No s'endevina cap raó per la qual en una futura regulació de la compra-venda el legislador català hagi de modificar aquest sistema basat en el títol i el mode i abandonar-lo a favor, per exemple, del model francès de la compra-venda consensual. Menys encara quan el dret europeu aposta, també, pel sistema del títol i el mode. En efecte, l'art. VIII.-2:101 DCFR enumera els requisits per tal que es produeixi transmissió de la propietat dels béns mobles, basat en la concurrència de títol i mode, essent el títol un contracte, un altre tipus d'acte jurídic, una resolució judicial o la mateixa llei, seguida

³¹ Vegeu Pedro del Pozo Carrascosa, Antoni Vaquer Aloy, Esteve Bosch Capdevila, *Derecho civil de Cataluña. Derechos reales*, 2ª ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2009, pàg. 62-63.

del lliurament material de la possessió o traspàs espiritualitzat, basat en l'acord de voluntats amb efecte traditori o en la mateixa resolució o norma legal. Per consegüent, la regulació de la compra-venda no ha d'alterar el tradicional sistema adquisitiu que exigeix títol i mode.

V. LA CAPACITAT DEL COMPRADOR: PROHIBICIONS

Diversos Codis civils europeus contenen alguna prohibició per ser part en el contracte de compra-venda quan pot suposar un conflicte d'interessos que causi perjudici. El *Código civil* espanyol contempla la prohibició dels càrrecs tutelars de comprar els béns que estan sota la seva guarda, del mandatari per comprar els béns que té com a encàrrec alienar o administrar, els marmessors els béns confiats al seu càrrec, els empleats públics els béns públics de què estiguin encarregats i els funcionaris de l'administració de justícia els béns en litigi (art. 1459). En termes molt similars s'expressen els art. 1596 i 1597 *Code civil* i 1471 *Codice civile*, o codis acabats d'aprovar com el nou Codi Civil romanès³² (art. 1653 i 1654). El § 450 del BGB alemany impedeix que els encarregats de dirigir o realitzar una venda forçosa en el curs d'un procediment d'execució forçosa puguin comprar el bé en qüestió i en tot altre cas en què una disposició legal autoritzi a vendre un bé per compte d'un tercer, supòsits en els quals la doctrina inclou, per exemple, l'administrador concursal o el marmessor³³. Per la seva part, el DCFR no conté cap norma al respecte, ja que tots els temes de capacitat no es regulen i es deixen al legislador nacional [Intr. 38, Art. 1:101(2)(a)]. Altres codis civils moderns, com l'holandès, o la *Sale of Goods Act* anglesa, no contenen cap norma específica al respecte.

Una norma d'aquest tipus no és imprescindible, ja que les mateixes solucions es poden obtenir sobre la base d'altres preceptes. Per exemple, la prohibició dels càrrecs tutelars de comprar els béns dels quals els correspon l'administració té l'alternativa de la regulació del conflicte d'interessos entre tutor i tutelat als art. 222-17.1, 222-29, 222-47.2.c i 223-7 CCCat, que ja evita el possible perjudici del tutelat. No obstant això, es podria incloure una norma que recollís els supòsits més rellevants si es vol mantenir la tradició dels codis llatins a fi d'evitar donar a pensar que no existeix cap d'aquelles prohibicions. El seu tenor podria ser el següent:

“Es nul·la la compra directa o per persona interposada realitzada per:

³² Sobre ell, Christian Alunaru, “Zum neuen Rumänischen Zivilgesetzbuch – Vertragsrechtlicher Teil”, *ERCL*, 2010, pàg. 197 seg.

³³ Vegeu, per tots, Detlef Schmidt, § 450, a Hanns Prütting, Gerhard Wegen i Gerd Weinreich (ed.), *BGB Kommentar*, 3a ed., Köln, 2008, pàg. 789.

- a) Els funcionaris i els empleats públics, dels béns públics que gestionen de la Generalitat i de les altres administracions.
- b) Els jutges, magistrats, i el personal de l'administració de justícia, així com els advocats, procuradors i pèrits, dels béns litigiosos en el tribunal en el qual exerceixen les seves funcions.
- c) Els que per llei o per acte d'autoritat pública administren béns d'altri, dels béns administrats.
- d) Els tutors i altres càrrecs de protecció de la persona, dels béns de la persona protegida.
- e) Els apoderats i mandatariis, dels béns encomanats, a menys que el mandant permeti l'autocontractació.
- f) Els marmessors, dels béns que tenen confiats”.

VI. L'OBJECTE DE LA COMPRA-VENDA I LA DELIMITACIÓ AMB EL CONTRACTE DE SERVEIS

El DCFR conté dues normes distintes a fi de perfilar els objectes possibles del contracte de compra-venda. La primera és l'Art. IV.A.-1:101(2), que assenyala que les normes que conté sobre el contracte de compra-venda s'apliquen a un seguit d'objectes amb les adaptacions escaients; d'entre aquests objectes (la llista inclou l'electricitat, les accions i instruments negociables i els drets de propietat intel·lectual), m'interessa destacar la lletra (d), que contempla el software i les bases de dades. El software i les bases de dades es poden limitar a uns programes continguts en un o més CD-roms o altre suport informàtic, però també poden consistir en facilitar l'accés informàtic per internet a una base de dades allotjada en un servidor, amb la qual cosa no només és objecte del contracte la base de dades, sinó l'accés a la base de dades, de tal manera que acaba apareixent un element de servei.

A continuació, l'Art. IV.A.-1:102 contempla els béns a produir o manufacturar, i disposa que si es tracta del pagament d'un preu per la transmissió de la propietat d'un bé que s'ha de produir o manufacturar, s'ha de considerar primerament que el contracte és de compra-venda. Els comentaris al DCFR indiquen que certament existeix un element de servei, però que preval la idea de la transmissió de la propietat a l'altra part contractual, i això amb independència de qui subministri els materials (l'exemple que es proporciona és el de la comanda d'uniformes per a una empresa, és igual qui subministri els botons o els emblemes, fins i tot la roba, seria una venda; si hi hagués un element de serveis molt present, per exemple l'encàrrec d'un retrat, s'aplicarien igualment les normes de la compra-venda en el moment

de la transmissió de la propietat del quadre, encara que en el procés de pintura es puguin aplicar, a més, normes de serveis). Únicament en el cas que una de les parts proporcioni els materials i a més dirigeixi el procés productiu (per exemple, l'encàrrec d'un prototipus dirigit per qui fa la comanda) es consideraria un contracte de serveis i no de compra-venda³⁴.

El CISG intenta també delimitar ambdós contractes. L'art. 3 considera compra-venda aquells contractes de subministrament de mercaderies que hagin de ser manufacturades o produïdes, llevat que qui les encarrega s'obligui a proporcionar una part substancial dels materials necessaris per a manufacturar-los o produir-los; i exclou els contractes en què l'obligació principal de qui proporciona les mercaderies consisteixi a subministrar mà d'obra o prestar altres serveis³⁵.

Sembla prou evident que hi ha zones de contacte entre els contractes de compra-venda i de serveis³⁶ i que cal procurar establir un criteri de delimitació entre ambdós contractes. L'existència de dos grups de treball distints sobre aquests dos contractes aconsella la seva coordinació per evitar que ambdues regulacions s'encavalquin si fixen de manera unilateral el respectiu objecte de cada contracte.

VII. LA IMPOSSIBILITAT INICIAL

Tradicionalment s'ha considerat que la impossibilitat inicial de la prestació convertia en nul el contracte, ja des del dret romà ("impossibilium nulla obligatio est", D, 50, 17, 185) fins a les grans codificacions del segle XIX³⁷. No obstant, aquesta concepció ha canviat radicalment en els darrers anys,

³⁴ *Draft Common Frame of Reference, Full edition*, comentari B a l'art. IV.A.-1:102, pàg. 1221-1223.

³⁵ La doctrina opta per una interpretació ampla dels contractes susceptibles de ser catalogats com a compra-venda en el marc del CISG; per exemple, el contracte pel qual es lliura i instal·la maquinària per valor d'1.000.000 \$ i es faciliten tècnics durant un any per fer funcionar les màquines (valorat en 200.000 \$) es qualifica de compra-venda, segons reporten John Honnold, Harry M. Fletcher, *Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention*, 3a ed., Alphen aan der Rhijn, 2009, 60.1. A favor de la interpretació extensiva també s'ha manifestat Morales Moreno, "Bases", pàg. 150. Vegeu, a més, Ingeborg Schwenzer, Pascal Hachem, art. 3, a Schlechtriem/Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, 3^a ed. (ed. Ingeborg Schwenzer), Oxford, 2010, pàg. 61 seg.

³⁶ Sobre l'expressió "venda de serveis", Belén Trigo García, "Derecho contractual europeo, fragmentación y legislación sectorial. La contratación a distancia", a Esteve Bosch Capdevila (dir.), *Derecho contractual europeo*, Barcelona, 2009, pàg. 594 seg.

³⁷ James Gordley, "Impossibility and Changed and Unforeseen Circumstances", *American Journal of Comparative Law*, 2004, pàg. 513 seg. A més, per a una anàlisi històrica i comparada, Reinhard Zimmermann, *The Law of Obligations*, Oxford, 1996, pàg. 686 seg.

fins i tot a Espanya³⁸. L'art. 3.3 dels Principis Unidroit³⁹, dedicats a la impossibilitat inicial, estableixen que “[n]o afectará la validez del contrato el mero hecho de que al momento de su celebración fuese imposible el cumplimiento de la obligación contraída”. Similarment s'expressen els Principis de Dret Contractual Europeu (PECL)⁴⁰ al seu Art. 4:102: “A contract is not invalid merely because at the time it was concluded performance of the obligation assumed was impossible, or because a party was not entitled to dispose of the assets to which the contract relates”⁴¹. Aquesta norma s'ha incorporat també al DCFR, concretament al seu art. II.-7:102: “A contract is not invalid, in whole or in part, merely because at the time it is concluded performance of any obligation assumed is impossible, or because a party has no right or authority to dispose of any assets to which the contract relates”. Una norma del mateix estil la trobem, també, al § 311a BGB⁴², o al § 12.1 Llei d'Obligacions d'Estònia, que es van inspirar en els PECL.

També està present a l'avantprojecte sobre compra-venda de la *Comisión General de Codificación*, atès que al seu art. 1450 (= art. 1460 en el llibre editat pel Ministerio de Justicia) disposa que “[l]a imposibilidad de entregar la cosa por causa anterior a la celebración del contrato no impide al comprador que hubiera confiado razonablemente en su posibilidad de ejercitar los derechos derivados del incumplimiento conforme al régimen de cada uno de ellos”⁴³. Tot i que es tracta d'una norma de part general del

³⁸ Luis Díez-Picazo, “Sobre la imposibilidad de la prestación”, a Juan Manuel Abril Campoy, Maria Eulalia Amat Llari (coord.), *Homenaje al profesor Lluís Puig Ferriol*, pàg. 1087 seg. Vegeu, a més, la SAP Lleida 13.9.2007, JUR 2007\335298.

³⁹ *Unidroit Principles of International Commercial Contracts 2004*, Rome, 2004. Al respecte, Pilar Perales Viscasillas, “Los principios de UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales”, a Bosch Capdevila (dir.), *Derecho contractual europeo*, pàg. 183 seg.

⁴⁰ Hugh Beale, Ole Lando (ed.), *Principles of European Contract Law*, Parts I-II, The Hague, 2000; Part III, The Hague 2003. Sobre ells, Fernando Martínez Sanz, “Principios de derecho europeo de los contratos - “Comisión Lando””, a Sergio Cámara Lapuente (ed.), *Derecho privado Europeo*, Madrid, 2003, pàg. 193 i seg.; Isabel González Pacanowska, “Los principios Lando”, a Bosch Capdevila (dir.), *Derecho contractual europeo*, pàg. 151 seg.

⁴¹ Aquesta norma el grup de treball que revisa el DCFR acadèmic l'ha decidit mantenir immodificada en la seva reunió dels dies 1/2.9.2010; es pot consultar a http://ec.europa.eu/justice/policies/consumer/docs/cfr_report_10_09_01_02_en.pdf.

⁴² Vegeu Reinhard Zimmermann, “Los medios de tutela en caso de incumplimiento, considerados desde el transfondo de los Principios de Derecho Contractual Europeo”, a Id., *El nuevo derecho alemán de obligaciones*, pàg. 68 seg.; Nuno Manuel Pinto Oliveira, “The German Act to Modernize the Law of Obligations as a Model for the Europeanization of Contract Law? The New Rules Regarding Impossibility of Performance from the Perspective of a Portuguese Lawyer”, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.4, Desembre 2007.

⁴³ Al respecte, Morales Moreno, “Adaptación”, pàg. 1630; Fenoy Picón, “El sistema de protección”, pàg. 231-232. El mateix es preveu en seu de teoria general del contracte a

contracte, la transcendència del canvi normatiu, si es creu necessari adoptarlo, aconsella incloure'l dins de la regulació de la compra-venda. També seria escaient regular les relacions entre els diversos remeis possibles: els derivats de l'incompliment i els procedents dels vicis de la voluntat –error, dol– i la infracció dels deures precontractuals d'informació⁴⁴, decidint si la part perjudicada és lliure d'escollir el remei o algun és prioritari sobre els altres.

VIII. EL PREU

El *Código civil* espanyol parteix de l'exigència que el preu sigui “cert” (art. 1445), i després introdueix diverses matisacions: s'admet el preu per referència a una altra cosa certa, que el determini un tercer (art. 1447) o la referència als preus en llotges i mercats d'un determinat dia (art. 1448). No obstant, si el preu no s'arriba a determinar per cap d'aquests mecanismes, la sanció és la ineficàcia de la compra-venda.

L'aproximació a la determinació del preu és molt distinta en el CISG. La manca de criteris de determinació no desemboca en la ineficàcia del contracte, sinó en l'aplicació del preu de mercat; tal com diu l'art. 55, “Cuando el contrato haya sido válidamente celebrado pero en él ni expresa ni tácitamente se haya señalado el precio o estipulado un medio para determinarlo, se considerará, salvo indicación en contrario, que las partes han hecho referencia implícitamente al precio generalmente cobrado en el momento de la celebración del contrato por tales mercaderías, vendidas en circunstancias semejantes, en el tráfico mercantil de que se trate”⁴⁵. Els PECL, per la seva banda, al seu art. 2:101, consideren suficient perquè hi hagi contracte la voluntat de les parts d'obligar-se i un acord suficient,

l'art. 1303: “No afecta a la validez del contrato el mero hecho de que en el momento de su celebración no sea posible el cumplimiento de la obligación de alguna de las partes o que alguno de los contratantes carezca de la facultad de disponer de los bienes objeto del mismo”.

⁴⁴ Vegeu les reflexions de Nieves Fenoy Picón, “La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Primera: Aspectos generales. El incumplimiento”, *Anuario de Derecho Civil*, 2010, pàg. 100 seg.

⁴⁵ Tot i que l'art. 14.1 estableix que “[l]a propuesta de celebrar un contrato dirigida a una o varias personas determinadas constituirá oferta si es suficientemente precisa e indica la intención del oferente de quedar obligado en caso de aceptación. Una propuesta es suficientemente precisa si indica las mercaderías y, expresa o tácitamente, señala la cantidad y el precio o prevé un medio para determinarlos”. Cf. Florian Mohs, art. 55, a Schlechtriem/Schwenzer, *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods*, pàg. 815 seg.

sense cap exigència concreta quant al preu⁴⁶. En una línia més que similar, el DCFR estableix al seu Art. II.-9:104 (no en seu de compra-venda, sinó de teoria general del contracte) que en cas que al contracte no s'hagi especificat com es calcularà el preu, “the price payable is the price normally charged in comparable circumstances at the time of the conclusion of the contract” i, si tampoc així es pot establir el preu, aleshores caldrà pagar “a reasonable price”⁴⁷. Es tracta, com és notori, d'afavorir la perfecció del contracte malgrat la indeterminació del preu, si és necessari deixant al criteri del jutge la fixació del preu “raonable”.

La proposta de reforma del *Código civil* espanyol apunta en aquesta mateixa direcció, ja que la redacció que tindria l'art. 1447 és que “[n]o impedirà la perfecció del contrato el que las partes no hayan fijado el precio ni el modo de determinarlo, siempre que sea inequívoca la voluntad común de tener el contrato por concluido y la de atenerse a un precio generalmente practicado”. El dret civil català hauria de seguir també aquesta orientació flexible quant a la determinació del preu, i probablement incorporar, a més a més, una norma a l'estil dels art. 56 CISG i IV.A.-3:103 DCFR segons la qual, en cas de dubte, el preu que es fixa d'acord amb el pes de les coses s'ha d'entendre que és el pes net.

IX. LES OBLIGACIONS DEL VENEDOR

És a l'hora d'analitzar les obligacions del venedor que millor s'observen les diferències de plantejament entre la configuració romanista de la compra-venda i la que resulta del sistema del CISG. Tradicionalment, el venedor només s'obligava a lliurar la possessió pacífica de la cosa venuda, raó per la qual s'havia de regular l'evicció, i a més es contemplaven els vicis que pogués presentar l'objecte, als quals s'aplicaven les accions edilícies, que fonamentalment legitimaven el comprador per a obtenir una rebaixa en el preu. És a dir, la gran diferència entre un i altre sistema és que el *Código Civil* desconeix un concepte unitari d'incompliment, ja que conté un règim general d'incompliment i d'un d'específic de sanejament per a la compra-venda⁴⁸. Per contra, el CISG i, per inspiració seva, el DCFR i ordenaments jurídics nacionals com l'alemany opten per un concepte unitari

⁴⁶ Reinhard Zimmermann, “Rasgos fundamentales de un derecho contractual europeo”, a Id., *Estudios de derecho privado europeo*, trad. d'Antoni Vaquer Aloy, Madrid, 2000, pàg. 148 seg.

⁴⁷ Aquest precepte prové de l'art. 6:104 PECL, al qual es remetia expressament el comentari als art. 3:102 a 3:104 PEL Sales.

⁴⁸ Morales Moreno, “Adaptación”, pàg. 1613-1617; Fenoy Picón, “El sistema de protección”, pàg. 72 seg.

d'incompliment que abraça totes les formes possibles de prestació inidònia⁴⁹. És el que es coneix com la “manca de conformitat”, criteri que també adopta l'avantprojecte de compra-venda de la *Comisión General de Codificación* (art. 1474 seg.)⁵⁰. Ja els comentaris als PECL indicaven com una de les seves principals característiques aquest concepte unitari d'incompliment⁵¹. A més, aquest és el criteri tant de la DVC⁵² com de la proposta de Directiva sobre drets dels consumidors. La noció d'incompliment és objectiva, perquè prescindeix, d'entrada, del criteri de la culpa del deutor incomplidor⁵³. Sembla fora de dubte que una regulació catalana moderna de la compra-venda ha d'inclinar-se, també, per aquest criteri unitari d'incompliment que gravita entorn la noció de conformitat.

Des d'un punt de vista de tècnica legislativa, es podria fer una enumeració de les obligacions del venedor per, a continuació, analitzar cadascuna d'aquestes obligacions, o entrar directament en la conformitat a partir de la descripció de la compra-venda en un primer article construït sobre la base de les respectives obligacions de cada part contractual.

⁴⁹ En paraules de Antonio Manuel Morales Moreno, *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Cizur Menor, 2010, pàg. 29, un concepte modern d'incompliment destaca per la seva amplitud: “consiste en la falta de ejecución o realización de las exigencias del contrato, en cualquiera de sus manifestaciones. Tal amplitud permite integrar, en un sistema único, la pluralidad de sistemas de responsabilidad contractual (en sentido amplio) que encontramos en el Código civil. De este modo podemos hacer desaparecer los sistemas especiales de responsabilidad que implican los saneamientos. La mora y la imposibilidad pasan a ser consideradas como manifestaciones del incumplimiento; y la resolución, como un remedio, entre otros, del incumplimiento”.

⁵⁰ Com diu tot comentant la proposta d'avantprojecte Fenoy Picón, “La modernización”, pàg. 66, “el nuevo modelo se encuentra en la CISG, en los Principios UNIDROIT y en los PECL”.

⁵¹ Zimmermann, “Rasgos fundamentales”, pàg. 122-123; Ole Lando, “Non-performance (breach) of contracts”, a Arthur Hartkamp et al (ed.), *Towards a European Civil Code*, 3^a ed., Nijmegen, 2004, pàg. 505 i seg. Els Principis Unidroit (2004) es mouen en la mateixa línia (cf. art. 7.1.1). Vegeu, a més, Fenoy Picón, “La modernización”, pàg. 72 seg.

⁵² Segons qui aleshores era el funcionari responsable de la Comissió Europea, Dirk Staudenmayer, “The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees – a Milestone in the European Consumer and Private Law”, *ERPL*, 2000, pàg. 551, “The principle of conformity with the contract is one of the central elements of the Directive. (...) This principle is one of the most important examples of the above mentioned tendency to maintain a parallel with the CISG”. Per als canvis al llarg del procés d'aprovació de la Directiva, vegeu Bastiaan van Zelst, *The Politics of European Sales Law*, Alphen aan der Rijn, 2008, pàg. 220 seg.

⁵³ Fenoy Picón, “La modernización”, pàg. 70: “el incumplimiento es un concepto neutro desde el punto de vista de la imputación subjetiva al deudor”, idea que desenvolupa després a les pàg. 76 seg. La mateixa idea a Morales Moreno, *Incumplimiento del contrato*, pàg. 30: “constata, simplemente, de modo objetivo, la falta de realización de las exigencias del contrato, en orden a la satisfacción del interés del acreedor. No contiene ningún elemento de imputación de responsabilidad al contratante incumplidor y menos aún de reproche”.

Finalment, caldria preveure quines normes són dispositives, de manera que les parts podrien pactar altrament, i quines són imperatives. En el cas de les vendes de consum, la protecció del consumidor sobre la base de la DVC (art. 7)⁵⁴ aconsellaria una norma que afirmés el caràcter inderogable de les normes sobre conformitat, com fa, per exemple, l'Art. IV.A.-2:309 DCFR o el Codi civil holandès (art. 7:6).

1. L'obligació de lliurar una cosa conforme

1.1 La noció de conformitat

La primera obligació del venedor, doncs, consistiria en l'obligació de lliurar una cosa conforme al comprador. La conformitat no és sinó la correspondència de la cosa lliurada amb el disseny que les parts van realitzar de la prestació. Les parts tenen la màxima llibertat a l'hora de dissenyar la prestació. Doncs bé, la manca de correspondència entre la cosa lliurada efectivament –la prestació real– i la cosa tal com va ser concebuda per les parts en el moment de la perfecció del contracte –la prestació ideal– genera la no conformitat de la prestació, un concepte que engloba el compliment defectuós o inexacte, el retard, els vicis o defectes de la cosa i la prestació distinta a la pactada⁵⁵.

La DVC parteix d'una enumeració de circumstàncies la concurrència de les quals permet presumir la conformitat de la prestació. Així, d'acord amb l'art. 2.2,

“2. Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si:

- a) se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo;
- b) son aptos para el uso especial requerido por el consumidor que éste haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y éste haya admitido que el bien es apto para dicho uso;
- c) son aptos para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo;
- d) presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las

⁵⁴ Encara més a la proposta de Directiva sobre drets dels consumidors, que partia del seu caràcter no de mínims sinó imperatiu, si bé, com ja s'ha dit, aquest caràcter està sota revisió.

⁵⁵ Com va dir Marco Molina, “La garantía legal”, pàg. 2299, “[s]e ha optado por una noción que representa no sólo una síntesis, sino sobre todo una superación de la tradicional contraposición entre el concepto objetivo y el subjetivo de *defecto*”.

características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado”.

Es tracta de presumptions, que faciliten la prova de la conformitat al venedor⁵⁶. Atès el caràcter de mínims que té la Directiva, la transposició ha de respectar la noció de conformitat que es conté en la Directiva, amb independència de la concreta redacció que s'adopti presumint la conformitat o la no conformitat. Així, el DCFR recull igualment la presumpció de conformitat en seu Art. IV.A.-2:301, segons el qual:

“The goods do not conform with the contract unless they:

- (a) are of the quantity, quality and description required by the contract;
- (b) are contained or packaged in the manner required by the contract;
- (c) are supplied along with any accessories, installation instructions or other instructions required by the contract; and
- (d) comply with the remaining Articles of this Section”.

Per la seva banda, la proposta d'avantprojecte de la *Comisión General de Codificación* parteix d'un article que ofereix un concepte general de conformitat (art: 1474: “La cosa entregada deberá ser conforme con el contrato en cantidad, calidad y tipo y deberá estar embalada o envasada en la forma que resulte del contrato. La entrega de cosa diferente de la pactada se equipara a la falta de conformidad”) i, a continuació, enumera un seguit de supòsits en els qual no hi ha conformitat:

- “1º. Si la cosa no se ajusta a la descripción del vendedor;
- 2º. Si no posee las cualidades de la muestra o del modelo presentados por el vendedor al comprador;
- 3º. Si no es apta para el uso especial requerido por el comprador al celebrarse el contrato siempre que el vendedor haya admitido que la cosa es apta para dicho uso;

⁵⁶ El CISG també utilitza presumptions, però en el seu cas de no conformitat, per bé que els supòsits són substancialment els mateixos (art. 35.2):

“Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos:

- a) que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinan mercaderías del mismo tipo;
- b) que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no era razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor;
- c) que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador;
- d) que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas”.

4°. Si no es apta para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo o no presenta la calidad y proporciona las prestaciones habituales que, conforme a la naturaleza del bien, el comprador puede fundadamente esperar”.

A la vista d'aquests antecedents, és aconsellable establir l'obligació del venedor de lliurar coses conformes amb el contracte; la conformitat dependria, en primer lloc, del disseny de la prestació realitzat per les parts i, en cas de concreció insuficient, s'haurien d'enumerar uns criteris de conformitat –o de presumpció de no conformitat, segons l'estil de redacció que es prefereixi– que segueixin el més fidelment possible la redacció de la Directiva⁵⁷. De tota manera, serà oportú comprovar si s'introdueix alguna modificació en l'art. 24 de la proposta de Directiva sobre drets dels consumidors. De moment, els canvis amb relació a la DVC són menors, de caràcter bàsicament semàntic. Amb tot, algun d'aquests canvis semàntics ha advertit la doctrina que podria conduir a modificacions no desitjables⁵⁸. Així, fins ara s'havia entès que els criteris de conformitat de la DVC eren cumulatiu, però ara l'art. 24.2 de la proposta de Directiva utilitza la conjunció “o” [(c) son aptos para los usos a que normalmente se destinan bienes del mismo tipo; o (d) presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar”]. Si realment es tracta d'un canvi de criteri, la posició del consumidor resultaria sensiblement afeblida, ja que amb la DVC només li cal provar la concurrència d'un dels criteris perquè el bé no sigui conforme. El dret civil català hauria de mantenir el caràcter cumulatiu en la confiança que la conjunció “o” respon a un error que serà corregit.

Es podria pensar a introduir nous criteris de conformitat que el DCFR o altres països han afegit al seu dret intern, com ara la duració raonable del bé, el preu, que estiguin correctament empaquetats⁵⁹ o l'existència de recanvis

⁵⁷ Aquesta és la idea, també, per al *Código civil* espanyol de Morales Moreno, “Adaptación”, pàg. 1634-1635.

⁵⁸ Christian Twigg-Flesner, “Fit for Purpose? The Proposal on Sales”, a Geraint Howells, Reiner Schulze (ed.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Munich, 2009, pàg. 156-157; Marco Loos, “Consumer Sales Law in the Proposal for a Consumer Rights Directive”, *European Review of Private Law*, 2010, pàg. 25-27; Jules Stuyck, “The Provisions on Consumer Sales”, a Hans Schulte-Nölke, Lubos Tichy (eds.), *Perspectives for European Consumer Law*, Munich, 2010, pàg. 29; Martin Ebers, “De la armonización mínima a la armonización plena. La propuesta de Directiva sobre derechos de los consumidores”, *InDret* 2/2010, pàg. 24.

⁵⁹ Cal recordar que l'art. 1474 de l'avantprojecte de compra-venda de la *Comisión General de Codificación* contempla l'embalatge i l'envàs.

o accessoris, entre d'altres⁶⁰. Amb una expressió molt més general, l'Art. IV.A.-2:302(f) DCFR assenyalava que els béns han de “possess such qualities and performance capabilities as the buyer may reasonably expect”, donant entrada a les expectatives raonables del comprador, amb exemples com els que s'acaben de citar de la duració esperable o els recanvis.

Alguns codis civils especifiquen que el lliurament d'una cosa distinta a la pactada constitueix manca de conformitat; per exemple, el § 434(3) BGB, d'acord amb el qual “s'equipara a un vici material el lliurament pel venedor d'una cosa distinta”, o l'art. 7:17.3 del Codi Civil neerlandès, i ho preveu l'art. 1474.II de l'avantprojecte sobre compra-venda de la *Comisión General de Codificación*. El DCFR refusa aquesta distinció entre cosa materialment no conforme i *aliud*, sobre la base de la noció única de conformitat que cobreix tots els supòsits⁶¹. La pràctica de la jurisprudència espanyola de distingir entre vicis i *aliud* aconsella una norma propedèutica que no deixi dubtes sobre la inclusió del supòsit de l'*aliud* en la noció de manca de conformitat⁶².

La conformitat o no conformitat ve determinada també per les declaracions públiques realitzades per tercers llevat que el venedor demostrï que desconeixia i no es podia raonablement esperar que conegués aquella declaració, o si havia estat corregida al temps de la conclusió del contracte o no va poder influir en la decisió de comprar el bé, una previsió de l'art. 2.4 DVC que la proposta de Directiva sobre drets dels consumidors no altera⁶³.

No hi ha manca de conformitat quan al temps de la conclusió del contracte el consumidor coneixia el defecte o no podria ignorar-lo fonamentadament, ni tampoc si té el seu origen en materials subministrats pel comprador, estableix l'art. 2.3 DVC⁶⁴. Un altre cop cal tenir en compte la proposta de Directiva de drets dels consumidors. La versió espanyola diu que no hi ha

⁶⁰ Vegeu Hans Schulte-Nölke, Christian Twigg-Flesner, Martin Ebers, *EU Consumer Law Compendium*, Munich, 2008, pàg. 422-423.

⁶¹ *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentari E a l'Art. 2:201, pàg. 1275.

⁶² I, en la doctrina, per exemple Marco Molina, “La garantía”, pàg. 2301, considera que els defectes (conformitat) i l'incompliment (*aliud*) subsisteixen com a categories distintes a la DVC.

⁶³ També ho recull l'art. 1476.II de l'avantprojecte de compra-venda de la *Comisión General de Codificación*. Vegeu, a més, l'art. 7:18 del Codi civil holandès o el § 434.1 BGB, exemples de generalització a tot contracte de compra-venda de la previsió de la DVC, com també fa l'Art. IV.A.-2:303 DCFR. Creu que s'hauria d'introduir Morales Moreno, “Adaptación”, pàg. 1636. No obstant, Stuyck, “The Provisions on Consumer Sales”, pàg. 42, opina que de vegades pot resultar inequitatiu imposar responsabilitat al venedor per declaracions públiques fetes per un tercer amb qui no guarda relació en la cadena comercial, quan no podrà tanmateix al·legar desconeixement ni assumir els costos de corregir aquelles declaracions.

⁶⁴ Aquesta previsió la trobem també a l'art. 1476.I de l'avantprojecte de compra-venda de la *Comisión General de Codificación*.

manca de conformitat (art. 24.3) si “cabía razonablemente esperar que (...) tuviera conocimiento de la falta de conformidad”, i la versió anglesa “*should reasonably have been aware of, the lack of conformity*”, que podria donar peu a pensar que el comprador assumeix la càrrega d’inspeccionar el bé. No sembla que aquesta hagi de ser la voluntat del legislador comunitari, ja que afebliria notablement la posició del consumidor, però caldrà prestar atenció en aquest extrem al text definitiu de la Directiva si s’acaba aprovant. Tanmateix, podria plantejar-se l’exclusió de la manca de conformitat quan el comprador decideix examinar els béns i en aquest examen previ hagués pogut descobrir amb normalitat el defecte⁶⁵, llevat que el venedor hagués assegurat que la cosa no tenia cap defecte o que es comprometés a subsanar el defecte⁶⁶.

Finalment⁶⁷, esdevé manca de conformitat la que deriva de la instal·lació incorrecta⁶⁸ o d’instruccions d’instal·lació incorrectes quan ho ha de dur a terme el mateix comprador⁶⁹, d’acord amb l’art. 2.5 DVC, que no pateix modificacions rellevants a la proposta de Directiva de drets dels consumidors (art. 24.5)⁷⁰.

⁶⁵ La idea és de Twigg-Flesner, “Fit for Purpose?”, pàg. 158.

⁶⁶ D’acord amb això darrer Morales Moreno, “Adaptación”, pàg. 1636, i l’art. 1478.2 de l’avantprojecte de compra-venda de la *Comisión General de Codificación*.

⁶⁷ No obstant, Simon Whittaker, “Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees: the Proposal for a Directive on Consumer Rights and the Significance of ‘Full Harmonisation’”, *European Review of Contract Law*, 2009, pàg. 241, entén que la proposta de Directiva permet concloure que quan el venedor no proporciona la informació requerida referent als mateixos béns venuts constituïria també un supòsit de manca de conformitat.

⁶⁸ Morales Moreno, “La conformidad de la cosa vendida según la Directiva 99/44 CE”, a id., *La modernización*, pàg. 184, considera que la instal·lació és defectuosa quan impedeix obtenir la utilitat de la cosa exigible conforme al contracte i a la llei i quan provoca o pot provocar danys a la cosa venuda.

⁶⁹ L’art. 116.2 TR LGDCU literalment diu que la instal·lació l’ha realitzat el consumidor o usuari. El § 434(2) BGB, en canvi, no indica expressament qui l’ha d’haver realitzada. Segons Morales Moreno, “La conformidad”, pàg. 187, la legislació espanyola respecta la normativa comunitària. No obstant, Manuel Jesús Marín López, art. 116, a Bercovitz (dir.), *Comentario del Texto Refundido*, pàg. 1464, pensa que “la instalación puede llevarla a cabo él personalmente o un tercero; incluso un profesional”. La proliferació de la venda de mobiliari per muntar en grans superfícies i d’electrodomèstics diversos aconsella especificar que la manca de conformitat és independent de si és el propi consumidor o no qui realitza el muntatge.

⁷⁰ Criteri susceptible de generalització a qualsevol contracte de compra-venda, com palesen l’art. 1479 de l’avantprojecte de compra-venda de la *Comisión General de Codificación*, el § 434.2 BGB o el § 217.5 de la Llei d’Obligacions d’Estònia, o també l’Art. IV.A.-2:304 DCFR. En el mateix sentit s’ha pronunciat Morales Moreno, “Adaptación”, pàg. 1637.

1.2 Conformitat material i conformitat jurídica

Abans s'ha indicat que el concepte de manca de conformitat pretén ser omnicomprensiu de qualsevol modalitat d'incompliment contractual. Permet incloure, doncs, tant la conformitat material, a la que fins ara s'ha fet referència, com la conformitat jurídica, és a dir, el que encara el *Código civil* espanyol regula com a evicció i sanejament per gravàmens ocults. Aquest canvi d'enfocament es pot fer més palès si ja s'indica al primer article sobre compra-venda o simplement es pot manifestar en la secció dedicada a la conformitat. L'avantprojecte de compra-venda de la *Comisión General de Codificación* distingeix a l'art. 1445 entre que els béns han de ser conformes y "libres de derechos de terceros". El BGB anuncia que la cosa venuda ha d'estar lliure de vicis materials i jurídics al § 433(1), que després desenvolupa en dos paràgrafs distints (§ 434 els vicis materials, § 435 els vicis jurídics). En canvi, el DCFR no diferencia i es limita a definir la compra-venda sobre la base de la transmissió de la propietat (Art. IV.A.-1:202) i a emfasitzar l'obligació de lliurar béns conformes sense ulterior concreció (Art. IV.A.-2:101), i és després a la secció sobre conformitat que tracta dels drets de tercers (Art. IV.A.-2:305 i 2:306). Per la seva banda, la Llei d'Obligacions d'Estònia tracta en un mateix article ambdós tipus de conformitat (§ 217). En definitiva, no existeix un model únic, i la decisió sobre un estil de redacció o un altre pot dependre de l'èmfasi que es vulgui posar en la novetat de la regulació amb relació a la que es conté al *Código civil* espanyol.

Morales Moreno⁷¹ ha donat diverses raons per passar de l'evicció i el sanejament per gravàmens ocults a la no conformitat: que no ofereix una protecció adequada al comprador, ja que ha d'esperar al resultat del procés entaulat pel tercer per poder reclamar al venedor; que la reclamació només repara parcialment els danys soferts; i la seva escassa aplicació en la jurisprudència. Aquesta opinió s'ha reflectit en l'art. 1490 de l'avantprojecte de compra-venda de la *Comisión General de Codificación*, d'acord amb el qual "[s]i un tercero estuviere en condiciones de ejercitar contra el comprador un derecho relativo a la cosa no contemplado en el contrato, anterior a la entrega o creado posteriormente con intervención del vendedor, el comprador, podrá, a su elección, ejercitar los derechos mencionados en el artículo 1482", que són els remeis pensats per a la manca de conformitat.

L'opció del dret civil català hauria de ser també la d'acollir un concepte d'incompliment unitari, que unifiqués la regulació dels defectes materials de la prestació i la manca de conformitat jurídica -evicció i gravàmens ocults-, i amb una redacció que fes ben palesa aquesta decisió. De retruc, caldria modificar aquells articles del Codi Civil de Catalunya que contemplen el

⁷¹ Morales Moreno, "Adaptación", pàg. 1645-1646.

sanejament per evicció i vicis ocults: art. 464-11 (partició de l'herència), 531-13 (donació) o 552-12 (divisió de la comunitat ordinària).

1.3 L'excés de cabuda

Les normes a què s'ha fet referència fins ara provenen de regulacions pensades per als béns mobles i, en principi, no plantegen problemes majors en la seva aplicació a les vendes d'immobles. No obstant, en tema de compliment el vigent *Código civil* espanyol conté una regla específica per als immobles: la cabuda. Es tracta dels art. 1469 a 1471. Els problemes quant a la cabuda de la finca són susceptibles de ser reconduïts igualment a la noció de no conformitat. Això és el que fa, per exemple, l'avantprojecte sobre compra-venda de la *Comisión General de Codificación* a l'art. 1477, d'acord amb el qual “[s]i no resulta otra cosa del contrato o de la utilidad de la cosa en él presupuesta, en la venta de inmueble no constituirá falta de conformidad de la cosa el que la cabida sea distinta de la expresada al contratar, pero sí lo será el que el vendedor no entregue todo lo que se comprenda dentro de los linderos señalados en el contrato, aun cuando exceda de la cabida expresada”. Morales Moreno ha afirmat que cal suprimir els vigents art. 1469 a 1472 del *Código civil* i aplicar als defectes de cabuda les regles generals previstes per a l'incompliment i les especials de la compra-venda sobre manca de conformitat, a fi d'evitar un sistema distint d'accions⁷². En una línia similar s'expressa el Codi civil neerlandès, ja que el seu art. 7:17.6 preveu que en la venda d'immobles la declaració quant a les dimensions superficials es presumeix merament indicativa, sense que s'exigeixi la conformitat.

L'excés de cabuda en el dret civil català no hauria de donar lloc a un sistema propi d'accions, sinó que s'hauria d'emmarcar en el marc de la conformitat. El Codi civil neerlandès ofereix una bona pauta: llevat que les parts hagin especificat una altra cosa –amb la qual cosa s'aplica sense més la conformitat, perquè com ja s'ha dit la conformitat té com a paràmetre el disseny de la prestació realitzada per les parts contractuals–, la superfície venuda és merament indicativa, si l'immoble està perfectament identificat en els seus límits. I si la venda s'ha realitzat a un tant la unitat de mesura, aleshores el que escau és complementar o reduir el preu en atenció a les unitats reals⁷³.

1.4 El moment de la conformitat

Quant al moment en què s'ha d'apreciar la conformitat i, per consegüent, la responsabilitat del venedor, és, en el model CISG, el de la transmissió del risc. Així ho disposa el seu art. 36.1: “El vendedor será responsable, conforme al

⁷² Morales Moreno, “Adaptación”, pàg. 1633.

⁷³ Cf. art. 1448 de l'avantprojecte de compra-venda de la *Comisión General de Codificación*.

contrato y a la presente Convención, de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador, aun cuando esa falta sólo sea manifiesta después de ese momento”. El mateix preveu l'Art. IV.A.-2:308 DCFR: “The seller is liable for any lack of conformity which exists at the time when the risk passes to the buyer, even if the lack of conformity becomes apparent only after that time”⁷⁴. Diversos codis civils recullen la mateixa solució: § 434(1) BGB, art. 458.1 Codi d'Obligacions d'Eslovènia, art. 218.1 Llei d'Obligacions d'Estònia. I el mateix es contempla a l'art. 1481 de l'avantprojecte de compra-venda de la *Comisión General de Codificación*⁷⁵. La proposta de Directiva sobre drets dels consumidors apunta en la mateixa direcció, ja que l'art. 25 determina que “[e]l comerciante será responsable ante el consumidor de toda falta de conformidad que exista en el momento en que el riesgo se transfiera a éste”, a diferència de l'actual art. 3.1 DVC, que estableix que “[e]l vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien”.

Aquesta norma acostuma a ser precisada en el cas de les vendes de consum. L'art. 5.3 DVC disposa que “[s]alvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en un período de seis meses a partir de la entrega del bien ya existían en esa fecha, salvo cuando esa presunción sea incompatible con la naturaleza de los bienes o la índole de la falta de conformidad”⁷⁶. Aquesta norma s'ha incorporat al DCFR (Art. IV.A.-2:308), si bé els sis mesos es compten des del moment de la transmissió del risc; una norma que, per exemple, existeix a l'art. 7:18.2 del Codi civil neerlandès. De tota manera, cal vigilar la Proposta de Directiva sobre drets dels consumidors, ja que en la versió anglesa o la francesa –no en l'espanyola, l'alemanya o la italiana– abandona la redacció alternativa i passa a una de cumulativa: “unless this presumption is incompatible with the nature of the goods *and* the nature of the lack of conformity”⁷⁷. En el cas dels béns que s'han d'instal·lar, l'apartat (3) del Art. IV.A.-2:308 matisa que els sis mesos

⁷⁴ Els comentaris ho justifiquen perquè fins aquell moment els béns estan sota el control del venedor; vegeu *Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentari B a l'Art. IV.A.-2:308, pàg. 1310-1311.

⁷⁵ Al respecte, Morales Moreno, “Adaptación”, pàg. 1634.

⁷⁶ La jurisprudència aplica amb contundència aquesta presumpció a favor del consumidor. Per exemple, SAP Barcelona, secc. 13, 15.12.2009, JUR 2010\108422: “corresponde al actor y/o al fabricante (art. 217 LEC) la prueba de que el uso fue incorrecto (la prueba de la culpa del demandado), para liberarse de su obligación de responder, por cuanto se presume el obrar correctamente (funcionó correctamente durante 6 meses), lo que no puede quedar desvirtuado con el documento unilateral del servicio técnico, sin nada más que lo objetivice” (automatisme de porta que no funciona en accionar el comandament); SAP Barcelona, secc. 13, 12.3.2008, JUR 2008\142595 (PDA el connector de la qual no funciona); SAP Huelva 6.5.2008, JUR 2009\55893 (vehicle amb avaria).

⁷⁷ Vegeu Loos, “Consumer Sales”, pàg. 30.

compten des que es completa la instal·lació, norma que no és ni a la DVC ni a la proposta de Directiva sobre drets dels consumidors. Loos⁷⁸ afegeix que seria bo incorporar el criteri suggerit conjuntament per les *Law Commission* anglesa i escocesa en el sentit que aquesta presumpció que la manca de conformitat existia en els sis mesos anteriors s'hauria d'estendre als supòsits en què el venedor torna a lliurar la possessió després de reparar o substituir la cosa venuda defectuosa.

1.5 Altres normes sobre conformitat

Per finalitzar aquest apartat, es poden aportar algunes altres normes sobre conformitat que es troben en alguns dels drets nacionals codificats o recodificats els darrers anys i que podrien ésser preses en consideració. L'art. 458 del Codi d'Obligacions d'Eslovènia adverteix que els defectes materials insignificants no han de ser presos en consideració⁷⁹; almenys per a les vendes entre no consumidors, una norma com aquesta podria dissuadir dels plets bagatel·la, encara que com a factor negatiu s'ha d'esmentar que pel seu caràcter obert pot incitar les controvèrsies quant a si el defecte és o no insignificant. I del § 436(2) BGB i 218.2 de la Llei d'Obligacions d'Estònia es desprèn la idea que el venedor no respon per manca de conformitat dels impostos o taxes a què estigui subjecta la cosa venuda l'existència dels quals ignorava.

1.6 El lliurament

La regulació de la compra-venda no necessita normes sobre com s'han de lliurar els béns venuts, ja que el dret civil català gaudeix d'una regulació completa de la tradició al Llibre V del CCCat als art. 531-4 i 531-5, mentre que l'art. 531-6 s'ocupa de les despeses del lliurament. Per tant, només caldria incorporar algunes breus regles de complement.

Caldria una norma que establís l'obligació del venedor de lliurar alhora els documents que representin els béns, en la línia de l'Art. IV.A.-2:202 DCFR. També s'hauria de preveure que el venedor encarregui el transport dels béns fins al comprador. En aquest cas, d'acord amb l'Art. IV.A.-2:201(2) DCFR, el venedor compleix la seva obligació quan lliura el bé al primer transportista i lliura al comprador la documentació necessària per rebre el bé del transportista.

⁷⁸ Loos, "Consumer Sales", pàg. 31.

⁷⁹ Quant a les vendes de consum, l'art. 3.6 DVC exclou el remei de la resolució del contracte quan la manca de conformitat és d'escassa importància. Es tornarà a parlar d'aquesta qüestió quan s'abordin els remeis del comprador (apartat XI.1).

La proposta de Directiva sobre drets dels consumidors conté una norma que ha estat criticada per la doctrina tot i considerar-la com a supletòria de la voluntat de les parts⁸⁰. Segons el seu art. 22, que no té precedent a la DVC, “[s]alvo acuerdo en contrario de las partes, el comerciante entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material al consumidor o a un tercero por él indicado, distinto del transportista, en un plazo máximo de treinta días a partir de la fecha de celebración del contrato”. No s’acaba d’entendre per què el venedor ha de gaudir del termini d’un mes per a lliurar la cosa venuda i no ha de lliurar-la immediatament o si més no en un termini raonable tal com determina l’Art. III.-2:102(2) DCFR. Pensant en la proposta de Directiva i en la manca d’una part general de les obligacions, potser seria prudent incorporar una regla que establís el lliurament en un temps raonable o a la major brevetat possible.

El paràgraf segon de l’art. 22 de la proposta de Directiva aporta encara una altra novetat: “Si el comerciante no cumple su obligación de entrega, el consumidor tendrá derecho al reembolso de las sumas abonadas en un plazo de siete días a partir de la fecha de entrega prevista en el apartado 1”. Aquest precepte, malgrat la bona intenció de refrenar el venedor de demanar bestretes si no complirà amb la seva obligació de lliurar la cosa, planteja interrogants. Literalment, el consumidor podria sol·licitar la devolució de les sumes pagades tot i acceptar el lliurament de la cosa, si es produís transcorreguts aquells set dies⁸¹, però no queda clar si això suposa la rescissió del contracte⁸². D’altra banda, la redacció sembla excloure la indemnització de danys i perjudicis des del moment que només contempla la devolució de les quantitats anticipades⁸³. Cal esperar que si s’aprova la Directiva aquests aspectes restin més clars.

Si el venedor lliura la cosa abans del que s’havia acordat i aquesta no és conforme, o si no ha fet arribar al comprador tota la documentació, caldria preveure la possibilitat que subsani el compliment, sempre que no se li causi cap perjudici irraonable. Així ho preveu l’Art. IV.A.-2:203 DCFR, previsió que encaixaria amb els principis de conservació dels negocis i de bona fe i honradesa en els tractes, ben assentats en dret civil català (art. 111-7 CCCat).

⁸⁰ Loos, “Consumer Sales”, pàg. 21-22.

⁸¹ Loos, “Consumer Sales”, pàg. 22.

⁸² Peter Rott, Evelyn Terryn, “The Proposal for a Directive on Consumer Rights: No Single Set of Rules”, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 2009, pàg. 481.

⁸³ Loos, “Consumer Sales”, pàg. 22.

2. L'obligació de transmetre la propietat

El canvi de model de la compra-venda es fa evident en l'obligació de transmetre la propietat de la cosa venuda, obligació que cal fer explícita a fi de fer palesa la nova orientació que pren el dret civil català amb relació al dret vigent fins al moment. Recordem que així es diu a l'Art. IV.A.-1:202 DCFR i en Codis civils com el neerlandès (art. 7:9), alemany (§ 433 BGB), suís (art. 184 Codi d'obligacions), austríac (§ 1053 ABGB), estonià (§ 208.1 Llei d'Obligacions) o eslovè (§ 435.1 Codi d'Obligacions), així com en el dret anglès (sec. 2.1 Sale of Goods Act 1979) i en la CISG (art. 30). Valdria la pena destacar el caràcter traslatiu del contracte de compra-venda en un primer article que en presentés les principals característiques encara que sigui en forma d'enumeració de les obligacions principals que assumeix cada part contractual, ateses les importants conseqüències en seu de remeis quan tercers al·leguen tenir drets sobre la cosa venuda.

X. LES OBLIGACIONS DEL COMPRADOR

El comprador assumeix dues obligacions essencials: pagar el preu i prendre possessió de la cosa venuda quan la lliura el venedor. Són les obligacions tradicionals que sorgeixen per al comprador i no sembla que el dret català pugui innovar en aquest sentit. Les estableix l'art. 53 CISG i en la mateixa línia trobem l'Art. IV.A.-3:101 DCFR –que distingeix l'obligació de prendre possessió de la cosa i dels documents que representin la cosa o hi estiguin relacionats– o l'art. 1445 de l'avantprojecte sobre compra-venda de la *Comisión General de Codificación*, a més de la majoria de Codis civils (§ 433.2 BGB, § 208.1 Llei d'Obligacions d'Estònia, art. 466 i 469 Codi d'Obligacions d'Eslovènia). Es podria pensar que seguirien un altre model els codis civils francès (art. 1650 seg.) o italià (art. 1498 i 1499), per ser menys moderns i respondre al model romanista de compra-venda, però tampoc el Codi civil neerlandès fa esment de l'obligació de rebre la cosa (art. 7:26 seg.). Encara més, l'art. 7:32 BW contempla la “mora” del comprador i preveu la possibilitat que el venedor recorri a la venda de la cosa si la seva conservació li causa un inconvenient seriós. Si la idea és la mora, aleshores no hi ha obligació del comprador de prendre possessió de la cosa, sinó càrrega, i conseqüentment els efectes jurídics són distints. Cal tenir en compte que la mora del creditor no està definida en tots els ordenaments jurídics europeus, per bé que molts d'ells acudeixin a *self-help remedies* com ara la consignació de la cosa deguda i la venda en cas que no es pugui conservar sense costos excessius⁸⁴. Si

⁸⁴ Al respecte, Antoni Vaquer, “Tender of Performance, Mora Creditoris and the (Common?) Principles of European Contract Law”, *Tulane European and Civil Law Forum*, 2002. pàg. 83 seg, i “Farewell to Windscheid? Legal Concepts Present and Absent from the Draft CFR”, *ERPL*, 2009, pàg. 504 seg.

realment es configura la recepció de la cosa venuda com a obligació, caldrà convenir que el venedor disposi dels remeis habituals, entre els quals el compliment forçós de l'obligació, és a dir, que el comprador podria obtenir l'execució forçosa de l'obligació de rebre, la qual cosa seria francament difícil de dur a terme en la pràctica. No ha d'estranyar, doncs, que el DCFR (Art. III.-2:111 i 2:112), com abans els PECL (art. 7:110 i 7:111), prevegin el mecanisme de la consignació de la cosa deguda per als casos en què el creditor no col·labora en el compliment de l'obligació. Per consegüent, el més rigorós seria qualificar la presa de possessió de la cosa venuda com a càrrega, la qual cosa permetria introduir un concepte de teoria general de l'obligació; però si, no obstant, es volen defugir discussions acadèmiques i presentar la recepció de la cosa com a obligació, s'hauria d'especificar a l'hora de tractar els remeis del comprador que, per al supòsit de manca de presa de possessió, el venedor podria acudir a la consignació i -com a novetat- procedir a la venda de la cosa i la subsegüent consignació del preu si els costos de conservació de la cosa eren excessius o si el bé havia de perir amb rapidesa.

XI. ELS REMEIS

Una secció s'hauria de dedicar als remeis de què disposen les parts contractuals, subdividint-la en els remeis del comprador i els del venedor. Quant als remeis del comprador, la proposta de Directiva de drets del consumidor presenta algunes innovacions que obligaran a estar alerta per si s'acaben aprovant, ja que impliquen algun canvi significatiu.

1. Els remeis del comprador

La DVC, sobre la base del CISG, i també dels PECL, han deixat consolidat un sistema de remeis format pel compliment forçós, la reducció del preu, la resolució del contracte i la indemnització de danys i perjudicis⁸⁵. Com veurem, existeix una jerarquia entre aquests remeis que, almenys per a les vendes de consum, caldrà incorporar al CCCat. Amb tot, hi ha un remei, la resolució del contracte, que no sempre està disponible per al consumidor; d'acord amb l'art. 3.6 DVC, el consumidor no pot recórrer a la resolució del contracte quan la manca de conformitat és d'escassa importància. La proposta de Directiva sobre drets dels consumidors insisteix en la mateixa idea, encara que formula el text de manera negativa ("El consumidor sólo tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad no es de escasa importancia") en el seu art. 26.3. Aquest és un punt a incorporar en una futura regulació catalana, per bé que, com he apuntat abans, també

⁸⁵ Són els remeis que cita -sense regular-los- l'art. 242-2.3 del Codi de Consum de Catalunya.

podria generalitzar-se més el remei per a les compravendes no de consum tot refusant que hi hagi manca de conformitat quan els defectes de la cosa siguin irrelevants.

Encara que s'articuli un únic sistema de remeis que unifiqui el règim de les vendes entre comerciants o entre particulars i les vendes de consum, seria recomanable explicitar que el sistema de remeis en les vendes de consum no pot ser modificat en perjudici dels consumidors, com ja estableix l'art. 7.1 DVC i recull l'Art. IV.A.-4:101 DCFR que, precisament, obre el capítol dedicat als remeis.

1.1 La pretensió al compliment

La pretensió al compliment es tradueix en dos remeis: la reparació i la substitució de la cosa venuda. D'acord amb l'art. 3, apartats 2 i 4, DVC, la reparació i la substitució no han de suposar cap cost per al consumidor –per al comprador, si es generalitza el sistema⁸⁶–, idea que confirma l'art. 27.1 de la proposta de Directiva sobre drets dels consumidors⁸⁷. A més, cal

⁸⁶ Així ho fa el DCFR al seu Art. III.-3:302(2), el § 439(2) BGB, art. 7:21(2) Codi civil neerlandès o el § 222(4) Llei d'Obligacions d'Estònia, i ho proposa l'art. 1483.3 de l'avantprojecte sobre compra-venda de la *Comisión General de Codificación*. L'art. 3.4 DVC contempla expressament les despeses de tramesa, mà d'obra i materials (ho repeteix expressament l'art. 1483.3 de l'avantprojecte de la *Comisión General de Codificación*). De tota manera, Thomas Pfeiffer, “Core Issues of Consumer Sales Law”, a Schulte-Nölke/Tichy, *Perspectives for European Consumer Law*, pàg. 53, formula, però, algunes qüestions sobre una norma aparentment clara: si comprador i venedor viuen a la mateixa localitat però mentre es duu a terme la reparació, el comprador canvia de lloc de residència, el venedor ha d'assumir el cost de l'enviament? Si la manca de conformitat es manifesta durant un viatge i per a reparar la cosa necessita ser tornada al venedor, el cost de l'enviament –i l'eventual del retorn al comprador– també són a càrrec del venedor? Si la cosa no conforme s'utilitza per a construir-ne una altra, el cost del desmuntatge i el posterior muntatge de nou també corresponen al venedor?

⁸⁷ Ni la DVC ni la proposta de Directiva sobre drets dels consumidors es plantegen que el comprador pugui reparar per si mateix la manca de conformitat, aspecte que el legislador català podria regular. Segons Stephan Lorenz, “Selbstvornahme des Mängelbeseitigung im Kaufrecht”, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2003, pàg. 1419, el comprador podria reclamar en aquest cas al venedor el cost de la reparació que s'ha estalviat. En la jurisprudència menor, si bé sembla que s'admet la recuperació de les despeses derivades per la reparació realitzada a compte del comprador, les solucions són massa variades. La SAP Barcelona, secc. 16, 28.1.2010, JUR 113292, considera que les despeses d'autoreparació no són reclamables (“Lo que reclama en este proceso, como claramente explicó en juicio, es principalmente la compensación por las horas de trabajo empleadas en el montaje y en la previsible sustitución, no los 1.521 euros que le costó el material. Como quiera que tales perjuicios no tienen cobertura legal, ni en los preceptos civiles del saneamiento por vicio oculto ni en la ley de defensa de consumidores y usuarios”); de manera confusa sembla acceptar-ho la SAP Barcelona, secc. 19, 11.11.2009, JUR 2010\44736, en un supòsit de venda d'automòbil amb contaquilòmetres manipulats que el comprador va fer arreglar en un altre taller mecànic: “El art. 7 concede la rebaja del precio en aquellos casos en que el consumidor no pudiera exigir la reparación. En este caso se ha exigido, pues no otra cosa supone la reclamación del importe de las facturas. Ahora bien, lo

tenir present la sentència del Tribunal de Justícia en el cas *Quelle*, segons la qual el consumidor no ha de pagar per l'ús que hagi realitzat de la cosa no conforme⁸⁸.

L'art. 3.3. DVC parteix del principi que és el consumidor que tria entre la reparació o la substitució⁸⁹, però aquesta idea canvia en la proposta de Directiva de drets dels consumidors, ja que l'elecció es concedeix al venedor a l'art. 26.2 (“El comerciante subsanará la falta de conformidad mediante una reparación o sustitución, a su elección”), canvi que la doctrina ha criticat perquè suposa un afebliment de la posició del consumidor amb relació a la DVC⁹⁰. Novament sembla necessari estar a l'aguait de l'evolució de

cierto es que las intervenciones realizadas en el vehículo no le devuelven al mismo estado que tendría de haber recorrido sólo los kilómetros que se indicaron en el momento de la compraventa, por lo que en este sentido procedería una rebaja del precio”; de manera similar, la SAP Madrid, secc. 25, 1.10.2009, JUR 2009\478392, considera rebaixa del preu el cost de les reparacions sufragades del comprador del vehicle (després de l'afirmació més que discutible que “primeramente se ha de intentar la reparación del bien, si ésta no logra proporcionar la conformidad con el contrato, podrá el consumidor optar por la sustitución. Si tampoco con la sustitución del objeto se consigue el resultado apetecido, el comprador podrá optar entre la rebaja del precio o la resolución del contrato”), com es raonarà després a l'apartat 11.2. També ho accepta la SAP Madrid 29.1.2010, TOL1.817.671, ja que la venedora no va reparar. Per la seva part, la SAP Múrcia, sec. 1, 2.9.2009, JUR 2010\4445, admet l'autoreparació, però el seu import el considera indemnització de danys i perjudicis. Menció especial mereix la SAP Granada, sec. 3, de 21.11.2008, JUR 2009/60612, en el cas de la compra d'una mascota malalta la compradora de la qual la porta al veterinari pel seu compte i després demana una rebaixa del preu: “en principio, la Ley 23/2003 veda a que el comprador pueda por su cuenta curar el perro recurriendo a un veterinario. Conforme al artículo 5.1 de la citada Ley, el consumidor puede optar entre exigir la reparación (en el caso, sanar el perro) o la sustitución (cambiar el perro por otro con idénticas características). No obstante, el consumidor hizo lo correcto en ese momento. Ello no le priva, pues, hacer uso de la acción de rebaja del precio. En consecuencia, esta Sala hace una interpretación correctora del artículo 5 de la mentada Ley, ya que sólo, en defecto de la acción de reparación o sustitución, cabe pedir la rebaja de precio. El artículo 8 establece unos criterios para la rebaja del precio. El precio medio de un perro de la raza pinscher vale, según una lista de precios aportada con la demanda, 350 €. La actora, sin embargo, pagó 480 €, por lo que pide que se le rebaje en 130 € el precio. Dispone el artículo 7 que la rebaja del precio será proporcional a la diferencia existente entre el valor que el bien hubiera tenido en el momento de la entrega de haber sido conforme con el contrato y el valor que el bien efectivamente entregado tenía en el momento de dicha entrega”.

⁸⁸ Cas 404/06 *Quelle AG Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände* [2008] ECR I-2685. Aquest criteri no sembla susceptible de generalització fora de les vendes de consum. En el mateix sentit s'ha pronunciat, sense citar aquesta sentència, la de l'AP Barcelona, secc 11, 9.2.2009, JUR 2009\172314 (ordinador amb mal funcionament del ratolí intern i escassa autonomia de bateria).

⁸⁹ A partir d'aquí, amb caràcter general, § 439(1) BGB o art. 21.1 Codi civil neerlandés.

⁹⁰ Twigg-Flesner, “Fit por purpose?”, pàg. 159. Per Rott/Terry, “The Proposal”, pàg. 478, això indica una alineació amb el CISG; a favor d'aquest canvi, assenyalant que és l'opció també del DCFR (Art. III.-3:302), Pfeiffer, “Core Issues”, pàg. 51; Zimmermann, “La evolució”, pàg. 112-113, també considera, a diferència de la DVC i el BGB, més convenient que l'elecció correspongui al venedor. Al dret civil estonià, quan el comprador sol·licita la

la proposta de Directiva a l'hora del disseny del sistema de remeis en dret civil català. En el cas que l'elecció pertanyi al venedor, podria plantejar-se si disposa de *ius variandi* de manera que, iniciada la reparació, el venedor pugui decidir substituir la cosa no conforme, evidentment sense cap cost per al comprador. En tot cas, la substitució implica que el comprador restitueixi la cosa no conforme⁹¹.

El límit a la pretensió del compliment rau en què la reparació o la substitució siguin impossibles⁹² o tinguin un cost desproporcionat⁹³. La prova de la impossibilitat o la desproporció correspon al venedor. Calia demostrar els costos irraonables tenint en compte el valor que tindria el bé sense la manca de conformitat, la rellevància de dita manca de conformitat i si el

reparació, el venedor pot optar per la substitució (§ 222.1 Llei d'Obligacions). Per a Josep M. Bech Serrat, "Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias", *InDret* 1/2010, pàg. 19, en realitat s'està regulant la facultat del venedor de subsanar el seu incompliment (right to cure).

⁹¹ Per al dret alemany, Zimmermann, "La evolución", pàg. 115.

⁹² Aquí s'inclouria el supòsit que la prestació tingués un caire personalíssim, supòsit que recull l'art. 7.2.2.d Principis Unidroit. En canvi, que la cosa sigui de segona mà no converteix automàticament en impossible el remei de la substitució (per exemple, es pot pensar en els automòbils de segona mà de models corrents, en els quals hi haurà substituïts de les mateixes característiques), malgrat que així ho disposa l'art. 120.g TR LGDCU quan veda la pretensió de substitució al consumidor; vegeu, amb resum de la doctrina espanyola, Bech Serrat, "Reparar y sustituir", pàg. 35-36.

⁹³ Segons l'art. 3.3 DVC, el cost és desproporcionat si imposa al venedor costos que, en comparació amb un altre remei, no siguin raonables; el § 439(3) BGB també pren en consideració que el mecanisme alternatiu de correcció de la conformitat no ocasioni perjudicis rellevants al comprador. Con diu Hanna Sivesand, *The Buyer's remedies for Non-Conforming Goods*, München, 2005, pàg. 29, la desproporció s'ha de decidir amb criteris objectius, no sobre l'opinió d'un o més venedors. A les pàg. 48 i 49 l'autora reporta dos casos alemanys. En el primer, el comprador sol·licita la substitució d'un VW Golf la finestrera del darrere del costat esquerre del qual no funcionava i presentava òxid a la frontissa de la porta del darrere; la reparació costava 512,67 € i la substitució 2899,58 €, i el Tribunal no va donar lloc a la petició de substitució; el segon cas és el d'un Seat Ibiza que es va vendre amb menys equipament del promès; el venedor s'escudava que no tenia cap model per poder substituir i que el comprador havia aconseguit un descompte molt important en el preu, però el Tribunal raona que la substitució només suposa un 4,7% del valor dels béns i estima la demanda.

D'altra banda, els Principis Unidroit exclouen la pretensió al compliment quan "la parte legitimada para recibir la prestación pueda razonablemente obtenerla por otra vía" (art. 7.2.2.c), idea que trobem també a l'art. 9:102(2)(d) PECL. Per a Bech Serrat, "Reparar y sustituir", pàg. 10, "si el deudor no cumple el contrato, la mayoría de compradores no estarán interesados en dedicar más tiempo y esfuerzos en exigir el cumplimiento de la otra parte, sino que van a preferir acudir al mercado, adquirir cosas o servicios sustitutivos y, en su caso, reclamar indemnización del daño". Els PEL-Sales van canviar el criteri amb un argument que no es pot desdenyar: "Such a restriction to the buyer's remedy of repair would render this remedy almost meaningless, since it would, in most cases, be possible for the buyer to obtain a repair or replacement elsewhere", en particular si els béns són completament fungibles (comentari E a l'Art. 4:202 PEL-Sales, pàg. 270).

remei alternatiu no representava inconvenients majors per al consumidor. L'art. 26.3 de la proposta de Directiva sobre drets dels consumidors intenta aclarir la qüestió amb l'incís següent: “El esfuerzo de un comerciante es desproporcionado si le impone costes excesivos en comparación con una rebaja del precio o con la resolución del contrato, teniendo en cuenta el valor de los bienes en ausencia de falta de conformidad y la importancia de la falta de conformidad”. Desapareix l'inconvenient que es causi al consumidor, la qual cosa pot emmenar al cas en què el consumidor que ha comprat una màquina fotogràfica abans de marxar de vacances, atès que la facultat d'elecció del remei pertany al venedor, que aquest opti per la reparació i no la substitució i que el comprador es quedi sense màquina per a les vacances⁹⁴. Per consegüent, sembla aconsellable que la normativa catalana estableixi tant que la reparació o substitució s'ha de fer en un temps raonable com que no provoqui cap perjudici o inconvenient al comprador, amb caràcter general fins i tot si no es tracta d'una venda de consum⁹⁵.

1.2 La resolució del contracte i la rebaixa del preu

Altres dos remeis que atorga la DVC al consumidor són la resolució del contracte i la rebaixa del preu (art. 3.5), remeis que provenen del CISG (art. 49 i 50) i que trobem als PECL (art. 9:301 seg. i 9:401 i seg.), al DCFR (Art. III-3:501 seg i 3:601 seg) i en diferents codis civils (§ 437 BGB, art. 22.1 Codi civil neerlandès), així com en l'avantprojecte sobre compra-venda de la *Comisión General de Codificación* (art. 1485).

Ni la DVC ni la proposta de Directiva sobre drets dels consumidors regulen els requisits ni els efectes⁹⁶ de la resolució del contracte, ni tampoc a curt termini el dret civil català no sembla que hagi de disposar d'una teoria general de l'obligació i el contracte. Per consegüent, el legislador català s'ha de preguntar si escau aprofitar la regulació de la compra-venda per regular almenys els trets bàsics de la resolució, ja que altrament s'aplicarà supletòriament el *Código civil* espanyol. L'única norma a considerar, a la qual

⁹⁴ Exemple de Rott/Terryn, “The Proposal”, pàg. 478-479.

⁹⁵ L'art. 1483 de l'avantprojecte de la *Comisión General de Codificación*, després d'assenyalar que l'elecció entre els remeis pertoca al comprador, afegeix que la modalitat de compliment escollida haurà de ser executada en un temps raonable i sense inconvenients significatius per al comprador, en atenció a la naturalesa de la cosa venuda i a la utilitat que hagués de prestar al comprador. En dret estonià, si la reparació o la substitució causen inconvenients no raonables al comprador, es produeix incompliment essencial i el comprador pot resoldre el contracte (§ 223(2) Llei d'Obligacions d'Estònia).

⁹⁶ Entre ells, la restitució de prestacions, en particular la devolució de la cosa venuda, tal com recorda la SAP Barcelona, secc. 11, 15.1.2010, JUR 2010\114560: “oblidà la sentència en tot cas que la resolució hauria implicat per a l'actora la obligació de retornar o deixar a disposició de la demandada el conjunt o el matalàs suposadament en mal estat”.

ja s'ha fet referència anteriorment, és l'art. 3.6 DVC que exclou la resolució quan la manca de conformitat tingui importància escassa⁹⁷.

La rebaixa del preu presenta com a inconvenient la inexistència de criteris legals per a calcular quina rebaixa escau aplicar, ni en la DVC ni en la proposta de Directiva sobre drets dels consumidors⁹⁸. Seria interessant que el dret civil català incorporés alguna concreció en la determinació de la reducció del preu; per exemple, els art. 50 CISG i 7:22(1)(b) del Codi Civil neerlandès apunten el criteri de la proporció amb la diferència de valor entre la cosa conforme i la no conforme, criteri que pren l'art. 1487 de l'avantprojecte de la *Comisión General de Codificación*; aquesta proporció la concreta la doctrina alemanya sobre la base del § 441(3) BGB tot recorrent a una regla de tres de manera que es multiplica el veritable valor de la cosa pel preu pagat i es divideix per valor de la cosa sense defectes⁹⁹. Una altra qüestió que caldria clarificar és si el comprador té dret a una rebaixa del preu quan la reparació disminueix el valor de la cosa¹⁰⁰.

1.3 La jerarquia entre els remeis

En el sistema de la DVC, que en aquest punt no resulta alterada per la proposta de Directiva sobre drets dels consumidors, existeix una jerarquia¹⁰¹ entre els remeis: primerament cal acudir al compliment forçós de l'obligació. La doctrina discuteix sobre la bondat d'aquesta jerarquia, però mentre la seva existència romangui, és indiscutible per al legislador català almenys

⁹⁷ *Supra* nota 77. La SAP Barcelona, secc. 19, 21.10.2009, Id Cendoj: 08019370192009100479, ho aplica a un automòbil de gamma alta que, reparat, vibra quan assoleix els 110 km/h.

⁹⁸ Twigg-Flesner, "Fit for Purpose?", pàg. 160; Loos, "Consumer Sales", pàg. 39.

⁹⁹ Harm Peter Westermann, § 441, a Münchener Kommentar zum BGB, vol. 3, 5a ed., München, 2008, Rn. 12; Schmidt, § 441, a Prütting/Wegen/Weinreich, BGB, Rn 14; Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers (ed.), *EU Consumer Law Compendium*, pàg. 436.

¹⁰⁰ A favor, Sivesand, *The Buyer's Remedies*, pàg. 32.

¹⁰¹ Morales Moreno, "Adaptación", pàg. 1638, hi està d'acord, per raó de la conservació del contracte i de l'oportunitat per al venedor de subsanar la manca de conformitat, i proposa generalitzar la jerarquia a totes les vendes; en contra, Bech Serrat, "Sustituir y reparar", pàg. 39. Bona part de la doctrina estrangera està en contra d'una jerarquia de remeis rígida: Twigg-Flesner, "Fit for Purpose?", pàg. 167; Jan M. Smits, "Full Harmonization of Consumer Law? A Critique of the Draft Directive on Consumer Rights", TICOM Working Paper on Comparative and Transnational Law 2009/2 (disponible a http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1358426), pàg. 9; Loos, "Consumer Sales", pàg. 36-38. Dubtós, Hondius, "The Proposal", pàg. 112-113.

en les vendes de consum¹⁰². En tot cas, els codis moderns han generalitzat aquesta jerarquia (per exemple, § 437 BGB)¹⁰³.

L'art. 26.4 de la proposta de Directiva sobre drets dels consumidors introdueix com a novetat que, malgrat el seu caràcter subsidiari, el consumidor té dret a acudir a la resolució o a la reducció si:

- a) el comerciante se ha negado de forma implícita o explícita a subsanar la falta de conformidad;
- b) el comerciante no ha subsanado la falta de conformidad en un plazo razonable;
- c) el comerciante ha intentado subsanar la falta de conformidad, causando inconvenientes significativos al consumidor;
- d) ha reaparecido el mismo defecto más de una vez en poco tiempo”.

No obstant, en realitat els quatre supòsits parteixen de la subsidiarietat de la resolució i la rebaixa i, en realitat, no l'alteren. En efecte, d'acord amb la lletra a), el comerciant es nega a subsanar la manca de conformitat, per la qual cosa el consumidor ja ha exercit la seva pretensió al compliment i aquell es nega a reparar o substituir. El subapartat b) requereix que el comerciant no hagi subsanat la manca de conformitat en un termini raonable, o sigui que ja s'ha exercit abans la pretensió al compliment. I el mateix es pot dir del supòsit c), en què expressament es parteix de l'intent de subsanació del defecte. L'apartat 5 d'aquest article 26 dona algunes pautes per determinar el termini raonable i els inconvenients significatius. Finalment, en el darrer cas el defecte ja s'havia reparat i s'ha reproduït. En conclusió, no és clar què matisa en veritat aquest precepte de la subsidiarietat dels remeis de la resolució i la rebaixa, ja que tots pressuposen una prèvia pretensió al compliment, que no ha tingut èxit perquè el venedor no ha volgut o no ha pogut reparar o substituir; si són remeis subsidiaris, un cop es constata – una vegada – que el venedor no vol complir, no caldria dir res més perquè automàticament el comprador pugui optar per la resolució o la rebaixa. No és clar si aquest article de la proposta de Directiva –ni la mateixa Directiva– es convertiran en dret comunitari¹⁰⁴. Tanmateix, almenys el subapartat d) té

¹⁰² En la jurisprudència menor espanyola hi ha sentències que afirmen que no hi ha incompatibilitat entre els remeis de la Llei de vendes de consum i la resolució contractual *ex art. 1124 CC*, com ara SAP Biscaia 24.2.2010, TOL1.828.173, o SAP Astúries 12.3.2010 TOL1.839.633 (*obiter dicta*, perquè el burofax sol·licitant la reparació no va obtenir resposta).

¹⁰³ Vegeu els altres ordenaments jurídics citats a Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers, *EU Consumer Law Compendium*, pàg. 427.

¹⁰⁴ L'art. 1478 de l'avantprojecte sobre compra-venda de la *Comisión General de Codificación* guarda similituds amb la proposta de Directiva, ja que preveu que el comprador –no només el consumidor– pugui acudir a la resolució i a la rebaixa: “1º) si el venedor no resultare obligado a ejecutar ninguna modalidad de cumplimiento; 2º) si la modalidad de cumplimiento

alguns elements a considerar. La seva redacció podria ser més clara, ja que utilitza dues repeticions (“reparèixer” i “més d’un cop”), la qual cosa permet concloure que el mateix defecte s’ha de manifestar fins a tres cops¹⁰⁵. I no només això, sinó, encara, en poc temps. El dret civil català hauria d’incloure una norma que evités que el venedor es pogués entossudir en la reparació; el comprador hauria de poder resoldre o rebaixar el preu quan la manca de conformitat es repeteix; que siguin dues o tres vegades, el mateix defecte o defectes diversos i en quant de temps és una qüestió a discutir¹⁰⁶, però és evident que el sol fet de la repetició del defecte ja crea un inconvenient al comprador, i més si es tracta d’un objecte d’ús freqüent (telèfon mòbil, ordinador, automòbil, etc.). També sense repetició del defecte el comprador hauria de poder resoldre el contracte quan sigui evident que el venedor no està en condicions de reparar o substituir (per exemple, perquè la cosa ha deixat de fabricar-se¹⁰⁷, perquè el venedor no proporciona la informació raonable al comprador¹⁰⁸ o perquè no té els coneixements tècnics suficients per a una reparació satisfactòria), o quan la subsanació es demori més del que seria raonable¹⁰⁹.

procedente no fuera ejecutada por el vendedor en las condiciones establecidas en el párrafo segundo del art. 1483 –és a dir, termini raonable i sense inconvenients significatius–; 3º) si el vendedor hubiera rehusado ejecutar la modalidad de cumplimiento procedente en dichas condiciones o se previere fundadamente que no la ejecutará así”.

¹⁰⁵ Twigg-Flesner, “Fit for Purpose?”, pàg. 164; Rott/Terryn, “The Proposal”, pàg. 479; Loos, “Consumer Sales”, pàg. 41.

¹⁰⁶ Cf. Sivesand, *The Buyer’s Remedies*, pàg. 31-32 i 57-58, amb referències de dret comparat; Bech Serrat, “Sustituir y reparar”, pàg. 37-38 i nota 140 amb detall de la doctrina espanyola. El § 440 BGB considera dos intents de reparació. La SAP Barcelona, sec. 1, 15.12.2009, JUR 2010\85056, no sembla considerar l’existència de límits al nombre de reparacions, atès que el vehicle ja havia estat reparat dos cops, i desestima la demanda perquè no s’ha provat una nova avaria sense, però, plantejar-se què hagués succeït si realment hagués existit dita tercera avaria.

¹⁰⁷ Però no per l’escassetat de peces de recanvi, adverteix el considerand 40 de la proposta de Directiva (“La falta de piezas de recambio no debe ser un motivo válido para justificar que el comerciante no subsane la falta de conformidad en un plazo razonable o sin esfuerzo desproporcionado”), encara que si per l’escassetat dels recanvis la reparació pot dilatar-se, això suposi un inconvenient significatiu per al consumidor i aleshores el consumidor pugui resoldre sobre la base del subapartat c) de l’art. 26 de la proposta de Directiva.

¹⁰⁸ Twigg-Flesner, “Fit for Purpose?”, pàg. 165, idea que accepta Loos, “Consumer Sales”, pàg. 41.

¹⁰⁹ La SAP Màlaga, sec. 5, 23.11.2009, JUR 2010\94214, resol d’una manera peculiar el cas de la compradora d’un televisor que s’espatlla als tres mesos i necessita un mes i tretze dies per ser reparat, rebutjant la compradora recollir-lo quan se la va avisar que estava reparat; la sentència accedeix a la petició subsidiària de la demanda de la substitució del bé, tot i que ja havia estat reparat. És evident que tant de temps per a la reparació suposa un inconvenient intolerable per al comprador.

1.4 La indemnització de danys i perjudicis

La DVC no s'ocupava de la indemnització de danys i perjudicis en el marc de la regulació que feia dels remeis, aspecte que deixava als drets nacionals en el seu art. 9: “Los derechos conferidos por la presente Directiva se ejercerán sin perjuicio de otros derechos que pueda invocar el consumidor en virtud de otras normas nacionales relativas a la responsabilidad contractual o extracontractual”. Per tant, en principi, la indemnització dels danys i perjudicis era acumulable amb els quatre remeis a què s'ha fet referència fins ara. La proposta de Directiva sobre drets dels consumidors introdueix una norma en aquesta línia, però que no és en absolut clara. D'acord amb l'art. 27.2, “el consumidor podrá solicitar ser indemnizado por cualquier daño no subsanado con arreglo al artículo 26”; és a dir, en una primera aproximació, l'article assenyala que qualsevol dany que no hagi estat cobert amb la reparació, la substitució, la resolució o la rebaixa del preu, podrà ser objecte de la corresponent indemnització. La doctrina ha assenyalat la insuficiència de la norma, que deixa molts aspectes fora de l'harmonització europea; per exemple, si és una responsabilitat objectiva derivada del fet de la no conformitat o cal culpa del venedor, quins danys són indemnitzables, etc¹¹⁰.

La inexistència d'una regulació de la teoria general de l'obligació en el dret civil català aconsella introduir en la regulació de la compra-venda alguna norma sobre la indemnització de danys i perjudicis. Atesa la tradició de la indemnitzabilitat de qualsevol dany en el dret espanyol, seria suficient amb una norma que establís la compatibilitat dels remeis amb la indemnització de danys i perjudicis¹¹¹ i una remissió implícita als criteris que ha anat

¹¹⁰ Twigg-Flesner, “Fit for Purpose?”, pàg. 171; Rott/Terryn, “The Proposal”, pàg. 480; Hans-W. Micklitz, Norbert Reich, “Crónica de una Muerte Anunciada: The Commission Proposal for a ‘Directive on Consumer Rights’”, *Common Market Law Review*, 2009, pàg. 507-508; Pfeiffer, “Core Issues”, pàg. 54-55; Stuyck, “The Provisions”, pàg. 32 i 41; Loos, “Consumer Sales”, pàg. 43; Whittaker, “Unfair Contract Terms and Consumer Guarantees”, pàg. 243-244. En particular, el comprador té dret a ser indemnitzat pel temps que està sense el bé mentre aquest és reparat? (cf. Stuyck, “The Provisions”, pàg. 40; ho estableix així el § 482(2) del Codi d'Obligacions eslovè; i ho ha admès la SAP Tarragona, sec. 3, 16.7.2009, AC 2009\1881, que concedeix indemnització pel desplaçament de la compradora –va ser avisada per error que el telèfon mòbil ja estava reparat, havent de recórrer 90 quilòmetres– i pels dies de retard).

¹¹¹ En opinió de Morales Moreno, “Adaptación”, pàg. 1638-1639, la “pretensión de indemnización debe reconocerse, también, en el caso de falta de conformidad; incluso en los casos en que la falta de conformidad inicial ha sido corregida, si la corrección se produce con retraso y el retraso implica daño; o si la falta de conformidad inicial ya provocó daños”, per bé que creu que la regulació no s'hauria de contenir en seu de compra-venda sinó de normes generals de les obligacions. La SAP Madrid 23.2.2010, TOL1.847.038, concedeix addicionalment la indemnització de 200 € per danys morals per les múltiples gestions realitzades a fi que es reparés un aparell d'aire condicionat mal instal·lat.

desenvolupant la jurisprudència¹¹², però encara seria millor una coordinació amb el grup de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya que treballa sobre dret de danys a fi que es pugui donar una solució legal des del mateix dret civil català.

El DCFR introdueix una norma pensada per a protegir el venedor persona física no professional. D'acord amb l'Art. IV.A.-4:202, aquest venedor no ha d'indemnitzar per manca de conformitat més enllà del preu acordat per la cosa, llevat que conegués o pogués esperar-se raonablement que conegués la manca de conformitat. La *black letter rule* és susceptible, encara, d'una major generalització, en un tema que caldria coordinar amb el grup de l'Observatori sobre dret de danys: el venedor dolós ha d'assumir major responsabilitat contractual?

2. Els remeis del venedor

El focus d'atenció dels remeis se situen en el comprador, sense que es presti atenció als remeis del venedor en textos com la DVC o el DCFR, que pressuposa l'aplicació dels remeis generals del Llibre II, ni tampoc el BGB, que igualment està per l'aplicació dels remeis generals, o l'avantprojecte de compra-venda de la *Comisión General de Codificación*. El problema és que a Catalunya no disposem d'aquesta part general del dret d'obligacions en el nostre Codi Civil, amb la qual cosa sorgeix la qüestió de si cal regular els remeis del venedor dins del capítol dedicat a la compra-venda. Com s'ha comentat abans a l'apartat 9, els remeis del venedor depenen de com es configuren les obligacions del comprador. Quant al pagament del preu, no hi ha major dificultat: és una veritable obligació i el primer remei ha de ser el compliment forçós de l'obligació, i en el seu defecte la resolució del contracte. En canvi, ja s'ha indicat que la presa de possessió o recepció de la cosa no constitueix pròpiament una obligació sinó una càrrega, però que, amb independència de la precisió amb què es qualifiqui –atès que molts referents internacionals no distingeixen entre obligació i càrrega–, el remei més eficient és la consignació de la cosa deguda i no rebuda pel comprador. És a dir, es tractaria de remeis propis de la mora del creditor, que si bé com s'ha constatat abans, és una institució que alguns ordenaments jurídics nacionals desconeixen, sembla que s'obre pas, com veurem a continuació a l'apartat següent. Caldria considerar l'oportunitat i la conveniència d'establir una norma en el CCCat que contemplés aquest remei –com fa, per exemple, el Codi civil neerlandès als art. 7:31 i 7:32–, o permetre que actuï la supletòrietat del *Código civil* espanyol mentre no posem una teoria general de l'obligació en dret civil català.

¹¹² Inclosos els danys derivats del retard del venedor a reparar o substituir (mora); vegeu Zimmermann, "La evolución", pàg. 127.

XII. LA TRANSMISSIÓ DEL RISC

La DVC no s'ocupa de la transmissió del risc en la compra-venda de béns de consum¹¹³. En canvi, la CISG sí conté una regulació detallada de la transmissió del risc. D'acord amb el seu art. 67(1), “[c]uando el contrato de compraventa implique el transporte de las mercaderías y el vendedor no esté obligado a entregarlas en un lugar determinado, el riesgo se transmitirá al comprador en el momento en que las mercaderías se pongan en poder del primer porteador para que las traslade al comprador conforme al contrato de compraventa. Cuando el vendedor esté obligado a poner las mercaderías en poder de un porteador en un lugar determinado, el riesgo no se transmitirá al comprador hasta que las mercaderías se pongan en poder del porteador en ese lugar”, sempre i quan les mercaderies estiguin perfectament identificades (apartat 2); l'art. 68, per la seva banda, especifica que en el cas de mercaderies venudes en trànsit, el risc es transmet des de la celebració del contracte de compra-venda; i, finalment, l'art. 69 conté una norma de tancament, segons la qual en qualsevol altre cas el risc es transmetrà quan el comprador es faci càrrec de les mercaderies o des que estiguin a la seva disposició, sempre que estiguin identificades. La proposta de Directiva de drets dels consumidors ha optat per incloure una norma sobre transmissió del risc, inspirant-se en aquestes premisses. Així, d'acord amb l'art. 23, “(1) [e]l riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes. (2). El riesgo contemplado en el apartado 1 se transmitirá al consumidor en el momento de la entrega conforme a lo acordado por las partes si el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, no ha tomado las medidas razonables para adquirir la posesión material de los bienes”. Amb aquest darrer paràgraf es dona entrada a la mora del creditor, que suposa que el risc pesa sobre el consumidor que retarda la presa de possessió de la cosa venuda¹¹⁴. El § 446 BGB, els art. 7:10 i 7:11 Codi civil neerlandès o el § 214(2) Llei d'Obligacions d'Estònia prenen el moment del lliurament de la possessió al comprador també com a determinant de la transmissió del risc. Igualment, a l'Art. IV.A.-5:102 DCFR, la presa de possessió pel comprador determina la transmissió del risc, sempre que els béns estiguin identificats, amb diverses

¹¹³ Segons el considerand 14, aquesta és una qüestió que es deixa a la regulació de cada Estat membre.

¹¹⁴ Rott/Terryn, “The Proposal”, pàg. 481, destaquen que, en conseqüència, si la proposta de Directiva s'aprova en aquests termes, els Estats Membres haurien d'ajustar el dret intern a aquest règim o mantenir una dualitat -remeis generals i mora del creditor per les vendes de consum- en els supòsits en què el consumidor fos morós en la recepció de les coses venudes. Vegeu, també, Loos, “Consumer Sales”, pàg. 24, assenyalant que aquesta norma va ser recolzada per les associacions d'empresaris i de consumidors.

especificacions als preceptes següents per a la venda de consum o quan l'ha cosa s'ha de transportar¹¹⁵. En fi, l'art. 1452 de l'avantprojecte de la *Comisión General de Codificación* preveu que el risc “corresponde al comprador desde que el vendedor haya hecho cuanto le incumba en el cumplimiento de su obligación de entregar la cosa”, i afegeix en el paràgraf segon que quan el venedor ha de posar la cosa a disposició del comprador a fi que aquest la retiri a l'establiment d'aquell, “no se imputará el riesgo al comprador hasta que reciba la cosa o se retrase en recibirla”¹¹⁶. Per consegüent, sembla que hi ha prou consens per situar el moment de la transmissió del risc en el de la presa de possessió de la cosa per part del comprador o, alternativament, des que el venedor ha realitzat tot allò que segons el contracte era necessari a fi que el comprador pogués prendre possessió, supòsit que ja inclouria l'excepció de la constitució en *mora credendi* del comprador, i amb possibles regles específiques quan les coses han de ser transportades o són objecte de venda en trànsit.

La manca d'una part general de l'obligació en el moment de preparar un avantprojecte legislatiu aconsella especificar en seu de compra-venda què suposa la transmissió del risc. Així ho fa l'art. 66 CISG (“La pérdida o el deterioro de las mercaderías sobrevenidos después de la transmisión del riesgo al comprador no liberarán a éste de su obligación de pagar el precio, a menos que se deban a un acto u omisión del vendedor”), o també l'Art. IV.A.-5:101 DCFR en uns termes més que similars. L'art. 1452 de l'avantprojecte sobre compra-venda de la *Comisión General de Codificación* afegeix que des del moment de la transmissió del risc corresponen al comprador els fruits i els profits de la cosa, i les càrregues inherents; a més, i amb un afany

¹¹⁵ Els comentaris a l'Art. IV.A.-5:102 insisteixen en la importància de la identificació dels béns, ja que mentre no estan identificats el risc és per al venedor que encara pot trobar altres béns substitutius (*Draft Common Frame of Reference, Full Edition*, comentari A, pàg. 1372), essent el moment determinant de la transmissió el del control sobre els béns (comentari B, pàg. 1373), que també s'aconsegueix amb el lliurament de la seva documentació. No es transmet el risc, però, si el comprador incorre en *mora creditoris* (Art. IV.A.-5:201). Per a les vendes de consum, el risc només es transmet amb la presa de possessió física, sense que el lliurament de la documentació dels béns provoqui el mateix efecte (Art. IV.A.-5:103), llevat altre cop de la *mora credendi*, norma que expressament es qualifica d'imperativa i inderogable; això encara que el consumidor hagi indicat un transportista –igual que la proposta de Directiva sobre drets del consumidor–, de manera que no assumiria el risc fins al lliurament, essent possible interpretar així també la proposta de Directiva sobre drets dels consumidors (Twigg-Flesner, “Fit for Purpose?”, pàg. 155). En el cas que els béns s'hagin de transportar, sense que el venedor els hagi de lliurar en un lloc concret, el risc es transmet des que el primer transportista rep la cosa per lliurar-la al comprador (Art. IV.A.-5:202). Finalment, l'Art. IV.A.-5:203 contempla la transmissió de les coses venudes en trànsit, cas en què la transmissió es produeix quan es lliura la cosa al primer transportista, llevat que les circumstàncies del cas indiquin que la transmissió va tenir lloc en el moment de la celebració del contracte.

¹¹⁶ Per la justificació d'aquesta norma, Morales Moreno, “Adaptación”, pàg. 1634.

eminentment propedèutic, adverteix que les normes sobre transmissió de risc no alteren l'obligació de lliurar coses conformes¹¹⁷.

En matèria de risc, el dret eslovè proporciona una norma aclaridora interessant: mentre repara la cosa no conforme, el venedor suporta el risc de destrucció o deteriorament de la cosa (art. 485(2) del Codi d'Obligacions).

XIII. LA CÀRREGA DE NOTIFICAR LA MANCA DE CONFORMITAT

El CISG, al seu art. 43, imposa al comprador el deure de notificar al venedor la manca de conformitat en un termini raonable. Sota la seva inspiració, l'art. 7:23 del Codi civil neerlandès establia també el deure de notificar la manca de conformitat tan aviat com fos possible. La DVC (art. 5.2) va deixar a la decisió de cada Estat membre la fixació d'un termini en el qual el consumidor havia de notificar el defecte al comprador, termini que havia de ser de dos mesos, la qual cosa suposava una diferència essencial amb el model CISG, en la mesura que en la compra-venda internacional el termini de notificació no era rígid. La majoria d'Estats membres, entre ells Espanya, han optat per inserir aquest deure de notificació en el termini de dos mesos¹¹⁸. Tanmateix, el cas d'Espanya és certament peculiar, perquè ara l'art. 123.4 del TR LGDCU disposa que l'incompliment del deure –pròpiament càrrega, perquè la infracció suposa una conseqüència negativa per a l'infractor– no priva del “dret al sanejament” que correspongui –és a dir, els remeis que ja coneixem–, si bé el consumidor serà responsable dels perjudicis que el retard en la denúncia de la manca de conformitat li ocasioni al comprador¹¹⁹.

Una mostra de la controvèrsia que ha generat aquest precepte la trobem al *soft law*. L'Art. 4:302 dels PEL-Sales estableix el requisit de la notificació de la manca de conformitat. Així, si el comprador no notifica en un temps raonable –per al consumidor, dos mesos és un termini sempre raonable– o en el màxim de dos anys, perd el dret a remeiar la manca de conformitat material, excepte en el cas de les vendes de consum, en què el consumidor encara manté la facultat de rebaixar el preu i d'obtenir una indemnització de danys i perjudicis no superior al preu contractual¹²⁰. El DCFR modifica aquest criteri des d'una perspectiva més consumerista: el consumidor no té

¹¹⁷ Atès que el concepte d'incompliment és unitari i la impossibilitat inicial no determina la frustració del contracte; cf. les reflexions de Pfeiffer, “Core Issues”, pàg. 50.

¹¹⁸ Els detalls a Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers, *EU Consumer Law Compendium*, pàg. 431-432.

¹¹⁹ Vegeu Manuel Jesús Marín López, comentari a l'art. 123, a Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentario del Texto Refundido para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Cizur Menor, 2009, pàg. 1552 seg.

¹²⁰ Amb l'única excepció dels defectes ocults. Vegeu el comentari B a l'art. 4:302, pàg. 307.

cap deure de notificar la conformitat (Art. III.-3:107(4)), sense que per això perdi cap dret, a diferència del que succeeix en la resta de compravendes¹²¹.

La proposta de Directiva sobre drets dels consumidors, com en tantes altres coses, obvia el DCFR i va més enllà de la DVC pel seu caràcter imperatiu, ja que a l'art. 28.4 imposa amb caràcter general el deure de notificació de la manca de conformitat al consumidor: "Para poder hacer valer sus derechos con arreglo al artículo 25, el consumidor deberá informar al comerciante de la falta de conformidad en un plazo de dos meses a partir de la fecha en que se percató de la falta de conformidad". Aquesta possibilitat ha estat criticada per la doctrina perquè suposa un afebliment de la posició del consumidor¹²², tenint en compte que Estats com França, Alemanya o la Gran Bretanya no han introduït la càrrega de notificació de la no conformitat. Però sí ho ha fet Espanya, i l'avantprojecte de la *Comisión General de Codificación* segueix amb la idea, si bé sense limitar el termini a dos mesos i sense excloure tots els remeis, alhora que té en compte si el venedor és dolós. Així, d'acord amb l'art. 1490 que es suggereix, "[e]l comprador que no comunique la falta de conformidad de la cosa al vendedor en un plazo razonable desde que la hubiese conocido o hubiera debido conocerla, sólo tendrá derecho a reducir el precio o a exigir la indemnización de daños y perjuicios, excluido el lucro cesante; pero si el vendedor conociere o no hubiere podido ignorar la falta de conformidad, el comprador conservará todos los derechos que le correspondan". És una proposta orientada cap a la CISG, que canvia el criteri del TR LGDCU, i que recolza en l'afirmació del deure de col·laboració lleial entre les parts del contracte¹²³.

Una regulació catalana hauria de tenir present, tot posant l'atenció en si s'acaba aprovant la proposta de Directiva sobre drets dels consumidors i en quins termes, que els grans Estats membres no van incorporar la càrrega de denunciar la manca de conformitat, que el DCFR l'exclou per als consumidors, i que, en tot cas, el CISG no fixa un termini per a la notificació i que dos mesos pot ser en molts casos, probablement, massa poc temps.

¹²¹ L'argument que donen els comentaris (comentari E a l'Art. III.-3:107, pàg. 807) és que els consumidors no tenen per què saber l'existència del deure de notificar i resultaria excessiu privar-los dels remeis, a banda que en el sistema de remeis la resolució ja requereix una notificació en temps raonable i que el deure d'actuar de bona fe pesa sobre tothom, consumidor o professional.

¹²² Howells/Schulze, "Overview", pàg. 19; Twigg-Flesner, "Fit for Purpose?", pàg. 174-175; Smits, "Full Harmonization?", pàg. 13; Loos, "Consumer Sales", pàg. 33.

¹²³ Morales Moreno, "Adaptación", pàg. 1642-1643.

XIV. ELS TERMINIS

1. La prescripció dels remeis

El CCCat ja conté una regulació general de la prescripció, però només amb una norma específica per a les vendes de consum: que la pretensió de cobrament del preu en les vendes de consum prescriu als tres anys (art. 121-21.c). D'aquesta manera, quant als remeis, hauríem d'acudir al termini general desenal de l'art. 121-20 CCCat, que sembla excessivament llarg; tinguem en compte, només, que l'art. 123.3 TR LGDCU preveu un termini triennal de prescripció, quan en el *Código civil* la pretensió general al compliment té quinze anys (per bé que les accions de sanejament tenen un termini molt més breu de sis mesos, art. 1490). Al BGB el termini de prescripció és habitualment de dos anys (§ 438(1)(3), ja que els terminis més llargs de cinc i trenta anys contemplen la construcció), igual que al Codi civil neerlandès [art. 7:23(2); a més, al dret civil alemany el termini s'allarga si el venedor és dolós, ja que aleshores regeix el termini general de tres anys (§ 438(3)]. Per la seva banda, l'art. 1495 de l'avantprojecte de la *Comisión General de Codificación* preveu un termini per a exercir les pretensions derivades de la manca de conformitat de deu anys en el cas d'immobles i tres anys en el cas de mobles¹²⁴. El termini de deu anys que regiria en dret civil català si no s'introduís un termini específic sembla massa llarg, i per consegüent sembla oportú pensar en un termini més breu, entre dos – que és el mínim que ordena la DVC (art. 5.1)¹²⁵– i tres anys, si més no pels mobles; caldria considerar si cal un termini més llarg pels immobles –per bé que l'argument de la diferència de valor entre un i altre tipus de béns ja està superat– o més específicament per la manca de conformitat jurídica, amb la finalitat que hi hagi congruència entre els terminis perquè el tercer exerceixi la pretensió relativa al dret que manifesta tenir sobre la cosa venuda i el termini de la pretensió a la conformitat del comprador. Quant a la resta, el dret civil català ja conté normes sobre còmput del termini, dies a quo –com a qüestió plantejable hi hauria si lligar el començament del transcurs del termini de prescripció també al moment de la transmissió del risc al comprador–, suspensió i interrupció, que no necessiten cap matís en matèria de compra-venda.

¹²⁴ Al respecte, Morales Moreno, "Adaptación", pàg. 1643-1644.

¹²⁵ La proposta de Directiva sobre drets dels consumidors guarda silenci al respecte.

2. El termini de manifestació de la manca de conformitat

L'art. 5.1 DVC assenyala que “[e]l vendedor deberá responder de conformidad con el artículo 3 cuando la falta de conformidad se manifieste dentro de un plazo de dos años a partir de la entrega del bien”. D’aquesta manera, es garanteix als consumidors que el venedor és responsable per qualsevol manca de conformitat que es faci evident en els dos anys següents al lliurament de la cosa. La proposta de Directiva sobre drets dels consumidors, al seu art. 28.1 reitera el termini de dos anys, amb la precisió que compten des de la transmissió del risc al comprador; la gran diferència rau en el caràcter imperatiu i no de mínims de la proposta de Directiva¹²⁶. Aquest caràcter imperatiu no afecta el dret espanyol, ja que en la transposició es va observar aquest termini biennal (art. 123.1 TR LGDCU), però sí aquells altres ordenaments nacionals que en van prescindir¹²⁷. Dos anys no sembla un termini prou llarg per segons quins béns, com ara automòbils o electrodomèstics¹²⁸. Per això, llevat que la proposta de Directiva s’aprovi en els seus termes actuals, el legislador català podria plantejar-se ampliar aquest termini de garantia, si més no en el cas de les vendes de consum.

L'art. 7.1 DVC permetia als Estats membres reduir el termini de garantia a un any en el cas de la venda de béns de segona mà, cosa que, per exemple, ha fet parcialment el legislador espanyol en permetre que així es pacti pels interessats (art. 123.1). Aquesta és la línia que segueix la proposta de Directiva sobre drets dels consumidors a l’art. 28.3. Tot i que probablement el mateix concepte de conformitat ja té en compte que els béns siguin de segona mà¹²⁹, un bon nombre d’Estats membres van adoptar aquesta reducció del termini de garantia¹³⁰. Correspon al legislador català decidir si redueix el període de garantia en els béns de segona mà o no fa diferència respecte de les coses no usades; el DCFR no en fa cap, de distinció. En tot cas, si es decideix establir un termini diferent, caldria definir què s’entén per segona mà; per exemple, un cotxe dels anomenats “km 0” és un bé de segona mà i el període

¹²⁶ Al DCFR, l’Art. IV.A-4:302(2) converteix el termini de dos anys en un termini no de garantia sinó de notificació, de manera que transcorregut el termini sense notificació el comprador perd els drets derivats de la manca de conformitat; però el precepte no s’aplica a les vendes de consum, de manera que en aquestes no hi ha termini de garantia mínim. Vegeu Rott/Terryn, “The Proposal”, pàg. 482.

¹²⁷ Vegeu Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers, *EU Consumer Law Compendium*, pàg. 429-430.

¹²⁸ Twigg-Flesner, “Fit por Purpose?”, pàg. 172; Loos, “Consumer Sales”, pàg. 27-29.

¹²⁹ Twigg-Flesner, “Fit por Purpose?”, pàg. 173. A més, els comentaris B a l’Art. 4:202, pàg. 195, i C a l’Art. 4:202 PEL Sales, pàg. 268-269.

¹³⁰ Vegeu Schulte-Nölke/Twigg-Flesner/Ebers, *EU Consumer Law Compendium*, pàg. 430.

de garantia és raonable que sigui la meitat d'un vehicle que es matricula per primera vegada?¹³¹

Una millora interessant que conté la proposta de Directiva sobre drets dels consumidors és la que es conté a l'art. 28.2: "Si el comerciante ha subsanado la falta de conformidad mediante una sustitución, será responsable con arreglo al artículo 25 si la falta de conformidad se manifiesta en un plazo de dos años a partir del momento en que el consumidor o un tercero por él indicado haya adquirido la posesión material de los bienes sustituidos". Es deixa clar que un cop substituïda la cosa no conforme, comença a córrer un nou període de garantia. La norma es queda curta, però, ja que no s'aplica a la reparació dels béns no conformes¹³², aspecte que el legislador català, si la Directiva no s'aprova amb el caràcter d'imperativa, hauria de remeiar especificant que en qualsevol cas de subsanació de la manca de conformitat el termini de garantia torna a córrer de nou.

XV. ALTRES PRECEPTES

El capítol dedicat a la compra-venda hauria de finalitzar amb una secció dedicada, respectivament, a modalitats de compra-venda (per exemple, la compra-venda a prova, la compra-venda sota condició resolutòria i, en particular, la venda a carta de gràcia), a la permuta en general i, en particular, i a la modalitat de permuta que té regulada específicament el dret civil català, la cessió de finca o d'edificabilitat a canvi de construcció futura (Llei 23/2001). En les modalitats de venda caldria decidir si s'han de regular les línies generals de les vendes especials de consum, com ara la venda a distància o la venda fora d'establiment comercial, o per contra tota la seva regulació ha d'estar en el Codi de Consum; el que sí sembla clar és que el detall de la regulació de les vendes de consum, que té un marcat caràcter reglamentista i que pateix freqüents reformes amb origen en el dret comunitari, no hauria d'incloure's al Codi civil de Catalunya.

¹³¹ Vegeu les reflexions de Loos, "Consumer Sales", pàg. 44.

¹³² Twigg-Flesner, "Fit for Purpose?", pàg. 173-174; Rott/Terryn, "The Proposal", pàg. 482; Loos, "Consumer Sales", pàg. 29-30.

LA COMPRA-VENDA IMMOBILIÀRIA: EN ESPECIAL, EL PACTE DE RESERVA DE DOMINI I LA CONDICIÓN RESOLUTÒRIA

ANTONIO CUMELLA GAMINDE

REGISTRADOR DE LA PROPIETAT

SUMARI I. INTRODUCCIÓ. II. EL PACTE DE RESERVA DE DOMINI. 1. Naturalesa jurídica. 2. El pacte de reserva de domini en el Dret Comparat. 3. L' Euroreserva de domini. III. EL PACTE DE "LEX COMMISORIA" O CONDICIÓN RESOLUTÒRIA EXPRESSA EN LA VENDA D'IMMOBLES. 1. Introducció. 2. La condició resolutòria i el Registre de la Propietat. IV. UNA PROPOSTA DE LEGE FERENDA DE REGULACIÓ DEL PACTE DE RESERVA DE DOMINI I DE LA CONDICIÓN RESOLUTÒRIA EXPLÍCITA EN LA TRANSMISSIÓ DE BÉNS IMMOBLES A TERMINIS. V. PROPOSTA.

I. INTRODUCCIÓ

L'esquema de la promoció i venda dels habitatges durant els últims anys s'ha estructurat en tres binomis: promotor-entitat financera, promotor-adquirent i entitat financera-adquirent. D'aquesta manera, l'activitat immobiliària s'ha vingut desenvolupant, en un primer moment, entre el promotor titular del sòl i l'entitat de finançament, de la qual obtenia un préstec o crèdit amb la finalitat de cobrir l'adquisició del sòl, la seva urbanització i la construcció de l'edifici; entre el promotor i el comprador de l'habitatge, en una segona etapa, que convenien, en contracte privat d'arres o precontracte de venda, l'adquisició de l'habitatge, i en tercer terme, entre els compradors i les entitats bancàries o creditícies que concedien el finançament necessari per a l'adquisició.

Segons aquest esquema, que s'havia fet típic, els préstecs i crèdits concedits al promotor es garantien en el seu inici amb una hipoteca sobre el sòl, i amb posterioritat -sovint ampliant el capital mutu- sobre l'edifici, declarat en construcció o finalitzat, instant en el qual, a més, es procedia, en escriptura pública o en document privat, a la distribució de la responsabilitat hipotecària entre els diferents habitatges i locals que formaven l'edifici.

Aquests préstecs destinats a la mercantil promotora eren préstecs dotats d'un termini de carència (durant els quals es desenvolupava la promoció), en què la societat no estava obligada a amortitzar el capital prestat, amb la sola obligació d'abonar els interessos ordinaris d'aquell. Aquests préstecs naixien, en conseqüència, amb una finalitat clara i una vigència curta, llevat que els adquirents dels habitatges o locals es subroguessin en ells en el moment de la compra-venda, possibilitat aquesta que generalment ja contemplava a favor del futur comprador la pròpia escriptura d'hipoteca, amb un ampli ventall de variables sobre les condicions financeres que se li aplicarien al futur adquirent. En el cas, per contra, que el comprador de l'habitatge o local optés per finançar la seva adquisició en un banc o caixa diferent del que hagués finançat la promoció, la hipoteca pel que fa a aquest habitatge es cancel·lava amb els diners que aportava la nova entitat de finançament, en aquest cas de finançament de l'adquisició.

Per consegüent, tant en el cas de subrogació com en el de cancel·lació de l'inicial i formalització d'un de nou, es produïa -en el primer supòsit- l'alteració de la finalitat del préstec (de promoció a adquisició) i, així mateix, de la seva quantia (ja que la compra de l'habitatge necessitava d'un import superior al de construcció) o bé -en el segon- la desaparició del préstec del promotor i el sorgiment d'un de nou amb destinació exclusiva a possibilitar la compra de l'habitatge. El cert és que, en ambdós casos, la figura del promotor desapareixia en el moment d'atorgament de l'escriptura pública de compra-venda, ja que en aquest instant rebia la totalitat del preu amb els fons que se li proporcionaven a l'adquirent, amb la subrogació i ampliació de l'original destinat a la construcció o amb el nou concedit.

No és aventurat dir que aquest esquema de promoció i venda feia recaure el pes de tot el finançament en els bancs i caixes, que en suma assumien el cost inicial de la construcció i el posterior d'adquisició. Per tot això resulten injustes les crítiques que des de molts sectors s'estan abocant en contra de les entitats de finançament, a les quals ara se les acusa d'haver multiplicat les operacions actives sense control, o d'haver concedit préstecs i crèdits sobrevalorant les garanties hipotecàries i menysvalorant el risc de la no devolució. La realitat ha estat molt diferent. La promoció i el mercat immobiliari sempre han estat un factor important en el desenvolupament econòmic del nostre país, i en aquests últims anys el seu impuls ha correspost gairebé exclusivament als bancs i caixes, que han ocupat -sense reconeixement- la posició més feble al tauler immobiliari. EscoltaLlegeix fonèticament

És evident que el mercat interbancari està actualment col·lapsat i que no és previsible a curt o mitjà termini que s'iniciï un nou període de

finançament de semblants característiques que l'anterior. Una crisi com l'actual, de liquiditat bancària, no pot, però, comportar sense resposta una fallida del mercat de l'habitatge de forma tan abrupta i immediata. Tal com estem apreciant, els promotors s'estan veient abocats a processos concursals, l'horitzó del quals en molts casos determinarà la liquidació final del patrimoni empresarial; els bancs i les caixes, d'altra banda, estan incrementant les seves carteres immobiliàries, però no el retorn de capitals que seria el desitjable i, finalment, als ciutadans se'ls està negant la seva demanda d'habitatge mentre observen incrèduls la sobreoferta existent.

A això cal afegir el fet que, excepte casos puntuals, els preus dels habitatges difícilment experimentaran una caiguda encara més espectacular, a conseqüència del cost ja assumit pels promotors en relació amb el preu d'adquisició del sòl i, sovint, de les despeses d'urbanització que la llei els imposa. Aquesta imatge descoratjadora de la realitat, on s'observa el contrast entre la demanda d'habitatges pels ciutadans i les ja existents, edificades i llestes per a la seva comercialització, que no tenen comprador actual per la irremeiable aturada en sec del finançament, no pot passar-nos de forma inadvertida a tots els agents econòmics i jurídics que intervinem en l'univers immobiliari.

Per això, davant la pregunta sobre si aquest model -ja esgotat- de promoció i finançament és l'únic model possible en l'actualitat cal respondre de forma rotunda que no. Sense cap dubte, ha arribat el moment de repartir la càrrega del finançament de la compra d'habitatges entre les entitats financeres i els promotors a través de la seva venda a terminis. Els promotors han d'assumir una estratègia de beneficis no concentrats en un sol dia -el de la signatura de l'escriptura de compra-venda- sinó al llarg del període d'adquisició de l'habitatge. De la mateixa manera, els bancs i caixes, actuals creditors dels promotors però sense liquiditat per als ciutadans, han d'admetre la conversió dels préstecs i crèdits a la construcció, garantits amb hipoteca sobre els immobles construïts, en préstecs i crèdits per a la seva adquisició, permetent la seva amortització gradual pels compradors dels habitatges mitjançant el pagament periòdic de les quotes.

EscoltaLlegeix fonèticamentLa injecció de liquiditat al sistema financer per part dels poders públics certament és una decisió que la gran majoria dels experts econòmics avui aplaudeixen, però que evidentment reconeixen com a poc desitjable fora d'aquests supòsits de crisi. Els ciutadans, accedint de forma immediata a la propietat d'un habitatge, són els que han d'aportar al sistema financer la liquiditat que ara no té i garantir al mateix temps el benefici dels promotors durant els propers anys sempre que per a això se'ls doti de la possibilitat del seu pagament fraccionat. Fins fa no gaires dècades els contractes de compra-venda es formalitzaven exclusivament entre el

promotor i l'adquirent, que s'obligava durant 20 o 30 anys a pagar el que abans s'anomenava la *lletra del pis*.

Afortunadament, el Dret ofereix innumbrables possibilitats a l'hora d'articular la compra-venda a terminis d'habitatges (sense oblidar, ni de bon tros, la tècnica de les lletres de canvi) establint suficients garanties als promotors pel que fa al cobrament mensual de les quotes (condició resolutòria / reserva de domini) i a les entitats financeres (que a més de la hipoteca sobre l'habitatge pot obtenir la pignoració del crèdit del promotor).

Les Administracions, que estan coneixent idèntiques dificultats de finançament que els promotors privats en els habitatges sotmesos a règims de protecció pública, ja reflexionen sobre la conveniència de recollir en les diverses lleis i reials decrets aquesta sortida jurídica, que, més enllà del benefici innegable que suposaria per als operadors econòmics, donaria un pas més en pro del dret constitucional a un habitatge digne i adequat.

En la present comunicació tractarem el pacte de reserva de domini i la condició resolutòria com a sistemes de garantia poc utilitzats avui dia en l'àmbit immobiliari.

II. EL PACTE DE RESERVA DE DOMINI

Als Treballs Preparatoris del Llibre Sisè del Codi Civil de Catalunya "Les obligacions i els contractes" (Departament de Justícia. Observatori de Dret Privat de Catalunya. Secció de Dret Patrimonial) apareix regulat en els següents termes:

Article 631-38. Reserva de domini.

- “1. La venedora pot reservar-se en el contracte el domini del bé fins que la compradora li pagui tot el preu ajornat.
2. La venedora no pot disposar del bé mentre el preu estigui ajornat sense el consentiment de la compradora, sempre que aquesta estigui al corrent de pagament de les seves obligacions.
3. El pagament comporta el compliment de la condició suspensiva i la consolidació del domini en la compradora.
4. En cas d'incompliment en el termini pactat, la venda es resoldrà de ple dret a favor de la part venedora”.

1. Naturalesa jurídica

Doctrinalment, les posicions mantingudes sobre la naturalesa jurídica d'aquests pactes són molt divergents, per bé que majoritàriament es

considera lícit el pacte. Així, una primera posició, considerada tradicional, configura al pacte de reserva de domini com una condició suspensiva per a l'adquisició de la propietat per part del comprador. Una altra entén que el pacte de reserva de domini comporta una autèntica condició resolutòria. S'ha sostingut també que la propietat no correspon al comprador ni al venedor, establint-se entre ells una espècie de condomini temporal; també s'ha tractat de subsumir aquest pacte dins de les denominades titularitats fiduciàries o amb funció de garantia o assimilar-ho al domini directe i útil per a comprador i venedor.

Igualment són diverses les posicions que sobre aquest tema ha sostingut la jurisprudència del Tribunal Suprem, però sense qüestionar en cap cas ni la validesa i licitud del pacte, ni negar tot efecte de mutació jurídic real al mateix (cf. articles 2 de la Llei Hipotecària i 7 del seu Reglament), i això sense perjudici del caràcter limitat, temporal o condicional del dret del comprador subjecte a tal pacte (cf. Sentències de 16 de juliol de 1993, 3 de juliol de 1996, 10 de febrer de 1998, 28 de desembre de 1999, 20 de juny de 2000, 14 d'octubre de 2003, i 16 de març de 2007).

Són fonamentalment tres les tesis que tracten d'explicar la naturalesa jurídica de la reserva dominical:

1a tesi. El pacte de reserva de domini com a condició suspensiva.

La doctrina i la jurisprudència clàssica, des de la STS de 10 de juny de 1958, van admetre el pacte de reserva de domini com una *compra-venda subjecta a condició suspensiva*; essent la coneguda STS de 19 de maig de 1989 la que consagra definitivament aquesta construcció, configurant-la com una garantia del preu ajornat, el complet pagament del qual actua com a condició suspensiva de l'adquisició pel comprador del ple domini del bé comprat, de manera que ni el comprador té la facultat de disposició, voluntària o forçosa, ni el venedor la de transmetre el bé mentre la compradora no hagi completat el pagament. El pacte de reserva de domini comporta una limitació institucional de la facultat dispositiva per al comprador i una obligació de no disposar per al venedor.

El transcrit article 631-38 CCC s'alinea amb aquesta tesi, mutant l'obligació de no disposar del venedor per una prohibició de disposició "sense consentiment de la compradora".

Són coneguts els desavantatges que la tesi fa sorgir: el comprador no és propietari i, per tant, no pot exercitar accions reals (acció reivindicatòria, acció declarativa del domini, retracte de comuners, terceria de domini, etc), i fins i tot se li ha negat en alguns casos la legitimació per intervenir en una comunitat de propietaris en mancar aquesta condició.

El comprador, malgrat la interdicció que imposa el precepte al venedor de realitzar actes dispositius de caràcter voluntari i -amb més claredat- si només es veu sotmès a l'obligació pactada de no disposar, pot veure's afectat per les vicissituds econòmiques del venedor; com reconeix l'esmentada STS de 19 de maig de 1989, l'immoble adquirit amb pacte de reserva de domini pot ser embargat per deutes del venedor i al comprador -que és al corrent en el pagament dels seus deutes- únicament cal reconèixer-li el seu *millor dret* enfront dels creditors.

És cert que en el cas de concurs de creditors és el dret al cobrament del preu ajornat el que s'integra en la massa activa en tractar-se d'un contracte sinal·lagmàtic amb obligacions recíproques (article 61 de la Llei Concursal), si bé també ho és que hi ha la possibilitat que l'administració concursal o el concursat sol·licitin la resolució del contracte "*si ho estimessin convenient a l'interès del concurs*".

La debilitat que mostra la posició del comprador clarament desaconsella l'ús d'aquesta figura jurídica en les transmissions de béns immobles, no en les dels mobles i mercaderies, com després veurem.

2a tesi. El pacte de reserva de domini com a dret real: com a condició resolutòria en immobles i com a dret de penyora en mobles.

Més recentment es va atribuir al pacte de reserva de domini un lloc entre els drets reals de garantia. En l'actualitat guanya terreny l'afortunada idea que el pacte de reserva de domini mereix una consideració jurídica real. En el cas que no es pagui el preu en la compra-venda amb pacte de reserva de domini, comparteix aquesta figura amb la condició resolutòria "un mateix efecte resolutori sobre el contracte", la qual cosa determina la necessitat que el venedor resolgui el contracte per recuperar la cosa. Es desenvolupa i opera com una condició resolutòria explícita.

Sota aquesta concepció s'afavoreixen clarament ambdues posicions jurídiques, venedor i comprador. El venedor es veu dotat d'un *dret real de garantia* oposable enfront de tots i el comprador d'un *dret de propietat* ple i perfecte, i en els dos casos, lliurement transmissibles, susceptibles de ser alienats i gravats, amb plena indemnitat per al titular del dret invers.

No en va, la Llei 483 del Fuero Nuevo de Navarra en regular el pacte de reserva de domini atribueix al comprador la possessió, el gaudi, el risc i totes les despeses inherents a la cosa venuda; en definitiva, és el comprador qui exercita els drets i assumeix les obligacions derivades de la cosa venuda, exercint la reserva de domini una evident funció de garantia real del venedor.

També el Legislador fiscal equipara en l'àmbit tributari el règim del pacte de reserva de domini amb el de la condició resolutòria. Així ho demostren:

- *l'article 2 del Reglament del ITP i AJD*, que assenyala que “quan en el contracte s'estableixi la reserva de domini fins al total pagament del preu convingut s'entendrà, a l'efecte de la liquidació i pagament de l'impost, que la transmissió es realitza amb la condició resolutòria de l'impagament del preu en les condicions convingudes”.
- *l'article 8 de la Llei de l'IVA*, que defineix com a lliurament de béns subjecte “les cessions de béns en virtut de contractes de venda amb pacte de reserva de domini o condició suspensiva”, reportant-se l'impost, conforme a l'article 75, quan els béns “es posin en possessió de l'adquirent”.

3a tesi. El pacte de reserva de domini com a dualitat de drets reals.

Segons aquesta visió, en la reserva de domini subsisteixen dues posicions jurídic reals de tipus dominical, simultànies i compatibles: la del venedor i la del comprador. El comprador no és un simple creditor del domini, podent transmetre a tercers el contingut complet de la seva posició jurídic real. Som al davant d'una situació de pendència en la qual existeixen dues titularitats provisionals de diferent tipus. El dret expectant del comprador no és una simple expectativa; és, per tant, un dret sòlid, encara que no sigui una propietat plena; la possessió del comprador és en concepte d'amo, protegit interdicialment.

Aquesta posició –al nostre parer una mica artificiosa i que no reporta majors avantatges que l'anterior- no deixa de tenir adeptes, i fins i tot troba reflexos jurisprudencials: la pròpia Direcció General de Dret i d'Entitats Jurídiques de la Generalitat de Catalunya, en la seva recent Resolució de 22 d'abril de 2010 [DOGC 5639] es fa ressò de la tesi híbrida i afirma que *la reserva de domini en una compra-venda, pactada per garantir un preu ajornat, produeix els efectes d'una titularitat condicionada: el venedor manté la propietat de la finca venuda, però el seu dret quedarà resolt si es paga el preu ajornat. Per la seva banda, l'adquisició del comprador queda suspesa al compliment de la condició pactada.*

Segueix dient la Resolució que *“contràriament a l'argumentació del registrador, els drets d'un titular subjectes a condició suspensiva poden ser també objecte de disposició, però el dret de l'adquirent igualment estarà subjecte a la condició suspensiva. Així ho reconeix expressament el Tribunal Suprem que, en Sentència de 16 de març de 2007, estableix que el pacte de reserva de domini no impedeix al comprador transmetre, voluntàriament o forçosament, el seu dret a un tercer”.*

La Resolució de la DGRN 12 de maig de 2010, rememorant les Resolucions de 16 d'octubre de 1991 i 12 de juny de 1999, estableix que quan allò que

accedeix al Registre és una *transmissió dominical subjecta a condició* (reconeix que no era pròpiament un pacte de reserva de domini) és convenient distingir dues hipòtesis clarament diferenciades:

(i) una, la que té lloc durant la pendència de la condició si es va assenyalar termini per al seu compliment, o mentre no accedeix al Registre la sort de la condició, en el cas que no s'hagués fixat un termini per al seu desenvolupament; i

(ii) una altra, la que es produeix una vegada esgotat el termini fixat perquè la condició es compleixi, sense que consti en el Registre el seu compliment o incompliment.

En el primer cas, el Registre reflecteix dues titularitats diferenciades i contraposades –actual una, expectant l'altra– però complementàries, ja que la seva reunió esgota la plena titularitat del dret condicionalment transmès. En tal cas, per a la verificació i consegüent inscripció –però lliure de la condició imposada– d'actes dispositius sobre el domini objecte de la transmissió caldrà l'actuació conjunta de tots dos titulars.

En el segon, no podrà deduir-se ja dels assentaments del Registre la coexistència d'aquestes dues titularitats sinó, per contra, l'extinció d'una d'elles i la consolidació de l'altra, encara que resulti indeterminat en favor de quin dels dos subjectes de la transmissió es va produir la consolidació. En aquesta hipòtesi, els principis registrals de legitimació i tracte successiu, així com el necessari respecte de la similar posició registral que correspon a l'altre dels subjectes en el favor dels quals va poder produir-se la consolidació (articles 1, 40 i 82 de la Llei Hipotecària), impediran la inscripció de la posterior transmissió del domini atorgada exclusivament per un d'ells en tant que no s'acrediti degudament que el desenvolupament de la condició es va realitzar al seu favor (veg. articles 3 i 23 de la Llei Hipotecària i 56 i 238 del Reglament Hipotecari).

2. El pacte de reserva de domini en el Dret Comparat

a) En el dret alemany, la reserva de domini està recollida en el BGB o Codi Civil Alemany. El Professor ULRICH DROBNIG, membre de *l'Institut Max Planck per al Dret Privat Internacional i d'Estrangers*, en el seu treball publicat en el número 1 de la Revista Latinoamericana de Derecho, Mèxic, 2004, titulat "Presente y Futuro de las Garantías Reales y Personales. Informe General", assenyala que la Jurisprudència alemanya "ha conferido al comprador un derecho de expectativa (...) equivalente a la propiedad" en els supòsits de compra-venda subjecta a reserva de domini pel venedor. La figura és solament aplicable als béns mobles per prohibir-ho per als immobles el paràgraf 925 del BGB.

b) Inspirat en la doctrina alemanya, el Professor TELES de MENEZES LEITÃO per al dret portuguès opina que la reserva de propietat “atribueix al comprador un dret absolut semblant a la propietat, podent ser vist com un preestadi de la mateixa”, pàg. 367 de la seva obra *Garantia das Obrigações*, Lisboa, 2006.

c) En la doctrina italiana, si bé la tesi clàssica és aquella en la qual estem en presència d'una venda subjecta a condició suspensiva, altres sectors proposen una altra construcció. Així alguns qualifiquen el comprador com a titular del seu dret absolut no real o que el venedor és titular d'un dret de propietat notablement reduït en el seu contingut, que, en realitat, té una funció de garantia. Fins i tot existeixen opinions que afirmen que el propietari és el comprador, essent el venedor titular d'un dret de garantia que consisteix a poder reivindicar el bé en cas de resolució del contracte per incompliment, pàgines 126 a 127 del *Codice Civile Commentato*, llibre IV, Vicenza, 2005, coordinat per G. ALPA, V. CUFFARO i V. MARICONDA. Aquestes afirmacions i unes altres es contenen també en el *Commentario Breve al Codice Civile*, de G. CIAN i A. TRABUCHI, pàgines 2578 i 2579, vuitena edició, Pàdua, 2007. Així, alguns opinen que el comprador amb pacte de reserva de domini adquireix una propietat resoluble, essent un contracte amb efecte translatiu condicionat suspensivament al pagament del preu. Uns altres atribueixen al comprador una posició que ha de ser considerada “com una situació jurídica real complexa”, constituïda per un dret real de gaudi més una expectativa d'adquisició de la propietat.

d) Quant a dret francès, la Professora I. TOSI, a la seva obra *Acte traslatif et titularité des droits*, París, 2006, ens expressa la varietat d'opinions que sobre el tema existeix en la doctrina francesa. Entén que la idea simple que el comprador no és propietari no correspon amb les seves necessitats, per la qual cosa s'empren uns altres punts de vista. Existeix una primera teoria, la de la propietat dual, dos drets de propietat, una *propietat econòmica o d'ús* el titular de la qual és el comprador, i una *propietat jurídica* que ostenta el venedor. Uns altres consideren el comprador com un propietari. Alguns qualifiquen el dret del comprador com “un dret real en dinamisme, ja que a mesura que el preu és pagat, s'aproxima el comprador a la plenitud de la propietat”, essent posseïdor i titular d'un dret real d'expectativa. Finalment, uns altres ho configuren com una garantia. A la recent reforma del Codi Civil francès, Ordenança de 23 de març de 2006, la reserva de domini, que suspèn l'efecte translatiu del contracte, és *dret accessori del crèdit del venedor, garantint el seu pagament*, article 2637.

3. L' Euroreserva de domini

La reserva de domini i els negocis a terminis van aconseguir especial rellevància a mitjan segle XIX. El *pactum reservati domini* s'ha convertit en la garantia mobiliària més utilitzada en la Unió Europea perquè aconsegueix l'òptim equilibri entre els interessos del comprador i venedor; en el supòsit de béns immobles és pràcticament inexistent pel perfeccionament tècnic de la hipoteca.

La venda a terminis ha estat determinant per a la transformació social d'Occident al segle XIX perquè, fonamentalment, ha potenciat el consum. Quan les vendes a terminis van començar a desenvolupar-se amb la difusió de la maquinària, els venedors van buscar la garantia més eficaç per a la percepció del preu ajornat perquè l'èxit de la venda a terminis sempre està amenaçada per la possible insolvència del comprador, i la van trobar en la reserva de domini. La reserva de domini simple és la clàusula inserida en el contracte de compra-venda a terminis de béns mobles, per la qual el venedor conserva la propietat del bé fins al complet pagament del preu pel comprador.

L'Observatori Jurídic Transfronterer "IURIS MUGA" (organització integrada pels Col·legis d'Advocats de Baiona -Pirineus Atlàntics- i de Guipúscoa i les Facultats Pluridisciplinar de Baiona, de la Universitat de Pau i dels països de l'Adour, i de Dret de Sant Sebastià de la Universitat del País Basc), en el seu informe sobre la Comunicació al Consell i al Parlament Europeu sobre Dret Contractual Europeu, ja va destacar els problemes que plantegen en les operacions transfrontereres les "reserves de domini", que les empreses venedores solen freqüentment establir, sigui en les seves condicions generals, sigui en documents individuals.

En tractar-se el domini d'un dret real, cada Estat reconeix la validesa del "pacte de reserva" d'una forma diferent, no solament quant a la seva extensió (reserva àmplia, o reserva estricta de domini), sinó quant a la seva validesa (hi ha Estats que accepten el pacte mitjançant simple esment en les condicions generals i, en l'extrem oposat, hi ha uns altres que exigeixen la inscripció de la reserva en un registre públic).

Els primers passos en la recerca d'una Euroreserva de Domini es remunten -segons Deloitte- a la Directiva 2000/35/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 29 de juny de 2000, per la qual s'estableixen mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials, que va voler convertir la reserva de domini en una peça clau per combatre la morositat al mercat interior de la Unió Europea. S'ha de garantir als creditors que puguin utilitzar la reserva de domini amb caràcter no discriminatori en tot l'àmbit comunitari, complint el requisit que sigui

vàlida conformement a les disposicions nacionals aplicables segons el Dret Internacional Privat. La reserva de domini exerceix pressió sobre el deutor ja que la retenció de la propietat facilita el pagament dels crèdits i aconseguix que els terminis no s'allarguin en detriment del correcte funcionament dels mercats.

La Directiva defineix la reserva de domini com *“l'estipulació contractual en virtut de la qual el venedor conserva la propietat dels béns en qüestió fins al pagament total del preu”* (article 2.3); es configura com a condició suspensiva per la qual el venedor es reserva la propietat del bé fins al complet pagament del preu. És necessari que la clàusula estigui establerta expressament entre comprador i venedor i que s'hagi produït abans del lliurament dels béns (article 4). Si el venedor insereix la clàusula després de la conclusió del contracte quedarà privada d'eficàcia.

Ha estat la Llei 3/2.004, de 29 de desembre, per la qual s'estableixen mesures de lluita contra la morositat en les operacions comercials, la que va incorporar la Directiva 2000/35/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 29 de juny de 2000, l'àmbit d'aplicació del qual es limita a les operacions comercials realitzades entre empreses, o entre empreses i l'Administració, així com les realitzades entre els contractistes principals i els seus proveïdors i subcontractistes (article 3), establint en el seu article 10:

“En les relacions internes entre venedor i comprador, aquell conservarà la propietat dels béns venuts fins al pagament total del preu, sempre que s'hagi convingut expressament una clàusula de reserva de domini entre comprador i venedor abans del lliurament dels béns.

Sense perjudici de l'aplicació de l'article 1.112 del Codi civil, el venedor podrà subrogar en el seu dret la persona que, mitjançant la realització de bestretes, finançament o assumpció de l'obligació, realitza la contraprestació per compte del deutor o permeti a aquest últim adquirir dret sobre l'objecte de la reserva de domini o utilitzar-lo quan aquesta contraprestació es destina, efectivament, a aquest fi.

Entre les mesures de conservació del seu dret, el venedor o el tercer que hagi finançat l'operació podrà retenir la documentació acreditativa de la titularitat dels béns sobre els quals s'hagi pactat la reserva de domini”.

Aquesta mateixa preocupació sobre la unificació europea de reserva de domini s'observa en la Comunicació de la Comissió al Parlament Europeu i al Consell - Un dret contractual Europeu més coherent - Pla d'acció [COM/2003/0068 final]. DOC 63 de 15.3.2003 quan estableix:

“(…) La reserva de la propietat està regulada de manera diferent en cada ordenament jurídic i, en conseqüència, hi ha variacions quant a l'eficàcia de les clàusules contractuals corresponents (...). La divergència de les

disposicions implica sovint que, en cas que es venguin articles amb reserva de la propietat, la «garantia» prevista en el contracte desapareix quan la mercaderia en qüestió es porta fora de les fronteres. S'observa normalment que la divergència de les disposicions en matèria de garanties comporta un gran risc per als operadors del mercat. A resultes d'això, del costat de l'oferta, el venedor es veu obligat a buscar unes altres formes de garantia (...).

En un altre àmbit, el Reglament n. 1346/2000 del Consell, de 29 de maig de 2000, sobre Procediments d'Insolvència va establir que l'obertura d'un procediment d'insolvència contra el comprador d'un bé no afectarà als drets del venedor basats en una reserva de propietat quan l'esmentat bé es trobi, en el moment d'obertura del procediment, al territori d'un Estat membre diferent de l'Estat d'obertura.

L'obertura d'un procediment d'insolvència contra el venedor d'un bé després que aquest hagi estat lliurat no constitueix una causa de resolució o de rescissió de la venda i no impedirà al comprador l'adquisició de la propietat del bé venut quan l'esmentat bé es trobi en el moment de l'obertura del procediment al territori d'un Estat membre diferent de l'Estat d'obertura [article 7, tot i que cal tenir en compte l'exercici de les accions de nul·litat, anul·lació o inoponibilitat esmentades a la lletra m) de l'apartat 2 de l'article 4]. Es dedueix d'aquest article que només s'aplica a les reserves de domini simples, no a figures complexes, sense perjudici que, si escau, puguin quedar emparades per l'article 5 del Reglament sobre Procediments d'Insolvència.

És cert –com analitza Deloitte– que la creació de l'Euroreserva de domini s'assenta en raons d'eficiència econòmica, que un mercat únic ha de procurar que el seu funcionament es produeixi en condicions de competència perfecta i ha de tractar d'eliminar els obstacles que distorsionin la competència, i que per a això l'operador no sol assumir el risc d'operar al mercat internacional sense una garantia eficaç, que obstaculitzaria els intercanvis transfronterers al mercat interior. L'Euroreserva de domini en el contracte de compra-venda de béns mobles a terminis maximitza la seguretat, especialment en el supòsit d'insolvència del comprador, minimitza els costos de constitució i, en definitiva, fomenta una seguretat en el trànsit comunitari que seria incentiu perquè les empreses realitzessin operacions comercials interestatals.

Tots aquests arguments són plenament assumibles en el marc del comerç internacional, l'objecte del qual el constitueixen béns mobles que necessiten una normativa basada en la protecció del creditor enfront de les situacions de morositat empresarial. Per contra, no creiem que aquests esquemes siguin aplicables a les transmissions d'immobles, internes i transfrontereres, les quals, sense la fungibilitat pròpia dels productes i mercaderies, demanden, dins d'una relació temporalment estable, no només una tuïció

dels drets del venedor al cobrament del preu ajornat, sinó simultàniament un reconeixement de la condició dominical del comprador.

III. EL PACTE DE “LEX COMMISORIA” O CONDICIÓN RESOLUTÒRIA EXPRESSA EN LA VENDA D'IMMOBLES

1. Introducció

En els Treballs Preparatoris del Llibre Sisè del Codi Civil de Catalunya “Les obligacions i els contractes” (Departament de Justícia. Observatori de Dret Privat de Catalunya. Secció de Dret Patrimonial) es regula la figura en aquests termes:

Article 631-39. Condició resolutòria explícita.

“1. La manca de pagament del preu en el termini o en un dels terminis convinguts, produeix de ple dret la resolució automàtica de la compra-venda de béns immobles.

2. La venedora ha de requerir de pagament notarialment o judicial a la compradora, sota pena de resolució del contracte, tot oferint-li (o retornant-li) les lletres de canvi, els pagarés o els altres efectes en què s'hagi documentat el preu ajornat. La compradora (deutora) només pot oposar-s'hi judicialment en el termini de quinze dies, al·legant el pagament o l'incompliment de les obligacions de la venedora.

3. En matèria de béns mobles (...).”

És sabut que el pacte de *lex commisoria* en la compra-venda o condició resolutòria expressa és una estipulació contractual per la qual s'acorda que la falta de pagament del preu en el terme convingut, o en cadascun dels terminis assenyalats, produirà la resolució de la venda.

L'incompliment, no obstant això, no determina automàticament la resolució, sinó que és un pressupost perquè el venedor exerciti el seu dret potestatiu de resolució, a través de requeriment judicial o acta notarial. Mitjançant tal requeriment ha d'exigir-se al comprador “que s'aplani a resoldre l'obligació i no posar obstacles a aquesta manera d'extingir-la” (SSTS 30 de desembre de 1955, 4 d'abril de 1958). No obstant això, en el requeriment pot concedir-se al comprador un termini per pagar, sota la condició que, si no ho fa, el vincle quedarà resolt (STS 26 de juny de 1978).

Una vegada fet el requeriment, el pagament del comprador és extemporani i no evita la resolució. Fins llavors, i encara que hagi passat el termini assenyalat contractualment per al pagament i s'hagués convingut la

resolució de ple dret en cas d'impagament, l'article 1504 del Codi civil espanyol concedeix al comprador la facultat de pagar. És més, conformement a l'esmentat article, mitjançant requeriment no entra ja en joc la facultat del jutge de donar un nou termini per al compliment, segons l'autoritza l'article 1124, precepte aplicable a la resolució de totes les obligacions recíproques, com ara les originades per la compra-venda.

Aquesta disposició de l'article 1504 del Codi civil espanyol té el seu camp d'aplicació en els supòsits en els quals el venedor sol·licita judicialment la resolució contractual, o bé en aquells en els quals el comprador no s'aplana a la resolució volguda pel venedor i pretén una declaració judicial favorable al manteniment del vincle.

No obstant això, els efectes de l'article 1504 van començar a afeblir-se per la jurisprudència, en exigir que es donés una "*voluntat deliberadament rebel del deutor al compliment*", sobretot arran de les SSTS de 25 de juny de 1977 i de 26 de gener de 1980.

2. La condició resolutòria i el Registre de la Propietat

En l'àmbit hipotecari existeix un precepte específicament destinat a regir la dinàmica registral de la condició resolutòria explícita:

Article 59 del Reglament Hipotecari.

"Si en la venda de béns immobles o drets reals s'hagués estipulat que per falta de pagament del preu en el temps convingut tingui lloc de ple dret la resolució del contracte, serà necessari per verificar la nova inscripció a favor del venedor o del seu causahavent que es faci constar la notificació judicial o notarial feta al comprador pel venedor de quedar resolta la venda i s'acompanyi el títol del venedor".

La interpretació d'aquest article tant per la Direcció General dels Registres i del Notariat com el Tribunal Suprem han determinat el que alguns autors denominen la seva *derogació jurisprudencial*. La taxa que més es reitera és la de ser una norma inconstitucional, per plantejar un automatisme que atempta al principi de tutela judicial efectiva (article 24 de la Constitució Espanyola) ja del comprador ja dels tercers adquirents de drets sobre l'immoble subjecte a la condició resolutòria.

La doctrina constant de la Direcció General sobre els requisits que han d'exigir-se per obtenir la reinscripció a favor del transmissor com a conseqüència de l'exercici de la condició resolutòria explícita (vegeu, per totes, la Resolució de 19 de juny de 2007) –i que serien plenament aplicables al pacte de reserva de domini si admetem la seva configuració assimilada– pot ser resumida en els següents apartats:

1r. Cal aportar el títol del venedor, és a dir, el títol de la transmissió del que resulti que el transmissent reté el dret de reintegració subjecte a la condició resolutòria estipulada;

2n. Cal aportar la notificació judicial o notarial feta a l'adquirent pel transmissent de quedar resolta la transmissió. La validesa de la mateixa depèn que l'adquirent requerit no s'oposi a la resolució invocant que falta algun pressupost de la mateixa;

3r. Si, per contra, es formula oposició per l'adquirent, el transmissent haurà d'acudir indefectiblement al corresponent procés judicial, en el qual haurà d'acreditar els pressupostos de la resolució invocada; això és, l'existència d'un incompliment, greu, (STS de 21 de setembre de 1993), que frustri la fi del contracte per la conducta de l'adquirent, sense trobar-se causa raonable que justifiqui aquesta conducta (SSTS de 18 de desembre de 1991, 14 de febrer i 30 de març de 1992, 22 de març de 1993, 20 de febrer i 16 de març de 1995);

4t. Ha d'acompanyar-se el document que acrediti haver-se consignat en un establiment bancari o Caixa oficial l'import percebut que hagi de ser retornat a l'adquirent o correspongui, per subrogació real, als titulars de drets extingits per la resolució (article 175.6a del Reglament Hipotecari). Aquest requisit es justifica perquè la resolució produeix, respecte d'una i una altra part, el deure de "restituir-se el que hagués percebut", en els termes que resulten de l'article 1.123 del Codi Civil espanyol. Es tracta d'un deure que imposa recíproques prestacions i que, com ocorre en la ineficàcia per rescissió, un dels contractants només estarà legitimat per exigir de l'altre la devolució quan compleixi per la seva banda el que li incumbeixi. Respecte de la clàusula que s'hagi estipulat per al cas de resolució de la transmissió per incompliment, no hi ha lloc per a cap deducció de la quantitat que hagi de ser consignada, basant-se en la clàusula, puix que pot tenir lloc la correcció judicial prescrita en l'article 1.154 del Codi Civil (Resolucions de 29 de desembre de 1982, 16 i 17 de setembre de 1987, 19 de gener i 4 de febrer de 1988, 28 de març de 2000), sense que calgui pactar una altra cosa en l'escriptura (Resolució de 19 de juliol de 1994);

5è. Respecte dels tercers adquirents, són registralment interessats afectats per l'assentament que se sol·licita per la resolució. És necessari que també respecte d'ells la documentació compleixi un mínim de garanties o, en defecte d'això, s'obtingui l'oportuna resolució judicial (Resolucions de 28 de maig de 1992, 19 de novembre de 1996, 24 de febrer de 1998, 15 de novembre de 2005). Certament els tercers han d'estar a les vicissituds del compliment de l'obligació de pagar la contraprestació que incumbeix a l'adquirent segons el contracte en què es va estipular la condició resolutòria, podent si així els interessa pagar el que falti (article 1.158 del Codi civil).

Però això no vol dir que els tercers hagin de suportar necessàriament qualsevol acte d'admissió de l'incompliment o dels altres pressupostos de la resolució. Amb això es tracta d'evitar que a esquena dels tercers, transmetent i adquirent concertin acords sobre la resolució (anticipació de la resolució, disminució de les quantitats a consignar, etcètera) en menyscapte de la posició que correspon als tercers. Conseqüentment haurà de declarar-se judicialment la resolució de la transmissió. A més, perquè la Sentència desplegui tota la seva eficàcia cancelatòria i afecti a titulars d'assentaments posteriors, hauran de ser citats en el procediment per al·legar el que al seu dret convingui, intervenció prevista a l'article 14 de la Llei d'Enjudiciament Civil.

IV. UNA PROPOSTA DE *LEGE FERENDA* DE REGULACIÓ DEL PACTE DE RESERVA DE DOMINI I DE LA CONDICIÓ RESOLUTÒRIA EXPLÍCITA EN LA TRANSMISSIÓ DE BÉNS IMMOBLES A TERMINIS

Les respostes jurisprudencials que s'han donat en correcció a l'automatisme de la condició resolutòria ens condueixen a pensar que la solució legal que a dia d'avui existeix sobre la condició resolutòria expressa no és vàlida en l'actual marc socioeconòmic, i especialment és injusta amb les prestacions que es realitzen en un contracte d'aquestes característiques. S'ha corregit, en definitiva, l'automatisme que tenia en ment el redactor de l'article 59 del Reglament Hipotecari amb una sèrie de respostes igualment rígides, que han conduït a desnaturalitzar el dret de garantia.

Sense menyscapte de la poderosa normativa que protegeix al consumidor en general (legislació en defensa dels consumidors i usuaris), i a l'immobiliari especialment (Llei pel dret a l'habitatge), és primordial una proposta realista sobre el desenvolupament de la condició resolutòria explícita o del pacte de reserva de domini en la compra-venda a terminis d'habitatges, que aconseguixi fer atractiva la utilització d'aquesta garantia real pels promotors immobiliaris.

Principalment són dos els motius que espanten l'ús d'ambdues garanties: un és l'acreditació de l'incompliment, i l'altre és, sense cap dubte, l'aplicació retroactiva de la resolució contractual.

El primer dels motius ha de fer-nos reflexionar sobre la necessitat de diferenciar amb claredat entre l'incompliment no discutit i aquell que es combat per la part compradora, adduint fets o circumstàncies que poden atenuar la certesa de la ruptura contractual. Quan el comprador o els tercers no mostren la seva oposició a la resolució, cap raó ha d'impedir la reinscripció a favor del transmetent.

Quant a la segona raó, és veraç que els efectes “*ex tunc*” que es pressuposen a tota resolució d'una compra-venda obliguen el venedor que resol per incompliment del comprador a la devolució o consignació d'allò íntegrament percebut fins llavors, i, posteriorment i per via judicial, a intentar validar la clàusula penal que, si escau, hagués previst en el clausulat.

Com hem vist, la Direcció General dels Registres i del Notariat ha fet aplicació d'aquesta mecànica en totes les seves decisions, i no permet la reinscripció si no es justifica fefaentment la posada a disposició del comprador de la total contraprestació.

Per fortuna, una interpretació contrària s'està imposant en els contractes no instantanis, com la *compra-venda a terminis d'immobles*. Tant la Jurisprudència com els treballs realitzats pel Grup de Pavia acullen el caràcter “*ex nunc*” de la resolució:

a) En la Jurisprudència del Tribunal Suprem.

- STS de 20 de desembre de 2001.

“doncs no obstant la doctrina jurisprudencial que, en termes generals, és favorable a l'eficàcia retroactiva de la resolució contractual (“ex tunc”), tesi no exempta de dubtes fundats quan es tracta de relacions obligatòries duradores”.

- STS de 22 de desembre de 2006.

“És cert que la regla sobre els efectes recuperatoris ex tunc [des de llavors] de la resolució del contracte no pot ser mantinguda amb caràcter absolut. La STS de 15 de juliol de 2002 declara que l'incompliment frustra la fi del contracte, cosa que justifica la retroacció de la resolució, però si aquest és de tracte successiu, la resolució no priva de valor a les prestacions ja realitzades abans de l'incompliment que satisfan l'interès de la contrapart, per la qual cosa la resolució operarà per al futur. Però la part recurrent gens argumenta sobre l'eventual procedència de retenir les rendes satisfetes com a conseqüència de la naturalesa del contracte com de tracte successiu i la utilització del local per l'arrendatària abans de la resolució, cosa que impedeix a aquesta Sala examinar aquesta qüestió, tenint en compte que la sentència apel·lada afirma «la falta de tot aprofitament del local per l'arrendatària”.

b) En l'Avantprojecte del grup de Pavia del Codi Europeu de Contractes.

Els articles 114 i 117 s'ocupen de la qüestió (VERSIÓ ESPANYOLA Traducció efectuada amb la supervisió del Prof. José Luis de los Mozos i del Prof. Agustín Luna Serrano, publicada també a la Revista General de legislació i jurisprudència. Madrid, 2001, fasc. 4).

Art. 114. Dret a la resolució del contracte

“2. Si el contracte conté una clàusula en virtut de la qual l'incompliment d'una determinada prestació per una de les parts confereix a l'altra el dret de resoldre el contracte, l'incompliment serà considerat en qualsevol cas, com tenint una importància rellevant, en el sentit de l'article 107, i el contracte es considerarà resolt des que la part interessada notifiqui al deutor que ella es preval de la clàusula en qüestió.

Una vegada que el termini indicat en el primer paràgraf del present articulo ha transcorregut, o si el deutor ha rebut la notificació esmentada en el seu paràgraf primer, el creditor no pot ja pretendre l'execució del contracte i pot rebutjar-la i el deutor no està obligat ja a complir-lo. El creditor pot, a més, exercir els drets indicats en els articles 115 i 116.

(...)

4. La resolució del contracte pot així mateix ser parcial, encara que el deutor no hagi complert la totalitat de l'obligació, si el creditor dóna per bo acceptar el que ha rebut, prevalent-se del dret de pagar un preu proporcionalment inferior, com està previst als articles 92 i 93.

5. Si l'incompliment es produeix en el curs del desenvolupament d'un contracte d'execució contínua o periòdica, l'efecte de la resolució no concerneix a les prestacions executades precedentment.

6. El creditor no té dret a procedir a la resolució del contracte si l'incompliment depèn exclusivament d'una acció o d'una omisió que a ell li sigui imputable, sense perjudici que utilitzi la facultat dels articles 103 i 104. D'altra banda, no té aquest dret si ha induït a creure a l'altra part que no procedirà a la resolució, encara que es tracti d'un incompliment d'importància notable”.

Art. 117. Drets dels tercers de bona fe

“L'exercici per part del creditor dels drets previstos per les regles que precedeixen no compromet els drets que hagin adquirit els tercers de bona fe sobre els béns del creditor o sobre els que són degudes pel deutor, abans que el mateix, tenint seriosos motius de témer l'incompliment, no els hagi notificat o advertit per escrit, o abans que, si es tracta de béns immobles o de mobles registrats, no hagi efectuat l'anotació preventiva corresponent de les seves demandes judicials en els registres immobiliaris, segons les regles en vigor en l'Estat que les hagi previst (...)”.

V. PROPOSTA

Article xxx. Garanties reals del venedor en la compra-venda a terminis d'immobles.

1. El venedor que s'hagi reservat de forma expressa el domini de l'immoble fins que el comprador aboni la totalitat del preu ajornat o hagi garantit el seu pagament mitjançant condició resolutòria explícita, tindrà dret a resoldre

la venda en cas de falta de pagament d'un dels terminis convinguts si així s'hagués pactat en el contracte i l'estipulació constés inscrita en el Registre de la Propietat, amb dret a retenir les quantitats abonades fins la data. El contracte es considerarà resolt de ple dret des que el venedor notifiqui, en les condicions que estableix aquest precepte, al comprador i, si escau, als tercers interessats l'exercici de la garantia real pactada.

2. L'exercici de la garantia real es formalitzarà en escriptura pública, davant el Notari hàbil per actuar en el lloc on radiqui l'immoble transmès i, si n'hi hagués més d'un, davant el que correspongui conformement a torn. Quan siguin diversos els immobles venuts i radiquin en llocs diferents podrà establir-se en l'escriptura de compra-venda quin d'ells determinarà la competència notarial. En defecte d'això, aquesta vindrà determinada pel de major valor.

3. El procediment s'iniciarà mitjançant requeriment dirigit al Notari, expressant les circumstàncies determinants de la realitat del pagament incomplert, especificant l'import i termini no satisfet. A aquest efecte, el venedor lliurarà al Notari, per a la seva incorporació en l'acta notarial:

- a) l'escriptura de compra-venda en la qual consti la corresponent nota d'haver-se inscrit. Si no pogués presentar-se l'escriptura inscrita, haurà d'acompanyar-se amb la que es presenti certificació del Registre de la Propietat que reflecteixi la inscripció.
- b) el document o documents que permetin determinar al fedatari la certesa de l'incompliment resolutori.

4. El Notari examinarà el requeriment i els documents que l'acompanyen i, si estima complerts tots els requisits, sol·licitarà del Registre de la Propietat certificació comprensiva dels següents extrems:

- a) Inserció literal de l'última inscripció de domini que s'hagi practicat i continuï vigent.
- b) Inserció literal de la inscripció de la garantia real en els termes en què estigui vigent.
- c) Relació de tots els gravàmens i drets reals i anotacions als quals estiguin afectes els immobles.

5. El Registrador farà constar per nota al marge de la inscripció de compra-venda que ha expedit l'esmentada certificació, indicant la seva data, la iniciació de la resolució, el Notari davant el qual se segueix i la circumstància que l'exercici de la garantia real no s'entendrà amb aquells

que posteriorment inscriguin o anotin qualsevol dret sobre la mateixa finca.

6. Si de la certificació registral no resulten obstacles a la realització de la garantia real, el Notari practicarà la notificació de resolució contractual al deutor i als titulars de càrregues, gravàmens i assentaments posteriors a la garantia real que s'exercita, perquè puguin manifestar el que els convingui. Aquestes notificacions s'efectuaran en els domicilis dels interessats que figurin en el Registre de la Propietat i en la forma previnguda per la legislació notarial. La notificació a què es refereix aquest apartat, si l'objecte que es garanteix és l'habitatge familiar, també haurà d'efectuar-se als cònjuges o convivents, els quals no poden oposar-se a l'exercici de la garantia real.

7. El comprador o els tercers interessats únicament poden oposar-se notarialment en el termini de deu dies, al·legant el pagament o l'incompliment de les obligacions del venedor. Els titulars de càrregues i gravàmens, en el mateix termini, poden oposar-se si al·leguen que la resolució és fraudulenta.

8. El Notari donarà per acabada la seva intervenció i per conclusa l'acta amb les diligències d'oposició efectuades, quedant expedita la via judicial que correspongui, o, per contra, indicant qualsevol absència d'oposició. En aquest últim supòsit, aquesta acta constituirà títol suficient per a la inscripció de l'immoble a favor de venedor així com per a la cancel·lació de la inscripció de la garantia real executada i de tots els assentaments de càrregues, gravàmens i drets consignats en el Registre amb posterioritat a ella. S'exceptuen aquells assentaments ordenats per l'autoritat judicial dels quals resulti que es troba en litigi la vigència mateixa de la garantia.

9. Des de la inscripció en el Registre de la Propietat, el venedor podrà demanar la possessió de l'immoble readquirit al Jutge de Primera Instància del lloc on radiqui”.

ASPECTES PRÀCTICS DE LA PROPOSTA DE REGULACIÓ DE LA COMPRA-VENDA

FRANCESC TORRENT CUFÍ

NOTARI

SUMARI I. LA INCIDÈNCIA DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A L'ARTICLE 129 DE L'ESTATUT I A LA LEGISLACIÓ CIVIL DE CATALUNYA. **II.** LA COMPRA-VENDA. 1. Característiques de la seva regulació. 2. Esquema de la regulació de la compra-venda en el CCC.

I. LA INCIDÈNCIA DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL A L'ARTICLE 129 DE L'ESTATUT I A LA LEGISLACIÓ CIVIL DE CATALUNYA

L'article 129 de l'Estatut atribueix a Catalunya "la competència exclusiva en matèria de dret civil, amb l'excepció de les matèries que l'article 149.1.8^a de la Constitució atribueix en tot cas a l'Estat", especificant-se que aquesta competència "inclou la determinació del sistema de fonts del dret civil de Catalunya".

El Tribunal Constitucional limita aquesta competència exclusiva de la Generalitat a la conservació, modificació i desenvolupament del dret civil (comprentent-hi la determinació del seu propi sistema de fonts) existent a Catalunya al constituir-se en comunitat autònoma, tot i que aquesta competència s'estén a les institucions connexes. És a dir, en estem movent dins el marc que, en relació a l'Estatut de 1979, va fixar la STC 88/1993.

Fa pànic que en la seva aplicació pràctica es confirmi una certa ribotada. Esperant que no sigui així, em sembla que es pot mantenir pels pèls la *concepció intermèdia* que predominava a la doctrina anterior, segons la qual el dret civil català pot desenvolupar els principis que inspiren la Compilació i pot regular institucions connexes (És a dir, toca continuar patir) . Però no me'n

refio gens ni mica (en aquesta qüestió sóc un notari sense fe) i no descartaria que la “brunete jurídica” fes mans i mànegues per limitar les competències de la Generalitat en matèria de dret civil a la Compilació i poques institucions connexes més, la qual cosa és especialment greu a l'actual conjuntura en què el Departament de Justícia ha constituït Comissions especials per a la redacció dels contractes de compra-venda, serveis i responsabilitat extracontractual. Reconec que és fàcil dir-ho *a posteriori*, però s'han perdut uns anys preciosos en els quals es podia haver aprofitat una conjuntura político-constitucional més favorable per enllestir la redacció de la totalitat del llibre sisè del nostre Codi civil: en aquest sentit, el millor homenatge que podríem haver fet enguany a la Compilació de dret civil en motiu del seu cinquantè aniversari, hauria estat la seva derogació per la via d'haver-se aprovat aquest llibre sisè. Fixem-nos que les retallades més importants que causa la sentència del Constitucional són, a part del que podria ser un nefast canvi de direcció en llengua i una erosió en finançament, tota la part jurídica, sigui declarant-la directament inconstitucional o forçant una determinada interpretació limitativa, la qual cosa posa en evidència el següent problema punyent: mentre que hi ha hagut una indubtable descentralització dels poders legislatiu i executiu, el poder judicial resta enrocat en un centralisme jacobí impenetrable. Els magistrats del Tribunal Constitucional defensen un dret de classe, l'escalafó i els cossos únics estatals, i estan enrocats en una determinada interpretació de la Constitució que afavoreix un jacobinisme nacional i als seus interessos de classe. Realment és certa la dita que la justícia va ser la darrera institució en espanyolitzar-se i serà l'última en catalanitzar-se.

La sentència del Tribunal Constitucional sobre l'Estatut atribueix a la Generalitat la competència exclusiva en matèria de dret civil pel que fa a la conservació, modificació i desenvolupament del dret civil propi, i reserva a l'Estat la competència exclusiva sobre la legislació civil. De totes maneres, aquesta competència exclusiva de l'Estat en matèria de dret civil té un doble vesant: només és absoluta i exclouent de la normativa autonòmica en les submatèries reservades a l'estat *en tot cas*, que són les enumerades a l'article 149,1,8 CE. D'aquestes submatèries, deixant a part l'aplicació i eficàcia de les normes jurídiques (determinació dels efectes de les lleis i les regles generals per a la seva aplicació i interpretació: el cap. II del TP del CC), les relacions juridicocivils relatives a les formes de matrimoni. (no les patrimonials entre cònjuges, que corresponen a les Comunitats Autònomes) i les normes per resoldre els conflictes de lleis tant a nivell internacional com a l'àmbit intern, però, n'hi ha dues submatèries que afecten directament al contingut del llibre sisè, que són

- L'ordenació dels registres i dels instruments públics. La STC 74/1989, de 24 d'abril, assenyala que el motiu d'aquesta competència absoluta

de l'Estat: rau en que s'ha d'uniformar la natura, contingut, requisits interns i formals dels instruments públics i escriptures. En canvi, la regulació de la llengua de les escriptures és competència de la Generalitat.

- Les bases de les obligacions contractuals: l'Estat és competent per a determinar els principis als quals s'ha d'ajustar la legislació autonòmica. En rigor, es tracta d'una competència compartida. El criteri del Tribunal Constitucional (STC de 22 de juliol de 1993 i 22 de gener de 1998) és que “les bases” s'identifiquen amb l'eficàcia normativa (“ley entre las partes” art.1091 CCE) i amb les regles relatives al compliment de les obligacions), matèries que no es podrien regular, la qual cosa tal vegada ens pot portar algun maldecap a l'hora de regular els remeis de la compra-venda.

Per a la resta de matèries, i pel que fa a les comunitats com Catalunya amb competències en Dret civil, existeix de fet un règim de concurrència competencial, perquè la llei autonòmica dictada com a conservació, modificació o desenvolupament del mateix Dret civil propi prevaldrà sobre la llei civil estatal.

II. LA COMPRA-VENDA

És el contracte transmissiu per excel·lència. A la Compilació és un contracte nominat, però atípic, atès que es regeix, per manca de regulació específica, pel CCE.

No ofereix cap dubte la competència de la Generalitat per a regular-ho, perquè en la Compilació (CDCC) hi trobem un tractament diferenciat d'alguns elements de la compra-venda, com l'estructuració de la onerositat (art. 321), les despeses de lliurament i atorgament de l'escriptura, així com la possibilitat d'acomplir l'obligació de lliurament pel *constitutum possessorium* (art. 277). Altrament, resultaria anòmal un Codi que s'ocupés de la venda a carta de gràcia (arts. 326 a 329) i abandonés la regulació detallada d'aquest prototip de contracte per excel·lència, que és la compra-venda.

1. Característiques de la seva regulació

1. S'haurà de prendre en consideració, a part de la nostra tradició jurídica romanista, naturalment el CCE, l'avantprojecte de 2004 i també els Codis del nostre entorn cultural (italià, quebequès, portuguès i, especialment, els més nous, l'holandès i el BGB alemany, modificat l'any 2002), així com, particularment, els treballs d'unificació del dret contractual europeu,

el Marc Comú de Referència (CFR), la Directiva 1999/44/CE, la Convenció de les Nacions Unides sobre els contractes de compra-venda internacional de mercaderies, datat a Viena l'11 d'abril de 1980 i, en fi, la jurisprudència més recent i la normativa de protecció de consumidors.

2. A diferència de l'Avantprojecte de Llei de modificació del CCE en matèria de contracte de compra-venda de 2005, que sols pretén retocar, encara que significativament, la regulació del CC per tal d'adaptar-la a les Directives Comunitàries (actualment la Directiva 1999/44/CE), la regulació de la compra-venda en el CCC ha de ser complerta.

3. Congruentment amb el caràcter de dret comú, la regulació del Codi Civil ha d'aplicar-se tant a les vendes civils com a les mercantils, a la vegada que s'han de definir les vendes de consum, en les quals és ineficaç qualsevol modificació del règim de protecció establert en perjudici del consumidor, tot considerant consumidor no sols la persona física, sinó a la jurídica que actuï fora del marc de la seva activitat professional o comercial, adoptant el criteri més adequat del TR de al Llei de Consumidors i Usuaris de 2007, enfront del més limitat de l'art.1.2 a) de la Directiva 1999/44/CE. Els aspectes administratius i públics de la legislació de consum es regulen pel Codi de Consum, al qual s'haurà de fer l'oportuna remissió.

4. Pel caràcter general del Codi Civil, ha de comprendre les vendes de mobles i les d'immobles. Hem de tenir en compte que la Convenció de Viena, les directives 1999/44/CE i la Proposta de Directiva sobre els drets dels consumidors COM (2008) 614 final, es refereixen bàsicament a la compra-venda de mercaderies, per la qual cosa s'haurà d'estudiar la conveniència d'establir un règim diferenciat per a determinades circumstàncies, com pel lliurament dels béns mobles i dels immobles, i no ens haurien de caure els anells per mantenir el sistema tradicional romanista a fi de conservar determinades particularitats de la cabuda dels immobles, com proposaré.

5. En aquest sentit, cal assenyalar que una de les pedres de toc de la moderna dogmàtica del dret d'obligacions són els conceptes de la conformitat del contracte i les previsions de l' incompliment. Aquest darrer dona lloc a l'aplicació dels remeis generals de l' incompliment que, o bé s'haurien de regular en la part general d'aquest llibre sisè, o bé haurien d'introduir-se en seu de compra-venda els aspectes bàsics dels mateixos, amb un cert perill que es puguin considerar matèries reservades a l'Estat com a "bases de les obligacions contractuals" de l'art.149.1.8 CE, entre les que figuren justament l'eficàcia normativa (art.1091 CCE) i les regles relatives al compliment de les obligacions. Espero que la unificació del dret contractual europeu faci entrar en crisi i esdevenir sobrer a aquesta reserva constitucional.

6. El sistema adqvisitiu dels béns està clarament centrat en el nostre dret civil pel títol d'adquisició i per la tradició o mode consagrats en l'article 531-1 CCC. La necessitat de conciliar el títol i el mode amb les Directives comunitàries (art. IV A.-1:202 DCFR), que configuren la compra-venda com un contracte translatiu de domini, la funció del qual és transmetre la propietat, ens obliga a fer una sèrie de consideracions,

a. Com sabem, l'art. 1450 CCE estableix que el moment de la perfecció de la compra-venda és el de la prestació del consentiment, al dir que "La venda es perfeccionarà entre comprador i venedor i serà obligatòria pels ambdós, si haguessin convingut en la cosa objecte del contracte i en el preu, encara que ni l'una i l'altre s'haguessin lliurat", amb l'excepció de les vendes d'assaig i a prova, que l'art. 1453 CCE presumeix que s'han fet sota condició suspensiva.

b. El CCE imposa (art. 1445) l'obligació de lliurar la cosa venuda. Conforme a la doctrina romanista tradicional, el venedor no s'obliga a transmetre la propietat al comprador, simplement s'obliga a lliurar-li la possessió pacífica de la mateixa, com a un simple contracte consensual i productor d'obligacions. I certament els preceptes del CCE semblen reflectir aquesta concepció, ja que només es parla de l'obligació de lliurar i de sanejar (art. 1461 CCE). Albadalejo mateix ens il·lustrava dient que en els preceptes del CCE (tradueixo del castellà) "batega la vella compra-venda romana, encara que no hi ha cap motiu racional per a conservar-la". La doctrina i la jurisprudència s'han afanyat a ampliar el contingut de l'obligació de lliurar, donant rellevància a la finalitat translativa del contracte de compra-venda, en el sentit que serveix de títol per a les transmissions de propietat, basant-se en l'art. 1462 CCE, segons el qual "*s'entendrà lliurada la cosa venuda quan es posi en poder i possessió del comprador*", tot donant a entendre que *s'ha de transferir al comprador no sols la possessió, és a dir, el poder de fet, sinó també el poder de dret, que és el domini*.

c. La moderna dogmàtica del dret contractual, els codis més moderns (BGB, suís, i també el francès i l'italià) i les Directives comunitàries consagren la finalitat translativa de la propietat, amb la qual cosa es supera la regulació del sanejament per evicció (arts. 1475 i ss CCE). L'incompliment de l'obligació de transmetre la propietat farà que s'apliquin les regles generals de l'incompliment, els remeis, que hem apuntat a l'apartat anterior i que veurem detingudament més endavant.

El caràcter translatiu de domini pot figurar a l'article 1, al definir la compra-venda, o bé podem optar perquè en la definició destaquin les obligacions d'ambdós contractants (lliurar un bé conforme al contracte a l'altra part a canvi d'un preu en diner...), i consignar aquesta funció translativa del dret de propietat com a obligació de la part venedora...

7. L'existència de drets de tercers, diferents de la propietat, sobre el bé venut no previstos en la compra-venda, també es consideren un incompliment de l'obligació del venedor de lliurar el bé de conformitat amb el contracte i dóna lloc a l'aplicació dels remeis generals de l' incompliment i, de retruc, fa sobre el sanejament per càrregues o gravàmens ocults.

2. Esquema de la regulació de la compra-venda en el CCC

Enquadrat en el llibre sisè, dintre del títol referent als contractes transmissius.

TÍTOL ... - ELS CONTRACTES TRANSMISSIUS.

CAPÍTOL 1.- LA Compra-venda.

Secció 1^a.- Disposicions generals.

Definició de la compra-venda.

Compra-venda de consum.

Capacitat i prohibicions.

Objecte. Compra-venda d'un bé no existent.

Perfecció.

Promesa de venda

Lliurament avançat de diners. Les arres.

La forma. L'idioma.

Secció 2^a.- Obligacions de la part venedora.

Els deures i el lliurament del bé.

Obligacions referents al títol i a les càrregues.

Secció 3^a.- Obligacions de la part compradora.

El preu.

Secció 4^o.- Les garanties en cas d'ajornament del preu.

Secció 5^o.- La conformitat del bé.

Secció 6^o.- Els remeis (responsabilitat convencional i contractual).

CAPÍTOL 2.- LA VENDA A CARTA DE GRÀCIA.

Capítol 3.- LA PERMUTA.

Capítol 4.- LA CESSIÓ DE FINCA O EDIFICABILITAT A CANVI DE CONSTRUCCIÓ FUTURA.

2.1 Secció 1ª. Disposicions generals

Entre les disposicions generals destaquem els següents punts:

Concepte: La compra-venda és el contracte pel qual una part, la venedora, s'obliga a lliurar un bé conforme al contracte a l'altra part, la compradora, a canvi d'un preu en diners.

Capacitat: Tothom que tingui capacitat per a contractar i obligar-se pot atorgar contractes de compra-venda, d'acord amb les regles de capacitat establertes per a les persones físiques al Cap. 1, Títol 1 del Llibre segon i, per a les persones jurídiques, al Cap.1 del Títol 1 del Llibre tercer del CCC.

Objecte: Tots els béns als quals es refereix l'art. 511-1 que siguin transmissibles d'acord amb la llei poden ser objecte de compra-venda, encara que no existeixin en el moment de la seva perfecció. (CFR. art. IV.- A:201).

Quan l'objecte del contracte són béns que s'han de fabricar o produir a canvi d'un preu, es considera que estem en presència d'un contracte de compra-venda, llevat que la part que els encarrega proporcioni una part substancial dels materials necessaris per a fabricar-los o produir-los, supòsit en el qual es tractarà d'un contracte de serveis. (Art. 3 de Conveni de Viena i CFR, art. IV.A.-1:102).

Perfecció: La compra-venda es perfecciona quan, existint una voluntat contractual comuna de tenir-la per celebrada, la part venedora en fa lliurament a la compradora. A diferència dels arts. 1460 CCE i 1601 CCF, que consideren nul·la la compra-venda d'un bé no existent en el moment de la perfecció, la moderna doctrina (CFR, art. II.-101 i ss i art. 1450 de la proposta de la Comisión General de Codificación) la considera vàlida, sempre que el comprador hagi confiat raonablement que el lliurament esdevingui una realitat. La inexistència de l'objecte donarà lloc a l'incompliment del contracte, la qual cosa obligarà a indemnitzar danys i perjudicis en el marc de la responsabilitat contractual.

Anàlogament, la indeterminació del preu o la manca de criteris per fer-ho tampoc priva al contracte de la seva validesa quan els contractants confiïn raonablement en l'aplicació d'un preu de mercat, com veurem d'aquí a un moment.

Promesa de venda. La promesa de compra-venda dóna dret a la compradora i a la venedora per a reclamar-se recíprocament el compliment del contracte, des que hi ha acord recíproc sobre el bé i el preu.

Lliurament avançat de diners. Les arres: S'ha de reforçar el caràcter d'arres confirmatòries que ha desenvolupat la jurisprudència, quedant les arres penitenciaris només en cas de pacte exprés entre ambdós contractants, en contra del criteri de l'art. 1454 CCE. Així, el lliurament d'una quantitat de

diners en la compra-venda, es presumeix que es fa com avançament del preu, a menys que del mateix contracte en resulti expressament el caràcter de paga i senyal, únic supòsit en el qual pot rescindir-se el contracte, perdent-la la compradora o tornant-la per duplicat la venedora.

Els riscos: En la doctrina romanista tradicional el risc es transmet des de la perfecció del contracte.

En el modern dret de contractes, el moment de la transmissió del risc és el del lliurament del bé venut. El lliurament és un procés en el qual intervenen en major o menor mesura tant el comprador com, especialment, el venedor, que ha de complir totes les obligacions referides al lliurament del bé, que ha de resultar conforme al contracte: si les ha complert diligentment totes, i és el comprador qui en retarda la retirada, el risc es transmet a aquest darrer. El venedor continuarà posseint immediatament el bé, serà una mena de servidor de la possessió, mentre que el comprador en serà el posseïdor mediat.

Pot redactar-se així: “El risc de la pèrdua o del deteriorament fortuït es trasllada a la part compradora quan el bé s’hagi lliurat de conformitat amb el contracte” (o quan la venedora hagi fet tot el que li pertoca en ordre al compliment de la seva obligació de lliurar el bé), perquè la falta de conformitat del bé implica l’ incompliment de les obligacions del venedor, amb la conseqüent assumpció del risc.

Si la venedora ha de complir la seva obligació de lliurar el bé tot posant-la a disposició de la compradora perquè aquesta la retiri de l’establiment del primer, el risc es trasllada a la compradora en el moment de rebre-la o des del moment que retardi la recepció.

Ara bé, si per pacte exprés, per usos del lloc o per costum de l’activitat, atenent a la naturalesa dels béns, la part compradora té la facultat de contarlos, pesar-los, mesurar-los, testar-los o provar-los prèviament, els riscos de pèrdua o deteriorament dels béns, encara que sigui per cas fortuït, seran a càrrec de la part venedora; si la compradora en retarda l’execució d’una forma no raonable, la venedora pot substituir-ho en aquesta activitat, i el risc passa a la compradora...

Des que el risc passa a la part compradora correspon a la mateixa els fruits i guanys que produeixi el bé i pateix les càrregues pròpies del gaudiment.

Resumint, es substitueix la concepció romanista tradicional segons la qual el venedor no incompleix en cas de pèrdua o deteriorament fortuïts del bé, després de perfeccionat el contracte i abans del lliurament, canalitzant-se per mitjà del risc, mentre que pel modern dret de contractes estem en presència d’un incompliment.

Concordances: art. 1452 Propuesta Comisión General de Codificación del CCE.

Forma. Idioma: La compra-venda pot atorgar-se en document privat o en escriptura pública.

És convenient establir en seu de compra-venda, a manca d'una part general de contractes, un precepte que determini els actes i contractes que han de constar en document públic, que seran, a més dels enumerats a l'art. 1280 CCE, (entre altres, els que tinguin per objecte la creació, transmissió, modificació o extinció de drets reals sobre béns immobles), els que resulten del CCC, per la qual cosa hauríem de fer un buidatge de la nostra legislació (Ex. donació de béns immobles -art. 531-12.1 CCC-, constitució del règim de la propietat horitzontal -art. 553-9.1 CCC, títol de constitució de la comunitat especial per torns -art. 554-4.2 CCC-, constitució o establiment d'un cens -art. 565-4 CCC, el dret de vol -art. 567-2 CCC, els drets reals d'adquisició -art. 568-2.1 CCC,...).

Pel que fa a la llengua, és convenient establir a la part general dels contractes o en aquesta seu, una norma lingüística que afavoreixi l'atorgament de documents, especialment privats, en català, convençut que imposant el dret d'elecció lingüística en els despatxos d'advocats, procuradors i altres operadors jurídics, és una manera efectiva d'aconseguir la normalització del català a l'àmbit judicial.

Podríem dir que els contractes de compra-venda s'han de redactar pels operadors jurídics en la llengua oficial a Catalunya que escullin els atorgants. Concordant-se amb l'art. 421-12 CCC, afegiríem que es pot atorgar en llengua no oficial si els atorgants la coneixen; si n'hi ha un que no la coneix, es requereix la presència i la intervenció d'un intèrpret, no necessàriament oficial, designat de mutu acord entre ambdues parts contractants, que ha de signar el document. L'acord amb la designació de l' intèrpret es presumeix pel sol fet de l'atorgament del contracte. El contracte s'ha de redactar en la llengua oficial que escullin els atorgants i en la no oficial de què es tracti, i en cas de dubte entre ambdues redaccions, prima la redacció en llengua oficial.

2.2 Secció 2ª. Obligacions de la part venedora

La secció referent a les obligacions de la part venedora ha d'estar presidida per una declaració solemne segons la qual la part venedora ha de determinar clarament a què s'obliga. Tot pacte obscur o ambigu s'interpreta contra la part que l'hagués introduït i, si no es prova, en contra de la venedora. És molt convenient introduir en el nostre ordenament aquest precepte, que procedeix del CCB, atès que introdueix el "favor emptori", el principi de protecció de la compra-venda i del tràfic en general i que la realitat de les vendes en massa

porten a protegir especialment a la compradora. No és sinó la consagració en seu substantiva del principi hipotecari de protecció del tercer adquirent de bona fe i a títol oneros de l'art. 34 de la LH. La única limitació ha de ser que la realitat de la posició dominant d'alguns compradors aconsella objectivar la norma de tal manera que els pactes obscurs o ambigus s'interpretin contra la part que els hagués introduït i, si no es prova, en contra de la venedora.

La venedora té dues obligacions principals: la de lliurar el bé a la compradora conforme al contracte, en el moment que resulti d'aquest i de la manera que s'establirà més endavant, i la de garantir el bé que ven.

El lliurament del bé: L'obligació de lliurar el bé es compleix des que la venedora en fa tradició a la compradora per algun dels mitjans que es regulen en els articles 531-2 a 531-6 del CCC.

Pel que fa als béns immobles, és suficient la remissió a aquests esmentats articles, perquè, en definitiva, serveix de lliurament qualsevol classe de transmissió de la possessió del bé.

Pel que fa als béns mobles, la necessitat de transportar-los comporta l'aparició de deures d'ambdós contractants, per al qual cosa la necessitat de lliurament exigeix tal vegada una regulació més detallada, que podem concretar de la següent manera:

1. Si el contracte no imposa al venedor l'obligació de transportar el bé venut, es considera fet el lliurament per la posada del bé, degudament identificat, a disposició del comprador, al qual s'ha de comunicar aquest fet, i l'ha de mantenir a disposició fins que el comprador el retiri en el termini establert o en el termini raonable o fins que aquest retardi la retirada. (art.446.3 BGB i art.2:101 (1) PELS).

El bé venut s'ha de posar a disposició del comprador en el domicili o seu del venedor, a menys que el bé es trobi o es fabriqui en un lloc diferent, supòsit en el qual es posarà a disposició en aquest lloc. (Art. 31 C.Viena).

2. Si el contracte preveu el transport del bé venut, en el *lliurament per remissió* el venedor compleix quan el lliura al primer transportista, i en el *lliurament per translació*, quan el lliura en el lloc pactat en el contracte. (art 31 a) i 32.2 C. Viena. Arts. IV.A.-2:201 (1) i 204(1i 2). La part venedora haurà de proporcionar a la compradora les dades necessàries per la contractació de l'assegurança (la contractació del qual és a càrrec de la compradora), a menys que el contracte no estableixi una altra cosa.

En les vendes a un consumidor, el lliurament presenta alguna particularitat: té lloc per la posada a disposició del bé en el domicili, la seu o l'establiment del venedor en el qual el consumidor va celebrar el contracte, i si s'hagués de traslladar, en el domicili assenyalat pel consumidor en el contracte.

Despeses de lliurament. Les despeses de lliurament del bé són de compte de la part venedora, inclòs les de transport o trasllat, a menys que es pacti altrament. Les de trasllat del bé fora del lloc de lliurament són a càrrec de la part compradora.

En les vendes d'immobles, les despeses d'atorgament de l'escriptura, expedició de primera còpia, altres despeses posteriors a la transmissió i la inscripció en el Registre de la Propietat són a càrrec del comprador, llevat que es pacti el contrari. (Art.531-6 CCC , 277 CDCC i 488 BGB, en contra de l'art.1465 CCE, que posa a càrrec del comprador les despeses de transport).

Obligacions referents al títol i a les càrregues. Drets de tercers. La part venedora ha de proporcionar a la compradora el títol públic o privat que correspongui i lliurar els documents i accessoris necessaris per tal d'obtenir la utilitat del bé conforme al contracte.

Càrregues, servituds i drets de tercers. Què succeeix quan el venedor incompleix la seva obligació de transmetre la propietat del bé, o si aquesta propietat està afectada per un dret de tercer? Amb el sanejament per evicció, si el bé pertany a un tercer, el comprador ha d'esperar que aquest tercer li reclami en els tribunals la propietat o el dret limitat de què es tracti (i no pot exigir el sanejament al venedor fins hi hagi sentència ferma -arts. 1475, 1480 CCE-); en canvi, en el modern dret de contractació, el comprador pot fer ús dels remeis de l'incompliment, posant de manifest una pretensió o exercitant una acció. Tractant-se d'una transmissió de finques, s'ha de tenir en compte que el Registre de la Propietat protegeix a l'adquirent de bona fe i a títol oneros (art. 34 LH), per la qual cosa no li seran oposables les càrregues o gravàmens no inscrits.

Si després d'atorgar l'escriptura la part compradora descobreix que la finca venuda pateix el gravamen d'una servitud, una càrrega real o personal (per ex. un arrendament) o una afecció urbanística o qualsevol altre dret (inclús la propietat) o pretensió raonable de tercer que disminueixi el seu lliure gaudi i la venedora no l'ha declarada en el contracte o, havent-la declarada, s'hagués compromès a alliberar-la i no ho faci, pot fer ús del remeis previstos a la secció sisena. No cal que el comprador provi el dret del tercer perquè es considera que el venedor incompleix l'obligació pel sol fet que el tercer manifesti una pretensió (no cal que exerciti l'acció corresponent, perquè si no tornariem a un sistema paregut a l'evicció).

El comprador pot escollir el remei que més li convingui però, si opta pel compliment, el venedor pot oposar-s'hi si el cost d'adquisició del bé o de l'alliberament del dret de tercer sigui en extrem dificultós; el venedor pot oposar-se a la resolució del contracte o a la reducció del preu si subsana

el defecte gratuïtament i immediata, a menys que l' incompliment sigui essencial. Si és d' escassa importància, també pot oposar-se a la resolució.

La desaparició del sanejament per evicció, en el qual el comprador demandat pot cridar en garantia al venedor (és més, li ha de notificar la demanda d'evicció, perquè si no ho fa, el venedor no està obligat al sanejament, segons l'art. 1481 CCE), no exclou l'existència de determinats deures de col·laboració entre ambdues parts contractants en el cas de reclamació d'un tercer. Així, el comprador ha de notificar a la part venedora l'existència de reclamacions de tercers -tant si es tracta d'accions com de pretensions- relacionats amb la propietat del bé o amb l'existència de drets sobre el mateix, i el venedor ha de col·laborar en la seva defensa.

Concordances: arts 41 i 42 C. Viena, 435 i 437 BGB. Art. 631-30 de l'avantprojecte de 2004. Es suprimeix la referència a les servituds no aparents que fan aquests Codis, perquè aquesta classe de servituds és aliena al Dret català, com reconeixen les Lleis 13/1990 i 22/2001 i el CCC. Els remeis són la reducció del preu o la resolució del contracte i, cumulativament, la indemnització de danys i perjudicis.

Obligacions urbanístiques. En el títol d'alienació de terrenys, la transmetent ha de fer constar:

- a. Les circumstàncies de ser o no ser susceptibles d'edificació, la volumetria segons el planejament o de contenir edificacions fora d'ordenació.
- b. Els compromisos que la transmetent ha assumit en el procés d'urbanització.
- c. La data d'aprovació del corresponent planejament.
- d. La llicència de parcel·lació o el permís per segregar o la declaració d'innecessarietat, si s'escau.

La manca d'expressió de qualsevol d'aquestes circumstàncies faculta a la adquirent per fer ús dels remeis previstos a la secció sisena.

Al seu torn, l'adquirent o adjudicatària s'ha de subrogar en el lloc de l'anterior titular respecte als drets i deures urbanístics.

Concorda amb la Llei d'urbanisme de Catalunya i el seu Reglament, i amb l'art. 21 de la Ley 6/1998, d'11 d'abril, de "régimen del suelo y valoraciones". Art. 631-31 dels treballs preparatoris del 2004.

2.3 Secció 3ª. Obligacions de la part compradora

La principal obligació de la part compradora és la de pagar el preu en el moment i en el lloc assenyalats en el contracte. A manca d'expressió i de llei o d'ús aplicable que determinin una altra cosa, el pagament es farà en el moment en què el venedor compleixi la seva obligació de lliurar el bé. Haurà de prendre's en consideració la modalitat de lliurament aplicable en cada cas.

Concordances: Arts. 58, 59 C.Viena; art. 3:101 PEL S.

El deure de la part compradora de rebre el bé adquirit, fent-se càrrec del mateix, abasta també l'execució de tots els actes necessaris per tal que el venedor pugui complir el contracte.

El preu. Ambdues parts contractants han de determinar el preu de la compra-venda o establir un criteri apropiat per a determinar-ho. Però la manca d'aquest rigorós requisit de determinació del preu no ha de comportar, com en el dret vigent, la invalidesa del contracte, especialment pel que fa als béns mobles, sinó que, conforme a la moderna dogmàtica del Dret de contractació (art. II-9:104 DCFR 2009), s'ha d'afavorir l'eficàcia del contracte, establint les alternatives escaients per tal de determinar-ho, com poden ser, seguint l'art. 55 de la Convenció de Viena, el preu de mercat, entenent per tal el *“preu generalment cobrat en el moment de la celebració del contracte per a les mateixes mercaderies, venudes en circumstàncies semblants en el tràfic mercantil de què es tracta”*. El fonament de la determinació del preu de mercat és la voluntat tàcita i concordant dels contractants, que sols existirà si han comptat raonablement amb l'aplicació del preu de mercat. Pot dir-se *“No impedeix la perfecció del contracte el fet que ambdues parts contractants no hagin fixat el preu ni la manera de determinar-ho, sempre que sigui inequívoca la voluntat comuna de tenir-ho per conclòs i la d'atenir-se a un preu generalment practicat”*.

Pel que fa a la determinació del preu deixat a l'arbitri d'un tercer, si aquest no pot o no vol fer l'estimació, podem sotmetre'l també al preu generalment practicat (preu objectiu de mercat), i abandonar el criteri tradicional d'inexistència del contracte. Anàlogament, si el contracte preveu que el preu sigui determinat per una de les parts contractants (com succeeix quan, en la compra-venda d'una mercaderia, el preu el determina el venedor, que aplicarà el preu o la tarifa establerta per totes les seves operacions), l'altra part pot oposar-s'hi a la determinació que manifestament no sigui raonable.

Pel que fa als béns immobles, no estic del tot segur que sigui escaient adoptar aquests mateixos criteris. Per una banda, no ens ha de fer escarafalls aquest nou sistema, atès que, per la seva importància, en les transmissions immobiliàries és rar no determinar clarament el preu o establir-ne uns

critèris objectius que permetin la seva determinació. Per una altra banda, no és de menystenir una situació econòmica com l'actual d'una total atonia i d'un trencament del mercat immobiliari, situació en la qual pot resultar aleatòria la determinació del preu per un tercer o per criteris aparentment objectius o inclús pot generar dubtes un preu determinat per les mateixes parts contractants, per no parlar de la, en molts casos, irreal valoració fiscal (per exagerada) de determinats immobles. Per aquests motius, i pel que fa a les compravendes immobiliàries, es podria estudiar d'afegir el següent paràgraf: "El mateix règim s'aplicarà a la determinació del preu en les compravendes immobiliàries, sempre que ambdues parts contractants manifestin en el contracte que tenen un adequat coneixement del sistema de determinació del preu que acorden i que se sotmeten expressament a les conseqüències del mateix", la qual cosa obligarà a la pràctica a pactar i madurar molt acuradament el sistema de determinació del preu que escollin.

Els interessos. La part compradora ha d'abonar a la venedora interessos si els béns venuts i lliurats produeixen fruits o rendes, sempre que la compradora demori el calendari de pagament pactat i no s'hagi pactat altrament. També ha d'abonar l'interès legal del diner quan el pagament del preu s'ajorni més de sis mesos, a menys que es pacti altrament.

Art. 1735 CCQ (es deuen interessos des de la venda), 1501 CCE; 1652 CCF i 1499 CCI.

Sembla oportú introduir una norma dispositiva de generació d'interessos a partir d'un ajornament del preu a més de 180 dies, naturalment si no s'acorda el contrari.

Presumpció de preu alçat en la compra-venda. Creiem que és convenient establir una presumpció de preu alçat en la compra-venda, però la importància capital de la cabuda en moltes compravendes immobiliàries actuals, en les quals el que interessa és un determinat sostre o edificabilitat, aconsella admetre el pacte en contrari i establir unes regles per a les compravendes a mesura.

En la compra-venda d'un immoble cert i determinat, es presumeix, a menys que es pacti el contrari, que la menció de la cabuda es fa a títol indicatiu, i no dóna lloc a cap suplement o disminució de preu.

S'adopta un criteri diferent al dels articles 1471 CCE i 1623 CCF i CCB, que també distingeix també el cas de vendre's dues o més finques, que nosaltres englobem en el mateix supòsit. Article 1540 CCI.

Compra-venda a mesura. Avui dia és inversemblant presumir en el tràfic immobiliari la indiferència o irrellevància de la cabuda, ja que aquesta és d'una extraordinària importància i transcendència no sols a l'hora de determinar el preu, sinó en el moment de valorar el bé, de determinar-ne

les condicions fiscals, la fixació del preu de la revenda o del seu valor per a la construcció... És més, en les anomenades *vendes immobiliàries genèriques*, com succeeix en les vendes d'una determinada quantitat de sòl per a desenvolupar les perspectives d'un determinat planejament urbanístic, la insuficiència de la quantitat expressada habitualment la fan inadequada per a l'ús al qual es destina, per la qual cosa ha de ser causa de resolució del contracte. Pot redactar-se així:

- a. Si la compra-venda d'un immoble es fa amb expressió de la seva cabuda en raó d'un preu per unitat de cabuda o mesura, la compradora té dret a exigir de la venedora la quantitat expressada en el contracte; si això no fos possible per no existir materialment la mesura indicada o per no ser-ne titular la venedora o no haver-la pogut adquirir, la compradora té dret a una reducció del preu, si la mesura efectiva de l'immoble és inferior a l'assenyalada en el contracte. Si resultés una mesura superior, la compradora haurà de pagar el suplement de preu. (Les despeses de medició de l'immoble venut per unitat de mesura seran pagades per meitat entre la compradora i la venedora).
- b. En els casos en què s'hagi de practicar una prèvia segregació o quan hi hagi una discrepància entre la superfície que consta en el títol i en el Registre, d'una banda, i d'una altra, la que resulta de la realitat, la venedora haurà de lliurar a la compradora la quantitat assenyalada, tot declarant al seu càrrec l'excés de cabuda, l'expedient de domini o el procediment que s'escaigui.

La referència a la segregació i als excessos de cabuda és una realitat en les transmissions immobiliàries i en les vendes de solars, que habitualment es creen jurídicament "ad hoc" per a la seva immediata venda. Es trenca la visió del CCE d'una propietat estàtica en la qual la compra-venda no altera la prèvia existència jurídica de la finca.

- c. La compradora gaudirà de la facultat de resoldre el contracte d'acord amb les disposicions de la secció sisena, quan l'augment o la disminució ultrapassin la quinzena part de la mesura declarada i també en les vendes immobiliàries (genèriques), quan la mesura real no sigui suficient per tal de destinar el bé a l'ús pel qual s'adquireix; la venedora ha de restituir el preu i ha de reemborsar a la compradora les despeses del contracte.

Concorda amb els articles 1470 CCE (10% disminució; 20% augment); 1537 CCI; 1617,1618 i 1619 CCF i CCB (suplement de preu per augment d'un 20%); i 1720 CCQ (s'ha de lliurar el contingut i la qualitat indicada en el contracte). Art. 1448 de la propuesta de la Comisión de Codificación del CCE.

Malgrat les similituds amb l'article 1470 CCE, la redacció del precepte es basa en una consideració inicial diferent: s'ha de preveure un tipus d'acció per reclamar el lliurament de la (major) quantitat de terreny assenyalada en el contracte. Només si no és possible el compliment íntegre del contracte es pot acudir a la rectificació del preu i, en darrera instància, al desistiment del contracte. Naturalment, podem obtenir els mateixos resultats de l'apartat c) aplicant les disposicions referents als remeis o responsabilitats, per la qual cosa pot fer-se una remissió genèrica als mateixos. És interessant la norma tradicional catalana (Consuet. 24 Sanctacília) d'imputar per meitat entre comprador i venedor les despeses de medició de l'immoble venut per unitat de mesura.

2.4 Secció 4^a. Les garanties en cas d'ajornament del preu

Les formes de pagament. La part compradora pot pagar de present a la venedora el preu estipulat; la venedora pot confessar-ho haver rebut abans d'aquest acte o pot ajornar -se el seu pagament de comú acord entre ambdues parts contractants.

El preu ajornat produeix efectes en perjudici de tercers si es garanteix amb hipoteca, amb condició suspensiva o amb condició resolutorià.

S'amplia a la condició suspensiva la doctrina dels articles 11 LH i 59 RH.

Reserva de domini. La venedora pot reservar-se en el contracte el domini del bé fins que la compradora li pagui tot el preu ajornat. La venedora no pot disposar del bé mentre el preu estigui ajornat sense el consentiment de la compradora, sempre que aquesta estigui al corrent de pagament de les seves obligacions. El pagament comportarà el compliment de la condició suspensiva i la consolidació del domini en la compradora. En cas d'incompliment en el termini pactat, la venda es resoldrà de ple dret a favor de la part venedora.

Concorda amb els articles 1523, 1524 i 1525 CCI. En el mateix sentit d'introduir una prohibició de disposar en el contracte d'aliments, vegeu l'article 642-3 CCC.

La doctrina i la jurisprudència, d'ençà la STS de 10 de juny de 1958, varen admetre el pacte de reserva de domini com una compra-venda subjecta a condició suspensiva, i la STS de 19 de maig de 1989 consagra definitivament aquesta figura, configurant-la com una garantia del preu ajornat, el complert pagament del qual actua com a condició suspensiva de l'adquisició per la compradora del ple domini del bé comprat, de manera que ni la compradora té la facultat de disposició voluntària o forçosa, ni la venedora la de transmetre el bé mentre la compradora no l'hagi pagat.

Des del punt de vista de la venedora actua com una pròpia prohibició de disposar.

Tradicionalment s'ha considerat no inscribible en el Registre de la Propietat la prohibició de disposar imposada al comprador mentre no pagui el preu ajornat (RS. DGRN 14 abril 1921, ja abans de l'exclusió d'aquest pacte a l'article 27 LH).

Actualment, davant les restriccions jurisprudencials a la resolució automàtica de la condició resolutòria (des de la Res. 29 desembre 1982), és convenient reforçar les altres figures que garanteixen el pagament del preu ajornat amb eficàcia real enfront a tercers, sense haver d'acudir als inconvenients del procediment d'execució hipotecària.

És per aquests motius que intentem reforçar el pacte de reserva de domini. Així:

1. En cas d'embargament d'un immoble per deutes de la venedora, la STS 19 maig 1989 reconeix el millor dret de la compradora que està al corrent de pagament enfront als possibles embargaments per deutes de la venedora.
2. L'obstacle per admetre el pacte de reserva de domini és l'article 11 LH, que sols admet la hipoteca i la condició resolutòria. L'actual doctrina hipotecària (Chico Ortiz "Estudios de derecho hipotecario" Vol. I pàg. 485) considera que el pacte de reserva de domini és inscribible per la via de les adquisicions subjectes a condició suspensiva o resolutòria (article 23 LH); l'article 11 LH no és cap obstacle per a la inscripció perquè es considera que no és que l'ajornament actuï directament enfront a tercers, sinó que s'ajorna l'adquisició del domini; enfront a tercer, es tracta d'una transmissió condicional.

Per reforçar aquests arguments, hem proposat incloure la condició suspensiva a la redacció de l' article referent a les formes de pagament que encapçala aquesta secció.

3. A diferència de l'article 11 LH, el proposat 631-37 (formes de pagament) permet dotar la reserva de domini, interpretada com a transmissió condicional, d'una eficàcia real. Perquè l'ajornament del preu tingui eficàcia real enfront a tercers adquirents inscrits, cal la seva constància com una circumstància més del negoci (article 51 RH) i, a més, constituir una garantia real que permeti exercitar una acció real per a cobrar-ho. Per això, al costat de la hipoteca, s'admet la condició resolutòria i la reserva de domini, interpretada com a transmissió condicional. Aquesta reserva de domini hauria

de complementar-se amb una prohibició de disposar imposada a la venedora, que encara conserva la propietat.

En efecte:

- a. El pacte de reserva de domini comporta una limitació institucional de la facultat dispositiva per la compradora i una obligació de no disposar per la venedora, com ha reconegut la jurisprudència (STS 19 maig 1989 esmentada). Si admetem la prohibició de disposar imposada a la venedora, el que fins ara és una construcció jurisprudencial purament obligacional, tindria base convencional i eficàcia real, la qual cosa reforçaria els legítims interessos de la compradora que compleix amb la seva obligació de pagar el preu ajornat.
- b. La prohibició de disposar imposada a la venedora dota de justificació causal al pacte de reserva de domini perquè restableix l'equilibri entre les posicions jurídiques de la venedora i la compradora. En efecte, la raó de ser de la prohibició de disposar és la de definir clarament l'abast del pacte de reserva de domini en benefici no sols de la venedora sinó també de la compradora (que deixaria de patir per la possible doble venda de l'immoble i per les accions dels creditors de la compradora).
- c. Aquesta prohibició de disposar és temporal (dura el mateix que l'ajornament de :”no pot disposar del bé mentre el preu estigui ajornat”) i la seva justa causa és la inexistència d'una altre garantia real com l'hipoteca o la condició resolutòria explícita.
- d. La prohibició de disposar no pot imposar-se a la compradora en garantia del preu ajornat com una restricció unilateral, perquè el mateix resultat s'obté amb la condició resolutòria que no limita la llibertat de tràfic.

Sols s'admet la prohibició de disposar com a complement del pacte de reserva de domini, imposada a la venedora a través de la figura jurídica de l'assentiment.

Condició resolutòria explícita. La manca de pagament del preu en el termini o en un dels terminis convinguts, produeix de ple dret la resolució automàtica de la compra-venda de béns immobles. La venedora ha de requerir de pagament notarialment o judicial a la compradora, sota pena de resolució del contracte, tot oferint-li (o retornant-li) les lletres de canvi, els pagarés o els altres efectes en què s'hagi documentat el preu ajornat. La compradora (deutora) només pot oposar-s'hi judicialment en el termini de

quinze dies, al·legant el pagament o l' incompliment de les obligacions de la venedora.

En matèria de béns mobles, la resolució de la venda operarà de ple dret en profit de la venedora, després d'expirar el termini convingut perquè la compradora els retiri del lloc de lliurament, i no hagi pagat el preu, a menys que s'hagués pactat un termini pel seu pagament.

L'apartat a) concorda amb els articles 1504 i 1112 CCE i 11 LH i 59 RH; s'han pres en consideració un seguit de Rs. DGRN, començant per la de 29 de desembre de 1982. També concorda amb els articles 634-6, 634-7 i 634-8 CCC (articles 6, 7 i 8 de la Llei 23/2001, de 31 de desembre).

L'apartat b) concorda amb els articles 1505 CCE i 1657 CCF i CCB.

2.5 Secció 5^a. La conformitat del bé

La conformitat significa l'adequació material del bé lliurat a les exigències del contracte. (art. 35 de la Convenció de Viena). Podria dir-se que El bé haurà de ser materialment conforme a les exigències del contracte en el moment del seu lliurament pel que fa a la quantitat, qualitat, prestacions, i envasat o embalat. Altres legislacions empen l'expressió "vicis" o "faltes de la cosa", com l'art. 434 BGB, que semblen no adequades, perquè poden confondre's amb el sanejament per vicis ocults del dret tradicional. Encara que, en puritat de principis, la *falta de conformitat* es refereix als aspectes *materials* del bé, com la quantitat, la qualitat i les prestacions, l'embalatge i l' embassat del bé, hi ha una tendència doctrinal i legal a estendre-la a la *falta de conformitat jurídica*, els supòsits en els quals el venedor lliura el bé amb problemes jurídics i drets de tercers (arts. IV.A.-2:301, 305 i 306 DCFR 2009). Sembla millor regular apart aquests aspectes, que substituirien els clàssics evicció i sanejament per càrregues o gravàmens ocults dels arts. 1475 i ss. CCE.

La falta de conformitat:

1. inclou els defectes quantitativs i qualitativs del bé, fins i tot un envasat o embalatge inadequat.
2. Mentre que per mitjà del sanejament s'aplica un sistema especial de responsabilitat contractual, a la falta de conformitat s'aplica el sistema general de responsabilitat contractual: el venedor ha de lliurar el bé conforme al contracte i la seva falta és un incompliment d'una de les obligacions que genera el contracte.
3. Pel que fa a les vendes de consum, és millor no generalitzar una acció directa del consumidor contra el productor (com fa l'art. 124 TRLGDCU) per reparar o substituir el producte i limitar-la, com fa l'art. 12 de la Directiva 1999/44/CE, al venedor, pels inconvenients pràctics

que se'n derivarien. Així, podríem establir que en les vendes de consum es presumeix que la falta de conformitat, manifestada en un temps prudencial de 3 a 6 mesos posteriors al lliurament del bé, existia en el moment del lliurament del bé. (art. 5.3 Directiva 1999/44/CE).

Els criteris de conformitat del bé venut son, entre altres:

- Ser apte per l'ús previst en el contracte o per l'ús habitual al qual es destinen béns del mateix tipus.
- Tenir les qualitats de la mostra o del model presentat prèviament (vendes celebrada sota mostra o model), o ser apte per a qualsevol finalitat particular que el comprador hagi indicat al venedor, a menys que no fos raonable aquesta confiança infundada.
- Presentar la qualitat o les prestacions d'un bé del mateix tipus d'acord amb la seva natura o l'etiquetat o la publicitat feta pel venedor, productor, importador... Ara bé, el venedor no quedarà obligat si desconeixia aquestes declaracions públiques, o les mateixes s'havien rectificat, o si demostra que no havien influït en el comprador. (art. 2.4 Directiva, entre altres).
- Estar envasat o embalat en la forma habitual o en l'adequada per a conservar-se o protegir-se.
- S'ha de lliurar amb els seus accessoris i instruccions d'instal·lació, com veurem en les obligacions referents al títol i a les càrregues.

S'equipara a la falta de conformitat:

- El lliurament d'un bé diferent és també una falta de conformitat (més que no pas una falta de lliurament, i, per tant, un incompliment), perquè té sentit exigir primer que el comprador, que ha de comunicar al venedor aquesta circumstància, compleixi per la via de substituir el bé per un altre. (així, l'art.434, 3 BGB).
- La instal·lació incorrecta del bé pel venedor o pels seus auxiliars, si conforme al contracte, és a càrrec del comprador, o quan el defecte es degui a una errada de les instruccions del venedor. (art. 2.5 Directiva 1999/44/CE, art. 434,2 del BGB).

El venedor no serà responsable de la falta de conformitat del bé, si aquest s'ha produït sota les directrius del comprador o amb els materials facilitats pel comprador, sempre que el venedor ho hagi advertit (en aquest sentit d'advertir-ho també ho exigeix l'art. 1590 CCE pel contracte d'obra). Aquest supòsit actualment pot resoldre's per les regles de la compra-venda i no per

les del contracte de serveis, ja que, segons l'art. 3 de la C. De Viena i l'art. 1.4 de la Directiva 1999/44/CE "*Els contractes de suministre de béns de consum que s'hagin de fabricar o produir també es consideraran contractes de compra-venda a efectes d'aquesta Directiva*". Sabut és que, conforme al dret tradicional, si ho qualifiquem de compraventa, el comprador només pot exercitar el sanejament per vicis ocults, mentre que el contracte d'obra ofereix majors possibilitats de defensar els seus interessos al comitent que havia encarregat la fabricació del bé, ja que li permetia exigir la subsanació dels defectes de l'obra i la indemnització de danys i perjudicis derivats de l'incompliment. Avui aquesta diferenciació no té cap sentit, perquè amb la moderna dogmàtica del dret contractual tant el venedor com el contractista tenen idèntica responsabilitat, com veurem seguidament al parlar dels remeis. És un altre cas que s'haurà de pactar amb la comissió que estudia el contracte de serveis.

El comprador que coneix la falta de conformitat o que l'hauria de conèixer per l'ús normal del bé venut, l'ha de comunicar al venedor, si aquest la ignora, en un termini raonable. Si no la comunica, només podrà exigir la reducció del preu o la indemnització de danys, excepte el lucre cessant.

Concordances: arts. 38, 39, 40 i 44 C. Viena; art. 5.2 Directiva 1999/44/CE; art. 28 Proposta Directiva COM (2008) 614 final; arts. IV.A.-301, 302, 304 DCFR 2009.

2.6 Secció 6^a. Els remeis (garanties o responsabilitats)

2.6.1 Subsecció 1^a. La garantia convencional

El comprador pot exercitar, a menys que es pacti el contrari, a més dels remeis que li corresponen per llei que veurem a la subsecció següent (son remeis, no es tracta de les accions del dret tradicional), els que resulten de la garantia convencional prestada pel venedor o per un tercer en els termes que resultin de la pròpia declaració de garantia o de les declaracions públiques referents a la mateixa. (art. 36.2 C. Viena).

En les vendes de consum, la garantia no pot afectar als drets que per llei corresponen al consumidor. A petició del consumidor, s'ha de fer constar per escrit i s'ha d'expressar la durada i les dades de la persona que hagi d'atendre les reclamacions fundades en aquesta garantia. (Art. 1.2 e) i 6 de la Directiva 1999/44/CE, BGB, 443, 444, 477).

2.6.2 Subsecció 2^a. Les garanties legals. El sistema de responsabilitat contractual del venedor per la falta de conformitat

El comprador, apart de suspendre el compliment de la seva obligació de pagar el preu o la part del preu que falta lliurar, pot exercir els següents remeis:

1. Dret del comprador a obtenir una correcció del compliment (reparació o substitució del bé).
2. Resoldre el contracte o reduir el preu.
3. En tot cas, el comprador pot exigir, acumulativament, la indemnització de danys i perjudicis.

1. *Subsanació de l'incompliment*

El comprador pot exigir del venedor que posi en conformitat el bé lliurat (reparació) o que el substitueixi per un altre que sigui conforme al contracte.

El venedor ha de portar a terme la forma de compliment elegit pel comprador en un termini raonable segons al natura del bé i l' utilitat que n'ha de treure el comprador, que pot demanar la mesura alternativa si el venedor incompleix la primera.

Les despeses de posada en conformitat o de substitució del bé, entre els quals el cost dels materials, mà d'obra i transport, seran a càrrec del venedor.

(Concordances. Art. 46,28 i 25 C. Viena; arts. 3.3 i 3.4 Directiva 1999/44/CE i proposta directiva COM (2008) 614 final).

El venedor pot exercitar una mesura de compliment diferent a la sol·licitada pel comprador si justifica, sense retard, que la mesura sol·licitada és impossible o massa onerosa en funció del preu pagat o desproporcionada en relació a l'altra mesura, pel seu cost o pels inconvenients que produeix la seva execució. Si el venedor justifica que és impossible d'executar o massa onerosa en funció del preu pagat, podrà oposar-se a executar qualsevol mesura de compliment.

(Concordances: art. 46 C.Viena, art. 3.3 Directiva 1999/44/CE, Proposta COM 2008 614 final).

2. *Resolució del contracte o reducció del preu*

El contracte s'ha d'intentar complir en els termes pactats. Si no s'aconsegueix reparar el bé (posar-lo de conformitat) o substituir-ho per un altre

bé, subsidiàriament, el comprador pot rebaixar el preu -l'antiga acció estimatòria- o resoldre el contracte si el venedor no complís oportunament.

Concordances: arts. 3.3 i 3.5 Directiva 1999/44/CE, arts. 26.3,I i 26.4 Proposta Directiva COM (2008) 614 final; 440 BGB).

La falta de conformitat de poca importància no dóna dret al comprador a resoldre el contracte.

Concordances: art. 3.6 Directiva 1999/44/CE; art. 26.3.II Proposta Directiva COM (2008) 614 final; 441.1.2 BGB.

La reducció del preu hauria de ser proporcional a la diferència existent entre el valor del bé lliurat en el moment del lliurament (que és quan el comprador la incorpora al seu patrimoni) i el valor que hauria de tenir el bé per ser conforme al contracte. Aquest remei no és compatible amb la indemnització de danys i perjudicis, perquè tenen la mateixa naturalesa. Efectes: si el comprador encara no ha pagat el preu, pot reduir-ho; i si ja l'ha pagat, pot demanar la restitució del major preu pagat, tot acudint als tribunals si no hi ha entesa.

Concordances: Art. 50 C. Viena; 437 i 441, III i IV BGB.

S'ha de distingir entre el termini de garantia, que és el límit temporal màxim dintre del qual ha de manifestar-se la falta de conformitat del bé perquè generi incompliment en el venedor de bona fe i s'apliquin els remeis. Es proposa el termini de dos anys; i el termini de prescripció (responsabilitat per productes, ordenació de l'edificació), que és el límit temporal per a l'exercici judicial d'aquests drets, que podria ser de tres anys, a menys que una llei especial disposi una altra cosa.

Concordances: art. 5.1, 7.1.II Directiva 1999/44/CE i arts. 28.1, 28.2 i 28.3 de la proposta Directiva COM (2008) 614 final.

3. Indemnització de danys i perjudicis que, exceptuant el cas de la reducció del preu, és un remei acumulatiu als altres.

Assenyalar, per acabar, que per a l'efectivitat dels nous conceptes de falta de conformitat i dels remeis, tant i es tracta de simples pretensions com de l'exercici d'accions, fora convenient establir un procediment arbitral i, també, l'especialització d'uns tribunals que entenguessin només sobre aquestes qüestions de dret patrimonial privat.

CONTRACTACIÓ AMB CONSUMIDORS I VENDES ESPECIALS¹

MARILÓ GRAMUNT FOMBUENA

PROFESSORA TITULAR DE DRET CIVIL
UNIVERSITAT DE BARCELONA

SUMARI I. LA INCORPORACIÓ DE LA “CONTRACTACIÓ QUE AFECTA ALS CONSUMIDORS” AL CODI CIVIL DE CATALUNYA. II. VENDES ESPECIALS? III. LES “ESPECIALITATS” DE LA REGULACIÓ. IV. A MODE DE CONCLUSIÓ. V. BIBLIOGRAFIA.

I. LA INCORPORACIÓ DE LA “CONTRACTACIÓ QUE AFECTA ALS CONSUMIDORS” AL CODI CIVIL DE CATALUNYA

Com és sabut, l'objecte de la Llei 29/2002, de 30 de desembre és, segons indica l'art. 1, “establir l'estructura i la sistemàtica del Codi civil de Catalunya”, a banda de l'aprovació del seu llibre primer. D'acord amb això, l'art. 3 estableix la divisió del Codi en sis llibres, el sisè dels quals és el relatiu a les obligacions i els contractes “que inclou la regulació d'aquestes matèries, comprenent-hi els contractes especials i la contractació que afecta els consumidors”.

La recent aprovació i entrada en vigor del Codi de Consum de Catalunya podria plantejar el dubte de la duplicitat normativa en la matèria. Amb tot, la inexistència en l'actualitat d'una regulació pròpiament civil en aquest àmbit exclou, per ara, l'eventual conflicte. La situació en la que ens trobem no difereix, en realitat, de la que ja teníem plantejada pel que fa a la protecció

¹ Aquest treball s'emmarca en el Projecte DER2009-11859, subvencionat pel Ministerio de Innovación, Ciencia y Tecnología. Aquesta ponència havia de ser compartida amb el Prof. Carlos J. MALUQUER DE MOTES BERNET, però la seva mort prematura ho va impedir. Serveixin aquestes línies d'homenatge a una magnífica persona i un gran universitari que va ser qui va guiar la meua trajectòria universitària.

dels consumidors a Catalunya². En efecte, el legislador va decidir regular les relacions de consum sobre la base del desenvolupament de les seves competències en matèria de defensa dels consumidors i usuaris (art. 12.1.5 EAC 1979), enlloc de fer-ho en exercici de la seva competència en matèria civil (art. 9.2 EAC 1979)³. Fruit d'aquesta decisió, la normativa general de protecció dels consumidors i usuaris va ser recollida, fonamentalment, en tres disposicions: la Llei 1/1990, de 8 de gener, sobre disciplina de mercat i defensa dels consumidors i usuaris, el Decret legislatiu 1/1993, sobre comerç interior (text refós) i la Llei 3/1993, de 5 de març, de l'estatut del consumidor. Amb aquestes disposicions coexistien (i subsisteixen) normes de caràcter sectorial que també dispensen protecció als consumidors i usuaris, com ara, i només a tall d'exemple, el Decret 168/1994, de 30 de maig, de reglamentació de les agències de viatges o el Decret 147/1987, de 31 de març, sobre activitat industrial i prestació de serveis en tallers de reparació de vehicles. D'aquesta manera, la regulació dels contractes de consum s'ha fet amb ocasió de la regulació de determinades activitats professionals o comercials.

Com indica Llàcer, la normativa d'ordenació d'una activitat professional té una finalitat sancionadora que ha s'ha de reconduir al terreny privat utilitzant les seves directrius amb criteris d'integració contractual⁴. Ara bé, com posa de relleu l'autora, la seva al·legació pels particulars davant de la jurisdicció civil ha estat qüestionada pel TS en les sentències 682/1994, d'11 de juliol (que descarta la infracció de l'art. 1258 CC interpretat de conformitat amb una circular del Banc d'Espanya, considerant que aquesta circular no té naturalesa substantiva i no pot servir de suport a un motiu casacional) i 820/2004, de 12 de juliol (que va entendre que la defensa dels interessos

² En aquest sentit, MALQUER DE MOTES BERNET, C.J.: "El derecho comunitario y la particular experiencia del Derecho Catalán". *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. Vol. I. Col. Registradores de España-Thomson. Madrid, 2008, pàg. 225; ESPIAU ESPIAU, S.: "La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del Derecho europeo", *Derecho privado y Constitución*, núm. 14, enero-diciembre, 2000, pàg. 90, indica que ... LLÁCER MATACÁS, M.: "Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del derecho de consumo: información y documentación". *Estudios de Derecho de obligaciones homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*. (Coord. E. Llamas Pombo) La Ley, 2006. Madrid. Tomo II, pág. 155, parla de l'administrativització de la tutela del client front a les construccions de recursos de Dret privat, en relació, per exemple, amb els serveis bancaris, però traslladable, sense dubtes, a d'altres àmbits de les relacions de consum.

³ MARCO MOLINA, J.: "La incorporación de directivas en materia de Derecho patrimonial por el legislador catalán (La relación entre las directivas comunitarias y la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas)". *La Notaria*, vol. 11-12 (novembre-desembre 2001), p. 36, fa notar que aquesta autoconstricció del legislador català és deguda a la interpretació extensiva que la jurisprudència constitucional realitza del límit "bases de les obligacions contractuals".

⁴ LLÁCER MATACÁS, M.R.: "Obligaciones vinculadas...", *cit.*, pàg. 156.

del client (bancari) s'ha de fer a través d'accions civils i no de disposicions alienes a la dinàmica civil de les operacions bancàries, que persegueixen la correcció de les pràctiques en el mercat). Tanmateix, això no ha estat obstacle perquè algunes sentències de les Audiències Provincials catalanes s'hagin fonamentat en la vulneració de la normativa catalana de protecció dels consumidors, encara que sovint amb recurs també a la normativa estatal⁵.

En l'aprovació del Codi de consum, el legislador ha volgut recordar que els empresaris han de complir, en tot cas, la normativa civil general aplicable (art. 211-1, que té per objecte l'àmbit d'aplicació del llibre segon, relatiu als *Requisits de les relacions de consum*), com no podia haver estat d'una altra manera ja que les normes civils són les que ordenen les relacions contractuals i determinen el seu naixement, les vicissituds del seu compliment i la seva extinció.

El cert és que la regulació de les relacions de consum a través del recurs a la competència en matèria de protecció dels consumidors ha permès fer la transposició d'algunes de les Directives UE i ha obert el camí per a la regulació civil de la matèria⁶. L'escull que es pot trobar el legislador català és el de la delimitació del títol competencial per a legislar en matèria de contractes, tot i que no hauria de representar un problema atès que l'art.

⁵ Així, SAP Barcelona, de 13 d'abril de 1999 (Sec. 15a), que va determinar l'exempció de responsabilitat de l'agència minorista que havia venut un viatge combinat, sobre la base que la legislació vigent en el moment de la celebració del contracte era el Decret [Catalunya] 45/1988, de 13 de gener, que regulava l'activitat de les agències de viatge, ja que aquesta norma no establia la responsabilitat solidària; SAP Barcelona (Sec. 19), de 2 de novembre de 2005; SAP Barcelona (Sec. 1), de 19 d'abril de 2001, que va estimar la demanda de restitució d'arres lliurades perquè l'immoble que es pretenia adquirir no reunia les condicions que s'havien informat, de manera que la immobiliària havia incomplert el que exigia l'art. 10 de l'Estatut del consumidor, en matèria d'informació prèvia en l'adquisició d'immobles; SAP Barcelona (Sec. 14), de 10 de febrer de 2003, que declara expressament que en matèria de viatges combinats, són d'aplicació a Catalunya els preceptes del Decret 168/1994, de 17 de novembre; SAP Barcelona (Sec. 1), de 8 d'octubre de 2003; SAP Barcelona (Sec. 17), de 25 de febrer de 2004; SAP Barcelona (Sec. 19), d'1 de març de 2005; SAP Barcelona (Sec. 19), de 12 d'abril de 2005; SAP Barcelona (Sec. 11), de 28 de juny de 2005; SAP Barcelona (Sec. 16), de 28 de novembre de 2007, que va aplicar la normativa sobre venda domiciliària continguda en la Llei de comerç interior, concretament en matèria de dret de desistiment; SAP Barcelona (Sec. 15), de 28 de febrer de 2011; SAP Lleida (Sec. 2), de 13 d'abril de 2004, que va aplicar conjuntament les normes de l'Estatut del consumidor i les de reparació de vehicles a motor (Decret 298/93, de 8 d'octubre); SAP Lleida (Sec. 2), de 13 de desembre de 2001, que estima la demanda i desestima la reconvençional sobre la base de la vulneració de l'art. 8, apartats 3 i 4, de l'Estatut del Consumidor relatius a la confecció del pressupost previ i a la documentació.

⁶ En aquest sentit es pronuncia ESPIAU ESPIAU, S.: "La codificación..., *cit.*, qui després de realitzar una anàlisi crítica de la normativa anterior al Codi de consum (pàg. 91 i ss), reconeix que "El Derecho de los consumidores y usuarios ha contribuido al desarrollo del Derecho civil catalán en materia de obligaciones y contratos" (pàg. 104).

149.1.8a CE només assigna a l'Estat la competència exclusiva per a legislar sobre les bases de les obligacions contractuals, no sobre la totalitat de les relacions contractuals, de manera que tot allò que no s'integra en aquest concepte, ha de pertànyer a l'àmbit de la competència autonòmica en el marc del desenvolupament del Dret civil propi⁷.

En definitiva, el legislador català ha optat clarament pel model alemany ja que ha decidit integrar la regulació dels contractes de consum en el Dret civil d'aplicació general. Considerem que aquesta és l'opció més encertada, sobretot perquè les normes aplicables a les relacions de consum disciplinen relacions contractuals que pertanyen a l'àmbit civil, de manera que el cos legal que les ha de contenir ha de ser el Codi civil⁸.

II. VENDES ESPECIALS?

L'objecte de la nostra ponència es circumscriu a les anomenades *ventas especiales* en l'àmbit de les relacions de consum, és a dir, les ventes celebrades fora d'establiment comercial i les celebrades a distància.

La primera qüestió que volem plantejar és si podem sostenir la denominació de *ventas especiales* en relació amb les de consum. Aquesta nomenclatura es manlleua de la normativa administrativa d'ordenació de l'activitat comercial i respon a la idea d'activitat de venda que es realitza fora del que seria

⁷ No pretenem ara aprofundir sobre l'abast de la competència en matèria civil i el límit que poden suposar les *bases de les obligacions contractuals*, però sí volem destacar l'existència de nombroses obres en la doctrina catalana sobre aquest tema i sobre la interpretació restrictiva del concepte. En aquest sentit, entre d'altres, BADOSA COLL, F.: "La competència de la Generalitat de Catalunya i les bases de les obligacions contractuals" (ponència inèdita), *VIII Jornadas de Dret Català a Tossa*, Tossa de Mar, 1994. MARTIN CASALS, M.: "Els principis de dret patrimonial europeu i la codificació del dret català", *La Notaria*, núm. 11-12, novembre-desembre 2001 (pàg. 61); MALUQUER DE MOTES BERNET, C.J.: "El derecho comunitario...", cit., pàg. 224; ESPIAU ESPIAU, S.: "La codificación...", cit., pàg. 83; VAQUER ALOY, A.: "¿Armonización del Derecho privado en Europa vs. Codificación del Derecho civil en Cataluña?", *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo I. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2003, pàg. 1057, destaca que "pese que en apariencia la competencia estatal se contrae a los tres términos de la fórmula, esto es, a "bases" de las "obligaciones" "contractuales", lo que denota que la competencia exclusiva no abarca todo el derecho de obligaciones (...), lo cierto es que no existe el más mínimo consenso doctrinal y los ocasionales pronunciamientos del Tribunal Constitucional no han arrojado ninguna luz".

⁸ Sobre la diversitat de propostes regulatòries al respecte, vegeu ALBIEZ DOHRMANN, K.J.: "La integración del Derecho de consumo contractual en el Código civil: ¿una simple entelequia jurídica o algo más?", *Estudios en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo I. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2003, pàg. 141 i ss. Respecte de les relacions entre el Dret contractual general i el Dret del consum i la possible integració d'aquest en aquell, vegeu SHULZE, R.: "Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho contractual europeo" (trad. E. ARROYO I AMAYUELAS), *Anuario de Derecho Civil*, LIX, 2006-1, pàg. 34 i ss.

l'entorn comercial ordinari, identificat amb l'establiment comercial o físic de l'empresari. En aquest sentit, es consideren vendes especials les celebrades fora de l'establiment comercial de l'empresari, les celebrades a distància i també les celebrades mitjançant distribuïdors automàtics (l'anomenat *vending*). Ara bé, des del prisma civil, no podem parlar d'una modalitat contractual específica, ni tan sols especial, com sí ho seria, per exemple, la venda a prova. Una cosa és la tècnica de comercialització emprada pel professional (a distància, domiciliària, etc.) i una altra el contracte celebrat que s'haurà de qualificar segons el tipus contractual que correspongui⁹.

Així doncs, ja podem avançar que, segons el nostre parer, el llibre sisè no hauria d'incorporar un capítol o secció específics en la regulació del contracte de compra-venda, sinó que la regulació de les "especialitats" s'haurà d'ubicar convenientment en atenció a la seva pròpia naturalesa.

Ens centrarem en la delimitació de les activitats de comercialització que requereixen una normativa contractual específica a la llum de les directrius marcades per la UE en l'àmbit de les relacions contractuals de consum. Aquestes activitats es concreten, com hem dit, en dues: els contractes celebrats fora d'establiment comercial i els contractes celebrats a distància, entenent que en aquesta darrera categoria s'integren els contractes celebrats a través de mitjans electrònics¹⁰. Per tal d'evitar l'eventual situació d'inferioritat en què se situa el consumidor davant de les tècniques de comercialització emprades en aquests casos, el legislador europeu – Directiva 85/577/CEE, sobre contractes negociats fora dels establiments comercials, i Directiva 97/7/CE, sobre contractes a celebrats a distància–, els va voler dotar d'una especial establint una fèrria regulació de les obligacions precontractuals d'informació i de documentació del contracte, incorporant, alhora, la facultat de desistir a favor del consumidor com a remei a una

⁹ És la línia adoptada actualment pel legislador comunitari. En aquest sentit, l'art. 3.1 de la Proposta de Directiva del Parlament Europeu i del Consell sobre els drets dels econsumidors (8.10.2008. COM (2008) 614 final, Text aprovat pel Parlament en sessió del 23 de juny de 2011) delimita el seu àmbit d'aplicació tot establint que "*La presente Directiva se aplicará, en las condiciones y en la medida fijadas en sus disposiciones, a los contratos de venta y los contratos de servicios celebrados entre un comerciante y un consumidor*".

¹⁰ Com ja vàrem tenir ocasió d'advertir (GRAMUNT FOMBUENA, M.D.: "La protección del consumidor en los contratos electrónicos" *La regulación del comercio electrónico* (Coord. I. Barral Viñals) Dykinson, 2003 Madrid, pàg. 59), la contractació electrònica no és sinó una modalitat de la contractació a distància i el fet de mantenir una regulació separada ha provocat un solapament normatiu que aboca a l'efecte indesitjat de la hipernormativització dels contractes celebrats electrònicament; en el mateix sentit LLÁCER MATA CÁS, MR. "Obligaciones vinculadas a la formación del contrato...", cit., pàg. 157 i ss.; Recentment, PÉREZ ESCOLAR, Marta, "El alcance de la refundición de la legislación de consumo: ¿Hacia un Código de consumidores?", *Revista Práctica de Derecho de daños*, núm. 82, mayo 2010, pàg. 19, s'ha pronunciat en aquesta mateixa línia.

contractació ja sigui efectivament no volguda, ja sigui no satisfactòria des del prisma de les expectatives que, des d'un punt de vista material, s'haguessin generat en el consumidor. En aquesta mateixa línia se situa ara la Directiva del Parlament Europeu i del Consell sobre els drets dels consumidors (Directiva 2011/83, de 25 d'octubre) que, recollint les propostes formulades al Llibre Verd sobre la revisió de l'*acquis* en matèria de consum, proposava inicialment l'harmonització plena¹¹ de les Directives 85/577/CEE (contractes negociats fora dels establiments comercials), 97/7/CE (contractes a distància), 93/13/CEE (clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors) i 1999/44/CE (venda i garanties dels béns de consum), atès que totes elles atorguen drets contractuals als consumidors. La proposta tenia com a finalitat adoptar un únic instrument horitzontal que regulés els aspectes comuns de forma sistemàtica, simplificar i actualitzar les normes existents i eliminar les incoherències i llacunes. Destaca especialment l'abast de la proposta ja que "sólo regula los aspectos esenciales de Derecho Contractual relativo a los consumidores y no interfiere con conceptos más generales de Derecho Contractual, como la capacidad de contratar o la indemnización por daños y perjuicios". Finalment, només s'ha produït l'harmonització plena pel que fa a les dues primeres Directives¹².

El nostre punt de partida serà doncs, aquesta de Directiva atès que parteix de l'*acquis* en matèria de consum¹³.

En primer lloc, la proposta considera necessària una nova definició de **contracte a distància** que hauria d'abastar a tots els casos en què els contractes es celebrin entre comerciant i consumidor en el marc d'un sistema de venda o prestació de serveis a distància organitzat, mitjançant l'ús exclusiu d'un o diversos mitjans de telecomunicació (venda per correu, Internet, telèfon o fax), fins el moment de celebració del contracte, incloent-hi aquest moment; ha de cobrir també les situacions en què el consumidor únicament visita els locals de l'empresa amb la finalitat de recabar informació sobre els béns o els serveis i la negociació i celebració subsegüent del contracte tenen lloc a distància. (Cdos. 20). Fruit d'aquesta reflexió és la definició que es proposa, continguda en l'art. 2.7, segons la qual és contracte a distància: "*todo contrato celebrado entre un comerciante y un consumidor en el marco de un sistema de venta o prestación de servicios a distancia*

¹¹ D'acord amb el que proposava la Resolució de 16 de juliol de 2007, del Parlament Europeu.

¹² (Cdo. 2, segons versió aprovada pel Parlament europeu en la seva sessió del 23 de juny de 2011).

¹³ Això sense oblidar la valuosa aportació que representen altres instruments com són els principis de l'*acquis* comunitari (ACQP), els principis europeus de dret contractual (PECL) i el Marc Comú de Referència (MCR).

organizado, sin la presencia física simultánea del comerciante y del consumidor, por medio del uso exclusivo de uno o más medios de comunicación a distancia hasta el momento en que se celebra el contrato, con inclusión de ese momento". Aparentment, s'evita així el joc de les inclusions/exclusions que fins ara havia caracteritzat la normativa.

Quant a la definició de **contracte celebrat fora de l'establiment**, la Directiva també justifica la seva especial regulació i precisa el seu abast. El Cdo. 21 justifica la necessitat d'una especial protecció del consumidor que contracta fora de l'establiment mercantil del comerciant perquè es podria trobar sota una possible pressió psicològica o haver-se d'enfrontar a un element de sorpresa, amb independència d'haver sol·licitat o no amb caràcter previ la visita del comerciant. La idea de la pressió psicològica o de l'element sorpresa ha fet que s'hagi considerat necessari ampliar la protecció també als supòsits en què la primera presa de contacte personal i individual s'ha fet per algun dels mitjans abans esmentats, encara que finalment el contracte es celebri immediatament després en l'establiment mercantil del comerciant o a través d'un mitjà de comunicació a distància. D'aquesta forma s'evita l'elusió de normes que deixarien d'aplicar-se pel sol fet d'entrar en contacte amb el consumidor en l'establiment mercantil. Fruit d'aquestes reflexions, l'art. 2.8 de la Directiva incorpora les diverses modalitats de celebració del contracte que seran considerades com efectuades fora de l'establiment mercantil del comerciant. Ara bé, en aquest cas la definició no és tan "neta" com en el cas dels contractes celebrats a distància perquè la finalitat de la protecció obliga a incorporar la casuística que abasta. D'altra banda, cal tenir com a referent el que es considera com a establiment mercantil als efectes de delimitar l'àmbit d'aplicació de les normes.

Tot i la major claredat en la delimitació de l'entorn contractual, el que no evita la Directiva és l'existència d'exclusions pel que fa a l'objecte contractual, tal i com es desprén de l'art. 3, el que sense dubtes comportarà una redacció reglamentista de les normes del Codi que hagin d'incorporar l'àmbit d'aplicació de la regulació. En el cas de les vendes, cal tenir present que l'art. 2.5 de la Directiva defineix el contracte de venda com "*todo contrato en virtud del cual el comerciante transfiera o se comprometa a transferir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio, con inclusión de cualquier contrato cuyo objeto incluya a la vez bienes y servicios*". Si apliquem a la definició proposada les exclusions previstes per raó de l'objecte, resultarà que la regulació no serà aplicable als contractes de creació o adquisició de béns immobles o de transmissió de drets sobre ells (art. 3.3 e)), i els que tinguin per objecte el subministrament de productes alimenticis, begudes o altres béns de la llar de consum corrent, entregats físicament per un comerciant de manera freqüent i regular en la llar o lloc de residència o e treball del consumidor (art. 3.3 j)), ja que la resta

d'exclusions per raó de l'objecte fan referència a la contractació de serveis i no encaixen en la definició de contracte de venda. En qualsevol cas, sempre restaran exclosos els contractes de venda, no ja pel seu objecte, sinó per les circumstàncies concorrents en el moment de la seva conclusió, si s'han celebrat mitjançant distribuïdors automàtics o instal·lacions comercials automatitzades (art. 3.3. l)) i aquells en que hagi intervingut un funcionari públic que hagi garantit que el consumidor celebra el contracte seu abast jurídic (art. 3.3. i)). En ambdós casos, no es dóna ni la situació de pressió psicològica ni la sorpresiva que pretén eliminar la regulació.

D'altra banda, la inclusió de la regulació de les vendes realitzades amb consumidors requereix la realització d'un exercici previ respecte del contingut que efectivament hauria de ser incorporat al Llibre VI. En primer lloc, cal concretar si és o no necessari plasmar una definició de consumidor i empresari amb l'objectiu de delimitar l'àmbit d'aplicació de les normes específiques que regularan els contractes celebrats entre ells. Des del nostre punt de vista, situats en l'entorn de la regulació del contracte de compra-venda, considerem més adequat introduir un precepte indicatiu de l'existència de particularitats en la regulació quan el contracte s'hagi celebrat entre un empresari i un particular amb un propòsit aliè a la seva activitat comercial. El que defineix la relació de consum és la posició de l'empresari que, per definició, sempre serà qui actuï en el marc de la seva activitat comercial¹⁴. En canvi, respecte de l'altra part contractual, és irrellevant la seva qualificació, perquè el que realment importa és la finalitat de l'adquisició. Així doncs, la compra-venda quedarà subjecta a les normes específiques que regulen les relacions de consum si la finalitat adquisitiva no és la d'incorporar el producte a una activitat professional, mentre que no ho farà si la finalitat de l'adquisició és aquesta. Hem de tenir en compte que la Directiva 2011/83 permet als Estats membres donar també cobertura a les adquisicions amb finalitat mixta (contractes amb doble finalitat, Cdo. 17, si bé no hi ha un clar reflex d'aquesta finalitat en la definició de consumidor que ofereix l'art. 2.1), sempre que sigui prevalent la finalitat aliena a l'activitat comercial. Des del nostre punt de vista, aquesta novetat serà font de conflictes en relació, sobretot, amb els contractes relatius a determinats productes i serveis de caràcter instrumental a l'activitat professional. El que ens sembla més interessant és que aquesta previsió representa un pas endavant en la regulació de les relacions de consum perquè fa encara més èmfasi en la finalitat adquisitiva i no tant en la idea de contracte celebrat

¹⁴ Cfr. LLÁZER MATAÇAS, M.R.: "La revisión del acervo de consumo: la generalización del Derecho tuitivo y su relación con el Marco Común de Referencia", *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. Vol. I. pág. 923 i ss.

entre un consumidor i un professional¹⁵. És cert que la Directiva continua definint el consumidor, però finalment el que serà rellevant per a determinar l'aplicació de la norma serà la finalitat adquisitiva¹⁶.

¹⁵ Sembla que aquesta novetat permetrà superar la idea que el consumidor és mereixedor de protecció perquè o bé és la part contractualment feble o bé perquè es tracta d'un no expert en la matèria. Aquesta segona opció és la que més s'aproxima a la idea de protecció de la finalitat adquisitiva, tot i que no es poden identificar. Sobre la consideració del consumidor com a no expert, vegeu BARRAL VIÑALS, I.: "Freedom of contract, unequal bargaining power and consumer law won unconscionability", *Unconscionability in European Private Transactions (Protecting the Vulnerable)*. Edited by KENNY, M., DEVENNEY, J., FOX O'MAHONY, L. Cambridge University Press, 2010, pàg. 53.

¹⁶ Al nostre parer, la insistència en delimitar l'àmbit d'aplicació de les normes de consum en funció d'un criteri subjectiu s'ha mostrat com a altament pertorbadora, fins i tot, per al propi legislador. En realitat, la pretensió del legislador sempre ha estat establir normes de control dels contractes d'adquisició de productes i/o serveis quan el subministrador és un professional i la finalitat de l'adquisició és aliena a l'activitat professional de l'adquirent. El legislador ha reflectit aquesta idea amb diverses expressions, com ara, *destinatario final* (art. 2 LGDCU, 1984), *personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional* (art. 3 TRLGDCU), *persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional* (art. 5 LCDSF). No obstant, en ocasions s'aparta d'aquesta idea amb la finalitat d'endurir la responsabilitat del professional en atenció al sector del mercat en què desenvolupa la seva activitat, prescindint de la finalitat adquisitiva. És el cas, per exemple, dels viatges combinats, en què es els professionals que els comercialitzen han de complir les obligacions que la legislació vigent els imposa amb independència que el viatge combinat s'hagi contractat amb finalitats professionals o no (art. 152.1 g) TRLGDCU); en l'àmbit de les telecomunicacions en què s'ha estés la protecció que dispensa la normativa específica. En efecte, La normativa en matèria de telecomunicacions i comerç electrònic ofereix també definicions susceptibles de ser integrades en la protecció que les normes dispensen als consumidors o usuaris. Les referències normatives són dues: la LGT -i normes de desenvolupament- i la LSSICE. L'exposició de motius de la LGT destaca especialment que "*En relación con la garantía de los derechos de los usuarios, la Ley recoge la ampliación de las prestaciones, que, como mínimo esencial, deben garantizarse a todos los ciudadanos, bajo la denominación de «servicio universal». Se incluye el acceso funcional a internet, ya incorporado anticipadamente por la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, y la posibilidad de que se ofrezcan opciones tarifarias especiales que permitan un mayor control del gasto por los usuarios. Además, se amplía el catálogo de derechos de los consumidores que sean personas físicas y usuarios reconocidos con rango legal*". Aquesta afirmació evidencia que la intenció del legislador és la de dispensar una protecció idèntica als consumidors que siguin persones físiques i als usuaris reconeguts amb rang legal. La lectura de l'articulat de la Llei palesa que aquests usuaris són aquells que la norma identifica com a usuaris finals. Així, per exemple, l'art. 8.1 es refereix a la salvaguarda de los derechos de los usuarios finales, l'art. 13.1 e) parla del control de preus per tal d'evitar que siguin excessius o evitar la compressió en detrimento de los usuarios finales, l'art. 16.7 s'hi refereix per atorgar als usuaris finals el dret d'accés a la numeració, l'art. 20 disposa expressament que es garantirà un servei de qualitat i que es tractaran las circunstancias en que las necesidades de los usuarios finales no se vean atendidas de manera satisfactoria por el mercado, i l'art. 22 es refereix al servei universal com aquell conjunt de serveis la prestació dels quals "*se garantiza para todos los usuarios finales con independencia de su localización geográfica, con una calidad determinada y a un precio asequible*". Cap dels preceptes transcrits fa esment al concepte de consumidor que, òbviament, s'ha d'entendre inclòs en l'expressió usuario final. El fet és que la LGT vol dispensar la mateixa protecció al consumidor i a l'usuari

En conclusió, considerem que el futur Llibre VI del Codi civil de Catalunya hauria de contemplar que les normes aplicables a les relacions de consum ho són en funció de la finalitat no professional de l'adquisició, entenent que aquesta finalitat també es compleix quan és mixta en el sentit exposat.

III. LES “ESPECIALITATS” DE LA REGULACIÓ

Arribats a aquest punt, podem plantejar un darrer interrogant: què cal incloure en la regulació de les vendes especials? Al nostre parer, només cal incorporar allò que sigui diferent de la regulació general de la compra-venda i tractar-ho després d'haver establert les normes d'aplicació general. Es tracta de fer una regulació el més integrada possible, evitant la separació per raons de la diferència d'entorn contractual.

D'altra banda, crec que hem de diferenciar allò que té transcendència administrativa d'allò que forma part del contingut contractual, incorporant només això darrer. Cal introduir només aquells aspectes que siguin mereixedors d'una sanció des del punt de vista civil, no des del punt de vista administratiu. Paral·lelament, s'ha de seleccionar la sanció o el remei pertinent a la vulneració comesa: no totes les mancances tenen o han de tenir el mateix abast.

Com hem dit a l'inici, el legislador català ha optat pel model alemany que l'any 2002 va incorporar al BGB les normes de regulació dels contractes de

final. Aquesta afirmació té el seu suport més incontestable en l'art. 38, intitulat Derechos de los consumidores y usuarios finales. En el seu contingut, atorga un conjunt de drets que són exigibles indistintament per consumidors i usuaris finals, ja que no fa cap mena de distinció entre ambdues categories. Tanmateix, la LGT no dóna un concepte d'usuari final. Hem de consultar la normativa de desenvolupament, concretament el RD 899/2009, per trobar la definició. Segons l'art. 1.2 f) l'usuari final és *“el usuario que no explota redes públicas de comunicaciones ni presta servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público, ni tampoco los revende”*. Per tant, tot aquell subjecte que no té com a finalitat comercial pròpia el sector de les comunicacions electròniques, independentment que la contractació del servei es faci amb la finalitat d'usar-lo en el seu entorn professional o no. Seguidament l'art. 2 estableix quin és l'àmbit d'aplicació de la norma, tot disposant que *“Serán titulares de los derechos reconocidos en este Real Decreto, en las condiciones establecidas en el mismo, los usuarios finales de servicios de comunicaciones electrónicas. Los operadores estarán obligados a respetar los derechos reconocidos en esta disposición. Los derechos reconocidos en este Real Decreto son adicionales y compatibles con lo dispuesto en otras normas aplicables y, en especial, en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, y, asimismo, en la legislación dictada por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias sobre protección general de consumidores y usuarios”*. És a dir, com no podia ser d'una altra forma, atès que és una norma de desenvolupament de la llei, segueix la mateixa línia que la LGT en el sentit de considerar emparats per la protecció que dispensa a tot usuari final i no només al consumidor definit per l'art. 3 TRLGDCU.

consum. No obstant, aquesta incorporació no ha estat exempta de crítiques, sobretot perquè les normes que regulen aquests contractes són de difícil compaginació amb l'estil propi d'un Codi¹⁷.

Pel que fa a la sistematització de les normes de consum, compartim amb Llàcer l'opinió que cal tenir present que els tipus contractuals, els requisits de perfecció contractual, són el substrat bàsic, i les disposicions de consum els presuposen i procuren altres objectius¹⁸. Així, cal aprofitar els recursos que ofereix el Dret contractual general i acomodar en ells les especialitats de les normes de consum¹⁹.

Arribats a aquest punt ens hem de plantejar una altra qüestió. Hi ha un conjunt de normes que fan referència a aspectes generals de la contractació amb consumidors i que es reiteren en totes les normes de regulació dels contractes de consum, com ara la informació precontractual taxada, la forma escrita, etc... Des del nostre punt de vista, tots aquests aspectes s'han d'incorporar a la regulació general dels contractes i evitar la reiteració

¹⁷ Ho destaca EBERS, M.: "La reforma y europeización del Derecho alemán de obligaciones", *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*. Coord.: Ferran BADOSA COLL-Esther ARROYO I AMAYUELAS. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2006, pàg. 68: "A la hora de transponer las directivas sobre el consumo, el legislador alemán ha generalizado sus previsiones, de manera que éstas se aplican ahora tanto a las compraventas entre particulares como a las comerciales. Ello entraña el peligro de que la transposición de las reglas sobre contratos de consumo a las ventas mercantiles acabe petrificando el Derecho, sobre todo en relación con el control de las condiciones generales de la contratación". VAQUER ALOY, A.: "La codificación del Derecho patrimonial en Cataluña: en busca de modelos comparados", *La Notaria*, núm. 11-12, novembre-desembre 2001 (pàg. 86): "También ha merecido un buen número de críticas la incorporación al BGB de las leyes especiales en materia de protección de los consumidores y usuarios. En general, se ha señalado que estas leyes, que en su mayoría son transposición de Directivas comunitarias, se compadecen mal en su lenguaje, estilo y concepto con los preceptos del Código civil; los preceptos de éste contienen una formulación abstracta, frente al carácter detallista de las leyes especiales (nota 143: Además, se añade que las tres Directivas europeas de referencia son muy distintas entre sí para ser incorporadas conjuntamente). Por otra parte, y desde un punto de vista sistemático, se señala que con la integración en el Código civil se pierde la perspectiva de la especialidad de la normativa protectora de los consumidores y usuario en relación con el derecho civil general"

¹⁸ LLÁCER MATA CÁS, M.R.: "Obligaciones vinculadas...", *cit.*, pàg. 178. La autora aboga per l'obtenció d'un ampli consens per tal d'aconseguir la integració de les normes de consum en un Codi civil. En aquest sentit, recorda LLÁCER que "...el acto de consumo representa una especialidad relativa (no tendría demasiado sentido construir un estatus particular sobre una realidad expansiva que no distingue grupos sociales) y no debe descartarse una interacción e incluso la posibilidad de una expansión hacia el derecho civil común, en particular en los ordenamientos de raíz latina (implicaciones de la buena fe en la contratación, remodelación del concepto y de la dinámica del cumplimiento contractual introduciendo deberes de información o expandiendo el concepto de conformidad)" (pàg. 179).

¹⁹ P. ex., com suggereix MORALES MORENO, A.M.: *La modernización del Derecho de obligaciones*. Cizur Menor. Ed. Thomson-Civitas, 2006, pàg. 235, es pot recórrer a la bona fe com a eina d'integració de la publicitat en el contracte.

innecessària cada cop que es reguli un contracte de consum. El Codi civil és l'instrument idoni per a fer-ho, així com per a preveure la reacció de l'ordenament jurídic front la vulneració d'aquests deures²⁰.

Com hem apuntat, la Directiva destaca que la seva principal finalitat es referir-se únicament als aspectes essencials del Dret contractual relatiu als drets dels consumidors sense interferir en conceptes més generals de Dret contractual. Quins són aquests aspectes essencials del Dret contractual? Es tracta d'allò a què inicialment ens hem referit com a “especialitats” dels contractes celebrats mitjançant les tècniques de comercialització esmentades. Des del nostre punt de vista, i dit ara de forma molt resumida, les especialitats fan referència als aspectes següents: informació precontractual, forma del contracte (interna i/o externa), facultat de desistir, translació del risc, sancions derivades de l'incompliment de les obligacions imposades al comerciant.

a) Informació precontractual. En la nostra opinió, tota la informació relativa a la fase precontractual (art. 5 i 6 Directiva) hauria de ser inclosa en la regulació dedicada a la formació del contracte. Així ho fa, per exemple, la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos*²¹. Tanmateix, crec que la fórmula adoptada per la Directiva per a la incorporació d'aquestes normes és més adequada, tota vegada que aglutina uniformement, la informació exigible en tots els contractes derivats d'aquestes formes de comercialització. Una altra cosa és la reacció prevista per l'ordenament en cas de vulneració del deure d'informar. La legislació vigent no és homogènia en aquest àmbit. Preveu diversos tipus de recursos o sancions en funció de la infracció: des de la integració del contracte en detriment del professional incomplidor (art. 21 de la Llei de Crèdit al Consum i art. 8 de la Llei de Venda a Terminis de Béns Mobles)²², a la resolució contractual (art. 10.2 LATBI).

²⁰ En aquest sentit, destaca LLÁCER MATAÇAS, M.R.: “Obligaciones vinculadas...”, *cit.*, pàg. 164, el paper que juguen aquests deures.

²¹ Boletín de Información del Ministerio de Justicia. Enero 2009.

²² Cfr. LLÁCER MATAÇAS, M.R.: “Obligaciones vinculadas...”, *cit.*, pàg. 166, palesa que aquest casuisme s'allunya de la dinàmica habitual de les obligacions patrimonials: exigibilitat, resolució i indemnització per danys i perjudicis, i tot i reconèixer que la coactivitat sempre és necessària, com configurar-la és una altra qüestió. En relació amb el tema de la informació prèvia i el seu abast divers, vegeu també ARROYO I AMAYUELAS, E.: “Panorámica (parcial) del *acquis communautaire* de contratos: ¿Punto de partida para el legislador catalán?”, *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*. Coord.: Ferran BADOSA COLL-Esther ARROYO I AMAYUELAS. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2006, pàg. 108 i ss.

b) Forma interna/externa²³. Ens referim a la necessitat que el contracte estigui dotat d'un contingut mínim (p.ex., art. 8 de la Directiva, en el cas dels contractes a distància) o bé documentat en forma escrita (art. 7 Directiva). En qualsevol cas, aquestes disposicions haurien de trobar-se reflectides entre les normes relatives a la formació del contracte (forma interna) o a la seva documentació (forma externa), així com les normes sancionadores del defecte de forma que haurien de ser homogènies per a tot contracte de consum, superant així l'actual casuística en funció del tipus de contracte celebrat.

c) Facultat de desistir. La regulació d'aquesta facultat hauria de figurar entre les disposicions generals que hauran d'establir-se per al conjunt de les relacions de consum. En aquest sentit, fora desitjable una regulació comuna del dret de desistiment similar a la que fa el TRLGDCU (art. 68 i ss), però, a diferència d'ell, precisant en aquesta mateixa seu les especialitats relatives als contractes celebrats a distància o fora d'establiment comercial, en allò que sigui necessari.

d) Translació del risc. L'art. 20 de la Directiva conté una norma de protecció dels consumidors en matèria de risc per la pèrdua o deteriorament del bé adquirit, determinant que aquest risc no es trasllada al consumidor fins que aquest o el tercer que ell hagi indicat (no el transportista, llevat que el consumidor hagi contractat directament amb ell el transport) hagi rebut la possessió del bé. Aquesta és una qüestió que hauria d'incorporar-se a la regulació del risc en la compra-venda, de manera que la seva seu hauria de ser la disposició que s'ocupi de la distribució del risc en la compra-venda introduint, si s'escau, una particularitat concreta per a aquests contractes, segons quin sigui el criteri general finalment adoptat pel legislador del Codi civil de Catalunya.

e) Sancions derivades de l'incompliment de les obligacions imposades al comerciant. S'hauran de preveure diferents tipus de sancions en funció del defecte advertit, sigui quina sigui la fase del procés de contractació en què la mancança s'hagi produït, perquè no tots els defectes o incompliments presenten la mateixa intensitat des del punt de vista de l'eficàcia del

²³ Respecte dels conceptes de forma interna i forma externa vegeu ARROYO AMAYUELAS, E.; "Qué es forma en el derecho contractual comunitario de consumo?". *ADC*, T. LXI, 2008, Fasc. II, pàg. 540, segons la qual: "La forma en el proceso contractual incluye tanto el contrato como la información que el empresario tiene el deber legal de proporcionar. En ambos se debe distinguir entre la «forma interna» y la «forma externa». La primera es la organización del contenido; la segunda, el medio a través del cual éste se exterioriza (oral o escrito y, dentro de éste, público o privado). En los dos sentidos o acepciones se debe tener en cuenta si la forma es libre o exigida por la ley".

contracte²⁴. P.ex., si el defecte d'informació és susceptible d'integrar un supòsit d'error en el consentiment, la sanció hauria de ser l'anul·lació del contracte; si la informació que no s'ha inclòs fa referència al sistema de tractament de les reclamacions (art. 6.1 *d*) de la Directiva), potser la sanció hauria de passar per possibilitar l'exercici de l'acció de reclamació d'indemnització de danys, si aquests s'han produït o, millor encara, tipificar-ho, fora del CCCat, com una infracció administrativa, sense repercusió en si falta la informació relativa a la durada del contracte (art. 6.1 *n*) de la Directiva), ens inclinàriem per atorgar al consumidor la possibilitat d'exercitar l'acció de resolució del contracte.

Resten altres aspectes que també poden originar alguna especialitat normativa. Seria el cas, per exemple, de la determinació del lloc de celebració del contracte. En aquest cas, també la seu regulatòria hauria de ser la norma que s'estableixi amb caràcter general, on s'hauria de contemplar qualsevol especialitat relativa als contractes de referència. Per exemple, la *Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos* inclou en l'art. 1258 –dedicat al lloc de celebració del contracte L'avantprojecte espanyol sembla adoptar un criteri mixt (p.ex., art. 1.258, lloc de celebració del contracte–, una norma pròpia de la contractació a distància, però no en el cas de la contractació fora d'establiment perquè li dedica un precepte propi (art. 1265). Considerem necessari evitar aquest tipus de duplicitats de seus normatives i incorporar en les disposicions generals tot allò relatiu al lloc de celebració dels contractes.

IV. A MODE DE CONCLUSIÓ

Des del nostre punt de vista, i recollint el que ja apuntàvem inicialment, el Codi civil de Catalunya hauria de fugir d'una regulació d'aquests tipus de contractes basada en l'especialitat de la tècnica de comercialització de béns i serveis i optar, en canvi, per una regulació horitzontal basada en el traçat de l'*iter* contractual, contemplant totes les qüestions relatives als diversos aspectes que convé dotar de regulació específica en la seva seu corresponent. Pensem que aquesta opció representa la més harmònica i adequada a l'esperit d'un Codi civil que, en definitiva, pretén proporcionar un instrument sistemàtic i unitari, en aquest cas, a les relacions contractuals. Fer-ho d'una altra manera pot abocar novament al solapament normatiu o, si més no, a la dispersió normativa, tal i com es produeix amb excessiva freqüència en la legislació actual.

²⁴ De fet, la normativa vigent ja contempla una diversa intensitat en la sanció de les diferents mancances advertides. Un repàs exhaustiu de la diversa tipologia de sancions es pot veure a LLÁCER MATACÁS, M.R.: "Obligaciones vinculadas...", cit., pàg. 165.

V. BIBLIOGRAFIA

- Albiez Dohrmann, K.J.: “La integración del Derecho de consumo contractual en el Código civil: ¿una simple entelequia jurídica o algo más?”, *Estudios en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo I. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2003, pàg. 137-142.
- Arroyo i Amayuelas, E.: “Panorámica (parcial) del *acquis communautaire* de contratos: ¿Punto de partida para el legislador catalán?”, *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*. Coord.: Ferran Badosa Coll-Esther Arroyo i Amayuelas. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2006 (p. 79 a 120).
- Arroyo Amayuelas, E.; “Qué es forma en el derecho contractual comunitario de consumo?”. *ADC*, T. LXI, Fasc. II, 2008.
- Badosa Coll, F.: “La competencia de la Generalitat de Catalunya i les bases de les obligacions contractuales” (ponència inèdita), *VIII Jornadas de Dret Català a Tossa*, Tossa de Mar, 1994.
- Barral Viñals, I.: “Freedom of contract, unequal bargaining power and consumer law unconscionability”, *Unconscionability in European Private Transactions (Protecting the Vulnerable)*. Edited by Kenny, M., Devenney, J., Fox O’Mahony, L. Cambridge University Press, 2010 (pàg. 46-61).
- Ebers, M.: “La reforma i europeización del Derecho alemán de obligaciones”, *La armonización del Derecho de obligaciones en Europa*. Coord.: Ferran Badosa Coll-Esther Arroyo i Amayuelas. Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 2006 (p. 40-78).
- Ebers, M.: “Quién es consumidor?”, *Anuario de Derecho Civil*, LIX, enero 2006-1 (pàg. 229-238).
- Espiau Espiau, S.: “La codificación del Derecho civil catalán en el proceso de unificación del Derecho europeo”, *Derecho privado y Constitución*, núm. 14, enero-diciembre, 2000, pàg. 63-127.
- Gramunt Fombuena, M.D.: “La protección del consumidor en los contratos electrónicos” *La regulación del comercio electrónico* (Coord. I. Barral Viñals). Dykinson, 2003. Madrid.
- Llácer Matacás, M.R.: “Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del Derecho de consumo: información y documentación”, *Estudios de Derecho de obligaciones (Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez)*. Coord.: Eugenio Llamas Pombo. Tomo II. Las Rozas. Ed. La Ley, 2006 (pàg. 149-179).
- Llácer Matacás, M.R.: “La revisión del acervo de consumo: la generalización del Derecho tuitivo y su relación con el Marco Común de Referencia”, *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. Vol. I (pàg. 915-934).
- Maluquer de Motes Bernet, C.J.: “El derecho comunitario y la particular experiencia del Derecho Catalán”. *Homenaje al Profesor Manuel Cuadrado Iglesias*. Vol. I. Madrid, Col. Registradores de España-Thomson, 2008 (pàg. 215-226).
- Marco Molina, J.: “La incorporación de directivas en materia de Derecho patrimonial por el legislador catalán (La relación entre las directivas comunitarias y la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas). *La Notaria*, vol. 11-12 (novembre-desembre 2001).
- Martin Casals, M.: “Els principis de dret patrimonial europeu i la codificació del dret català”, *La Notaria*, núm. 11-12, novembre-desembre 2001 (pàg. 51-61).
- Morales Moreno, A.M.: *La modernización del Derecho de obligaciones*. Cizur Menor. Ed. Thomson-Civitas, 2006.

- Pérez Escolar, Marta, “El alcance de la refundición de la legislación de consumo: ¿Hacia un Código de consumidores?”, *Revista Práctica de Derecho de daños*, núm. 82, mayo 2010.
- Shulze, R.: “Deberes precontractuales y conclusión del contrato en el Derecho contractual europeo” (trad. E. Arroyo i Amayuelas), *Anuario de Derecho Civil*, LIX, 2006-1 (pàg. 29-58).
- Vaquer Aloy, A.: “La codificación del Derecho patrimonial en Cataluña: en busca de modelos comparados”, *La Notaria*, núm. 11-12, noviembre-deseembre 2001 (pàg. 62-90).
- Vaquer Aloy, A.: “¿Armonización del Derecho privado en Europa vs. Codificación del Derecho civil en Cataluña?”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Luis Díez-Picazo*. Tomo I. Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2003 (pàg. 1055-1072).

TERCERA PONÈNCIA

EL CONTRACTE DE SERVEIS

CONFIGURACIÓ I TIPOLOGIA DELS CONTRACTES DE SERVEIS: UNA PROPOSTA PER A CATALUNYA DES DEL MARC EUROPEU

ESTHER ARROYO AMAYUELAS

PROFESSORA TITULAR DE DRET CIVIL
UNIVERSITAT DE BARCELONA*

SUMARI I. INTRODUCCIÓ. II. LA LòGICA DEL MERCAT: SECTORS ECONÒMICS D'ACTIVITAT EN DETRIMENT DE TIPUS CONTRACTUALS ESPECÍFICS. III. LA LòGICA DEL DRET PRIVAT: LA RECERCA D'UN POSSIBLE CONTINGUT DE LA PRESTACIÓ DE SERVEIS EN LES TIPOLOGIES CONTRACTUALS NACIONALS. 1. De la locatio conductio com a contracte unitari a la pluralitat de contractes per raó del tipus de prestació. 2. Els diversos índexs del tipus: la dualitat “dependència/independència” i “activitat/resultat”. 3. La coexistència de tipus especials: mandat i dipòsit. IV. UN DRET GENERAL DELS CONTRACTES DE SERVEIS A EUROPA: EL dCFR. 1. Dels PEL SC al DCFR. 2. Perspectiva general de la regulació. 3. Distinció entre el contracte de serveis (construcció) i el contracte de compra-venda. V. EL CONTRACTE DE SERVEIS EN LA FUTURA REGULACIÓ DEL LLIBRE VIÈ CC CAT. 1. Terminologia. 2. Sistemàtica i continguts d'una part general del contracte de serveis. 3. Zones encara grises. VI. REFLEXIONS FINALS.

I. INTRODUCCIÓ

Els contractes de serveis conformen una matèria de difícil enquadrament normatiu i sovint força enrevessada perquè els conceptes són polisèmics i en el seu estudi conflueixen una pluralitat de perspectives. D'entrada cal preguntar-se si és possible parlar d'un concepte de servei en abstracte que permeti reconduir a un únic tipus contractual la pluralitat de prestacions que, tenint per objecte una obligació de fer, són objecte de negociació en la vida diària. D'altra banda, cal tenir en compte que els ordenaments jurídics regulen tipus contractuals específics que *jurídicament* no reben el nom de contractes de serveis, però *realment* contempnen la prestació d'un servei com a obligació característica d'una de les parts.

* El treball forma part del projecte de recerca MICINN DER2008-02325 i s'emmarca en les activitats del Grup Consolidat de Recerca de la Generalitat de Catalunya 2009 SGR 221. Es lliura per la seva publicació en data 31 de gener de 2011.

Les pàgines que segueixen es limiten a suggerir algunes idees en la línia de determinar com s'hauria de definir el contracte de serveis a Catalunya, si caldria delimitar-lo respecte del contracte d'obra, si algun dels contractes tradicionalment exclosos s'haurien d'entendre compresos en la diversa tipologia de les prestacions (*vgr.* dipòsit, mandat), o quins criteris haurien de permetre tipificar com a venda o servei els contractes que incorporen elements d'un i altre i també del contracte d'obra (els anomenats contractes mixtos). En part, aquestes són algunes de les reflexions que han centrat l'atenció del grup de treball que es va crear en el si de l'Observatori de Dret Privat de la Generalitat de Catalunya, a finals de l'any 2009, amb la finalitat de regular el contracte de serveis en el futur Llibre VIè CC Cat.¹

Per situar les coses és imprescindible explicar, a grans trets, quina és la perspectiva que ofereix el Dret comunitari, els ordenaments jurídics nacionals i, en particular, la regulació innovadora del Projecte acadèmic de Marc Comú de Referència (en endavant en les sigles en anglès, DCFR).² La necessitat de tenir en compte aquestes fonts en l'harmonització del dret dels contractes de serveis a Europa és indubtable³, però la perspectiva que aquí s'adoptarà és la de la major o menor utilitat que poden tenir de cara a la seva regulació en el Dret civil català.

II. LA Lògica DEL MERCAT: SECTORS ECONÒMICS D'ACTIVITAT EN DETRIMENT DE TIPUS CONTRACTUALS ESPECÍFICS

L'art. 57 TFUE (antic art. 50 TCE) considera que és servei la prestació realitzada a canvi d'una remuneració, sempre que no s'hagin d'aplicar

¹ Grup liderat pel Prof. Josep Ferrer (UPF) i també integrat per la Prof. Miriam Anderson (UB), el Prof. Carlos Gómez (UPF) i jo mateixa. A tots ells em cal agrair i, especialment, a la Prof. M. Anderson, alguns aclariments *ex post* i al Prof. Badosa la seva particular visió en torn a alguns temes especialment conflictius en la doctrina. Altres comentaris puntuals, prèvia lectura d'algun esborrany d'aquest text, els dec als Prof. A. Vaquer i L. Arnau.

² *Vid.* la regulació, sense comentaris, a C. Von BAR - E. CLIVE - H. SCHULTE-NÖLKE *et alii* (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Outline Edition*, Sellier, Munich, 2009.

³ La necessitat d'harmonitzar aquesta matèria es pot llegir en la Comunicació de la Comissió al Consell i al Parlament europeu, d'11 de juliol de 2001, *sobre derecho contractual europeo* (COM(2001) 398 final; DO C 255, de 19 de setembre de 2001), especialment, paràgrafs 13, 30. També, en la Comunicació de la Comissió, de 12 de febrer de 2003, al Parlament Europeu i al Consell: "Un derecho contractual europeo más coherente - Plan de acción" (COM(2003) 68 final; DO C 63 de 15 de març de 2003), paràgraf 63 a. Posteriorment, existeix una resolució de 23 de juliol de 2007, del Parlament europeu, sol·licitant l'adopció d'una regulació de les obligacions dels prestadors de serveis transfronterers (2006/2049(INI)). Ara bé, el Llibre Verd de la Comissió, *sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas* (Brusel·les, 1.7.2010, COM(2010)348 final) mostra les seves cauteles a l'hora d'emprendre una regulació general dels contractes de serveis a Europa (epígraf 4.3.3).

preferentment les disposicions relatives a la lliure circulació de mercaderies, capitals i persones i, a aquest efecte, n'assenyala el seu potencial abast.⁴ El precepte serveix, doncs, per a delimitar l'àmbit respectiu de les llibertats comunitàries⁵, però això ja indica que la definició que proporciona no sempre pot ésser generalitzada a d'altres àmbits⁶ i, sobretot, que és insuficient per a bastir una regulació de Dret privat.

El mateix pot dir-se la Dir. 2006/123, sobre serveis en el mercat interior. Segons l'art. 4.1, és servei qualsevol activitat econòmica per compte propi, prestada a canvi d'una remuneració, contemplada en l'art. 50 TCE (= art. 57 TFUE) (Atès 17, 34).⁷ Aquesta proposició va més enllà que l'anterior, en excloure expressament els serveis prestats en règim de dependència.⁸

⁴ Art. 57 TFUE: “[C]on arreglo a los Tratados, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas. // Los servicios comprenderán, en particular: a) actividades de carácter industrial; b) actividades de carácter mercantil; c) actividades artesanales; d) actividades propias de las profesiones liberales. // Sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento, el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado miembro donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales”.

⁵ Vid. STJCE 29 abril 1999, C - 224/97, *Ciola*, que parteix de la base que el lloguer de ports d'amarrada per embarcacions té la consideració de prestació d'un servei. La STJCE 21 de març de 2002, Assumpte C-451/99, *Cura Anlagen*, par. 58, considera prestació de serveis l'arrendament financer de vehicles i, per tant, entén aplicables al litigi els art. 49-55 CE i no els preceptes corresponents a la lliure circulació de mercaderies i, en concret, els art. 28-31 CE: “[...] cabe precisar que el arrendamiento financiero constituye un servicio en el sentido del artículo 50 CE. En efecto, consiste en una prestación económica que se realiza a cambio de una remuneración. El hecho de que esta actividad implique la entrega de mercancías por el arrendador al arrendatario, en este caso un vehículo, no puede invalidar dicha calificación en la medida en que la entrega no versa tanto sobre las propias mercancías como sobre su uso por parte del arrendatario, puesto que dichas mercancías siguen siendo propiedad del arrendador.” Sobre aquesta sentència, a propòsit de la (deficient) definició que proporciona el DCFR (*infra* IV 2.1), vid. S. WHITTAKER, “Contracts for services in English Law and in the DCFR”, a R. ZIMMERMANN (Hrsg.), *Service Contracts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, [pàg. 115-147], pàg. 140-147. El *leasing* és definit com a prestació d'un servei auxiliar de l'activitat bancària en l'art. 120 Dir. 2006/48, de 14 de juny, *relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio (refundición)* [DOUE L 177, de 30 de juny de 2006].

⁶ Concretament, a l'efecte de determinar la competència judicial internacional, *ex art. 5.1 b* Reglament 44/2001. Vid. STJCE 23 d'abril de 2009, Assumpte C- 533/07, *Falco Privatstiftung*, esp. par. 28-31 i 33-36.

⁷ En la Llei espanyola de transposició, *vid.* art. 3.1 L. 17/2009. Per a una perspectiva general d'aquesta norma, C. GÓMEZ LIGÜERRE, “L. 17/2009, de 23 de noviembre, *sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* (BOE 24 de noviembre de 2009)”, *Anuario de Derecho Civil* (= ADC), 2010, 3, pàg. 1345-1348.

⁸ Vid. el Manual de la Comissió per a la transposició de la Dir. 2006/123, pàg. 10: “[P]ara que una actividad constituya servicio ha de ser realizada por un prestador (que puede ser persona física o jurídica) al margen de un contrato de trabajo”. Se segueix la STJCE de 12 de

Però la seva finalitat continua essent facilitar l'eliminació d'obstacles per a crear un mercat competitiu entre els Estats membres i la lliure circulació transfronterera dels prestadors de serveis.

Ambdues definicions tenen en comú que identifiquen l'expressió “prestar un servei” amb una activitat econòmica i remunerada⁹ en qualsevol sector¹⁰ excepte els específicament assenyalats en l'art. 2.2.¹¹ Sens dubte, es tracta de sectors d'activitats que poden desdoblar-se en tipus contractuals diversos¹², però el que ara importa assenyalar és que *jurídicament* no existeix una categoria genèrica o un contracte arquetípic de prestació de serveis del qual aquells s'esqueixarien segons la lògica del Dret privat. Tot el contrari, el Dret comunitari es regeix per la lògica del mercat i, per tant, els “serveis” només existeixen com a categoria econòmica.¹³ En definitiva, no és el mateix

desembre de 1974, Assumpte C-36/74, *Walrave* (par. 23). L'art 1.6 especifica que la Directiva no afecta el Dret laboral o de la Seguretat social que els Estats membres apliquin d'acord amb la legislació nacional (*adde* Atès 7 final, 13, 14, 40, 86). El Manual és consultable a: http://ec.europa.eu/internal_market/services/docs/services-dir/guides/handbook_es.pdf (data de consulta, setembre 2010).

⁹ STJCE 27 de setembre de 1988, Assumpte 263/86, *Humbel*: “[L]a característica essencial de la remuneración reside en el hecho de que esta última constituye la contrapartida económica de la prestación que se discute”. No importa, però, que la contraprestació sigui abonada per qui rep el servei o per un tercer. Així, STJCE 26 d'abril de 1988, Assumpte 352/85, *Bond van Adverteerders*; STJCE 13 de maig de 2003, Assumpte C-385/99, *Müller Fauré*; STJCE 12 de juliol 2001, Assumpte C-157/99, *Smits y Peerbooms*. Totes les sentències són esmentades en el Manual citat en n. 8, pàg. 9.

¹⁰ *Vid.* el Manual citat en n. 8, pàg. 10-11: “[S]in ánimo de exhaustividad, pueden mencionarse como ejemplos de servicios contemplados en la Directiva los siguientes: las actividades de la mayoría de las profesiones reguladas (como asesores jurídicos y fiscales, arquitectos, ingenieros, contables, peritos), los servicios de los artesanos, los servicios a empresas (como los de mantenimiento de oficinas, consultoría de gestión, organización de eventos, cobro de deudas, publicidad y selección de personal), las tareas de distribución (incluido el comercio minorista y mayorista de bienes y servicios), los servicios en el campo del turismo (como los que prestan las agencias de viaje), los servicios de ocio (como los que prestan centros deportivos y parques de atracciones), los servicios de construcción, los de instalación y mantenimiento de equipos, los servicios de información (como portales de Internet, agencias de noticias, editoriales, actividades de programación informática), los servicios de alojamiento y restauración (como los que prestan hoteles, restaurantes, empresas de comidas a domicilio), los servicios en el área de la formación y la educación, los servicios de alquiler.”

¹¹ Per les raons que ho justifiquen, *vid.* Manual citat en n. 8, pàg. 11 ss.

¹² Per a la diferència entre “sector econòmic d'activitat” i “tipus contractual”, STJCE de 10 de març de 2005, Assumpte C-336/03, *EasyCar*.

¹³ Expressament, l'Atès 90 Dir. 2006/123 estableix que: “[L]as relaciones contractuales entre el prestador y el cliente [...] no deben estar sujetas a la presente directiva”. La directiva tampoc afecta a les normes de Dret Internacional Privat (art. 3.2, 17.15). Tanmateix, la norma comunitària imposa deures contractuals d'informació en l'art. 22 que, a més, no regeixen només en els contractes amb consumidors encara que aquests siguin expressament esmentats en l'Atès 7. Sobre el particular, *vid.* M. SCHMIDT-KESSEL, “Die Informationspflichten des

prestar un servei, entès aquest com a activitat econòmica, que estar vinculat contractualment a la prestació d'un servei, entesa aquesta prestació com a obligació de fer, exigible jurídicament per l'altre part contractual, empresari o consumidor.

En l'àmbit contractual, altres directives descriuen el servei de forma negativa, per allò que no és¹⁴: això és, és servei allò que no pot qualificar-se de venda.¹⁵ Això fa que entre els primers s'hi comptin, per exemple, els de cessió de l'ús d'una cosa, com ara l'arrendament de béns immobles¹⁶ o mobles¹⁷. I, de nou, el fet que un determinat contracte sigui considerat “de

Dienstleisters nach der Dienstleistungsrichtlinie”, *Zeitschrift für Gemeinschaftsprivatrecht*, 2008, 2, pàg. 63-70. En la mateixa línia, tot assenyalant també altres regles d'aquesta norma que poden impactar en el Dret contractual, M. SCHAUER, “Contract Law of the Services Directive”, *European Review of Contract Law* (= ERCL), 2008, 1, pàg. 1-14.

¹⁴ Sobre el particular, F. MÖSLEIN, “Dienst(leistungs)vertrag”, a J. BASEDOW - K.J. HOPT - R. ZIMMERMANN (Hrsg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, I, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, [pàg. 313-316], pàg. 313-314.

¹⁵ *Vid.* EM 7, Propuesta de Directiva sobre Derechos de los consumidores, de 8 d'octubre de 2008 (PDDC): “ventas [...] de bienes o prestar servicios [...]”; EM 27: “[...] entregado los bienes o [...] prestado íntegramente los servicios”; EM 48: “si los bienes se han vendido o los servicios se han prestado”. Contraposició que s'aprecia igualment en els art. 2.6, 2.8 PDDC. En conseqüència, l'art. 2.5 defineix el “contracte de serveis” com “todo contrato, con excepción de un contrato de venta, por el que el comerciante presta un servicio al consumidor”. També el decaigut Projecte de Directiva sobre responsabilitat dels prestadors de serveis presentat l'any 1990 per la Comissió europea (COM(90) 482 final), exclouïa de la prestació de serveis els que tenien per objecte exclusiu la fabricació de béns o la transmissió de drets reals o de propietat intel·lectuals. Cito la norma a partir de la transcripció que proporciona J. HUET, *Les principaux contrats spéciaux*, a J. GHESTIN (dir.), *Traité de Droit Civil*, Paris, LGDJ, 2001, núm. 32104, pàg. 1245. En un altre ordre de consideracions, la doctrina observa la impropietat amb què sovint s'empra l'expressió “venda de serveis” per part del legislador nacional i europeu i els jutges nacionals i alerta de l'impacte que això pot tenir sobre la tipificació dels contractes, B. TRIGO GARCÍA, “Derecho contractual europeo, fragmentación y legislación sectorial. La contratación a distancia, un caso paradigmático”, a E. BOSCH CAPDEVILA (dir.), *Derecho contractual europeo*, Barcelona, Bosch, 2009, [pàg. 581-597], pàg. 594-597.

¹⁶ Així, art. 3.1, quart guió, Dir. 97/7, de 20 de maig (DOCE L 144, de 4 de juny de 1997); art. 3.2 a Dir. 85/577, de 20 de desembre (DOCE L 372, de 31 de desembre). *Vid.* C. WENDEHORST, “Das Vertragsrecht der Dienstleistungen im deutschen und künftigen europäischen Recht”, *Archiv für die Zivilistische Praxis*, 2006, 206, [pàg. 205-299], pàg. 211, n. 19.

¹⁷ Amb la finalitat d'excloure el dret de desistiment del consumidor, la STJCE 10 març 2005 *EasyCar* (*supra* n. 12) considera que un contracte conclòs a distància d'arrendament de vehicles és un contracte de subministrament de serveis de transport. Porta a col·lació la sentència, a propòsit dels diferents mètodes interpretatius del TJCE i els juristes nacionals, i les dificultats que això comporta per a la construcció d'un dret privat europeu, S. WHITTAKER, “The Interpretation of Concepts in European Private Law”, a K. BOELE-WOELKI - W. GROSHEIDE (eds.), *The future of European Contract Law. Essays in Honour of Ewoud Hondius*, The Netherlands, Kluwer, 2007, [pàg. 333-345], pàg. 340-345. En aquesta línia, abans, molt crític amb la sentència, S. CÁMARA LAPUENTE, “Tipos contractuales, excepciones sectoriales y metodología hermenéutica del derecho de consumo según

serveis” en un determinat context, no significa que també ho hagi de ser en un altre de diferent.¹⁸

Adicionalment, la qualificació com a venda o servei pot dependre de circumstàncies tals com la naturalesa del bé, això és, segons aquest sigui o no corporal o tangible. *Vgr.* si el client sol·licita en un contracte a distància vídeos, música i programes informàtics que l'empresari li envia per correu postal en un CD, la naturalesa tangible del producte permetria entendre que estem davant d'una venda de béns. En canvi, si es subministren per via electrònica i es descarreguen en l'ordinador del consumidor (bé incorporal), tal vegada podria pensar-se en la prestació d'un servei. La qüestió pot ser important a l'hora de regular el dret de desistiment.¹⁹

La raó d'aquesta ambigüïtat en les definicions és que cada norma amplia o restringeix els conceptes i/o la seva interpretació segons un criteri teleològic, que menysprea la tipologia contractual en benefici de l'eficiència o utilitat de la regulació de determinats àmbits d'activitat comercial segmentats *a priori* i *ad hoc*. No ha d'estranyar, doncs, que “el comerç de béns i serveis” sigui qualificat de servei *tout court* a l'efecte d'interpretar la Dir. 123/2006: el punt de vista prevalent és el del professional que conclou contractes en l'activitat comercial de què es tracti i no el tipus concret de contracte que s'arribi a celebrar.

la jurisprudència comunitària: “easyCar” o el desistimiento en el alquiler a distancia de vehículos (Sentencia TJCE de 10 de marzo de 2005, Asunto C-336/03)”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 2006, 9, pàg. 375-405.

¹⁸ Així, la interpretació que consisteix en considerar “servei de transport” el lloguer de vehicles (*supra* n. 17), en canvi no serveix per a considerar exclòs de l'àmbit d'aplicació de la Dir. 2006/123 aquest específic contracte (art. 2.2 d): “[L]a exclusión [...] abarca los servicios de transporte que entren en el ámbito de aplicación del título V del Tratado CE. En consecuencia [...] no abarca los servicios que no son propiamente de transporte, como los prestados por [...] alquiler de automóviles [...]”

¹⁹ Expressament, EM 34 PDDC: “[...] en los contratos a distancia para la prestación de servicios cuya ejecución comience durante el plazo de desistimiento (por ejemplo, archivos de datos descargados por el consumidor durante dicho plazo), sería injusto permitir al consumidor desistir del contrato después de haber utilizado de forma total o parcial el servicio. Por tanto, el consumidor debe perder su derecho de desistimiento si la ejecución del contrato empieza con su acuerdo expreso previo.” En la PDDC el subministrament de fitxers *on line* és un contracte de serveis, tota vegada que la prestació no recau sobre un bé, en el sentit que la norma el defineix: “todo artículo mueble corpóreo” (art. 2.4). Ara bé, en la mesura que la definició de “bé” és inclosa en la de “producte” i aquesta considera tota mena de béns, corporals o no, i de serveis (“todo bien o servicio, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones”, art. 2.12 PDDC; *id.* IV E 1:101, 2 DCFR), la dada terminològica deixa de ser rellevant a l'hora de tipificar el contracte com de venda o serveis. Efectivament, en la PDCC, un contracte de venda o de serveis recau, generalment, sobre “productes” (*vgr.* art. 5, 11.3, 32.2).

III. LA Lògica del Dret Privat: La Recerca d'un Possible Contingut de la Prestació de Serveis en les Tipologies Contractuals Nacionals

Fer una definició precisa del contracte de serveis en el Dret comparat és complicat, perquè no hi ha una definició del tipus que doni cabuda a la multiplicitat de significats de “servei” en els diversos ordenaments jurídics, ni que per si mateixa sigui indicativa de la varietat de contractes que hom pot entendre compresos, molts d'ells, d'altra banda, fruit de l'autonomia de la voluntat i/o de creació jurisprudencial. El DCFR suposa un salt qualitatiu important, perquè, amb bona dosi d'imaginació jurídica, pretén posar ordre i sistemàtica a una matèria que, com es veurà, no es presenta uniformement en els ordenaments jurídics europeus.

1. De la *locatio conductio* com a contracte unitari a la pluralitat de contractes per raó del tipus de prestació

En el Dret romà, la *locatio conductio* era un únic contracte bilateral i oneros que agrupava diverses prestacions: *locatio conductio rei* (cosa), *operis* (obra), *operarum* (treball). La tripartició s'utilitza per raons didàctiques, però els juristes romans no la contemplaven. Efectivament, malgrat la diversitat de transaccions, el contracte tenia una naturalesa unitària: l'important era la determinació de la contraprestació, en un contracte bilateral d'intercanvi no tipificat com a compra-venda, quan la prestació d'una de les parts consistia en diners. Es tractava de saber qui havia de pagar el preu i a canvi de quina prestació.²⁰ El *locator* s'obligava a posar a disposició del *conductor* un bé, o a si mateix, o l'execució d'un treball, per tal que el *conductor* se'n servís en la forma establerta en el contracte o dugués a terme una obra idònia per aconseguir un determinat resultat. Per bé que els juristes romans no desconeixien la diferència tècnica i les repercussions econòmiques de les diverses prestacions -i n'extreien conseqüències en termes de responsabilitat per incompliment o impossibilitat de la prestació- el que interessa tenir present és que no diversificaven la *locatio* en diversos contractes.²¹

Aquesta diversificació només s'apreciarà molt més tard amb la dualitat *locatio conductio rei* i *locatio conductio operae* a la que al·ludeixen els

²⁰ R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman foundations of the Civilian Tradition*, Cambridge University Press, 1996, pàg. 338; A. D'ORS, *Derecho privado romano*, Pamplona, Ediciones de la Universidad de Navarra, 1983³, § 500, pàg. 563, n. 1; G. PUGLIESE, “Locatio-conductio”, a J. PARICIO (dir.), *El Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor José Luis Murga*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, 1994, [pàg. 596-610], pàg. 601; WENDEHORST, “Das Vertragsrecht”, pàg. 215-216.

²¹ ZIMMERMANN, *The Law*, pàg. 339-340.

juristes de l'*usus modernus pandectarum* i els *ius naturalistes*. La virtualitat d'aquesta nova sistemàtica és que permetrà tractar separadament dues prestacions distintes: d'una banda, l'arrendament de coses i de l'altra -però conjuntament- el d'obra i servei. Serà posteriorment la pandectística la que definitivament consolidarà la tripartició: *locatio rei, operarum, operis*.²²

L'aproximació tipològica a les diverses prestacions quedarà reflectida en la tradició jurídica de cada país, però amb presentacions distintes que, en molts casos, actualment són fruit de successives reformes.²³ En alguns codis antics, en el contracte d'obra queda subsumida la prestació que consisteix en realitzar un servei (França²⁴, Itàlia CC

²² Sobre el particular, amb més detall, H. COING, *Derecho privado europeo*, I, Madrid, Fundación Cultural del Notariado, 1996, § 88, pàg. 575; ZIMMERMANN, *The Law*, pàg. 338; WENDEHORST, "Das Vertragsrecht", pàg. 216-217; F. RANIERI, "Dienstleistungsverträge: Rechtsgeschichte und die Italienische Erfahrung", a R. ZIMMERMANN (Hrsg.), *Service Contracts*, [pàg. 2-41], pàg. 4-10, 14-17. Alguns d'aquests autors, però, situen ja la tripartició en VOET, a partir de les explicacions de F. OLIVIER-MARTIN, "Des divisions du louage en droit romain", *Revue Historique de Droit français et étranger*, 1936, 15, pàg. 419-447.

²³ Vid. WENDEHORST, "Das Vertragsrecht", pàg. 216-217, que, tot centrant l'atenció en la redacció originària dels Codis civils, posa l'accent en la influència de la distinció entre, d'una banda, la *locatio rei* i, de l'altra, la *locatio conductio operae* en la configuració del contracte. Sobre la classificació en el dret comparat, posant l'accent més genèricament en el progressiu abandonament de la concepció unitària de la *locatio conductio*, vid. M.J. VAQUERO PINTO, *El arrendamiento de servicios. Propuesta de modelo general para la contratación de servicios*, Granada, Comares, 2005, pàg. 68 ss., esp. pàg. 70-72, 72-74.

²⁴ Art. 1708 CC fr.: "Il y a deux sortes de contrats de louage: celui des choses, et celui d'ouvrage". Vid., respectivament, art. 1709 i 1710 CC fr. Segons el plantejament de R.J POTHIER, *Traité du contrat de louage*, Paris, Frères Debure, 1778, núm. 392, 393, pàg. 350-351: "[L]e contrat de louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties contractantes donne une ouvrage à faire à l'autre, qui s'oblige envers elle de le faire pour le prix convenu entre elles, que celle qui lui a donné l'ouvrage à faire, s'oblige de son côté de lui payer"; "[L]e contrat de louage d'ouvrage diffère principalement du contrat de louage de choses, en ce que c'est l'usage d'une chose accordée pour un certain prix au conducteur qui fait la matière de celui-ci, et que c'est un ouvrage donné à faire qui fait la matière de celui-là". El *Code* segueix un plantejament similar, però cal fer notar un lleuger canvi de redacció (i, per tant, d'orientació) respecte de la definició precedent: "donne un ouvrage à faire à l'autre" queda reemplaçat en l'art. 1710 CC fr. per l'expressió "s'engage à faire quelque chose pour l'autre". Per tant, el *louage d'ouvrage* es defineix de manera àmplia com aquell contracte en virtut del qual una de les parts s'oblige, genèricament, a fer alguna cosa per l'altra a canvi d'un preu (art. 1710). L'objecte del contracte és el "travail comme un capital susceptible de négoce et productif d'un revenu" (R.T. TROPONG, *De l'échange et du louage. Commentaires des Titres VII et VIII du Livre III du Code Civil*, Bruxelles, Melin, 1841; ad art. 1710 *Code*, núm. 63, pàg. 54; íd. ad art. 1779, núm. 787, pàg. 224) i el Codi reconeix diferents subtipus en funció de la forma de prestació d'aquest treball. En l'art. 1711 el *louage de travail o service* (jornalers i servei domèstic, *locatio conductio operarum*) és l'anomenat «loyer» (art. 1779.1r, 1780 *Code*) i l'arrendament d'obra en sentit estricta (*locatio operis*) és el contracte de *dévis, marché ou prix fait* (arrendament d'obra que es paga a preu fet, això és, pel resultat convingut, i no pel temps de treball, art. 1779.3r [lleugerament reformat l'any 1967], 1787 ss *Code*). Així, TROPONG, ad art. 1780-1781 *Code*, núm. 843, pàg. 240. Modernament, s'interpreta que el *louage d'ouvrage* (també anomenat *contrat d'entreprise*) inclou tota mena de treball en règim

1865²⁵). En d'altres més moderns, la prestació de serveis inclourà la realització d'una obra (Portugal CC 1966²⁶). I encara que altres Codis com l'espanyol presenten servei i obra com a prestacions contractuals diferenciades, el fet que es mantinguin agrupades sota la

d'autonomia, a canvi d'una remuneració, això és “la réalisation d'une chose ou la fourniture d'un service”. Vid. HUET, *Les principaux*, núm. 32102, pàg. 1244; núm. 32109, pàg. 1247; núm. 32123, pàg. 1257-1258; núm. 32146 ss, pàg. 1281 ss.

²⁵ Art. 1568 CC it 1865: “[I] contratto di locazione ha per oggetto le cose o le opere”. Vid. E. PACIFFI MAZZONI, *Istituzioni di Diritto Civile italiano*, III-2, Firenze. G. Pellas, 1869, pàg. 446: “[L]’oggetto di questo contratto (locazione di opere) sono le opere da prestarsi, gli atti della operosità dell’uomo o in sé medesimi o come produttori di una cosa”. Els actuals art. 1655 ss. i art. 2222 CC it 1942 reuneixen en sengles contractes d'*appalto* i *opera* la prestació d'obres i serveis (sense distinció per raó del tipus de prestació) i, per tant, d'alguna manera es fan ressò de l'antiga *locatio conductio operae*. Aquest darrer contracte es caracteritza per la prestació d'un treball autònom (en contraposició al *contratto di lavoro subordinato*, art. 2096 CC it) i és un tipus residual, que només s'empra quan la relació jurídica no tingui una regulació pròpia en el Llibre IV CC it. La prestació es regula pel contracte d'*appalto* quan no hi ha prou per a complir la prestació amb el treball personal de l'obligat i aquesta exigeix una organització de mitjans i d'activitat, que l'obligat assumeix en tant que empresari. Addicionalment, l'art. 2229 regula el contracte d'obra intel·lectual. Vid. S. MAZZAMUTO, “Il Contratti di produzione di beni e servizi”, en M. BESSONE (cur.), *Lineamenti di Diritto Privato*, Torino, Giappichelli, 2001², pàg. 513, 517; F. BALLATI, *La responsabilità dell'appaltatore e del direttore dei lavori per vizi e difformità delle opere*, Camerino, Halley ed., 2006, pàg. 23-24. Per a una visió més detallada de l'evolució i regulació actual, RANIERI, “Dienstleistungsverträge”, a ZIMMERMANN (Hrsg.), *Service Contracts*, pàg. 17 ss.

²⁶ Art. 1154 CC portuguès 1966: “[C]ontrato de prestação de serviço é aquele em que uma das partes se obriga a proporcionar à outra certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição”. El contracte de treball és esmentat a part en els art. 1152-1153, que es limiten a donar el concepte i remetre la seva regulació a la legislació especial; la diferència amb el contracte de serveis vé determinada per la independència amb què executa la prestació el deutor en el segon tipus de contracte (P. DE LIMA - A. VARELA, *ad* art. 1154 CC, a *Código civil anotado*, II, Coimbra, Coimbra editora, 1997⁴, pàg. 782-783). Al seu torn, aquest últim tipus “serveis” engloba l’“obra”, tal i com mostra la definició de l'art. 1154 i es deriva de la consideració del contracte d'*empreitada* com a subtipus (art. 1155), que es regula a part en els art. 1207 ss. Una definició com la que avui pot llegir-se en l'actual art. 1154 CC era absent en el CC portuguès de 1867, que en el Cap. IV del Títol II (contractes en particular) del Llibre II, directament passava a regular una pluralitat de contractes sota la rúbrica *Do contrato de prestação de serviços*, en la classificació dels quals es tenia en compte factors diversos, com ara la temporalitat, el tipus de prestació i la forma de remuneració. Així, el *serviço domestico* (art. 1370-1390) era temporal i prestat per la persona que convivia amb el receptor del servei; el *serviço salariado* (art. 1391-1395) era el servei prestat per dies o hores, que així es remunerava; el contracte d'obra o *das empreitadas* (art. 1396-1408) consistia en l'encàrrec d'una obra amb remuneració proporcional a la quantitat de servei executat. Addicionalment, el CC de 1867 regulava *dos serviços prestados no exercício das artes e profissões liberais* (art. 1409), el contracte de transport (art. 1410-1418), de posada o allotjament (art. 1419-1423), d'aprenentatge (art. 1412-1430) i també el dipòsit (art. 1431-1451). Vid. J.J. D'ALMEIDA DIDIER, *Código civil seguido de um repertório alfabético*, Porto, Imprensa popular J.L. de Sousa, 1867.

clàssica denominació de lloguer o arrendament, dóna idea d'unitat²⁷, exactament com succeïa –i encara avui a França– en els ordenaments en què l'expressió “arrendament d'obra” és omnicomprendiva i aplicable a tota mena de treballs. És el contrari del que pot observar-se en d'altres cossos legals, on la diferència de tipus contractuals (*Dienstvertrag*, *Werkvertrag*), també va acompanyada d'una terminologia distinta que en reforça l'autonomia (Alemanya²⁸, Àustria²⁹).

2. Els diversos índexs del tipus: la dualitat “dependència/independència” i “activitat/resultat”

Juntament amb l'arrendament de coses i, en general, els contractes que tenen per objecte la transmissió de la possessió d'un bé, els ordenaments jurídics nacionals regulen els contractes que tenen per objecte una activitat. Aquesta activitat consisteix en una obligació de fer que, com ja s'ha vist, es coneix com a “obra” o “servei”. Que una o altra siguin prestacions distintes d'un únic contracte (d'obra o de servei) o de contractes diferents (d'obra i de servei) no és tan rellevant com la determinació dels criteris que han de servir per a aclarir què s'ha d'entendre en cada cas per “obra” i què per

²⁷ Art. 1542 CC esp.: “[E] arrendamiento puede ser de cosas, o de obras o servicios”. Per la discussió sobre la naturalesa unitària del “contracte d'obra i serveis” en el dret espanyol, *vid.* B. TRIGO GARCÍA, *Contratos de servicios. Perspectiva jurídica actual*, Granada, Comares, 1999, pàg. 69-73, esp. pàg. 72-73, 175, on mostra la seva disconformitat amb la tesi que sosté que les dues prestacions són objecte d'un únic tipus contractual.

²⁸ § 611 BGB: (1) “[D]urch den Dienstvertrag wird derjenige, welcher Dienste zusagt, zur Leistung der versprochenen Dienste, der andere Teil zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. (2) Gegenstand des Dienstvertrags können Dienste jeder Art sein”; § 631 BGB: (1) [D]urch den Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes, der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet. (2) [G]egenstand des Werkvertrags kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein”.

²⁹ § 1151 ABGB: (1) “[W]enn jemand sich auf eine gewisse Zeit zur Dienstleistung für einen anderen verpflichtet, so entsteht ein Dienstvertrag; wenn jemand die Herstellung eines Werkes gegen Entgelt übernimmt, ein Werkvertrag”. La redacció dels §§ 1151 ss ABGB és nova, i data dels anys 1914-1916, en què s'introdueixen normes aplicables al contracte de treball. Sobre el particular, RANIERI, a ZIMMERMANN (Hrsg.), *Service Contracts*, pàg. 15 n. 60. En la seva redacció originària, l'ABGB seguia, igual que el dret francès, l'esquema de la *locatio conductio operae*, de manera que un únic contracte (*Lohnvertrag*) agrupava tant l'obra com el servei. Així, segons el § 1151 ABGB originari: “[W]enn Jemand sich zur Dienstleistung oder Verfertigung eines Werkes gegen einen gewissen Lohn im Gelde verpflichtet, so steht ein Lohnvertrag”. Aquesta presentació unitària no era obstacle per a què la doctrina distingís entre el “*Dienstmiete*” (arrendament de serveis en sentit estricte o *locatio conductio operarum*) - i el *Werkverdingung* - arrendament d'obra o *locatio conductio operis* - que tenia per objecte la consecució d'un resultat. *Vid.* J. KRAINZ – L. PFAFF, *System des österreichischen allgemeinen Privatrechts (Grundriss und Ausführungen)*, II, Wien, Mauz'sche und Universitäts Buchhandlung, 1894, § 373, pàg. 229.

“servei”.³⁰ Es tracta de saber, en definitiva, quines normes són aplicables a les diferents relacions contractuals i, fonamentalment, les relatives al risc, la responsabilitat per incompliment i la prescripció de les pretensions.

Alguns ordenaments (Alemanya, Àustria) discriminen en funció que la prestació sigui de mera activitat (*Tätigkeit*) o comporti la consecució d'un resultat (*Erfolg*). És a dir, segons la prestació consisteixi en la mera posada a disposició de mitjans materials i humans (prestació de serveis en si mateixa considerada, *Dienstvertrag*) o exigeixi un plus on l'important no sigui el treball realitzat, sinó la consecució del resultat promès (obra material o immaterial, *Werkvertrag*).³¹ No interfereix en el que s'acaba de dir el fet que, tant a Alemanya com a Àustria, les normes del contracte de serveis codificades estiguin pensades majoritàriament per a prestacions en règim de dependència, això és, reconduïbles als contractes de treball i, en part, dotades de regulació pròpia en el dret laboral. Això ha propiciat la creació de *freie Dienstverträge* (i, especialment, per a les professions liberals) en el sentit que es tracta de contractes menys regulats, això és, de contractes als que les normes dels respectius codis no els són plenament aplicables.³²

A d'altres ordenaments, en canvi, el règim de dependència o independència ha esdevingut el criteri de delimitació contractual. A França, el contracte de treball (*contrat de travail*) s'identifica amb el contracte de serveis en sentit estricte (*louage du travail ou de service*) i es diferencia així del *louage d'ouvrage* o contracte d'obra en sentit ampli.³³ A Itàlia, el treball a l'empresa (*lavoro nell'impresa*) o arrendament de treball subordinat també forma un tipus contractual diferenciat tant del contracte *d'opera* com del contracte *d'appalto*.³⁴

³⁰ Perspectiva de Dret comparat, WENDEHORST, “Das Vertragsrecht”, pàg. 218-219.

³¹ *Vid. supra* nn. 28 i 29.

³² Pel dret alemany, *vid.* R. RICHARDI, “Arbeitnehmerbegriff und Arbeitsvertrag”, a D. WILKE (Hrsg.), *Festschrift zum 125jährigen Bestehen der juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Berlin-New York, De Gruyter, 1984, [pàg. 607-624], pàg. 607-612. Pel dret austríac, A. SPENLING, *ad* § 1151 ABGB, a H. KOZIOL - P. BYDLINSKY - R. BOLLENGER (Hrsg.), *ABGB. Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, Wien, Springer, 2005, [pàg. 1156-1163], esp. Rn. 1, 2, 12. Una perspectiva general d'ambdós sistemes, C. JELOSECK - R. LOHNERT, “Ein (neues) Recht der Dienstleistungen jenseits von Werk- und Dienstvertrag. Ideen zu einer Reform des Besonderen Schuldrechts”, a T. HELMS - D. NEUMANN - G. CASPERS - R. SALLIER - M. SCHMIDT-KESSEL (Hrsg.), *Das neue Schuldrecht. Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler*, 2001 [pàg. 255-285], pàg. 259.

³³ *Vid.* HUET, *Les principaux*, núm. 32103, pàg. 1244; núm. 32111, pàg. 1250; núm. 32127, pàg. 1259: “[L]e louage d'ouvrage, ou contrat d'entreprise, et le louage de services, ou contrat de travail, sont deux qualifications exclusives l'une de l'autre. Et la différence de régime juridique entre l'un et l'autre contrat est radicale: elle tient notamment à ce qu'au contrat de travail s'applique toute la législation sociale [...], et non au louage d'ouvrage».

³⁴ Explica les notes de subordinació i alienat del producte del treball que caracteritza al *contratto di lavoro* en front del *contratto d'opera* o *appalto*, L. MENGONI, *Il contratto di lavoro* (a cura de M. Napoli), Milano, 2008 (ristampa), pàg. 29 ss., esp. pàg. 34.

La independència o autonomia és la diferència i no, per tant, el tipus de prestació, tota vegada que tant *Pouvrage* com *l'opera* o *l'appalto* requereixen d'ulteriors distincions per determinar exactament quin és el contingut del contracte: tots ells són susceptibles d'acollir tant una obra (*Werk*) com un servei (*Dienst*). Per això, en aquests ordenaments s'ha consolidat una diferència entre obligacions de mitjans i obligacions de resultat³⁵ que, en la pràctica, fa coincidir el model francès amb el germànic. Aquesta forma de raonament es revela com un element clau de tipificació contractual al marge del Codi o, si es prefereix, en la delimitació dels tipus contractuals "obra" i "servei" d'algunes regulacions codificades no es fa sinó palesar la diferència assumida en d'altres ordenaments entre obligacions de mitjans i resultats.³⁶

És així també a Espanya, on la restricció en el CC de l'arrendament de serveis al treball subordinat o dependent ha donat com a resultat la derogació per la legislació laboral de les normes sobre arrendament de serveis codificades, exactament igual que en el Dret francès (i generalment també a d'altres països). El criteri de l'activitat/resultat ha propiciat la creació d'un nou contracte de serveis no regulat (en el sentit d'un *frei Dienstvertrag*), dins del qual troben acomodament, entre altres, les prestacions dels professionals liberals independents.³⁷ El mateix succeeix a França, si bé allà la prestació del professional és una obligació de mitjans/resultat en un contracte

³⁵ Per la distinció, originàriament, *vid.* R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, T. V, Paris, 1925, núm. 1237, pàg. 536-544. Sobre la seva utilització a Itàlia, en el context del "*contratto d'opera intellettuale*", MAZZAMUTO, "I contratti", a BESSONE (cur.), *Lineamenti*, pàg. 519; en general i, també, sobre la recepció a Europa d'aquesta dualitat, RANIERI, "Dienstverträge", a ZIMMERMANN (Hrsg.), *Service contracts*, pàg. 21-22, 30 ss. Crítiques, D. ALESSI, "The Distinction between *Obligations de Résultat* and *Obligations de Moyens* and the Enforceability of Promises", *European Review of Private Law* (= ERPL), 2005, 5, [pàg. 657-692], esp. pàg. 684 ss.; A. LÓPEZ LÓPEZ, "La proyectada nueva regulación del contrato de servicios en el Código civil", a J. GONZÁLEZ GARCÍA (coord.), *Contratos de servicios y de obra. Proyecto de ley y Ponencias sobre la reforma del Código civil en materia de contratos de servicios y de obra*, Jaén, Universidad de Jaén, 1996, [pàg. 31-51], pàg. 34. La distinció planteja problemes sobre la possible existència d'un doble sistema de responsabilitat contractual i/o d'inversió de la càrrega de la prova, que no tots els autors comparteixen. Sobre aquesta problemàtica a Espanya, *vid.* F. JORDANO FRAGA, "Obligaciones de medios y de resultados (A propósito de alguna jurisprudencia reciente)", *ADC*, 1991, 1, pàg. 6-96; A. CABANILLAS, *Las obligaciones de actividad y de resultado*, Barcelona, José Ma. Bosch, 1993, esp. pàg. 148 ss. En la doctrina francesa actual, entre altres, *vid.* C. LARROUMET, *Droit Civil. Les obligations. Le contrat*, Paris, Economica, 1998, núm. 52, pàg. 44-45; núm. 606 ss, pàg. 597 ss.

³⁶ WENDEHORST, "Das Vertragsrecht", pàg. 219; RANIERI, "Dienstverträge", a ZIMMERMANN (Hrsg.), *Service Contracts*, pàg. 31; J.S. BORGHETTI, "Service Contracts: The French Experience", a ZIMMERMANN (Hrsg.), *Service Contracts* [pàg. 99-113], pàg. 103.

³⁷ J.L. LACRUZ *et alii*, *Elementos de Derecho Civil*, II-2, Madrid, Dyckinson, 2002, § 97, pàg. 205; C. VILLANUEVA LUPIÓN, *Los contratos de servicios*, Madrid, La Ley, 2009, pàg. 54-55; VAQUERO, *El arrendamiento*, 15 ss.

que rep el nom d'obra.³⁸ Naturalment, això no vol dir que, a Espanya, tots els contractes amb els professionals liberals s'hagin de reputar sempre contractes de serveis, tota vegada que la qualificació com a obra o servei (o com a obligació de mitjans o resultat) depèn del tipus de prestació acordada i, en última instància, de la interpretació de la voluntat de les parts.³⁹

3. La coexistència de tipus especials: mandat i dipòsit

Els contractes que tenen com objecte de la prestació una activitat humana són molt nombrosos i alguns apareixen tipificats i regulats expressament en els codis com a modalitats del contracte d'obra o servei (contracte de treball, de transport, de construcció, d'edició, d'intermediació, etc). De vegades aquesta presentació és originària; d'altres és conseqüència de reformes sobrevingudes i, sovint, a partir de la transposició de directives comunitàries (contracte de viatge combinat, de transferència bancària, etc).⁴⁰

La doctrina no veu obstacle en considerar el mandat i el dipòsit com a “particulars” contractes de serveis i considera compatible aquesta qualificació amb la presentació formal que en fan els codis, que els regula en títols i capítols separats, per raó de la tipicitat de la prestació, i al marge, per tant, del que és la disciplina pròpia del contracte de serveis (entès en el sentit ampli de l'art. 1544 CC).⁴¹ Aquesta sistemàtica s'explica

³⁸ HUET, *Les principaux*, núm. 32149, pàg. 1284; núm. 32279-32280, pàg. 1387-1388; P. PUIG, *La qualification du contrat d'entreprise*, Paris, LGDJ, 2002, núm. 85 ss, pàg. 126 ss.

³⁹ Tendencialment, però, la jurisprudència espanyola acostuma a considerar que els contractes amb advocats són contractes de serveis. Així, STS 8 de juny de 2000 (RJ 5098): “no se obliga a que tenga éxito la acción ejercitada, sino a ejercer ésta de una forma correcta”; STS 1 de desembre de 2008 (RJ 2009/1111): “[...] la obligación del abogado no es de resultado, ni la de agotar el margen de incertidumbre propio del proceso judicial y ligado al carácter controvertido de las cuestiones jurídicamente discutibles, sino que su compromiso se extiende a actuar diligentemente en defensa de los intereses de su cliente”; STS 31 de març de 2010 (RJ 174024): “[...] el deber de defensa no implica una obligación de resultado, sino de medios, en el sentido de que no comporta, como regla general, la obligación de lograr una estimación o una regla favorable a las pretensiones deducidas o a la oposición formulada contra las esgrimidas por la parte contraria, pues esta dependerá, entre otros factores, de haberse logrado la convicción del juzgador”.

⁴⁰ Així, per a Alemanya, UNBERATH, “Der Dienstleistungsvertrag im Entwurf des Gemeinsamen Referenzrahmens”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht* (= ZEuP), 2008, 4 [pàg. 745-774], pàg. 753; WENDEHORST, “Das Vertragsrecht”, pàg. 234.

⁴¹ A Espanya, F. BADOSA, comentari a l'art. 1760 CC esp., a Ministerio de Justicia (ed.), *Comentario del Código Civil*, II, Madrid, 1993, [pàg. 1639-1641], pàg. 1640-1641; J.L. LACRUZ *et alii*, *Elementos*, II-2, § 97, pàg. 203. Els inclou també entre els contractes especials de prestació de serveis, VILLANUEVA LUPIÓN, *Los contratos*, pàg. 233 ss; pàg. 248 ss, esp. pàg. 250. A França, HUET, *Les principaux*, núm. 3000, 3002, pàg. 1051, 1053-1054; PUIG, *La qualification*, núm. 139 ss, pàg. 208 ss.

per raons històriques, però no és la seguida en tots els ordenaments jurídics.

3.1 El mandat

En el Dret romà, que una mateixa prestació fos mandat o *locatio conductio* (*operis, operarum*) depenia de la causa de l'obligació: si era gratuïta, s'estava en el primer cas; si onerosa, en el segon. Al mandat i no a la *locatio* (reservada pels treballs manuals i "inferiors" en l'escala social) es reconduïen els contractes que tenien per objecte una prestació intel·lectual i de prestigi, que era pròpia dels professionals liberals (i encara no tots). La raó és que repugnava a la naturalesa del servei la percepció d'una contraprestació al seu treball. La remuneració era *ex gratia* i, per tant, compatible amb la naturalesa gratuïta del mandat. Això va permetre la subsistència independent de dos règims contractuals distints, que també tenien per objecte diferents serveis (entesa l'expressió en sentit ampli d'obra i servei).⁴²

Algunes codificacions modernes van considerar natural la gratuïtat del mandat, però van permetre el pacte en contrari (art. 1986 CC fr.) o van introduir la presumpció d'onerositat pel cas que el mandatari tingués per ocupació actes de la seva professió (art. 1158.1 CC portuguès)⁴³ o "*los servicios de la especie a que se refiere el mandato*" (art. 1711.2 CC esp). Tal vegada caldria pensar que això darrer inclou tota mena de serveis i, en el que ara interessa, els dels professionals liberals, almenys en la mesura en què no fossin aplicables les normes del contracte d'obra (tipificat pel "resultat"). Reblaria aquesta interpretació el fet que, com ja s'ha dit, la regulació de l'arrendament de serveis es reservés inicialment al treball d'"assalariats" i "domèstics", això és, de treballadors dependents. Aquest no és mai el cas del mandat, on la submissió a les instruccions del mandant (art. 1719.1 CC) té un altre sentit.⁴⁴

⁴² Amb detall, amb estudi de les fonts, ZIMMERMANN, *The Law*, pàg. 415 ss; sobre la base dels estudis de la romanística, TRIGO, *Contratos de servicios*, pàg. 20-27; WENDEHORST, "Das Vertragsrecht", pàg. 220-221. Per a l'evolució històrica posterior, RANIERI, "Dienstleistungsverträge", a ZIMERMANN (Hrsg.), *Service Contracts*, pàg. 10-12.

⁴³ Art. 1158 CC portuguès: "[O] mandato presume-se gratuito, excepto se tiver por objecto actos que o mandatário pratique por profissão; neste caso, presume-se oneroso".

⁴⁴ Prescindeix del tipus d'activitat i centra la distinció entre arrendament d'obra/serveis i mandat en l'autonomia decisoria, que només tindria el mandatari, M^a. C. GETE-ALONSO, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, Bosch, 1979, pàg. 664-666. Però suposa una visió molt restrictiva la consideració que l'arrendador dels serveis "és un mer executor d'ordres" i que el d'obra "té una mera autonomia de caràcter tècnic". Per contra, la STS 17 de maig de 1993 (RJ 3356) sembla considerar la dependència com d'essència al mandat: "[C]onocida es la distinción científica y jurisprudencial entre el arrendamiento de obra y el mandato, derivada esencialmente de la independencia con que el primero realiza su

Tanmateix, aquest no és el raonament habitual. Els contractes amb els professionals liberals no tenen acomodament en el contracte de mandat (remunerat), en la mesura que s'entengui que aquest és representatiu o que es limita a l'execució d'actes jurídics i no materials.⁴⁵ Aquests arguments i encara d'altres, com ara que el mandat només pot tenir per objecte una activitat no tècnica o que personalment podria fer el mateix mandant, són freqüentment utilitzats pels tribunals espanyols⁴⁶. *De lege lata*, són tots ells discutibles.⁴⁷ Però, en el que ara interessa, permeten extreure la conclusió següent: una concepció estricta del mandat obliga a ampliar l'àmbit d'aplicació del contracte de serveis.⁴⁸ El resultat és la creació d'un contracte atípic que, per les raons ja explicades, no només resta al marge de la regulació codificada del contracte de serveis, sinó també al marge de la del mandat.⁴⁹

Altres codificacions, per contra, fidels a la naturalesa gratuïta del mandat (§ 662 BGB) reconduïxen les *artes liberales* al *Dienstvertrag*, sens perjudici

trabajo, teniendo derecho a la correspondiente remuneración, conforme al valor de la obra realizada; mientras que el segundo actúa, no ya sólo por encargo sino por cuenta de quien le confiere el mandato.”

⁴⁵ Per a l'estat de la qüestió en les primeres codificacions, COING, *Derecho privado*, II, § 97, pàg. 603-604. Actualment, il·lustra la discussió a França, HUET, *Les principaux*, núm. 32130, pàg. 1262-1263; PUIG, *La qualification*, núm. 133 ss, pàg. 200 ss. A Espanya, TRIGO, *Contrato*, pàg. 281 ss.; ARCOS VIEIRA, *El mandato de crédito*, Pamplona, Aranzadi, 1996, pàg. 105-148; VILLANUEVA, *Los contratos*, pàg. 56-60.

⁴⁶ La STS 14 de març de 1986 (RJ 1252) considera que el contracte de serveis és *intuitu personae*, per raó de les qualitats tècniques del prestador del servei i que, per això mateix, el client no el podria dur a terme per si mateix. En aquesta línia, *vid.* també STS 25 de març de 1988 (RJ 2429); SAP Còrdova 15 d'octubre de 1992 (AC 1420); SAP Soria 6 de novembre de 1998 (AC 2319); SAP Almeria 23 de juny de 1999 (AC 1482). La STS 7 de maig de 2007 creu que la distinció rau en “l'activitat jurídica”, que considera d'essència al mandat. En realitat, el criteri que serveix per considerar que s'està davant d'un contracte de serveis en el cas concret és el caràcter mercantil de l'entitat prestadora del servei (donant a entendre que tota prestació d'un servei professional s'ha de reconduir sempre a la categoria “contracte de serveis”) i la remuneració pactada.

⁴⁷ *Vid.* LÓPEZ LÓPEZ, “La proyectada”, pàg. 36-37, a més de la doctrina espanyola referida en n. 45.

⁴⁸ WENDEHORST, “Das Vertragsrecht”, pàg. 221-222; A França, PUIG, *La qualification*, núm. 134, pàg. 201: “[I]l y a contrat d'enterprise lorsqu'il ne peut y avoir mandat”.

⁴⁹ Això no obstant, M.D. CERVILLA GARZÓN, *La prestación de servicios profesionales*, València, Tirant lo Blanch, 2001, considera que el mandat és el contracte adequat per regular les prestacions dels professionals liberals.

que, quan escaigui, s'entenguin aplicables algunes de les normes pròpies del primer (§ 675 BGB⁵⁰; *vid.* també § 1151.2 ABGB⁵¹).

En altres ordenaments jurídics l'àmbit d'aplicació del contracte de mandat resulta molt més ampli.⁵² És el cas de Suïssa, on el mandat és el contracte del que se n'esqueixen distintes modalitats contractuals de serveis i les regles generals del qual s'apliquen a les prestacions que no tenen una regulació especial en el Codi (art. 394.2 CO).⁵³ El mateix plantejament s'observa en el BW

⁵⁰ WENDEHORST, "Das Vertragsrecht", pàg 222. A Alemanya, s'apliquen les normes del *Geschäftsbesorgungsvertrag* sempre que el contracte de serveis/obra (per tant, remunerat) tingui per objecte la gestió d'un negoci, en interès aliè, de naturalesa econòmica, i en règim d'autonomia. L'àmbit d'aplicació del § 675.1 BGB és més restringit que el del mandat (*Auftrag*, § 662 BGB), però el precepte declara aplicables per analogia moltes de les seves normes (§§ 663, 665-670, 672-674; condicionadament, § 671, II BGB). Els contractes amb advocats, assessors fiscals, economistes o metges es reconduïxen, doncs, bé a l'àmbit del § 611 ss BGB (el tipus inclou tota mena de serveis, en règim de dependència o independència), bé al del 675 BGB (mandat o gestió limitada a negocis amb transcendència econòmica en el patrimoni del mandant). Abans de la reforma que va tenir lloc l'any 1999, el § 675 BGB formava part de les disposicions del mandat. Que ara encapçali la secció dels *Geschäftsbesorgungsverträge* no afecta el que s'acaba de dir, tot i que, actualment, el principal àmbit d'aplicació de les disposicions sobre gestió de negocis són els negocis de crèdit, pagament, contracte de compte corrent, etc (Hk-BGB/SCHULZE, 2007, § 675, Rn. 2-4).

⁵¹ § 1151.2 ABGB: "[I]nsoweit damit eine Geschäftsbesorgung (§ 1002) verbunden ist, müssen auch die Vorschriften über den Bevollmächtigungsvertrag beobachtet werden." En relació amb aquest segon paràgraf i la possibilitat que contracte de serveis i mandat coexisteixin, *vid.* A. SPENLING, *ad* § 1151, Rn. 15. En un altre ordre de consideracions, cal fer notar que en el § 1002 ABGB el *Geschäftsbesorgungsvertrag* és una combinació entre el negoci de mandat i l'apoderament, però la doctrina considera necessari distingir un i altre negoci. *Vid.* H. KOZIOL - R. BOLLENBERGER, *Grundriss des Bürgerlichen Rechts*, I, Wien, Manzschverlag und Universitätsbuchhandlung, 2002, pàg. 183-184.

⁵² WENDEHORST, "Das Vertragsrecht", pàg. 222-223.

⁵³ Art. 394.2 CO: "[L]es règles du mandat s'appliquent aux travaux qui ne sont pas soumis aux dispositions légales régissant d'autres contrats". Prèviament, l'art. 394.1 CO defineix el contracte de mandat en els següents termes: "[L]e mandat est un contrat par lequel le mandataire s'oblige, dans les termes de la convention, à gérer l'affaire dont il s'est chargé ou à rendre les services qu'il a promis." Són tipus concrets el "mandat visant à la conclusion d'un mariage ou à l'établissement d'un partenariat" (art. 406a ss.); "la lettre et de l'ordre de crédit" (art. 407 ss.); el "courtage" (art. 412 ss.) o el contracte d'agència (art. 418a ss). No en formen part, i el CO suís els regula a part, el contracte de treball (art. 319 CO i ss), el contracte d'obra (art. 363 ss. CO) i el contracte d'edició (art. 380 ss.). El mandat pot ser retribuït (art. 394) i negoci de mandat i d'apoderament apareixen netament diferenciats. En la pràctica, sembla que el contracte d'obra ha acabat absorvint alguns contractes que no tenen per objecte la consecució d'un resultat, com a conseqüència de no considerar d'essència a l'obra el seu caràcter material. Sobre el particular, J. HOFSTETTER, "Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag", a F. VISCHER (Hrsg.), *Obligationenrecht. Besondere Vertragsverhältnisse*, a *Schweizerisches Privatrecht*, VII/2, Basel und Stuttgart, Helbing und Lichtenhahn Verlag, 1979, esp. pàg. 19-23; R. H. WEBER, *ad* art. 394 CO, a H. HONSELL - N.P. VOGT - W. WIEGAND (Hrsg.), *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht*, I, Basel - Genf

neerlandés, tot i que en aquest punt la terminologia és confusa. Els art. 7:400 ss BW regulen l'*Opdracht*, això és, la part general del contracte de prestació de serveis, però aquestes normes són, en la seva majoria, importades del Títol que l'any 1992 regulava el mandat.⁵⁴ I per bé que, actualment, el mandat subsisteix com a subtipus específic del contracte de prestació de serveis, el seu àmbit d'aplicació queda restringit als actes jurídics (art. 7: 414 ss). Per tant, la part general de l'*Opdracht* és omnicomprendiva.⁵⁵ La presentació del CC portuguès és formalment la mateixa, però aquí les normes del mandat, que també és un subtipus del contracte de serveis (art. 1155)⁵⁶, s'apliquen supletòriament, amb les degudes adaptacions, als contractes de serveis no especialment regulats en el CC (art. 1156). A part del mandat, el CC portuguès només en contempla dos: concretament, l'obra i el dipòsit.⁵⁷

- München, Helbing und Lichtenhahn, 2003³, Rn. 28-31. Un apunt, E. BUCHER, "Law of Contracts", a F. DESSEMONTET - T. ANSAY (eds.), *Introduction to Swiss Law*, The Hague-Bosten-London, Kluwer - Schulthess, 2004, [pàg. 103-143], pàg. 137 (http://www.eugenbucher.ch/pdf_files/86.pdf) (data de consulta, setembre 2010).

⁵⁴ Art. 7:400.1 BW: "[L]'*Opdracht* es el contracte en virtut del qual una de les parts, el prestador del servei, s'obliga en front de l'altra, el client, en virtut d'un contracte diferent d'un contracte de treball, a dur a terme activitats que tinguin un objecte diferent a la construcció d'una obra corporal, la custòdia d'una cosa, l'edició d'obres o el transport de persones o coses". Com es veu, inclou prestacions característiques d'un contracte de serveis i d'obra (immaterial). És indiferent el caràcter remunerat o no de la prestació. El contracte de treball i el d'obra (corporal) es regulen separadament i algunes prestacions de serveis també, com a modalitats típiques de l'*opdracht* (vgr. els tractaments mèdics).

⁵⁵ Sobre el particular, *vid.* M. WESTKAMP, *Der Vertrag über entgeltliche und unentgeltliche Dienstleistungen im niederländischen Recht*, Münster, Lit, 2002, pàg. 1-6; T.F.E TJONG TJIN TAI, "Service Contracts in the Dutch Civil Code", a ZIMMERMANN (Hrsg.), *Service Contracts*, [pàg. 167-180], esp. pàg. 169-171.

⁵⁶ Art. 1155: "[O] mandato, o depósito e a empreitada, regulados nos capítulos subsequentes, são modalidades do contrato de prestação de serviço". En el CC de 1867, el mandat no formava part del contracte de serveis. *Vid. supra* n. 26.

⁵⁷ Art. 1156: "[A]s disposições sobre o mandato são extensivas, com as necessárias adaptações, às modalidades do contrato de prestação de serviço que a lei não regule especialmente". El mandat es circumscriu als actes jurídics i no és necessàriament representatiu (art. 1178, 1180 CC). Quant als tipus no regulats als que s'apliquen les seves disposicions (i, entre elles, les professions liberals), *vid.* DE LIMA -VARELA, *ad art.* 1156 CC, a *Código civil*, II, pàg. 784-786, esp. pàg. 785. Però, de manera semblant al que succeeix a d'altres ordenaments jurídics (*vid. supra* n. 53) la doctrina portuguesa discuteix si la regulació codificada del contracte d'obra (empreitada) ha de fer-se extensiva a les obres incorporals o si, per contra, ha de considerar-se l'obra que no té naturalesa material objecte d'un "simple contracte de serveis" (això és, innominat) i, per tant, les normes que resulten d'aplicació són les del mandat (art. 1156). Contrari a aquesta solució, la STSJ de 3 de novembre de 1983. D'acord, A. FERRER CORREIA - M. HENRIQUE MESQUITA, "Anotação" (acórdão do Tribunal Supremo do Justiça 3 novembro 1983), *Revista da Ordem dos Advogados*, 1985, 1, pàg. 129-158. Contra, A. VARELA, "Parecer" (acórdão do Tribunal Supremo do Justiça 3 novembro 1983), *Revista da Ordem dos Advogados*, 1985, 1, pàg. 159-197, esp. pàg. 167-170.

A Navarra, les normes del contracte de mandat i de gestió de negocis aliens són igualment aplicables al contracte de prestació de serveis (*Ley* 562), que la llei no defineix (però *vid. Ley* 28, amb especial referència als serveis professionals i dels comerciants) i pel qual no es preveu una regulació concreta.⁵⁸

En el DCFR, el mandat, que s'admet tant en la modalitat de representació directa com indirecta (IV. D - 1: 102 *d, e*), no forma part de la regulació dels contractes de serveis (en la Part IV. C).⁵⁹ Les raons que es donen per a justificar-ho són, entre altres, que en el mandat és més important “*what was authorised and instructed than [...] what the mandatory as a service provider undertook to provide*”. En aquesta regulació, l'objecte típic del mandat és la realització d'actes o negocis jurídics, que el mandatari pot o no estar autoritzat a concloure per si mateix, o actes que afectin les relacions jurídiques del mandant amb terceres persones. És a dir, exclosos els actes purament materials (IV. D - 1:101 DCFR). En cas de solapament de les normes del mandat amb les pròpies dels contractes de serveis, aquelles s'apliquen amb caràcter preferent (IV. C - 1: 103 *a*; IV. D - 1:101, 5 DCFR). Però aquestes no s'exclouen *a radice*.⁶⁰

3.2 El dipòsit

En el Dret romà, el mandat, igual que la *locatio conductio*, cobria un ampli ventall de situacions, però si consistia en lliurar una cosa per a la seva custòdia, llavors emergia un nou tipus contractual, el real *quoad constitutionem* de dipòsit que, igual que aquell, era també gratuït.⁶¹ A més, es limitava als béns mobles. Són dos requisits que exigeixen encara algunes codificacions modernes (art. 1917 CC fr.), per bé que d'altres han assuaujat el de la gratuïtat (art. 1760 CC esp., art. 1767 CC it, § 969 ABGB, § 689 BGB, art. 1186, amb remissió

⁵⁸ *Vid.* ARCOS, *El mandato*, pàg. 149-156.

⁵⁹ Crítics amb la regulació i també pel que respecta al solapament entre les normes del mandat i les de la representació en la *interim outline edition* del DCFR, H. EIDENMÜLLER - F. FAUST - H.C. GRIGOLEIT - N. JANSEN - G. WAGNER - R. ZIMMERMANN, “El marco común de referencia para el Derecho Privado europeo (cuestiones valorativas y problemas legislativos)” (traducció de Bruno Rodríguez Rosado), ADC, 2009, 4, [pàg. 1461-1522], pàg. 1500-1502. Perspectiva general sobre la relació entre mandat i representació i crític amb la definició àmplia de mandat en el DCFR, C. GÓMEZ LIGÜERRE, “DCFR, Book IV: Specific Contracts and rights and obligations arising from them: Part D, Mandate”, a L. ANTONIOLLI - F. FIORENTINI (eds.), *A Factual Assessment of The Draft Common Frame of Reference*, Sellier, Munich, 2009, [pàg. 163-177], pàg. 163-166.

⁶⁰ *Vid.* C. VON BAR - E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full edition*, III, München, Sellier, 2009, *Commentaris ad art. IV D - 1:102, A*, pàg. 2026-2027.

⁶¹ Sobre el dipòsit en el Dret romà, ZIMMERMANN, *The Law*, pàg. 205-220.

a l'art. 1158.1 CC portuguès; art. 7:601 BW) i tampoc no manquen les que admeten el dipòsit de béns immobles (§ 960 ABGB; art. 1185 CC portuguès)⁶² o prescindeixen del lliurament de la cosa com a índex del tipus (art. 7:600 BW).

Només el CC portuguès, com ja s'ha vist, reestructura la presentació sistemàtica tradicional i contempla expressament el dipòsit com un subtipus especial del contracte de serveis (art. 1155). És ara, també, el plantejament que segueix el DCFR que, addicionalment, converteix el contracte en consensual (IV. C - 5:101 a 110) i que, tot i que no admet el dipòsit de béns immobles, l'estén als béns incorporals (IV. C - 5: 101): *vgr.* contracte per emmagatzemar arxius informàtics en un servidor.⁶³

IV. UN DRET GENERAL DELS CONTRACTES DE SERVEIS A EUROPA: EL DCFR

A partir de l'anàlisi dels contractes més freqüents en la pràctica i un enfocament que es basa en "models bàsics d'activitat"⁶⁴, el DCFR ofereix una regulació nova, dividida en una part general i una d'especial, del que podria ésser considerat el Dret dels contractes de serveis a Europa. La Part especial proporciona normes específiques per a sis tipus contractuals genèrics: construcció (*construction*), treball sobre un bé (*processing*), dipòsit (*storage*), disseny (*disseny*), informació (*information*) i tractaments (*treatment*). La part general contempla normes aplicables a tots ells i també als que no es regulen específicament (contractes innominats), tret que s'exclouin de forma expressa. Aquest darrer és el cas dels contractes laborals (I - 101, 2 e) i els de transport, assegurances, garanties o subministrament de serveis i productes financers (IV.C - 102).⁶⁵ Una primera crítica general que s'ha fet sentir es centra

⁶² Sobre el particular, i allà altres exemples, ZIMMERMANN, *The Law*, pàg. 215.

⁶³ C. VON BAR - E. CLIVE, *Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference. Full edition*, II, München, Sellier, 2009, comentaris ad art. IV. C - 5: 101 DCFR, pàg. 1789-1793 i allà altres exclusions, com ara el dipòsit de diners, o el dipòsit en contractes de transport.

⁶⁴ M.B.M. LOOS, "Service Contracts", a A. HARTKAMP *et alii* (dirs.), *Towards a European Civil Code*, Nijmegen, Ars Aequi-Kluwer International, 2004³, [pàg. 571-582], pàg. 575-576: "Basic types of services"; UNBERATH, "Der Dienstleistungen", pàg. 759; WENDERHORST, "Das Vertragsrecht", pàg. 292: "Basisaktivitäten-Model", contraposat al "Branche-Model": models contractuals de serveis analitzats a partir de la branca professional a la que s'haurien d'adscriure; JELOSEK -LOHNERT, "Ein (neues) Recht", a HELMS *et alii* (Hrgs.), *Das neue Schuldrecht*, pàg. 263-264; C. JANSEN, "Principles of European Law on Service Contracts: Background, Genesis and Drafting Method", a ZIMMERMANN (Hrsg.), *Service Contracts* [pàg. 43-57], pàg. 48 ss.

⁶⁵ *Vid.* les explicacions en els comentaris a IV.C - 1:102 DCFR, pàg. 1600. Allà es contempla també l'aplicació de les normes generals de serveis als contractes mixts, en allò que no afecti a les prestacions excloses.

en algunes d'aquestes exclusions (sobretot, transports i serveis financers), així com en la manca de tipificació d'altres activitats rellevants (*vgr.* serveis d'administració o d'internet) o en la inconsistència que suposa regular a part el mandat o el contracte comercial d'agència (intermediació), *franchising* o distribució (IV. D i IV. E), als quals només subsidiàriament els seran d'aplicació les normes generals reguladores dels serveis (IV. C - 1:103 a).⁶⁶

El segon judici negatiu s'emmarca en el debat general sobre el mètode d'elaboració del DCFR i l'apropiació del terme *restatement* per a definir-lo.⁶⁷ El fet que no tots els ordenaments jurídics s'hagin tingut en compte, o només en molt limitada mesura, tampoc no passa desapercebut.⁶⁸

1. Dels PEL SC al DCFR

La iniciativa consistent en la redacció d'unes normes comunes a Europa sobre el contracte de serveis té la seva primera manifestació en els *Principles for European Law: Services Contracts* (PEL SC), elaborats per un grup de professors neerlandesos, en el si de l'*Study Group for a European Contract Law*, i donats a conèixer al públic l'any 2007.⁶⁹ Aquestes són les regles que després es podran

⁶⁶ En general, WENDEHORST, "Das Vertragsrecht", pàg. 293; UNBERATH, "Der Dienstleistungsvertrag", pàg. 758, 761; WHITTAKER, "Contracts for Services", a ZIMMERMANN (Hrsg.), *Service Contracts*, pàg. 136-138. Tocant a l'exclusió dels serveis financers, *vid.* O.O. CHEREDNYCHENKO - C.E.C. JANSEN, "Principles of European Law on Financial Service Contracts?", ERPL, 2008, 3, pàg. 443-468. Quant a l'exclusió del mandat, *vid.* EIDENMÜLLER - FAUST - GRIGOLEIT - JANSEN - WAGNER - ZIMMERMANN, "El marco común", pàg. 1500-1501.

⁶⁷ N. JANSEN - R. ZIMMERMANN, "«A European Civil Code in all but name» Discussing the nature and purposes of the Draft Common Frame of Reference", *Cambridge Law Journal*, 2009, 69, 1, [pàg. 98-112], pàg. 104, 109, 111; UNBERATH, "Der Dienstleistungsvertrag", pàg. 759, n. 74; R. ZIMMERMANN, "Service Contracts. Comparative Experiences and the Common Frame of Reference (Meeting of the Private Law Division of the Association of Comparative Law in September 2009 in Cologne)", ZEuP, 2009, 2, pàg. 427-428; R. ZIMMERMANN, "The Present State of European Private Law", *American Journal of Comparative Law*, 2009, 2, [pàg. 479-512], pàg. 503: [...] whatever their merits or otherwise, since the rules on service contracts do not pretend to provide a *restatement* of the existing national or European Laws, it is inconceivable that they can be regarded as anything but a stimulating point of departure for the (very necessary) comparative discussion on the shape and content of the rules on service contracts".

⁶⁸ Aquesta limitació és reconeguda expressament pels mateixos redactors dels PEL SC, *vid.* M. BANDENRECHT - C. JANSEN - M. LOOS - A. PINNA - R. CASCAO - S. VAN GULIJK, *Principles of European Law. Service Contracts*, Oxford University Press, 2007, pàg. XV i General Introduction, I, pàg. 130; LOOS, "Service Contracts", a HARTKAMP *et alii* (dirs.), *Towards*, pàg. 577; JANSEN, "Principles", a ZIMMERMANN (Hrsg.), *Service Contracts*, pàg. 55.

⁶⁹ *Vid.* referència de l'obra, *supra* n. 68. Detalls sobre els grups implicats i el procés d'elaboració, JANSEN, "Principles", a ZIMMERMANN (Hrsg.), *Service Contracts*, pàg. 43-57.

llegir en el DCFR. Però entre un i altre text existeixen diferències⁷⁰: algunes tracten d'adaptar les expressions emprades en els PEL SC a les generalment utilitzades en el DCFR⁷¹, o d'evitar solapaments amb el contingut d'altres Llibres⁷² i, clarament, això s'aprecia en el sistema de remeis, que és el general per a tot contracte, en el Llibre III DCFR⁷³. Altres millores tenen a veure amb la sistemàtica⁷⁴, amb la millor adequació de les rúbriques als continguts dels preceptes⁷⁵, amb l'eliminació de precisions⁷⁶, la correcció de reiteracions molt

⁷⁰ Una taula indicativa dels canvis es pot trobar a: http://www.tilburguniversity.nl/faculties/law/research/tisco/research/projects/esl/detailed_comparison.pdf (data de consulta, juliol 2010).

⁷¹ *Vgr.* “Obligation” passa a ésser sempre “duty”.

⁷² Per això se suprimeix la norma que feia referència al mètode subsidiari de determinació del preu (*Cfr.* art. 1:102 PEL SC i art. IV. C - 2:101 DCFR), que és una norma que ara es pot llegir en el Llibre II - 9:104 DCFR. Tampoc es dedueix de les normes que regulen el contracte de serveis l'expulsió dels contractes laborals, sinó de la prèvia exclusió que efectua el Llibre I DCFR quan delimita l'àmbit d'aplicació general de les normes del DCFR (I : 1:101 e, “employment contracts”). *Vid.*, per contra, la declaració que abans contenia l'art. 1:101, 5 PEL SC: “[T]his Chapter does not apply to employment contracts”. L'art. 7:101,4 PEL SC no té tampoc equivalent en l'art. 8:101 DCFR, segurament per evitar reiteració amb la regla sobre contractes mixtos de l'art. II - 1: 107, 2 DCFR.

⁷³ Aquesta eliminació ha fet que no només desapareguin les normes dels PEL SC que reiteraven el que disposaven els PECL, sinó també les que feien una remissió selectiva, tot entenent prioritari el recurs a determinats remeis. La Part IV.C DCFR ha eliminat les regles dels PEL SC següents: en les Disposicions generals, art. 1:112 (“Remedies for Breach of Duties of the Service Provider”) i 1:114 (“Limitation of Liability”); en relació amb el contracte de construcció, art. 2:109 (“Specific performance and cure”), 2:110 (“Resort to other remedies”); tocant al contracte de treball sobre un bé, art. 3:110 (“Specific performance and cure”) i 3:111 (“Resort to other remedies”); en el contracte de dipòsit, art. 4:111 (“Remedies for non conformity”). En canvi, es manté la regla en els contractes sobre tractaments (art. 7: 110 PEL SC i IV.C - 8:110 DCFR). També ha desaparegut l'única regla sobre prescripció en els contractes de construcció: 2:111 (“Prescription of remedies based on non-conformity”).

⁷⁴ En el DCFR les “Disposicions generals” i les “Regles aplicables en general a tots els contractes de serveis” formen dos capítols independents (Cap. 1 i 2, respectivament) i el segon també conté una regla nova que assenjala les exclusions i les regles aplicables preferentment a d'altres contractes (IV. C - 1.103). Abans, la mateixa informació era continguda en un únic art. 1: 101 PEL SC i, parcialment, en els comentaris que l'explicaven (*vid.* tocant a la delimitació de l'àmbit d'aplicació dels PEL SC en els contractes d'agència, franquícia i distribució, BANDENRECHT *et alii*, PEL SC, Art. 1:101, G, pàg. 146-147).

⁷⁵ En general, l'expressió “duties of the service provider regarding input” (art. 1:106, 4:104, 6:103, 7:103 PEL SC) es transforma en d'altres molt més adequades al contingut dels diversos preceptes: “Subcontractors, tools and materials” (IV. C - 2:104), “Storage place and subcontractors (IV. C - 5:102), “Obligation to acquire and use expert knowledge” (IV. C - 7:103), “Obligations regarding instruments, medicines, materials, installations and premises” (IV. C - 8:103).

⁷⁶ Així, se suprimeix la regla general de l'art. 1:105 PEL SC, sobre circumstàncies en què el servei ha d'ésser executat. La norma suposava una concreció del deure de diligència (en els PEL SC, art. 1: 107; en el DCFR, art. IV.C - 2:105) i, per tant, mera guia interpretativa per, en el seu cas, facilitar al client la prova de la seva infracció. *Vid.* BARENDRECHT *et alii*, PEL

evidents⁷⁷ o la simplificació de les regles, a base de desdoblar paràgrafs.⁷⁸ És nova la regla sobre transmissió de la propietat lliure de vicis jurídics (IV.C - 2: 106, 2). Tampoc no sempre coincideixen els comentaris i les notes de dret comparat que, en el DCFR, sovint apareixen escurçades.

2. Perspectiva general de la regulació

La Part IV.C DCFR és innovadora perquè proporciona una regulació autònoma del contracte de prestació de serveis que no es basa directament en els models nacionals.⁷⁹ En primer lloc, perquè prescindeix de tipificar “contractes d’obra” i “contractes de serveis” com a modalitats distintes i, en canvi, contempla *el* contracte de serveis que, en funció de les diverses prestacions (algunes de les quals apareixen tipificades), pot donar lloc o no a la consecució d’un resultat. En segon lloc, perquè redueix una gran part de les prestacions de serveis a tipus contractuals específics i ho fa prenent en consideració models d’activitat i no sectors professionals concrets. En tercer lloc, perquè estableix unes normes generals *en principi* aplicables a tots els contractes de serveis.

2.1 Definició del contracte de prestació de serveis

L’art. IV. C - 1:101 *a* DCFR defineix el contracte de prestació de serveis de forma bastant simple i tautològica perquè la paraula definida forma part de la definició: “contracte en virtut del qual el prestador de serveis executa

SC, Art. 1:105, C, pàg. 198. Desapareixen, per tant, també les regles que, en la Part especial, suposaven una concreció de la primera: art. 3:303 (treball sobre un bé), 4:103 (dipòsit), 6:103 (informació i consell), 7:103 (tractaments). Només subsisteix en els contractes sobre informació i consell (IV. C - 7:102) i tractaments (IV. C - 8:102), amb rubriques distintes: respectivament, “obligació de recopilar dades prèvies” i “informació preliminar”.

⁷⁷ Així, la norma sobre conformitat en els contractes de treball sobre un bé (art. 3:105 PEL SC) reiterava innecessàriament les mateixes frases que dedicava a la conformitat l’art. 1:108 PEL SC, en seu de disposicions generals. Per això, ara n’hi ha prou amb l’art. IV. C - 2:106, 1 DCFR. L’expulsió del precepte de la part especial en què abans es trobava pretén remarcar que en aquests tipus de contracte no sempre serà possible pactar o esperar un resultat *in concreto* (BANDENRECHT *et alii*, PEL SC, Art. 3:105, B, D, pàg. 446-447). Tanmateix, quan així sigui, no hi haurà inconvenient en declarar aplicable aquella disposició general, que és la que caracteritza la prestació com a obligació de resultat.

⁷⁸ *Cfr.* art. 1:104, 7 PEL SC i IV.C - 2:102, 7 i 8 DCFR.

⁷⁹ Per a un comentari crític (força negatiu) sobre la regulació del contracte de serveis en el DCFR, *vid.* UNBERATH, “Der Dienstleistungsvertrag”, pàg. 736-774; més ponderada, amb judici positiu sobre l’originalitat del plantejament, WENDEHORST, “Das Vertragsrecht”, pàg. 290-297. Favorable, en allò que fa referència a la part general, P. DE BARRÓN ARNICHES, “Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia”, *InDret*, 2008, 3 (www.indret.com).

un servei per a un client”.⁸⁰ Però els comentaris aclareixen la definició: tot el treball que realitza el prestador de serveis en benefici del client que l’hi encarrega, d’acord amb les seves instruccions i necessitats, és contracte de serveis, sense perjudici que aquest treball exigeixi la utilització de materials i doni lloc a un resultat material i tangible (construcció d’una obra nova, moble o immoble); o que aquest resultat sigui de naturalesa immaterial (disseny de l’estructura d’un bé, o la redacció d’un informe o d’un dictamen); o que l’activitat no doni lloc a cap nou bé o entitat (dipòsit de cosa moble, serveis de manteniment d’un bé moble o immoble; tractaments mèdics).⁸¹ És el que es desprèn de la llista de serveis (no exhaustiva) als que l’art. IV.C - 1:101, 2 declara aplicables la Part C del Llibre IV DCFR.

L’onerositat no forma part del tipus perquè s’admeten contractes de serveis gratuïts (IV.C - 1: 101,1 b). Amb tot, les normes del DCFR parteixen de la consideració que el normal serà pactar un preu (IV.C - 1:101,1 a), que es presumeix quan el prestador de serveis sigui un empresari o professional (IV.C - 2:101). La no fixació inicial del preu determina l’aplicació de les regles de determinació subsidiària que estableix l’art. II- 9:104 DCFR⁸², tret que expressament s’acordi la gratuïtat o aquesta es pugui demostrar d’una altra manera. El caràcter no remunerat del servei serà tingut en compte a l’hora d’apreciar la diligència exigible (IV.C - 2:105,4 d) o interpretar les expectatives del client en torn al molt o poc raonable que pugui ser esperar un determinat resultat (IV.C - 2:106, 1 a) i és una dada que pot coadjuvar a modificar la regulació prevista per a cada contracte en particular.⁸³

⁸⁰ *Id.* DCFR- Glossari (Outline Edition), pàg. 566. La doctrina ha lamentat que l’art. IV.C - 101 no contingui una definició precisa i que el recurs a l’*acquis* no permeti dotar-la de contingut, per la qual cosa es considera de nul·la utilitat el legislador comunitari en el futur (UNBERATH, “Der Dienstleistungsvertrag”, pàg. 757-758). En aquesta línia, s’ha fet notar que el DCFR encara es refereix a “contractes de béns i serveis” en diferents preceptes al llarg dels Llibres II i III, igual que en l’*acquis*, cosa que fa pensar que, *als efectes previstos en aquelles normes*, hauran de continuar essent qualificats com de serveis contractes que, clarament, queden al marge de la regulació de contracte de serveis en la Part IV.C DCFR (*vgl.* arrendament de béns). *Vid.* S. WHITTAKER, “The Draft Common Frame of Reference. An Assessment”, 2008, pàg. 3, pàg. 114-115, que al·ludeix als art. II-2:101, 3:101-103, 5:106, 5:201; III-1:105, 3:107 de l’*interim outline edition* (pràcticament inalterats en l’edició publicada l’any 2009). Disponible a: http://www.justice.gov.uk/publications/docs/Draft_Common_Frame_of_Reference__an_assessment.pdf (data de consulta, juliol 2010); ídem, WHITTAKER, “Contracts for Services”, a ZIMMERMANN (Hrsg.), *Service Contracts*, pàg. 139.

⁸¹ *Vid.* BARENDRECHT *et alii*, PEL SC, Art. 1:101, A, pàg. 140 i allà les “national notes” (pàg. 149-153), molt més desenvolupades que en els comentaris a IV. C - 101 DCFR (pàg. 1599-1600).

⁸² *Vid.* els comentaris a IV. C - 2:101 DCFR, A, B, pàg. 1602-1603.

⁸³ En relació amb el contracte de dipòsit, *vid.* els comentaris a IV.C - 5:101 DCFR, C, pàg. 1791-1792.

2.2 Descripció de models bàsics d'activitat

2.2.1. Plantejament

Es tracta de tipus *funcionals* genèrics, creats a partir de la descripció d'activitats bàsiques a les que es poden reconduir una pluralitat de contractes pels quals alguns drets nacionals preveuen disposicions concretes, o als que s'apliquen les respectives normes generals codificades -en el seu cas a través de la interpretació que n'hagi fet la jurisprudència-, o que s'observen en les clàusules generals de certs contractes marc sobre contracte d'obra o de servei.⁸⁴ El resultat és un nou “Dret dels serveis”, que incorpora elements d'aquests dos grans tipus contractuals genèrics (obra i servei), a base d'eliminar l'especialitat dels tipus (*vgr.* contractes amb arquitectes, metges o assessors) i crear-ne d'altres més abstractes que només tenen en compte categories d'activitats (*vgr.* informació, disseny). El DCFR dissenya un nombre “manejaeble” de categories i no és, per tant, exhaustiu. Com ja s'ha dit, es regulen, en concret, els següents contractes: construcció (*construction*), treball sobre un bé (*processing*), dipòsit (*storage*), disseny (*disseny*), informació (*information*) i tractaments (*treatment*).⁸⁵

Les tres primeres modalitats es regulen a partir del que poden considerar-se contractes tradicionals en els Estats membres, amb independència que en molts d'ells la prestació sigui pròpia del contracte d'obra (construcció, treball sobre un bé), o que ni tan sols en sentit ampli pugui ser qualificada en molts d'ells com prestació típica d'un contracte de servei (dipòsit). Les tres últimes, més exòtiques des del punt de vista de la nominació i, en part, també per la caracterització com a contracte de serveis d'allò que, a partir de la qualificació de la prestació com a típica obligació de “resultat”, encaixaria en un contracte d'obra (informació i disseny), es creuen necessàries des del punt de vista de la pràctica moderna del Dret contractual.

⁸⁴ Crític quant a la pretesa novetat de l'enfocament, UNBERATH, “Der Dienstleistungsvertrag”, pàg. 760. Per contra, *vid.* WENDEHORST, “Das Vertragsrecht”, pàg. 292: “geradezu genialer Wurf”.

⁸⁵ *Vid. infra* epígraf 2.2.2. la taula explicativa. Inicialment es contemplaven nou i, entre ells, el contracte d'intermediació (agència) i el mandat. *Vid.* JELOSEK - LOHNERT, “Ein (neues) Recht”, a HELMS *et alii* (Hrsg.), *Das neue Schuldrecht*, pàg. 264-265; M. LOOS, “Towards a European Law of Service Contracts”, ERPL, 2001, 4, [pàg. 565-574], pàg. 570. Per a un estudi de les regles dels PELSC sobre el contracte de tractaments mèdics, a més de l'obra de JELOSEK - LOHNERT acabada d'esmentar, *vid.* S.E. BARTELS - I. GIESEN, “The Principles of European Law on Service Contracts: the Rules on Medical Treatment in a Future Europe Compared to the Rules in the Netherlands”, a BOELE-WOELKI-GROSHEIDE (eds.), *The future*, pàg. 169-181; G. WAGNER, “Das Arzthaftungsrecht im Gemeinsamen Referenzrahmen für ein Europäisches Privatrecht”, a H. P. GREINER - N. GROSS - K. NEHM - A. SPICKHOFF (Hrsg.), *Neminem laedere. Aspekte des Haftungsrechts. Festschrift für Gerda Müller zum 65. Geburtstag*, Köln, Carl Heymanns, 2009, pàg. 335 ss.

Com es veu, aquests sis tipus contractuals donen lloc a prestacions no adscrites a un sector d'activitat concret (com ara les professions mèdiques, legals, d'arquitectura o enginyeria, artesanals), tot i que naturalment les prestacions de serveis d'algunes professions han servit de guia per a elaborar tipus contractuals concrets (*vgr.* advocats i metges: contractes d'informació i consell; metges: contracte de tractaments). Però aquestes professions no es veuen reflectides en la qualificació legal del contracte (*vgr.* contracte d'assessorament legal; contracte de tractament mèdic) perquè altrament s'hauria fet interminable la llista d'especialitats i, addicionalment, aquesta forma de procedir hauria comportat problemes de *tipus* i *nomen*, tota vegada que un contracte amb un determinat professional (advocat, notari, arquitecte, enginyer) pot comportar prestacions diverses i/o ésser diferents, en cada ordenament, els professionals encarregats de dur a terme una mateixa prestació. L'aproximació sectorial també hauria dificultat la creació d'unes normes generals.⁸⁶ El resultat és una regulació abstracta però, al seu torn, molt més concreta que la que en molts ordenaments jurídics ofereixen les normes codificades sobre el tipus abstracte “d'obra” i “servei”.⁸⁷

De tota manera, s'ha argumentat que difícilment una mateixa regla pot comprendre activitats que no tenen una finalitat comuna (*vgr.* el tractament que realitza el mèdic al seu pacient i el del perruquer que adverteix d'un problema de caspa en el seu client i li recomana un determinat xampú); i també que no s'entén quin és el criteri que permet aïllar en particular algun contracte que presenta analogies significatives respecte d'un altre (*vgr.* es qüestiona la diferència entre els contractes de producció d'una cosa moble seguint les instruccions del client i el contracte de disseny). Caldria afegir la dificultat de reconduir a algun d'aquests tipus bàsics determinats serveis, com ara el contracte d'ensenyament, que només forçadament podria identificar-se amb el contracte sobre subministrament d'informació i consell.⁸⁸

⁸⁶ LOOS, “Service Contracts”, a HARTKAMP *et alii* (dirs.), *Towards*, pàg. 566-569.

⁸⁷ JELOSEK -LOHNERT, “Ein (neues) Recht”, a HELMS *et alii* (Hrgs.), *Das neue Schuldrecht*, pàg. 264.

⁸⁸ UNBERATH, “Der Dienstleistungsvertrag”, pàg. 762 i allà altres crítiques. Però *vid.* les precisions que es realitzen *infra*, en la taula explicativa, en l'apartat “tractaments”, tocant a l'exemple del perruquer.

2.2.2. Taula explicativa

Contractes de serveis, propers als tradicionals	
Construcció	<p>Objecte: creació d'un bé (una casa, una habitació) o una estructura nova (una carretera, un pont); alteració de la seva estructura o constitució preexistent, via reconstrucció, via modificació. Pot tractar-se de béns immobles (el contracte per excel·lència), però també de mobles: béns d'equipament [= emprats en la construcció d'altres béns], màquines agrícoles o pel transport (avions vaixells o trens) o una calaixera. I, finalment, també pot tractar-se de construir béns immaterials: <i>software</i>, <i>websites</i>, bases de dades i altres béns sobre els que recaigui propietat intel·lectual (pel·lícules, llibres, etc).</p> <p>Requisits del tipus: Exigeix l'aportació de materials i altres elements, indistintament pel client o el constructor. Els plans conforme amb els quals s'ha de construir el bé poden ser aportats pel constructor o pel client (que, al seu torn, pot haver-los sol·licitat a un arquitecte o dissenyador). Existeix el deure de cooperació entre les parts: informar dels riscos, de les alternatives i de les dades que siguin essencials pel desenvolupament satisfactori de l'obra.</p> <p>Distinció amb altres contractes: Cal determinar com interactuen les regles del contracte de compra-venda amb el de construcció, quan el contracte és de compra-venda de béns que s'han de produir segons les especificacions del client; també, com interactuen les regles del contracte d'obra amb les de prestació d'un altre tipus de servei (<i>vgr.</i> manteniment).</p>
Dipòsit	<p>Objecte: Custòdia d'un bé, generalment moble. S'admet el dipòsit de software i d'informació en el servidor (béns incorporals), però no el de béns immobles. Tanmateix, se li aplicarien al contracte de vigilància d'immobles les disposicions generals del Cap. 1 i, també, al de béns incorporals, en la mesura en què no totes les disposicions del contracte de dipòsit siguin aplicables. S'exclou també el dipòsit de diners, moneda estrangera, valors i accions, tot advertint que el tema ha de ser objecte de regulació en els contractes de serveis financers. Però res no obsta a una aplicació analògica, de moment, i, en algú cas (el dipòsit de moneda, valors o accions en un hotel) determinades normes troben expressa aplicació. Es basen en el Conveni del Consell d'Europa, sobre responsabilitat dels hotelers pels efectes introduïts pels viatgers, de 1962.</p>

Requisits del tipus: Requereix el lliurament d'un bé moble; però no és requisit *quoad constitutionem* perquè el dipòsit es configura com un contracte consensual. El lliurament és prerrequisit pel compliment del contracte i s'abandona la visió clàssica de la gratuïtat del contracte: la perspectiva comercial exigeix que el dipositant pugui exigir que el dipositari accepti la custòdia, sense necessitat de lliurament de la cosa, i que s'obligui a complir amb les obligacions que en deriven. Tanmateix, s'admet que la causa sigui neutra, això és, indistintament onerosa o gratuïta; però això ha d'influir en la posterior regulació de la responsabilitat. Les parts tenen el deure de cooperar.

Distinció amb altres contractes: si el dipòsit és un contracte accessori d'un altre servei, també s'apliquen les normes d'aquest darrer: *vgr.* administració d'*stocks*, servei d'empaquetat. En concret, pot veure's afectada la delimitació amb el contracte de treball sobre un bé (*processing*) o amb el contracte de transport, tota vegada que en aquests supòsits, el proveïdor dels serveis també és dipositari de la cosa, per bé que no es limiti a tenir-la sota el seu control. S'apliquen les normes del contracte de dipòsit en la mesura en què no entrin en conflicte amb les que regeixen per l'altre contracte. O s'opta per aplicar les de l'altre contracte i llavors el lliurament de la cosa es considera una obligació addicional a les d'aquell altre. No queda clar si el contracte d'aparcament de vehicles ha de regir-se per les normes del dipòsit o per les de l'arrendament: en ambdós casos, el titular del pàrquing ha de prendre les mesures adequades per prevenir danys i un eventual robatori. S'opta per considerar que és dipòsit, només si el cotxe es diposita en un parking tancat, en el que l'entrada i la sortida està impedida per barreres i al que només es pot accedir prèvia presentació del tiquet corresponent, que identifica a qui el presenta com la persona que prèviament va deixar el vehicle. Si no hi ha cap mena de control, si el pàrquing està en un lloc obert i no està "protegit", no es considera dipòsit. Tampoc no queda clar si el mer dipòsit en una caixa forta és un contracte de dipòsit. L'argument en contra de considerar-ho així, és que el prestador del servei no sap què es diposita. No pot prendre mesures específiques per prevenir danys. Les que pugui adoptar són generals i, per tant, exigibles també a un arrendador. Tanmateix, s'opta per incloure'l dins de la categoria, tot entenen llavors que això condiciona, en part, l'aplicació de les regles del dipòsit tocant a les obligacions del dipositari. *Vgr.* es pot exigir que aquest prengui mesures contra el robatori (càmeres de vigilància) però, per ex., no se podria exigir que també mantingués el lloc del dipòsit en condicions òptimes d'humitat si l'objecte dipositat ho requerís per evitar el seu deperiment.

Tractaments	<p>Objecte: Adopció de les mesures necessàries per mantenir o transformar l'estat físic o mental d'una persona. Inclou les fases següents: anamnesi (recepció d'informació sobre el pacient: historial mèdic i símptomes de la malaltia); diagnosi (judici probable sobre la salut del pacient); teràpia (procés per proveir a la cura o alleujament de la malaltia); i prognosi (judici de probabilitats sobre l'evolució de la salut del pacient en el futur). Les normes contempnen diferents supòsits de riscos. S'apliquen essencialment als tractaments mèdics, però no es descarta l'aplicació analògica a situacions en què el servei, tot i no ésser mèdics, també poden tenir el mateix objecte i, per tant, afectar la salut (<i>vgr.</i> servei de piercing).</p> <p>Requisits del tipus: Les normes del DCFR s'apliquen a les relacions contractuals entre el pacient i qui ha de proporcionar el tractament mèdic. Tanmateix, també s'apliquen quan qui rep el tractament no és part contractual (<i>vgr.</i> beneficiari d'una assegurança mèdica contractada per l'empresa). En aquest cas, el pacient és considerat un tercer que pot exigir les mateixes obligacions del proveïdor de serveis.</p> <p>Distinció amb altres contractes: Les normes es poden aplicar per analogia a d'altres situacions en què el proveïdor realitza un servei que canvia l'estat físic o mental del client (<i>vgr.</i> el perruquer que recomana un determinat xampú contra la caspa). Tanmateix, l'art. 8:101 DCFR ja no incorpora el paràgraf 4 de l'art. 7:101 PCL SC, que és el que permetia desenvolupar aquest exemple en la hipòtesi de contractes mixts. Tot i això, l'exemple continua present en els comentaris a l'art. 8:101 DCFR. Segons l'art. 8:101,2 DCFR, les normes també s'apliquen al proveïdor de serveis que, a més d'un tractament mèdic, proporciona altre tipus d'informació similar (<i>vgr.</i> referències a altres metges o institucions de salut).</p>
Contractes de serveis “nous”	
Treball sobre un bé (processing)	<p>Objecte: Reparació, Neteja, Manteniment d'un bé (moble o immoble) que ja existeix i, per tant, no implica crear-ne un de nou: pintura del bé, reparació de canonades, manteniment de la instal·lació elèctrica, de gas, neteja de vidres. Aplicable també als animals.</p> <p>Requisits del tipus: Exigeix el lliurament de la cosa al prestador del servei per part del client o que aquell la tingui sota el seu control.</p> <p>Distinció amb altres contractes: Cal determinar quan s'aplica aquest tipus de contracte de servei i quan el de construcció. Si sobre el bé que ja existeix s'han de fer obres i aquestes tenen un valor similar al del bé en l'estat previ a l'inici de les mateixes, el contracte passa a la categoria de contracte de construcció (reparació en un sentit ampli: renovació de l'estructura de la façana, de la teulada; obres de restauració d'un edifici antic).</p>

Disseny	<p>Objecte: Realització de plànols de construcció d'immobles; dibuix o delineació de projectes per crear béns mobles; plans per a la creació de béns immaterials. Essencialment pensat per la indústria de la construcció, en l'àmbit de l'arquitectura i l'enginyeria. Però aplicable al disseny industrial o de roba o de software.</p> <p>Requisits del tipus: Exigeix que el prestador de serveis executi un disseny sobre la base del qual un tercer (el client o algú altre a requeriment seu, <i>vgr.</i> l'arquitecte que no sigui a l'hora el constructor) ha de dur a terme un altre servei. Exigeix estreta col·laboració entre el client i el prestador de serveis (de manera que cadascú és responsable de les seves aportacions) i una contínua provisió d'idees i suggeriments per part del primer, per tal que el resultat (el disseny) sigui apte per a la ulterior realització del propòsit. La informació per part del client és també requerida en els contractes de construcció o de treball sobre la cosa, però és més intensa en els contractes de disseny, que és la fase en la què el client ha d'efectuar bona part de les seves eleccions i manifestar les seves preferències, per tal que el dissenyador executi l'encàrrec o expliqui quins inconvenients troba per a dur-lo a terme. És, en definitiva, necessària, per tal que el dissenyador pugui preparar el compliment del posterior contracte de serveis.</p> <p>Distinció amb altres contractes: Pot ser difícil separar el contracte de construcció del contracte de disseny. L'avantatge de la distinció s'aprecia quan la construcció i els plans de l'obra són realitzats per persones distintes, a l'hora de determinar la responsabilitat de cadascuna.</p>
Assessorament	<p>Objecte: Informació i assessorament legal, econòmic (sobre la solvència d'una empresa, preus de cotització borsària, preus d'immobles) o meteorològic, <i>inter alia</i>. Inclou tant el subministrament d'informació <i>tout court</i> com el subministrament de consell, recomanacions i assessorament.</p> <p>Requisits del tipus: Es tracta de serveis que es tipifiquen per la seva naturalesa intel·lectual i per una execució "no material". D'aquí que es consideri convenient destacar-ne l'autonomia respecte del contracte de serveis en general.</p> <p>Distinció amb altres contractes: El subministrament d'informació pot ésser una prestació suplementària en un contracte que té per objecte un o diversos serveis diferents (<i>vgr.</i> el banc que, a més de prestar serveis diversos, ha d'assessorar al client sobre les millors inversions que pot realitzar). Les regles d'aquest capítol s'apliquen només a la part relativa al servei d'informació/assessorament.</p>

2.3 Les normes generals aplicables a tots els contractes de serveis

2.3.1. Plantejament general

El Cap. 2 DCFR estableix els deures de les parts en ordre a una correcta execució del servei. S'apliquen als sis tipus bàsics concretament regulats en la part especial (sense perjudici, si escau, d'ulteriors especificacions en el capítol corresponent) i encara a d'altres no regulats, sempre que no estiguin expressament exclosos de la Part IV.C.⁸⁹ Es contemplen, doncs, en abstracte, regles que poden contribuir a guiar la relació contractual de les parts.⁹⁰ Es parteix de la idea que la col·laboració prèvia i al llarg de la durada del contracte és inherent al tots els contractes de serveis i que la comunicació continuada entre les parts pot ajudar a prevenir problemes o a solucionar-los a mesura que es vagin presentant.⁹¹ Per això, es regulen una sèrie de pretensions secundàries o càrregues, no exigibles coactivament, però la infracció de les quals repercuteix en la valoració final sobre l'adequació de la prestació al programa inicial i, en definitiva, condicionen els remeis de què disposen les parts contractuals en el cas de què aquella no sigui conforme (*vgr.* IV.C - 2:103,3; 3: 104, 3; 6:104 DCFR).

En concret, abans de la conclusió del contracte, es preveu l'intercanvi d'informació, que ha de permetre conèixer les aspiracions i les necessitats del client i les circumstàncies en què s'ha d'executar el servei (IV. C- 2:102) i aquest mateix deure de cooperar es preveu i concreta durant la seva execució (IV. C - 2:103, 2:108, 2:110). Són normes que, entre d'altres, es refereixen a la possibilitat i/o deure del client de donar instruccions i supervisar els treballs, a les condicions i manera en què aquelles s'han de seguir pel prestador de serveis, al deure d'aquest darrer d'advertir dels riscos de què el resultat previst en el contracte no s'arribi a aconseguir, o al deure del client de denunciar a l'avançada la previsible no conformitat durant el període de compliment.

La part general incorpora també una norma abstracta sobre la diligència exigible i els indicis que han de servir per concretar-la, això és, i entre altres, segons que qui presti el servei sigui o no un professional, que el servei sigui o no remunerat, o que existeixin regles de la professió que fixin un determinat estàndard (IV. C - 2:105 DCFR); i una altra regla interpretativa

⁸⁹ BARENDRECHT *et alii*, PEL SC, General Introduction, I, pàg. 129; Chapter I: General Provisions, B, pàg. 132.

⁹⁰ BARENDRECHT *et alii*, PEL SC, General Introduction, I, pàg. 128; LOOS, "Service Contracts", a HARTKAMP *et alii* (dirs.), *Towards*, pàg. 578; JANSEN, "Principles", a ZIMMERMANN (Hrsg.), *Service Contracts*, pàg. 52-55.

⁹¹ BARENDRECHT *et alii*, PEL SC, General Introduction, III, pàg. 128.

que estableix quan es pot deduir, a manca de pacte, que el prestador de serveis ha d'aconseguir el resultat esperat pel client (IV.C - 2:106 DCFR). Addicionalment, en la mesura que el servei es contracti o no a partir de les aptituds personals del prestador, una altra norma estableix les condicions en què la subcontractació és possible (IV. C - 2:104, 1 i 2 DCFR). D'altra banda, atès que el servei pot comportar la realització d'un bé moble o immoble, es preveuen regles sobre la qualitat dels materials (IV.C - 2:104, 3 DCFR). En atenció a la durada del contracte, es contempla amb certa flexibilitat ("si és raonable") la possibilitat de modificar unilateralment el programa de la prestació, prèvia notificació a la contrapart (IV.C - 2:109 DCFR), així com el deure del client de denunciar a l'avançada la previsible no conformitat del resultat amb el contracte i les conseqüències que per a ell comporta no fer-ho (IV. C - 2:110 DCFR). El desistiment unilateral i la resolució per part del client són tractats de forma unitària, per bé que es preveuen conseqüències distintes, quant a la possibilitat del prestador de serveis de reclamar danys, si el desistiment/resolució del client no estava justificat (IV. C - 2:111 DCFR).

Els remeis pel cas d'incompliment contractual, que també s'haurà de valorar a partir de la concreció de totes aquestes disposicions generals en el capítol corresponent a cada contracte en particular, són els que regula el Llibre III DCFR⁹². Són normes generals aplicables a tot tipus d'obligacions, per bé que no manquen algunes disposicions específiques aplicables exclusivament a les obligacions de fer i per raó de la naturalesa personal del compliment.⁹³ Els riscos per la pèrdua de la cosa deguda, quan el servei comporti l'obligació de

⁹² La remissió exigeix adaptacions en l'art. IV.C - 8: 110 DCFR i cal tenir en compte que hi ha inversió de la càrrega de la prova en l'art. IV.C - 8:109, 3 DCFR. Addicionalment, l'art. 6:109 DCFR facilita l'establiment del vincle de causalitat entre la infracció de l'obligació de proporcionar informació i els danys que es produeixen.

⁹³ La regla general és que quan hi hagi incompliment i aquest no sigui excusable, el creditor pot recórrer a qualsevol remei (III - 3:101, 1 DCFR): correcció del compliment, execució forçosa, suspensió del compliment, resolució, reducció del preu, danys. Si no són incompatibles, els remeis poden acumular-se i, en especial, amb la reclamació de danys. Aquesta reclamació, però, no és possible, igual que tampoc l'execució *in natura*, quan l'incompliment sigui excusable (III - 3:101,2 DCFR). La resolució del contracte exigeix que l'incompliment sigui essencial (*fundamental non performance*), però també és possible si el deutor que ha retardat el compliment no fa la prestació en el termini addicional de compliment establert pel creditor (III-3:503 DCFR). L'art. III - 3:302, 3 c DCFR estableix que no es pot recórrer a l'execució *in natura* en les obligacions de naturalesa personal i també l'art. 3:510,4 DCFR té en consideració que, en cas de resolució, el servei ja prestat no es pot retornar. En aquest cas, s'ha de pagar en diners el valor del benefici rebut, d'acord amb els criteris i matisos establerts en l'art. III-3:512 DCFR. El remei consistent en la reducció del preu en cas de prestació no conforme amb el contracte s'aplica tant als contractes de serveis pels que s'ha de pagar un preu com també, amb les degudes adaptacions, als contractes en què hi hagi una prestació recíproca de serveis (III-3:601,4). No s'exclou en els contractes de serveis el deure del creditor de notificar la manca de conformitat al deutor, tret que aquell sigui un consumidor (III - 3:107, 4 DCFR).

lliurar-la o posar-la a disposició del client, tenen regulació pròpia en el Llibre IV, Part C.⁹⁴

2.3.2. Diligència i consecució del resultat

Cap norma estableix una distinció *apriorística* entre obligacions de mitjans i de resultat en ordre a la diferenciació de tipus contractuals específics. La raó és que un mateix servei pot tenir per objecte prestacions d'una o altra naturalesa. En conseqüència, tenen abast general tant la norma que estableix el paràmetre de diligència (IV.C - 2: 105 DCFR) com la que estableix el deure del prestador de serveis d'obtenir un resultat (IV. C - 2: 106 DCFR).

Vist que el model funcional de servei pot comportar una activitat o un resultat, la regulació en la part especial segueix aquest mateix esquema. Tanmateix, com a regla de principi, en determinats contractes es pressuposa que la finalitat és l'obtenció d'un resultat concret [contractes de construcció (IV C - 3:104 DCFR), dipòsit (IV C - 5:105 DCFR), disseny (IV C - 6:104 DCFR) i subministrament d'informació objectiva (IV C - 7:105,2 DCFR)]. En d'altres, per contra, es deixa la determinació a les circumstàncies del cas [contractes de treball sobre un bé (IV. C - 4:101 DCFR)], o bé el resultat no es pressuposa en absolut [subministrament de consells o assessorament (IV.C - 7:101 DCFR), tractament mèdic (IV - 8: 104 DCFR)]. La responsabilitat, doncs, s'haurà d'establir d'acord amb una o altra regla (infracció de la diligència/infracció del deure d'obtenir un resultat) segons es dedueixi de la interpretació del contracte.⁹⁵

És a dir, el deure de diligència s'ha d'observar sempre, però la responsabilitat per incompliment o mala execució del servei ve determinada per la seva infracció *quan no hi hagi l'obligació d'aconseguir un resultat concret*. Si el resultat que és objecte de la prestació no s'ha pactat, encara és possible deduir quin era el concret resultat garantit pel prestador de serveis, tot recorrent a criteris presumptius: les expectatives que tindria un client raonable en les mateixes circumstàncies i l'absència de motius d'aquest mateix client raonable en les mateixes circumstàncies per creure que hi havia un risc substancial de no obtenir-lo. *Vgr.* no és el mateix que el mecànic hagi de reemplaçar la peça d'un cotxe per a què torni a funcionar com abans de la reparació, que el client pretengui que el cotxe reparat corri més que si fos nou; ni tampoc és el mateix contractar els serveis d'un advocat

⁹⁴ *Vid.* en el contracte de construcció, art. IV. C - 3: 108 DCFR; en el de treball sobre un bé, art. IV. C - 4: 107 DCFR; en el de dipòsit, art. IV. C - 5:108 DCFR.

⁹⁵ Comentaris *ad* IV.C - 2: 106 DCFR, C, pàg. 1657. Quant als contractes de treball sobre un bé, *vid.* art. IV.C - 4:105, 1, II DCFR que, tot i no ser una regla sobre conformitat amb el contracte (a diferència de la resta de casos en què s'imposa la consecució d'un resultat), s'expressa en termes similars a l'art. IV. C - 2:106 DCFR. *Cfr.* amb l'art. 3: 105 PCL SC.

per a presentar un recurs judicial, que pretendre que el recurs doni la raó al client. Si hi ha riscos de no obtenir el resultat, el prestador de serveis ho ha d'advertir (IV. C: 2:102, 2:108 DCFR), dada que contribuirà a fer creure al client que el resultat previst no és fàcil o possible d'obtenir.

Es tracta, doncs, d'un judici de probabilitat *ex ante* que no necessàriament depèn del tipus de servei, sinó del fet que el prestador de serveis sigui capaç d'identificar i controlar els tres factors següents: a) les necessitats del client; b) la solució que pot oferir, ajustada a aquestes necessitats; c) les circumstàncies en què ha de dur-se a terme el servei.⁹⁶

Per tant, en determinats contractes (obligació de mitjans), el client ha de demostrar que el prestador de serveis no va actuar diligentment. Aquest pot negar l'incompliment demostrant que va posar tota la diligència exigible, o bé replicar que el seu incompliment és conseqüència de la manca de compliment de l'altra part (III- 3:101,3 DCFR). També pot exonerar-se de responsabilitat provant la impossibilitat (III- 3:104 DCFR). En canvi, quan el client prova la no consecució del resultat (obligacions de resultat), el prestador de serveis no pot al·legar que va posar tota la diligència exigible i serà responsable de l'incompliment tret que, igual que en el cas anterior, demostrï que el client ha contribuït a la no obtenció del resultat (III - 3:101,3 DCFR); això és, que ha infringit els deures que li corresponen (IV.C - 2:102,4; 2:103, 1 a, b, c, e DFCR) o ha proporcionat una informació incorrecta (IV.C - 2:107,2 DCFR). També es pot exonerar si l'incompliment és excusable (III- 3:104 DCFR), però sempre que el propi prestador de serveis no hagi infringit el deure d'advertir que hi havia possibilitat de no obtenir el resultat, com a conseqüència de la informació incorrecta subministrada o les inadequades instruccions del client (IV. C - 2:108 DCFR). Llavors, el client té a la seva disposició qualsevol dels remeis establerts en el Llibre III DCFR, inclosa la reclamació de danys.⁹⁷

⁹⁶ BARENDRECHT *et alii*, PEL SC, Art. 1:108, A, pàg. 226. Per diferents consideracions de política legislativa a propòsit d'aquesta regla, *vid.* T. KADNER GRAZIANO, "Dienstleistungsverträge im Recht der Schweiz, Österreichs und Deutschlands im Vergleich mit den Regelungen des Draft Common Frame of Reference", a ZIMMERMANN (Hrsg.), *Service Contracts* [pàg. 60-97], pàg. 68-69; H. M. FLECHTNER, "Service Contracts in the United States (and from an Economic Perspective): A Comparative View of the DCFR's Service Contracts Provision and their Application to *Hawkins v McGee*", a ZIMMERMANN (Hrsg.), *Service Contracts* [pàg. 149-166], pàg. 164-166.

⁹⁷ Comentarís *ad* IV.C - 2: 106 DCFR, D, pàg. 1656-1657.

3. Distinció entre el contracte de serveis (construcció) i el contracte de compra-venda

En la Part. A del Llibre IV DCFR, dedicat a la compra-venda, l'art. 1:102 DCFR estableix que quan els béns objecte del contracte han de ser produïts o manufacturats, cas en el qual hi ha un contracte de construcció i de venda (contracte mixt, II - 1:107 DCFR), el negoci s'ha de considerar principalment una compra-venda. La norma concorda amb l'art. II - 107, 3 a DCFR i segueix la previsió establerta en l'art. 1.4 Dir. 99/44, per bé que només parcialment l'art. 3.1 Conveni de Viena, que precisa que és així quan el client no aporta materials en proporció significativa (substancial).⁹⁸ En relació amb els contractes de servei de construcció de béns mobles segons un disseny presentat pel client, els comentaris a l'art. 2:101 PEL SC no donaven solució al problema de la qualificació del contracte, tot i admetre el possible conflicte de normes que podia plantejar-se quan les regles sobre conformitat fossin distintes.⁹⁹ Actualment, els comentaris a l'art. IV.C - 3:104 DCFR s'inclinen per l'aplicació de les normes dels respectius contractes als elements rellevants de cada categoria i, en cas de conflicte, donar primacia a les de la compra-venda (II- 1: 107,4 DCFR), cosa que implica l'aplicació de les normes sobre conformitat i remeis d'aquest últim contracte al de construcció de béns mobles.¹⁰⁰ Pel cas de vicis jurídics, l'art. IV. C - 2:106,2 DCFR incorpora normes de compra-venda al contracte de serveis i, per tant, el precepte sempre és aplicable al contracte de construcció que comporta el lliurament d'una cosa immoble.

⁹⁸ *Idem*, art. 6.2 Conveni de Nacions Unides sobre prescripció en matèria de compra-venda internacional de mercaderies. En canvi, els comentaris a l'art. IV.A - 1:102 DCFR, B, pàg. 1222, afirmen: "[I]t does not matter who supplied the materials, provided that there was an obligation to transfer ownership of the goods, once made, to the party ordering the goods". Només exceptuen de l'àmbit d'aplicació de la compra-venda el cas en què el contracte especifiqui que la posada a disposició dels materials a la persona que ha de construir o fer l'objecte, així com l'objecte resultant, no li transfereix la propietat. En aquest cas, només hi hauria contracte de serveis. S'assenyala llavors: "[T]he important questions is what has to be done under the contract, not who may have supplied the materials".

⁹⁹ BARENDRECHT *et alii*, PEL SC, Art. 2:101, E, pàg. 323, consideren que és un problema que hauran de resoldre els jutges. Crítics, UNBERATH, "Der Dienstleistungsvertrag", pàg. 761, n. 91; WENDEHORST, "Das Vertragsrecht", pàg. 296-297.

¹⁰⁰ Comentaris *ad* IV. C - 3: 104, D, pàg. 1720. Aquesta mateixa precisió s'observa en el comentari a l'art. IV.A - 102, B, pàg. 1221-1222, pel cas que allò que s'hagi de produir sigui un prototipus únic que s'hagi de construir segons les instruccions del client. En la part que consisteix en un servei, s'apliquen les normes pertinents de la Part. IV C. Però, posat que les normes sobre conformitat difereixin amb les de la compra-venda, de nou s'imposen les regles de l'aquest últim contracte: "[C]onflict is likely only at the end of the process when the rules on conformity might differ slightly. It is reasonable to allow the sales rules to prevail at this stage because ultimately what the party wants is to get conforming goods just as in any other case of sales". Si es tracta d'una compra-venda de béns de consum, sempre s'apliquen les normes de la compra-venda (II- 1: 107, 5 DCFR).

V. EL CONTRACTE DE SERVEIS EN LA FUTURA REGULACIÓ DEL LLIBRE VIÈ CC CAT.

Els epígrafs precedents han permès destacar algunes idees que poden ser d'utilitat al legislador català a l'hora d'abordar la regulació del contracte de serveis. El grup de treball les ha tingudes en compte, tant des del punt de vista terminològic, com de sistemàtica i continguts, però limitadament, de moment, a les propostes que han de servir per bastir una part general. Tanmateix, encara hi ha algunes zones grises que mereixeran ulteriors discussions. Sense ànim d'exhaustivitat, convé assenyalar alguns aspectes que actualment centren la nostra atenció i altres orientacions de probable utilitat futura.

1. Terminologia

D'entrada sembla clar que cal abandonar la denominació d'arrendament de serveis, encara utilitzada en el CC espanyol. Socialment el terme apareix en desús i jurídicament és incorrecte quan l'important ja no és el fet de considerar unitàriament el fet "posar a disposició" d'un altre una cosa o treball a canvi d'un preu, sinó les modalitats concretes en què consisteix la prestació.

2. Sistemàtica i continguts d'una part general del contracte de serveis

Ja s'ha dit que, de moment, només es treballa sobre les disposicions generals d'una futura regulació dels contractes de serveis a Catalunya. Aquesta, clarament, s'inspira en el Cap. 2 DCFR. Atès que tot el Llibre VIè CC Cat està encara per fer, no existeix solapament entre aquesta regulació i una part general del Dret de contractes que, de moment, és inexistent. Si els treballs prelegislatius continuen caldrà preveure, però, si la regulació dels serveis s'estén al sistema de remeis pel cas d'incompliment i, en cas afirmatiu, s'hauran de confrontar aquestes normes amb les que redactin altres grups de treball, ara ocupats en la regulació d'altres contractes -i, en concret, el de compra-venda-, per preveure'n les especificitats.

De moment, s'estan redactant normes que, entre altres temes, es refereixen als deures d'informació precontractual i de col·laboració entre les parts durant l'execució del contracte, a les instruccions del client, la determinació del preu, la diligència exigible, la possibilitat de subcontractació, la modificació del contracte o les diferents formes d'extinció.¹⁰¹ Són

¹⁰¹ Amb detall, sobre alguns d'aquests temes, *vid.* J. FERRER RIBA, "Vicissituds en la prestació de serveis: deures de cooperació, instruccions i modificació del contracte", en aquestes mateixes Jornades.

disposicions aplicables a qualsevol tipus de serveis en *abstracte* i no és transcendent que es tracti d'un servei de subministrament instantani o periòdic (*vgr.* subministrament de continguts per a una pàgina web); o que el servei pugui ésser qualificat d'estàndard (*vgr.* desinfectar una instal·lació; podar les plantes del jardí, instal·lar calefacció en l'habitació) o fet a mida (confeccionar un vestit, dissenyar una joia, assessorar econòmicament determinades inversions, tractaments mèdics) per bé que, naturalment, les especificitats i particularitats de cada servei exigiran o no instruccions, o que aquestes siguin més o menys precises i, en definitiva, un diferent grau de col·laboració entre el prestador de serveis i el client. Per això, eventualment, hi haurà casos en què no totes les disposicions generals resultaran aplicables o no amb la mateixa intensitat, especialment quan el servei sigui d'execució instantània o de curta durada o no comporti especial complexitat (*vgr.* servei de massatge a domicili; servei de perruqueria). No es té tampoc en compte la condició de consumidor del client, la qual cosa no obsta, però, per a l'aplicació preferent de les normes especials de consum quan escaigui (*vgr.* tocant als deures d'informació o en matèria de desistiment).

2.1 Una concepció àmplia del servei que inclogui l'obra i, en general, el resultat

Deixant de banda l'evidència que els serveis als que s'hauria de circumscriure la regulació són el de treball autònom i que no queden sotmesos al Dret laboral, el primer pas és determinar si s'ha d'adoptar una concepció àmplia del servei que no es limiti a les prestacions de mera activitat o si, tot el contrari, és millor decantar-se per dues modalitats contractuals distintes, això és, d'una banda el contracte d'obra i, de l'altra, el contracte de serveis, cadascuna d'elles amb una regulació autònoma i independent. El problema d'aquest segon enfocament és que obliga a una definició del contracte d'obra que no sempre serà fàcil, tenint en compte que aquesta no necessàriament ha de limitar-se a la creació de nous béns materials (*vgr.* un edifici) o immaterials (*vgr.* una creació intel·lectual); que hi ha obres que, pel seu caràcter evanescent, poden plantejar problemes de delimitació amb els serveis (*vgr.* descarregar una màquina d'un camió¹⁰²); o que l'obra tampoc sempre podrà identificar-se a partir de la seva autonomia quan s'incorpori a una altra cosa (*vgr.* construcció d'una nova teulada en un edifici).¹⁰³ Per això, el contracte

¹⁰² *Vid.* STS 6 de maig de 2004 (RJ 2099): “[E]l contrato que ligaba a las partes constituye un genuino contrato de obra, que pretendía tan sólo la descarga de la máquina, o sea, un concreto resultado u opus”. La sentència recolza, addicionalment, en que “falta la nota de dependencia o subordinación que suele concurrir en la *locatio operarum*”.

¹⁰³ En canvi, l'anterior Secció de Dret Patrimonial, proposava la següent definició, en l'art. 651-2: [1] “[P]el contracte d'execució d'obra, la persona que executa l'obra s'obliga a dur a terme una activitat dirigida a crear una cosa corporal, a partir de l'especificació d'uns

d'obra tampoc no pot venir tipificat per l'existència d'una obligació de donar, juntament amb la de fer, perquè aquella és accessòria i pot no existir.

Sembla preferible definir els contractes de serveis de la manera més simple i més àmplia possible, com aquells en què una part s'obliga envers l'altra a desenvolupar una activitat, generalment a canvi d'una remuneració (que haurà de presumir-se en els contractes en què una de les parts sigui un professional) i, addicionalment, preveure en un segon paràgraf que el servei *pot comportar* la creació, reparació o transformació de béns immobles o mobles, fins i tot incorporals. Es tractaria d'indicar clarament que la denominació "contracte de serveis" absorbeix el comunament conegut en la majoria d'ordenaments jurídics com a "contracte d'obra", el subtipus més evident del qual és el contracte de construcció/reparació (en el CC, art. 1588 ss; art. 1600); però, alhora, també es tractaria de fer palès que l'obra s'identifica, més genèricament, amb la consecució d'un resultat que, per tant, *pot no comportar* la creació, reparació o transformació de béns.

La distinció entre mitjans i resultat és important perquè permet determinar què o quina finalitat s'incorpora a l'obligació, això és, quina és exactament la prestació del deutor. La seva concreció exigiria, potser, incloure una norma que preveïés els criteris en virtut dels quals s'entén que un determinat resultat és exigible, la qual cosa dependrà en cada cas de la determinació d'allò pel qual el deutor es compromet a respondre, a partir de la concreció de les expectatives del creditor. Si aquest no les formula expressament, caldrà recórrer a un judici de probabilitat, en què les circumstàncies en què ha de dur-se a terme el servei coadjuvaran a establir quines eren aquestes i, per tant, a què s'obligava el deutor: el nivell de risc de la prestació, la capacitació i habilitats del prestador de serveis, el preu acordat, les circumstàncies de les que es faci dependre el pagament, la major o menor col·laboració requerida al creditor, etc. En definitiva, la qüestió depèn de la interpretació del contracte, però no seria sobrer detallar aquests criteris expressament en una norma. És una opció preferible, tant a una genèrica remissió a "la voluntat de les parts, la llei o els usos"¹⁰⁴, com a la fixació d'una norma general abstracta en la línia del que estableix l'art. IV.C - 2:106 DCFR, que imposa al deutor (prestador de serveis) la càrrega de destruir les expectatives raonables del creditor si no vol quedar vinculat a l'obtenció del resultat.

materials, o incorporal, susceptible de ser identificada de la resta de coses a les que pot quedar incorporada i amb autonomia pròpia, i a lliurar-la a la persona comitent, amb o sense retribució" (vid. Departament de Justícia. Observatori de Dret Privat de Catalunya. Secció de Dret Patrimonial, *Treballs Preparatoris del Llibre sisè del Codi Civil de Catalunya "Les Obligacions i els Contractes"* (tancat a data de 23 d'abril de 2004) (inèdit).

¹⁰⁴ Vid. Secció de Dret Patrimonial, *Treballs Preparatoris*, art. 651-6. En aquest sentit, també STS 24 d'octubre de 2002 (RJ 8975).

2.2 Diligència exigible, també en les obligacions de resultat

A l'hora d'establir la diligència exigible és possible inspirar-se en una regla com la que proporciona l'art. IV. C - 2:105 DCFR, però és pot simplificar i també s'hauria d'admetre el pacte (art. 1104.2, I CC esp), sempre que aquest no tingui per objecte excloure el deure d'observar la normativa aplicable al servei quan el prestador sigui un professional. Si les parts no expressen la diligència prestable s'han de preveure subsidiàriament els paràmetres que han de servir per determinar-la: entre d'altres, les qualitats personals del prestador del servei, les circumstàncies de temps i de lloc en què el servei ha de prestar-se, els riscos previsibles i l'existència o no de retribució i la seva quantia.

L'antiga Secció de Dret Patrimonial només tenia en compte la infracció de la diligència (del bon pare de família o del bon professional) quan l'obligació era de mitjans. Si l'obligació era de resultats, el prestador responia per la seva no consecució, tret de força major.¹⁰⁵ Ja s'ha dit també que, en el DCFR, el deure de diligència s'imposa en tot cas (àdhuc si es pacta una obligació de resultat) però s'admet que el client pot optar per reclamar en virtut de la infracció de l'obligació principal per manca de consecució del resultat (quan aquest s'hagi pactat o sigui l'esperable), sense necessitat de demostrar la infracció del deure de diligència en el compliment de l'obligació principal. Cal tenir en compte que les normes sobre remeis en el Llibre III DCFR, a les quals remet la regulació, enlloc no introdueixen el paràmetre de la culpa i, en conseqüència, la reclamació de danys no depèn de la seva infracció.

A manca d'ulteriors reflexions, de moment no es veu la necessitat d'introduir, en aquesta part general, una norma que objectivitzï la responsabilitat per manca de consecució del resultat. Si la diligència és sempre exigible i els criteris d'imputació de danys són el dol i la culpa (art. 1101 CC), això no varia pel fet que l'obligació sigui de mitjans o de resultat. Per tant, no sembla correcte prescindir per a aquestes últimes d'aquest esquema. Si la conducta no condueix a l'efecte esperat, és necessari una valoració per determinar la imputabilitat de l'incompliment i, per tant, la responsabilitat per danys. Si malgrat la no consecució del resultat, el deutor ha estat diligent, no hi haurà responsabilitat (*vgr.* el pintor que es posa malalt el dia abans de lliurar el quadre no té culpa). Prescindir del vincle causal entre la conducta i l'efecte que aquella procura, significa prescindir del propi concepte d'obligació. És el que fa el deutor quan garanteix el compliment, tot assumint llavors una nova

¹⁰⁵ *Vid.* Secció de Dret Patrimonial, *Treballs Preparatoris*, pàg. 73-74, art. 651-6, 2: “[S]i de la voluntat de les parts, la llei o els usos resulta que amb l’activitat compromesa s’ha d’obtenir un resultat, i aquest no s’obté, la persona que presta el servei o la que executa l’obra solament poden eximir-se de responsabilitat quan es prova la força major”.

obligació, que és la d'indemnitzar danys i perjudicis per la no consecució del resultat.

La jurisprudència no sempre parteix d'aquestes mateixes premisses. En el cas resol per la STS 14 juliol 2006¹⁰⁶, queda clar que el deutor havia assumit una obligació de resultats:

“[...] no habiéndose producido la insonorización, que era el resultado propuesto como objetivo primario, ha de haberse producido un incumplimiento, suponiéndose en tal caso, con apoyo en preceptos como los contenidos en los arts. 1098, 1101, 1103, 1104 y 1182 a 1184 del Código civil, que ha habido al menos una negligencia o una impericia en la actuación del contratista [...], con lo que estamos ante una típica obligación de resultado, que la doctrina y la jurisprudencia han identificado como variante de las obligaciones de hacer en la que se define el contenido de la prestación del deudor a partir de la inclusión o no en la prestación comprometida del logro o de la realización de aquél «interés primario» del acreedor que subyace en la constitución del vínculo obligatorio, de modo que el deudor no se obliga solamente a desplegar una actividad diligente con vistas a la obtención de un determinado resultado, sino que es el logro de ese resultado concreto el que se constituye en contenido de la prestación del deudor”.

El mateix, la STS 12 de març de 2008¹⁰⁷, en un cas de cirurgia maxilofacial:

”[...] comprometió un resultado satisfactorio al término de la intervención o lo que es igual, aseguró o garantizó el interés final perseguido por el paciente [...] captando su voluntad para realizar un tratamiento que en principio, y conforme al deseo de la paciente, iba a adecuarse a las pautas señaladas por el médico especialista en esta clase de actuaciones, que le había reconocido con anterioridad [...] y esta actuación deja al margen cualquier valoración sobre los elementos que conforman la responsabilidad que pudiera derivar de la intervención médica para aproximarla al régimen jurídico del arrendamiento de obra y no de servicios, en el que el resultado ofertado o prometido, y no los medios que se pusieron a disposición de la paciente, resulta suficiente para responsabilizar al facultativo del daño”.

Les dues sentències transcrites posen l'accent en què l'interès primari del creditor és l'obtenció d'un concret resultat, però difereixen en el raonament. La primera no independitza aquest resultat de la conducta del deutor (en presumeix la culpa), però sí que ho fa la segona, que prescindeix de la relació causal entre una i altre, segurament per les especials circumstàncies del cas en les que s'aprecia “captació de voluntat” del metge. Ara bé, una i

¹⁰⁶ RJ 2006/6380.

¹⁰⁷ RJ 2008/4045.

altra sentència coincideixen a l'hora de jutjar el règim de la responsabilitat en les obligacions de resultat o contracte d'obra i consideren que la responsabilitat per incompliment es produeix en el moment en què aquell no es produeix. Convé assenyalar, però, que si el deutor hagués de respondre en tot cas per la no consecució del resultat, el judici d'imputabilitat seria sobrer, contràriament al que pot llegir-se en la primera de les sentències esmentades que, com ja s'ha dit, estima que hi ha culpa (tot presumint-la, però). Si la segona no la té en compte és perquè també prescindeix que allò que caracteritza l'obligació és la seva qualificació com a conducta de caràcter jurídic i no merament material (art. 1088 CC esp.) i, per tant, focalitza l'atenció en l'existència d'una garantia del compliment. L'argument no s'hauria de generalitzar. Com ja s'ha dit, si l'obligació és una conducta apta per a aconseguir el resultat pactat o esperat, la seva no consecució no pot ser l'únic indicatiu determinant de la responsabilitat, ni hauria de fer presumir la culpa: per poder reclamar danys, el creditor hauria de provar la manca de diligència del deutor en la seva no obtenció.

3. Zones encara grises

És evident que el mandat pot tenir per objecte la mateixa categoria de prestacions que un contracte de serveis i també que el criteri de la remuneració no serveix per a delimitar un i altre tipus, no solament perquè en els treballs actuals es parteix de la base que el contracte de serveis pot ésser gratuït, sinó també perquè el mandat sovint té en consideració uns criteris de gestió professional que advoquen per la no gratuïtat.¹⁰⁸ La Secció de Dret Patrimonial de l'Observatori de Dret Privat es va plantejar en el seu moment la delimitació entre un i altre contracte i, clarament, optava per l'exclusió del contracte de mandat de la regulació general del contracte de serveis, tot entenent que aquest darrer havia de tenir caràcter residual, això és, que la seva regulació no havia d'aplicar-se si no amb caràcter subsidiari als contractes nominats típics.¹⁰⁹ Això exigia regular a part i delimitar clarament

¹⁰⁸ Vid. Secció de Dret patrimonial, *Treballs preparatoris*, pàg. 84.

¹⁰⁹ Secció de Dret Patrimonial, *Treballs preparatoris*, pàg. 71-72: “[L]’objecte del contracte de serveis queda configurat per la prestació d’una activitat que no comporta una cosa nova. Amb tot, cal excloure de l’objecte del contracte de serveis –en sentit estricte, que d’altra banda, és el que ara ens ocupa– totes aquelles activitats que configuren l’objecte d’un contracte tipificat de forma autònoma –servei en sentit ampli– com els de societat, mandat, mediació, dipòsit, hostalatge, edició, representació teatral i execució musical, transport... Tots ells tenen la consideració de contractes especials front al general de serveis, de forma que redueixen el seu àmbit objectiu. Ens trobem davant d’una relació generalitat/especialitat que converteix el contracte de serveis en un contracte residual en el que s’inclouen tots aquells serveis –en el sentit ampli de *facere*– la prestació dels quals no és objecte d’una tipificació especial. El contracte de serveis actua, en definitiva, i així es pretén que ho faci, com un calaix de sastre de les relacions jurídiques dirigides a la prestació d’una activitat que no disposen d’una

l'objecte del contracte de mandat, que la Secció entenia referit a la “gestió d'assumpes del mandant” en sentit ampli (art. 652-1).¹¹⁰ Ara bé, si actuar o gestionar per compte d'un altre és, en definitiva, prestar-li un servei, no es veu perquè no haurien d'ésser generals per a un i altre contracte normes sobre remuneració, diligència exigible, deure de col·laboració entre les parts, instruccions, o desistiment, sens perjudici d'ulteriors especificacions en una regulació pròpia del contracte de mandat, en un nou capítol dins del mateix títol on, a la vista la definició àmplia del concepte de servei en els actuals treballs, s'hauria de precisar sense ambigüitats i de forma restrictiva en què consisteix l'activitat de gestió del mandatari i, naturalment, preveure la regulació dels efectes entre mandant/mandatari i tercers, cosa que exigiria plantejar-se prèviament si el mandat ha de ser o no representatiu.

Consideracions del mateix estil, això és, sobre la seva inclusió en el títol dedicat al contracte de serveis, cal fer tocant al dipòsit, que és un servei tipificat per l'activitat de custòdia. Caldrà plantejar-se llavors si aquest ha de continuar essent un contracte real o si, tot el contrari, és preferible inclinar-se per la seva naturalesa consensual, així com la conveniència d'estendre'l als béns incorporals. Posat que l'accent es vulgui posar en l'activitat de custòdia en si mateixa considerada, molt més que en el fet de traslladar la cosa o el bé al lloc on el dipositari l'ha de custodiar, no hi hauria d'haver problema en incloure com a objecte de dipòsit els béns immobles.¹¹¹ Addicionalment, el grup de treball hauria de considerar l'oportunitat de regular el contracte d'aparcament de vehicle com a modalitat seva, sempre que el cotxe es dipositi en un pàrking tancat, en el que l'entrada i la sortida estiguin impedides per barreres i al que només es pugui accedir prèvia presentació del tiquet corresponent, tal i com preveu el DCFR i, a Espanya, la L. 40/2002,

normativa específica, alhora que disposa una normativa que resultarà aplicable de forma subsidiària als contractes de serveis tipificats de forma autònoma”.

¹¹⁰ Art. 652-1: “[P]el contracte de mandat, el mandatari, amb l'acceptació, s'obliga a gestionar els assumptes que el mandat li ha encomanat”. L'explicació, però, és ambigua per què també es dona a entendre que l'objecte del mandat són els actes jurídics i no merament materials. *Vid.* Secció de Dret Patrimonial, *Treballs preparatoris*, pàg. 85: “[...] el deure de prestació que assumeix el mandatari en el context del vincle contractual és el de “gestionar assumptes aliens”, és a dir, una actuació per compte del mandant, fins el punt que una part significativa de la doctrina jurídica italiana configura jurídicament el mandatari com un cooperador en la realització d'un acte jurídic aliè.” [...] “el deure de prestació que assumeix el mandatari, es pot concretar en la realització de qualsevol activitat jurídica rellevant per compte del mandant, que es pot projectar sobre qualsevol tipus de serveis que es tradueixin en una gestió en sentit ampli d'assumpes del mandant”.

¹¹¹ La raó que donava la Secció de Dret Patrimonial per a excloure el dipòsit de béns immobles és que el projectat Llibre Vè CC Cat preveia un capítol específic sobre administració de béns aliens (*Vid.* *Treballs Preparatoris*, pàg. 106). Aquesta darrera regulació no va reeixir, però tampoc l'argument era definitiu: el concepte d'administració és dinàmic i, per contra, la custòdia en què consisteix el dipòsit és un concepte estàtic.

de 14 de novembre, *reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos*).¹¹² Efectivament, l'art. 1.1 L. 40/2002, estableix com a deures de qui presta el servei la "cessió d'un espai" i el deure de "vigilància i custòdia".¹¹³ L'art. 3.1 *c* estableix el deure de restituir el vehicle i, com a "servei especial" (art. 3.2), també el dels objectes que hi ha en el vehicle. Addicionalment, el titular de l'aparcament té, igual que en el dipòsit, el dret de retenció sobre el vehicle si el seu titular no li paga el servei (art. 6.4). La jurisprudència, tant l'anterior com la posterior a l'esmentada norma, destaca les obligacions de guarda i custòdia que, com si fos dipositari, corresponen al titular del local.¹¹⁴

Una altra de les qüestions que caldrà abordar i respecte de la qual caldrà discutir si la seu més oportuna és el títol dedicat a la compra-venda o, per contra, el dedicat als serveis, és la següent: cal incorporar normes sobre delimitació amb la compra-venda? Si és que sí, encara caldria distingir en funció del tipus de serveis: *vgr.* venda i posterior instal·lació del bé¹¹⁵; o venda d'un bé prèviament construït.¹¹⁶ En aquest darrer cas, la distinció és especialment important, posat que la responsabilitat per vicis de la cosa del venedor i del constructor sigui distinta (*cfr.* art. 1591 CC esp.; art. 17 LOE),

¹¹² Cal fer notar que la Secció de Dret Patrimonial va fer una regulació detallada, tot distingint entre contracte d'arrendament de places, de pupil·latge i de pàrquing, que ubicava en un capítol independent dins del Títol 6 (contractes sobre objecte aliè) i, per tant, al marge del Títol 5 (Contractes sobre activitat aliena), on s'inclouïa la regulació dels contractes d'obra i de serveis i del dipòsit. En tot cas, admetia que el contracte de pupil·latge i de pàrquing exigien la custòdia del vehicle. *Vid.* *Treballs preparatoris*, pàgs. 130-145 (Cap. 4, Tít. 6, art. 664-1 a 25).

¹¹³ Art. 1.1 L. 40/2002: "[E]sta Ley establece el régimen jurídico aplicable a los aparcamientos en los que una persona cede, como actividad mercantil, un espacio en un local o recinto del que es titular para el estacionamiento de vehículos de motor, con los deberes de vigilancia y custodia durante el tiempo de ocupación, a cambio de un precio determinado en función del tiempo real de prestación del servicio."

¹¹⁴ *Vid.*, entre moltes, SAP Valencia 26 de gener de 2000 (RJ 162); SAP Barcelona 27 de gener de 2000 (RJ 1041), SAP Barcelona 22 d'abril de 2002 (RJ 1137), SAP 28 de setembre de 2007 (JUR 134560). Totes les sentències es fan ressò de la dificultat de tipificació del contracte d'aparcament de vehicles i, tot distingint-lo del contracte de garatge (= arrendament), opten per considerar-ho dipòsit.

¹¹⁵ Tocant a les vendes de consum, *vid.* art. 115.2 RDLeg. 1/2007, de 16 de novembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (BOE 287, de 30 de novembre), que equipara la manca de conformitat provinent d'una instal·lació incorrecta (contracte de serveis) a la manca de conformitat del producte, en les circumstàncies previstes en el precepte. *Id.* art. 2.5 Dir. 99/44 i art. IV.A - 2: 304 DCFR. La idea es troba àmpliament desenvolupada en els comentaris als PEL SC. *Vid.* BARENDRECHT *et alii*, PEL SC, Art. 1:101, F, pàg. 145-146, on es posa en relleu que la instal·lació no té suficient autonomia com per a considerar-se contracte de serveis si consisteix en un procediment estandarditzat. En aquest cas, el contracte s'ha de qualificar com a compra-venda. Addicionalment, *vid.* art. 2.3 PDDC.

¹¹⁶ L'art. 115.1 RDLeg. 1/2007, aplica el règim de la manca de conformitat de la venda de béns de consum "al suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse".

així com també la distribució dels riscos per pèrdua de la cosa deguda (*cf.* art. 1589-1590 CC esp; art. 1452.1 CC esp.). El criteri de l'aportació de materials pot ser rellevant per distingir entre venda de cosa futura (si subministra el material qui fa el treball) o contracte de servei en la modalitat de contracte d'obra (si els materials els subministra qui encarrega l'obra)¹¹⁷ però, certament, no és definitiu, si el valor dels materials és inferior al del treball que cal esmerçar en la producció del resultat.¹¹⁸ Al marge d'aquest criteri, un altre indicatiu que es pot tenir en compte són les instruccions del client en l'elaboració de l'objecte resultant, de manera que a menor marge d'autonomia del prestador, més pes haurà de tenir la consideració com a contracte de serveis. Si, a la inversa, el que es pretén en tot cas és fer responsable al venedor de la manca de conformitat del bé resultant, el contracte haurà de ser qualificat com a compra-venda.¹¹⁹ És l'opció per la que es decanten els comentaris a l'art. IV.C - 3:104 DCFR, en relació amb els contractes que tinguin per objecte la construcció d'un bé seguint les instruccions del client. Els comentaris entenen aplicables les regles de conformitat de la compra-venda, tot i que el contracte mereix la qualificació de mixt (serveis i venda). En tot cas, cal recordar que la remissió a l'art. IV.A - 1:102 DCFR només és pertinent en el cas de construcció de béns mobles que s'han de produir o manufacturar.¹²⁰

¹¹⁷ Per bé que l'art. 1588 CC esp. qualifica en tots dos casos el contracte com d'obra.

¹¹⁸ La Secció de Dret patrimonial proposava el següent, en l'art. 651-2, 2: “[E]l contracte és d'execució d'obra quan la determinació de la retribució es fa segons el valor de l'activitat que s'ha de realitzar per a la creació i és de compra-venda quan el preu es fixa en funció del valor de la cosa”. La nota explicativa diu que la definició concorda amb l'art. 2103 CCQ (*Treballs Preparatoris*, pàg. 72). Si és així, “valor de la cosa” ha de ser “valor dels materials” o “valor del bé” que s'incorpora a un altre, però no ha d'identificar-se amb el “valor del producte final resultant de l'activitat o el treball esmerçat en la seva producció”. *Vid.* art. 2103 CCQ: “1. [L]’entrepreneur ou le prestataire de services fournit les biens nécessaires à l'exécution du contrat, à moins que les parties n'aient stipulé qu'il ne fournirait que son travail. 2. Les biens qu'il fournit doivent être de bonne qualité; il est tenu, quant à ces biens, des mêmes garanties que le vendeur. 3. Il y a contrat de vente, et non contrat d'entreprise ou de service, lorsque l'ouvrage ou le service n'est qu'un accessoire par rapport à la valeur des biens fournis”.

¹¹⁹ *Vid.* STJCE 25 de febrer de 2010, *Car Trim GmbH vs. KeySafety Systems Srl*, que interpreta l'expressió “venda de mercaderies” emprada en l'art. 5.1, *b* Reglament 44/2001, de 22 de desembre de 2000.

¹²⁰ *Vid.* supra n. 97. Una anàlisi de les solucions existents en altres codis civils europeus, a P. SALVADOR CODERCH, comentari a l'art. 1588 CC esp., Ministerio de Justicia (ed.), *Comentario del Código civil*, II, 1993, [pàg. 1175-1182], pàg. 1178-1180.

VI. REFLEXIONS FINALS

Les pàgines precedents han destacat alguns aspectes del contracte de serveis, tot oferint una panoràmica general de la presentació que en fan el dret comunitari, alguns ordenaments jurídics i el *soft law* representat pel DCFR. S'ha fet amb la vista posada en els treballs, encara inacabats, que actualment està duent a terme el grup constituït amb ocasió d'una futura regulació del contracte de serveis a Catalunya. De moment, només s'han redactat unes disposicions generals potencialment aplicables a una pluralitat indeterminada de serveis, dada que ja indica que són susceptibles d'una interpretació i aplicació flexibles. Però és convenient descendir del nivell d'abstracció a una base més concreta i, per això, en un segon moment caldria abordar la redacció d'una part especial, amb la tipificació d'alguns contractes de serveis en particular. Certament, això planteja el problema de la impossibilitat d'abastar-los tots i, per això, l'enfocament funcional adoptat pel DCFR pot ésser, de nou, un model a seguir. L'alternativa seria centrar la regulació en els contractes d'algun sector professional concret. El document presentat al Ple de l'Observatori, l'11 de febrer de 2009, i en el que es descriu una possible estructura i sistemàtica del Llibre VI¹²¹, suggeria la possibilitat de decantar-se pels contractes sobre serveis mèdics; en l'avantprojecte elaborat per la Secció de Dret patrimonial, l'any 2004, es regulava expressament el contracte d'execució d'obra immobiliària i es preveia la incorporació del contracte de viatge combinat.¹²² Es tracta de decisions de política legislativa que correspon adoptar al legislador català, però caldrà veure si el nou Govern que sortirà de les urnes en dates molt properes està disposat a continuar prenent-les.

¹²¹ Que després seria aprovada pel Ple de la Comissió de Codificació. Vid. M. MARTÍN CASALS, "Presentació General" i allà l'Annex, en aquestes mateixes jornades.

¹²² En relació amb els viatges combinats, cal tenir en compte que la Comissió europea prepara una reforma de la Directiva 90/314 i que possiblement presenti una nova proposta a començaments de l'any 2011. Vid. http://ec.europa.eu/consumers/rights/travel_en.htm#travel.

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 assolixi 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 topiar, 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 usuales -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.

QUÈ ESPEREM D'UNA NOVA REGULACIÓ DE SERVEIS?

YAGO CUESTA CIVÍS

ADVOCAT¹

SUMARI I. INTRODUCCIÓ. II. ESTAT ACTUAL DE LA REGULACIÓ DEL CONTRACTE DE SERVEIS. III. ELEMENTS A TENIR EN COMPTE EN UNA EVENTUAL REGULACIÓ DE LA PRESTACIÓ DE SERVEIS EN EL MARC DEL CCC.

I. INTRODUCCIÓ

Aquestes línies pretenen ser una petita aportació des del món de la pràctica jurídica a la futura regulació del contracte de serveis en el marc del procés d'elaboració del Codi Civil de Catalunya ("CCC") i, en concret, del seu llibre sisè, predestinat pel legislador català a regular les obligacions i contractes a partir de l'actual llibre quart del Text Refós de la Compilació de Dret Civil de Catalunya². A tal efecte, donaré, en primer lloc, unes breus pinzellades sobre quina és, des del meu punt de vista (centrat, bàsicament, en la redacció i negociació de contractes de serveis), l'estat actual de la qüestió per tal de suggerir, en una segona part, alguns elements que, al meu entendre, hauria de contenir (o, més precisament, hauria de tenir en compte) una eventual regulació de la relació de prestació de serveis en l'àmbit del CCC.

¹ Col·legiat a l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona. Associat al Departament de Dret Mercantil del bufet *Garrigues Abogados y Asesores Tributarios*, Barcelona. Les opinions contingudes en aquest escrit només reflecteixen el parer del seu autor i no vinculen en cap cas a la firma *Garrigues Abogados y Asesores Tributarios* ni representen cap presa de posició per part de l'esmentada entitat sobre les qüestions plantejades.

² Decret Legislatiu 1/1984, de 19 de juliol.

II. ESTAT ACTUAL DE LA REGULACIÓ DEL CONTRACTE DE SERVEIS

La primera dada que destaca a l'hora d'encarar aquest tema és la manca de regulació actual de la prestació de serveis en el dret civil català i, alhora, la insuficient regulació del contracte de serveis (o, més, exactament, del contracte d'arrendament de serveis) en el Codi Civil espanyol ("CC"), certament més centrat en el trànsit de coses (obligacions de "donar") que en la prestació de serveis (obligacions de "fer"). En efecte, la minsa atenció que el CC dedica a l'arrendament de serveis no va, de fet, més enllà de la seva definició a l'article 1.544³ i de l'enumeració que l'article 1.583 fa de les modalitats temporals de l'arrendament de serveis de criats i treballadors assalariats⁴, convertint-lo en la pràctica en un contracte "*quasi atípic*"⁵ o en un contracte "*nomenat*"⁶ però atípic pel que fa a la seva regulació.

Aquesta manca de regulació general en l'àmbit del dret privat (civil i mercantil), unida a l'increment quantitatiu i qualitatiu dels serveis en el món actual (tant pel que fa a la diversitat d'activitats com a llur nivell de sofisticació), fan que, en la pràctica, tingui un paper essencial el principi d'autonomia de la voluntat (llibertat de pacte) entre les parts, emparats pel CC (article 1.255) i (encara amb més força) pel CCC (a través del principi de la llibertat civil establert a l'article 111-6). Així doncs, ja sigui en la redacció i negociació de contractes "a mida" amb clients d'especial importància (com ara, per exemple, per al desenvolupament de projectes de *software ad hoc*) o a l'hora de preparar condicions generals de contractació que el prestador de serveis predisposa amb caràcter general als seus potencials clients, la tendència és utilitzar fins allà on resulti legalment possible el principi de l'autonomia de la voluntat de les parts (o de la voluntat de la part predisposant, en el segon dels casos esmentats) per tal de trobar solucions creatives que s'ajustin a les necessitats concretes del servei i intentin regular totes les qüestions previsible *ex ante*. Es tracta, doncs, de contractes molt exhaustius i casuístics, que normalment deixen poc marge a l'aplicació (ja sigui directa o per analogia) d'un règim legal, com hem vist, bastant magre i incert.

³ "En el arrendamiento de obras o servicios, una de las partes se obliga a ejecutar una obra o a prestar a la otra un servicio por precio cierto".

⁴ "Puede contratarse esta clase de servicios sin tiempo fijo, por tiempo cierto, o para una obra determinada. El arrendamiento hecho por toda la vida es nulo".

⁵ En aquest sentit, VAQUERO PINTO, MARÍA JOSÉ, "Contratos de Servicios", a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO (Dir), *Contratos Mercantiles*, Vol. I, Thomson - Aranzadi, 3^a edició, 2007, pp. 657-711.

⁶ En aquest sentit, NAVAS NAVARRO, SUSANA, "Catering: sus formas contractuales", Tirant Lo Blanch, Colección Privado, València, 1998.

Anant un pas més enllà, si volem aplicar la dogmàtica a les solucions assolides en la pràctica, ens trobarem amb contractes de serveis majoritàriament atípics (dificilment reductibles, en tot cas, al “tipus” de l’arrendament de serveis) i, molt sovint, mixtes (aiguabarreig d’arrendament de serveis, arrendament d’obra, mandat i d’altres).

A títol d'exemple, en un contracte de prestació de serveis de restauració col·lectiva o càtering poden conuiuïre fàcilment elements de: (a) l’arrendament d’obra (encara que atípic, pel seu caràcter aquí periòdic), on el resultat de l’activitat a lliurar són els àpats; (b) el subministrament (en aquest cas, de menjars); (c) l’arrendament de serveis (consistents en la distribució dels menjars dins de les instal·lacions del client i en la neteja de les mateixes); i (d) el comodat (en forma de cessió a títol gratuït per part del client al contractista de l’ús de les cuines i equipament propietat del primer necessaris per a la correcta realització de l’activitat que constitueix l’objecte del contracte).

Ara bé, la parquedat de la regulació civil (i també mercantil) general, contrasta amb la proliferació d’una normativa sectorial (en línia amb la multiplicació i sofisticació creixent dels serveis), sovint de caràcter imperatiu, que limita l’àmbit de l’autonomia privada a l’hora de definir el contingut de la prestació de serveis i de delimitar els respectius drets i obligacions de les parts. N’hi ha prou amb pensar, per exemple, en el sector del transport⁷, la publicitat⁸, l’agència comercial⁹, la societat de la informació¹⁰, l’ordenació de l’edificació¹¹ o els serveis de pagament¹².

En aquest mateix sentit, també resulta de gran importància pràctica, especialment pel que fa a la determinació del nivell de diligència exigible al prestador de serveis i dels conseqüents supòsits d’incompliment o de compliment parcial (defectuós) del contracte, la *lex artis* que regula l’activitat del professional prestador dels serveis i, en especial, els seus deures envers el client (sense anar més lluny, en l’àmbit de l’assessorament jurídic), l’aplicació de la qual ve reforçada pel caràcter mercantil del contracte d’arrendament de serveis i obra quan, com passa en la majoria de casos, s’emmarquen en

⁷ Llei 15/2009, d’11 de novembre, del contracte de transport terrestre de mercaderies (si bé, en aquest cas, l’article 3 consagra, amb caràcter general, la naturalesa dispositiva de la norma).

⁸ Llei 34/1988, d’11 de novembre, general de publicitat.

⁹ Llei 12/1992, de 27 de maig, sobre el contracte d’agència.

¹⁰ Llei 34/2002, d’11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i del comerç electrònic.

¹¹ Llei 38/1999, de 5 de novembre, d’ordenació de l’edificació.

¹² Llei 16/2009, de 13 de novembre, de serveis de pagament.

una organització empresarial o professional¹³ i la conseqüent aplicabilitat dels usos de comerç com a font normativa (*ex* article 2 del Codi de Comerç).

Finalment, però no per això menys important, a l'hora d'encarar a dia d'avui el contracte de prestació de serveis, no podem menystenir consideracions corresponents a altres branques de l'ordenament jurídic però que, pel seu impacte determinant en el disseny i execució de l'estructura contractual, no poden restar alienes als civilistes i mercantilistes.

Ocupa un lloc destacat en aquest capítol la normativa laboral, no només pel fet d'haver deixat sense efecte pràctic els articles 1.584 a 1.587 del CC en tot el que respecta a la prestació de serveis per compte aliè, sinó per la qüestió, sempre bategant i punyent, del risc de requalificació en seu judicial de la relació de serveis com a laboral quan les notes d'independència del prestador de serveis respecte del client, de disposició dels propis mitjans humans i materials necessaris per a realitzar els serveis i de llur organització autònoma per part del prestador es veuen afeblides, ja sigui *de iure* o *de facto*.

Sense voluntat de ser exhaustiu, altres aspectes normatius a tenir en compte són: (a) la propietat intel·lectual i industrial (tant en quant a la protecció del *know how* del prestador de serveis a través dels mecanismes contractuals i de la normativa sancionadora de la competència deslleial com a la defensa de la propietat i interessos legítims del client a través de l'obligació de confidencialitat); (b) la protecció de dades de caràcter personal (on destaquen el tractament pel prestador de serveis, per compte del client, de les dades incloses en bases propietat d'aquest darrer a les que el prestador tingui accés, com a supòsit diferent a la cessió¹⁴, així com tot el tema de la implantació de les mesures de seguretat necessàries); (c) la normativa relativa a la protecció dels consumidors i condicions generals de contractació¹⁵; i (d) l'eventual responsabilitat del principal, en el supòsits de subcontractació o *externalització* d'una activitat que es pot considerar com a pròpia (*outsourcing*), pels deutes del subcontractista en l'àmbit fiscal i de la seguretat social.

¹³ En aquest sentit, entre d'altres, la Sentència del Tribunal Suprem de 10 de febrer de 1984.

¹⁴ Article 12 de la Llei Orgànica 15/1999, de 13 de desembre, de protecció de dades de caràcter personal.

¹⁵ Principalment, donat llur abast general, el Reial Decret Legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel que s'aprova el text refós de la Llei General per a la Defensa dels Consumidors i Usuaris i altres lleis complementàries, i la Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació. De igual manera, en l'àmbit català, la Llei 22/2010, de 20 de juliol, del Codi de Consum de Catalunya.

III. ELEMENTS A TENIR EN COMPTE EN UNA EVENTUAL REGULACIÓ DE LA PRESTACIÓ DE SERVEIS EN EL MARC DEL CCC

Sense ànim d'entrar en disquisicions dogmàtiques a les que els pràctics del dret som bastant refractaris, crec, en primer lloc, que caldria superar la dicotomia (al meu parer, mancada de sentit pràctic) entre l'arrendament de serveis (suposadament centrat en l'activitat) i arrendament d'obra (suposadament centrat en el resultat). En el món real, és sovint molt difícil determinar on s'acaba l'activitat i on comença el resultat. En darrera instància, tots els serveis es tradueixen (i, sobre tot, són mesurats pel client) en termes d'un resultat. En altres paraules, l'obligació de fer del contractista (és a dir, de posar els mitjans i dur a terme l'activitat adient per tal d'assolir el resultat típic o esperat pel client) queda fins a tal punt regulada en el contracte (on sovint s'estableixen nivells de diligència i qualitat fàcilment objectivables) que esdevé realment una obligació de resultat, de manera que el risc de no obtenció del resultat en termes de quantitat, qualitat i/o termini es trasllada en gran mesura al prestador dels serveis o bé queda repartit entre les parts en funció del grau d'utilitat assolit pel client per tal d'evitar enriquiments injustos que trenquin l'equilibri del contracte (així, per exemple, el pacte de *cuota litis* en els serveis jurídics o, més genèricament, el *success fee* en contractes d'assessorament i inversions financeres).

Val a dir aquí que el manteniment d'una suposada dualitat de règims de responsabilitat (subjectiva, en el cas de la prestació de serveis, i objectiva, en el cas de l'execució d'obra) no justifica, al meu entendre, el manteniment artificial (i dogmàtic) de la distinció entre serveis i obra, per la doble raó que: (a), com diversos autors han fet palès¹⁶, és discutible que la diferència entre l'obligació d'activitat i de resultat doni lloc en ella mateixa a un diferent règim de responsabilitat del deutor en cas d'incompliment (més aviat sembla que el règim de responsabilitat previst en els articles 1.101 a 1.105 del CC és únic i basat en els conceptes de dolo, culpa o negligència - és a dir, responsabilitat subjectiva-); i (b) aquesta responsabilitat subjectiva (punt de partença comú) és, en la pràctica, modulable per les parts en virtut del principi d'autonomia de la voluntat, especialment invertint la càrrega de la prova (és a dir, fent que sigui el deutor qui hagi de demostrar l'haver observat tota la diligència deguda en la prestació del servei) fins a apropar-lo a una situació de responsabilitat quasi objectiva, amb els límits genèrics de

¹⁶ En aquest sentit, entre d'altres, NAVAS NAVARRO, SUSANA, op. cit. p. 50.

la bona fe i l'ordre públic / dret imperatiu¹⁷ previstos als articles 111-6 i 111-7 del CCC i als articles 7 i 1.255 del CC.

En els serveis actuals entre empresaris guanya cada cop més importància, juntament amb l'obligació clàssica de pagament dels serveis rebuts, l'obligació del client o principal de col·laborar amb el contractista com a condició essencial perquè aquest pugui prestar de forma adient els serveis, fins al punt que gosaria dir que aquest deure de col·laboració (en forma, per exemple, de permetre l'accés del prestador a les instal·lacions i informació del client o de posar a disposició del contractista els materials necessaris per a dur a terme la seva activitat), forma part ho res d'ara del contingut típic del contracte de serveis. A l'obligació del client de facilitar l'accés al prestador de serveis es correspon un correlatiu deure de fidelitat i confidencialitat d'aquest darrer que, en funció del tipus de servei i de les dades a què aquest darrer accedeixi, pot esdevenir també un element essencial del contracte.

La pràctica ha fet, i seria bo que així es tingués en compte en el procés codificador, que en molts casos el "preu cert" de què parla l'article 1.544 del CC sigui un preu no determinat d'entrada sinó determinable a partir de paràmetres fixats per les parts a partir de llur negociació (o per la part predisposant, si es tracta de condicions generals de contractació). Considero necessari mantenir aquesta flexibilitat pel que fa als mecanismes de determinació del preu i, en especial, de la seva adaptació a les circumstàncies canviants durant la vigència del contracte. Em refereixo aquí no només a les clàusules de revisió de preus en funció de l'índex de preus al consum (tant del general com dels sectorials, segons el tipus de servei) o de la variació dels salaris aplicables segons conveni (en serveis altament intensius en mà d'obra) sinó, anant un pas més enllà (i manllevant, en part, la figura del restabliment de l'equilibri de l'economia del contracte més desenvolupat en l'àmbit de la contractació pública), a la possibilitat de les parts pactar *a priori* la modificació automàtica del preu dels serveis a fi i efecte de servir l'equilibri econòmic del contracte quan les expectatives de guany del prestador es veuen frustrades de lluny pel volum real de serveis finalment prestats¹⁸ (manifestació, en definitiva, del principi *rebus sic stantibus*).

Un altre element a considerar (sense entrar ara en la polèmica doctrinal sobre si cal considerar que el contracte de serveis és, amb caràcter general, *intuitu*

¹⁷ Entre d'altres, per exemple, el caràcter irrenunciable (ex article 1.102 CC) de l'acció a fer valer la responsabilitat per dolo del client en cas d'incomplir el seu deure de col·laboració o la prohibició de clàusules abusives. Més defensable resulta l'admissibilitat de la pretensió de fer recaure el cas fortuït i la força major exclusivament en el prestador de serveis / contractista de l'obra, especialment quan ambdues parts tenen la mateixa força negociadora.

¹⁸ Per exemple, en serveis de càtering on el preu unitari per menú presentat del contractista en la seva oferta en basa en una estimació mitjana de menús que resulta ser molt inferior en la pràctica.

personae o ha d'entendre's, pel contrari, de naturalesa no personalíssima, especialment quan el prestador és una empresa / persona jurídica), és la importància de la facultat de desistiment o denúncia unilateral del contracte per qualsevol de les parts i en qualsevol moment, sense necessitat que concorri una causa especial i sempre i quan es respecti un preavís raonable. Segons la meua experiència, aquestes clàusules de sortida bilaterals, fins i tot en contractes de curta o mitja durada, faciliten (paradoxalment) que el contractista i el client estableixin relacions de confiança duradora, en la mesura que afavoreixen la negociació continua d'eventuals desajustaments de les prestacions recíproques sense necessitat (o temptació) de les parts de recórrer a l'expedient de la resolució per incompliment (ex article 1.124 CC) quan la relació no és del tot satisfactòria.

Cal esmentar, àdhuc, la importància de les clàusules penals (en especial, de les no substitutòries del rescabament de danys i perjudicis¹⁹) per tal de cobrir en els contractes de serveis aspectes especialment sensibles i vulnerables que no queden suficientment protegits a través dels mecanismes "típics" de la resolució per incompliment (o execució forçosa de la prestació) i de la indemnització dels danys i perjudicis. És, clarament, el cas de la prestació de serveis *just in time* (com ara el càtering per esdeveniments puntuals o els terminis de recuperació o reacció en contractes de manteniment de *software*) en què el temps esdevé un element essencial del contracte. Altres exemples podrien ser la violació de l'obligació de confidencialitat per part del prestador del serveis (pensem, per exemple, en un assessor de màrqueting que revela informació sensible d'un client als competidors d'aquest) o, en sentit contrari, la violació per part del client de l'obligació de no captar els professionals assignats pel contractista a la prestació de serveis on la mà d'obra és altament qualificada i representa un valor afegit molt important (*non-solicitation clause*).

Un darrer element sobre el que crec que pagaria la pena reflexionar és l'oportunitat d'eixamplar l'actual dret real de retenció a fi i efecte d'incloure com a obligació principal garantitzable per aquesta via qualsevol inversió o desemborsament realitzat pel contractista a casa del client en el marc de la prestació de qualsevol tipus de servei (i no només l'estreta retribució de l'activitat realitzada per a la confecció o reparació de la cosa objecte de retenció²⁰), eixamplament que vindria possibilitat per la pròpia previsió del

¹⁹ Admeses per l'article 1.152 CC en ús de l'autonomia de la voluntat de les parts, encara que modulable judicialment (ex article 1.154 CC).

²⁰ Article 569-4 c) del CCC. Ens trobem aquí amb un veritable dret real de garantia, en front de la facultat de retenció prevista a l'article 1.600 CC en relació amb l'arrendament d'obra en cosa mòble i que, malgrat emprar el terme penyora, bona part de la doctrina tendeix a considerar només com una manifestació de la "exceptio non adimpleti contractus", sense eficàcia veritablement real.

paràgraf e) del precepte en qüestió²¹. Penso, per exemple, en la inversió feta pel prestador de serveis de càtering en les instal·lacions del client en forma d'equipaments i altres béns mobles com a part de l'oferta econòmica del primer i mitjà per a poder prestar els serveis d'alimentació. La recuperació de la inversió feta pel contractista (que normalment es periodifica durant la vigència del contracte en funció del calendari d'amortització dels equipaments i que té com a punt feble el supòsit de resolució o desistiment anticipats del contracte) trobaria un mecanisme de garantia adient en aquest dret de retenció a favor del contractista, que, en cas d'impagament de la part de la inversió pendent d'amortitzar, podria procedir a l'alienació directa de la cosa retinguda (previ acord amb el client) o, a manca d'acord, a la seva subhasta pública notarial²² per tal de realitzar-ne el valor.

A mode de cloenda, i a risc que pugui semblar paradoxal, penso que la premissa de treball que hauria de guiar al legislador en la futura codificació del contracte de serveis, és, precisament, mantenir en primer terme el principi medul·lar de la llibertat de pacte, perfectament ancorat tant en el dret civil general com, més específicament, en el català, i que fins ara s'ha mostrat com l'eina més eficaç per a trobar solucions útils a realitats molt dinàmiques i canviants, evitant un excessiu afany normativista i restant fidel al primer dels objectius que el propi legislador s'ha marcat a l'hora de dur a terme el CCC: a saber, *“un codi obert, tant en l'estructura com en el contingut”*²³.

²¹ “Qualsevol altre deute al qual la llei atorgui expressament aquesta garantia”.

²² Article 569-7 del CCC. Força menys útil en la pràctica sembla aquesta solució en els supòsits d'obra immobiliària realitzada en les instal·lacions del client (per exemple, en cuines o cafeteries de centres sanitaris o educatius), doncs, arribada l'execució de la garantia, la venda directa o subhasta de la part de l'immoble objecte de retenció plantejaria problemes jurídics (delimitació de llindes) i, sobre tot, econòmics (pèrdua de valor de l'objecte retingut considerat separatament de la resta de l'immoble al qual accedeix de manera natural).

²³ Punt I del Preàmbul del CCC.

QUARTA PONÈNCIA

LA RESPONSABILITAT EXTRA CONTRACTUAL

PRINCIPIS PER A UNA PROPOSTA DE REGULACIÓ DE LA RESPONSABILITAT EXTRA CONTRACTUAL AL CODI CIVIL DE CATALUNYA

MIQUEL MARTÍN-CASALS

CATEDRÀTIC DE DRET CIVIL

INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT, UNIVERSITAT DE GIRONA

SUMARI I. LA NECESSITAT D'UNA REGULACIÓ ACTUAL DE LA RESPONSABILITAT EXTRA CONTRACTUAL. 1. Terminologia. 2. Sistemàtica interna. 3. Sistemàtica externa. **II. ALGUNES LÍNIES GENERALS PER A UNA REGULACIÓ DE LA MATÈRIA.** 1. La norma fonamental. 2. El dany rescabable. 3. La relació de causalitat. 4. Els criteris d'imputació subjectiva (fonaments de la responsabilitat). 5. Les causes d'exoneració, en especial la concurrència de culpa de la víctima. 6. La concurrència d'una pluralitat de causants del dany: solidaritat absoluta? 7. Indemnització de danys.

I. LA NECESSITAT D'UNA REGULACIÓ ACTUAL DE LA RESPONSABILITAT EXTRA CONTRACTUAL

En les darreres dècades la responsabilitat extracontractual ha adquirit una importància cabdal tant a l'Estat espanyol com en els països del nostre entorn. A Espanya una quarta part del casos decidits per la Sala Primera del Tribunal Suprem versen sobre la matèria. En l'àmbit internacional s'ha produït un moviment de reforma, el qual no es limita als treballs d'harmonització europea —com ara els *Principis de Dret europeu de la responsabilitat civil* (en endavant, PETL)¹ o a les regles de responsabilitat extracontractual contingudes en el Marc Comú de Referència (en endavant, DCFR)²— o als treballs d'harmonització nord-americana —amb la posada al

¹ European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law: Text and Commentary*, Wien / New York, Springer, 2005. Existeix traducció espanyola a European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil: texto y comentario*. Traducció a cargo de la Red Española de Derecho Europeo y Comparado (REDPEC), coordinada por Miquel Martín-Casals, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor, 2008.

² Christian von Bar / Eric Clive, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, Munich, Sellier, 2009, 6 vols., vol. 4.

dia dels *Restatements*³. Diversos legisladors nacionals ja han dut a terme una reforma de la seva regulació o es troben en la fase d'elaboració d'esborranys, Avantprojectes, Projectes o Proposicions de Llei. Entre els primers cal destacar la tímida reforma duta a terme pel legislador alemany l'any 2002⁴ i la més recent del legislador xinès de 2009, la qual ha entrat en vigor l'1 de juliol de 2010⁵. Entre els darrers, al costat de l'Avantprojecte suís de 2000 – ja decaigut definitivament l'any 2009⁶– i dels projectes austríacs actualment en fase de discussió⁷– cal afegir la Proposició de Llei presentada en el senat francès el passat mes de juliol⁸. A l'Estat espanyol, en canvi, la *Propuesta de*

³ The American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Torts - Products Liability*, St. Paul, American Law Institute Publishers, 1998. The American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Torts - Apportionment of Liability*, §§ 1-End, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 2000 i The American Law Institute, *Restatement (Third) of Law of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm, Vol. 1*, §§ 1 to 36, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 2010. Les remissions que en el text es fan al *Restatement*, sense cap mena de precisió ulterior, s'han d'entendre referides al volum publicat l'any 2010, és a dir, a la darrera de les obres esmentades en aquesta nota.

⁴ Vegeu per tots, Pierre Bahr, *Reform des Schadensersatzrechtes*, [S.L.], Grin, 2002 i Egon Lorenz (Hrsg.), *Das zweite Gesetz zur Änderung schadensersatzrechtlicher Vorschriften*, Karlsruher Forum 2003, Karlsruhe, VVW, 2004. Entre nosaltres, Albert Lamarca Marqués / Sonia Ramos González, *Entra en vigor la segunda ley alemana de modificación del Derecho de daños*, InDret 3/2002, Working Paper núm. 96, Barcelona, juliol, 2002.

⁵ El text en anglès es pot consultar a http://www.procedurallaw.cn/english/law/201001/t20100110_300173.html (Data de consulta: 26.08.2010). En relació a l'elaboració de treballs preparatoris d'aquesta Llei vegeu Gert Brüggemeier / Zhu Yan, *Entwurf für ein chinesisches Haftungsgesetz: Text und Begründung. Ein Beitrag zur internationalen Diskussion um die Reform des Haftungsrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009.

⁶ El text de l'Avant-projecte així com totes les seves vicissituds fins a considerar-lo abandonat el 21 de gener de 2009 es poden consultar a http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/abgeschlossene_projekte/haftpflicht.html (Data de consulta: 26.08.2010).

⁷ Una breu introducció amb els textos corresponents en versió anglesa es pot consultar a l'apartat relatiu a Àustria de Helmut Koziol / Barbara Steininger, *European Tort Law 2005 i European Tort Law 2007*, Wien/New York, Springer, 2006 i 2008, respectivament. Per a un comentari detallat al primer esborrany vegeu Irmgard Griss / Helmut Koziol / Georg Kathrein (Hrsg.), *Entwurf eines neuen österreichischen Schadensersatzrechtes*, Wien, Springer, 2007.

⁸ N° 657, Sénat, Session extraordinaire de 2009-2010, enregistré à la présidence du Sénat le 9 juillet 2010, Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile, présentée par M. Laurent Béteille, Sénateur (<http://www.senat.fr/leg/ppl09-657.html>) (Data de consulta: 26.08.2010). La proposició de Llei havia estat precedida per un ampli informe: Responsabilité civile: des évolutions nécessaires, Rapport d'information n° 558 (2008-2009) de MM. Alain Anziani et Laurent Béteille, fait au nom de la commission des lois, déposé le 15 juillet 2009, (<http://www.senat.fr/rap/r08-558/r08-558.html>) (Data de consulta: 26.08.2010). En fase de proves d'aquests treball s'ha presentat una nova proposta, en aquest cas de l'Acadèmia de Ciències Morals i Polítiques, dirigida per François Terré i que ha sotmès a consulta pública el Ministeri de Justícia francès, i que es pot trobar a François Terré (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Paris, Dalloz, 2011.

*modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos*⁹ no s'ocupa de la responsabilitat extracontractual si bé, en la seva regulació de la part general d'obligacions, s'hi pot trobar alguna norma fugitiva (cf. Art. 1122).

La regulació de la responsabilitat extracontractual hauria de constituir una part important del futur Llibre VI del Codi civil de Catalunya. D'una banda, perquè afecta la vida quotidiana dels nostres conciutadans i, en principi, de tots aquells que pateixin accidents a Catalunya. D'altra perquè pot repercutir en la competitivitat de les nostres empreses i, en especial, del sector assegurador. Amb tot, una regulació pròpia no ha de ser motiu de preocupació per ningú. La diversitat de regles existents actualment en l'àmbit europeu no suposa, amb caràcter general, un entrebanc al mercant únic. L'única excepció, tal vegada, ha estat la responsabilitat en matèria de danys causats per productes defectuosos la qual, com és ben sabut, va donar lloc l'any 1985 a una Directiva amb el propòsit no d'unificar la legislació dels Estats membres sinó simplement d'harmonitzar-la. Més a més, en el moment actual, tot deixant de banda els grups privats que investiguen l'harmonització del Dret privat europeu, les iniciatives d'harmonització en matèria d'obligacions per part de la Unió Europea es troben encara en un estat molt embrionari i se centren en l'àmbit contractual. Per aquestes raons, no sembla probable —i després de Roma II¹⁰, encara menys— que existeixi un Dret de la responsabilitat extracontractual harmonitzat o uniforme en la pròxima dècada. Com succeeix en el país del nostre entorn, com ara Àustria o França, el moment actual també sembla un moment oportú per tal que Catalunya legisli sobre la matèria.

A diferència de altres branques del Dret civil, l'estudi de la responsabilitat extracontractual ha estat pràcticament inexistent a l'Estat espanyol fins èpoques relativament recents. La primera monografia espanyola important en la matèria, la de BORRELL I MACIÀ, és de 1942¹¹ i l'estudi aprofundit no es va iniciar fins els anys 60¹² del segle passat i no es va començar a consolidar-se fins els 80.¹³

⁹ Comisión General de Codificación, *Propuesta de modernización del código civil en materia de obligaciones y contratos*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2009.

¹⁰ Reglamento (CE) No 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007, *relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales* («Roma II»), DOUE L 199/40, 31.7.2007, p. 40-49.

¹¹ Antonio Borrell y Macià, *Responsabilidades derivadas de la culpa extracontractual civil: estudio del artículo 1902 del Código civil y breves comentarios sobre los artículos 1903 a 1910 del propio cuerpo legal*, Barcelona: Bosch, 1942. Hi ha una 2a. edició de 1958.

¹² Amb obres com ara la de Jaime Santos Briz, *Derecho de daños*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1962.

¹³ Amb els treballs, entre d'altres, de Ricardo de Ángel (en especial, les seves *Lecciones sobre responsabilidad civil*, Bilbao: Publicaciones de la Universidad de Deusto, 1978) y de Pantaleón.

El fet d'inspirar-se en les doctrines dels ordenaments jurídics del nostre entorn per a reconstruir l'ordenament jurídic propi s'ha donat d'una manera molt més marcada en el cas de la responsabilitat extracontractual, fonamentalment pel caràcter fragmentari de la regulació (pensem per exemple en les poques regles que conté el Codi civil espanyol) i per la manca de tradició doctrinal a l'Estat espanyol. Aquesta inspiració forana ha estat sovint *desordenada*, en el sentit que s'ha construït amb peces importades a l'atzar d'ordenaments jurídics diferents, en funció dels coneixements lingüístics de l'investigador i dels fons de les biblioteques a les quals aconseguia tenir accés, i a vegades *excessiva*, en la mesura que fins i tot s'han volgut importar doctrines que no encaixen amb el sistema de responsabilitat extracontractual establert en l'ordenament jurídic espanyol. A la pràctica, la construcció de la matèria ha anat a càrrec de la jurisprudència, sovint confusa i poc reeixida fins a principis la passada dècada, la qual s'ha encarregat de desenvolupar regles i criteris no recollits expressament o simplement esbossats per la legislació.

Els treballs d'harmonització europea, com ara els PETL o el DCFR, ofereixen unes excel·lents contribucions doctrinals, amb solucions semblants entre sí en molts punts i divergents en d'altres, però que en cada cas formen un conjunt coherent i sistemàtic. Tot legislador actual, com a mínim europeu, sense fer-ne seguitisme, hauria de tenir en compte aquests treballs en l'elaboració de la regulació pròpia, adoptar les innovacions que calguin per a posar-la al dia i millorar-la i preservar aquelles solucions tradicionals que més s'adaptin al tarannà del seu país. En aquest sentit la Proposició del senat francès és exemplar, en la mesura que fa un intent de preservar enfocaments típicament francesos, com ara la regla del *non cumul*, de la *responsabilité pour fait des choses* o del tractament diferenciat dels danys a les persones i a les coses, amb innovacions, com ara la indemnització de les despeses preventives (cf. Art. 1385) o la vinculació del jutges en la indemnització de tota mena de danys corporals a una nomenclatura i a un barem actualitzat periòdicament que s'establiran per via reglamentària (cf. Art. 1386-28).

1. Terminologia

En una regulació catalana de la responsabilitat extracontractual caldria tenir especial cura en no apartar-se innecessàriament de les línies generals del sistema de responsabilitat extracontractual actual, i de clarificar el màxim possible les qüestions terminològiques i de sistemàtica, tant interna com externa.

En aquest camp els problemes terminològics comencen amb la denominació de la pròpia matèria. En les darreres dècades s'ha posat de moda referir-se a aquesta part de l'ordenament com a "Dret de danys", terminologia excessivament ampla, atès que el dany és la lesió d'un interès o, simplement, el seu resultat, i que pot

tenir un origen molt variat, com ara l'incompliment contractual o la comissió d'un delicte, i que en alguns codis, com ara l'alemany (cf. §§ 249 i ss BGB) té una regulació general molt detallada. També sovint hom es refereix a aquesta matèria com a "responsabilitat civil", expressió d'un abast més reduït però encara massa ampla, atès que aquesta responsabilitat pot derivar de la infracció d'un vincle obligatori previ entre les parts (responsabilitat contractual)¹⁴ o de la conducta o activitat d'una persona que causa danys a altres amb els quals no té un lligam obligacional previ (responsabilitat extracontractual). Per aquestes raons, aquesta darrera expressió, la de "responsabilitat extracontractual", també la més tradicional, sembla preferible d'entrada.¹⁵

Els problemes terminològics, però, no s'escapen aquí. Alguns han estat introduïts recentment per l'afany modernitzador del Tribunal Suprem espanyol, com ara emprar l'expressió "risc general de la vida" —expressió generalment reservada en la tradició germànica i en algun text de caràcter internacional (cf. Art. 3:201, d) PETL) per a un dels criteris de determinació de la causalitat de dret (o "imputació objectiva")— per a referir-se tant a aquest particular criteri d'imputació objectiva com al que més pròpiament és la regla *casum sentit dominus*, en el sentit de que qui pateix un dany és qui ha d'assumir les seves conseqüències, llevat que concorrin un conjunt de circumstàncies (els "pressupòsits de la responsabilitat extracontractual") que determinin el seu "trasllat" a la persona que l'ha causat o a aquella que hagi de respondre per ella. O, la hipertrofia del concepte d'"imputació objectiva" quan després de fer el pas d'adoptar en el Dret espanyol la dualitat anglo-germànica de causalitat de fet i causalitat de dret (o imputació objectiva) —introduïda per PANTALEÓN fa ja dues dècades¹⁶—, el Suprem també fa servir l'expressió per a referir-se a tota una sèrie de situacions que exclourien o disminuirien la responsabilitat del causant del dany, com ara l'assumpció del risc per part de la víctima o la concurrència de culpa de la mateixa¹⁷, que són alienes als criteris d'imputació objectiva en l'àmbit civil reconeguts internacionalment i que són en realitat causes d'exoneració total o parcial.

En altres casos caldrà consolidar conceptes ja existents però poc estesos, com ara la denominació de "responsabilitat vicària" per referir-se a aquella responsabilitat per fet aliè que no requereix que hagi incorregut en culpa el

¹⁴ A la qual s'assimilaria la responsabilitat legal, és a dir, quan el vincle obligacional previ ve establert per una llei.

¹⁵ D'una manera semblant, el DCFR parla de "non-contractual liability".

¹⁶ Fernando Pantaleón Prieto, *Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación*, a Asociación de Profesores de Derecho Civil (Ed.), *Centenario del Código Civil (1889-1989)*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1990, Tomo II, p. 1561-1591.

¹⁷ En aquest sentit, Juan Antonio Xiol Ríos, *La imputación objetiva en la jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo*, *Práctica de Derecho de daños*, Año VIII, N° 84, julio-agosto 2010, p. 6-30.

principal que respon pel seu auxiliar o dependent. També caldrà bandejar una terminologia la qual, amb l'afany d'afegir precisió, el que fa és augmentar la confusió (com ara “responsabilitat subjectiva-objectivada”, “responsabilitat quasi-objectiva”, etc.) o clarificar-la (p. ex. “responsabilitat per risc”).

Una bona orientació en aquesta depuració terminològica -amb les adaptacions més escaients a la llengua catalana- la proporcionaran els treballs d'harmonització, com ara els Principis europeus (PETL), el Marc Comú de referència (DCFR) i, fins i tot, els *Restatements* nord-americans.¹⁸

2. Sistemàtica interna

2.1 Part general i parts especials: s'han d'incloure en el Codi tots els règims especials?

Com és ben sabut, tant en la regulació espanyola com de la majoria dels països de l'àmbit continental europeu existeix una part general de la responsabilitat extracontractual, normalment continguda en els respectius codis civils, i una part especial o sèrie de règims específics de responsabilitat extracontractual continguts, per regla general, en lleis especials fora del respectiu Codi. Cal mantenir aquesta estructura?

Cal destacar que aquests règims especials responen a situacions molt particulars i són molt diferents entre ells. Alguns són el resultat de textos internacionals o comunitaris, com ara els Convenis de Brussel·les de 29 de novembre de 1969, *sobre responsabilitat civil per danys deguts a la contaminació d'hidrocarburs*¹⁹ i de 17 de desembre de 1971, *sobre responsabilitat civil en l'esfera del transport marítim de substàncies nuclears*²⁰, o el Reglament (CE) núm. 2027/1997, del Consell, de 9 d'octubre de 1997, *sobre la responsabilitat de la companyies aèries en cas d'accident*²¹ o la coneguda Directiva 85/374/CEE del Consell, de 25 de juliol de 1985, *relativa a la aproximació de les disposicions legals, reglamentàries i administratives dels Estats membres en matèria de*

¹⁸ En aquest sentit és interessant observar com el *Restatement (Third) of the Law of Torts: Liability for Physical and Emotional Harm* substitueix en l'encapçalament del seu Capítol 6 la denominació tradicional de la casualitat de Dret com a *proximate cause* (causa pròxima) per la nova de *scope of liability* (abast de la responsabilitat), si bé manté entre parèntesi la denominació antiga. La referència a que amb aquest canvi de denominació se segueix també la terminologia adoptada pels PETL, que es podia llegir ens els *Drafts* o esborranys del *Restatement*, no apareix, però, en la versió definitiva.

¹⁹ BOE núm. 58, de 8.3.1976, amb els seus successius protocols modificatius.

²⁰ BOE núm. 199, de 20.08.1975.

²¹ Diari Oficial núm. L 285 de 17.10.1997, p. 1-3, modificat pel Reglament (CE) núm. 889/2002, el qual incorpora, amb alguna reforma, el Conveni de per a la unificació de certes regles per al transport aeri internacional, fet a Montreal el 28 de maig de 1999, a l'àmbit de la Unió Europea.

*responsabilitat pels danys causats per productes defectuosos.*²² Altres abasten l'ús de determinades energies, com ara la Llei 25/1964, de 29 d'abril, *reguladora de l'energia nuclear*²³, els accidents patits en determinats mitjans de transport, com ara el Reial Decret Legislatiu 8/2004, de 29 d'octubre, *per el qual s'aprova el text refós de la Llei sobre responsabilitat civil y assegurança en la circulació de vehicles a motor*²⁴, o es refereixen als danys patits pels consumidors, com ara algunes de les normes contingudes en el Reial Decret Legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, *per el qual s'aprova el text refós de la Llei General pera la Defensa dels Consumidors i Usuaris i altres lleis complementàries*²⁵. Hom pot observar també com mentre que alguns d'aquests règims es refereixen a situacions molt específiques altres, com ara el cas de la responsabilitat per danys causats per productes i serveis defectuosos o per la circulació de vehicles de motor, tenen una àmbit d'aplicació molt ampli.

Per tant caldrà debatre quins d'aquests règims especials és convenient incorporar en la regulació de Llibre VI. En aquest debat s'haurà de tenir en compte entre d'altres aspectes, que el fet que una determinada regulació procedeixi d'una Directiva no altera el règim de distribució de competències dels Estats membres.

Tal vegada, d'entrada, el Llibre VI hauria d'incloure pocs règims especials, atès que cal actuar amb prudència i l'estructura de Codi obert que té el Codi civil de Catalunya permetrà incorporar sense massa dificultat els règims que calgui en qualsevol moment. En cas d'incloure'n un de sol, potser podria ser el de responsabilitat per productes i serveis, atès sobretot el deplorable estat en què ha quedat la regulació actual per la inexperta mà de qui, tot barrejant de manera maldestre la regulació dels danys causats per productes i serveis, en va fer la refosa l'any 2007. També sembla interessant escometre aquesta regulació per la possibilitat de delimitar, amb una regulació molt econòmica –en el sentit tècnic-legislatiu– i amb la deguda coordinació amb la part del Llibre VI referit als serveis, quins serveis queden subjectes a un regim de responsabilitat reforçat especialment per a protegir el consumidor, com ara fa l'art. 148 TRLGDCU en sotmetre a un “régimen especial de responsabilidad” (en realitat, un règim de responsabilitat objectiva) “los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte”. Finalment, també semblaria recomanable regular aquest règim especial perquè, en relació als productes, la STJCE de 4 de juny de 2009 ha

²² Diari Oficial núm. L 210 de 07.08.1985 p. 29-33.

²³ BOE núm. 107, de 04.05.1964.

²⁴ BOE núm. 267, de 05.11.2004, modificat per la Llei 21/2007, d'11 de juliol.

²⁵ BOE núm. 287, de 30.11.2007, p. 49181-49215.

clarificat que el legislador nacional pot estendre la protecció que proporciona la Llei a totes les coses danyades per productes, amb independència que afectin a béns “objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado” o no²⁶. En el fons això no suposaria cap novetat pràctica, perquè és el que ja fan els tribunals espanyols, si bé mitjançant una pràctica que és *contra legem*, atès que la Llei exclou la seva aplicació en aquests casos (cf. art. 129.1 TRLGDCU), i que també és contrària al criteri tradicional del Tribunal Suprem espanyol de no aplicar per analogia els règims de responsabilitat objectiva.

2.2 Regulació unitària v. regulació diversificada: l'exemple dels danys a les persones i dels danys a les coses

En molts ordenaments jurídics la protecció de les persones i de les coses no comporta l'aplicació sistemàtica de regles diferenciades. Certament, amb caràcter excepcional es poden trobar regles puntuals com ara l'expressada per la màxima de *the tortfeasor must take the victim as he finds him* (en traducció lliure, el causant del dany ha d'acceptar que la víctima és com és), i segons la qual el causant del dany ha de respondre també del dany que deriva de una especial predisposició de la víctima (al·lèrgica, hemofílica, delicada del cor, etc.) i que no s'hauria produït si la víctima hagués estat “normal”. La regla no es dona en el cas de danys a les coses on precisament les deficiències o vicis latents de les coses es tenen en compte per a disminuir l'import de la indemnització. Una altra regla que també diferencia entre danys a les persones i danys a les coses la trobem a la Directiva de productes, on el productor respon sempre dels danys causats a les persones, mentre que pel que fa als danys causats a les coses només respon, d'acord amb la Directiva, quan estiguin destinades a l'ús o consum del perjudicat i aquest hagi estat el destí que els hi hagi donat principalment.

²⁶ *Asunto C-285/08 Moteurs Leroy Somer c Dalkia France y Ace Europe*, en el qual el TJCE estableix que “La Directiva 85/374, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a la interpretación de un Derecho nacional o a la aplicación de una jurisprudencia interna reiterada según las cuales el perjudicado puede solicitar la reparación de los daños causados a una cosa destinada al uso profesional y utilizada para tal uso aportando únicamente la prueba del daño, del defecto del producto y de la relación de causalidad entre dicho defecto y el daño... En efecto, la reparación de los daños causados a una cosa destinada al uso profesional y utilizada para tal uso no entra dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 85/374... Puesto que la armonización realizada por la referida Directiva no incluye la reparación de los daños causados a una cosa destinada al uso profesional y utilizada para tal uso, dicha Directiva no impide que un Estado miembro establezca a este respecto un régimen de responsabilidad similar al que ella instaura”.

Alguns ordenaments jurídics europeus, com ara el francès, estableixen en alguns punts dos conjunts de regles molt diferenciades en funció de si el dany produït és un dany a les persones o a les coses, cosa la qual comporta una protecció dels danys personals superior a la que es dona als danys a les coses. Aquest dualitat de règims s'aprofundeix en els projectes de reforma. Així:

- l'art. 1386-1 de la Proposició de Llei de reforma de la responsabilitat civil de 9 de juliol de 2010 preveu que en el cas de danys a les persones només s'apreciarà concurrència de culpa de la víctima quan aquesta hagi incorregut en culpa greu.²⁷ Evidentment, aquesta regla general no es pot mantenir en cas de responsabilitat per productes perquè seria contrària a la Directiva.²⁸
- l'art. 1386-26, apartat segon, on en relació al deure de la víctima de mitigar el dany que ha patit, preveu que només es pot exigir en cas de danys no personals i disposa que en avaluar la indemnització a percebre per la víctima, el jutge ha de tenir en compte si la víctima podia haver reduït l'abast del dany no corporal o evitar el seu agreujament.²⁹
- Com en la regulació actualment en vigor de la *Loi Badinter*, l'art. 1386-58 preveu que en cas d'accidents de circulació, la víctima rebrà la indemnització íntegra dels danys corporals patits, sense que hom li pugui oposar la seva culpa exclusiva, llevat d'actuació dolosa, es a dir, de que hagi perseguit intencionalment la producció del dany³⁰. Per la seva banda, l'art. 1386-59 afegeix que la concurrència de culpa de la víctima produeix l'exclusió o reducció de la indemnització, si bé només en relació als danys a les coses.³¹

²⁷ «Art. 1386-1. - L'exonération partielle ne peut résulter que d'une faute de la victime ayant concouru à la production du dommage. En cas d'atteinte à l'intégrité physique, seule une faute grave peut entraîner l'exonération partielle.»

²⁸ «Art. 1386-50. - La responsabilité du producteur peut être réduite ou supprimée, compte tenu de toutes les circonstances, lorsque le dommage est causé conjointement par un défaut du produit et par la faute de la victime ou d'une personne dont la victime est responsable».

²⁹ «Art. 1386-26. - Le juge évalue le dommage au jour où il rend sa décision, en tenant compte de toutes les circonstances qui ont pu l'affecter...».

«Il prend également en compte la possibilité qu'avait la victime, par des moyens sûrs, raisonnables et proportionnés, de réduire l'étendue de son dommage non corporel ou d'en éviter l'aggravation.»

³⁰ «Art. 1386-58. - Les victimes sont indemnisées des préjudices résultant des atteintes à leur personne, sans que puisse leur être opposée leur propre faute à l'exception de leur faute inexcusable si elle a été la cause exclusive de l'accident. »

«Toutefois, les victimes ne sont pas indemnisées par l'auteur de l'accident des préjudices résultant des atteintes à leur personne lorsqu'elles ont volontairement recherché le dommage qu'elles ont subi. »

³¹ «Art. 1386-59. - La faute commise par la victime a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des préjudices résultant d'une atteinte à ses biens. » Un regulació semblant proposa ara el *Projet Terré* (cf. art. 26).

- Finalment, la diferència de regulació entre danys personals i danys a les coses es troba també en la innovació que la Proposició formula en relació a la tradicional incompatibilitat d'accions contractuals i extracontractuals (regle del *non cumul*), la qual es proposa trencar excepcionalment en cas de danys personals, tant pel que fa al co-contractant, al qual se li obre la possibilitat de reclamar per la via extracontractual (art. 1386-17)³², com per al tercer aliè al contracte, al qual si la inexecució d'una obligació contractual li causa un dany, podrà optar per l'acció contractual, si bé “amb els límits i condicions qui s'imposen al creditor per a obtenir la reparació del seu propi dany” (art. 1386-18).³³

Una qüestió a debatre serà si sistemàticament cal adoptar una regulació diferenciada i, si aquests és el cas, en quins punts. Els PETL, ni en la seva gradació d'interessos protegits (cf. Art. 2:102 PETL) ni en la seva regulació estableixen una jerarquia explícita entre els danys a les persones i a les coses que comporti sistemàticament una regulació diferenciada. Tampoc trobem en el DFCR una regulació diferenciada de caràcter general però sí alguna regla de caràcter particular (p. ex. Art. VI-5:102 (2) (c) DCFR, en relació a la concurrència de culpa de la víctima en cas d'accidents de circulació).

3. Sistemàtica externa

3.1 Articulació amb altres parts del dret d'obligacions

La regulació de la responsabilitat extracontractual planteja, en primer lloc, problemes de demarcació d'àmbits i de distribució de matèria amb altres parts del Dret d'obligacions.

A) Responsabilitat contractual i extracontractual

La primera demarcació que ve en ment és la relativa als respectius àmbits de la responsabilitat contractual i extracontractual, divisió fonamental a

³² «Art. 1386-17. – Le co-contractant victime d'une inexécution contractuelle ne peut se soustraire à l'application des dispositions de la présente section. »

«Toutefois, lorsque cette inexécution provoque un dommage corporel, le créancier ou le débiteur peut également obtenir réparation de ce dommage dans les conditions prévues dans la section II du présent chapitre. »

³³ «Art. 1386-18. – Lorsque l'inexécution d'une obligation contractuelle est la cause directe d'un dommage subi par un tiers, celui-ci peut en demander réparation au débiteur sur le fondement des dispositions de la présente section. Il est alors soumis à toutes les limites et conditions qui s'imposent au créancier pour obtenir réparation de son propre dommage.»

«Il peut également obtenir réparation sur le fondement des règles de la responsabilité délictuelle, en rapportant la preuve de l'un des faits générateurs mentionnés à la section II du présent chapitre. »

efectes pràctics, sobretot pel que fa als diversos terminis de prescripció que la regulació catalana ha acostat però no unificat (de 10 anys per a la contractual, ex art. 121-20 CCCat, i de 3 anys per a la extracontractual, d'acord amb l'art. 121.21.d) CCCat). El criteri més estès en l'àmbit europeu és el de la concurrència d'accions³⁴, de tal manera que la víctima demandant pugui escollir el fonament que li sembli més favorable. La reticència tradicional de la doctrina francesa a aquesta solució s'ha basat en el temor a que el demandant, en poder escollir el fonament extracontractual, pugui escapolar-se de les limitacions que hagi acceptat en via contractual i que entren en les previsions de seu co-contractant (com ara una clàusula limitativa de la responsabilitat)³⁵. Per evitar aquest resultat, però, no és imprescindible adoptar la regla d'incompatibilitat d'accions sinó que és suficient limitar la concurrència quan es pugui donar una situació d'aquest tipus. En aquests sentit assenyala el DCFR que no es pot recórrer a la responsabilitat extracontractual “quan l'aplicació de les seves regles contradigui la finalitat d'altres regles de Dret privat” i que la responsabilitat extracontractual “no afecta els remeis existents amb base a altres fonaments jurídics” (cf. Art.- VI-103 (c) i (d) DCFR).

B) Compensació, prevenció i punició

La demarcació d'àmbits també pot plantejar el problema d'on regular determinades regles per a solucionar problemes que no són purament teòrics sinó que tenen transcendència pràctica.

La concepció tradicional veu en l'existència del dany l'alfa i l'omega de la responsabilitat extracontractual, és a dir, tant la seva raó de ser com els seus límits. Si no hi ha dany no hi ha responsabilitat extracontractual. Si n'hi ha, la mesura del dany es el límit indemnitzatori, del tal manera que no es poden imposar ni indemnitzacions supracompensatòries ni indemnitzacions que prenguin com a paràmetre qualsevol altre criteri que no sigui el dany patit per la víctima.

(a) Les “despeses preventives”

La primera qüestió que es planteja és si són rescabables en l'àmbit de la responsabilitat extracontractual les despeses preventives, és a dir, les que s'han fet per evitar un dany. No ens referim aquí a les despeses preventives que s'hagin fet per a mitigar un dany ja produït. En aquest cas queda clar que qui pateix el dany per regla general té el deure d'adoptar les mesures raonables per tal d'evitar que s'agregui i que podrà reclamar al causant del dany l'import d'aquestes mesures. El problema que es planteja és si, d'acord

³⁴ Cf. von Bar/Clive, nota 2, p. 3122 i ss.

³⁵ Vegeu en aquest sentit el informe del Senat francès, cit. nota 8, p. 37 i ss.

amb les regles de la responsabilitat extracontractual, es poden reclamar les despeses preventives —també raonables— que s’han fet per a evitar un dany que finalment no s’ha produït. O dit tot curt, si hom pot reclamar la indemnització de les despeses preventives quan no hi ha dany.

La reacció més immediata és pensar que, tot essent essencial l’existència del dany per a l’entrada en funcionament de la responsabilitat extracontractual, la recuperació d’aquestes despeses s’hauria d’articular per mitja d’ un conjunt de regles diferents, com ara les de la gestió de negocis alienes. Cal tenir present, però, que en aquest cas, a diferència del de gestió de negocis aliens, la persona que actua no ho fa amb el propòsit de beneficiar al causant del dany en potencia sinó amb la finalitat de beneficiar-se ella mateixa. També es podria pensar que les despeses preventives suposen un dany patrimonial pur (*pure economic loss*) la indemnització del qual es justificaria precisament per a evitar un dany més greu.

Sigui com sigui, tant els PETL com el DCFR inclouen en l’àmbit de la responsabilitat extracontractual una regla referida a les despeses preventives, les quals es qualifiquen com a dany, i que haurà d’indemnitzar la persona que hauria estat responsable en cas de produir-se el dany, sempre que s’hagin fet per a evitar un dany imminent i que hagin estat raonables³⁶. La reforma francesa també segueix aquest criteri en l’art. 1385.³⁷

³⁶ Art. 2:104 PETL “*Despeses preventives*.- Les despeses realitzades per evitar un dany que amenaça produir-se constitueixen un dany rescabable en la mesura en què hagin estat raonables”. Art. VI-1:102 DCFR “*Prevention*.- Where legally relevant damage is impending, this Book confers on a person who would suffer the damage the right to prevent it. This right is against a person who would be accountable for the causation of the damage if it occurred”. I de nou l’art. VI-6:302 “*Liability for loss in preventing damage*.- A person who has reasonably incurred expenditure or sustained other loss in order to prevent that person from suffering an impending damage, or in order to limit the extent or severity of damage suffered, has a right to compensation from the person who would have been accountable for the causation of the damage”. En el Dret espanyol es troba un clar exemple d’indemnització de despeses preventives a l’art. 3 de la Ley 12/2011, de 27 de mayo, *sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos*, (BOE núm. 127, de 28.5.2011), el qual amplia la definició de dany nuclear per a incloure-hi “[E]l coste de las medidas preventivas y cualquier pérdida o daño causado por tales medidas”, mesures les quals es defineixen com “todas las medidas razonables adoptadas por cualquier persona, después de que haya ocurrido ... un suceso que cree una amenaza grave e inminente de daño nuclear, para prevenir o reducir al mínimo los daños nucleares mencionados en los apartados h) 1º a 5º, sujetas a la aprobación de las autoridades competentes...” (cf. art. 3 j); per veure si han estat raonables o no té en compte “...todas las circunstancias, por ejemplo: 1.º ...la naturaleza y magnitud del riesgo de tal daño. 2.º La probabilidad, en el momento en que sean adoptadas, de que estas medidas sean eficaces. 3.º Los conocimientos científicos y técnicos pertinentes”.

³⁷ “Art. 1385. - Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d’un dommage, éviter son aggravation ou en réduire les conséquences, constituant un préjudice réparable.”

(b) L'absorció dels guanys

La comissió d'un il·lícit civil a vegades no es limita a causar un dany a la víctima sinó que també produeix un guany al seu causant. És el que s'han denominat "il·lícits [civils] lucratiu" (*lukrativen Delikten, fautes lucratives*), els quals es donen, sobretot —però no exclusivament— en determinats àmbits, com ara en les intromissions en els drets de la personalitat, en la infracció de drets sobre béns immaterials, com ara els de propietat intel·lectual i industrial (patents, marques, etc.), en els supòsits de competència deslleial o en relació a danys al medi ambient.

En aquests casos, si la indemnització que ha de pagar el causant del dany es mesura exclusivament un funció de l'avaluació del dany patit per la víctima pot succeir que el guany obtingut superi l'import del dany efectivament produït, amb la qual cosa el causant del dany, un cop pagada la indemnització, retindria encara un benefici. Per tal d'evitar que la producció del danys sigui rentable (*tort does not pay*), cal establir regles que "absorbeixin" el guany obtingut amb la comissió d'un il·lícit civil i un dels temes més debatuts en l'àmbit europeu en els darrers anys és si l'absorció d'aquest dany suposa afegir noves funcions a la indemnització dels danys, como ara la punitiva, i per tant requereix la introducció d'una figura similar als *punitive damages* del Dret anglo-americà, o si encara es pot encaixar en la funció compensatòria-preventiva del Dret de la responsabilitat extracontractual (tant si s'entén la prevenció com una funció secundària o com una funció també principal). Cal plantejar-se també si, en cas de no poder ubicar l'absorció dels guanys en l'àmbit de la responsabilitat extracontractual, pot trobar el seu lloc en l'àmbit de l'enriquiment injustificat o en el de la gestió (impròpia) de negocis aliens (la denominada *Geschäftsanmaßung* del Dret alemany, cf. § 687 abs. 2 S. 1 BGB). En tot cas, el que queda clar és que no pot ser més barat infringir un dret aliè que obtenir lícitament l'autorització del seu propietari per a usar-lo i, amb caràcter general, que l'ordenament jurídic no pot tolerar que hom es beneficiï amb la lesió d'interessos jurídicament protegit d'altres.

(aa) El rebuig dels danys punitius

La Proposició francesa adopta la solució més aliena a la tradició continental europea que és la de introduir una mena de danys punitius caracteritzats perquè requereixen (a) que els estableixi la llei en cada cas concret (b) que hi hagi una actuació intencional del causant del dany, (c) que aquesta actuació li hagi produït un enriquiment i (d) que aquest enriquiment sigui d'un import que la simple compensació no pugui eliminar. Més a més (e) introdueix el límit del doble, és a dir, que l'import del danys punitius no pugui superar mai el doble de l'import dels

danys compensatoris³⁸ i, finalment, (f) faculta al jutge per a distribuir els imports punitius, entre la víctima i un fons de compensació que tingui per objecte indemnitzar danys similars o, si aquest no existeix, atribuir-los al Fisc en la proporció que el jutge lliurament determini.³⁹

No és el lloc aquí per a reproduir els arguments a favor i en contra del danys punitius⁴⁰, però sí que cal tenir en compte diverses qüestions.

En primer lloc, cal tenir present que, en els països on existeixen, els danys punitius tenen per finalitat castigar conductes que es consideren altament reprovables, no absorbir guanys, i és donen tant si els danys que s'han produït son patrimonials com morals.

En segon lloc cal observar que la proposta francesa, malgrat intentar contrarestar alguns dels arguments en contra del danys punitius, no els contraresta tots. Per a superar la crítica de que els danys punitius suposen la imposició d'una pena en contra del principi *nulla poena sine lege*, el legislador francès estableix el requisit de que estiguin establerts en cada cas per Llei. Per tal d'evitar que les penes que s'imposin siguin excessives estableix el límit del doble (molt allunyat de la *single-digit rule* nord-americana). Finalment, per evitar que el dany punitiu es converteixi en un enriquiment inesperat del danyat (el *windfall* nord-americà), més a més de la regla anterior, estableix que una part de la indemnització no anirà a parar a la butxaca del danyat, amb la qual cosa, si més no en part, es converteix en una mena de multa de tipus administratiu. No obstant, la introducció dels danys punitius comportaria la imposició d'una pena sense les garanties pròpies que requereix un procés penal. Com s'ha assenyalat, la imposició de sancions penals per part de tribunals civils comportaria eludir els requisits

³⁸ «Art. 1386-25, ap. 1. - Dans les cas où la loi en dispose expressément, lorsque le dommage résulte d'une faute délictuelle ou d'une inexécution contractuelle commise volontairement et a permis à son auteur un enrichissement que la seule réparation du dommage n'est pas à même de supprimer, le juge peut condamner, par décision motivée, l'auteur du dommage, outre à des dommages et intérêts en application de l'article 1386-22, à des dommages et intérêts punitifs dont le montant ne peut dépasser le double du montant des dommages et intérêts compensatoires.»

³⁹ «Art. 1386-25, ap. 2. «Les dommages et intérêts punitifs sont, dans la proportion que le juge détermine, versés respectivement à la victime et à un fonds d'indemnisation dont l'objet est de réparer des dommages similaires à celui subi par la victime. À défaut d'un tel fonds, la proportion des dommages et intérêts non attribués à la victime est versée au Trésor public.» Per la seva banda, el *Projet Terré*, si be no exclou del tot els danys punitius (cf. art. 69 II), no recorre a aquesta figura per a absorbir els guanys (cf. art. 54, que faculta al jutge a atorgar a la víctima el benefici obtingut en comptes del import del dany).

⁴⁰ Sobre l'estat de la qüestió en Dret espanyol, vegeu per tots com a obra més recent, Pedro Del Olmo, *Punitive damages in Spain*, a Helmut Koziol / Vanessa Wilcox (eds.), *Punitive damages: Common Law and Civil Law Perspectives*, Vienna/New York, Springer, 2009, p.137-154. Per l'estat en l'àmbit comparat europeu, en el mateix volum, Bernhard A. Koch, *Punitive Damages in European Law*, p. 197-209.

que la protecció constitucional i dels drets humans imposa al procediment penal, per la qual cosa la imposició de danys punitius podria ser contrària al principi de tutela judicial efectiva (art. 24 CE i art. 6 Convenció Europea de Drets Humans).⁴¹ Més a més, com que els danys punitius tenen per objecte castigar l'infractor, no absorbir guanys, s'haurien de mesurar com una pena de multa, és a dir, en funció del grau de reprovabilitat de la conducta de l'agent i del seu patrimoni o, com diu l'art. 50 CP, "...teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo"⁴². Requisits i garanties específiques que també requereixen les sancions administratives.⁴³ Per aquestes raons la utilització dels danys punitius per a absorbir guanys no només sembla un mecanisme desproporcionat sinó també inadequat.

(bb) Introducció en el marc de la responsabilitat extracontractual de regles de caràcter purament preventiu

Nogensmenys, el fet que hom rebutgi la introducció d'elements punitius en la responsabilitat extracontractual no significa necessàriament que hom li negui, al costat de la funció de compensació, la funció de prevenció. Les regulacions de Dret privat no són alienes a criteris de política jurídica d'acord amb els quals el legislador vol incentivar determinades conductes i desincentivar-ne d'altres. És ben sabut que, p.ex. en matèria contractual, qualsevol regulació que es faci haurà de procurar incentivar el compliment, desincentivar el incompliment i vetllar per l'autonomia de la voluntat de les parts i per a la conservació del contracte. En l'àmbit de la responsabilitat extracontractual qualsevol legislació ha de vetllar no només perquè en cas de que es produeixin danys la víctima obtingui una indemnització, sinó perquè l'atorgament d'accions indemnitzatòries no coarti innecessàriament la llibertat d'acció dels possibles causants dels danys ni sigui contrària a l'interès públic. Con diu l'art. 2:101 (6)

⁴¹ Vegeu Koziol/Wilcox, cit n. 40, nm. 76 i Gerhard Wagner, *Schadensersatz –Zwecke, Inhalte, Grenzen*, Karlsruher Forum 2006, Karlsruhe, VVW, 2006, p. 110 i ss. Idem, *Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht –Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden*, Gutachten A zum 66. Deutschen Juristentag. Stuttgarts 2006, München, Beck, 2006, p. 68 i ss. Idem, *Präventivschadensersatz im Kontinental-Europäischen Privatrecht*, FS Helmut Koziol zum 70. Geburtstag, Wien, Jan Sramek, 2010, p. 929.

⁴² Codi Penal espanyol: art. 50. *Pena de multa*. "(1). La pena de multa consistirà en la imposició al condemnat de una sanció pecuniària... (5) Los Jueces o Tribunales... fijarán en la sentencia el importe de estas cuotas, teniendo en cuenta para ello exclusivamente la situación económica del reo, deducida de su patrimonio, ingresos, obligaciones y cargas familiares y demás circunstancias personales del mismo."

⁴³ Cf. Arts. 127 a 138 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, BOE núm. 285 de 27.11.1992, p. 40300- 40319.

PETL, en matèria d'interessos protegits, “[P]er establir l’abast de la protecció també hauran de tenir-se en compte els interessos de l’agent, en especial, en la seva llibertat d’acció i en l’exercici dels seus drets, així com els interessos públics”. Si bé els PETL no ho preveuen així, un d’aquests interessos públics podria ser també que es redueixi la producció de danys al mínim possible tot atenent, però, a un equilibri que respecti la llibertat de l’individu i el sistema de valors propi d’un estat democràtic.

El Dret de la responsabilitat extracontractual està presidit per dos criteris fonamentals, el de reparació integral i el de prohibició d’enriquiment, de tal manera que el danyat ha d’obtenir *ni més ni menys* que la indemnització de tots els danys que ha patit. Normalment, el conjunt de regles que estableixen la compensació dels danys és suficient per a satisfer també la funció de prevenció de danys. Hi casos, però, en que la simple compensació dels danys produïts deixa al descobert dèficits preventius, com ara en el cas d’absorció de guanys obtinguts amb la causació d’un dany a altri. Cal aleshores plantejar-se si el Dret de la responsabilitat extracontractual pot oferir remeis amb finalitat preventiva, amb unes indemnitzacions que vagin més enllà de l’import dels danys produïts.

La doctrina —i no només l’espanyola— tendeix a confondre aquesta finalitat preventiva amb la punitiva, sense advertir que en cas de la funció punitiva, als criteris de prevenció general i especial que són comuns, s’hi suma els criteris penals propis de repressió i expiació o, com a mínim, d’un retret personal o d’una reprovació etico-social⁴⁴. La indemnització, aleshores ja sanció, no es mesura únicament en funció d’omplir el buit de prevenció produït sinó amb la finalitat de reprovar i castigar la conducta del delinquant.

La prevenció de la producció de danys, si s’admet com a funció principal de la responsabilitat extracontractual al costat de la compensatòria, pot justificar la inclusió de les regles d’absorció dels danys como ho fa, per exemple, el DFCR. Així, l’art. VI.-6:101 DCFR després d’haver assenyalat en el seu apartat primer que la reparació del dany significarà normalment restablir la persona que l’ha patit en la posició en què es trobaria si el dany no s’hagués produït, admet en l’apartat 4, com a una alternativa, quan així sigui raonable, que la reparació es pugui dur a terme tot obtenint de la persona que l’ha causat l’avantatge que aquesta hagi obtingut amb la seva causació.⁴⁵ No obstant,

⁴⁴ En aquest darrer sentit, per exemple, Claus Roxin, *Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. I. Grundlagen - Der Aufbau des Verbrechenslehre*, 4. A, München, Beck, 2006, p. 96.

⁴⁵ Art. VI.-6:101 DCFR: *Aim and forms of reparation*. (1) Reparation is to reinstate the person suffering the legally relevant damage in the position that the person would have been in had the legally relevant damage not occurred... (4) As an alternative to the reinstatement under paragraph (1), but only where this is reasonable, reparation may take the form of recovery from the person accountable for the causation of the legally relevant damage of any advantage obtained by the latter in connection with causing the damage”.

la posició del DCFR en aquest punt no és massa clara. D'una banda la justificació de la opció sistemàtica en raons d'economia processal, en el sentit de que així s'evitarà que en una acció de danys els tribunals hagin d'analitzar també si concorren els requisits d'una acció d'enriquiment, és feble i, com a *excusatio non petita*, apunta a que tal vegada els redactors consideraven que el mateix problema podia resoldre's mitjançant una acció d'enriquiment.⁴⁶ D'altra banda, la matisació final de que l'acció per recobrar el benefici obtingut per qui ha causat el dany "parteix de la ficció que la persona que pateix el dany també hauria pogut explotar els drets dels quals es tracti de la mateixa manera, i més o menys, amb el mateix èxit econòmic, que la persona causant del dany" i l'afirmació en el sentit que "només quan aquesta ficció resulti totalment inadequada en el circumstàncies del cas podrà el tribunal rebutjar l'exercici del dret d'elecció per abusu", acosten el tema, d'una manera gairebé definitiva, a la figura a l'enriquiment injustificat.⁴⁷

En canvi, WAGNER, sense concessions en partir de posicions pròpies de l'anàlisi econòmica, proposa per a una eventual reforma del Dret alemany, introduir en el Dret general de danys (§§ 249 i ss BGB) un supòsit general d'absorció de guanys limitat a (1) la intromissió dolosa en posició jurídica aliena, (2) amb independència de si aquesta posició es de naturalesa material o immaterial (per tant, no limitada a drets de la personalitat o drets sobre béns immaterials) i (3) amb independència de si el lesionat *hagués consentit* la intromissió (p. ex. hagués estat disposat a concedir la llicència) o de si *hagués pogut consentir* la intromissió, és a dir, amb independència de que el dret infringit tingui contingut atributiu o no (*Zuweisungsgehalt*). *Tout court*, sense els límits propis de les accions d'enriquiment. El danyat hauria de disposar de l'acció d'absorció dels guanys com a alternativa a les accions existents per a obtenir la indemnització del dany, de tal manera que pugui exercir en cada cas l'acció que tingui un abast més ampli. Aquesta acció general d'absorció de guanys hauria d'estar formulada de tal manera que produís l'efecte preventiu desitjat⁴⁸.

⁴⁶ Von Bar/Clive, cit. n. 2, p. 3276.

⁴⁷ Von Bar/Clive, cit. n 2, ibidem. Vegeu la crítica a aquesta opció sistemàtica del DCFR a Erik Monsen, *DCFR and Restitution for Wrongs*, ERPL 18, 4/2010, p. 813 i ss.

⁴⁸ Wagner, *Schadensersatz –Zwecke...*, cit. nota 41, p. 121. Aquest mateix criteri sembla seguir el *Projet Terré* en indicar en el seu art. 54 que "[L]orsque l'auteur du dommage aura commis intentionnellement une faute lucrative, le juge aura la faculté d'accorder, par une décision spécialement motivée, le montant du profit retiré para le défendeur plutôt que la réparation du préjudice subi par le demandeur...".

(cc) La combinació amb accions d'enriquiment o de gestió de negocis aliens

La doctrina clàssica no admet que una acció de responsabilitat extracontractual pugui estar fonamentada en criteris exclusivament preventius. Certament, en elaborar la regulació que afecta la producció de danys, el legislador ha de procurar no només que es compensin els danys soferts sinó també donar incentius per tal que no es produeixin. El que sembla que no resulta imprescindible és que aquestes finalitats de política legislativa les hagi d'assolir tot forçant l'ús d'un únic instrument —les accions de responsabilitat extracontractual amb caràcter supracompensatori— i no pugui assolir-la combinant aquest instruments amb altres, com ara les accions d'enriquiment o de gestió (impròpia) de negocis alienes, com ja fa, per exemple, combinant les accions de danys amb les quasi-negatòries d'abstenció o de cessació.

Una acció per enriquiment, combinada amb la de responsabilitat podria absorbir en molts casos el plus de guany o benefici que va més enllà del dany. Ara bé, topa amb dificultats serioses, com ara que l'acció d'enriquiment requereix que s'hagi produït un correlatiu empobriment de l'altra part, el qual pot no donar-se quan qui pateix el dany, degut a les seves capacitats o destreses, no hagués pogut obtenir ell mateix el benefici o quan la posició jurídica afectada no tenia contingut atributiu (*Zuweisungsgehalt*), és a dir, quan la persona que pateix el dany no hagués pogut utilitzar ella mateixa la posició jurídica afectada per a obtenir-ne un benefici.⁴⁹

Una via alternativa a l'enriquiment l'ofereix la gestió (impròpia) de negocis alienes.⁵⁰ El Dret romà, si bé la va limitar originàriament als supòsits d'actuació altruista en interès d'altri, va incloure posteriorment supòsits en els quals el gestor duia a terme com a propi un negoci que, o bé sabia que era aliè, o bé ignorava que ho fos. L'evolució que es va produir a partir de l'Edat Mitjana va anar limitant aquests supòsits a casos excepcionals, i en alguns codis com ara en el francès (art. 1372 Cod. civ.), l'austríac (§ 1042 ABGB), i també l'espanyol (art. 1888 CC), sense excloure-les expressament, es van limitar estrictament a aquells supòsits en que el gestor actua de manera altruista i intencional en benefici d'altri. Altres com ara l'alemany (§§ 677 BGB) i el suís (art. 423 OR) es van referir a aquestes altres supòsits, en el primer cas, per a excloure de les regles de la gestió de negocis aliens aquells casos en què el gestor ignorava l'alienitat del negoci i sotmetre la gestió amb coneixement a les regles de la gestió de negocis aliens en contra la voluntat de l'amo del negoci i, en el segon

⁴⁹ Vegeu per tots les diverses obres de Wagner, cit. n 41 i la comunicació que el Dr. Ruda i jo mateix presentem a aquesta ponència.

⁵⁰ En aquest sentit, per tots, Jan Dirk Harke, *Geschäftsführung und Bereicherung*, Berlin, Duncker und Humbolt, 2007, del mateix autor, *Allgemeines Schuldrecht*, Heidelberg, Springer, 2010, p. 339, i Pietro Sirena, *La gestioni di affari altrui. Ingerenze altruistiche, ingerenze egoistiche e restituzione del proffito*, Torino, Giappichelli, 1999.

cas, per establir amb caràcter general que en cap cas el gestor es pot apropiari dels beneficis que hagi obtingut i que l'amo del negoci no haurà d'indemnitzar o reemborsar al gestor més que en la mesura del que ell mateix s'hagi enriquit.⁵¹

3.2 Articulació amb altres parts del Dret privat

L'articulació de les regles de responsabilitat extracontractual amb altres parts de l'ordenament jurídic-privat està presidida també per la idea que les regles de la responsabilitat extracontractual, pel caràcter més ampli d'aquesta responsabilitat, tenen un cert caràcter "subsidiari", tant en el sentit que no es poden aplicar si això suposa contradir la finalitat o els objectius d'altres normes de Dret privat, com en el sentit que no afecten els remeis que puguin existir en base a altres fonaments (art. VI-1:103 (c) i (d) DCFR). Con assenyalen els comentaris del DCFR, aquests criteris relatius a l'àmbit d'aplicació de les normes de responsabilitat extracontractual no es refereixen únicament als conflictes que puguin sorgir amb l'àmbit contractual o, en general, en el marc del Dret de les obligacions, sinó que abasten altres àmbits del Dret privat.⁵²

És ben sabut que en el nostre país, probablement per influència de la doctrina italiana i argentina, un dels debats doctrinals estrella en els darrers anys ha estat l'articulació de les normes de responsabilitat civil amb les de Dret de família, sobretot per tal de dotar amb accions indemnitzatòries alguns d'aquells sectors del Dret de família, com ara el de les obligacions entre cònjuges, que les reformes més recents havien deixat sense mesures coercitives o sense remeis específics.⁵³ D'acord amb el corrent dominant entre els autors que s'ocupen de la relació entre aquests dos sectors, no només serien procedents les accions de responsabilitat civil en les casos en que el il·lícit civil intrafamiliar fos al mateix temps un il·lícit penal (aleshores, pròpiament, responsabilitat civil derivada de delictes), ni tampoc quan l'actuació d'un cònjuge o familiar envers l'altre suposés una lesió d'un dels seus drets de la personalitat, sinó també en casos com ara:

(1) En les relacions entre cònjuges, en casos de (a) danys causats per relacions sexuals consentides per tots dos cònjuges, però que un d'ells

⁵¹ Vegeu Harke (2007), cit. n. 50, p. 45 i ss i comunicació esmentades a la nota 49.

⁵² Von Bar/Clive, cit. n. 2, p. 3117 i ss.

⁵³ Com a mostra de l'atenció prestada al tema, les quatre monografies publicades l'any 2009 en les quals, amb més o menys extensió, analitzen el tema: María Aránzazu NovalesAlquézar, *Las obligaciones personales del matrimonio en Derecho comparado*, Madrid, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2009; Alma María Rodríguez Guitián, *Responsabilidad civil en el Derecho de familia: Especial referencia al ámbito de las relaciones paterno-filiales*, Cizur Menor (Navarra), Civitas Thomson Reuters, 2009; Aurelia María Romero Coloma, *Reclamaciones e indemnizaciones entre familiares en el marco de la responsabilidad civil*, Barcelona, Bosch, 2009; David Vargas Aravena, *Daños civiles en el matrimonio*, Madrid, La Ley, 2009.

considera repulsives⁵⁴; (b) danys causats per la infracció del deure de fidelitat o de socors mutu, i en general, de qualsevol deure conjugal, inclòs, en especial, el repartiment de les tasques domèstiques⁵⁵; (c) danys causats per la impotència, transsexualitat, homosexualitat o manca d'activitat sexual per part de l'altre cònjuge⁵⁶; (d) danys causats pel trencament unilateral del matrimoni, “consistente en verse obligado a aceptar una ruptura que no se desea, frustrando sus expectativas futuras de familia”⁵⁷; (e) danys patits per la falta de comunicació, fredor emocional o indiferència per part de l'altre cònjuge⁵⁸, etc.

(2) En les relaciones paterno-filials, aquests autors proposarien atorgar accions indemnitzatòries en casos com ara els següents: (a) danys causats al fill en haver-li transmès els pares malalties hereditàries, com ara la SIDA⁵⁹, (b) danys per no haver adoptat la mare unes correctes mesures d'higiene i salut durant l'embaràs (p. ex. no deixar de fumar o de prendre determinades substàncies o de practicar esports arriscats),⁶⁰; (c) danys patits per menors en accidents domèstics deguts a una manca de vigilància per part dels pares⁶¹; (d) danys patits per la dificultat dels fills d'integrar-se en la societat i d'interaccionar amb ella degut a haver rebut una educació negligent o incompetent per part dels pares⁶², etc.

No és aquest el lloc on desenvolupar aquesta amplia i complexa problemàtica⁶³, però sí per assenyalar que una expansió d'aquesta mena

⁵⁴ Rodríguez Guitián, cit., n. 53, p. 91.

⁵⁵ Rodríguez Guitián, cit., n. 53, p. 90. També Vargas Aravena, cit. ibídem, p. 39 i 101 i ss i Nogales Alquézar, cit. ibídem, p. 211. En favor de la indemnització per la infracció del deure de compartir les tasques domèstiques vegeu també María Paz García Rubio, *La prestación compensatoria tras la separación y el divorcio. Algunas cuestiones controvertidas*, a María Paz García Rubio (coord.), *Estudios Jurídicos en Memoria del Profesor José Manuel Lete del Río, Cizur Menor (Navarra)*, Civitas Thomson Reuters, 2009, p. 341-377.

⁵⁶ Vegeu SAP Illes Balears 5.6.2006 (en relació a l'homosexualitat) i Vargas Aravena, cit., n. 53, p. 232-233.

⁵⁷ María Teresa Marín García de Leonardo, *Separación y divorcio sin causa. Situación de los daños personales*, Revista de Derecho Patrimonial 16/2006, p. 152.

⁵⁸ Vargas Aravena, cit. 53, p. 235-236.

⁵⁹ Rodríguez Guitián, cit., n.53, p. 308.

⁶⁰ Rodríguez Guitián, cit., n. 53, p. 296-298.

⁶¹ Rodríguez Guitián, cit., n. 53, p. 236 i ss.

⁶² Rodríguez Guitián, cit., n. 53, p. 254-255.

⁶³ Vegeu per a un tractament crític més detallat, Miquel Martín-Casals / Jordi Ribot, *Damages in Family Matters in Spain: Exploring Uncharted New Land or Backsliding?*, a Bill Atkin (gral. ed.), *The International Survey of Family Law 2010 Edition*, Bristol, Jordan, 2010, p. 337-365 i, del mateixos autors, *Daños en Derecho de Familia: Un paso adelante, dos atrás*, ADC 2011, p. 503-561.

d'accions indemnitzatòries per uns suposats danys, fonamentalment morals, en l'àmbit del Dret de família no està justificada. En uns casos comporta buidar de contingut la regulació actual de Dret de família i, per la via de la responsabilitat, restablir conseqüències que el legislador familiar ja havia rebutjat i reobrir debats, com ara els que es donaven en relació a la separació o divorci causals, que ja s'havien tancat. També, sigui des de posicions ultraconservadores o pseudoprogressistes, pretén sovint imposar un criteri de moralitat que el legislador familiar no ha adoptat. Finalment, aquesta possibilitat de recórrer a accions indemnitzatòries coarta espais de llibertat personal que, gràcies a una difícil i lenta evolució, el legislador familiar ha anat consolidant en les darreres dècades.⁶⁴

II. ALGUNES LÍNIES GENERALS PER A UNA REGULACIÓ DE LA MATÈRIA

Es obvi que una ponència a aquestes jornades no pot pretendre convertir-se en un informe detallat de com hauria d'ésser o de com podria ésser una regulació de la responsabilitat extracontractual en el Llibre VI del Codi civil de Catalunya, sinó tan sols intentar ser una mena de recordatori d'algunes de les qüestions que podrien/haurien de tenir en compte els equips de treball que en el futur s'ocupin de preparar l'esborrany sobre la matèria. Per tant, de manera gairebé telegràfica, em limitaré a assenyalar alguns continguts essencials, com es podrien formular i, en algun cas, quins avantatges podria aportar una determinada opció en relació a les seves alternatives.

1. La norma fonamental

Tant els PETL com el DCFR parteixen d'un primer article, el qual ambdós anomenen "norma fonamental", però que s'enfoca des de perspectives inverses. Per la seva part el DCFR parteix de la perspectiva del danyat i fa pivotar la regulació sobre el concepte de "dany jurídicament rellevant" (cf. art. VI-1:101 DCFR). Els PETL en canvi, enfoquen el tema des de la perspectiva del causant del dany per a dir-nos qui està obligat a indemnitzar el dany i en base a quines raons (cf. Art. 1:101 PETL).

La visió del DCFR correspon més a una construcció alemanya en la qual els interessos protegits ocupen un lloc central i proposa l'adopció d'un sistema de llista d'interessos protegits la qual, si bé es oberta, desenvolupa a partir de la Secció Segona del seu Llibre VI (cf. Arts. VI-2:201 a VI-2:211). El sistema dels PETL, en canvi, s'acosta més a la tradició llatina de la clàusula general.

⁶⁴ Vegeu Martín-Casals / Ribot, *Daños en Derecho de familia: Un paso adelante, dos atrás*, cit., p. 560-561.

A més de recollir implícitament un criteri tan important com el del *casum sentit dominus*, aflora amb més claredat els pressupòsits de la responsabilitat (dany i relació causalitat) i els criteris d'imputació subjectiva (que anomena "fonament de la responsabilitat")⁶⁵.

Amb tot, la fórmula dels PETL no fa esment de l'actuació dolosa, limita els supòsits de responsabilitat objectiva a les anomenades "activitats anormalment perilloses" (com fan els PETL en el seu articulat) i no preveu la distinció que introdueix més tard dins de la responsabilitat per fet aliè entre aquell (p. ex. pare o tutor) que respon perquè tenia un deure d'actuar en benefici de qui ha causat el dany tot vigilant-lo amb la diligència deguda (art. 6:101 PETL, referit a menors i discapacitats) i el que respon (empresari o, millor, "principal") perquè el dany ha estat causat per un auxiliar seu, en l'exercici de les seves funcions i, per tant, per algú que actuava en benefici del principal com una mena de *lunga manus* o de prolongació de la seva personalitat (art. 6:102 PETL). Els règims de responsabilitat per fet aliè del primer cas i del segon, com veurem amb més detall més endavant, són també diferents, tot establint-se un règim de responsabilitat per culpa amb inversió de la càrrega de la prova en el primer cas, i un de responsabilitat vicària en el segon, és a dir, un règim que no requereix que el principal hagi incorregut en culpa perquè hagi de respondre.

Per totes aquestes raons, en cas de donar-se per bons aquests criteris, la norma bàsica o fonamental en Dret català es podria redactar d'una manera semblant a la següent:

Art. 641-1. Norma fonamental

1. Una persona està obligada a compensar el dany sofert per una altra si concorren tots els requisits perquè li sigui jurídicament imputable.
2. El dany es pot imputar a la persona que l'ha causat amb culpa o dol o en l'exercici d'una activitat anormalment perillosa o per a la qual la llei preveu també responsabilitat objectiva.
3. El dany causat per una persona menor o discapacitada es pot imputar també a qui ha infringit el deure de vetllar per ella amb la diligència deguda i el causat per un auxiliar en l'exercici de les seves funcions a la persona per a la qual actuava.

⁶⁵ Art. 1:101 PETL. *Norma fonamental*.

(1) La persona a qui es pugui imputar jurídicament el dany sofert per una altra està obligada a reparar-lo.

(2) En particular, el dany pot imputar-se a la persona

a) la conducta culposa de la qual l'hagi causat; o

b) l'activitat anormalment perillosa de la qual l'hagi causat; o

c) l'auxiliar de la qual l'hagi causat en l'exercici de les seves funcions

2. El dany rescabable

La idea de dany jurídicament rellevant en el sentit italià de *danno evento*, i que donaria resposta a la pregunta de “quan hi ha dany” que hagi d’èsser rescabable és troba present tant als PETL com al DCFR, i fins i tot la Proposició per a la reforma del Codi civil francès proposa ara introduir-la de manera explícita:

«Art. 1384. – *Est réparable le préjudice certain, consistant dans la lésion d’un intérêt licite, patrimonial ou extrapatrimonial.*

Aquesta idea es contraposa a la de *danno conseguenza*, la qual donaria resposta a “quin tipus de conseqüències ha produït la lesió al interès jurídic protegit”, i partiria de la *summa divisio* de si les conseqüències s’han donat en el patrimoni o si són extrapatrimonials⁶⁶.

Aquesta distinció rau també en la separació estricta que fan el textos de reforma francesos entre “dommage” i “préjudice” i també ha estat recollida pel Tribunal Suprem espanyol (entre d’altres, STS 27 juliol 2006 [RJ 2006\6548]).

La idea del dany jurídicament rellevant no és exclusiva d’un sistema germànic basat en una enumeració més o menys tancada d’interessos protegits, sinó que existeix en tot ordenament jurídic encara que no s’expliciti.

En la nostra tradició llatina el jurista ni se la planteja perquè, en la majoria dels casos li sembla una obvietat: està protegida la vida? (o dit d’altra manera, respondrà civilment qui causa la mort negligent a altri?). Esta protegida la salut, la integritat física, la propietat, la llibertat, l’honor, la intimitat, etc...?

El dubte es planteja però, quan ens trobem davant de nous supòsits: respondrà civilment qui fa un soroll que molesta al veí? I qui malmet el paisatge del qual gaudíem tots els matins quan anàvem a peu a la feina? I el metge que, per negligència, fa que siguin ineficaces les mesures anticonceptives preses (DIU, vasectomia, lligadura de trompes, etc.), tot produint-se aleshores el naixement d’un fill no previst amb les corresponents despeses lligades al part o, fins i tot, a la manutenció del fill, i el dany moral derivat de la frustració de la planificació familiar que s’havia dut a terme? (l’anomenat *wrongful conception*). I el metge que no informa de les malformacions d’un fetus, les quals li haurien permès a la mare decidir si volia avortar o no? (*wrongful birth*). En aquest darrer cas, podrà també el fill reclamar-li la despesa que li provoqui no poder dur a terme

⁶⁶ Amb una separació més nítida entre *dommage* (interès lesionat) i *préjudice* (conseqüència d’aquesta lesió), l’art. 8 I del Projecte Terré diu ara que “[C]onstitue un dommage toute atteinte certaine à un intérêt de la personne reconnu et protégé par le droit...”.

una vida autònoma i els danys morals derivats de les seves gravíssimes malformacions? (*wrongful life*). Per acabar, podem reclamar a l'auditor d'una empresa les pèrdues que hem sofert per confiar en el seus informes emesos negligentment? I a la empresa que fa unes obres que ens fan desviar del nostre camí habitual a la feina i que ens fan aixecar dues hores més aviat i gastar el doble de benzina que abans?

Per a fer front a totes aquests incerteses, el camí que sembla més segur a primera vista és l'alemany: fem una llista d'interessos protegits i el que no estigui a la llista no es tutela. L'experiència demostra, però, que tard o d'hora queda sense protecció algun interès digne d'haver estat tutelat i aleshores els tribunals —els quals, en aquests sistema, no estan autoritzats a afegir nous supòsits a la llista—han de fer equilibris malabars, como demostra la tortuosa jurisprudència que va haver de dictar el Tribunal Suprem Federal alemany a partir dels anys 50' del segle passat per a poder protegir els anomenats “drets generals de la personalitat” i que el legislador encara no ha gosat incorporar a la llista en la seva reforma del 2002.

Tal vegada, i potser per aquesta raó, el DCFR fa primer un llistat de “casos particulars de dany jurídicament rellevant” (VI-Secció 2 DCFR), on aprofita per a dir també quin és l'abast de la tutela d'aquests interessos es cada cas, és a dir, quins danys —en el sentit de “dany conseqüència”— s'indemnitzen. Apareixen així a la llista “la lesió corporal i els danys que en resulta d'ella”, “els danys soferts per tercers com a conseqüència de la lesió o mort d'una altra persona”, “les lesions a la dignitat, llibertat i intimitat”, “el dany resultant de la comunicació d'informació incorrecte sobre una altra persona”, el dany per la infracció de la confidencialitat, de la propietat i de la possessió, per la confiança en informació o consell incorrectes, etc. (cf. arts. VI-2:201 (1) (a) i VI-2:201 a VI-2:211 DCFR). Després, estableix una clàusula general de tancament, tot dient que dany jurídicament rellevant no és només el que apareix enumerat sinó també el que resulta de la violació d'un dret conferit per la llei (art. VI-2:101 (1) (b) DCFR) o de la violació d'un interès digne de tutela jurídica (*violation of an interest worthy of legal protection*, art. VI-2:101 (1) (c) DCFR). En resum: afegeix nous casos a la llista tradicional i la deixa oberta sense donar, però, cap orientació sobre quan hi haurà un nou interès digne de tutela jurídica el qual, però, encara no estava protegit.

El sistema dels PETL, molt criticat des de la perspectiva germanista, parteix d'una clàusula general⁶⁷, però després, en comptes de fer una enumeració, recorre a la tècnica del sistema mòbil (o flexible) (*bewegliches System*) per

⁶⁷ Art. 2:101. *Dany rescabable*. El dany requereix un perjudici material o immaterial a un interès jurídicament protegit.

a emplenar aquesta clàusula general⁶⁸. És a dir, intenta donar criteris a l'operador jurídic –al jutge fonamentalment, que al cap i a la fi és qui tindrà la darrera paraula– per a determinar si haurà un interès jurídic protegit que requereix la tutela aquil·liana, i per tant, l'entrada en joc de les regles de la responsabilitat extracontractual.⁶⁹

No sembla que, d'acord amb la tradició llatina, el futur Llibre VI del Codi civil de Catalunya hagi d'adoptar una llista tancada d'interessos protegits, ni tampoc sembla escaient que adopti un llista extensa de supòsits particulars d'interessos protegits amb una clàusula general residual com ho fa el DCFR. Caldrà valorar, però, si per a donar contingut a la clàusula general poden ser operatius a la pràctica els criteris que entren els PETL o, si com fan els francesos, s'ha d'aprofitar la referència als interessos protegits per aclarir algun cas polèmic (com fan ells, per exemple, en relació a la *perte d'une chance*)⁷⁰ o per a resoldre algun problema de difícil encaix (com ara el relatiu a les “despeses futures”⁷¹ o el ja esmentat de les “despeses preventives”⁷²).

⁶⁸ Vegeu, per una introducció al tema, Bernhard A. Koch, *Wilburg's Flexible System in a Nutshell*, a: Helmut Koziol/Barbara C. Steininger (ed.), *European Tort Law 2001(Tort and Insurance Law Yearbook 2002)*, Wien/New York, Springer, 2002, p. 545-548.

⁶⁹ Art. 2:102. *Interessos protegits*.

(1) L'abast de la protecció d'un interès depèn de la seva naturalesa; la seva protecció serà més àmplia com major sigui el seu valor, la precisió de la seva definició i la seva obvietat.

(2) La vida, la integritat física i psíquica, la dignitat humana i la llibertat gaudeixen de la protecció més àmplia.

(3) S'atorga una àmplia protecció als drets reals, inclosos els que es refereixen a les coses incorporals.

(4) La protecció d'interessos purament patrimonials o de relacions contractuals pot tenir un abast més limitat. En tals casos ha de tenir-se en compte, de manera especial, la proximitat entre l'agent i la persona protegida, o el fet que l'agent és conscient que causarà un dany a la víctima malgrat que els seus interessos siguin necessàriament objecte d'una valoració inferior als d'aquesta.

(5) L'abast de la protecció pot veure's afectat igualment per la naturalesa de la responsabilitat, de tal manera que, en cas de lesió dolosa, l'interès podrà rebre una protecció més àmplia que en la resta de casos.

(6) Per establir l'abast de la protecció també hauran de tenir-se en compte els interessos de l'agent, en especial, en la seva llibertat d'acció i en l'exercici dels seus drets, així com els interessos públics.

⁷⁰ Art. 1384, 3r. apartat: “La perte d'une chance constitue un préjudice réparable distinct de l'avantage qu'aurait procuré cette chance si elle s'était réalisée”. L'art. 9 del *Projet Terré* diu ara que « [L']interruption d'un processus à l'issue incertaine ne peut constituer un dommage que s'il existait des chances réelles et sérieuses qu'il aboutisse à un résultat favorable ».

⁷¹ «Art.1384. – Est réparable le préjudice certain...» Il en est de même du préjudice futur, lorsqu'il est la prolongation certaine et directe d'un état de chose actuel.

⁷² «Art.1385. – Les dépenses exposées pour prévenir la réalisation imminente d'un dommage, éviter son aggravation ou en réduire les conséquences, constituent un préjudice réparable.»

3. La relació de causalitat

3.1 La distinció entre causalitat (causalitat de fet) i abast de la responsabilitat (causalitat de dret o imputació objectiva)

En aquesta matèria el DCFR i els PETL ofereixen models molts diferents, els quals val la pena contrastar amb el recent *Restatement (Third)* nord-americà.

El DCFR dedica molt poca atenció a la qüestió amb el pretext que “l’amplitud i la complexitat del tema no parlen en favor d’una regla precisa sobre la causalitat”.⁷³ D’una manera gairebé tautològica afirma que “[U]na persona causa un dany jurídicament rellevant a una altra si el dany s’ha de considerar conseqüència de la conducta d’aquella persona o de la font de perill de la qual aquella persona és responsable” (art. VI.-4:101 (1) DCFR)⁷⁴. No distingeix entre causalitat de fet (causalitat, en sentit propi) i causalitat de dret (imputació objectiva o abast de la responsabilitat) i es limita a completar la regulació amb algunes poques regles més com ara les relatives a la predisposició de la víctima en cas de dany corporal o mort, la col·laboració en la causació del dany i la causalitat alternativa (arts. VI.- 4:101 (2) a 4:103 DCFR).

Els PETL i el *Restatement (Third)*, en canvi parteixen de la distinció entre “causalitat” (causalitat de fet) i “abast de la responsabilitat” (causalitat jurídica o imputació objectiva). El punt de partida de la causalitat de fet és la regla de la *conditio sine qua non*, la qual s’estableix tot dient que “Una activitat o conducta ... és causa del dany de la víctima si, d’haver faltat tal activitat, el dany no s’hagués produït”, criteri que també utilitza el *Restatement* nord-americà (cf. § 26) i que és el més estès internacionalment.

3.2 La causalitat de fet i alguns problemes creats per la incertesa

Certament, aquesta idea contrafactual que està en la base de la *conditio sine qua non* no resol el problema d’establir si una activitat ha estat la causa d’un dany en casos de sobredeterminació, com ara quan existeix causalitat concurrent, ni en casos d’incertesa.

En el cas de causes concurrents (existeix una pluralitat d’activitats, cadascuna de la quals per si sola hagués pogut causar el mateix dany al mateix temps) la regla de la *conditio* no resol el problema perquè donaria lloc al resultat absurd de que cap activitat pot haver estat la causa perquè el dany

⁷³ Cf. von Bar/Clive, cit. nota 2, p. 3570.

⁷⁴ “VI.-4:101: *General rule.* (1) A person causes legally relevant damage to another if the damage is to be regarded as a consequence of that person’s conduct or the source of danger for which that person is responsible”

igualment s'hagués produït com a resultat de l'altra o altres activitats. Per aquest raó els PETL (art. 3:102) i el *Restatement* (§27) estableixen que *hom considerarà* que cada activitat ha estat causa del dany.

En cas d'incertesa els PETL (art. 3:103- 3:106 PETL) proposen com a solució general la denominada *causalitat proporcional*, és a dir, una indemnització del dany en proporció a la probabilitat d'haver-lo causat. La regla requereix que concorrin els altres fonaments de la responsabilitat (p. ex. actuació culposa o que donaria lloc a responsabilitat objectiva, existència de dany rescabable, etc.), però propugna establir la responsabilitat en funció de la probabilitat de que el risc que ha creat l'agent, un risc que en termes generals ha de ser necessàriament apte per a produir un determinat tipus de dany, hagi causat el concret dany patit per la víctima.

La regla es coneguda en l'àmbit comparat en manifestacions concretes com ara la responsabilitat per quota de mercat (*market-share liability*), però admet una tipologia molt ampla, sobre la qual aquí només es poden assenyalar els trets generals de determinats grups de casos.

Així, la incertesa pot venir donada perquè:

(a) Existeix una pluralitat de possibles causants del dany (D1-D10) a la víctima (P) quan no tots o només un l'ha causat i s'ignora qui ha estat (causalitat alternativa amb causant del dany no identificat, cf. art. 3:101 (1) PETL).

Exemple 1: P fa feines que comporten el contacte amb l'amiant o asbest i treballa 5 anys per D1, 10 anys per a D2 i 20 anys per a D3. Després d'aquests 35 anys es descobreix que pateix un mesotelioma, una malaltia que ha estat causada per una o unes poques fibres d'asbest les quals pot haver inhalat en qualsevol moment.

(b) Existeix una pluralitat de causants de danys (D1-D10) i una pluralitat de víctimes (P1-P100), però s'ignora quin causant (D) ha causat el dany de quina víctima (P) (com ara en els coneguts casos de de responsabilitat per quota de mercat [*market-share liability*], de causalitat també alternativa, però on la incertesa no permet relacionar els causants amb les víctimes, cf. art. 3:103 (2) PETL).

Exemple 2: Diverses companyies (D1-D10) produeixen productes diferents que es fan servir en la construcció i que contenen amiant. Diversos treballadors (P1-P10) que han estat exposats als diversos productes d'aquestes companyies pateixen mesotelioma al cap d'un temps. (També, com a conegut cas de responsabilitat per quota de merca, el de les anomenades "filles del DES").

(c) Existeix un agent, com ara la contaminació emesa per una fàbrica, un medicament o procedent d'una font de risc semblant, el qual incrementa el nombre de casos de persones que pateixen una determinada malaltia originada per factors independents de la responsabilitat d'algú (casos de víctimes no identificades)

Exemple 3: En una determinada població es produïen 50 casos de càncer cada 10 anys. A la població s'hi estableix una fàbrica contaminat, la qual emet unes emissions no permeses per la Llei i, passats 10 anys des de la instal·lació, se'n han produït 100, i el nombre s'ha incrementat fins a 150 en els 10 anys següents.

(d) A diferència dels casos en els quals se sabia que el dany d'una víctima havia estat causat per un il·lícit civil d'un membre d'un grup de "sospitosos" als quals pertanyia el demandat (casos (a) i (b)) o que el demandat ha causat il·lícitament un dany a un grup al qual el demandant pertany (cas (c)), aquesta categoria inclouria els casos en els quals la incertesa es refereix a si un sol demandat (D) ha causat un dany a una sol demandant (P). Son el casos d'increment de risc.

Exemple 4: P neix amb una greu dany cerebral. S'ignora si el dany ha estat el resultat inevitable del seu naixement prematur o ha estat causat pel tractament negligent del metge D. S'estableix que la probabilitat de que el dany hagi estat causat per tractament erroni és del 30%.

(e) Altres vegades la incertesa sobre si un únic demandat D ha causat el dany d'un sol demandant P no es concep en termes d'increment de risc sinó en termes de reducció de les oportunitats de que P no pateixi un dany. Són els coneguts casos de pèrdua d'oportunitat, tant debatuts en els darrers anys en el Dret espanyol, tant en el cas de l'anomenada "pèrdua de oportunitat processal" (les primeres SSTS foren les de 16.12.1996 (RJ 1996\8971) i 28.1.1998 (RJ 1998\357) com en el de "pèrdua de oportunitat de curación" (la primera STS 10.10.1998 (RJ 1998\8371)⁷⁵. En aquests casos els PETL parlen de "causes incertes en l'esfera de la víctima" i disposen que "la víctima ha de carregar la pèrdua soferta en la mesura corresponent a la probabilitat que pugui haver estat causada per una activitat, esdeveniment o qualsevol altra circumstància pertanyent a la seva pròpia esfera" (cf. art. 3:106 PETL).

Com es pot veure dels diversos casos apuntats, els supòsits són molt diversos i, tal vegada, la regla de la responsabilitat proporcional es podria justificar

⁷⁵ Vegeu per tots, Luis Medina Alcoz, *La teoría de la pérdida de oportunidad: Estudio doctrinal y jurisprudencial de derecho de daños público y privado*, Madrid, Civitas, 2007 i Clara Isabel Asúa González, *Pérdida de oportunidad en la responsabilidad sanitaria*, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008.

més en uns casos que en altres. En tot cas, aquesta regla mereix atenció i debat. La regla de la responsabilitat proporcional intenta trobar un criteri més equitatiu en la distribució de diversos tipus de riscos entre possibles causants de danys i víctimes. El risc més fonamental que s'intenta equilibrar és el de la incertesa probatòria, el qual dóna lloc a que el demandant no obtingui res si no aconsegueix provar la probabilitat de la causació del dany més enllà d'un cert llindar de certesa (el 50% en els països del *Common Law*, o un grau de certesa més elevat, difícil de quantificar –tal vegada un mínim del 75 o 80 %– en la majoria de països continentals) i que en canvi obtingui la indemnització del 100% dels danys provant simplement la probabilitat del causació per sobre d'aquest llindar. La incertesa probatòria a la qual es fa referència aquí no es la epistemològica (no es pot provar la causalitat simplement perquè aquell a qui correspon la càrrega de la prova no pot donar a conèixer determinats fets amb les garanties suficients per tal que tinguin valor probatori) sinó sistèmica (no es pot provar perquè és objectivament impossible obtenir determinades dades).

La responsabilitat proporcional també intenta distribuir d'una manera més equitativa el risc de la insolvència. La responsabilitat per quota de mercat, per exemple, parteix de la idea que quan hi ha una pluralitat de fabricants possibles causants del dany (D1-D10) i una pluralitat de víctimes (P1-P100), i se sap que el causant D1 no pot haver causat el dany de totes les víctimes, no semblaria just fer-lo respondre del dany de totes o d'una part substancial de les víctimes simplement pel fet que els altres fabricants han deixat d'operar en el mercat o són insolvents. En cas contrari, hom el faria respondre per un dany que se sap que no ha causat.

3.3 L'abast de la responsabilitat (imputació objectiva) i criteris

Un cop s'ha determinat, d'acord amb les regles anteriors, que qui ha actuat ha causat el dany cal esbrinar encara de quines conseqüències respon. Del que es tracta, en el fons, és de trobar regles que mantinguin els danys dels quals s'ha de respondre dins d'uns límits raonables, cosa la qual no s'assoleix simplement amb la regla de la *conditio sine qua non*.

D'aquesta qüestió se'n ocupen les regles de l'anomenada "imputació objectiva", introduïda en la doctrina espanyola per PANTALEÓN ara fa més de 20 anys⁷⁶, adoptada pel Tribunal Suprem espanyol en els darrers 7 o 8 anys (cf., per totes, SSTS 26 gener 2007 [RJ 2007\1873]; 17 febrer 2009 [RJ 2009\1494]; 2 març 2009 [JUR 2009\169946]), i de sobres coneguda per tothom. Un factor important en la pràctica judicial espanyola és que l'existència o no de relació de causalitat, en la mesura que és una qüestió de

⁷⁶ Cf. nota 16.

fet, no és susceptible de ser revisada en cassació, llevat d'error de Dret en la valoració de la prova. En canvi, sí és susceptible de ser revisat en cassació el judici de causalitat de Dret o d'imputació objectiva (cf. SSTS 4 novembre 2004 [RJ 2004\6717]; 31 octubre 2006 [RJ 2006\8882]).

Telegràficament hom pot fer referència aquí a les qüestions següents:

(1) Que sota l'encapçalament “abast de la responsabilitat” els PETL (art. 3:201 PETL) i, amb més detall, el *Restatement* nord-americà (*Chapter 6* §§ 29-36), contenen un conjunt d'aportacions que tot legislador europeu hauria de valorar.

(2) Que d'acord amb els §§29 i 30 *Restatement* és possible intentar una formulació més general, en funció de si el risc que s'ha actualitzat ha estat del tipus de riscos que determina la responsabilitat i de si l'actuació del responsable ha incrementat o no el risc de que es produís el dany⁷⁷. Així, per exemple, proporcionar una arma de foc a un menor comporta una actuació negligent i, probablement, qui l'ha proporcionat també haurà de respondre per les lesions que el menor causi quan la dispari, però no en canvi per les que causi quan, en caure l'arma al peu d'algú, amb el cop, li trenqui un dit. Tal vegada aquestes regles formulen d'una manera més general el criteri europeu de “fi de protecció de la norma”, molt clar i útil quan s'infringeix una llei o una reglament que tenia per objecte protegir d'uns determinats, però que queda més difuminat en altres casos.

(3) Que cal revisar el catàleg de “criteris d'imputació” establerts.

(a) D'entrada cal deixar de banda aquells que no són pròpiament criteris d'imputació en el sentit de limitar l'abast de la responsabilitat per a corregir l'extensió excessiva a la qual pot donar lloc l'aplicació de la regla de la *conditio sine qua non*. Així, per exemple l'assumpció del risc és clarament una causa d'exoneració (cf. Art. 7:101 (d) PETL i art. VI-3:101 (2) DCFR). El mateix es pot dir de la concurrència de culpa de la víctima (cf. Art. 8:101 PETL i art. VI-5:102DCFR).

(b) Seguidament cal plantejar-se si tots el criteris tradicionals d'imputació objectiva veritablement ho són i quin significat tenen realment. Aquest és el cas, per exemple de l'anomenada “prohibició de regrés” (*intervening causation, supervening/superseding causes, novus actus interveniens*) (criteri que es refereix a la idea que no ha de respondre qui ha posat en marxa un curs causal al qual ha sobrevingut o s'ha sobreposat un altre curs causal

⁷⁷ § 29. *Limitations for Tortious Conduct*. An actor's liability is limited to those arms that result from the risks that made the actor's conduct tortious.

§30. *Risk of Harm not generally increased by Tortious Conduct*. An actor is not liable for harm when the tortious conduct aspect of the actor's conduct was of a type that does not generally increase the risk of that harm.

posat en marxa per una força de la naturalesa, un tercer o la pròpia víctima, perquè aquest segon curs causal ha “trenat” el nexa de causalitat amb el primer)⁷⁸. Tant els PETL com el DCFR i el *Restatement*⁷⁹ consideren que no és un criteri ni autònom ni útil, perquè els problemes que intenta resoldre es resolen al cap i a la fi amb una distribució de riscos entre els subjectes que intervenen i en funció d'altres criteris, com ara el de la previsibilitat (l'adequació) o el de fi de protecció de la norma. També s'assenyala que respon a unes concepcions filosòfiques perilloses.⁸⁰ En la mateixa línia, cal delimitar l'abast de l'anomenat “risc general de la vida”, criteri creat amb caràcter autònom l'any 1960 per Hermann LANGE com a “criteri negatiu d'imputació objectiva”.⁸¹

(4) Que cal tenir en compte que l'abast de la responsabilitat no ha de ser necessàriament el mateix en els casos de responsabilitat per culpa que en els de responsabilitat per dol. En aquest sentit l'Art. 3:201 (b) PETL remet a l'Art. 2:102 (*interesses protegits*) on, entre d'altres aspectes, s'indica que “l'abast de la protecció pot veure's afectat igualment per la naturalesa de la responsabilitat, de tal manera que, en cas de lesió dolosa, l'interès podrà rebre una protecció més àmplia que en la resta de casos”. Un tractament més detallat del tema es troba al § 33 del *Restatement*.

4. Els criteris d'imputació subjectiva (fonaments de la responsabilitat)

Els que aquí s'anomenen “criteris d'imputació subjectiva” es refereixen a les característiques que ha de tenir la conducta o activitat d'un determinat subjecte pel tal que estigui justificat que un dany es posi a càrrec seu. Coincideixen amb el que el PETL anomena “fonament de la responsabilitat” i, amb una expressió difícil de traduir, amb el que el DCFR anomena “accountability” [responsabilitat en el sentit de “necessitat retre comptes”],

⁷⁸ Una obra de referència ineludible sobre la matèria és la de Douglas J. Hodgson, *The Law of Intervening Causation*, Aldershot, Ashgate, 2008.

⁷⁹ Vegeu el comentari de Jaap Spier a l'art. 3:201 PETL, nm 11-12, p. 100, el comentari a l'art. VI.-4:101 DCFR, p. 357 i el § 34 *Restatement*, p. 569 i ss., on es disposa que: “§ 34. *Intervening Acts and Superseding Causes*. When a force of nature or an independent act is also a factual cause of harm, an actor's liability is limited to those arms that result from the risks that made the actor's conduct tortious”.

⁸⁰ Sobre aquest punt, Michael S. Moore, *Causation and Responsibility. An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, Oxford, Oxford University Press, 2009, p. 254 i ss.

⁸¹ Hermann Lange, *Begrenzung der Haftung für schuldhaft verursachte Schäden*, Verhandlungen des 43. DJT 1960, Bd. 1, T., 1, A53, Tübingen; Mohr (Siebeck), 1960. Vegeu per tots, Erwin Deutsch, *Das “allgemeine Lebensrisiko” als negativer Zurechnungsgrund*, a FS für Günther Jahr zum 70. Geburtstag, Tübingen, Mohr (Siebeck), 1993, p. 251-265.

terme que emprat en aquest context sona estrany fins i tot als nadius que parlen el més exquisit anglès oxfordià.⁸²

Com s'estructuren els diversos criteris d'imputació subjectiva és quelcom que també varia en els diversos models.

Els PETL distingeixen entre responsabilitat per culpa, responsabilitat “per activitats anormalment perilloses” (clàusula general de responsabilitat objectiva) i responsabilitat “per altres” (per fet aliè), sense fer entrar com a categoria pròpia la responsabilitat per dol. En canvi el DCFR parteix bàsicament d'una bipartició: de la responsabilitat (*accountability*) amb dol o culpa (*negligence*) i la “responsabilitat sense dol o culpa” (*accountability without intention or negligence*), sense considerar com a categoria pròpia la responsabilitat per fet aliè.

Ometre la referència al dol pot semblar greu, però el DCFR, després de definir el dol (i el dol eventual) (art. VI.- 3:101 DCFR) no fa una regulació diferenciada de les conseqüències de l'actuació dolosa. En tot cas, en una futura regulació del Llibre VI caldria valorar la conveniència d'explicitar els diversos tipus de conducta com també ho fa el *Restatement (intent, recklessness, fault)* (§§ 1-3).

En canvi, ometre la referència a la responsabilitat per fet aliè com a supòsit específic és, en la meua opinió, greu. L'omissió es dona tant en el DCFR com en el *Restatement*. En el primer cas, el DCFR regula la responsabilitat de les persones o institucions que tenen el deure de vetllar per menors o altres persones en el marc de la responsabilitat per dol o negligència (art. VI.-3:104 DCFR), mentre que la del principal pel fet dels seus auxiliars la regula en el marc de l'anomenada responsabilitat “sense dol o negligència” (VI.-3:201 DCFR). En el cas del *Restatement*, l'omissió es justifica plenament perquè, d'una banda, en el *Common Law* els pares no responen pels fills per fet aliè, com a infracció d'un deure de tenir cura del menor derivat de la potestat parental (cf. art. 236-17 CCCat), sinó per fet propi, és a dir, com respondrien en el cas que tinguessin el deure de supervisar un estrany; d'altra perquè si bé està prevista una regulació residual del tema, encara no aprovada, la responsabilitat del principal pel fet de l'auxiliar es regula fonamentalment en el *Restatement of Agency*.⁸³

⁸² Com indica Simon Whittaker, “...the adoption of the terminology of “accountability” in Book VI obscures rather than helps to elucidate the intentions of the DCFR in relation to non-contractual liability”. Simon Whittaker, *The “Draft Common Frame of Reference”: An Assessment, Comissioned by the Ministry of Justice*. United Kingdom, November 2008, http://www.justice.gov.uk/publications/docs/Draft_Common_Frame_of_Reference__an_assessment.pdf (Data de consulta: 24.08.2010), p. 10 i p. 162-164.

⁸³ The American Law Institute, *Restatement of the Law (Third) Agency*, 2 vols, St. Paul, Minn., American Law Institute, 2006.

Com estableixen els PETL, la responsabilitat per fet aliè és una categoria pròpia que no es pot subsumir en les de responsabilitat per culpa o de responsabilitat objectiva perquè ha de tenir en compte dos possibles subjectes responsables i no un de sol, de tal manera que la conducta o activitat de cadascun d'ells serà rellevant per establir si hi ha responsabilitat o no.

Així, per exemple, en el supòsit de responsabilitat per fet aliè per supervisió negligent, el subjecte que respon per altri ho fa perquè ell mateix ha infringit un deure de conducta. També cal, però, que la conducta d'altri hagi estat negligent o, com a mínim, "objectivament negligent". Aquesta expressió de la conducta "objectivament negligent", la qual podria semblar un oxímoron, no és res més que una manera abreujada de dir que qui ha actuat no respon perquè no té capacitat de culpa civil però, al mateix temps, afirmar que ha actuat "malament" perquè ha fet alguna cosa per la qual hagués hagut de respondre si hagués estat major d'edat. Aquesta idea es recull perfectament a l'art. VI.- 3:104 DCFR quan diu que el pares i altres persones que han de tenir cura del menor responen, tot complint-se altres requisits, quan el menor ha causat el dany "mitjançant una conducta que constituiria una conducta intencional o negligent si fos la conducta d'un adult". La jurisprudència francesa que a partir del anys 90 del segle passat va crear la clàusula general de responsabilitat objectiva per fet d'altri, paral·lela a la responsabilitat per fet de les coses i fonamentada pretesament en el mateix incís final del primer apartat de l'art. 1384 Cod. civ., va prescindir d'aquesta matisació i per això en la pràctica actual els pares responen pels danys causats pels seus fills d'una manera semblant a com responen del causats pels seus animals de companyia, és a dir, sense que calgui culpa per la seva part, però també sense que s'entri a valorar en cap moment la conducta del menor (ni, per suposat, de l'animal en qüestió). Amb aquest criteri es pot donar la paradoxa de que els pares responguin per danys causats per conductes "correctes" dels menors o que, fins i tot, no haguessin fet respondre a aquest menor si, en comptes d'ésser menor, hagués estat major d'edat.

4.1 Responsabilitat per culpa

A) *Capacitat de culpa civil*

La culpa requereix, en primer lloc, que el subjecte que ha de respondre sigui "civilment imputable", és dir, capaç de culpa civil o, en altres paraules, capaç de discernir entre el bé i el mal i de comprendre què significa socialment fer mal a altri. En l'àmbit comparat la capacitat de culpa civil es determina de maneres molt diferents.

En alguns països, existeix una regla rígida la qual estableix que per sota d'una certa edat, tradicionalment els 7 anys, hom és incapaç de culpa civil. Altres ordenaments jurídics, com l'austríac o el portuguès, consideren que el límit d'edat només dóna lloc a una presumpció *iuris tantum*, de tal manera que per sota d'aquest llindar el menor no respondrà llevat de prova en contrari que demostrï la seva capacitat de culpa civil. Finalment, altres ordenaments jurídics no estableixen un límit d'edat.

En principi no semblaria un bon criteri adoptar un límit d'edat fix amb caràcter absolut. Entre d'altres raons perquè no és massa clar quin ha de ser aquest llindar (7 anys el DFCR i Alemanya, 14 anys als Països Baixos, Àustria i Portugal... però 5 només segons el *Restatement*⁸⁴), ni si ha de ser el mateix per a totes les activitats en les quals intervé un menor (p. ex. 7 anys, com a criteri general a Alemanya, però 10 per a accidents on intervenen automòbils, trens i, en general vehicles que van sobre rails [cf. § 828 (1) i (2) BGB], llevat que el menor entre 7 i 10 anys hagi actuat amb dol). Més discutible és si convindria fixar alguna edat que donés lloc a una presumpció.

Els PETL (cf. art. 4:102 (2) PETL), en canvi, s'inclinen per un criteri obert, perquè és molt més flexible: el grau de maduresa del menor dependrà d'un cúmul de circumstàncies com ara l'ambient on ha crescut, l'educació que ha rebut, el tipus d'activitat en la qual s'ha produït el dany, etc... i el criteri flexible permet al jutge fer una valoració més adaptada a les peculiaritats de cada cas.

Hi hagi o no edat fixa, la segona qüestió que es planteja és com s'analitza la conducta del menor, si amb un criteri *objectiu* (en relació a la capacitat d'altres menors de la mateixa edat, com ho fan l'art. 3:103 (1) DCFR i § 10 (a) *Restatement*) o en relació a un criteri *subjectiu* (anàlisi del menor concret, com ho fa l'art. 4:102 (2) PETL). La principal crítica al criteri objectiu és que és il·lusori, perquè com que cal anar-lo ajustant a les circumstàncies particulars del menor, esdevé finalment un criteri subjectiu. La principal crítica que s'acostuma a formular al criteri subjectiu és que pot donar lloc a situacions complicades en les quals aquells que han de respondre pels menors s'hagin d'esforçar en demostrar que els seus fills tenen menys enteniment que altres menors que tenen la mateixa edat i que es troben en les seves mateixes circumstàncies. A aquesta crítica caldria afegir-li que suposa emprar un criteri diferents pels menors, atès que en relació als adults el criteri és objectiu (el de "la persona raonable que es trobi en les mateixes circumstàncies").

La manca de capacitat de culpa civil pot també venir donada per les anomalies psíquiques. Encara que alguns ordenaments tracten de manera diferent els dos supòsits (com també ho fa el DCFR, cf. VI.-Chap. 3, Sec. 1 en relació a l'art. VI.- 5:301 DCFR), en un principi no sembla haver-hi raons

⁸⁴ Cf. § 10 Children .- (b). A child less than five years of age is incapable of negligence.

de prou pes per a un tractament d'aquesta mena (cf. en aquest sentit, i en més detall, § 11 *Disability* del *Restatement*). Cal plantejar-se finalment si les anomalies físiques, en alguns casos, poden servir també per a modular d'alguna manera la diligència.

B) *Estàndard de conducta exigible*

L'estàndard o patró de conducta més estès és el de la “persona raonable” (formulació moderna del vell criteri del *bonus pater familiae*) (cf. Art. 4:101 i 4:102 (1) PETL i art. VI.- 3:102 (b) DCFR) i, si bé amb una formulació lleugerament diferent, § 3 *Restatement*).

Aquest patró de conducta s'haurà d'adaptar a les circumstàncies de cada cas. El DCFR no dóna criteris per a fer aquesta adaptació. En canvi, alguns dels que dóna l'art. 4:102 PETL⁸⁵ ja han estat emprats per la jurisprudència del Tribunal Suprem espanyol atès que, d'acord amb les SSTs 17 juliol 2007 (RJ 2007\4895) i 21 novembre 2008 (RJ 2009\144), “tales criterios pueden tomarse como referencia para integrar la lacónica formulación del art. 1902 CC y complementar el valor integrador generalmente aceptado de otros preceptos del propio Código encuadrados en el capítulo relativo a la naturaleza y efectos de las obligaciones”.

La primera de les dues sentències esmentades va fer servir el criteri de la “relació de proximitat o especial confiança”, per considerar que qui rebia a casa seva com a amfitrió a uns amics que venien a sopar no havia estat negligent pel fet que un d'ells – el qual havia entrat a casa seva com si fos a la pròpia – va caure en trepitjar un objecte (no va quedar clar, però semblava que era una petita joguina amb rodes) que hi havia en el terra d'un passadís fosc.⁸⁶ En la segona sentència, referida als danys causats per l'explosió produïda per les emissions de gas d'un producte químic altament perillós, emprat de manera massiva per a desinsectar una casa, el Suprem, amb cita als PETL, va fer servir el criteri del coneixement la perillositat del producte per a considerar que el demandat no havia estat prou diligent.

⁸⁵ Art. 4:102. *Estàndard de conducta exigible*. (1) L'estàndard de conducta exigible és el d'una persona raonable que es trobi en les mateixes circumstàncies i depèn, en particular, de la naturalesa i el valor de l'interès protegit de què es tracti, de la perillositat de l'activitat, de la perícia exigible a la persona que la duu a terme, de la previsibilitat del dany, de la relació de proximitat o d'especial confiança entre les persones implicades, així com de la disponibilitat i del cost de les mesures de precaució i dels mètodes alternatius.

⁸⁶ La sentència ha estat comentada per Pablo Salvador Coderch/Sonia Ramos González, *Relaciones de complacencia y deberes para con los invitados*, 2 InDret (2008). Per a una visió alternativa del tema, en el seu famós discurs com a degà de la Universitat de Giessen, Ihering deia: “Bei Gefälligkeitsverhältnissen dagegen ist es ebenso natürlich, dass der, welcher die Gefälligkeit erhält, welcher also gewinnt, für *culpa levis*, als dass der, welcher sie erwies, welcher also opfert, bloß für *culpa lata* einstehe”. Cf. Rudolph von Ihering, *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht*, Giessen, Emil Roth, 1867, p. 54.

La negligència pot resultar també de la infracció de lleis o reglaments que prescriuen o prohibeixen una determinada conducta. En general, la regla és que la infracció d'aquest tipus de norma comporta actuació negligent, mentre que la seva observança no és suficient per a fonamentar la diligència. Els PETL es refereixen a aquest criteri com a un criteri més per a determinar l'estàndard de conducta exigible (cf. Art. 4:102 (3) PETL), mentre que el DCFR, possiblement per influència del § 823 (2) BGB i del *tort de breach of statutory duty* del *Common Law*, considera la infracció de la llei o reglament amb finalitat protectora com un supòsit apart (cf. Art. VI.- 3:102 (a) DCFR).

C) *Inversió de la càrrega de la prova de la culpa*

Des dels anys 40 del segle passat fins fa menys d'una dècada, la jurisprudència del Tribunal Suprem espanyol –probablement sense saber-ho– es va alinear amb la de la majoria dels països regits per les anomenades “democràcies populars” i va fer, con era el cas en aquells països, un ús gairebé sistemàtic i, en tot cas abusiu, de la presumpció de culpa i inversió de la càrrega de la prova de la culpa. L'efecte pràctic d'aquest enfocament conegut amb el pompós nom de “proceso de objetivación de la responsabilidad” era que el demandant havia de provar l'actuació del demandat, el dany i la relació de causalitat entre un i l'altra, mentre que, per regla general, corresponia al demandat provar que no havia estat negligent.

En els darrers anys, però, el Tribunal Suprem ha abandonat amb encert aquest enfocament, tot recordant que l'art 1902 CC no admet una inversió sistemàtica de la càrrega de la prova de la culpa. En un primer moment ha assenyalat que això només serà possible “en supuestos de riesgos extraordinarios, daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño cuando está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole” (cf., per exemple, SSTS 2 març 2006 [RJ 2006\5508]; 22 febrer 2007 [RJ 2007\1520]; 5 maig 2008 [RJ 2008\2947]). Més recentment, tot considerant que l'art. 217.6 LEC no permet una inversió d'aquesta mena, ha substituït l'argument de la inversió de la càrrega de la prova per el de la major facilitat probatòria, el qual porta, però, a uns resultats anàlegs. Així s'assenyala que la jurisprudència “sin prescindir del elemento esencial de la culpa, a lo más que llega es a aceptar la aplicación del principio de proximidad o facilidad probatoria o una inducción basada en la evidencia del daño desproporcionado o falta de colaboración del causante del daño, cuando éste está especialmente obligado a facilitar la explicación del daño por sus circunstancias profesionales o de otra índole” (cf. STS 9.2.2011 [JUR 2011\67622]).

La regla de la inversió de la càrrega de la prova limitada al supòsits de “riscos extraordinaris” es troba formulada de manera clara en les PETL

i la regla semblant en el context espanyol no té per a objecte expandir la responsabilitat sinó limitar-la a supòsits en que el caràcter extraordinari del risc ho justifiqui. El que justifica la inversió és, segons l'art. 4:201 PETL “la gravetat del perill”, la qual es determina mitjançant una fórmula similar a la del *Jutge Learned Hand*:

Gravetat del perill = gravetat del dany x probabilitat que es produeixi

4.2 Responsabilitat per activitats “anormalment perilloses”: clàusula general de responsabilitat objectiva v. supòsits específics

La responsabilitat per riscos extraordinaris o per perill greu, i que només dóna lloc a invertir la càrrega de la prova de la culpa o a facilitar-la no es pot confondre amb la responsabilitat per “activitats anormalment perilloses” que tant en els PETL com en el *Restatement* serveixen de base a una clàusula general de responsabilitat objectiva (cf. Art. 5:101 PETL i §20 *Restatement*).

En els dos textos aquestes clàusules són pràcticament idèntiques. Estan pensades per a supòsits molt residuals, atès que requereixen la concurrència de dos elements: (1) Que l'activitat sigui “anormalment perillosa”, és a dir, que creï un risc previsible i significatiu de dany malgrat que hom empri tota la cura deguda en el seu exercici i (2) Que l'activitat no sigui una d'aquelles que són “d'ús comú”, és a dir, que no sigui d'aquelles que en una comunitat la duu a terme una gran part de la població.

Així per exemple, actualment conduir vehicles a motor no és una activitat anormalment perillosa perquè la duu a terme una gran part de la població. Certament, el legislador la pot sotmetre a un règim de responsabilitat objectiva o no (com en el cas d'Anglaterra), però no és una activitat que quedi compresa en la clàusula general. Qüestió diferent seria si tinguéssim en compte la societat on van començar a circular els primers vehicles a motor: aleshores era una activitat nova, amb uns perills desconeguts als quals encara no s'havia adaptat la població. La manca “d'ús comú” hauria justificat l'aplicació d'aquesta clàusula. Per aquest criteri, altres tipus d'activitats, com ara enderrocar edificis amb explosions controlades de càrregues de dinamita, seran sempre “anormalment perilloses”.

El *Restatement* combina aquesta clàusula general amb supòsits específics de responsabilitat objectiva, cosa la qual no fan els PETL, que no es pronuncien sobre casos específics i remetent al que disposi el legislador nacional.

Que el legislador nacional pot establir casos específics de responsabilitat objectiva és quelcom clar i habitual. És més, és el que succeeix en la majoria dels països del nostre entorn. El que és més extraordinari és que ho pugui fer el jutge, com expressament preveuen el PETL en indicar que “llevat que

la llei nacional disposi altrament, els supòsits addicionals de responsabilitat objectiva poden establir-se per analogia amb d'altres que originin un risc semblant de dany” (art. 5:102 PETL). Aquesta és un regla molt minoritària en l'àmbit europeu (probablement només s'aplica a Àustria) i és molt difícil d'acceptar en un tradició cultural com ara la nostra.⁸⁷

En l'àmbit europeu és molt difícil posar-se d'acord en quins supòsits concrets ha d'existir responsabilitat objectiva. Com és ben sabut, els francesos mantenen una concepció molt peculiar de “responsabilitat per fet de les coses” (*responsabilité du fait des choses*), la qual s'aplica tant per la guarda de coses com d'animals, i tant si estan en moviment com si no, i provoca una ampliació molt considerable de l'àrea de responsabilitat objectiva.⁸⁸ Anglaterra, en canvi, es troba en l'altra extrem, atès que la responsabilitat objectiva és molt excepcional. En un terme mig, amb més o menys supòsits de responsabilitat objectiva es troben la majoria dels països europeus, inclosa Espanya.

El DCFR estableix un llistat de supòsits bastant ampli. Tot deixant de banda la responsabilitat per fet aliè en el cas d'auxiliars o dependents que, com hem dit, creiem que no està ben classificada al DCFR, proposa com a casos de responsabilitat objectiva els de:

- a) danys causats per l'estat perillós d'un immoble (art. VI.- 3:202 DCFR);
- b) danys causats per animals (art. VI.-3:203 DCFR);
- c) danys causats per productes defectuosos (art. VI.-3:204 DCFR);
- d) danys causats per vehicles a motor (art. VI.- 3:205 DCFR) i
- e) danys causats per substàncies i immissions perilloses (art. VI.- 3:206 DCFR).⁸⁹

⁸⁷ En aquest sentit, l'apartat tercer de l'art. 1 del *Projet Terré* exclou explícitament aquesta possibilitat tot dient que «[E]n l'absence de faute, la même obligation [de réparer le dommage] ne naît que dans les cas et aux conditions déterminés par la loi ».

⁸⁸ Règim que la Proposició francesa reformula en els articles següents:

«Art. 1386-4. - On est responsable de plein droit des dommages causés par le fait des choses ou des animaux que l'on a sous sa garde.

«Ni le vice de la chose, ni le trouble physique du gardien ne constituent une cause d'exonération.

«Art. 1386-5. - Le fait de la chose est établi dès lors que celle-ci, en mouvement, est entrée en contact avec le siège du dommage.

«Dans les autres cas, il appartient à la victime de prouver le fait de la chose, en établissant soit le vice de celle-ci, soit l'anormalité de sa position ou de son état.

«Art. 1386-6. - Le gardien est celui qui a la maîtrise de la chose ou de l'animal lors de la survenance du fait dommageable. Le propriétaire est présumé gardien.

Per la seva part, el *Projet Terré*, si bé no elimina la *responsabilité du fait des choses*, la restringeix i la delimita més clarament (cf. art. 20).

⁸⁹ D'una manera similar, més a més de la peculiaritat de la responsabilitat pel fet de les coses (art. 20), el *Projet Terré* es refereix ara a la responsabilitat per danys causats per

Crec que aquests casos mereixen un estudi molt detallat per part del codificador del Llibre VI del Codi civil de Catalunya.

4.3 La responsabilitat per fet aliè

De manera molt breu i parcial, atès que la ponència del Dr. Josep Solé en aquestes Jornades s'ocupa específicament de la responsabilitat de l'empresari, la primera qüestió que es pot assenyalar és que cal distingir la responsabilitat en funció de si la relació que té la persona que respon amb la persona que actua directament i per a la qual respon –relació que fonamenta la responsabilitat– s'estableix en benefici propi o en benefici d'aquesta altra persona que actua directament i per a la qual respon.

Dins del primer cas es troben totes aquelles persones que tenen el deure de vetllar per altri, fonamentalment, pares, tutors i institucions en relació a menors i persones discapacitades.

Pel que fa als menors els models són molt diferents:

a) *Responsabilitat per culpa*: En el *Common Law* la responsabilitat dels pares pels fills (o en general, de persones que tenen el deure de vetllar pels menors) no es vincula a una relació de Dret de família o de protecció de menors i, per tant, no constitueix un supòsit específic. Aquestes persones responen si han estat negligents en la supervisió del menor, però com en qualsevol cas en què haguessin infringit un *duty of care* respecte a un estrany.

b) *Responsabilitat objectiva* (“*vicària*”): En l'altre extrem trobem el Dret francès, amb una jurisprudència que ara volen consolidar les diverses propostes de reforma: els pares (tutors i persones físiques o jurídiques encarregades de vetllar pel menor) responen objectivament (*de plein droit*, diuen el textos que hom proposa⁹⁰, és a dir, en la terminologia nostra, responen “*vicàriament*”).

c) *Responsabilitat per culpa presumpta*: En el mig ens trobem amb ordenaments jurídics com ara l'alemany (§ 832 BGB), belga, (art. 1384.5 CCB), italià (arts. 2047 i 2048 cc), portuguès (art. 491 CCP), txec (arts. 420

animals (art. 21), edificis (art. 22), instal·lacions classificades (art. 23), relacions de veïnatge (art. 24), vehicles terrestres a motor (arts. 25 a 28), productes defectuosos (art. 29 a 42) i activitats mèdiques (art. 43, el qual es refereix tan a supòsits de responsabilitat objectiva com per culpa).

⁹⁰ «Art. 1386-7. - Sont responsables de plein droit des dommages causés par un enfant mineur: 1° Ses père et mère en tant qu'ils exercent l'autorité parentale; 2° Son tuteur, en cas de décès de ceux-ci; 3° Les personnes physiques ou morales chargées, par décision judiciaire ou administrative ou par convention, de régler son mode de vie. La responsabilité mentionnée à l'alinéa précédent peut se cumuler avec celle des parents ou du tuteur”. Amb una redacció similar, cf. arts. 14 i 15 del *Projet Terré*.

i 422 CCC) i també l'espanyol (art. 1903 CC) en la seva interpretació literal (cf. Art. 1903 VI CC), els quals estableixen un sistema de responsabilitat per culpa presumpta. Hom presumeix la culpa de la persona que ha de respondre pel menor, però hom li permet efectivament provar que ha actuat amb la diligència deguda i, si és així, alliberar-se. La pràctica jurisprudencial espanyola s'ha allunyat del model que estableix el Codi civil en no permetre que els pares puguin demostrar mai que han actuat amb la diligència deguda (cf. p. ex. la STS 8 març 2006 [RJ 2006\1076] i el cas especialment dramàtic de la STS 10 novembre 2006 [RJ 2006\7170]), amb la qual cosa el règim espanyol actual s'aproxima a un autèntic model de responsabilitat vicària.

Finalment, en l'àmbit comparat el Codi civil holandès ofereix un exemple únic de combinació dels tres models en funció de l'edat del menor: els pares holandesos responen com el francesos quan els seus fills tenen menys de 14 anys (model [b]), com els alemanys quan tenen entre 14 i 16 (model [c]) i com els anglesos quan en tenen més de 16 (model [a]) (cf. Art. 6:169 BW).

Els PETL han seguit en aquest cas el model de responsabilitat per culpa presumpte (cf. Art. 6:101 PETL) i, després de molt dubtes i amb ulteriors matisacions, també és el que finalment ha adoptat el DCFR per a menors de menys de 14 anys (cf. Art. VI.- 3:104 (1) en relació a l'apartat (3)), si bé sembla que a partir dels 14 anys s'hauria de demostrar la culpa del progenitor.

Com que el model de la culpa presumpte pressuposa la possibilitat de que el pare o persona que respon pel menor pugui alliberar-se, significa també que es poden donar casos en que (a) qui respon és únicament el menor (el qual probablement serà insolvent) o bé (b) si el menor es civilment inimputable, no respongui ningú.

En el primer cas, la conseqüència no és de tipus extraordinari: si el menor imputable i únic responsable és insolvent, com un adult insolvent, respondrà malgrat tot amb els seus béns futurs.

En el segon cas la conseqüència, agradi o no a la víctima, és coherent amb un sistema de responsabilitat civil que requereix la capacitat de culpa civil. En alguns ordenaments però, s'ha ofert com a mesura d'equitat el que s'anomena "responsabilitat per equitat": el menor inimputable que ha actuat d'una manera "objectivament negligent" respondrà amb caràcter excepcional malgrat la seva inimputabilitat si així ho requereix l'equitat. Aquesta circumstància es donarà si la víctima no pot obtenir la indemnització del dany perquè la persona que tenia el deure de vetllar pel menor no ha estat negligent i si fer respondre per equitat al menor no el priva dels mitjans econòmics necessaris per a fer front al seu manteniment, incloent-hi els seus eventuais deures de sosteniment d'altres persones. (cf. § 829 BGB). A la pràctica l'aplicació de la norma és molt excepcional i això sembla ser

també el que succeeix a altres països que implícitament (Itàlia: art. 2047) o explícitament (Àustria, art. 1310 ABGB i Portugal, art. 499 CC) la reconeixen. Més a més, aquesta norma obre multitud d'interrogants (quins factors entren en la valoració d'equitat, quin pes té cadascun d'ells, si té rellevància o no l'existència d'assegurança privada o només la d'assegurança obligatòria, etc.) per la qual cosa hom pot dubtar de la seva utilitat i necessitat pràctiques. Els PETL no incorporen aquesta clàusula d'equitat (cf. art. 6:101 PETL), però sí ho fa el DCFR (cf. Art. VI.-3:103 (3) DCFR).

Entre les moltes altres qüestions que s'han de resoldre en una regulació d'aquesta matèria s'hi troben les següents: (a) a banda del pares i tutors, quines altres persones i institucions han de respondre pel menor?; (b) si, tot existint pares o tutors, el dany es produeix en l'àmbit d'actuació d'una altra persona o institució (p. ex. escola, cangur), hi ha una delegació de responsabilitat de tal manera que només respon aquesta persona o es manté un marge, si més no residual, de responsabilitat dels pares?; (c) si s'acumula la responsabilitat dels pares o tutors a la de la persona o institució en l'àmbit de la qual es produeix el dany, com s'articulen les responsabilitats de cadascú? (d) en el cas d'escoles privades qui respon: el mestre, el director o l'empresa propietària?; (e) en aquest darrer cas, si es desplaça el tema de la responsabilitat en la supervisió de menors a l'àmbit de la responsabilitat de l'empresari pel fet del seus dependents, hi ha alguna raó per a excloure o limitar l'acció de regrés de l'empresari contra l'educador negligent?

El textos proposats darrerament per a la reforma del Codi civil francès intenten resoldre moltes d'aquestes qüestions, tot combinant el resultat d'una llarga i complexa trajectòria jurisprudencial, la qual ara es fixaria en el Codi civil amb les correccions que el legislador considera ineludibles, amb les innovacions que considera necessàries.⁹¹

5. Les causes d'exoneració, en especial la concurrència de culpa de la víctima

Un cop concorren tots els requisits que fonamenten la responsabilitat, qui ha causat un dany a altri ha de respondre llevat que pugui oposar una

⁹¹ Vegeu l'art. 1386-7 de la Proposició, citat en la nota anterior, on s'estableix l'acumulació de responsabilitats, l'art. 1386-8 referit a persones majors necessitades d'una "vigilància especial". Vegeu també, respectivament, els arts. 14 i 15 del *Projet Terré*. L'art. 1386-9 estableix una responsabilitat simplement presumpte d'aquelles persones no esmentades en els dos articles anteriors i que assumeixen professionalment la tasca de vigilància d'aquestes persones: "Art. 1386-9.- Les personnes non mentionnées aux articles 1386-7 et 1386-8 qui assument, à titre professionnel, une mission de surveillance d'autrui, répondent du fait de l'auteur direct du dommage, à moins qu'elles ne démontrent qu'elles n'ont pas commis de faute". Amb una redacció semblant, art. 16 *Projet Terré*.

causa d'exoneració. Molt breument, tant els PETL com el DCFR dediquen molta atenció a les causes d'exoneració i, especialment, a la concurrència de culpa de la víctima, atès que en la pràctica aquesta és una de les causes d'exoneració (parcial o total) més freqüent.

Algunes de les idees bàsiques que cal tenir en compte en la legislació sobre la matèria són les següents:

(1) Que no podem parlar pròpiament de causes d'exoneració si no concorren tots els elements que fonamenten la responsabilitat. En aquest sentit dir que la força major, la culpa exclusiva de la víctima o el fet de tercer són causes d'exoneració quan qui respon ho fa per culpa és impropï, atès que aquestes circumstàncies el que impedeixen és, pròpiament, que concorri per part del causant del dany un element imprescindible per a fonamentar la seva responsabilitat que és la culpa. En aquest sentit, els PETL divideixen les causes d'exoneració en causes de justificació (art. 7:101 PETL) i “causes d'exoneració en casos de responsabilitat objectiva” (art. 7:102 PETL) i inclouen dins d'aquestes darreres la força major i la conducta d'un tercer (però no la culpa exclusiva de la víctima perquè, sense abandonar el criteri exposat, fan un tractament del tema per separat, cf. art. 8:101 PETL).

(2) No contradiu aquest criteri el fet que el DCFR inclogui la discapacitat psíquica (*mental disability*, encara que l'art. VI.- 5:301 DCFR parla de *mental incompetence*) dins de les causes d'exoneració. Ho fa perquè, com indica en el comentari a aquest article,⁹² a Europa existeixen diversos models per a tractar la responsabilitat dels discapacitats psíquics, és a dir, els que són incapaços de culpa civil o tenen aquesta capacitat disminuïda amb motiu d'una anomalia psíquica. A diferència dels PETL que donen un tracte uniforme a menors i discapacitats, el DCFR considera que els discapacitats responen, si bé després suavitza la seva responsabilitat tot introduint una causa d'exoneració *sui generis*, la qual comportaria a la pràctica una mena de “responsabilitat per equitat”(cf. art. VI.- 5:301 DCFR).

(3) El tractament que donen els PETL i el DCFR a la concurrència de culpa de la víctima és molt semblant, i coincideix també en gran mesura amb el que dóna el *Restatement* específicament referit a la distribució de responsabilitats (*Apportionment of Liability*).

El punt de partida en els textos europeus i en els *Restatements* nord-americans és que la concurrència de culpa de la víctima no és només un problema de “culpa”, de “causalitat”, o d’“imputació objectiva”. Tots aquests elements tenen rellevància, però s’han d’afegir a tots els altres que podrien fonamentar la responsabilitat, els quals també han de concórrer. Per tant, per tal que hi hagi “concurrència de culpa de la víctima”, apte

⁹² Von Bar/Clive, cit. n. 2, p. 3689 i ss.

per a disminuir o excloure la responsabilitat del causant, cal que concorrin en la víctima tots aquells elements que caldria que concorreguessin per a fonamentar la responsabilitat si la víctima, en comptes de víctima, fos causant del dany. Aquesta idea que, a primera vista, pot semblar un embolic, s'expressa internacionalment amb la regla o principi de l'"imatge en el mirall" (*mirror-image rule / principle*): la culpa concurrent de la víctima està subjecta a pressupòsits que són similars als requerits per establir la responsabilitat de l'autor del dany. Aquesta idea del "mirall" és acceptada unànimement, tant per l'art. 8:101 PETL⁹³ com per l'art. VI.-5:102 DCFR⁹⁴ i la Secció 3 del *Restatement (Third) Apportionment of Liability*⁹⁵. Això, significa, entre altres coses que, encara que en el cas de la víctima no es pot parlar d'un deure de diligència (ningú no té el deure de ser diligent amb sí mateix) sinó d'una càrrega "d'auto-protecció", aquesta causa d'exoneració, com la responsabilitat per culpa, requereix que la víctima sigui capaç de culpa civil, és a dir, la capacitat de comprendre la diferència entre el bé i el mal i d'actuar en conseqüència. El mateix requisit també és cert en la majoria dels sistemes jurídics de nostre entorn, però no el cas espanyol.

Com és ben sabut a, les lleis generals espanyoles no hi ha una regulació de la concurrència de culpa de la víctima. En el Codi civil espanyol alguns autors la volen veure a l'art. 1103 CC, on no s'esmenta. Sí s'esmenta, en canvi, als arts. 114 CP i 145 TRLGDCU, però aquests preceptes no regulen tots els seus efectes. Diverses lleis especials parlen "de culpa exclusiva"(art 33.5 Llei de caça) o de "culpa de la víctima: exoneración total o parcial" (art. 45.2 Llei d'Energia Nuclear), però tampoc en regulen els seus efectes.

L'única Llei espanyola que es pronuncia amb claredat sobre el punt de la concurrència de culpa de la víctima inimputable és una altra Llei especial: l'"Anexo al Sistema para la valoración de los daños y perjuicios causados

⁹³ "El principio general establece que la exclusión o reducción de la responsabilidad está sujeta, *mutatis mutandi*, a las mismas reglas que se aplican para establecer la responsabilidad del causante del daño. En este sentido, este artículo utiliza la idea de la llamada "imagen en el espejo" como la manera más intuitiva y exhaustiva de formular el principio". Cf. Miquel Martin-Casals, Com. Art.8:101 PETL, cit. nota1, nm 3, p. 179.

⁹⁴ "In essence (and apart from some exceptions mentioned below) this Article is built upon what might be called the "mirror principle"; everything which can go towards establishing accountability and thus liability on the part of one party for a legally relevant damage can (wholly or partially) reduce liability when the roles are reversed and it is the injured person's conduct or source of danger which is under scrutiny" (Com. Art. VI.-5:102 DCFR, cit. nota 2, p. 3628).

⁹⁵ The American Law Institute, *Restatement (Third) of the Law of Torts - Apportionment of Liability*, §§ 1-End, St. Paul, Minnesota, American Law Institute Publishers, 2000, "Section 3. Ameliorative Doctrines for Defining Plaintiff's Negligence Abolished. The plaintiff's negligence is defined by the applicable standard for a defendant's negligence. Special ameliorative doctrines for defining the plaintiff's negligence are abolished".

a las personas en accidentes de circulación” (LRCSCVM), on es diu que “Se equiparará a la culpa de la víctima el supuesto en que, siendo ésta inimputable, el accidente sea debido a su conducta o concurra con ella a la producción de éste” (Primer, 2).

Es tracta d'una norma, crec, injustificadament dura per a un grup de víctimes que són persones especialment vulnerables. Precisament, en l'àmbit de la circulació de vehicles a motor existeix una tendència a protegir més a les víctimes que en altres activitats. En aquest sentit és paradigmàtica la Llei francesa coneguda com a “Loi Badinter”, la qual ara s'integrarà al Codi civil francès amb un redactat diferent, però que en aquest punt, manté la mateixa idea:

«Art. 1386-58. - Les victimes sont indemnisées des préjudices résultant des atteintes à leur personne, sans que puisse leur être opposée leur propre faute à l'exception de leur faute inexcusable si elle a été la cause exclusive de l'accident.

«Toutefois, les victimes ne sont pas indemnisées par l'auteur de l'accident des préjudices résultant des atteintes à leur personne lorsqu'elles ont volontairement recherché le dommage qu'elles ont subi.

«Art. 1386-59. - La faute commise par la victime a pour effet de limiter ou d'exclure l'indemnisation des préjudices résultant d'une atteinte à ses biens.

«Les fournitures et appareils délivrés sur prescription médicale donnent lieu à indemnisation selon les règles applicables à la réparation des atteintes à la personne.»...⁹⁶

És a dir, en l'àmbit de la circulació, en el cas de lesions corporals no es pot oposar la culpa exclusiva de la víctima com a causa d'exoneració total, excepte en el cas de culpa greu especialment qualificada o actuació dolosa de la víctima. La concurrència de culpa de la víctima, en canvi, es causa d'exoneració, total o parcial, en el cas de danys a les coses, llevat d'aquelles que es refereixen a mobiliari, ajudes tècniques i aparells lliurats sota prescripció mèdica (p. ex. pròtesis), les quals, per a protegir les víctimes, segueixen el règim de les lesions corporals.

En tot cas, aquesta especialitat es refereix a víctimes imputables civils, perquè per a les inimputables regiria la regla general, expressada clarament en la Proposició francesa i que, en paraules del informe previ del senat, “suprimirà tot efecte exonatori de la concurrència de culpa de la víctima quan aquesta estigui privada de discerniment”.⁹⁷ La regla suposaria un

⁹⁶ Cf. art. 26 *Projet Terré*, amb un redactat semblant.

⁹⁷ “Recommandation n° 11.- Inscrire dans le code civil les règles jurisprudentielles relatives à l'exonération de la responsabilité de l'auteur d'un dommage du fait de la victime, en supprimant tout effet exonérateur lorsque cette dernière est privée de discernement”. Cf. Informe del Senat cit n. 8. i arts. 1386 i 1386-1 de la Proposició de Llei.

canvi substancial respecte el Dret francès actual i no només un esforç de coherència interna, sinó també per apropar-se a una solució gairebé universal on les veus discrepants ara seran només el Dret espanyol, el polonès, l'italià i un sector doctrinal del portuguès cada cop més minoritari.

Sobre aquest punt la doctrina espanyola està dividida⁹⁸, i si bé hi ha alguna sentència aïllada que no admet el caràcter exoneratori de la concurrència de culpa de la víctima quan aquesta és un menor inimputable⁹⁹, la jurisprudència majoritària és especialment dura amb els menors. Un bon exemple és la STS 6 de febrer de 2008 (RJ 2008\1215), relativa a una nena de 6 anys atropellada per un tren quan intentava creuar un pas nivell per un espai situat entre la barrera, la qual estava baixada, i el mur. L'accident li va produir l'amputació d'una cama, i tant el Jutjat de Primera Instància com l'Audiència van condemnar la companyia ferroviària a indemnitzar la totalitat dels danys degut a que havia estat negligent. L'Audiència va descartar expressament la concurrència de culpa o la culpa exclusiva de la víctima, "atendiendo a la corta edad de la actora al tiempo del accidente, lo que permitía presumir que la misma carecía de la capacidad suficiente para conocer el alcance de sus hechos y la trascendencia de sus actuaciones". El Tribunal Suprem, en canvi, redueix la indemnització en un 50% tot argumentant que "la menor edad de la víctima no puede enervar la eventual apreciación de su conducta, si no como culposa, sí como contributiva al curso causal del siniestro del que resulta perjudicada".

Finalment, no oblidem que en tots aquests casos hem estat parlant només de dos subjectes, víctima i causant del dany, tot deixant de banda, l'actuació d'altres persones com ara, en el cas de menors, dels pares. Passem a analitzar breument aquest darrer tema el qual s'acostuma a plantejar tot preguntat si existeix "identificació" entre la concurrència de culpa d'una tercera persona i la víctima, de tal manera que la conducta d'aquesta tercera persona es "comunica" a la víctima, tot perjudicant-la perquè exclou o redueix la indemnització que finalment haurà de percebre.

La regla bàsica que trobem en els PETL (art. 8:101 (3) PETL), DCFR (Art. VI-5:102 (3) DCFR) i Restatement *Apportionment* (§§1-9) es pot sintetitzar

⁹⁸ Fins i tot dins del mateix Tractat de Reglero (2008), on mentre que en el vol I, p. 898 i ss, Reglero considera que la reducció o exclusió pròpies, respectivament, de la concurrència de culpa de la víctima i de la culpa exclusiva de la víctima no s'apliquen als inimputables, Gómez Calle, al vol III, p.183 i ss considera que sí.

⁹⁹ En aquest sentit la STS 26.3.2004 (RJ 2004\1952) (si bé incorrectament, en clau d'absència de causa) i STS 11.5.2004 (RJ 2004\2730), en clau d'absència de "culpa", en assenyalar que: "dada su edad de cuatro años, en modo alguno puede calificarse de culpable ni negligente una acción consistente en entrar en un edificio en construcción pero cuyas obras se encontraban abandonadas, situado en las inmediaciones de otros edificios donde había jóvenes y niños que jugaban por la zona".

tot dient que el fenomen només es produeix si la víctima a la qual es redueix la indemnització és una d'aquelles persones que hauria de respondre per la conducta de la persona amb la qual s'identifica¹⁰⁰. Així, la concurrència de culpa del auxiliar redueix la indemnització del principal-víctima; el mateix podríem dir de la concurrència de culpa del menor o discapacitat, la qual reduiria la indemnització deguda al pare o tutor víctima. De nou, doncs, ens trobem amb la regla del mirall, regla la qual, però, no funciona al revés: de la mateixa manera que a ningú li passa pel cap que la concurrència de culpa del empresari (principal) pugui reduir la indemnització que haurà de rebre el seu empleat (auxiliar), tampoc s'hauria de permetre que la concurrència de culpa del pare o tutor pugui reduir la indemnització que haurà de rebre el menor o discapacitat. En matèria de responsabilitat extracontractual, com hem vist, els pares responen pels fills, però els fills no responen pels pares.

6. La concurrència d'una pluralitat de causants del dany: solidaritat absoluta?

Les regles generals en matèria de responsabilitat extracontractual del Codi Civil espanyol (arts. 1902 i ss CC) no regulen els supòsits de pluralitat de causants del dany. Com és ben sabut, en la regulació de la part general de les obligacions, els arts. 1137 i 1138 CC estableixen que en el supòsit de concurrència de diversos deutors d'una sola obligació, la solidaritat no es presumeix i només s'aplicarà quan "l'obligació expressament ho determini". Un sector de la doctrina ha defensat l'aplicació del precepte, no només a les obligacions contractuals, sinó també a les extracontractuals i, en la mesura que en aquest últim àmbit no hi ha cap norma que disposi la solidaritat, entén que quan diversos agents concorren a causar el dany la seva responsabilitat serà mancomunada i s'haurà repartir proporcionalment a la participació de cadascun.¹⁰¹ Tanmateix, la doctrina dominant sosté l'opinió contrària i considera que la pluralitat de causants del dany sempre ha de donar lloc a la responsabilitat solidària de tots els participants, tot destacant-se, per a reforçar altres arguments de tipus normatiu, que la responsabilitat solidària és el règim més favorable a l'hora de rescabalar al perjudicat, tant en els supòsits en què un dels

¹⁰⁰ Hi ha altres regles secundàries, com ara que en la indemnització per causa de mort la conducta o activitat concurrent de la víctima primària redueix la indemnització que rebran les víctimes secundàries (cf. art. 8:101 (2) PETL).

¹⁰¹ Cf. Manuel Albaladejo García, *Sobre la solidaridad o mancomunidad de los obligados a responder por acto ilícito común*, ADC 1963, pp. 345-375; Ángel Cristóbal Montes, *Mancomunidad y solidaridad en la responsabilidad plural por acto ilícito civil*, Barcelona, Bosch Casa Editorial, 1985, p. 105, especialment p. 116; Mariano Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 401.

obligats resulta insolvent, com en aquells altres en què el perjudicat li resultaria extremadament costós haver de demostrar la part del dany atribuïble a cada responsable.¹⁰²

La regla de la responsabilitat solidària és també la dominant en la jurisprudència espanyola des de principis del segle XX¹⁰³ i, també la majoria de sentències actuals del TS imposen la solidaritat entre causants del dany i, al fil dels arguments desenvolupats per la doctrina, la justifiquen per “raons d’equitat, interès social, i assegurar la protecció de la víctima”, especialment en aquells casos en què “tot intervenint una pluralitat d’agents amb concurrència causal en la producció de l’esdeveniment danyós, no és factible individualitzar la contribució de cadascú”.¹⁰⁴ Amb caràcter més esporàdic, la jurisprudència també ha recollit algun altre argument apuntat per la doctrina, com ara el fet que la solidaritat és el règim més protector per als drets dels perjudicats¹⁰⁵ o l’argument normatiu segons el qual, els arts. 1137 i 1138 CC, contraris a presumir la solidaritat, “es refereixen a les obligacions nascudes dels contractes, i no dels fets o omissions il·lícits”.¹⁰⁶

Cal tenir present, però, que en els casos de pluralitat de causants del dany moltes sentències del Suprem qualifiquen la solidaritat com a “solidaritat impròpia”, o “responsabilitat *in solidum*”. Amb alguna excepció¹⁰⁷, la major part de la doctrina, o bé critica la introducció d’aquesta categoria, la qual no té base legal en l’ordenament espanyol, i la veu com un subterfugi jurisprudencial per salvar el text dels arts. 1137 i 1138 CC, contraris a la presumpció de solidaritat, o bé opta per un caràcter restrictiu.¹⁰⁸ D’altra

¹⁰² Els altres arguments a favor d’aquesta posició són també ben coneguts: (a) s’afirma que la presumpció de no solidaritat dels arts. 1137 i 1138 CC només es refereix a les obligacions nascudes d’un conveni però no a les derivades d’un acte il·lícit; (b) hom parla de l’aplicació analògica de l’art. 116 CP-1995 (antic art. 107 CP anterior), el qual imposa la responsabilitat solidària entre els autors d’un delicte o falta. Per a una síntesi dels arguments, vegeu per tots, Ricardo de Ángel, *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid-Bilbao, Ediciones Universidad de Deusto—Civitas, 1992, p. 847.

¹⁰³ Per exemple, SSTS 23.12.1903; 2.3.1915; 21.6.1946 i 19.2.1959.

¹⁰⁴ En aquest sentit STS 3a, 3.7.2002 (RJ 2002\4151) i moltes altres sentències com ara SSTS 9.3.2000 (RJ 2000\1515); 11.4.2000 (RJ 2000\2148) o 27.6.2001 (RJ 2001\5087).

¹⁰⁵ Per exemple, SSTS 15.2.2001 (RJ 2001\1449); 14.4.2001 (RJ 2001\3640).

¹⁰⁶ Per exemple STS 14.4.2001 (RJ 2001\3640).

¹⁰⁷ És partidari d’aquesta categoria José Ricardo León Alonso, *La categoría de la obligación in solidum*, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1978.

¹⁰⁸ La posició més crítica es la d’Yzquierdo Tolsada, cit. nota 101, p. 407-411; Cristóbal Montes, cit. nota 101, p. 64, 68, 74 i ss. D’una forma més matisada, Francisco Rivero Hernández, a José Luis Lacruz et al., *Elementos de Derecho Civil, II. Derecho de Obligaciones*, vol. 2, Madrid, Dykinson, 1999, p. 498, considera que “el único caso en el que cabe defender la responsabilidad de todos por el todo es aquel en el que la causación ha sido igualmente total para cada uno, de modo que cada agente podía haber causado el daño completo. Caso,

banda, la característiques pròpies de la “solidaritat impròpia” no són del tot clares¹⁰⁹ o han quedat difuminades en els darrers temps.¹¹⁰

Potser per aquestes raons l'art. 1122 de La *Propuesta de Modernización* del Codi civil espanyol considera necessari referir-se a la solidaritat en la responsabilitat extracontractual com a un supòsit especial i diu en un dels seus apartats que “[S]erá solidaria la obligación de indemnizar un daño extracontractual cuando sea objetivamente imputable a varias personas y no pueda determinarse el respectivo grado de participación en cada una de ellas”.

El problema, però, és que una regla d'aquesta mena, llevat de foragitar la categoria de la solidaritat impròpia, pot no produir masses efectes pràctics, si hom té en compte quina és la pràctica actual. Aquest argument de la impossibilitat d'individualitzar les conductes o de fixar la quota de participació de cadascun d'ells és el que ara repeteix amb més freqüència el Tribunal Suprem espanyol en imposar la solidaritat quan hi ha una pluralitat de causants del dany. Malgrat aquest argument, però, són molt escasses les sentències que estableixen la mancomunitat quan s'han fixat les quotes de

éste, específico de las obligaciones por acto ilícito, que una parte de la doctrina (Cossío, León) denomina de obligación in solidum: a diferencia de las obligaciones solidarias, la deuda se contrae completa por cada uno de los obligados, si bien el pago por uno extingue la obligación de los otros”.

¹⁰⁹ Yzquierdo Tolsada, cit. nota 101, p. 480 i ss. enumera, com a efectes secundaris de la solidaritat pròpia que no es podrien donar en la impròpia, els següents: a) l'existència de representació o mandat tàcit entre els deutors solidaris, b) la interrupció de la prescripció perjudica per igual als deutors solidaris (art. 1974 CC), c) el reconeixement de deute, encara que no sigui novatori, dut a terme per un codeutor, afecta per igual a la resta codeutors com a acte interruptiu de la prescripció, d) si la sentència dictada contra els codeutors és recorreguda per un o diversos, no serà tampoc ferma respecte dels codeutors no recurrents, als quals aprofitarà també l'apel·lació; e) la constitució en mora d'un d'ells constitueix en mora als altres; f) la remissió del deute concedida a un codeutor aprofita a la resta, el mateix que la compensació, novació o confusió (art. 1143 CC); g) la cosa jutjada respecte d'un té valor per als altres, als quals estén els seus efectes, favorables i desfavorables (art. 1252.3 CC, derogat per la nova LEC), el que implicava, en l'anterior règim, que l'actuació processal d'un s'expandia als altres.

¹¹⁰ Si més no, no sembla que de la jurisprudència del TS es pugui deduir una diferència clara. Així, si una de les possibles diferències entre solidaritat pròpia i impròpia fos l'extensió a tots els codeutors de l'eficàcia de la cosa jutjada de la sentència condemnatòria, després de l'entrada en vigor de la LEC aquesta diferència ha quedat eliminada, doncs, com afirma la STS 17.06.2002 (RJ 2002\5223), “[e]n la actualidad, tampoco a las obligaciones solidarias propias podría aplicarse la extensión de la cosa juzgada, conforme a los «vínculos de solidaridad» que preceptuaba el párrafo tercero del derogado artículo 1252 del Código Civil, ya que la referencia en cuestión ha sido suprimida en el artículo 222 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Pel que fa a la interrupció del termini de prescripció, tampoc s'aprecien diferències entre solidaritat pròpia i impròpia, de manera que el TS ha aplicat a la solidaritat impròpia la regla prevista a l'art. 1974 CC sobre interrupció de la prescripció en casos de la solidaritat pròpia (SSTS 23.10.2000 [RJ 2000\9197]; 5.8.2001 [RJ 2001\7379]).

participació. Ans al contrari, una sèrie de sentències, tot i establir les quotes de participació de cada corresponsable, imposen després la responsabilitat solidària i diuen que les quotes són només rellevants en les relacions internes entre codeutors, quan s'exerceixi la corresponent acció de repetició.¹¹¹

La jurisprudència del Suprem aplica la regla de la solidaritat en casos de cursos causals cumulatiu (o "concurrentes", en la terminologia del TS espanyol)¹¹². També l'aplica a supòsits de casualitat addicional, és a dir, de "dos conductas causales, imprudentes, además, sin cuya presencia no se hubiere producido el resultado y cuya influencia en él no se puede graduar" (STS 18.11.1987 [RJ 1987\9989]). L'aplica fins i tot en casos de cursos causals autònoms, un dels quals només agreuja l'entitat del dany causat per l'altre, i encara que la doctrina a vegades ho vulgui negar, també en el casos d'incertesa causal, perquè aquí tampoc podria determinar-se el grau de participació, (en realitat, però, el que no se sap aquí és si un pretès causant del dany ho ha estat efectivament o no).

Cal destacar, en línies molt generals, que l'aplicació de la solidaritat en casos de pluralitat de causants de danys és molt rigorosa en el Dret espanyol, i algun dels models que estem esmentat, com ara els PETL, pot oferir paràmetres per iniciar una reflexió sobre si realment és necessari que així sigui.¹¹³

¹¹¹ Així, per exemple, la STS 12.4.2002 (RJ 2002\2607) declara que "[l]a tendència favorable a la declaración de solidaridad entre los responsables de un acto ilícito, se considera como la más adecuada para garantizar la efectividad de la exigencia de la responsabilidad extracontractual, perfectamente compatible con la posibilidad de división interna de la parte de las respectivas obligaciones, a la manera que lo establecen los artículos 1115, 1146, 1147 y 1148 del Código Civil (Sentencias de 20.5.1968 [RJ 1968\2827], 20.2.1970 [RJ 1970\938], 11.5.1968 [RJ 1968\2438], 15.10.1976 [RJ 1976\4188] y 23.10.1978 [RJ 1978\3220])".

¹¹² Que son aquells en els quals "dos cursos causales de diverso origen concurren simultáneamente a la producción del evento dañoso y que cualquiera de los dos hubiera servido para producirlo con las mismas características y en las mismas circunstancias de forma en la producción del daño" (SSTS 18.6.1998 [RJ 1998\5066]; 7.11.2000 [RJ 2000\9911]).

¹¹³ Art 9:101 Solidaritat i parciarietat: relació entre la víctima i la pluralitat de causants del dany

(1) La responsabilitat és solidària si tot el dany sofert per la víctima o una part diferenciada és imputable a dues o més persones. La responsabilitat serà solidària si:

- a) una persona participa en l'actuació il·lícita d'altres sabent que causa dany a la víctima, o la instiga o estimula;
- b) el comportament o activitat independent d'una persona causa dany a la víctima i el mateix dany és també imputable a una altra persona;
- c) una persona és responsable pel dany causat per un auxiliar en circumstàncies en què també l'auxiliar és responsable.

7. Indemnització de danys

Resulta impossible en una ponència marc com aquesta entrar en detall en tots els aspectes que caldria tenir en compte en una regulació catalana sobre aquesta matèria. Com a idees bàsiques, cal destacar les següents:

7.1 Dany patrimonials i morals. Dany “per se”?

Las conseqüències de la lesió d'un interès jurídic protegit (PETL) o “dany jurídicament rellevat” (DCFR), són patrimonials (dany patrimonial) o extrapatrimonials (dany moral). El anomenats “danys patrimonials purs” (*pure economic losses*, traduïts segons altres com a “danys purament econòmics”) són danys caracteritzats per no comportar ni dany a la persona ni a les coses de qui els reclama però, al cap i a la fi, són danys patrimonials, atès que afecten el seu patrimoni en el seu conjunt. Les conseqüències dels danys personals o corporals són sempre patrimonials o extrapatrimonials (morals) si bé, en aquests casos, l'anomenat “dany moral” requereix una anàlisi més detallada pel que fa a les seves partides.

El DCFR estableix un *tertium genus*, difícil d'acceptar, que és el que anomena “dany/lesió en si mateix/a” (*injury as such*), conegut també com a “dany *per se*”, tot dient que “el dany en sí mateix s'ha de compensar amb independència de la compensació de danys patrimonials i no patrimonials” (cf. Art. VI.- 6:204 DCFR)¹¹⁴. Com reconeix el propi comentari al DCFR, una regla d'aquest tipus no es troba en cap codi ni en cap legislació nacional¹¹⁵. Crec que la idea, que prové d'un arrossegament de la doctrina italiana del *danno biologico*, és innecessària i inapropiada. Quan no hi ha restriccions del tipus que es troben en Dret italià per a indemnitzar el dany moral el problema es pot resoldre millor tot entenent que la lesió d'un dret de la personalitat dóna lloc a una dany moral que no cal demostrar i tot establint una correcta diferenciació de les diverses partides del dany moral (p.ex. en el cas de

(2) Quan diverses persones es troben subjectes a responsabilitat solidària, la víctima pot reclamar tota la indemnització d'una o diverses d'elles, a condició que no obtingui major indemnització que la corresponent a l'import total del dany sofert

(3) Es considera que un dany és el mateix dany als efectes de l'apartat (1)(b) anterior si no existeix una base raonable per imputar-ne només una part a cadascuna de les persones responsables davant la víctima. A aquest efecte, la persona que afirma que el dany no és el mateix suporta la càrrega de la prova. Si existeix aquesta base raonable, la responsabilitat és parciària, és a dir, cada persona respon davant la víctima només per la part del dany que li és imputable.

Vegeu també el que s'ha indicat anteriorment en relació als supòsits d'incertesa i l'anomenada “responsabilitat proporcional” (*proportional liability*).

¹¹⁴ Art. VI.- 6:102 DCFR: “Injury as such is to be compensated independently of compensation for economic and non-economic loss”

¹¹⁵ Cf. von Bar/Clive, cit. nota 2, p. 3799 i ss.

lesions corporals, tot destacant l'anomenat “dany anatòmic-funcional” com una partida autònoma).

7.2 Principis bàsics

El principi bàsic més important en matèria de danys és el de la reparació integral. La reparació ha de posar a la víctima en una posició el més semblant possible a aquella en què es trobaria si no s'hagués produït el dany (art. 10:101 PETL, art. VI.- 6:101 (1) DCFR). Sovint es fa servir el terme “reparació” com a genèric (Ch. 6, Lib. VI DCFR), el qual inclou la reparació en forma específica (“restoration in kind”, 10:104 PETL) i la indemnització pecuniària (“damages”, art. 10:101 PETL; “compensation” VI.- 6:101 (2) DCFR). La primera la pot demanar el danyat, si així ho prefereix i està subjecte a límits de la raonabilitat (ha de ser possible, no excessivament carregosa, etc.). La segona es pot pagar mitjançant una suma global o mitjançant una renda periòdica, i mentre el DCFR estableix que el pagament de suma és la regla i el de la renda l'excepció (cf. Art. VI.- 6:203 DCFR) els PETL fan dependre l'elecció del tipus de pagament dels interessos de la víctima (cf. Art. 10:102 PETL). Tots dos textos estableixen una regla de *compensatio lucri cum damno* (cf. arts. 10:103 PETL, art. 6:103 DCFR) i el DCFR una regla *de minimis* (cf. Art. VI.- 6:102 DCFR).

Més a més del principi de reparació integral, altres principis importants són:

- Principi de *personalització de les indemnitzacions*: S'han d'aplicar criteris que permetin tenir en compte les particulars conseqüències patrimonials i no patrimonials que el dany ha produït a la concreta víctima.
- Principi d'*igualtat*: Els danys iguals han de ser compensats de manera igual, sense que es produeixi cap tipus de discriminació o diferència injustificada entre víctimes.
- Principi de *proporcionalitat*: Les indemnitzacions han de ser proporcionades als danys soferts per les víctimes.
- Principi de *vertebració*: La valoració s'ha de dur a terme mitjançant una estricta separació entre els danys patrimonials i els no patrimonials.
- Principi de *diferenciació*: Ha de produir-se una clara separació, dins dels dos tipus de danys, de les concretes subespècies o partides de dany que s'indemnitza. Això té especial importància en el cas dels danys morals, en què s'haurien de delimitar les diferents categories.

7.3 Danys patrimonials

En el cas de danys patrimonials la distinció entre “dany emergent” i “lucre cessant” és cabdal en tots els països del nostre entorn. Per regla general, hom proposa compensar també la pèrdua d'ús (cf. Art. 10:203 PETL i art. VI-2:206 (2) (a) DCFR).

Pel que fa el lucre cessant, entès com a guany deixat d'obtenir d'acord amb el decurs normal de les coses, hom requereix, en primer lloc que sigui lícit, de tal manera que les pèrdues relacionades amb activitats o fonts d'ingressos que es consideren il·legítimes no podran ser rescabaldades (cf. art. 2:103 PETL).

Com el dany emergent, el lucre cessant s'ha de calcular de la manera tan concreta com sigui possible. En el cas de lucre cessant derivat de danys corporals es presenten problemes greus respecte el lucre cessant futur. Ni els PETL ni el DCFR entren –ni poden fer-ho, atesa la gran divisió que existeix a Europa sobre la matèria– en el complex tema de la valoració del dany patrimonial derivat de la mort i les lesions corporals ni, de manera especial, del lucre cessant en aquests casos. El tema es remet al que determini la legislació nacional (art. 6:203 (2) DCFR) i s'indiquen només algunes regles molt genèriques (cf. arts. Art. 10:202 PETL).

El que cal destacar, però, es que per tal que es produeixi la compensació del lucre cessant no cal que hagi estat efectiu, és a dir, que hagi comportat un pèrdua o disminució efectiva d'ingressos, sinó que s'indica que també és lucre cessant indemnitzable la pèrdua o disminució de la capacitat d'obtenir-los. Són casos de menors i estudiants, és a dir de persones que encara no han entrat al mercat de treball, o de persones que duen a terme tasques no remunerades (p. ex. persones que es dediquen a les feines de la llar). En aquests casos cal també seguir el criteri de valorar el lucre cessant de la manera més concreta possible i resulta rebutjable fer servir criteris d'estandardització tan simplistes –com ara el que fa servir el sistema de valoració espanyol (cf. p. ex. STS 18.06.2009 [R] 2009\4318], pel que fa al factor de correcció màxim del 10% (Taules II i IV)– que no tenen res a veure amb els paràmetres que podrien fer servir per a dur a terme una valoració abstracta del dany.

7.4 Danys morals: Clarificació de la tipologia de danys morals

En els diversos ordenaments jurídics del nostre entorn existeix una concepció i tipologia molt variada dels danys morals, la qual va d'un extrem, on s'identifica el dany moral amb el dolor (*pecunia doloris*, *Schmerzensgeld*), a un altre, on es produeix una diferenciació i especificació probablement

excessives i innecessàries (*prejudice physiologique, d'agrément, esthétique, sexuel, d'établissement, de contamination, etc.*).

Que el dany moral no es limita a indemnitzar el dolor és un tema que s'ha suscitat en relació a les víctimes que es troben en estat de coma, el dany moral de les quals s'indemnitza en la majoria d'ordenaments del nostre entorn malgrat la tradicional objecció de que aquestes víctimes no pateixen dolor ni són conscients de la situació en la qual es troben.

Una possible tipologia bàsica del dany moral podria ser la que distingeix entre:

(1) *Dany anatòmic-funcional* (dany moral «objectiu»)

És el que resulta d'una pèrdua d'integritat psico-física. La seva avaluació es basa fonamentalment en dos paràmetres:

- a) El tant per cent que representa aquesta pèrdua anatòmica-funcional en relació amb la integritat física o psíquica de la víctima (del 0 al 100%)
- b) L'edat de la víctima, la qual és un factor molt rellevant: a menor edat, en principi, més temps viurà la víctima amb la pèrdua.

El dany anatòmic-funcional és el mateix per a totes les persones (de la mateixa edat). Sota aquest aspecte, la pèrdua d'un dit d'una mestressa de casa, d'un treballador de la construcció o d'un pianista famós té el mateix valor (qüestió diferent serà quan analitzem el lucre cessant [dany patrimonial] que aquesta pèrdua pot comportar).

Es tracta d'un dany mèdicament avaluable, el qual es pot determinar a partir de l'informe d'un metge avaluador. Aquest tipus d'informe és molt important per ajudar a objectivar aquest tipus de danys.

(2) *Pèrdua de qualitat de vida* (*loss of amenities of life, préjudice d'agrément + altres perjudicis particulars*) (dany moral «subjectiu»)

Sota aquest concepte es pot englobar tota una sèrie de perjudicis particulars (com ara els anomenats “perjudici estètic”, “perjudici sexual”, el dany causat per no poder practicar activitats específiques d'oci, el major esforç que requereix realitzar una determinada activitat (fins i tot laboral), els dolors excepcionals, etc.), els quals afecten la qualitat de vida de la víctima. Son danys que el metge només pot constatar o explicar, però no avaluar.

Encara que siguin danys subjectius, també aquí contribueix el metge avaluador a la seva objectivació, en permetre constatar la seva existència i, quan admeten gradació (com ara és el cas en l'anomenat “perjudici estètic”), la seva gravetat.

El principi de personalització de les indemnitzacions requereix que els criteris que s'utilitzin per a la seva valoració econòmica tinguin en compte les circumstàncies particulars de la víctima que puguin ser rellevants en cada cas.

(3) *Dany moral pur*

Dany que no és susceptible ni de valoració ni de constatació mèdica (“aflicción”, “angustia”, “zozobra”), llevat que esdevingui una malaltia. Per tal d'evitar situacions de frau, altres ordenaments jurídics, especialment en l'àmbit del *Common Law* (però també a Alemanya), només indemnitzen aquesta partida quan comporta una malaltia mèdicament constatable, per a la qual cosa hom pren sovint com a referència el manual de trastorns mentals de l'Associació Americana de Psiquiatria.¹¹⁶ En la tradició d'altres països, com ara França o Espanya, aquest dany s'indemnitza tant si es pot qualificar com a malaltia com si no. Són casos especialment problemàtics, per exemple, l'angoixa per la por a una dany el qual, finalment no es materialitza, com ara en els casos de diagnòstics de “falsos positius”, o els de xoc nerviós de víctimes secundàries. En un sistema que pivota sobre l'essencial funció del metge avaluador, la seva prova serà difícil i, en un principi, hom considerarà que és el mateix per a totes les víctimes i que, quan hi hagi un sistema d'indemnitzacions bàsiques, s'hi troba inclòs.

Finalment, la gravetat de la conducta del causant del dany només es tindrà en compte si contribueix a incrementar el dany (cf. 10:301 (2) PETL).

¹¹⁶ Cf. APA (American Psychiatric Association), *DSM-IV-TR. Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales - IV - Texto revisado*, 2001, Barcelona, Elsevier-Masson, reimpressió 2009.

CRITERIS PER A UNA REGULACIÓ DE LA RESPONSABILITAT DE L'EMPRESARI AL LLIBRE VI DEL CCCAT

JOSEP SOLÉ FELIU

PROFESSOR TITULAR DE DRET CIVIL
INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT
UNIVERSITAT DE GIRONA

SUMARI I. LA RESPONSABILITAT EMPRESARIAL: TENDÈNCIES GENERALS.
II. CRITERIS PER A UNA POSSIBLE REGULACIÓ DE LA RESPONSABILITAT DE
L'EMPRESARI PER FETS DELS DEPENDENTS. 1. Introducció: els models
 de responsabilitat del principal per fets dels seus auxiliar. **2.**
 Responsabilitat de l'empresari o responsabilitat del principal? Una
 interpretació àmplia de la relació de dependència. **3.** L'actuació dins
 l'àmbit de les funcions encomanades. **4.** La culpa de l'auxiliar. **5.**
 Immunitat de l'auxiliar? **6.** L'acció de repetició. **III. LA RESPONSABILITAT**
EMPRESARIAL PER DEFECTES D'ORGANITZACIÓ ("ENTERPRISE LIABILITY").
1. L'origen de la "enterprise liability" als Estats Units. **2.** La "versió
 europea" de la responsabilitat de l'empresa per defectes d'organització.

I. LA RESPONSABILITAT EMPRESARIAL: TENDÈNCIES GENERALS

Des de la segona meitat del S. XX, la majoria d'ordenaments jurídics occidentals s'han vist afectats per dues tendències que, en major o menor grau, influeixen el context en què opera la responsabilitat civil dels empresaris.

Una primera tendència la constitueixen els canvis experimentats per l'estructura organitzativa empresarial, en comparació amb el model empresarial dominant en el moment en què es van dur a terme les grans codificacions europees a finals del segle XVIII i durant el segle XIX¹. El model organitzatiu tradicional partia d'un empresari individual, que coneixia personalment els seus treballadors, als quals escollia, dirigia i controlava de manera personal. En aquest context, tenia sentit mesurar la seva responsabilitat en termes d'infracció de la clàssica diligència "in eligendo", "in instruendo" o "in vigilando". En l'actualitat, però,

¹ Vegeu-ne el plantejament a Gert Brüggemeier, *Unternehmenshaftung – Enterprise Liability. Eine europäische Perspektive?* HAVE/REAS 3/2004, pp. 162 i ss.

aquest model² ha cedit terreny a favor d'altres formes organitzatives protagonitzades per grans estructures empresarials, sovint anònimes, que en molts casos actuen a través de grans conglomerats industrials. Sovint, a més, la seva activitat excedeix les fronteres del país on tenen fixats els seus respectius domicilis, i no és fàcil identificar els centres on es prenen les decisions ni els processos a través dels quals es transmeten. La relació entre l'empresari i els qui treballen per ell perd el seu caràcter personal i directe, i això dificulta mesurar la responsabilitat dels primers en termes de la clàssica regla de la culpa presumpta com fa, per exemple, l'Art. 1903.IV CC. Així ho demostra l'evolució experimentada per la jurisprudència de la major part dels països de l'Europa occidental que encara segueixen aquest principi. Tots ells tendeixen a dificultar la prova exoneratòria del principal, o a contemplar amb progressiva flexibilitat el vincle entre el principal i els seus auxiliars, tot amb l'objectiu d'aconseguir la responsabilitat del primer. La jurisprudència espanyola no està al marge d'aquesta tendència.

La segona tendència té a veure amb l'increment del nombre d'activitats creadores de riscos, que ha portat a un augment de normes que, tant en el context internacional com nacional, estableixen règims de responsabilitat objectiva allunyats de la culpa. Aquesta realitat no es troba desvinculada de l'anterior, perquè moltes d'aquestes activitats són desenvolupades per empresaris. Així succeeix, per exemple, en el cas de la responsabilitat dels fabricants per productes defectuosos³, dels operadors d'instal·lacions nuclears⁴, la navegació aèria, o activitats subjectes a normes de protecció del medi ambient⁵, etc. Certament, aquests règims de responsabilitat objectiva no s'estableixen tant per raó del subjecte que desplega l'activitat, sinó de l'activitat mateixa⁶. Tanmateix, és igualment cert que en la majoria

² Que té el seu origen en un sistema empresarial de base artesanal (Gordon Aeschmann, *La responsabilité du fait de l'organisation: faits et droit*, ZSR 121 (2002), p. 100).

³ Vegeu la Directiva 374/85/CEE, del Consejo, de 25 de julio de 1985, *relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos*.

⁴ Ley 25/1964, de 29 de abril, *sobre Energía Nuclear* (actual Art. 4 de la Ley 12/2011, de 27 de mayo, *sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radioactivos* [BOE núm. 127, de 28.05.2011]).

⁵ Ley 26/2007, de 23 de octubre, *de Responsabilidad Medioambiental*, que implementa al dret espanyol la Directiva 2004/35/CEE, del Parlament Europeu i del Consell, de 21 d'abril de 2004, *sobre responsabilitat medioambiental en relació amb la prevenció i reparació de danys mediambientals*.

⁶ Com afirma Brüggemeier (*Unternehmenshaftung – Enterprise Liability*, cit., p. 163), el fonament d'aquests règims normalment s'associa a activitats que, per la seva pròpia naturalesa, produeixen accidents, sovint inevitables, que ocasionen danys de grans proporcions o que poden afectar a un gran nombre de persones.

d'ocasions és un empresari qui duu a terme aquestes activitats i qui es beneficia dels resultats que deriven del seu exercici.

Aquestes dues tendències, que convergeixen en l'objectiu de fer més rigorós el règim de responsabilitat dels empresaris pels danys que es deriven de la seva activitat⁷, delimiten el marc general en el qual s'integra la matèria que és objecte d'aquesta ponència. Al mateix temps, condicionen, en certa forma, l'estructura del treball. En aquest sentit, la primera part de la ponència estudia el supòsit tradicional de responsabilitat del principal pels fets dels seus auxiliars, tractant d'adaptar-la al context econòmic i jurídic actual. Per aquesta raó, es planteja la necessitat de substituir el clàssic règim de responsabilitat per culpa presumpta del principal, per un règim clar de responsabilitat vicària. En la segona part de la ponència, es planteja la conveniència d'introduir, en el context d'una futura regulació catalana sobre la matèria, un règim especial de "responsabilitat empresarial" per defectes d'organització (en el sentit del règim *d'enterprise liability* del dret nord-americà, o de l'*Organisationshaftung* de què es parla en la doctrina germànica⁸). L'objectiu d'un règim d'aquestes característiques no seria tant el de substituir, com de complementar el règim tradicional de "responsabilitat del principal pels fets dels auxiliars", tota vegada que, en principi, el fonament d'ambdós és diferent: mentre que el principal respon per la "conducta" dels seus auxiliars, la responsabilitat empresarial és una responsabilitat basada en "l'activitat" mateixa de l'empresa.

II. CRITERIS PER A UNA POSSIBLE REGULACIÓ DE LA RESPONSABILITAT DE L'EMPRESARI PER FETS DELS DEPENDENTS

1. Introducció: els models de responsabilitat del principal per fets dels seus auxiliars

En termes generals, els ordenaments jurídics regulen la responsabilitat del principal pels danys que causen els seus dependents a partir de dos possibles models: el de responsabilitat per culpa presumpta del principal (culpa *in eligendo*, *in instruendo* o *in vigilando*), d'una banda, i el de responsabilitat vicària del principal per l'actuació negligent dels seus auxiliars, d'una altra banda.

⁷ Sobre aquest context, podeu veure amb caràcter general el treball de Michael Faure / Ton Hartlief, *Towards an Expanding Enterprise Liability in Europe?*, MJ 3 (1996), pp. 235-270.

⁸ Gert Brüggemeier, *Unternehmenshaftung – Enterprise Liability. Eine europäische Perspektive?* HAVE/REAS 3/2004, pp. 162 i ss; Oliver Waespi, *Organisationshaftung. Risiko und Unsorgfalt bei der Geschäftsherrenhaftung*, Bern, Stämpfli Verlag, 2005.

1.1 Responsabilitat del principal per culpa presumpta

El primer —més conegut entre nosaltres per que és el que inspira el text de l'Art. 1903.IV CC— fa respondre al principal per culpa pròpia (la tradicional *culpa in eligendo vel vigilando*) i presumpta⁹, de tal manera que una vegada provada la culpa del dependent, es presumeix que la conducta del principal també ha estat culposa, llevat que demostrï que va adoptar totes les mesures necessàries per a prevenir el dany. Com s'ha dit anteriorment, aquest règim de responsabilitat, que està pensat per respondre a les necessitats d'un model empresarial de base artesanal, amb un empresari individual que escull, instrueix i controla els seus dependents, ha quedat obsolet per a respondre a l'estructura organitzativa actual d'un bon nombre d'empreses, com demostra la jurisprudència d'aquells països que encara el segueixen. A Europa, pocs ordenaments mantenen aquest model, entre els quals hi ha Suïssa (Art. 222 Codi Civil Suís i Art. 55 Codi Suís de les Obligacions), Alemanya (§ 831 BGB) i Espanya (Art. 1903.VI CC)¹⁰. En aquests tres països, però, la jurisprudència s'ha anat decantant per una progressiva “objectivació” de la responsabilitat dels principals, com a via per a superar les limitacions del règim.

Així, a Suïssa, tot i que l'Art. 55.1 del Codi de les Obligacions fa respondre al principal “llevat que provi que va adoptar la diligència requerida per les circumstàncies dirigida a evitar el dany”, a partir d'una sentència de 1984¹¹ el Tribunal Federal va reformular la seva jurisprudència i va establir que, per exonerar-se, no era suficient que el principal demostrés que havia prestat la deguda diligència “in eligendo”, in instruendo” o “in custodiendo”, sinó que, a més a més, havia organitzat la seva activitat empresarial de manera tal que evités causar danys a tercers. Com ha assenyalat la doctrina suïssa, amb aquesta solució s'agreuja el règim de responsabilitat del principal, aproximant-lo a un sistema de responsabilitat per defectes d'organització (*Organisationshaftung*)¹².

⁹ Això, tot i els esforços d'alguns sectors doctrinals d'intentar forçar-ne una interpretació en termes de responsabilitat objectiva (a favor d'una interpretació en termes de responsabilitat per culpa, almenys en el marc de l'actual redactat de l'Art. 1903.IV CC, recentment, Iris Beluche Rincon, *La responsabilidad civil del empresario por los hechos de sus dependientes*, Revista de Derecho Patrimonial, nº 25, 2010, p. 208.

¹⁰ Suzanne Galand-Carval, *Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others*, a J. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, The Hague-London-New York, Kluwer Law International, 2003, p. 302; Christian von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1, Oxford, Clarendon Press, 1998, pp. 198 et seq.

¹¹ “Schachtrahmen-Fall” (1984, BGE 110 II 456).

¹² Vegeu, en aquest sentit, P. Widmer, *Liability for Damage Caused by Others under Swiss Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 263-264.

A Alemanya, el text del § 831.I.2 BGB també contempla un règim de responsabilitat del principal per culpa presumpta, amb inversió de la càrrega de la prova. No obstant, la jurisprudència ha desenvolupat un seguit de mecanismes dirigits a impedir o dificultar les possibilitats exoneratòries del principal. En primer lloc, els tribunals alemanys han reduït l'àmbit d'aplicació del precepte mitjançant una aplicació extensiva i generosa del règim de responsabilitat objectiva de les persones jurídiques per fets dels seus representants, establert al § 31 BGB. Aquest precepte es caracteritza per no permetre l'exoneració de la persona jurídica¹³.

En segon lloc, la jurisprudència alemanya ha acudit a la clàusula general de responsabilitat civil del § 823 BGB, del qual ha derivat l'existència d'un deure de diligència del principal en relació amb l'organització de la seva activitat o la supervisió dels seus auxiliars, que no pot delegar internament als efectes d'evitar o reduir la seva responsabilitat. Així, una vegada el perjudicat demostra que el principal va infringir algun d'aquests deures, es considera que el principal respon per "negligència organitzativa" ("*Organisationsverschulden*"), sense possibilitat d'exoneració¹⁴.

Un tercer mecanisme emprat pels tribunals alemanys per evitar l'exoneració del principal ha consistit en aplicar el § 278 BGB, que regula la responsabilitat contractual del deutor que compleix a través d'auxiliars. A diferència del § 831 BGB, el seu equivalent contractual contempla un règim de responsabilitat objectiva del principal, sense possibilitat d'exoneració. L'aplicació extensiva del precepte s'ha dut a terme a través de diferents tècniques: mitjançant la creació i desenvolupament de deures accessoris a la prestació principal, que s'estenen al camp de la seguretat i de la informació; mitjançant l'increment dels supòsits de responsabilitat precontractual (*culpa in contrahendo*); i, de manera especial, mitjançant l'ús generós de la figura del contracte a favor de tercer (*Vetrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*)¹⁵.

¹³ En realitat, el precepte no contempla estrictament un supòsit de responsabilitat per fet aliè, sinó de responsabilitat de les persones jurídiques per actes dels seus directius. Així, originàriament el règim es restringia als qui actuaven en la seva condició de directors, membres de la junta o representants designats d'acord amb els estatuts (alts directius). La pràctica jurisprudencial, però ha estès la seva aplicació a qualsevol persona que exerceix funcions de gestió en posicions inferiors (vegeu, Cees van Dam, *European Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 2006, núm. 1606-2, p. 450; U. Magnus / J. Fedtke, *Liability for Damage Caused by Others Under German Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 113).

¹⁴ Waespi, *Organisationshaftung. Risiko und Unsorgfalt bei der Geschäftsherrenhaftung*, cit., p. 80; Magnus / Fedtke, *Liability for Damage Caused by Others Under German Law*, cit., p. 113; van Dam, *European Tort Law*, cit., núm. 1606-2, p. 450; Wagner/MünchKomm., Band. 5, Schuldrecht. Besonderer Teil III, 4. Aufl., München, Beck, 2004, § 831, RdNr. 39, p. 2018.

¹⁵ von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1, cit., núms. 189-190, pp. 205-207.

Finalment, una via indirecta per la qual la jurisprudència alemanya ha acabat fent respondre el principal consisteix en reconèixer al dependent, a qui s'ha declarat responsable enfront de la víctima, l'exercici d'una acció de repetició contra el principal pel valor de la indemnització pagada. Aquesta acció procedeix, fins i tot quan s'ha rebutjat la responsabilitat del principal conforme a la regla del § 831 BGB¹⁶.

Quant al nostre país, a banda de les normes especials de responsabilitat objectiva per sectors determinats¹⁷, els dèficits de l'Art. 1903.IV CC per a respondre a les necessitats de l'estructura empresarial actual i a la progressiva “despersonalització” de les relacions entre els empresaris i els seus auxiliars, s'han cobert a través d'una interpretació i aplicació jurisprudencial flexible i generosa del precepte. En aquest sentit, és coneguda l'evolució de la jurisprudència del Tribunal Suprem la qual, tot i reconèixer formalment la possibilitat que el principal s'alliberi d'acord amb la regla de l'Art. 1903.VI CC¹⁸, en la pràctica es fa molt difícil —per no dir impossible—¹⁹ trobar sentències que permetin aquesta possibilitat exoneratòria. Almenys fins la primera meitat dels 2000, eren freqüents sentències que es referien al caràcter “quasi-objectiu” de la responsabilitat de l'empresari o a “la admisión de las doctrinas de mayor matiz objetivista

¹⁶ Tot i que aquesta regla està pensada a favor del dependent, en la pràctica comporta que sigui el principal qui acabi suportant el cost dels danys causats pels seus dependents negligents (van Dam, *European Tort Law*, cit., núm. 1606-2, p. 451).

¹⁷ Com abans s'ha comentat, l'increment de normes especials que estableixen sistemes de responsabilitat objectiva aplicables principalment a empresaris ha comportat un agreujament, per via indirecta i en relació a determinades activitats, del seu règim de responsabilitat. Així ha succeït, per exemple, en el camp de la responsabilitat del fabricant per productes defectuosos, en què la responsabilitat s'imposa al marge de la conducta diligent del productor, pel simple fet que l'existència d'un defecte en el producte causi danys al perjudicat. També l'entrada en vigor de la LGDCU va tenir un efecte semblant en el cas dels serveis regulats a l'antic Art. 28 LGDCU (actual Art. 148 TRLGDCU), és a dir, aquells serveis que, per la seva específica naturalesa o per estar reglamentàriament establert, han de reunir determinats nivells de seguretat. És sabut que el precepte imposa un règim de responsabilitat objectiva sobre l'empresari que presta els serveis, sense possibilitat d'exonerar-se mitjançant la prova de la seva actuació diligent. El precepte s'aplica amb independència de si l'empresari ha actuat o no a través d'auxiliars. En aquest darrer cas, però, no podrà exonerar-se provant que fou diligent en la selecció, instrucció o vigilància dels auxiliars.

¹⁸ Entre d'altres, les SSTS 19.6.2000 [RJ 2000\5291]; 6.3.2007 [RJ 2007\1828]; 10.10.2007 [RJ 2007\6813].

¹⁹ En paraules de Fernando López, “no es posible encontrar una sola decisión del TS en la que se haya exonerado de responsabilidad al empresario por razón de haber acreditado un comportamiento adecuado al deber de diligencia que le es exigible” (“La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor material del hecho dañoso: la responsabilidad por hecho ajeno. La responsabilidad de los padres y guardadores, empresarios y centros docentes”, a J. M^a Pena López, *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Barcelona, Cálamo, 2004, p. 155).

de creación del riesgo”, per a justificar aquest resultat²⁰. En la mateixa línia, els tribunals espanyols consideren suficient provar la culpa anònima d'algun auxiliar, sense necessitat d'identificar el concret auxiliar causant del dany, per fer respondre l'empresari conforme a l'Art. 1903.IV CC²¹. Aquestes interpretacions, que són paral·leles a les que acabem de veure en relació als dos ordenaments jurídics anteriors, han portat a sectors rellevants de la doctrina espanyola a defensar una interpretació conjunta dels Arts. 1903.IV, VI i 1904 CC, en termes de responsabilitat vicària²².

1.2 Responsabilitat vicària del principal

El segon model de responsabilitat del principal en el context comparat s'estructura a partir d'un règim de responsabilitat objectiva del principal pels danys causats per la negligència dels seus auxiliars²³. És el que es coneix com a règim de responsabilitat vicària. Com s'ha dit, es tracta del model dominant a Europa²⁴, des del règim de *responsabilité des commetants* que resulta de la interpretació jurisprudencial de l'Art. 1384(5) *Code Civil* a França²⁵ (i que es consolida en el text de l'Art. 1386-10 del Projecte de Llei relatiu a la reforma del dret de la responsabilitat civil, presentat al Senat francès el 9 de juliol de 2010)²⁶, fins el més restringit model del § 1315 ABGB

²⁰ Per exemple, la STS 19.6.2000 [RJ 2000\5291].

²¹ Tal i com estableixen, entre d'altres, les SSTS 9.6.1998 [RJ 1998\3717] i 11.11.2002 [RJ 2002\9640], “[E]l artículo 1903 del Código Civil (...) no está subordinado en su aplicación a la previa determinación e individualización de un responsable dependiente (...). Su aplicación deviene, también, insoslayable cuando de los resultados de la prueba se desprende que el hecho dañoso se produjo por acción u omisión negligente acaecida en el círculo de actividad de la empresa y por circunstancias que, con criterios de normalidad y según las reglas de la experiencia cabe atribuir a empleados o dependientes de la misma, sin que sea condición necesaria la identificación de los concretos sujetos responsables, pues esta exigencia favorecería la impunidad en beneficio de las grandes y complejas organizaciones empresariales de nuestro tiempo y en perjuicio de las víctimas”. Sobre aquest procés jurisprudencial, Beluche Rincón, *La responsabilidad civil de empresario por los hechos de sus dependientes*, cit., p. 209.

²² Encarna Roca Trías, “La acción de repetición prevista en el artículo 1903 del Código Civil”, *Anuario de Derecho Civil* 1998, p. 20-21; Mariano Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, Dykinson, 2001, p. 301.

²³ John G. Fleming, *The Law of Torts*, 9th., Sydney, The Law Book Company, 1998, p. 412; Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., p. 22.

²⁴ Per la perspectiva general, vegeu von Bar, *The Common european Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 180, p. 198.

²⁵ Així, Geneviève Viney / Patrice Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, a Jacques Ghestin, *Traité de Droit Civil*, 3ème. ed., Paris, LGDJ, 2006, pp. 974 i ss.

²⁶ De fet, la proposta de reforma francesa va encara més enllà, en no requerir ni tan sols l'actuació culposa de l'auxiliar. Així, segons l'Art. 1386-10 de la proposta: “Le commettant est responsable des dommages causés par son préposé, à moins qu'il prouve que le préposé a agi

austríac²⁷, passant per Itàlia (Art. 2049 Codice)²⁸, Països Baixos (Art. 6:170 BW)²⁹ o Portugal (Art. 500 Codigo Civil)³⁰. El model de responsabilitat vicària és també el que contempla el sistema anglès, en el marc del qual el demandant ha de provar que l'auxiliar va cometre un *tort*, que tenia la condició d'auxiliar respecte del principal, i que el *tort* es va cometre “in the course of the employment”. La prova d'aquests elements desencadena la responsabilitat objectiva del principal, com si fos ell mateix qui hagués comès el *tort*³¹. Finalment, el règim de responsabilitat vicària del principal és el model dominant als Estats Units d'Amèrica, com demostra la redacció de l'actual Art. 7.03(2) del *Restatement (Third) of Agency*, segons el qual “un principal respon vicàriament enfront d'un tercer danyat per la conducta d'un agent quan, (a) tal i com s'estableix en l'Art. 7.07, l'agent és un empleat que comet un il·lícit actuant dins l'àmbit de les seves funcions”³².

hors des fonctions auxquelles il était employé, sans autorisation et à des fins étrangères à ses attributions, ou qu'il établisse que la victime ne pouvait légitimement croire que le préposé agissait pour le compte du commettant” (*Proposition de Loi num. 657, portant réforme de la responsabilité civile*, présentée par M. Laurent Bêteille, Sénateur. Session Extraordinaire de 2009-2010. Enregistré à la Présidence du Sénat le 9 juillet 2010).

²⁷ El § 1315 ABGB estableix la responsabilitat (objectiva) de l'empresari pels danys que causen els seus auxiliars, quan l'auxiliar designat és incompetent o una persona perillosa per a realitzar les tasques encomanades. Per una explicació de les característiques del model austríac, així com de les diferències entre els règims de responsabilitat contractual i extracontractual del principal per fets dels dependents a l'ABGB, es pot veure, Helmut Koziol / Klaus Vogel, *Liability for Damage Caused by Others under Austrian Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused to Others*, cit., pp.11-12, 16 i ss. Amb caràcter més general, von Bar, *The Common european Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 182-184, pp. 199-200.

²⁸ F. D. Busnelli / E. Bargelli / G. Comandé, *Liability for Damage Caused by Others under Italian Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused to Others*, cit., p. 165.

²⁹ Matthias Haentjens / Edgar du Perron, *Liability dor Damage Caused by Others under Dutch Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused to Others*, cit., p. 172.

³⁰ J. Sinde Monteiro / Maria Manuel Veloso, *Liability dor Damage Caused by Others under Portuguese Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused to Others*, cit., p. 199.

³¹ Vegeu, W. V. H. Rogers, *Winfield & Jolowicz On Tort*, 16th., London, Sweet & Maxwell, 2002, pp. 701 i ss; Paula Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010, pp. 6 i ss; Walter van Gerven / Jeremy Lever / Pierre Larouche, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, Oxford and Portland, Oregon, Hart Publishing, 2000, pp. 476-477.

³² The American Law Institute, *Restatement of the Law Third. Agency*, Vol. 2, St. Paul, Minn., American Law Institute, 2006, pp. 151 i ss, 198 i ss. El règim segueix, per bé que amb diferències substancials, el model que ja establia l'antic Art. 219 *Restatement (Second) of Agency*, segons el qual a “master is subject to liability for the torts of his servants committed while acting in the scope of their employment”.

A la vista d'aquesta panoràmica general, no és gens estrany que tant les propostes de principis de responsabilitat civil presentades els darrers anys en l'àmbit europeu, com els projectes nacionals de reforma del dret de la responsabilitat civil en diversos països europeus (com és el cas austríac³³), optin per un règim de responsabilitat vicària com a model a seguir en aquesta matèria.

Així, d'una banda, els Principis de Dret Europeu de la Responsabilitat Civil (PETL), presentats pel Grup Europeu de la Responsabilitat Civil, disposen en el seu Art. 6:102 (1) que

“una persona respon pel dany causat pels seus auxiliars en l'exercici de les seves funcions sempre que hagin violat l'estàndard de conducta exigible”³⁴.

Per la seva part, els Principis de responsabilitat civil aprovats per l'*Study Group on a European Civil Code*, en el marc del *Common Frame of Reference* també estableixen en l'Art. VI 3:201 (1) DCFR:

“Qui emplea o obliga amb un vincle similar a un altre és imputable per la causació d'un dany jurídicament rellevant patit per un tercer quan la persona empleada o obligada: (a) ha causat el dany en el curs de les funcions; i (b) ha causat el dany intencionalment o negligentment, o la causació del dany li és imputable de qualsevol altra forma”³⁵.

Com indiquen els comentaris a aquesta darrera disposició, el precepte estableix un règim de “responsabilitat objectiva” que no depèn del dol o culpa del responsable, sinó de la persona que ha causat el dany directament (auxiliar). En la justificació del règim, els comentaris constaten com, fins i tot en aquells ordenaments jurídics en què, al menys en teoria, la norma preveu la possibilitat d'exoneració del principal provant que supervisà diligentment

³³ Segons explica Koziol, la proposta de redacció del nou § 1315 ABGB, continguda al projecte de reforma del dret austríac de la responsabilitat civil, opta per un model de responsabilitat vicària, seguint la línia majoritària en el context comparat (vegeu Helmut Koziol, *Grundfragen des Schadenersatzrechts*, Wien, Jan Sramek, 2010, núm. 6/117, p. 220).

³⁴ Es segueix la versió catalana dels PETL, així com els comentaris traduïts al castellà, publicats per l'European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. Traducció a cargo de la “Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado” (REDPEC), Coordinada por Miquel Martín Casals, Cizur Menor, Thomson-Aranzadi, 2008.

³⁵ En l'original anglès: “A person who employs or similarly engages another is accountable for the causation of legally relevant damage suffered by a third person when the person employed or engaged: (1) caused the damage in the course of the employment or engagement; and (b) caused the damage intentionally or negligently, or is otherwise accountable for the causation of the damage”.

els seus auxiliars, els tribunals incrementen el nivell d'exigència fins el punt que en la pràctica esdevé impossible aconseguir l'exoneració³⁶.

Tant als PETL com al DCFR, la regla relativa a la responsabilitat vicària del principal contrasta amb el règim de responsabilitat per culpa presumpta aplicable als pares i guardadors pels danys que causen els seus fills menors o els seus pupils (Art. 6:101 PETL i Art. 3:104(1) i (2) DCFR). En ambdós casos, es justifica aquesta diferència de règim en el diferent interès que es tutela en un i altre cas. Així, el control que els pares i tutors exerceixen sobre els seus fills menors o els seus pupils no és tant en benefici propi, sinó en el dels seus propis fills o pupils i, més en general, en interès de la societat. En canvi, l'empresari que utilitza uns auxiliars en l'exercici d'una activitat econòmica potencialment creadora de riscos ho fa en el seu propi benefici personal³⁷. Aquest fet justificaria subjectar els empresaris a un règim més estricte de responsabilitat i sotmetre, en canvi, als pares i als guardadors a un règim de responsabilitat més moderat³⁸.

Tots aquests factors s'han de considerar a l'hora d'emprendre una possible regulació sobre la matèria. El model tradicional de responsabilitat per culpa presumpta del principal és producte d'un context històric i econòmic determinat, marcat per la voluntat d'estimular el desenvolupament industrial i de protegir a sectors empresarials incipients, així com a petits empresaris agrícoles i artesanals, de les conseqüències econòmiques d'un increment de demandes pels danys causats pels seus auxiliars³⁹. El paradigma actual és un altre. L'empresari individual ha perdut pes enfront de grans organitzacions empresarials, complexes i anònimes, de manera que el centre d'atenció es trasllada de la conducta individual a l'activitat organitzativa mateixa. Els models d'organització empresarial ja no es basen exclusivament en relacions verticals o de dependència. Sovint, les tasques es distribueixen horitzontalment, les relacions entre treballadors o entre aquests i els directius es dilueixen en models més informals de gestió, i

³⁶ Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code, *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another* (PEL Liab. Dam.), Berlin, Sellier/Bruylant/Stämpfli, 2009, p. 632.

³⁷ Vegeu els comentaris introductoris als Arts. 6:101 i 6:102 PETL (European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., p. 158). Vegeu també, en el context del dret anglès, Tony Weir, *An Introduction to Tort Law*, 2d, Oxford, Oxford University Press, 2006, p. 104.

³⁸ Com assenyalen els Comentaris al CFR, "la protecció de la família, des del punt de vista dels drets fonamentals, prohibeix socialitzar els avantatges que comporten els fills i individualitzar-ne les conseqüències negatives" (Christian von Bar / Eric Clive (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Munich, Sellier, 2009, Com. Art. VI 3:104, cit., pp. 3435).

³⁹ Magnus / J. Fedtke, *Liability for Damage Caused by Others Under German Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 112.

les relacions entre els treballadors i les empreses devenen més tènues i inestables (p. ex. amb treballadors a temps parcial, treballadors temporals, etc.). En definitiva, es tracta d'una realitat que, probablement, encaixa millor amb un model de responsabilitat vicària que amb el tradicional règim de responsabilitat per culpa presumpta del principal⁴⁰.

Des d'un punt de vista de política jurídica, un règim de responsabilitat objectiva del principal pels danys que causen negligència els seus auxiliars és coherent amb la idea de carregar aquell que presumptament obté el benefici —generalment econòmic— d'una activitat, amb les conseqüències danyoses que deriven del seu exercici⁴¹. En aquest sentit, s'afirma que un règim de responsabilitat vicària incentiva al principal a desplegar la seva superior capacitat per a controlar els riscos que resulten de l'activitat dels seus auxiliars⁴², cosa la qual és certa tant des del punt de vista tècnic com econòmic. En sentit tècnic, el principal és qui millor coneix els riscos de la seva empresa i qui es troba en millor posició per establir instruments de prevenció i control sobre l'actuació dels seus auxiliars: pot organitzar activitats de formació; adoptar sistemes de vigilància; prohibir i, en el seu cas, sancionar, determinats comportaments i actuacions; pot adoptar mesures de manteniment i renovació de maquinària i d'aparellatge, etc⁴³. Des del punt de vista econòmic, també és el principal qui, en comparació amb els auxiliars, sol estar en millor posició econòmica per fer front a les conseqüències indemnitzatòries derivades de la seva activitat i poder repercutir el cost de la responsabilitat sobre el preu dels productes

⁴⁰ Sobre aquesta qüestió vegeu, W. V. H. Rogers, *Winfield & Jolowicz On Tort*, 16th., London, Sweet & Maxwell, 2002, p. 704. Com a proposta de *lege ferenda* pel dret espanyol, també es pronuncia a favor d'un règim de responsabilitat vicària, recentment, Beluche Rincón, *La responsabilidad civil del empresario por los hechos de sus dependientes*, cit., pp. 214 i ss.

⁴¹ Olivier Moréteau, "Comentarios al Capítulo 6 PETL. Responsabilidad por otros", a European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., p. 158. Sobre aquest, i d'altres arguments, vegeu també Pablo Salvador Coderch / Carlos I. Gómez Ligüerre / J. A. Ruiz García / Antoni Rubí / José Piñeiro, *Respondeat Superior I*, *InDret*. Revista para el análisis del derecho, 2/2002, pp. 6 i ss.

⁴² Sobre aquests raonaments, es pot consultar Gerhard Wagner, "The Law of Torts in the DCFR", a Gerhard Wagner, *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, Berlin, Sellier de Gruyter, 2009, p. 251; Reiner H. Kraakman, "Vicarious and Corporate Civil Liability", a Michael Faure (Ed.), *Tort Law and Economics*, Vol. 1. *Encyclopedia of Law and Economics*, 2nd., Cheltenham (UK)/Northampton (MA, USA), Edward Elgar, 2009, p. 135; Weir, *An Introduction to Tort Law*, 2nd, cit., p. 104.

⁴³ Wagner, *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, cit., p. 251; Salvador Coderch / Gómez Ligüerre / Ruiz García / Rubí / Piñeiro, *Respondeat Superior I*, cit., p. 8. Reinier H. Kraakman, *Vicarious and Corporate Liability*, a Boudewijn Bouckaert / Gerrit de Geest (Ed.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. II, *Civil Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, pp. 670 et seq.

o serveis que presta⁴⁴. A més a més, en la mesura que pot cobrir els riscos globals del seu negoci i protegir els seus auxiliars mitjançant una sola pòlissa assegurativa, es troba en posició de “cheapest cost insurer”⁴⁵. Finalment, des del punt de vista del nostre dret, un model de responsabilitat vicària supera algunes de les dificultats que l'aplicació pràctica del règim previst en l'Art. 1903.IV CC ha posat de manifest i, com s'ha vist, sembla més coherent amb el resultat pràctic a què arriben els tribunals espanyols i sosté un sector important de la nostra doctrina.

2. Responsabilitat de l'empresari o responsabilitat del principal? Una interpretació àmplia de la relació de dependència

2.1 De la responsabilitat de l'empresari per fets dels treballadors a la responsabilitat del principal per fets dels auxiliars

Quant als subjectes als quals resulta aplicable el règim de responsabilitat vicària proposat, l'alternativa és doble: o bé es restringeix el règim a aquells que tenen la condició estricta d'empresaris, actuen en el marc d'una activitat econòmica i persegueixen l'obtenció d'un benefici econòmic; o bé la seva aplicació s'estén més enllà i es condiona al simple fet d'existir una relació de subordinació que aprofita a qui es troba situat en una posició de superioritat⁴⁶.

En el nostre dret, és habitual parlar de responsabilitat de “l'empresari” per fet dels “dependents” o dels “treballadors”. El mateix Art. 1903.IV CC parla de la

⁴⁴ Rogers, *Winfield & Jolowicz On Tort*, 16th., cit., p. 704; Kraakman, *Vicarious and Corporate Liability*, cit., p. 671. Per aquesta raó, també s'afirma que, a diferència d'un règim pur de responsabilitat per fet aliè basat en la culpa pròpia del principal, el qual compleix una funció de justícia correctiva, un règim de responsabilitat vicària compleix funcions de justícia distributiva, en la mesura que s'orienta a redistribuir el risc dels danys patits per la víctima (Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., pp. 16 i ss.)

⁴⁵ Wagner, *The Common Frame of Reference: A View from Law & Economics*, cit., p. 251; Salvador Coderch / Gómez Ligüerre / Ruiz García / Rubí / Piñeiro, *Respondeat Superior I*, cit., p. 6; Beluche Rincón, *La responsabilidad civil del empresario por los hechos de sus dependientes*, cit., pp. 214-215.

⁴⁶ Sovint, especialment als ordenaments jurídics angloamericans, s'ha utilitzat l'expressió “respondeat superior” per a referir-se a aquesta concepció més àmplia. Una expressió que, en ocasions, ha estat subjecte a crítiques. No obstant, com assenyala Rogers, *Winfield & Jolowicz On Tort*, 16th., cit., p. 703, si bé l'expressió “respondeat superior” ha estat criticada perquè és massa general i no recull tots els matisos dels diferents règims a què pot estar subjecte el principal que actua a través d'auxiliars, probablement és vàlida com a expressió que intuïtivament reflecteix bé la idea que aquell que posa en marxa un procés, en benefici propi, ha de respondre per les conseqüències que en deriven, amb independència de si és ell mateix qui desenvolupa l'activitat o ho fa a través d'altres persones.

responsabilitat de “los dueños o directores de un establecimiento o empresa”, expressió ambigua que no ha impedit que els tribunals hagin estès l'aplicació del seu règim més enllà d'aquells que tenen la condició estricta d'empresari —entès en el sentit de persona física o jurídica que és titular d'una explotació econòmica⁴⁷—. Com declara la STS 14.5.2010 [RJ 2010\3494] la relació de dependència de l'Art. 1903.IV CC, “no es de carácter estricto, ni se limita al ámbito jurídico-formal ni a las relaciones de naturaleza laboral, sino que requiere una interpretación amplia, en la que suele ser decisiva la apreciación de un elemento de control, vigilancia y dirección de las labores que han sido encargadas”; i afegeix la STS 1.6.2010 [RJ 2010\2659] que, més enllà del camp contractual, el precepte pot aplicarse a qualsevol “relación jurídica o de hecho”.

En d'altres ordenaments, la terminologia és també molt variada i no sempre es redueix a l'estricta relació empresari-treballador⁴⁸, la qual cosa ha portat al professor von Bar a afirmar que l'ús habitual de les expressions “empresari” i “treballador” respon més a raons de simplificació i claredat que a un veritable criteri tècnic. La responsabilitat de l'empresari per fet dels seus treballadors o dependents constitueix el grup de casos de més freqüent aplicació d'aquest règim jurídic, però és suficient fer una ullada a l'experiència jurisprudencial de la major part de països del nostre entorn per comprovar com la seva aplicació sol anar més enllà del simple vincle establert a partir d'un contracte de treball o d'un contracte de serveis, per a cobrir totes aquelles situacions en què una persona (auxiliar) actua sota la dependència —o en posició de subordinació— respecte d'una altra (principal), que rep els beneficis de l'activitat del primer⁴⁹.

L'èmfasi es situa, doncs, en la relació de supra- i subordinació (en el vincle de dependència), més que no pas en la condició d'empresari o treballador

⁴⁷ Vegeu, entre d'altres, Peña López, “La extensión de la responsabilidad a sujetos distintos del autor material del hecho dañoso: la responsabilidad por hecho ajeno. La responsabilidad de los padres y guardadores, empresarios y centros docentes”, a Peña López, *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, cit., p. 152-153.

⁴⁸ Així, l'Art. 1384(4) *Code Civil* francès parla de “preposés”, i la doctrina utilitza l'expressió “responsabilité du commettant par le fait des préposés” (Viney / Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, a Jacques Ghestin, *Traité de Droit Civil*, 3ème. ed., cit., p. 974; el § 831 BGB utilitza l'expressió “Verrichtungsgehilfen” (col·laboradors en el compliment), expressió equivalent a la que utilitza el § 1315 ABGB austríac (“Besorgungsgehilfen”); el Codi Civil holandès parla de “ondergeschikte” (Art. 6:107 BW), que podria traduir-se com auxiliars o dependents, el Codi portuguès de “comissários” (Art. 500), o l'italià de responsabilitat dels “padroni e i committenti” pels actes dels “domestici e commessi” (Art. 2049 Codice). Per la seva part, en el context angloamericà solen ser freqüents les expressions “employer” i “employee”, amb una connotació més directament relacionada amb la relació “empresari”-“treballador”.

⁴⁹ von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 191, p. 207; Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., pp. 103 i ss.

d'aquells que en formen part⁵⁰. Per aquesta raó, sembla preferible parlar de responsabilitat del “principal” per fets dels “auxiliars” (o “dependents”), i evitar la més restringida “d’empresari” i “treballador”. La primera cobreix un ventall de casos més ampli i s’adiu millor amb la varietat de situacions a què resulta aplicable. Es tracta, en definitiva, d’establir un règim general de responsabilitat basat en l’existència d’una relació de subordinació entre el causant directe del dany i aquell que, sense haver-lo causat directament però pel fet de trobar-se en una posició de superioritat i obtenir els beneficis que produeix l’activitat, assumeix les conseqüències que deriven de l’actuació negligent de l’auxiliar. Aquesta relació de superioritat existeix sempre que l’actuació de l’auxiliar estigui subjecte a les instruccions del principal, i que aquest exerceixi funcions de supervisió i control sobre l’actuació d’aquell, amb independència de la naturalesa de la relació interna –contractual o no– que els vincula, així com de les seves característiques⁵¹.

Novament, aquesta opció és coherent amb la posició majoritària en el context comparat, així com amb les dues propostes de Principis europeus en matèria de responsabilitat civil presentades els darrers anys. Entre els ordenaments jurídics europeus, són minoritaris els qui condicionen l’aplicació del règim de responsabilitat del principal a l’existència d’un contracte de treball o de serveis entre “l’empresari” i “el treballador”⁵². En canvi, la majoria opten per una solució més laxa i –en línia amb la idea que es sosté aquí– consideren suficient l’existència d’una relació de dependència o subordinació entre principal i auxiliar, sense necessitat que el fonament jurídic es trobi en un contracte de treball o de serveis; que la relació sigui permanent o temporal (així, per exemple, una cangur que, seguint les indicacions dels pares, s’ocupa puntualment dels fills durant un període de dues hores, també serà considerat auxiliar)⁵³; i amb independència que l’auxiliar rebi o no una retribució a canvi⁵⁴. Tampoc és imprescindible que la relació de dependència

⁵⁰ van Dam, *European Tort Law*, cit., núm. 1607-3, p. 460.

⁵¹ von Bar, *The Common european Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 191, p. 207.

⁵² Aquest és el cas, per exemple, dels Països Baixos i de Polònia (Miquel Martín-Casals, “La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)”, a Juan Antonio Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 508; Galand-Carval *Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others*, a. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 300.

⁵³ En el mateix sentit, Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code, *Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, cit., Com. Art. VI 3:201, núm. 9, p. 636.

⁵⁴ Martín-Casals, “La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)”, a Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., p. 508; Galand-Carval *Comparative Report on Liability for*

s'origini en un context contractual⁵⁵, sinó que pot resultar d'altres contextos, com succeeix en les relacions entre parents, entre amics o entre veïns que, ocasionalment, es poden prestar serveis amb caràcter no remunerat⁵⁶. Allò rellevant és que el servei beneficiï el principal, i que l'auxiliar actuï conforme a les instruccions i sota el control del primer⁵⁷.

No obstant, un enfocament tan ampli com el que s'acaba d'exposar no sembla que pugui comportar l'aplicació automàtica del règim de responsabilitat vicària a qualsevol situació en la que algú actua per un altre, pel simple fet que existeixi una mínima relació de subordinació, per tènue que aquesta sigui. Per això, sembla raonable l'observació del DCFR, en el sentit de requerir que la seva entrada en funcionament quedi subjecte al requisit que la prestació o servei encomanats a l'auxiliar siguin del tipus dels que habitualment es presten en el marc de relacions contractuals o, com a mínim, quasi-contractuals (p. ex. gestió de negocis aliens)⁵⁸. I això, amb independència de la forma com s'hagi prestat en el cas concret. Com a conseqüència, quedarien exclosos del règim de responsabilitat vicària els típics favors personals, amistosos o espontanis que les persones es presten en la vida diària⁵⁹.

Per altra part, és difícil trobar en al jurisprudència espanyola un llistat de criteris que permetin establir als tribunals en quins casos existeix relació

Damage Caused by Others, a. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 300.

⁵⁵ Així, amb nombroses referències comparades, von Bar, *The Common european Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 191, p. 207.

⁵⁶ Martín-Casals, "La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)", a Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., p. 508.

⁵⁷ von Bar, *The Common european Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 191, p. 208-209. En relació amb el dret nord-americà, el comentari f) a l'Art. 7.07 del *Restatement (Third) of Torts. Agency* (The American Law Institute, *Restatement of the Law of Torts Third. Agency*, vol. 2, St. Paul, Minn., 2006, p. 210) assenyala també que "el fet que un agent actuï de manera gratuïta no allibera el principal de responsabilitat vicària, quan el principal controla o té el dret de controlar la forma i mitjans del compliment de l'encàrrec per part de l'agent".

⁵⁸ Vegeu von Bar / Clive (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules (DCFR)*, cit., Com. Art. VI 3:201, p. 3457. En la jurisprudència espanyola, algunes sentències semblen haver apuntat en aquesta línia. Així, per exemple, les SSTS 23.9.1988 [RJ 1988\6854] i de 8.5.1990 [RJ 1990\3690], relatives a la cessió de vehicle entre pare i fill o entre cosins, que justifiquen l'aplicació de l'Art. 1903 CC pel caràcter "cuasi-negocial" de la relació. Ambtot, cal reconèixer que, almenys en relació als supòsits de fet a què es referien ambdues sentències, aquesta qualificació era més aviat forçada.

⁵⁹ Així, segons els comentaris de l'Art. VI 3:201 DCFR hauria de quedar fora del marc d'aplicació del precepte el cas de la mestressa de casa que demana a un convidat de portar una safata de sopa calenta al menjador, el qual, mentre la transporta, la vessa negligentment sobre un altre convidat.

de dependència o de subordinació⁶⁰. Mentre que en la doctrina alemanya s'ha proposat un criteri que va més enllà del control directe de la conducta de l'auxiliar i es centra en la capacitat de control i supervisió del risc organitzatiu, així com la capacitat econòmica per afrontar-lo⁶¹, la doctrina i la jurisprudència angloamericanes prefereixen operar amb criteris més concrets. Entre ells, destaquen el grau de control que el principal exerceix sobre les tasques de l'auxiliar; si el principal, a més d'indicar les tasques que l'auxiliar ha de realitzar, especifica també la forma com les ha de dur a terme; si el material, l'instrumental, les eines o les instal·lacions amb què l'auxiliar ha de desenvolupar l'activitat les proporciona el principal o les aporta el propi auxiliar; si el tipus de tasca que realitza l'auxiliar forma part de l'activitat professional, comercial o empresarial habitual del principal; si el tipus de tasca està subjecta habitualment a la direcció del principal o si, en canvi, es realitza sense la seva supervisió; si l'auxiliar es dedica habitualment a l'activitat encomanada, i si ho fa per compte propi o aliè; les habilitats requerides a l'auxiliar; el tipus de relació existent entre principal i auxiliar, el seu contingut i la seva durada; en el cas que la relació tingui naturalesa contractual, de quin tipus de contracte es tracta; si l'auxiliar rep una retribució i si aquesta es presta per activitat realitzada o per temps treballat; si les aportacions a la Seguretat Social i d'altres pagaments a l'administració les duu a terme el principal o l'auxiliar; etc⁶².

2.2 Responsabilitat pels fets dels treballadors cedits

Una qüestió problemàtica que es planteja en diferents ordenaments jurídics és la relativa a la responsabilitat pels fets dels treballadors cedits entre empreses, és a dir, d'aquells treballadors que el seu empresari subcontracta o cedeix temporalment a un altre, per tal que realitzin una determinada tasca, o perquè li donin suport puntual en un moment d'intensitat de feina (els anomenats "borrowed employees" o "casual employees" en el dret angloamericà)⁶³. Quan el treballador cedit causa danys negligentment a un tercer, cal decidir quin dels dos empresaris —si el cedent o el cedit— té la condició de principal als efectes de considerar-lo responsable vicari enfront de la víctima.

⁶⁰ Sobre les dificultats de trobar criteris clars per establir en quins casos existeix control per part del principal, així com de possibles alternatives, Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., pp. 60 i ss.

⁶¹ Van Dam, *European Tort Law*, cit., num. 1607, p. 460.

⁶² Així, American Law Institute, *Restatement of the Law of Third. Agency*, vol. 2, cit., Comm. f) a l'Art. 7.07, p. 211. En general, Dobbs, *The Law of Torts*. Vol. 2, cit., p. 917. En el dret anglès, Rogers, *Winfield & Jollowicz On Tort*, 16th., cit., p. 711.

⁶³ Sobre aquesta qüestió, es pot veure, en general, Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., pp. 81-100.

Un dels exemples típics —no només al nostre país— es refereix als treballadors portuaris que desenvolupen la seva activitat en empreses estibadores i que són cedits d'una empresa a l'altra⁶⁴. En molts casos, els treballadors són contractats per una empresa, que és qui gestiona la seva cessió temporal a les empreses que executen directament les tasques d'estiba i desestiba dels contenidors. La realització negligent d'aquestes operacions pel treballador cedit causa danys a les mercaderies transportades i el seu titular —o, en ocasions, l'asseguradora que cobria els riscos del transport— reclama la indemnització dels danys i perjudicis.

Amb bon criteri, quan el Tribunal Suprem espanyol examina aquests casos amb la voluntat d'establir quina de les dues empreses —si cedent o cedida— tenia la condició de principal d'acord amb l'Art. 1903.IV CC, intenta discernir quina d'elles exercia la direcció i el control reals sobre l'activitat del treballador. Com diu la STS 9.7.2001 [RJ 2001\5001] “la jurisprudencia de esta Sala ha declarado uniforme y reiteradamente, que la empresa responda en virtud de lo dispuesto en el art. 1903, párrafo 4º, Cód. Civ., del daño causado a terceros por sus trabajadoras en virtud de una culpa «in vigilando» o «in eligendo», siempre que el trabajador esté sometido a las órdenes, o instrucciones de dicha empresa, o vigilancia de su actividad laboral, y que tal responsabilidad es directa, no subsidiaria de la del trabajador”. En la majoria d'ocasions, això porta a fer respondre l'empresa cedida⁶⁵, amb l'argument que la cedent “carecía de las facultades de dirección y control de la actividad a desempeñar por el trabajador” (STS 9.7.2001). En d'altres sentències, però, el Tribunal ha preferit la condemna solidària dels dos empresaris, com en el cas de la STS 28.2.1983 [RJ 1983\1083] en la que, juntament amb la responsabilitat per culpa *in vigilando* de l'empresari cedit, s'aprecià la culpa *in eligendo* de l'empresari cedent per no haver seleccionat diligentment el treballador que havia de realitzar la tasca o servei per l'altre empresari. L'esmentada STS 9.7.2001 detalla les infraccions que podrien determinar la responsabilitat de l'empresa cedent, en el cas que no exercís tasques de direcció i vigilància sobre el treballador:

⁶⁴ Vegeu, entre d'altres, SSTS 28.2.1983 [RJ 1983\1083]; 20.5.1986 [RJ 1986\2772]. En el dret anglès, un dels *leading cases* en matèria de treballadors cedits també es refereix als danys causats per treballadors d'empreses estibadores portuàries que són temporalment cedits a d'altres empreses, on desenvolupen el mateix tipus de tasca que realitzaven a l'empresa cedent. Així, per exemple, *Mersey Docks and Harbour Board v. Coggins and Griffith (Liverpool) Ltd.* [1947] A. C. 1.

⁶⁵ Solució que es troba, per exemple, en les SSTS 28.2.1983 [RJ 1983\1083]; 20.5.1986 [RJ 1986\2772]; 12.12.1988 [RJ 1988\9427]; STS 9.7.2001 [RJ 2001\5001]. En la doctrina, defensa aquesta posició Pedro Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario*, Pamplona, Aranzadi, 1995, p. 315.

“la responsabilidad de Estibarna [empresa cedent] frente a Terminal de Contenedores [empresa cedida] habrá de fundarse en su incumplimiento, si lo hubo, de la obligación de formación y preparación de los trabajadores de su plantilla, que ha de cederlos instruidos a las empresas que los necesiten obligatoriamente” [...]. Sin embargo, Estibarna carecía de las facultades de dirección y control de la actividad a desempeñar por el trabajador. De acuerdo con las disposiciones legales sobre estas sociedades (...), su misión se limita, en los aspectos que aquí interesan, a proporcionar personal a las empresas estibadoras o desestibadoras que lo necesitan en el desarrollo de su actividad, que se realiza, sobre el personal susodicho, bajo la dirección y control de las mismas”.

També es va decantar per la responsabilitat solidària la STS 12.12.1988 [RJ 1988\9427], relativa al propietari d'una finca agrícola que, per a realitzar tasques de recol·lecció, va arrendar una màquina de segar propietat d'un dels demandats, conduïda per un treballador d'aquest, també demandat. Mentre es duïen a terme les tasques de recol·lecció, va saltar una guspira, que va provocar un incendi i va cremar la collita de blat de la finca veïna. La companyia asseguradora dels propietaris veïns, una vegada satisfeta la indemnització, es va subrogar en les accions dels assegurats i va interposar demanda contra el propietari de la finca que havia arrendat la màquina recol·lectora, el propietari de la màquina i contra el conductor. El Tribunal Suprem va confirmar les sentències d'instància i va condemnar a tots els demandats a respondre solidàriament pels danys i perjudicis causats. La sentència es plantejava el fonament de la responsabilitat del propietari de la finca que havia encarregat les tasques de recol·lecció, el qual al·legava que el conductor de la màquina no era auxiliar seu i que, per tant, no havia de respondre en base a l'Art. 1903.IV CC. No obstant, el Tribunal Suprem va rebutjar aquesta al·legació, en considerar que no constava “que los trabajos de recolección se verificaran con plena autonomía e independencia del dueño de la finca”, a banda del fet que també podria apreciar-se la seva responsabilitat per culpa pròpia (*ex* Art. 1902 CC), en no haver adoptat les mesures necessàries en la pròpia finca, dirigides a impedir l'extensió d'un previsible risc d'incendi”.

En el context comparat, la regla de la solidaritat entre els empresaris cedent i cedit és minoritària⁶⁶. També és molt excepcional la solució que atribueix

⁶⁶ Així ho exposa Galand-Carval *Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others*, a. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 303, que esmenta alguns estats nord-americans, Països Baixos, tot i que amb excepcions, i també en algun cas, Espanya. Per a les específiques referències nord-americanes, es pot veure Dobbs, *The Law of Torts*, pp. 930-931 i les sentències que allà s'esmenten.

automàticament la responsabilitat a l'empresari cedit⁶⁷. En canvi, el criteri dominant es decanta per examinar les circumstàncies concurrents en cada cas i atribuir la responsabilitat a aquell que exercia el poder real d'instruir i de controlar efectivament l'actuació del treballador⁶⁸. Els factors rellevants per a resoldre aquesta qüestió poden tenir naturalesa molt diversa. Així, en el dret angloamericà s'ha tingut en compte, entre d'altres, circumstàncies com ara quin dels dos empresaris retribuïa al treballador; quin retenia la facultat d'acomiar-lo; quin dels empresaris seguia realitzant les aportacions a la Seguretat Social i satisfent altres tipus de taxes o impostos; la durada del contracte amb l'empresa cedent (temporal o indefinit); la durada del servei en l'empresa cedida; el material i el tipus de maquinària utilitzada, així com si els aportaven l'empresari cedent o el cedit, etc⁶⁹. En la jurisprudència anglesa, un factor que s'ha considerat determinant es refereix a quin dels empresaris tenia la capacitat d'indicar al treballador no només les tasques havia de realitzar, sinó —de manera més específica— com les havia de dur a terme. En aquest darrer cas, no seria tant la capacitat d'instruir i controlar la tasca concreta a realitzar com, sobretot, el mètode per a donar-li compliment, l'element que determinaria la condició de principal als efectes de considerar-lo responsable vicari⁷⁰. Per a facilitar la tasca provatòria, alguns ordenaments jurídics, com l'anglès, presumeixen *iuris tantum* la responsabilitat de l'empresari cedent, llevat que aquest demostrï que va transmetre al cessionari el control efectiu sobre del treballador⁷¹.

⁶⁷ Es tracta de la solució que, excepcionalment, adopten alguns tribunals nord-americans, en l'àmbit de la responsabilitat mèdica i hospitalària, en el context de l'anomenada "doctrina del capità del vaixell" (*the captain of the ship doctrine*). D'acord amb aquesta solució, quan un ATS o metge resident contractat per un hospital és cedit a un cirurgià independent per tal que l'assisteixi en una intervenció, si el treballador negligentment danya al pacient, la responsabilitat vicària recau de forma automàtica sobre el cirurgià, en la mesura que aquest tenia la condició de "capità del vaixell" durant la intervenció; és a dir, era qui exercia el control sobre l'activitat del treballador. Aquesta doctrina ha estat criticada perquè, en operar automàticament, no valora en cada cas concret si, d'acord amb les circumstàncies concurrents, el control l'exercia efectivament el cirurgià cedit o l'hospital cedent (Dobbs, *The Law of Torts*, cit., pp. 931-932).

⁶⁸ Galand-Carval *Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 303; von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 192, p. 210. En el dret nord-americà, Comment d.(2) a l'Art. 7.03 *Restatement of the Law Third. Agency*, cit., p. 154.

⁶⁹ Entre d'altres, Comment d.(2) a l'Art. 7.03 *Restatement of the Law Third. Agency*, cit., p. 154; Dobbs, *The Law of Torts*, cit., p. 917; Rogers, *Winfield & Jolowicz On Tort*, 16th., cit., p. 711.

⁷⁰ Rogers, *Winfield & Jolowicz On Tort*, 16th., cit., p. 711, amb referències jurisprudencials.

⁷¹ Horton Rogers, *Liability for Damage Caused by Others under English Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 71. A diferència de l'anterior *Restatement (Second) of Agency* nord-americà (Com. b a l'Art. 227), que contemplava una presumpció semblant, l'actual Art. 7.03 *Restatement (Third) of Agency* (Comentari d(2)) no la contempla.

Amb tota probabilitat, el criteri més adequat és aquell que busca, en cada cas, quin dels empresaris exercia el poder real sobre el treballador cedit. Això implica valorar les circumstàncies concorrents en cada cas, sense que es pugui anticipar, *a priori*, una solució definitiva. Els factors que s'acaben d'esmentar constitueixen bons indicadors al respecte, i no han d'impedir que, si així es desprèn de la valoració feta, ambdós empresaris puguin acabar éssent considerats corresponsables solidaris. En canvi, no sembla que la pràctica jurisprudencial espanyola posi de manifest una necessitat especial que justifiqui alterar les regles generals de la prova, mitjançant una presumpció semblant a la desenvolupada per la jurisprudència anglesa.

2.3 El cas del contractista independent

La solució majoritària en el context europeu exclou la responsabilitat del comitent pels danys causats pel contractista independent⁷². La raó bàsica es troba en el fet que la relació que lliga a un i altre no genera el vincle de supra i subordinació que determina l'aplicació del règim de responsabilitat vicària entre principal i auxiliar.⁷³ Ni el contractista independent és un auxiliar del comitent, ni aquest pot ésser considerat principal si no exerceix la direcció, la instrucció o el control sobre l'actuació del contractista, malgrat que aquest pugui actuar en interès del primer.

Aquesta solució majoritària compta amb dues excepcions a Europa: els Països Baixos i Polònia. El Codi Civil holandès regula la responsabilitat pels fets del “contractista independent” (entès en sentit ampli) en dos preceptes diferents, l'un referit als qui anomena “no auxiliars” (Art. 6:171 BW), i l'altre relatiu als “representants” (Art. 6:172 BW). En el primer cas, s'estableix que si un no-auxiliar actua en el marc de l'activitat comercial d'un altre, aquest últim és responsable civil pels il·lícits comesos pel no-auxiliar en l'exercici d'aquella activitat, sempre que existeixi una connexió suficient entre l'actuació del contractista independent i els negocis o professió de qui el contractà. El comitent respon encara que provi que el no-auxiliar va incomplir les seves ordres⁷⁴. Per la seva part, l'Art. 6:172 BW disposa que el representat respon pels actes il·lícits que cometi el representant en el

⁷² Vegeu von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 200, p. 216; Galand-Carval, *Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 306. Específicament, pel dret anglès, Weir, *An Introduction to Tort Law*, 2nd, cit., p. 107.

⁷³ Olivier Moréteau, Comentaris al Art. 6:102 PETL, en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., núm. 9, p. 163.

⁷⁴ Matthias Haentjens / Edgar du Perron, *Liability for Damage Caused by Others under Dutch Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 179.

marc del poder de representació⁷⁵. En el cas de l'Art. 429 del Codi Civil de Polònia, també s'estableix la responsabilitat del comitent pels danys causats per l'actuació del contractista independent en el compliment de les tasques encomanades. El règim vigent a Polònia, però, permet al comitent exonerar-se si prova que va actuar diligentment en la selecció del contractista, o bé que havia confiat la tasca a una persona o empresa que acostuma a realitzar aquest tipus de tasques professionalment⁷⁶.

No obstant aquestes dues excepcions, sembla que excloure l'aplicació del règim de responsabilitat vicària als danys causats pel contractista independent és la posició més coherent amb els arguments que s'han desenvolupat abans en configurar el vincle de dependència. La relació entre el comitent i el contractista independent no és de subordinació, sinó d'igualtat: en complir l'encàrrec o gestió encomanada, el contractista independent pren les seves pròpies decisions i actua de manera autònoma, d'acord amb el seu propi criteri. I quan no és així, deixa de ser "independent".

L'exoneració del comitent és, també, la solució que proposen els treballs per a l'aproximació del dret europeu de la responsabilitat civil. Així, l'Art. 6:102 dels PETL conté una disposició específica que s'ocupa de la qüestió i assenyala que "el contractista independent no es considera auxiliar als efectes d'aquest article". Segons l'explicació que els comentaris donen de la regla, "semblaria injust imposar responsabilitat al demandat quan aquest no té cap tipus de control sobre l'agent que es comporta de manera il·lícita ni sobre la manera en què aquest executa els seus treballs"⁷⁷. Per la seva banda, tot i que el text de l'Art. VI.3:201 DCFR no s'hi refereix expressament, el comentari núm. 7 al precepte assenyala que "de conformitat amb els ordenaments jurídics de quasi tots els estats membres, el precepte no estableix cap responsabilitat pels (sub-)contractistes independents i els seus operaris"⁷⁸. Aquest plantejament encaixa amb la posició de la jurisprudència espanyola al respecte, que de forma reiterada rebutja fer respondre al comitent pels danys causats pel contractista independent, declarant que la responsabilitat ha de recaure exclusivament sobre el "contratista independiente, siempre que dicho contrato no sea determinante de una

⁷⁵ Haentjens / du Perron, *Liability for Damage Caused by Others under Dutch Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 180.

⁷⁶ Mirosław Nesterowicz / Ewa Baginska, *Liability for Damage Caused by Others under Polish Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 193.

⁷⁷ Olivier Moréteau, Comentaris al Art. 6:102 PETL, en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., num. 9, p. 163.

⁷⁸ von Bar / Clive (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules (DCFR)*, cit., Com. Art. VI 3:201, p. 3455.

relación de subordinación o dependencia entre la empresa promotora y la contratista” (SSTS 8.5.1999 [RJ 1999\3101]; 1.10.2008 [RJ 2009\134]).

Qüestió diferent és que el comitent pugui acabar responent amb base a d'altres possibles fonaments de la responsabilitat. Així, en alguns països, com els Estats Units o el Regne Unit, s'han desenvolupat els anomenats “deures no delegables” (*non-delegable duties*), que sorgeixen quan, en relació a determinades situacions i activitats, es considera que el comitent ha de suportar els riscos que en deriven, sense que es pugui exonerar pel simple fet d'haver designat un contractista independent per a realitzar-les, ni tampoc provant que l'havia seleccionat de forma diligent⁷⁹. Això succeeix només en relació a determinades activitats establertes en lleis especials o identificades per la jurisprudència, com és el cas de la realització d'obres públiques en carreteres; realització d'obres en una finca veïna que causen danys en l'estructura de la finca adjacent; deures que té l'ocupant d'una finca en relació a visitants legítims; danys causats amb motiu de la realització d'activitats especialment perilloses; o activitats que estan subjectes a un règim de responsabilitat objectiva⁸⁰.

Al nostre ordenament jurídic —com ocorre en l'alemany⁸¹— també s'ha admès la possibilitat de fer respondre el comitent que actua a través de contractistes independents quan es demostra la seva negligència en la selecció d'aquests darrers, o bé quan les circumstàncies del cas fan prova de l'incompliment de certs deures residuals que sempre recauen sobre el comitent en relació a la vigilància de l'actuació del contractista. Es tracta, però, d'un deure de vigilància general, que no té res a veure amb el més específic que deriva d'una eventual relació de dependència. Per aquesta raó, en aquests casos, el títol d'imputació de la responsabilitat del comitent no és el relatiu a la responsabilitat per fet aliè o a la responsabilitat vicària —falta el requisit de la relació de supra i subordinació— sinó el que deriva de la infracció del deure general de diligència de l'Art. 1902 CC. Com s'ha

⁷⁹ Rogers, *Winfield & Jolowicz On Tort*, 16th., cit., pp. 729 i ss;

⁸⁰ Per un llistat exemplificatiu (perquè molts supòsits són de creació jurisprudencial i no es tracta de grups de casos tancats), pot veure's, Alastair Mullis / Ken Oliphant, *Torts*, 3th., Hampshire-New York, 2003, pp. 351-352; John Hodgson / John Lewthwaite, *Tort Law*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 5-7; Sam Blay / Andrew Gibson / Bernardette Richards, *Torts Law in Principle*, 4th., Sydney, Thomson, 2005. Als EUA, Dobbs, *The Law of Torts*, cit., p. 920.

⁸¹ Pel dret alemany, vegeu Gerhard Wagner, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band. 5: *Schuldrecht. Besonderer Teil III*, 4. Aufl., München, Beck, 2004, Rdn. 12, p. 2007; Hein Kötz / Gerhard Wagner, *Deliktstrecht*, Neunte Aufl. Neuwied und Kriftel, Luchterhand, 2001, Rdn. 274, p. 110.

reconegut en la doctrina espanyola⁸² i en la jurisprudència recent del propi Tribunal Suprem⁸³, fora del sistema de responsabilitat per fet aliè, existeixen certs deures de diligència dels quals no es pot sostreure qui encarrega una gestió a un altre, encara que no existeixi relació de dependència. El seu compliment forma part del deure general de diligència previst en l'Art. 1902 CC. Justament per aquesta raó, quan el comitent respon amb base en aquest fonament, la seva responsabilitat és per fet propi, i no pas perquè se li traslladi o "comuniqui" una responsabilitat basada en la conducta negligent del contractista, que és el tret que defineix la responsabilitat vicària.

3. L'actuació dins l'àmbit de les funcions encomanades

3.1 El criteri general

Un requisit comú als règims de responsabilitat vicària és que l'actuació de l'auxiliar es dugui a terme "en l'exercici de les funcions" (Art. 6:102 PETL) o "en el curs del treball o del vincle" (Art. VI 3:201 DCFR)⁸⁴. Segons explica el *Restatement (Third) of Agency* nord-americà, aquest requisit es justifica pel fet que quan l'auxiliar actua fora de l'exercici de les funcions, el principal no pot controlar la seva actuació i, per tant, imposar-li responsabilitat no li generaria cap incentiu per adoptar mesures de prevenció del dany⁸⁵.

La principal dificultat d'aquest requisit rau en el grau de connexió que ha d'existir entre la conducta de l'auxiliar i les tasques assignades⁸⁶. Segons van Gerven, aquesta qüestió es pot resoldre des de tres perspectives possibles.

⁸² José M^a Miquel González, *Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente*, ADC 1983/III, pp. 1506 i ss; Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, cit., p. 239; Miquel Martín-Casals / Josep Solé Feliu, *Comentario a la STS de 18 de julio de 2005 (RJ 2005, 9251)*, a CCJC Octubre/Desembre 2006, núm. 72, pp. 1275 i ss.

⁸³ SSTS 18.7.2005 [RJ 2005\9251]; 3.4.2006 [RJ 2006\1871]; 1.10.2008 [RJ 2009\134].

⁸⁴ Les expressions en els drets nacionals són diverses. Així, per exemple, l'Art. 1384(5) *Code Civil* usa l'expressió "dans les fonctions auxquelles ils les ont employés" (idèntica expressió que utilitza l'Art. 1386(10) del recent Projecte de reforma); el § 831(1) BGB es refereix a "in Ausführung des Verrichtung" ("en l'execució de l'activitat"); la jurisprudència i la doctrina angleses requereixen que el dany sigui causat "in the course of employment" (Horton Rogers, *Liability for Damage Caused by Others under English Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 69), mentre que a Itàlia, l'Art. 2049 *Codice* parla de qui ocasiona danys a un altre "nell'esercizio delle incombenze a cui sono adibiti".

⁸⁵ American Law Institute, *Restatement (Third) of Agency*, Comment b) a l'Art. 7.07, cit., p. 200.

⁸⁶ van Gerven / Lever / Larouche, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, cit., p. 531.

La primera d'elles és la més estricta i considera que l'auxiliar actua fora de les funcions encomanades (en conseqüència, el principal no respon) des del mateix moment en què duu a terme alguna actuació prohibida pel principal o actua en contra dels seus interessos. És probable que aquesta perspectiva, que constitueix un bon punt de partida per afrontar la qüestió, sigui massa limitada en la pràctica, com ho prova el fet que tots els ordenaments jurídics hagin adoptat enfocaments més amplis, que els porten a declarar la responsabilitat del principal per actes que els auxiliars realitzen en contra dels seus interessos o en infracció d'alguna de les prohibicions que els han estat imposades.

Un segon model, seguit per ordenaments com Anglaterra, Alemanya o Suïssa, considera que l'element determinant de la responsabilitat del principal es troba en l'actuació dins l'àmbit objectiu de les funcions. A diferència de l'enfocament anterior, aquesta actuació no només té lloc quan l'auxiliar aconsegueix les tasques expressament assenyalades pel principal o quan actua en interès d'aquest, sinó també quan, per exemple, executa les tasques encomanades de forma inapropiada (perquè no segueix estrictament les instruccions que se li han donat⁸⁷), quan incompleix alguna prohibició, o quan la seva actuació perjudica els interessos del principal⁸⁸. En aquest sentit, s'afirma que complir malament una tasca, o complir-la de forma contrària a les indicacions del principal és també una forma d'executar les tasques assignades⁸⁹.

Certament, aquestes orientacions són molt genèriques, i un dels principals inconvenients d'aquest segon grup d'ordenaments rau en les dificultats per delimitar l'abast de l'actuació “en l'àmbit de les funcions encomanades”.

⁸⁷ Com pot ser el cas, per exemple, del conductor d'un camió de transport que segueix una ruta diferent d'aquella que li ha estat indicada o autoritzada pel principal.

⁸⁸ En el cas anglès *Century Insurance Co. Ltd. v. Northern Ireland Road Transport Board* ([1942] A.C. 509, el conductor d'un camió de transport de petroli estava descarregant el seu contingut en un tanc que es trobava al garatge del demandant. En un moment durant l'operació de descàrrega va encendre una cigarreta i va llençar el llumí a terra, provocant una explosió que va danyar les instal·lacions del demandant. La House of Lords va entendre que el treballador actuava en el marc de les funcions encomanades i va apreciar la responsabilitat vicària de l'empresari (Rogers, *Winfield & Jolowicz On Tort*, 16th., cit., p. 715; van Gerven / Lever / Larouche, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, cit., p. 532).

⁸⁹ El comentari c) a l'Art. 7.07 *Restatement (Third) of Agency* nord-americà, il·lustra bé aquesta posició: “La conducta d'un auxiliar es troba dins l'àmbit de les funcions que constitueix el compliment de la tasca assignada pel principal. El fet que l'auxiliar desenvolupi la tasca negligentment no permet considerar la conducta de l'auxiliar fora de l'àmbit de les funcions, ni tampoc el fet que l'auxiliar cometi un error en desenvolupar la tasca. Semblantment, l'actuació no cau fora de l'àmbit de les funcions simplement perquè un auxiliar no segueixi les instruccions del principal” (*American Law Institute, Restatement of the Law Third. Agency*, cit., Comm. c), Art. 7.07, p. 203).

Així, d'una banda, aquests sistemes consideren que haurien d'entrar “dins l'àmbit de les funcions” aquells danys que són la manifestació típica de riscos “suficientment inherents” o “característics” de l'activitat de l'empresari, encara que l'auxiliar hagi contravingut alguna de les indicacions rebudes⁹⁰. D'una altra banda, però, solen excloure la responsabilitat del principal en els casos d'actuació de l'auxiliar “en ocasió de les funcions encomanades”, en considerar que la connexió entre l'actuació de l'auxiliar i les tasques assignades és massa distant (*ausserer Zusammenhang*)⁹¹.

L'actuació “en ocasió de les funcions” és, precisament, el factor que diferencia aquest segon grup d'ordenaments d'aquells que integren el tercer model, molt més flexible, del qual formen part França, Itàlia o Espanya. Aquests ordenaments consideren que per fer respondre el principal pot ésser suficient l'existència d'una simple connexió objectiva entre l'auxiliar i la tasca encomanada. En conseqüència, no exclouen la responsabilitat del principal quan l'auxiliar actua fora de les estrictes funcions encomanades, però “en ocasió d'aquestes”⁹². Per aquesta raó, la responsabilitat del principal no ha de quedar exclosa pel simple fet que l'actuació de l'auxiliar hagi tingut lloc fora de l'horari de treball, fora de les instal·lacions del principal, o bé pel fet de desobeir una ordre o una prohibició del principal, etc.⁹³ En particular, la pròpia jurisprudència espanyola ofereix un ventall de casos en que, produint-se l'actuació de l'auxiliar fora de l'horari de treball i desobeint ordres del principal, s'aprecia la responsabilitat d'aquest, i a la inversa⁹⁴. Entre d'altres i, en relació amb l'Art. 1903.IV CC, la STS 14.5.2010 [RJ 2010\3493] ha declarat

⁹⁰ Rogers, *Winfield & Jolowicz On Tort*, 16th., cit., p. 712.

⁹¹ Així, per exemple, en un cas suís, el treballador d'un pintor que havia estat contractat per pintar la cuina d'una casa va abusar sexualment de la criada domèstica que hi treballava. El tribunal suís va exonerar el principal en considerar que l'auxiliar havia actuat, no en execució de les funcions encomanades, sinó sols “en ocasió” d'aquelles, i que això quedava fora del règim de responsabilitat del principal per fets dels auxiliars (vegeu, Widmer, *Liability for Damage Caused by Others under Swiss Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 270). Vegeu, també, el comentari b) a l'Art. 7.07 *Restatement (Third) of Agency* (American Law Institute, *Restatement of The Law Third. Agency*, cit., Comm. b) Art. 7.07, pp. 202-203).

⁹² Per França, vegi's van Dam, *European Tort Law*, cit., n. 1607, p. 462; Galand-Carval, *Liability for Damage Caused by Others under French Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 94. Respecte d'Espanya, Martín-Casals/Solé Feliu, *Liability for Damage Caused by Others under Spanish Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 243.

⁹³ Pel dret espanyol, Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil, contractual y extracontractual*, cit., pp. 271-272. Pel dret francès, Viney / Jourdain, *Les conditions de la responsabilité*, a Ghestin (Dir.), *Traité de Droit Civil*, 3ème., cit., n. 799 i ss, pp. 995 i ss.

⁹⁴ Una anàlisi exhaustiva de la casuística jurisprudencial es pot veure a Zelaya Etchegaray, *La responsabilidad civil del empresario*, cit., p. 439 a 552. Tot i que la monografia és publicada l'any 1995, encara és de gran utilitat per a identificar els grups de casos i la seva problemàtica.

que “los daños susceptibles de generar una responsabilidad civil no se han de producir necesariamente dentro del ámbito espacial concreto y delimitado del empleador, sino también en lugares donde se proyecten los deberes de vigilancia y atención”.

De fet, en relació amb aquesta darrera qüestió s'ha produït una evolució d'aquells ordenaments originàriament més restrictius cap a posicions més flexibles. Als Estats Units, per exemple, mentre que el *Restatement (Second) of Agency* limitava la responsabilitat del principal als casos en què la conducta de l'auxiliar “tenia lloc bàsicament en l'horari autoritzat i dins dels límits espaials” (antic Art. 228(1)(b)), l'actual Art. 7.08 del nou *Restatement (Third)* reconeix que “un auxiliar pot actuar dins l'àmbit de les funcions encomanades tot i desenvolupar la seva activitat fora de l'horari de treball o gestionar els afers del principal en un lloc diferent de les instal·lacions de l'empresa”, amb l'argument que es tracta del criteri que millor respon a les circumstàncies en què molts auxiliars desenvolupen actualment la seva activitat professional⁹⁵.

En darrer terme, sembla clar que la responsabilitat del principal s'ha d'excloure en tots aquells casos en què l'actuació danyosa de l'auxiliar té lloc en un context estrictament personal o amb finalitats exclusivament particulars: allò que faci un auxiliar en el marc de la seva vida personal o familiar no ha d'afectar aquells que, en un context diferent com el professional o l'empresarial, actuen com a principals seus⁹⁶. Per aquesta raó, la STS 6.5.2009 [R] 2009\2914] va excloure la responsabilitat de Telefònica pels danys causats per un empleat amb el cotxe de la companyia, mentre transportava la seva família amb finalitats particulars, fora de les hores de treball i amb plena desvinculació de les funcions que desenvolupava en l'empresa⁹⁷. La mateixa idea pot explicar el resultat exoneratori a què va arribar la STS 10.10.2007 [R] 2007\6813], en relació als danys causats per l'agressió d'un jugador de bàsquet del “Club de

⁹⁵ American Law Institute, *Restatement of the Law Third. Agency*, vol. 2, cit., Art. 7.07, comm. b, p. 201.

⁹⁶ Així, von Bar, *The Common european Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 202, p. 218.

⁹⁷ De forma encertada, el Tribunal Suprem assenyalava que “el conductor accidentado utilizaba el vehículo de su propiedad para uso particular, fuera de las horas de trabajo, contraviniendo la prohibición que le imponía la empresa”, per la qual cosa la seva actuació constituïa “un acto individual completamente desvinculado de la Empresa con la que estaba ligado laboralmente, desde la idea de que toda responsabilidad ha de conectarse con el servicio asignado al autor directo y que la conducta negligente del empleado se debe producir en el ámbito propio de la actividad empresarial quedando fuera de la misma los supuestos en que los comportamientos o conductas del agente se sitúan de manera totalmente ajena a la relación que lo liga con el principal, pues el hilo de la dependencia personal no puede justificar un vínculo de responsabilidad si los actos del sujeto no guardan conexión alguna con la función o servicio encomendado”.

Baloncesto Breogán” al porter d'un hotel, en el qual s'havia allotjat el jugador juntament amb la resta de l'equip. L'agressió es va produir quan, després d'haver-se disputat el partit, el jugador abandonava l'hotel amb un taxi al marge de l'estructura organitzativa del club. Seguint les indicacions del cap de recepció de l'hotel, el porter es va dirigir al taxista per a demanar-li que no marxés, atès que el jugador tenia pendent l'abonament de la factura del telèfon de l'habitació. En aquest precís moment, el jugador li va clavar dos cops de puny i el va colpejar amb una pedra al cap. Interposada demanda de responsabilitat civil contra el jugador i el club de bàsquet, el Jutjat de Primera Instància i l'Audiència Provincial varen condemnar-los solidàriament a indemnitzar el demandant, el primer per culpa pròpia (Art. 1902 CC) i el segon per la regla de l'Art. 1903.IV CC. Interposat recurs de cassació pel club esportiu, el Tribunal Suprem va cassar la sentència d'instància i va absoldre el club. En opinió del Tribunal, l'actuació del jugador s'havia desenvolupat fora del marc de les funcions per les quals fou contractat. Després de reconèixer que la vinculació professional d'un esportista amb el seu club pot anar més enllà de l'exercici estricte de l'activitat esportiva, abastant aspectes tals com “el lloc de residència o d'estada, o la forma de trasllat als diferents llocs on es duen a terme els esdeveniments esportius”, el Tribunal Suprem descarta que aquesta vinculació es donés en el cas concret, atès que l'actuació danyosa es va produir en el moment en què el jugador “abandonaba el hotel (...) en un taxi, solo, y sin que conste que el traslado se realizaba en el marco de la organización y bajo la supervisión del Club”. En particular, l'Alt Tribunal declara que “a los efectos de la responsabilidad civil por hecho ajeno, la referencia al sometimiento a la disciplina del Club ha de entenderse com la sumisión a la organización de la entidad, a las órdenes y a las directrices impartidas en el desarrollo de la actividad que le es propia y para la mejor consecución de los fines anudados a la misma; quedan fuera, por tanto, los comportamientos o conductas del agente que se realizan con total independencia de la estructura organizativa del Club, al margen del ámbito de organización, de decisión y, subsiguientemente, de control del mismo, y con absoluta desconexión con sus actividades, o con las funciones encomendadas a su dependiente”.

3.2 La responsabilitat del principal pels danys causats per actes intencionals i conductes delictives dels auxiliars

El cas dels danys causats de forma intencional o mitjançant una conducta constitutiva de delicte o falta constitueix una de les pedres de toc de l'abast del requisit relatiu a l'àmbit de les funcions encomanades als diferents ordenaments jurídics.

L'enfocament francès considera aplicable, d'entrada, la regla de l'Art. 1384(5) *Code Civil*, i admet la responsabilitat del principal pels delictes comesos pels seus auxiliars. Així, per exemple, en la sentència de la *Cour de cassation* (civ) 2, 22 May 1995, es plantejava el cas d'una demanda interposada contra una empresa de neteja que fou contractada per efectuar tasques de neteja en una joieria. L'empresa prestava els seus serveis a través d'un auxiliar el qual, mentre executava les tasques encomanades, va robar diversos objectes de la joieria. La *Cour de cassation* va admetre la responsabilitat del principal, tot declarant que “no actua fora de les seves funcions l'auxiliar d'una empresa de neteja que comet un robatori en els locals d'una joieria que l'empresa havia rebut l'encàrrec de netejar, en la mesura que ha actuat en el lloc on es desenvolupava el seu treball, durant el temps i en ocasió d'aquell”. Al dret espanyol, seria més que probable l'aplicació del règim de responsabilitat objectiva i subsidiària del principal pels fets constitutius de delictes o falta comesos pels seus dependents (Art. 120.4 CP), que la jurisprudència interpreta de manera àmplia. Tal i com ja assenyalava la STS, 2^a, 13.10.1993 [RJ 1993\7377], el règim de responsabilitat civil del principal en el Codi Penal s'interpreta per la jurisprudència “de forma cada vez más abierta y flexible”, considerant responsable al titular d'una “empresa o titular de un negocio o de cualquier actividad, objeto o asunto, cuando alguien, en cierto modo dependiente y actuando en el ámbito de tal actividad u objeto, aun con extralimitaciones, comete una infracción penal productora de un daño que ha de repararse”. Més enllà de les conductes constitutives de delictes, la STS 14.5.2010 [RJ 2010\3494] reconeix que la conducta intencional d'un auxiliar no exclou automàticament la responsabilitat del principal.

Enfront d'aquest plantejament, d'altres ordenaments jurídics, com l'anglès o l'alemany, adopten una perspectiva restrictiva. D'entrada, aquests ordenaments rebutgen que l'actuació dolosa o constitutiva de delictes d'un auxiliar caigui dins l'àmbit de les funcions encomanades. Així, en la sentència *Heasmans v. Clarity Cleaning*⁹⁸, el treballador d'una empresa de neteja contractada pel demandant, havia utilitzat el telèfon d'aquest per fer trucades de llarga distància i parlar així amb els seus amics. El demandant va interposar demanda de responsabilitat civil contra l'empresa de neteja, però el tribunal va rebutjar la seva responsabilitat vicària en considerar que, tot i que el treballador havia actuat dins del seu horari laboral, ho havia fet en interès personal seu⁹⁹.

⁹⁸ [1987] IRLR 286 (sentència citada per Weir, *An Introduction to Tort Law*, 2nd., cit., p. 109).

⁹⁹ Com assenyala Weir, el resultat del cas podria haver estat diferent si les trucades s'haguessin fet a l'empresa principal, amb l'objectiu de demandar més materials de neteja. La intenció de l'auxiliar és, doncs, rellevant per a resoldre la qüestió (Weir, *An Introduction to Tort Law*, 2nd., cit., pp. 109-110).

Malgrat aquest plantejament restrictiu d'origen, la jurisprudència d'aquests països s'ha vist obligada a admetre una sèrie d'excepcions i anar adoptant posicions més flexibles. Així, la sentència anglesa *Morris v. CW Martin & Sons Ltd.*¹⁰⁰ considera que una d'aquestes excepcions es dona en aquells casos en què el principal confia a l'auxiliar la conservació i custòdia de les coses que han estat objecte de robatori per l'auxiliar. En una línia similar, els tribunals anglesos també declaren la responsabilitat vicària dels titulars de centres d'internament de menors pels abusos sexuals comesos per treballadors del centre sobre els menors interns. L'argument fonamental el constitueix el fet que el titular del centre havia confiat la cura i les atencions dels menors al treballador i que, en virtut d'aquesta posició, el treballador podia influir sobre els menors en benefici propi. Segons l'extinta *House of Lords* anglesa, aquesta circumstància permet apreciar una connexió suficientment estreta entre l'àmbit de les funcions encomanades i els actes dels auxiliars com per atribuir la responsabilitat al principal (entre d'altres, es pot veure, *Lister v. Hesley Hall Ltd.* [2001])¹⁰¹. Per la seva banda, el BGH alemany també ha entès que el delictes de l'auxiliar únicament es pot entendre comès en exercici de les seves funcions si el principal l'havia instruït específicament per adoptar el comportament contrari al que va desplegar o l'havia advertit contra la comissió del delictes¹⁰².

És probable que aquesta qüestió no tingui una resposta única i que, com en epígrafs anteriors, la solució depengui de les circumstàncies concurrents en cada cas. Els mateixos treballs europeus relatius al dret de la responsabilitat civil són prudents i eviten donar una resposta concloent, sense excloure, d'entrada, la responsabilitat pel simple fet que el dany l'hagi causat un acte intencional de l'auxiliar. Així, els comentaris a l'Art. 6:102 PETL consideren que el mal us del lloc de treball no és una raó que, per sí sola, faci caure l'actuació fora de l'àmbit de les funcions “per molt que en alguns casos això pugui constituir una actuació penalment rellevant”. Al mateix temps, assenyalen que “quan existeix autorització per part del principal, se li pot imposar responsabilitat, fins i tot si l'activitat queda fora de l'exercici de les seves funcions”¹⁰³. Per la seva banda, el DCFR també considera que “el dany causat intencionalment pels auxiliars es troba, en principi, inclòs en la responsabilitat” del principal, i que “el dany únicament es troba fora del context de l'atribució de responsabilitat (és a dir, únicament no es realitza

¹⁰⁰ [1966] 1 Q.B. 716.

¹⁰¹ [2001] UKHL 22, [2002] 1 A.C. 215. Sobre aquesta jurisprudència, es pot veure l'anàlisi de Peter Cane, *Vicarious Liability for Sexual Abuse*, (2000) 116 L. Q. R. 21.

¹⁰² Per les referències angleses i alemanyes, vegi's van Gerven / Lever / Larouche, *Cases, Materials and Text on National, Supranational and International Tort Law*, cit., pp. 433-434.

¹⁰³ European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., p. 162.

en l'exercici de les funcions), quan l'auxiliar persegueix interessos totalment personals en ocasió d'aquelles”¹⁰⁴.

Sembla, doncs, una solució plausible no excloure d'entrada una eventual responsabilitat del principal pel simple fet que el dany l'hagi causat la conducta intencional o una constitutiva de delictes o falta per part de l'auxiliar. Caldrà aleshores analitzar les circumstàncies del cas i valorar si els factors que concorren permeten atribuir la responsabilitat al principal o si, pel contrari, porten a la conclusió que l'actuació de l'auxiliar s'ha produït fora i amb total desvinculació de l'àmbit de les funcions encomanades. Alguns d'aquest factors —que no són exclusius ni excoents— s'han assenyalat abans, amb motiu de l'explicació de les excepcions a què arriba la jurisprudència anglesa. D'altres es poden trobar en l'esmentada proposta de reforma del dret francès de la responsabilitat civil o en la pròpia jurisprudència espanyola.

Així, pot ser rellevant valorar en quina mesura la tasca encomanada o les instruccions donades pel principal han facilitat o incrementat la probabilitat que l'auxiliar causi el dany o cometi el delictes causant del dany¹⁰⁵, com en el cas de la sentència anglesa *Mattis v. Pollock*¹⁰⁶: després d'una disputa violenta amb un client, el porter i vigilant de seguretat d'un conegut nightclub de Londres (el Flamingo) va anar a casa seva i va tornar al club amb un ganivet, amb el qual va apunyalat un altre client que es trobava al carrer, en una zona pròxima al local. La víctima va interposar demanda contra el club i el tribunal va considerar que, en la mesura que el porter havia actuat “in the course of his employment”, això generava la responsabilitat vicària del club. Segons el raonament del tribunal, quan hom espera que un auxiliar actuï amb violència en l'exercici de les seves funcions, s'incrementa la probabilitat que un acte violent entri dins l'àmbit d'aquestes funcions. En el cas, el propietari del nightclub havia contractat el porter amb l'objectiu de mantenir l'ordre en el local, i l'havia estimulat a complir les seves obligacions “de forma agressiva i intimidatòria”, per la qual cosa es va considerar que existia una relació de proximitat suficient entre l'acte del porter i les funcions que li havien estat encomanades¹⁰⁷.

Un altre factor rellevant es troba en l'existència d'un deure especial de custòdia, protecció o conservació sobre els béns jurídics lesionats, que

¹⁰⁴ von Bar / Clive (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules (DCFR)*, cit., Com. Art. VI 3:201, p. 3457.

¹⁰⁵ En aquest sentit, Martín-Casals, “La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)”, a Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., p. 511; von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 204, pp. 219 i ss.

¹⁰⁶ [2003] EWCA 887, [2003] 1 WLR 2158.

¹⁰⁷ Un bon resum del cas es pot veure a Hodgson / Lewthwate, *Tort Law*, cit., pp. 17-18.

el principal havia traslladat a l'auxiliar. Així succeeix en el cas francès de l'empresa que realitza tasques de neteja en una joieria, respecte dels objectes de valor que es troben en la joieria, o bé el cas de les institucions angleses de protecció de menors, en relació als menors interns als seus centres.

L'existència d'una autorització per part del principal pot ser, també, un criteri que permeti atribuir la responsabilitat al principal si havia autoritzat a l'auxiliar a actuar fora de les funcions¹⁰⁸. I, a la inversa, l'actuació de l'auxiliar fora de l'àmbit de les funcions sense autorització del principal serà un factor que ha d'impedir traslladar-li la responsabilitat¹⁰⁹, llevat que alguna altra circumstància (com podria ser, per exemple, la doctrina de l'aparença) permetés atribuir-li la responsabilitat.

Finalment, l'aparença fraudulent d'actuar dins l'àmbit de les funcions encomanades per un principal juga també un paper rellevant en diversos ordenaments jurídics¹¹⁰. D'acord amb aquest factor, quan l'auxiliar crea de manera fraudulenta la falsa aparença que actua en exercici de les funcions encomanades per un principal, i tercers de bona fe confien en aquesta aparença, aquell que apareixia com a principal podrà ser considerat responsable enfront dels tercers pels danys que causi l'auxiliar. En realitat, la doctrina de l'aparença és un factor important que ha estat utilitzat en casos d'atribució de responsabilitat a entitats bancàries o empreses pels danys derivats de delictes comesos per empleats que falsifiquen documents, s'apropien de fons que pertanyen a clients, cometen estafes o, en general, destinen els diners dels clients a finalitats particulars¹¹¹. En tots aquests casos, però, la creació de l'aparença ha de venir complementada pel principi

¹⁰⁸ En aquest sentit, per exemple, Moreteau, *Comentarios al Art. 6:102 PETL*, a *European Group on Tort Law, Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., num. 4, p. 162.

¹⁰⁹ Solució recollida en el text de l'Art. 1386-10 de la Proposta francesa de reforma del dret de la responsabilitat civil (*Proposition de Loi portant réforme de la responsabilité civile*, présentée par M. Laurent Bêteille (Sénateur). Enregistré à la Présidence du Sénat le 9 juillet 2010, p. 11).

¹¹⁰ Per a les referències comparades, es pot veure, *Galand-Carval, Liability for Damage Caused by Others under French Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 303. Al dret nord-americà, el *Restatement of the Law Third. Agency*, conté una disposició específica establint la responsabilitat vicària del principal pels danys causats a tercers per un auxiliar que actua, "en aparença", dins l'àmbit de les funcions. Així, l'Art. 7.08, disposa que "un principal està subjecte a responsabilitat vicària per un il·lícit comès per un agent en les transaccions i comunicacions amb tercers per compte o suposadament per compte del principal, quan les accions realitzades per l'agent amb autorització aparent constitueixen l'il·lícit o permeten a l'agent encobrir la seva comissió" (*American Law Institute, Restatement of the Law Third. Agency*, cit., Art. 7.08, pp. 221 i ss.).

¹¹¹ von Bar, *The Common European Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 204, pp. 210-221. En la jurisprudència espanyola, en aquest mateix sentit, poden veure's, entre d'altres, les SSTS, 2ª, 21.11.1991 [RJ 1991\8442]; 2ª, 12.5.1992 [RJ 1992\3869].

de bona fe en la víctima. D'aquesta forma, no es pot emparar en la situació d'aparença aquella víctima que hagués pogut conèixer raonablement que l'agent actuava fora i amb total desvinculació de les funcions encomanades (STS 6.3.2007 [RJ 2007\1828])¹¹². I al contrari, l'aparença creada per l'auxiliar pot portar a la responsabilitat del principal en aquells casos en què el “tercero confía en la formalidad y en la reputación negocial de aquél con quien contrata, y espera razonablemente que éste sea responsable de la normal ejecución de lo pactado, bien lo realice personalmente o por medio de sus auxiliares” (SSTS 22.6.1989 [RJ 1989\4776]; 1.3.1990 [RJ 1990\1656]; 15.7.2008 [RJ 2008\4479]).

4. La culpa de l'auxiliar

Tot i que el règim de responsabilitat vicària comporta l'absència de culpa en la conducta del principal, el règim no es desvincula totalment de la culpa, en la mesura que el demandant ha de seguir provant la culpa en la conducta de l'auxiliar causant directe del dany. Des d'aquest punt de vista, es pot afirmar que el principal segueix responent per una conducta culposa, que no és la seva, sinó la del seu auxiliar. Dit d'altra forma: la culpa de l'auxiliar es “comunica” al principal i en determina la responsabilitat. Així, per exemple, l'Art. 6:102(1) PETL disposa la responsabilitat del principal en la mesura que els seus auxiliars “hagin violat l'estàndard de conducta exigible”. En la mateixa línia, l'Art. VI 3:201(1) DCFR també permet

¹¹² En aquesta sentència, relativa a la signatura de conformitat d'uns xecs per part del director d'una sucursal bancària contra un compte corrent sense fons, els xecs havien estat lliurats pel propi director de la sucursal per a garantir un préstec personal que li havia fet el demandant. El titular del compte corrent sense fons era el propi director que havia signat la conformitat. Tant bon punt l'entitat bancària va tenir coneixement del frau, va informar-ne al demandant, motiu pel qual el TS considera que no procedeix declarar la responsabilitat de l'entitat bancària pel fet del seu auxiliar, en la mesura que el banc havia advertit al demandant que la signatura de conformitat no era acceptada i que el director s'havia extralimitat en les seves funcions. En opinió de l'Alt Tribunal, “debe considerarse que el Banco actuó con la diligencia exigible al supervisar la conducta de su empleado e impidió, así, que se produjeran daños derivados de la actuación bancaria aparente, quedando en consecuencia, limitado a las relaciones privadas entre prestamista y prstatario”. És el cas, també, de la STS, 2ª, 28.4.1969 [RJ 1969\2457], relativa al delicte d'estafa comès pel treballador d'una companyia que havia cobrat en benefici propi un xec emès per un client del seu principal. Segons el Tribunal Suprem, el treballador s'havia extralimitat en les seves funcions, però el principal no fou considerat responsable perquè la víctima havia pogut conèixer de bona fe l'extralimitació. En opinió del Tribunal Suprem, la víctima “no puede ampararse en una situación de apariencia jurídica, asegurando creer de buena fe, que el delincuente obraba como servidor de la empresa a que estaba ligado”. El mateix criteri segueix el *Restatement of the Law Third. Agency* nord-americà (American Law Institute, *Restatement of the Law Third. Agency*, cit., Art. 7.08, Comm. b), p. 225), segon el qual “si el tercer coneix o podia haver conegut que un agent actuava sense autoritat per dur a terme una determinada actuació, l'agent no actua amb “autoritat aparent”.

estendre la responsabilitat al principal quan l'auxiliar ha causat el dany “intencionalment o negligentment”, tot i que l'abast de la regla del DCFR és més ampli, en la mesura que la responsabilitat del principal s'estén també als casos en què l'auxiliar “sigui imputable d'altra forma per haver causat el dany”.

La necessitat de provar la culpa de l'auxiliar com a pressupòsit del règim de responsabilitat vicària planteja diverses qüestions, algunes de les quals són ben conegudes per la jurisprudència i la doctrina espanyoles que s'han ocupat de l'Art. 1903.IV CC.

4.1 Cal identificar el concret auxiliar que ha causat el dany?

La resposta que sembla més convenient és la que afirma que no cal identificar el concret auxiliar que ha causat el dany, sinó que és suficient provar que algun dels auxiliars, amb la seva actuació culposa, ha causat el dany, encara que no es pugui identificar quin d'ells ha estat. Aquesta solució coincideix amb la posició dominant en la major part d'ordenaments jurídics del nostre entorn¹¹³, i és la que adopta el propi Tribunal Suprem espanyol en la seva jurisprudència recent. Així, en les SSTS 9.6.1998 [R] 1998\3717 i 11.11.2002 [R] 2002\9640], entre d'altres, ha declarat que “[E]l artículo 1903 del Código Civil (...) no está subordinado en su aplicación a la previa determinación e individualización de un responsable dependiente (...). Su aplicación deviene, también, insoslayable cuando de los resultados de la prueba se desprende que el hecho dañoso se produjo por acción u omisión negligente acaecida en el círculo de actividad de la empresa y por circunstancias que, con criterios de normalidad y según las reglas de la experiencia cabe atribuir a empleados o dependientes de la misma, sin que sea condición necesaria la identificación de los concretos sujetos responsables, pues esta exigencia favorecería la impunidad en beneficio de las grandes y complejas organizaciones empresariales de nuestro tiempo y en perjuicio de las víctimas”¹¹⁴. La mateixa solució és defensada pels PETL, que en els comentaris al seu Art. 6:102 assenyalen que el precepte utilitza el plural (“auxiliars”) “per a indicar que no és necessari identificar a l'empleat que individualment hagi actuat,

¹¹³ Galand-Carval *Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others*, a. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 303, la qual opina que, en el fons, aquesta solució marca un camí clar cap a una autèntica responsabilitat per risc empresarial; von Bar, *The Common european Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 193, pp. 211.

¹¹⁴ En la doctrina, Miquel Martín Casals / Josep Solé Feliu, *Comentario al Art. 1903 del Código Civil*, a Andrés Domínguez (Coord.), *Comentarios del Código Civil*, Valladolid, Lex Nova, 2010, p. 2060; Beluche Rincón, *La responsabilidad civil del empresario por los hechos de sus dependientes*, cit., p. 215.

sinó que és suficient amb arribar a establir que era part del personal al servei de l'empleador”¹¹⁵.

4.2 Cal demandar conjuntament al principal i a l'auxiliar?

En la mesura en què els fonaments de la responsabilitat del principal i de l'auxiliar són propis i autònoms per a cadascun d'ells, no sembla necessari que, per obtenir la responsabilitat del principal, el perjudicat hagi de demandar també a l'auxiliar. Com reconeixen la major part d'ordenaments jurídics europeus, és suficient que la conducta culposa de l'auxiliar quedi provada *incidenter* en el procediment seguit en exclusiva contra el principal¹¹⁶. Es tracta de la mateixa posició que sostenen la doctrina¹¹⁷ i la jurisprudència¹¹⁸ espanyoles en relació amb l'Art. 1903.IV CC. Així, en reiterats *dicta*, els tribunals espanyols han admès que “la responsabilidad por hecho ajeno, por culpa «in eligendo» o «in vigilando» no es subsidiaria, sino directa, pudiendo dirigirse la acción contra el autor del daño material y contra el que deba responder por culpa «in vigilando» o «in eligendo» o solamente contra éste, sin perjuicio de las posibles reclamaciones posteriores entre ellos” (STS 5.10.1995 [RJ 1995\7020]; SAP Las Palmas 28.4.2003 [AC 2003\1779]).

4.3 L'actuació “no culposa” de l'auxiliar

Per altra part, en la mesura que l'atribució de la responsabilitat al principal és “per culpa aliena”, aquest s'ha de poder exonerar si demostra que els seus auxiliars varen complir l'estàndard de diligència requerit¹¹⁹. Sense que això impedeixi que el principal acabi responnent en virtut d'altres possibles títols d'atribució de responsabilitat, sempre que s'acompleixin els corresponents pressupòsits (com pot ser, per exemple, la responsabilitat per culpa pròpia d'acord amb les regles generals de responsabilitat; o la responsabilitat pels danys causats per la posta en circulació de productes defectuosos).

¹¹⁵ Moreteau, Comentarios al Art. 6:102 PETL, a European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., num. 6, p. 162.

¹¹⁶ Per les referències, von Bar, *The Common european Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 193, pp. 210.

¹¹⁷ Entre d'altres, Javier Barceló Doménech, *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Madrid, McGraw-Hill, 1995, p. 336.

¹¹⁸ SSTs 8.5.1991 [RJ 1991\3618]; 12.2.1996 [RJ 1996\869].

¹¹⁹ Martín-Casals, “La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)”, a Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., p. 512.

Més discutible és la qüestió relativa a si el principal ha de respondre pels danys causats per la conducta “objectivament negligent” d'un auxiliar inimputable. D'entrada, podria semblar justificada una resposta negativa¹²⁰. No obstant, el fet que els fonaments de la responsabilitat del principal i de l'auxiliar siguin autònoms un de l'altre, i que un dels principals arguments a favor de la responsabilitat vicària es trobi en la voluntat de fer suportar les conseqüències negatives d'una activitat a aquell que se'n beneficia, poden ser també raons a favor de la idea que, com assenyalen els comentaris a l'Art. VI 3:201 DCFR, “la incapacitat mental exoneri personalment l'auxiliar (...) però no al principal”¹²¹.

La major part dels ordenaments jurídics que segueixen aquesta posició¹²² la fonamenten, o bé en les pròpies disposicions que regulen la responsabilitat per fet aliè, les quals requereixen simplement la conducta “il·lícita” (unlawful act) dels auxiliars (com és el cas del § 831 BGB; el § 1315 ABGB; els Arts. 6:170.I i 6:165.I BW; Art. 922 Codi Civil Grec); o bé, quan els textos legals no són clars, perquè aquesta és la interpretació a què arriben els tribunals (així ha succeït, per exemple, a França, a partir d'una interpretació que integra en la responsabilitat del principal la regla de l'Art. 489.2 CC, que exonera als incapaços de la responsabilitat pels danys causats a tercers)¹²³.

Al nostre ordenament jurídic, aquesta posició ha estat defensada per un sector de la doctrina¹²⁴, en opinió de la qual “si el acto dañoso objetivamente negligente es obra de un inimputable civil, de él puede derivarse perfectamente, si concurren los demás presupuestos legales, la responsabilidad de padres, tutores, titular del centro docente o empresario”¹²⁵. Un cert recolzament podria trobar-se també en alguna línia jurisprudencial, que ha declarat que la responsabilitat per fet aliè de l'Art.

¹²⁰ Posició que sembla dominant en la jurisprudència espanyola (entre d'altres, SSTS 19.6.2000 [R] 2000\5291; 16.5.2003 [R] 2003\4756; 21.6.2006 [R] 2006\3080).

¹²¹ von Bar / Clive (Ed.), Principles, Definitions and Model Rules (DCFR), cit., Com. Art. VI 3:201, p. 3458.

¹²² Per les referències, vegeu, von Bar, *The Common european Law of Torts*, vol. 1, cit., núm. 196, pp. 213.

¹²³ Segons el text de l'Art. 489-2 Code Civil, “[C]elui qui a causé un dommage à autrui alors qu'il était sous l'empire d'un trouble mental n'en est pas moins obligé à réparation”.

¹²⁴ En aquest sentit, F. Pantaleón Prieto, voz “Culpa”, *Enciclopedia Jurídica Básica II*, Madrid, Civitas, 1995, p. 5955; Gómez Calle, *Los sujetos de la responsabilidad civil*, a Reglero Campos (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil, I*, cit., pp. 1022-1024; Martín-Casals / Solé Feliu, *Liability for Damage Caused by Others under Spanish Law*, a Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 246.

¹²⁵ Gómez Calle, *Los sujetos de la responsabilidad civil*, a Reglero Campos (Coord.), *Tratado de Responsabilidad Civil, I*, cit., p. 1024.

1903.IV CC s'imposa, no tant per l'actuació culposa, sinó "por hecho ilícito ajeno" (STS 29.10.2002 [RJ 2002\9314]).

5. Immunitat de l'auxiliar?

En ocasions, s'ha plantejat si el règim de responsabilitat del principal per fets dels auxiliars hauria de contemplar algun tipus d'immunitat d'aquests, semblant al que existeix en l'àmbit de la responsabilitat de les Administracions Públiques per actes del personal al seu servei (Art. 154.1 i 2 Ley 30/1992 de 26 de noviembre, de *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*). Si així fos, la víctima únicament podria dirigir la seva demanda contra el principal, que seria qui canalitzaria la responsabilitat, sens perjudici de l'acció de repetició que aquest pogués tenir, una vegada satisfeta la indemnització, contra el seu auxiliar. En aquest darrer cas, es podria plantejar encara si caldria limitar la repetició als casos de dol i culpa greu de l'auxiliar (criteri molt més protector per a l'auxiliar) o si, en canvi, s'hauria d'admentre amb caràcter general en tots aquells casos en què l'auxiliar hagués actuat amb simple negligència.

L'opció que canalitza la responsabilitat a través del principal i deixa fora l'auxiliar és excepcional en el dret comparat. Més enllà del camp de la responsabilitat civil de les administracions públiques, únicament la segueixen algunes normes als països escandinaus i als Països Baixos¹²⁶. En d'altres països, com Àustria i Bèlgica, aquesta opció queda restringida al camp del dret del treball, amb normes que impedeixen a l'empresari repetir contra el treballador, llevat que aquest hagi actuat amb dol o culpa greu. A França, en canvi, és la regulació del contracte d'assegurança la que impedeix a l'assegurador de l'empresari dirigir-se en via de subrogació contra el treballador, una vegada ha satisfet la indemnització¹²⁷.

La posició majoritària en el dret comparat és contrària a generalitzar aquesta regla a tots els supòsits de responsabilitat per fet dels auxiliars. En conseqüència, juntament amb la responsabilitat vicària del principal ha de ser possible exercitar també una acció de responsabilitat enfront de l'auxiliar, d'acord amb les regles generals de la responsabilitat civil¹²⁸. Aquesta opció comporta la possibilitat de demandar-los conjuntament i, si s'aprecia la responsabilitat d'ambdós, de considerar-los responsables solidaris

¹²⁶ Per les referències, Martín-Casals, "La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)", a Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., p. 513.

¹²⁷ Galand-Carval, *Comparative Report on Liability for Damage Caused by Others*, a. Spier (Ed.), *Unification of Tort Law: Liability for Damage Caused by Others*, cit., p. 304.

¹²⁸ Entre d'altres, Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., p. 31.

enfront del perjudicat, tal i com reconeixen la doctrina i la jurisprudència espanyoles en el context de l'Art. 1903.IV CC. Es tracta també de la solució que proposen el DCFR¹²⁹ i l'Art. 9:101(c) PETL, en coherència amb la idea que la responsabilitat vicària és un règim més pensat per a protegir a les víctimes que als auxiliars.

6. L'acció de repetició

Una vegada el principal ha satisfet la indemnització, la major part d'ordenaments admeten la possibilitat que aquest exerciti una acció de repetició contra l'auxiliar, amb l'objectiu de recuperar aquella part de la indemnització imputable a l'auxiliar¹³⁰. Això succeeix, tant en relació a aquells ordenaments jurídics que adopten règims de responsabilitat vicària, com respecte d'aquells que es mantenen en el règim tradicional de responsabilitat per culpa presumpta del principal¹³¹.

Contràriament al que s'ha defensat per algun sector doctrinal, la repetició del principal no s'hauria de referir a la totalitat de la indemnització pagada¹³², sinó només a la quota de responsabilitat que correspon a l'auxiliar. La responsabilitat vicària implica que el principal respon objectivament enfront del perjudicat, però no és una propietat d'aquest règim el fet que, una vegada satisfeta la indemnització, el principal recuperi de l'auxiliar la totalitat de la quantia pagada¹³³. En conseqüència, així com les responsabilitats del

¹²⁹ von Bar / Clive (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules (DCFR)*, cit., Com. Art. VI 3:201, p. 3459.

¹³⁰ Vegeu, Rogers, Comentarios al Art. 9:102 PETL, en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., num. 7, p. 197.

¹³¹ Martín-Casals, "La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)", a Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., p. 514; Giliker, *Vicarious Liability in Tort: A Comparative Perspective*, cit., p. 31.

¹³² En el dret espanyol, alguns autors han proposat aquesta interpretació, a partir d'una interpretació conjunta dels Arts. 1903.IV i 1904 CC en termes de responsabilitat vicària. En concret, s'afirma que quan l'Art. 1904 CC disposa que el principal pot repetir "lo que hubiese satisfecho" o "las cantidades satisfechas", està admetent que el principal pot repetir de l'auxiliar la totalitat d'allò que hagués pagat. D'aquesta forma, el principal no estaria satisfent un deute propi, sinó aliè (el de l'auxiliar), amb l'objectiu de cobrir, enfront del perjudicat, l'eventual insolvència dels seus auxiliars (Encarna Roca Trías, «La acción de repetición prevista en el artículo 1903 del Código Civil», *Anuario de Derecho Civil* 1998, pp. 20-21; Encarna Roca Trías, *Derecho de daños*, 3ª, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 105; Yzquierdo Tolsada, *Sistema de responsabilidad civil contractual y extracontractual*, cit., p. 301).

¹³³ Com s'ha afirmat en relació amb els PETL, "ni en los Principios ni en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno se vincula con carácter general la existencia o inexistencia de una acción de regreso del principal contra el auxiliar al hecho de que la responsabilidad de aquél sea vicaria o no" (Martín-Casals, "La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios

principal i l'auxiliar responen a fonaments propis i autònoms, també sembla lògic que, en la relació interna, un i altre segueixin suportant la quota de responsabilitat corresponent a cadascun d'ells i que, en conseqüència, el principal repeteixi sols la part que correspon a la quota de responsabilitat de l'auxiliar¹³⁴.

Per altra part, el fet que, enfront de la víctima, el principal respongui objectivament, no ha d'impedir que en la distribució interna de responsabilitats la seva conducta culposa pugui ésser rellevant, juntament amb la culpa de l'auxiliar i tots aquells altres factors que els tribunals considerin avaluables. Tal i com es deriva dels comentaris a l'Art. 9:102 PETL, el principi d'autonomia entre la relació externa que vincula al principal amb la víctima, d'una banda, i la relació interna entre el principal i l'auxiliar, d'una altra, ha de permetre un ampli marge als tribunals a l'hora de distribuir les responsabilitats internes¹³⁵. Així, entre els factors avaluables, els tribunals poden tenir present el grau de culpa de l'auxiliar, juntament amb la culpa (o la conducta objectivament negligent) del principal, de la mateixa manera que podrien considerar també, si fos el cas, els acords a què haguessin pogut arribar les parts en relació a la distribució interna de responsabilitats en cas de reclamació d'un tercer¹³⁶.

de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)", a Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., p. 514). En el mateix sentit, també, Rogers, Comentarios al Art. 9:102 PETL, en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., num. 7, p. 197.

¹³⁴ En la doctrina espanyola, defensen aquest punt de vista, entre d'altres, Ricardo De Ángel Yágüez, «Comentarios de los Art. 1903 y 1904 del Código Civil», en Cándido Paz-Ares / Rodrigo Bercovitz / Luis Díez-Picazo Ponce de León / Pablo Salvador Coderch, *Comentario del Código Civil II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 2035-2036; Javier Barceló Doménech., *Responsabilidad extracontractual del empresario por actividades de sus dependientes*, Mc-Graw-Hill, Madrid, 1995, pp. 356-357; Fernando Peña López, «La responsabilidad civil derivada de delito», en José M^a Pena López, (Dir.), *Derecho de responsabilidad civil extracontractual*, Cálamo, Barcelona, 2004, pp. 155, 157; Martín Casals / Solé Feliu, *Comentario al Art. 1904*, a Dominguez Luelmo (Coord.), *Comentarios al Código Civil*, cit., p. 2062.

¹³⁵ Rogers, Comentarios al Art. 9:102 PETL, en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., num. 7, p. 197; Martín-Casals, «La responsabilidad por hecho ajeno en los Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil (PETL)», a Moreno Martínez (Coord.), *La responsabilidad civil y su problemática actual*, cit., p. 514.

¹³⁶ Sempre i quan aquests acords respectin les normes de dret imparatiu aplicables a la matèria (com podrien ser, per exemple, les referents al control de clàusules abusives): Rogers, Comentarios al Art. 9:102 PETL, en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., num.6, p. 197.

III. LA RESPONSABILITAT EMPRESARIAL PER DEFECTES D'ORGANITZACIÓ (“ENTERPRISE LIABILITY”)

1. L'origen de la “enterprise liability” als Estats Units

L'origen de la noció de “responsabilitat empresarial” (“enterprise liability”) com a model de responsabilitat objectiva de l'empresari per defectes organitzatius es troba als Estats Units. En els primers decennis del S. XX, es produeixen les primeres reformes legislatives dirigides a millorar la protecció dels treballadors pels danys patits en accidents de treball. Un dels objectius d'aquestes reformes era treure de l'àmbit del tradicional *tort of negligence* els accidents de treball, per a subjectar-los a un règim de responsabilitat objectiva complementat per un sistema d'assegurança obligatòria¹³⁷. Alguns autors proposen estendre després un model semblant als danys causats pels accidents de circulació, tot i que aquests intents no varen acabar de reeixir. Ben aviat sectors influents del món acadèmic varen començar a plantejar la idea que el *tort of negligence* era inadequat per a fer front als riscos creixents que generava l'activitat industrial i, des d'aquest moment, sorgeix amb força un important moviment doctrinal que promou atribuir responsabilitat als empresaris que desenvolupen determinades activitats, sense necessitat de provar la seva actuació negligent¹³⁸.

Aquest moviment troba ràpid suport en certs sectors jurisprudencials els quals, en un primer moment, segueixen emprant instruments propis de la responsabilitat per culpa, com ara la doctrina de “res ipsa loquitur” o la inversió de la càrrega de la prova de la culpa. No obstant, en una segona etapa, alguns tribunals abandonen el camp de la culpa i es decanten per atribuir la responsabilitat a l'empresari quan, amb independència de qualsevol actuació negligent, es demostra que el dany s'ha produït com a conseqüència d'una anomalia en el procés de funcionament de l'empresa. El punt culminant d'aquesta etapa es situa en la segona meitat del S. XX, i el camp de recepció jurisprudencial de tots aquests canvis és el de la responsabilitat per productes defectuosos, especialment a través de la jurisprudència del Tribunal Suprem de Califòrnia. Aquest fet explica la impossibilitat de dissociar l'anàlisi de l'anomenada “enterprise liability” de l'evolució del sistema de responsabilitat per productes defectuosos (“defecte del producte” com a manifestació d'alguna anomalia en el procés

¹³⁷ Dobbs, *The Law of Torts*, vol. 2, cit., p. 1098 i ss.

¹³⁸ Entre els acadèmics nord-americans favorables a introduir un règim de responsabilitat objectiva per activitats empresarials destaquen, les dècades dels anys 30, 40 i 50 del segle passat, Charles Gregory, Fleming James, Friedrich Kessler i William Prosser. En les dècades dels '60 i '70 destaca Guido Calabresi (Gregory C. Keating, *The Theory of Enterprise Liability and Common Law Strict Liability*, *Vanderbilt L. Rev.* 54 (2001), p. 1291).

de funcionament de l'empresa) als Estats Units¹³⁹ i, en particular, dels arguments que justifiquen l'establiment d'un règim de responsabilitat objectiva en aquest camp de la responsabilitat civil¹⁴⁰.

En l'actualitat, el debat entorn de l'“enterprise liability” té caràcter fonamentalment doctrinal i, més enllà de la responsabilitat per productes defectuosos, els seus defensors el plantegen en termes de necessitat d'una clàusula general de responsabilitat objectiva per activitats empresarials, que operaria en igualtat de condicions amb el règim tradicional de la responsabilitat per culpa¹⁴¹. De moment, però, el debat sembla haver-se tancat a favor de la responsabilitat per culpa com a règim bàsic de responsabilitat¹⁴², en la mesura que l'actual *Restatement (Third) of Torts* ha rebutjat incorporar una regla general de responsabilitat objectiva, i limita l'aplicació d'un règim d'aquestes característiques als danys causats per activitats anormalment perilloses. En tots els altres camps, la regla bàsica de responsabilitat es fonamenta en un règim de responsabilitat per culpa. Quant a la responsabilitat per productes defectuosos, l'opció del *Restatement (Third) of Torts: Products Liability* també ha restringit la vigència del règim de responsabilitat objectiva, en comparació amb l'opció que havia fet el *Restatement (Second)* el 1965, de manera que en l'actualitat el règim de responsabilitat objectiva queda limitat als danys causats per defectes de fabricació, mentre que la culpa és el criteri d'imputació subjectiva bàsic pels defectes de disseny i d'informació.

2. La “versió europea” de la responsabilitat de l'empresa per defectes d'organització

En l'àmbit europeu, hi ha hagut recentment tres propostes de possibles clàusules generals de “responsabilitat empresarial”, cap de les quals, de moment, ha esdevingut norma jurídica. En comparació amb el model nord-americà, la principal característica que diferencia les propostes europees es troba en el fet que la responsabilitat de l'empresari es planteja en termes

¹³⁹ Vegeu-ne, per les principals referències, Keating, *The Theory of Enterprise Liability and Common Law Strict Liability*, cit., pp. 1285 i ss.

¹⁴⁰ Vegeu, Dan B. Dobbs, *The Law of Torts*, St. Paul, Minn., West, 2000, p. 975.

¹⁴¹ Keating, *The Theory of Enterprise Liability and Common Law Strict Liability*, cit., pp. 1333 i ss. Críticament, Mark Geistfeld, *Should Enterprise Liability Replace the Rule of Strict Liability for Abnormal Dangerous Activities?*, 45 UCLA 1998, 611-671, p. 613.

¹⁴² En la doctrina nord-americana, des dels anys vuitanta en endavant, són nombrosos els autors que han insistit en la idea de mantenir la culpa com a criteri bàsic de responsabilitat: entre d'altres, poden veure's les obres de Gary T. Schwartz, *Understanding Products Liability*, 67 Cal. L. Rev. 435 (1979); Gary T. Schwartz, *The Beginning and the Possible End of the Rise of Modern American Tort Law*, 26 Ga. L. Rev. 601 (1992); James A. Henderson, Jr., *Why Negligence Dominates Tort*, 50 UCLA L. Rev. 337 (2002).

de responsabilitat per culpa presumpta, a partir de la prova d'un defecte organitzatiu.

Així, en el Projecte de Reforma del dret suís de la responsabilitat civil (que actualment ja ha decaigut)¹⁴³, el text de l'Art. 49.a) establia que:

“la persona que, per explotar una empresa que comporti activitats de naturalesa empresarial o professional, utilitzi un o més auxiliars, es considera responsable del dany causat en l'esfera d'aquestes activitats, llevat que provi que l'organització de l'empresa era apta per evitar la producció del dany”.

Per la seva part, el § 1304 del Projecte de reforma del dret austríac de la responsabilitat civil disposa que:

“(1) Qui exerceix una activitat empresarial en interès econòmic o professional també respon pels danys causats pels defectes de l'empresa, els seus productes o pels serveis que presta. L'empresari no respon si prova que va adoptar la diligència requerida per a prevenir el dany.

(2) Defecte és aquella desviació de l'estàndard, del programa, de l'estat de la ciència i de la tècnica, així com dels usos del tràfic que s'esperen de l'empresa, dels seus productes i dels serveis que presta”¹⁴⁴.

Finalment, en el context dels treballs d'aproximació del dret europeu en matèria de responsabilitat civil, l'Art. 4:202 PETL, sota el títol “responsabilitat de l'empresa”, estableix:

“(1) La persona que es dedica de manera permanent a una activitat empresarial amb fins econòmics o professionals i que emplea auxiliars o equipament tècnic és responsable de tot el dany causat per un defecte d'aquesta empresa o d'allò que en ella s'hi produeixi, a no ser que provi que ha complert amb l'estàndard de conducta exigible.

(2) “Defecte” és tota desviació respecte dels estàndards que són raonablement exigibles a l'empresa o als seus productes o serveis.

Des del meu punt de vista, aquesta configuració de la responsabilitat empresarial per defectes organitzatius s'inspira clarament en un dels mecanismes que els tribunals alemanys i suïssos han desenvolupat amb l'objectiu de superar les limitacions dels seus respectius règims legals

¹⁴³ El 21 de gener de 2009, el Consell Federal suís va decidir renunciar al projecte de reforma del dret de la responsabilitat civil (http://www.bj.admin.ch/bj/fr/home/themen/wirtschaft/gesetzgebung/abgeschlossene_projekte/haftpflicht.html) [Data de consulta: 29.06.2011].

¹⁴⁴ Les crítiques d'un sector rellevant de la doctrina austríaca a aquest règim, poden veure's a Peter Rummel, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch*, 2. Band, 3 Aufl., Vor §§ 1293 ff, Rnd. 12 i ss, pp. 29 i ss.

de responsabilitat del principal pels fets dels seus auxiliars. Com ja s'ha apuntat, ambdós ordenaments mantenen com a règim legal el de responsabilitat per culpa presumpta del principal (Cf. § 831 BGB i Art. 44 CO). Com també s'ha explicat, la jurisprudència d'ambdós països ha desenvolupat diversos mecanismes dirigits a a dificultar les possibilitats exoneratòries de l'empresari i aconseguir la seva responsabilitat, un dels quals és, precisament, la doctrina jurisprudencial de la responsabilitat per defectes organitzatius (*Organisationshaftung*). Segons aquesta doctrina, més enllà del règim de responsabilitat del principal per fet dels auxiliars (basada, en el cas alemany, en el § 831 BGB, i en el suís, en l'Art. 55 CO), l'empresari té uns deures generals de diligència, que troben la seva base legal en la clàusula regla general de responsabilitat civil extracontractual (en el cas alemany, el § 823 BGB; en el suís, l'Art. 41 CO). Un d'aquests deures —que grava exclusivament a l'empresari i que no pot delegar en els seus auxiliars— consisteix en organitzar la seva activitat empresarial lliure de defectes. Per aquesta raó, una vegada el demandant prova que es va produir un defecte organitzatiu en l'estructura empresarial del demandat, els tribunals suïssos i alemanys presumeixen l'existència d'una “negligència organitzativa” (*Organisationsverschulden*) en l'empresari, amb l'agreujant que la pràctica jurisprudencial no admet la prova exoneratòria de la seva actuació negligent¹⁴⁵.

L'objectiu que persegueix, doncs, la “versió europea” de la responsabilitat (per culpa presumpta) empresarial sembla, doncs, diferent, d'aquell que porta a determinats sectors de la doctrina nord-americana a proposar l'adopció d'una clàusula general de responsabilitat objectiva per activitats empresarials. Almenys fins el moment, la responsabilitat empresarial per defectes organitzatius a Europa ha estat, bàsicament, el recurs emprat per alguns ordenaments jurídics per a superar els dèficits del règim tradicional de responsabilitat per culpa presumpta del principal. Dèficits, alguns dels quals intenta cobrir el règim alternatiu de la responsabilitat vicària.

Per aquesta última raó, la utilitat d'un règim de responsabilitat empresarial per defectes organitzatius (com el que proposen els PETL o el projecte de reforma austríac) dependrà, en gran part, dels aventatges addicionals que comporti respecte d'un règim de responsabilitat vicària com el que s'ha proposat en els paràgrafs anteriors. Tot i que l'absència de dades suficients en l'experiència comparada fa difícil anticipar-ne una resposta clara, es podria dir que la principal motivació d'una regla de responsabilitat empresarial per defectes organitzatius es troba en la voluntat de facilitar la indemnització

¹⁴⁵ Waespi, *Organisationshaftung. Risiko und Unsorgfalt bei der Geschäftsherrenhaftung*, cit., p. 80; Magnus / Fedtke, *Liability for Damage Caused by Others Under German Law*, cit., p. 113; van Dam, *European Tort Law*, cit., núm. 1606-2, p. 450; Wagner/MünchKomm., Band. 5, Schuldrecht. Besonderer Teil III, 4. Aufl., München, Beck, 2004, § 831, RdNr. 39, p. 2018.

a les víctimes que no poden provar que la causa concreta del dany fou la conducta culpable d'un auxiliar de l'empresa. En aquests casos, serà suficient provar un defecte en el funcionament empresarial i l'existència d'una connexió causal amb el dany, per a invertir les regles provatòries i deixar que sigui l'empresari qui demostrï que va complir l'estàndar de diligència requerit en l'organització de la seva activitat¹⁴⁶.

Certament, una prova d'aquest tipus, per a una víctima aliena a l'empresa i als processos organitzatius interns, pot no resultar senzilla, ni tècnica ni econòmicament, i pot causar-li tants problemes com la prova de la negligència d'algun auxiliar. En aquest sentit, la utilitat d'un règim de responsabilitat per defectes organitzatius dependrà també, en gran mesura, del rigor amb què els tribunals d'un país interpretin i apliquin les regles i els pressupòsits propis del règim de responsabilitat que pretén complementar (en el nostre cas, el de responsabilitat vicària del principal). Així, és probable que una interpretació restrictiva de les regles reguladores del règim de responsabilitat vicària incrementi la necessitat d'un règim de responsabilitat empresarial per defectes organitzatius¹⁴⁷. I, a la inversa, una interpretació flexible dels pressupòsits propis del règim de responsabilitat vicària, farà menys necessari complementar-les amb un règim especial de responsabilitat per defectes empresarials.

Per això, en el context d'un règim de responsabilitat vicària, els pressupòsits del qual s'interpretin de manera flexible, tal i com es proposa en paràgrafs anteriors (en el sentit, per exemple, de no requerir a les víctimes la identificació del concret auxiliar causant del dany; o d'atribuir al principal la responsabilitat per les conductes objectivament negligents d'auxiliars inimputables; o admetre, almenys d'entrada, la responsabilitat del principal pels danys causats per conductes doloses o constitutives de delictes d'auxiliars) poden fer innecessari un règim de responsabilitat empresarial per defectes organitzatius. Per últim, és probable que una decisió definitiva sobre la qüestió també depengui d'altres opcions que el legislador pugui prendre en d'altres camps de la responsabilitat civil. Així, per exemple, la introducció d'una norma que inverteixi la càrrega de la prova de la culpa en el cas d'activitats greument perilloses (com fa, per exemple, l'Art. 4:201 PETL), reduirà la necessitat d'un règim de responsabilitat per culpa presumpta per defectes organitzatius, en la mesura que l'aplicació del règim quedaria limitada a les activitats empresarials no extremadament

¹⁴⁶ Koch, *Comentarios al Art. 4.202 PETL*, en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., pp. 135-136.

¹⁴⁷ Aquesta és la tesi defensada al Regne Unit, per exemple, per Douglas Brodie, *Enterprise Liability: Justifying Vicarious Liability*, Oxford J. Leg. Stud., vol. 27, Nr. 3 (1997), pp. 493-508.

perilloses¹⁴⁸. El mateix succeirà si l'opció legislativa que s'adopti és molt favorable als règims de responsabilitat objectiva. Un ordenament jurídic amb una clàusula àmplia de responsabilitat objectiva, o amb nombroses normes de responsabilitat objectiva principalment aplicables a les empreses, tindrà menys necessitat d'un règim de responsabilitat empresarial per culpa presumpta, perquè en aquelles activitats en què concòrrin ambdós règims, és probable que la responsabilitat per la culpa presumpta empresarial cedeixi terreny a favor del règim de responsabilitat objectiva¹⁴⁹.

¹⁴⁸ En el context dels PETL, Koch, *Comentarios al Art. 4.202 PETL*, en European Group on Tort Law, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*, cit., p. 137.

¹⁴⁹ En el marc del decaigut projecte de reforma suïsa, els comentaris explicatius afirmaven que el règim de responsabilitat empresarial per culpa presumpta era subsidiari dels règims especials de responsabilitat objectiva establerts per raó del tipus d'activitat, en la mesura que prevalia el caràcter especial del règim, fixat per tipus d'activitat, amb independència de la naturalesa -empresarial o no- del subjecte que l'exercia (*Bericht der StudentKommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrecht*, Bern, Bundesamt für Justiz, 1991, pp. 72-73).

ASPECTES RELLEVANTS PER A L'ASSEGURANÇA D'UNA FUTURA REGULACIÓ CATALANA DE LA RESPONSABILITAT CIVIL

JOSÉ MARÍA MAYOR CIVIT

ADVOCAT.

PROFESSOR ASSOCIAT DE LA UNIVERSITAT AUTÒNOMA DE BARCELONA.
VICEPRESIDENT DE SEAIDA CATALUNYA.

SUMARI I. INTRODUCCIÓ. II PRINCIPIS QUE PODRIEN SER ASSUMITS PEL SECTOR ASSEGUADOR SENSE GRANS PROBLEMES. III. PRINCIPIS QUE PODRIEN SER ASSUMITS AMB ALGUNA MODIFICACIÓ O UN ALTRE REDACTAT. IV. PRINCIPIS QUE NO PODEN SER ASSUMITS PEL SECTOR.

I. INTRODUCCIÓ

La Ponència l'he preparat analitzant els denominats "Principis de Dret Europeu de la RC", els quals han estat sistematitzats i tractats pel European Group on Tort Law.

Encara que alguns d'aquests principis els apliquen diàriament els Tribunals dels països europeus, inclosa Espanya, en la meua Ponència intentaré analitzar breument quins d'ells, en cas d'incorporar una part dels mateixos al Llibre Sisè del CC de Catalunya, podrien ser assumits amb major facilitat pel sector assegurador i uns altres l'assumpció del qual seria més difícil.

II. PRINCIPIS QUE PODRIEN SER ASSUMITS PEL SECTOR ASSEGUADOR

Els principis que podrien ser assumits pel sector assegurador sense grans problemes serien els següents:

- A. La norma fonamental de responsabilitat de l'1:101 es pot assumir tenint en compte les causes d'exoneració a, p. ex., la pràctica d'esports d'alt risc (p. ex., rafting, parapent,...) que com a tals quedarien exclosos de qualsevol pòlissa de RC.

- B. Quant al dany rescabable del 2:101, la terminologia “dany corporal”, “patrimonial” i “extramatrimonial”, sembla més conforme que “material” o “immaterial”, però això ho deixem en mans del legislador català.
- C. La legitimitat i prova del dany (2:103 i 2:105).
- D. Tots els relatius a la relació de causalitat, és a dir, del 3:101 al 3:201 i el 3:103 “Causes alternatives”.
Però aquesta acceptació es fa sota la següent conditio sine qua non: la determinació de l'autoria i de les quotes de responsabilitat en la causació del dany (si existeixen diversos causants), és quelcom valoratiu pel Tribunal i aquest ha de disposar d'una llibertat gairebé “omnímoda” per decidir el que cregui oportú davant un cas concret.
- E. El 4:101 (Culpa) i 4:102 (Estàndard de conducta exigible).
En nombroses ocasions els Tribunals ja estan tenint en compte l'estàndard de conducta exigible.
- F. El 6:101. Responsabilitat pels menors o discapacitats psíquics.
És una translació del que es disposa en l'art. 1903 CC espanyol, quant a la “diligència del bon pare de família”.
- G. El 7:101, relatiu a les causes que justifiquen l'exoneració.
- H. El 8:101 relatiu a la conducta o activitat concurrent de la víctima.
- I. Quant a “rems”, 10:101 a 10:202. En particular, 10:102. “Suma global o renda periòdica”.
El propi art. 1 LCS¹ ho autoritza: “... l'assegurador s'obliga .../... “a indemnitzar .../... el dany produït a l'assegurat o a satisfer un capital, una renda o altres prestacions convingudes”.
El 10:103. “Beneficis obtinguts mitjançant l'esdeveniment nociu”, Constituiria una manifestació (com a límit a la indemnització) del que afirma la primera línia de l'art. 26 LCS².

III. PRINCIPIS QUE PODRIEN SER ASSUMITS AMB ALGUNA MODIFICACIÓ O UN ALTRE REDACTAT

- A. 2:102. “Interessos protegits”.
Les “relacions contractuals” (punt 4) per definició no podrien quedar cobertes per la pòlissa de RC (extracontractual) per procedir

¹ LCS: Llei 50/1980, de 8 d'octubre, del Contracte d'Assegurança.

² L'art. 26 LCS, primera línia, afirma: “L'assegurança no pot ser objecte d'enriquiment injust per l'assegurat”.

de la responsabilitat emanada de l'art. 1101 CC espanyol, encara que podria estudiar-se la possibilitat de cobrir el dany procedent d'una relació contractual mitjançant l'assegurança de caució regulada a l'art. 68 LCS, sempre que la indemnització (dany) es produeixi per culpa d'un incompliment.

El punt 5 fa referència a una protecció més àmplia en cas de lesió dolosa, però això no afecta a l'assegurador perquè, per definició, els danys causats dolosa-ment mai poden ser assumits per cap assegurança³.

B. 2:104. “Despeses preventives”.

Atès que l'article no s'està referint a despeses de salvament o per “minorar les conseqüències del sinistre” (art. 17 LCS), podria modificar-se el redactat en el següent sentit: “Les despeses realitzades pel perjudicat per evitar un dany que amenaça produir-se de forma imminent constitueixen un dany rescabable en la mesura en què hagin estat raonables”⁴.

D'alguna forma, a manera de reflexió teòrica, això podria relacionar-se amb l'obligació del prenedor o assegurat de comunicar a l'assegurador “en el decurs del contracte” les circumstàncies que agreugin el risc (art. 11 LCS).

C. 4:103. “Deure de protegir als altres de danys”.

Sembla una redundància i una obvietat dir “si així s'estableix legalment”.

D. 6:102. “Responsabilitat pels auxiliars”.

Entenem acceptable i correcte separar l'àmbit de responsabilitat entre el contractista independent (que treballa per un comitent) i l'auxiliar.

E. 7:102. “Causes d'exoneració en casos de responsabilitat objectiva”.

És important destacar el següent:

1. A tenor del que es dirà en aquest treball en parlar de la solidaritat (arts. 9:101 i 9:102), hauria d'eliminar-se el n° 3 de l'art. 7:102.

³ L'art. 19 LCS afirma el següent: “L'assegurador estarà obligat al pagament de la prestació, excepte en el supòsit de que el sinistre hagi sigut causat per mala fe de l'assegurat”.

⁴ L'art. 2, epígraf 14, de la Llei 26/2007, de Resp Mediambiental contempla aquesta possibilitat i defineix la “Mida Preventiva” o “Mida de Prevenció” com aquella adoptada com resposta a un esdeveniment, un succés, un acte o una omisió que hagi suposat una amenaça imminent de dany mediambiental, a l'objecte d'impedir-ne la producció o reduir-ne els danys al màxim. Existeix un altre cas en el que es cobreixen les despeses preventives en la RC de producte i es refereix a les despeses de retirada del producte defectuós.

2. Pel que s'afirmarà més endavant respecte a la responsabilitat objectiva, pot deixar-se la resta del present article però eliminant la paraula "objectiva".
- F. 10:203. "Pèrdua, destrucció i dany de coses".
Podria acceptar-se però matisant a quin valor es refereix, perquè en el Dret d'Assegurances podem trobar-nos amb diferents "valors" i tots ells són diferents: valor inicial, successiu, final, residual, rescabable convingut (o estimat), de mercat (o real), de nou, venal.
- G. 10:301. "Dany no patrimonial".
Entenem que pot acceptar-se, però detallant qui són les persones "reunides" ("allegadas") que cita el (3).

IV. PRINCIPIS QUE VEIEM MOLT DIFÍCIL QUE PUGUIN SER ASSUMITS PEL SECTOR

- A. 4:201. "Inversió de la càrrega de la prova".
La inversió de la càrrega de la prova està molt relacionada amb els arts. 5:101 i 5:102, és a dir, la responsabilitat objectiva⁵ i, ja que estem en desacord amb tots dos i, en molts casos els Tribunals ja està aplicant la inversió de la càrrega de la prova, en la pràctica no veiem factible que s'inclouï en un CC.
- B. 4:202. "Responsabilitat de l'empresa".
Si les empreses a Espanya disposen d'una RC patronal i a més existeix una legislació protectora de consumidors i usuaris "que imposa un sistema de responsabilitat quasi objectiva" pels defectes d'aquests productes (art. 128 i ss RD Leg. 1/2007), no veiem necessari aquest art. 4:202.
- C. 5:101 i 5:102, relatiu tots dos a la responsabilitat objectiva.
Els arts 5:101 i 5:102 no podran ser assumits pel sector assegurador ja que la seva redacció suposa ampliar de forma gairebé il·limitada, els casos de responsabilitat objectiva.
A diferència de la denominada responsabilitat per culpa (en la qual la càrrega de la prova correspon al perjudicat), la responsabilitat objectiva es fonamenta en dues raons, (ambdues tenen en comú l'activitat desenvolupada):

⁵ Com s'esmentarà més endavant al comentar els articles 5:101 i 5:102, a més de per obra de la Llei, la responsabilitat objectiva pot néixer com fruit d'una decisió judicial.

- a) Perquè una norma legal la imposa, independentment que el causant hi hagi, o no, incorregut en culpa, és a dir, el legislador vol que un tipus de responsabilitat sigui objectiva, ho declara en una Llei⁶, però no existeix de forma general per a tots els casos.
- b) Perquè en alguns casos excepcionals així ho ha declarat el TS, (p. ex., alguns dels casos que recull el Capítol 5 dels “Principios ...”).

Si bé és cert que per a la fixació d'una indemnització és, en principi, indiferent que la responsabilitat del causant del dany es base en la culpa o que sigui objectiva, no és menys cert que en el primer cas (culpa) l'assegurador té majors possibilitats de defensa.

Admetre l'analogia com a criteri per declarar supòsits de responsabilitat objectiva (art. 5:102 (2), en la nostra opinió, igual que en la resta d'articles del Capítol 5º, no s'acceptaria.

Respecte a l'analogia, en l'obra “Principios ...”⁷ s'afirma: “només alguns ordenaments admeten tal ampliació dels casos subjectes a responsabilitat objectiva”⁸.

En l'obra “Principios ...”⁹ s'explica amb claredat que regular la responsabilitat objectiva no té lloc en cap Codi d'Europa, excepte en l'esborrany del Codi suís i del austríac, així mateix, pot aconseguir-se una indemnització amb major facilitat que en base a la responsabilitat per culpa ordinària, i, finalment, per la seva pròpia naturalesa, una clàusula general tendeix a permetre la responsabilitat objectiva en més casos que els que vénen regulats en peces concretes de legislació, que se centren en tipus de riscos específics.

Per tot això no veiem assumibles en cap cas els arts. 5:101 i 5:102.

⁶ Exemples: 1. RC Automòbil, (Reial Decret Legislatiu 8/2004, Llei sobre RC i assegurança en la circulació de vehicles a motor, modificat per la Llei 21/2007. 2. Danys que provenen de la navegació aèria (Llei 48/1960). 3. Danys derivats de l'energia nuclear (Llei 25/1964). 4. Danys causats per animals (art. 1905 CC), 5. Responsabilitat per coses que es tirin o caiguin des d'una casa (art. 1910 CC). 6. Danys causats per la caça (Ley 1/1970). 7. Responsabilitat dels prestadors de serveis de la societat de la informació (Llei 34/2002). 8. El RD Legislatiu 1/2007, que aprova la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris, imposa un règim de responsabilitat *quasi objectiva* perquè el seu art. 140 recull sis casos de (possible) exoneració.

⁷ Miquel MARTÍN CASALS, “Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil”. European Group on Tort Law. Traducció a càrrec de la Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC). Coordinada pel Dr. Miquel Martín Casals. Ed. Thomson-Aranzadi. Navarra. 2008, a la pàg. 155 afirma: “només alguns ordenaments admeten tal ampliació dels casos subjectes a responsabilitat objectiva”.

⁸ MARTÍN, op. cit., pàg. 155.

⁹ MARTÍN, op. cit., pàgs. 52, 143 i 147.

- D. 9:101 i 9:102, relatiu a la solidaritat si existeix una pluralitat de “causants del dany”.

En matèria de responsabilitat extracontractual de diverses persones per un mateix dany coexisteixen, en el Dret Comparat, dues grans solucions:

- a) La que preveu la solidaritat entre els responsables del dany¹⁰.
- b) La que opta per la distribució de responsabilitats entre els causants: CC Francès i CC espanyol.

Entenem que en el cas de que concorri una pluralitat de causants del dany, no pot acceptar-se la presumpció de solidaritat i aquesta presumpció serà difícilment assumible pel sector assegurador espanyol, perquè implica un gir de 180° respecte a la situació actual i podria resultar molt perjudicial per al mateix.

A manera de reflexió direm que algun autor ha arribat a afirmar que “... en el Dret espanyol de danys/..., s’abusa de la responsabilitat solidària”¹¹.

Si en la producció d’un dany existeixen diversos causants, la solidaritat només haurà de produir-se (com fins ara) si concorre alguna de les dues circumstàncies:

- a) la imposa una norma legal¹².

¹⁰ Codi Civil Alemany (§ 840,1 BGB i § 426,1 BGB). Codi Suís d’Obligacions (Art. 50,1). CC italià (art. 2055). CC portuguès (art. 497) i CC holandès (art. 6:102).

¹¹ Carlos GÓMEZ LIGÜERRE. “Solidaridad y derecho de daños. Los límites de la responsabilidad co-lectiva”. Ed. Thomson-Civitas. 2007, pág. 202. A les pàgines 193 i 194 de l’esmentada obra, es recullen diferents casos que exemplifiquen les distorsions que pot arribar a provocar una regla de responsabilitat solidària: un d’ells és el cas Wood v. Walt Disney Co, resolt pel Tribunal de Florida (EUA) l’any 1987: la demandant Aloysia Wood va patir danys personals a un dels parcs d’atraccions que Walt Disney Corporation gestiona a l’estat de Florida: la Sra. Wood participava en una atracció de cotxes de xoc quan va ser envestida pel seu marit, Daniel Wood, que, com ella, conduïa un dels cotxes de xoc; en el procés judicial es van declarar les següents responsabilitats: 1ª. al marit li corresponia el 85% del dany, atès que es va dirigir contra la seva esposa a una velocitat excessiva i sense adonar-se de la posició que el cotxe de la seva muller ocupava a la pista; 2ª. a la Sra. Wood el 14%, atès que no es va assegurar segons les instruccions de l’atracció i 3ª. l’1% restant corresponia al titular de l’atracció Walt Disney Corporation, atès que els seus empleats no van controlar de manera eficaç els comportaments de marit i muller a la pista. Tothom va ser condemnat a respondre solidàriament per l’import total de 75.000 \$ (import que es va considerar que quantificava els danys soferts per la víctima). D’aquests 75.000 \$, el 14 % havia d’assumir-lo la víctima, però el 86% restant (64.500 \$), atès que Daniel Wood era insolvent, va ser exigit per la Sra. Wood, íntegrament, a Walt Disney Corporation (és a dir, a la seva asseguradora). D’aquesta manera, qui per Sentència Judicial ferma va causar la menor part del dany, va haver d’assumir el pagament de la quasi total indemnització i el risc d’insolvència del co-responsable.

¹² Art. 132 RD Legislatiu 1/2007, sobre responsabilitat de productes, art. 162,1º del mateix cos legal (RD Legislatiu 1/2007), referit als viatges combinats, art. 61,2º Llei 7/1996, d’Ordenació del Comerç Minorista art. 52 Llei 25/1964, de 29 d’abril, sobre Energia Nuclear,

- b) existeix una condemna judicial *in solidum*, (denominada també solidaritat impròpia) declarada mitjançant Sentència ferma.

Finalment, cito dos precedents legislatius recents que ens permeten pensar que el legislador espanyol està modificant (influenciat, sens dubte, per altres països de la UE) en alguns casos, la norma general de la solidaritat per la de la mancomunitat:

1. En un tema tan delicat com és la RC Mediambiental, la Llei no accepta la presumpció de solidaritat (que abans sí acceptava) sinó que declara la responsabilitat com a mancomunada, en l'art. 11 de la Llei 26/2007, de Responsabilitat Mediambiental, que afirma: "Pluralitat de responsables d'un mateix dany. En els supòsits en els quals existeixi una pluralitat d'operadors i es provi la seva participació en la causació del dany o de l'amenaça imminent de causar-ho, la responsabilitat serà mancomunada, tret que per llei especial que resulti aplicable es disposi una altra cosa"¹³.
2. L'art. 11,1º de la Llei 19/1988, d'Auditoria de Comptes, deia que els auditors de comptes responien directa i solidàriament enfront de les empreses o entitats auditades i enfront de tercers, pels danys i perjudicis que es derivessin del no-compliment de les seves obligacions, però la reforma operada per la Llei 12/2010, de 30 de juny, ha modificat la situació.

E. 10:401. Reducció de la indemnització.

Podria constituir una forma d'afavorir al deutor (causant del dany condemnat en Sentència judicial), perquè si aquell fora "a millor fortuna", (segons terminologia de l'antiga LEC), en base en aquest article, s'hauria reduït la condemna i la Sentència, (amb condemna pecuniària "reduïda") ja s'hauria executat íntegrament, però de manera insuficient per rescabalar a la víctima.

art. 33,5 Llei 1/1970, de 4 d'abril, de Caça, art. 123,1º de la Llei 48/1960, de 21 de juliol, sobre Navegació Aèria, art. 37,3º de la Llei 4/1989, de 27 de març, de Conservació dels Espais Naturals i de la Flora i Fauna Silvestre, art. 52,2º Llei 21/2003, de 7 de juliol, de Seguretat Aèria, art. 70,2º Llei 43/2003, de 21 de novembre, de Muntanyes, art. 78,1º Llei 11/1986, de 20 de març, de Patents d'Invenció i Models d'Utilitat, art. 65,2º de la Llei 14/1966, de 18 març, de Premsa e Impremta, art. 32,2º Llei 10/1998, de 21 d'abril, de Residus i art. 17,3º, 5º i 7º de la Llei 38/1999, de 5 de novembre, d'Ordenació de l'Edificació.

¹³ L'esmentada Llei només accepta la solidaritat com no podia ser d'altra manera: en matèria de pagament de l'obligació pecuniària: art. 13,1 de la Llei 26/2007 de Responsabilitat Mediambiental "*Serán responsables solidaris del pagament de les obligacions pecuniàries que resultin d'aquesta llei els subjectes als que es refereix l'article 42.2 de la Llei 58/2003, de 17 de desembre, General Tributària*"

CINQUENA PONÈNCIA

ALTRES FONTS D'OBLIGACIONS

LES ALTRES FONTS D'OBLIGACIONS AL LLIBRE SISÈ, EN ESPECIAL, L'ENRIQUIMENT INJUSTIFICAT

FERRAN BADOSA COLL

CATEDRÀTIC DE DRET CIVIL
UNIVERSITAT DE BARCELONA

SUMARI PRIMERA PART: LES “ALTRES FONTS” DE LES OBLIGACIONS AL LLIBRE SISÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA. I. Les propostes de fonts de les obligacions per al Llibre Sisè del CCCat. II. La presentació de les fonts de les obligacions en els Ordenaments jurídics. III. La funció sistemàtica de les fonts de les obligacions en un Ordenament. La localització dels contractes en especial. SEGONA PART: L'ENRIQUIMENT INJUSTIFICAT COM A FONT D'OBLIGACIONS. Primera Secció: Del quasicontracte a l'enriquiment injustificat en la Codificació civil del s. XIX. I. El quasicontracte com a font d'obligacions. II. La desaparició dels quasicontractes i l'aparició de l'enriquiment injustificat. III. La consolidació doctrinal i legislativa de l'enriquiment injustificat. Segona Secció: L'enriquiment injustificat en el Dret català. IV. La presència de l'enriquiment injustificat en l'Ordenament català. V. L'enriquiment injustificat com a font d'obligacions. VI. L'enriquiment injustificat és una font que pertany a l'àmbit de la licitud. VII. El primer component del supòsit de fet de l'enriquiment injustificat. L'enriquiment d'un a costa de l'empobriment d'un altre. VIII. El segon component del supòsit de fet de l'enriquiment injustificat. La licitud de l'empobriment. IX. El tercer component del supòsit de fet de l'enriquiment injustificat. La no justificació de l'enriquiment. X. BIBLIOGRAFIA

PRIMERA PART.

LES “ALTRES FONTS” DE LES OBLIGACIONS AL LLIBRE SISÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

La primera de les intervencions d'aquesta Cinquena Ponència inclou el tema del seu títol “Altres fonts d'obligacions” i li afegeix una d'elles que és l'enriquiment injustificat. Al seu torn les “altres fonts d'obligacions” és la tercera de les fonts enumerades en el rètol general de les Jornades “Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya”. S'ha d'entendre que aquesta és la sistemàtica de

les fonts d'obligacions que les Jornades proposen per al futur Llibre Sisè del CCCat.

No és l'única proposta perquè abans d'ella hi ha la dels "Treballs preparatoris del Llibre Sisè del Codi Civil de Catalunya. Les obligacions i els contractes" (tancats el 23-IV-2004) fets per l'Observatori de Dret Privat de Catalunya, Secció de Dret Patrimonial. TP en endavant.

I. LES PROPOSTES DE FONTS DE LES OBLIGACIONS PER AL LLIBRE SISÈ DEL CCCAT

1. Les fonts de les obligacions en els "Treballs preparatoris del Llibre Sisè del Codi Civil de Catalunya. Les obligacions i els contractes". Tres o cinc?

Els TP proposen 9 Títols per al futur Llibre Sisè del CCCat. El Tít.1 s'intitula "L'Obligació". Els Tít. 2 a 9 es dediquen als contractes, en general (Tít. 2) i en especial (Tít. 3-9). Es limiten a enumerar les fonts sense adjectius que indiquin jerarquia. El Tít.1 en el seu Cap.1 "Disposicions generals" enumera les fonts en l'art. 611-2: "L'obligació neix d'un contracte, d'un acte o d'un fet als quals la Llei atribueix els efectes de la relació jurídica obligacional". S'hi adverteix la referència a la Llei com a font última de les obligacions a través dels diferents supòsits ("als quals") i la utilització de categories generals per designar les fonts, en la graduació contracte -acte- fet (art. 611-2) que va de la voluntat bilateral a l'esdeveniment material. Les tres categories es concreten en cinc fonts entre el Cap.2 "Les fonts de l'obligació" del Tít. 1 que en regula quatre i el Tít.2 que regula els contractes en general.

El Cap. 2 del Tít.1 té quatre Seccions destinats respectivament a quatre fonts: els "actes lícits i voluntaris" (Secc.1), que són els dos quasicontractes del Cc.esp.(art.1894), l'"enriquiment injustificat" (Secc.2), "la causació d'un dany " (Secc.3) que correspondria a l'art. 1902 Cc.esp. i "la voluntat unilateral" (Secc. 4). La voluntat unilateral inclou tres promeses unilaterals (arts. 612-8,-9,-10). Entre elles la promesa pública que ha estat nominada en el CCCat. en l'art. 542-22.4 com a promesa pública de recompensa que és la declaració immediata d'autoobligació en favor de qui realitzi una conducta; de manera que la seva realització no és l'acceptació d'una prèvia oferta sinó l'acompliment d'una condició suspensiva d'eficàcia. La promesa unilateral es distingeix de l'oferta contractual pel seu contingut ja que li manca l'atribució al destinatari de la legitimació per emetre una declaració de voluntat, expressa o tàcita, amb eficàcia de perfeccionar un contracte.

El primer que resulta de la comparació dels dos Capítols del Tít.1 és l'ambigüitat de l'expressió “font de l'obligació” que en el Cap. 1 són les tres de l'art. 611-2 i en el Cap. 2 són les quatre esmentades en el Cap. 1, a part del contracte en el Tít. 2. El segon és la dificultat d'encabir les quatre fonts del Cap. 2 del Tít.1 amb les tres de l'art. 611-2. Sembla clar que l'“acte” de l'art. 611-2 abasta els dos “actes lícits i voluntaris” de la Secció 1 del Cap.2: la gestió oficiosa i el pagament de l'indegut (arts. 612-1,-3,-4). L'“acte” també ha de referir-se a les tres promeses unilaterals (arts. 612-8,-9,-10), però també pot designar “la causació del dany” (art. 612-7) tot i que el comentari d'aquest article la defineix com a “fet il·lícit”. Resta el “fet” que s'ha de reservar a l'enriquiment injustificat (art. 612-4 “Existeix enriquiment injustificat...”) i, potser també al “fet il·lícit”.

2. Les tres fonts de les obligacions del Programa d'aquestes Setzenes Jornades de Tossa

El rètol “Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya” expressa una sistemàtica. Hi ha dues fonts de referència que es nominen i que són la carcassa sobre la que es basteix un veritable sistema determinat per la prevalença del contracte i la corresponent la dualitat contracte / responsabilitat extracontractual que equival als àmbits de la licitud/la il·licitud. Alhora es reconeix la limitació d'aquesta sistemàtica dual que deixa fora un nombre indeterminat de fonts que es designen per exclusió (“altres”). La Cinquena Ponència de les Jornades esmenta l'enriquiment injustificat i la gestió oficiosa.

La tripartició de les fonts formada per la dualitat contracte i no contracte complementada per una tercera font de composició indeterminada es considera un tret comú dels Drets europeus (PEL.Unj.Enr. pàg. 93). La del Programa coincideix, amb modificacions, amb la del Cc. hol. (“Burgerlijk Wetboek”. BW. vigència 1-I-1992). Llibre 6 “El Dret de les obligacions”. El Llibre 6 parteix de que el fonament últim de les obligacions és la Llei (art. 6:1 “L'obligació només arriba a existir si així resulta de la Llei”) igual que l'art. 611-2 TP. El Llibre 6 Cc.hol. ordena les tres fonts començant pels actes il·lícits (Tít.6.3), segueix per les “Obligacions que neixen d'una (altra) font legal que no sigui un acte il·lícit o un acord” Tít.6.4.) i acaba amb “els acords en general” (Tít.6.5). Les “altres” fonts són tres: la gestió oficiosa (arts. 6:198 a 6:202), el pagament de l'indegut (arts. 6:203 a 6:211) i l'enriquiment injustificat (art. 6:212). És en una triple enumeració que reproduïx la sistemàtica del Cc.it. (Tít. VI a VIII del Llibre Quart).

La característica d'aquesta presentació triple és que, tot i que els contractes i la responsabilitat representen els àmbits de la licitud i la il·licitud, només la responsabilitat esgota la il·licitud. En canvi, la licitud és més ampla que

el contracte ja que inclou les “altres” fonts: la gestió oficiosa, l'enriquiment injustificat i també el pagament de l'indegut; totes elles resten fora dels contractes però dintre de la licitud.

2.1 Els precedents de la tripartició de fonts. El significat dels “altres” fonts de les obligacions

La tripartició contracte, acte il·lícit i “altres” fonts no és nova. Els “altres”, com a “tertium genus”, es remunta a Gai (s. II d.C.). Segons la transcripció que en fa el Dig. 44-7-1 pr. “Obligaciones aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris”.

Quant al contingut de aquests “altres” fonts, les “varies modalitats de causes” es subdivideixen, per Gai i en el Digest, en dues categories (Dig. 44-5-5). D'una banda els quasicontractes que són la gestió oficiosa, les obligacions dels tutors, l'obligació de l'hereu de pagar els llegats i el pagament de l'indegut. De l'altra els quasidelictes que són l'apropiació pel jutge del judici, la caiguda de coses d'una casa i la responsabilitat per fet de dependents. Resulta doncs que totes les fonts obligacionals romanes s'ordenen segons dos criteris: la conformitat, el contracte, i la contraposició a la Llei, el malefici. La dualitat licitud -il·licitud s'imposa també a les “variae causarum figurae” que es reparteixen, quasicontracte i quasidelicte, segons els dos criteris.

En la Codificació civil europea es poden esbrinar dos sentits en les “altres” fonts.

A) En la primera Llei federal d'Obligacions suïssa (“Bundesgesetz [sic] über das Obligationenrecht”. 14-VI-1881) les “altres” tenen la funció tècnica de delimitar la matèria obligacional de la nova Llei d'Obligacions respecte de la de les altres Lleis. El seu Tit. Primer “Naixement de les Obligacions” té quatre apartats: contractes, actes il·lícits, enriquiment injustificat i “obligacions d'altres fonaments” (art. 76. Obligationen aus anderen Gründen).

Sobre aquesta Llei Federal cal fer dues precisions. La primera que l'apartat dels “altres fonaments” no té contingut normatiu. Les “obligacions d'altres fonaments” són les familiars i les successòries i les obligacions del Dret Públic que es regulaven pel Dret dels cantons o pel Dret federal (art. 76).

La segona és que aquesta delimitació tenia rellevància constitucional perquè les tres primeres fonts sí que es regien per la nova Llei Federal, promulgada en execució de la competència exclusiva que la Confederació suïssa tenia sobre el Dret d'Obligacions. En efecte, l'art. 64 de la Constitució de 1874 havia atribuït a la Federació (der Bund) la competència, entre altres, “sobre totes les relacions jurídiques referents al tràfic mercantil i mobiliari (Dret d'obligacions inclòs el dret mercantil i canviari)”.

B) En altres textos legals o paralegals les “altres” fonts tenen sentit material. El Codi civil per al Regne de Saxònia (“Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen”. 2-I-1863, vigència l’1-III-1865) dedica la seva Tercera Part al “Dret dels crèdits”. El seu Apartat (Abteilung) Segon regula les obligacions procedents dels contractes en especial, dels actes il·lícits i els “crèdits procedents de diferents fonaments” (“Forderungen aus verschiedenen Gründen”, arts. 1518-1567). Aquests “diferents fonaments” són vuit; les quatre primeres modalitats són les “condictiones” romanes, les altres tres són els danys i la darrera és l’“actio ad exhibendum”. Les quatre “condictiones” són la “indebiti”, la “ob causam finitam”, la “ob turpem causam” i la “sine causa”, és a dir, fonts de l’obligació de restituir una cosa de la que s’havia transmès la propietat; es deixava fora la “condictio furtiva” perquè que el “furtum” no transmetia la propietat i, per tant, bastava l’acció reivindicatòria per recuperar la cosa.

El Primer Projecte del Codi civil alemany (“Erster Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich”. 4-X-1881) en el seu Llibre Segon “Dret de les relacions obligatòries” preveu tres fonts entorn de les quals ordena els seu contingut: els negocis jurídics entre vius (Segona Secció §§ 342-703), els actes il·lícits (Tercera Secció §§ 704-736) i els “altres fonaments” (§§ 737-777). Aquests són: l’enriquiment (“Bereicherung”), se sobreentén que injustificat, que recull quatre “condictiones” romanes: “indebiti”, “ob causam finitam”, “ob turpem causam” i “sine causa” (vid. Motive pàgs. 830 ss.), la gestió oficiosa, la comunitat, l’obligació de exhibir i el jurament de manifestació (“Offenbarungseid”) sobre la correcció dels comptes retuts o la integritat d’un conjunt de coses que s’ha de restituir.

El Cc.it. (“Codice civile”. R.D. 16-III-1942) en el seu Llibre IV. Tit. I dedica un article preliminar (l’art. 1173) a enumerar tres fonts : contracte, fet il·lícit i “qualsevolga altre acte o fet idoni per produir-les conforme a l’Ordenament jurídic”. Un exemple d’“acte” és la promesa unilateral; procedeixen de “fets” les obligacions d’ aliments (art. 433), la gestió oficiosa i l’enriquiment sense causa.

El tema de les “altres” fonts, que no són el contracte i l’acte il·lícit apareixerà com la “tercer font” en la Segona Part II. 2 d’aquest treball.

II. LA PRESENTACIÓ DE LES FONTS DE LES OBLIGACIONS EN ELS ORDENAMENTS JURÍDICS

Hi ha dos punts de vista: la seva exposició i la seva funció.

L’examen de les exposicions legals de les fonts mostra dues maneres de presentar-les: la que podríem anomenar programàtica i l’enumerativa. La

presentació programàtica exposa les fonts no sols per la seva eficàcia creadora d'obligacions sinó en base de les “rationes iuris” en que es fonamenten i que justifica la seva eficàcia; a més la diferència dels fonaments determina la qualificació de les obligacions. En canvi, la presentació enumerativa és abstracta i només té en compte l'eficàcia creadora de les obligacions sense indicar-ne el fonament que, per tant, s'ha de deduir de cadascuna.

Les fonts de les obligacions sí que tenen una funció comuna en tots els Ordenaments. Consisteix en que són el criteri sistemàtic d'ordenació de les normes. En principi a cada font li correspon exhaustivament la seva regulació. Llevat del contracte ja que la seva significació com a font i l'extensió de la regulació dels contractes en particular impedeix que pugui abastar-la.

1. Les exposicions programàtiques

Se'n poden distingir dues. La del Dret Romà en què els fonaments que justifiquen les diferents fonts són la seva conformitat o disconformitat amb la Llei, és a dir, la licitud o il·licitud; les obligacions resulten doncs de la conformació o de l'oposició de la Llei. La del Cc.fr. en que es té en compte la força creadora: l'autonomia de la voluntat que té la seva plenitud en el contracte i la Llei en les fonts no convencionals. No equival a la dualitat romana perquè la licitud correspon al contracte i a una font no convencional que és quasicontracte.

1.1 La licitud i la il·licitud, en el Dret Romà

Les dues fonts principals, els contractes i la responsabilitat extracontractual, designen la “summa divisio” de les fonts que és la seva relació amb la Llei. Segons li siguin o no conformes seran assignades als àmbits de la licitud i la il·licitud, sense que, en aquest, hi càpiga un “tertium genus”. La dualitat d'àmbits l'exposa estrictament les Institucions de Gai. III. 88 (“Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto”). Aquesta dualitat la manlleven i desenvolupen les Institucions de Justinià que eixamplen els respectius àmbits de la licitud i la il·licitud amb els quasicontractes i els quasidelictes (Inst. 3-13 que utilitza “ex maleficio”, “quasi ex maleficio”). Són doncs àmbits equilibrats.

El resultat és, a més, establir la jerarquia de les fonts nominades respectes de les fictícies (“quasi”). En tots els casos les fonts exerceixen la funció ordenadora de la normativa. L'ordre és el següent: les obligacions “ex contractu” (Inst. 3-14 a -26), les “quasi ex contractu” (Inst. 3-27), les “ex delictu” (Inst. 4-1 a -4) i les “ex quasi delictu” (Inst. 4-5). La inserció dels

quasicontractes en l'àmbit de la licitud és clara en els exemples del Dig. 44-7-5.1 a 15: la gestió oficiosa, la tutela, l'hereu gravat amb llegats i el cobrament de l'indegut. A part, les fonts acompleixen la funció ordenadora de la normativa encara que no exhaustivament.

1.2 El conveni i el no conveni, en el Cc.fr.

El Cc.fr. (inicialment "Code civil des Français". L.30 ventòs de l'any 12 = 21-III-1804), com se sap, no té un Llibre específic per a les obligacions i els contractes, com el Llibre Quart del Cc.esp. sinó que s'inclouen en el Llibre III i últim "De les diferents maneres en que s'adquireix la propietat". Aquest Llibre III inclou les successions (Tít.I), les donacions i els testaments (Tít.II) i les obligacions en el Tít.III. Aquest Tít.III s'intitula "Dels contractes o de les obligacions convencionals en general" i el Tít.IV s'intitula per exclusió "Dels compromisos (engagements) que es formen sense convenció" (Llibre III. Tít. IV).

El Cc.fr. manté la prioritat del contracte (Tít.III) com a "principium divisionis" de les fonts però ja no com a símbol de la licitud sinó de la plenitud de l'autonomia de la voluntat manifestada en la seva estructura bilateral. No es contraposa a il·licitud sinó a no conveni (Tít.IV "sense convenció"; art.1370), de manera que les obligacions es divideixen en convencionals i no convencionals (Joseph-Marie Bertrand-de-Greuille [1758-1833] i Jean Dominique-Leonard Tarrible [1752-1821] a Fenet.XIII. pàg. 469 i 479 respectivament). Segons l'art. 1370 les fonts no convencionals es classifiquen en dos grups: "la sola autoritat de la llei" i els "fets personals" dels obligats. L'autoritat de la llei es limita a les "obligacions constituïdes involuntàriament". Els fets personals són dos: els "purament" voluntaris", els quasicontractes de gestió oficiosa i pagament de l'indegut (arts. 1371 ss.), i els fets que causen danys a altri culposament que són els delictes i els quasidelictes (arts. 1382 ss). Per tant, el Cc.fr. reconeix un total de cinc fonts de les obligacions per l'afegitó de la llei.

L'esquema del Cc.fr. conveni/no conveni és desequilibrat perquè el primer és una sola font mentre que el no conveni abasta les altres tres romanes, un de lícit i els dos il·lícits, i inclou la llei.

La inclusió de la llei com a font de les obligacions també tenia una funció programàtica dintre de l'àmbit no contractual. El Cc.fr. (art. 1370,3) crea la categoria de les obligacions legals utilitzant les obligacions quasi contractuals romanes que deriven de situacions involuntàries (Jean Baptiste Treilhard [1742-1810/, a Fenet. XIII. pàg. 464), en concret la comunitat (Inst.3-27.3) i la tutela (esmentada en Dig.44-7-5.1; Inst.3-27.2.).

El motiu de l'escissió era remarcar la funció creadora de la voluntat que així esdevenia l'element comú al quasicontracte i al contracte (Bertrand-de-Greuille i Tarrible a Fenet.XIII. pàg.469 i 480 respectivament). A la pràctica la llei només té importància classificatòria però no reguladora perquè, a diferència de les altres fonts, no encapçala una normativa pròpia. L'art. 1370,3 posa com a exemples d'obligacions legals (“tels que”) les entre propietaris veïns i les de les administracions com la tutelar i deixa oberta la designació d'altres que pugui fer el propi Codi (Tarrible. ob.cit. pàg. 481). Les seves regulacions es troben en els apartats de les parets veïnes i de la tutela.

Els quasicontractes, reduïts als voluntaris, es defineixen com “els fets purament voluntaris de l'home dels que en resulta una vinculació qualsevol envers un tercer i a vegades una vinculació recíproca de les dues parts” (art. 1371). La seva licitud els diferencia dels delictes i quasi delictes. El seu fonament és l'equitat (Treilhard i Bertrand-de-Greuille a Fenet.XIII respectivament pàgs. 466 i 469). Són la gestió oficiosa (arts. 1372-1375) i el cobrament o pagament de l'indegut (arts. 1376-1381). Sobre la dualitat els parers discrepaven; si eren els més habituals o els dos únics (respectivament Bertrand-de-Greuille i Tarrible a Fenet.XIII. pàg. 470 i 482).

Pot semblar que el Cc. esp. segueix el Cc.fr. perquè també utilitza “obligacions que es contreuen sense conveni” (Ll.IV. Tít.XVI). És una expressió que ja es troba al Llibre III del Proy. de Cc. de 15-IX-1836 que parla “De las obligaciones que se forman sin convenio o de los cuasi-contratos, delitos y cuasi-delitos” al Tít XVIII (arts. 1839 ss.) com en el Cc.fr. També és el rètol del Tít.XXI “De las obligaciones que se contraen sin convención” (arts. 1890 ss.) del L.III del Proy. Cc.1851. L'art. 1890 distingeix tres fonts de les obligacions: el pacte, el ministeri de la llei i el fet. La llei és el propi Codi i els fets es qualificaven de quasicontractes, de delictes “y de culpa o negligencia”. Tanmateix en el Cc. esp. (i en el Proy. 1851) el “sense conveni” és un nom que substitueix el de quasicontractes de l'art. 1089. Tant en els Proys. 1836 i 1851 com en el Cc. esp. els quasicontractes només ho han estat la gestió oficiosa i el pagament de l'indegut.

2. Les exposicions enumeratives

L'exposició de les fonts pretén la seva formulació neutral, és a dir, només tenint en compte la seva eficàcia. Per això l'Ordenament enumera les fonts pels seus noms. Té dues variants.

2.1 L'enumeració jeràrquica de les fonts

L'Ordenament estableix en l'encapçalament de la matèria de les obligacions el llistat de les seves fonts. La neutralitat no és absoluta perquè s'ordenen de

major o menor qualitat, de la llei a l'acte il·lícit. En el cos de cada Codi tenen, a més, l'habitual funció de sistematitzar i ordenar la normativa.

Un exemple ho és el Cc. austr. (“Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch”. ABGB.8-VI-1811) que tracta de les obligacions i contractes en la seva Segona Part “Dels drets patrimonials”. Segona Secció. “Dels drets patrimonials personals”. El seu art. 859 parla de “fonament” (Grund) de les obligacions que són tres: la Llei (“immediatament en la llei”) com el Cc. fr. el negoci jurídic, que substitueix el contracte (arts. 860 ss.), i l'acte il·lícit.

També hi ha enumeració jeràrquica en el primer Cc. it. unitari (“Codice civile del Regno d'Italia”. R.D.25-VI-1865) Llibre III. Tit.IV “De les obligacions i dels contractes en general” i del Cc. espanyol. Se separa doncs del Cc.fr. i no utilitza la contraposició entre contracte i no contracte. L'art. 1097 enumera cinc fonts, “causes”, començant per la llei, seguida pels contractes i quasicontractes sense classificar-les ni posar-ne exemples, segueixen el delictes i el quasidelictes.

El Cc.esp. també estableix les cinc fonts (art. 1089) però desapareixen el delictes i el quasidelictes substituïts per les conductes il·lícites i la culpa o negligència que és la no penada per la llei penal (arts. 1093; 1902). Com s'ha dit els quasicontractes canvien el seu nom per “obligacions que es contreuen sense conveni en el Tít. XVI del L.IV. La llei (també en l'art. 1890,1 Proy. Cc. 1851 “por solo el ministerio de la ley”) només serveix per aïllar les obligacions que neixen sense la voluntat de l'obligat. Així ho palesa l'art. 1890,3 Proy. Cc. esp. 1851 “Las obligaciones constituídas por la ley, son las que se determinan en este Código, por consideraciones de interés público o de equidad, tales como las de los tutores, servidumbres, medianerías y otros”. García Goyena indicarà el caràcter exemplar de l'enumeració i comentarà que “apenas hay un título en los libros 1 [“De las personas”] y 2 [“De la division de los bienes y de la propiedad”] donde no se encuentren otros [ejemplos/: de consiguiente no pueden ser materia de este titulo” que és el 21 “De las obligaciones que se contraen sin convencion” del L.Tercer.

El Cc. it.(16-III-1942) en el seu Llibre IV. Tit. I dedica un article preliminar (l'art. 1173) a enumerar les quatre fonts: contracte, fet il·lícit i “qualsevulla altre acte o fet idoni per produir-les conforme a l'Ordenament jurídic”. Un exemple d’“acte” és la promesa unilateral i procedeixen de “fets” les obligacions d'aliments (art. 433), la gestió oficiosa i l'enriquiment sense causa.

2.2 L'exposició de les fonts com a ordenadores de la normativa

És la dels Ordenaments en que no existeix una norma que estableixi les fonts de les obligacions sinó que s'exposen en el cos de la normativa en la que apareixen com els encapçalaments que la sistematiza i ordena.

La postura més extrema és la del primer Cc. port. (“Código Civil Português”. L.1-VII-1867) que va adoptar una distribució original allunyada del Cc. fr. i del Cc. it. 1865. El Codi es divideix en quatre Parts. La Primera “De la capacitat civil” amb un Llibre únic. La Segona Part “De l'adquisició dels drets” regula els drets reals en el Llibre I i els de crèdit en el Llibre II “Dels drets que s'adquireixen per fet o voluntat pròpia i d'altres conjuntament”. En ell s'hi distingeixen els contractes i les obligacions en general (Tít.I) i en particular (Tít.II). El Llibre III tracta “Dels drets que s'adquireixen per mer fet d'altri i dels que s'adquireixen per simple disposició de la llei”; s'hi regulen la gestió de negocis i les successions. La Tercera Part és “Del dret de propietat” i la Quarta Part “De la infracció (“ofensa”) dels drets i de la seva reparació” i és la seu de la responsabilitat civil.

Els dos Drets d'Obligacions suïssos tampoc no tenen llistat de fonts sinó que resulten de la sistemàtica. L'esmentada Llei federal sobre els Dret d'obligacions de 1881 en el seu Tit. Primer “Naixement de les Obligacions” no parla ni de font ni de fonaments. Té quatre Apartats encapçalats pels respectius rètols: el contracte (arts.1-49), els “actes il·lícits” (art.50-75), l'enriquiment injustificat (“Ungerechtfertigte Bereicherung” arts.70-75) i les “obligacions resultants d'altres fonaments” (aus anderen Gründen. art.76). La segona Llei (“Das Obligationenrecht”. OR.L.30-III-1911) reproduïx l'anterior. La Primera Part “Regles generals”. Títol Primer “Naixement de les Obligacions” es divideix en Seccions cadascuna encapçalada per una font diferent. Són contractes (Secció 1^a, arts.1 ss.), accions il·lícites (Secció 2^a arts. 41 ss.) i enriquiment injustificat (Secció 3^a, arts. 62 ss.). Suprimeix els “altres fonaments”.

Els Ordenaments civils alemanys tampoc enumeren les fonts de les obligacions sinó que es dedueixen de la seva sistemàtica. El Cc. Saxònia de 1865 dedica la seva Tercera Part al “Dret dels crèdits”. L'Apartat (Abteilung) Primer és “Dels crèdits en general”. Les seves Primera i Segona Secció (Abschnitt) són per a les obligacions i la Tercera per a les “modalitats de naixement”: el contracte i els actes il·lícits. Les Quarta i Cinquena són per a la transmissió i l'extinció dels crèdits. En l'Apartat Segon es regulen “els tipus particulars de crèdits” repartits en tres Seccions: els procedents dels contractes en especial, els procedents dels actes il·lícits i els “crèdits procedents de diferents fonaments” (Forderungen aus verschiedenen Gründen, arts. 1518-1567). Aquests “diferents fonaments” són les condicions, els danys i l’“actio ad exhibendum”. El “Projecte d'una

Llei general alemanya de relacions obligatòries”. 1866 (“Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldsverhältnisse”. Dresden. 1866) divideix la matèria de les obligacions en dues Parts. La Primera Part “De les relacions obligatòries en general” tracta de les obligacions, dels contractes en general i dels actes il·lícits també en general. La Segona Part “De les relacions obligatòries en particular” està dedicada, per aquest ordre, als contractes en particular, a l'enriquiment “inadequat”, als actes il·lícits i a l’“actio ad exhibendum”. El Codi civil alemany (“Bürgerliches Gesetzbuch”. BGB.L.18-VIII-1896, vigència 1-I-1900) tampoc enumera les fonts. Dedicava el Llibre Segon al “Dret de les relacions obligacionals”. La seva Secció Segona correspon al contracte com a font de les obligacions. La Secció Setena “De les relacions obligacionals en especial” té 20 Títols per als diferents contractes, amb inclusió de la gestió oficiosa en un Títol propi (Tít.11). Els Títols 20 al 25 (que és el final) es refereixen a fonts obligacionals de les que no s'indica cap tret comú: l'assignació i l'emissió d'un títol valor; tot seguit es regulen l'obligació d'exhibir una cosa que es reclama, l'enriquiment injustificat i la conducta il·lícita.

El “Projecte de Codi de les Obligacions i dels Contractes” italo-francès aprovat a París l'octubre de 1927 és una temptativa de regulació supranacional (sobre la seva història vid. Alpa. pàgs. 43 ss.). La Relació Preliminar § 5 (Consiglio. pàgs. 200 ss.) explica els dubtes dels redactors i de com varen decidir no incloure una proclamació prèvia de les fonts en contra dels arts. 1370 Cc. fr. i 1097 Cc. it. Es donava com a motiu el seu didacticisme inútil, però el real era la dificultat d'encabir la font consistent en la Llei i la necessitat d'incloure el testament com a font d'obligacions. En el Tít. I Cap. I “Fonts de les Obligacions” es coneixen perquè són els encapçalaments de les successives Seccions: els contractes, la promesa unilateral, la gestió de negocis i el pagament de l'indegut, els actes il·lícits, l'enriquiment sense causa i l'obligació d'exhibir la cosa.

El segon i vigent Codi civil portuguès (“Código civil”. DL. 25-XI-1966, vigència 1-VII-1967) dedica a les Obligacions el seu Llibre II “Dret de les Obligacions”. El Tít. II “De les obligacions en general” tracta i regula en el Cap. II les “Fonts de les obligacions”. Però no hi ha una norma que les exposi sinó que també s'han de deduir de la sistemàtica del Codi sinó que les cinc fonts de les obligacions encapçalen les cinc seccions del Cap. II: els contractes, els negocis unilaterals, la gestió de negocis, l'enriquiment sense causa i la responsabilitat civil.

El DCFR (“Draft Common Frame of Reference”) no té una norma d'exposició de les fonts que s'han de deduir dels encapçalaments dels diferents llibres. Els contractes i altres actes jurídics (L. II, ampliat als Ll. III i IV), la gestió oficiosa (L. V), la responsabilitat “no contractual” resultant de danys a altri (L. VI)

i l'enriquiment injustificat (L. VII). Els Llibres II i III DCFR (Obligacions i drets corresponents) procedeixen dels PECL (Principles, Definitions, pàg. 27) amb la dualitat d'obligacions contractuals i les no contractuals que abasten enriquiment injust, gestió de negocis i actes il·lícits.

III. LA FUNCIO SISTEMÀTICA DE LES FONTS DE LES OBLIGACIONS EN UN ORDENAMENT. LA LOCALITZACIÓ DELS CONTRACTES EN ESPECIAL

Com s'ha dit, la funció sistemàtica, o més pròpiament sistematitzadora, de les fonts és comuna a tots els Ordenaments i consisteix en que són el criteri d'ordenació de la normativa de les obligacions.

La idea inicial és que cadascuna de les fonts sigui el seti que contingui tota regulació de les obligacions que en neixen. Tanmateix aquesta idea xoca amb l'amplitud de la matèria contractual que abasta el contracte en general i els contractes especials.

Els Ordenaments resolen el problema de dues maneres. La primera, que representa el Cc.fr. opta perquè els contractes en especial tinguin una localització pròpia fora i després de les diferents fonts :contractes en general, actes no contractuals i actes il·lícits, i de les seves respectives regulacions. En aquests Ordenaments la funció sistemàtica de les fonts és limitada ja que no abasta els contractes en especial. La segona manera és fer un "continuum" normatiu del contracte en general i dels especials i només després d'aquests donar entrada a les altres fonts. Llavors la funció sistemàtica de les fonts s'imposa també en la matèria contractual.

1. La limitació de la funció sistemàtica de les fonts

És imputable a la feblesa de la força sistemàtica del contracte que no abasta la totalitat de la seva matèria sinó que es limita al contracte en general i no es projecta sobre els contractes en especial que resten exclosos de la sistemàtica de les fonts. S'hi poden distingir la postposició i l'exclusió.

1.1 La postposició dels contractes en especial en els Codis civils generals

El seu model és el Cc. fr. que regula les fonts de les obligacions en l'extens Llibre Tercer. En el seu Títol III regula els contractes i les obligacions i en el Tít. IV els quasicontractes i els actes il·lícits. Els títols següents, del V al XVII, es destinen als contractes en especial, començant per les capitulacions matrimonials. La postposició dels contractes en especial a la regulació de les quatre fonts indica que la funció sistematitzadora del contracte s'esgota en

ell, tot i que inclogui l'obligació, i la de les fonts s'esgota en l'art. 1386 Cc fr. últim dels actes il·lícits. La regulació dels contractes en especial, tot i la seva extensió (arts. 1387 a 2203, últim de les hipoteques), és apendicular respecte de les fonts.

El Cc. Vaud ("Code civil du Canton de Vaud".11-VI-1819) copia l'ordenació del Cc. fr. És la en el Llibre Tercer, Segona Part "De les Obligacions i els seus efectes". El seu Títol I és el dels contractes i les obligacions i el Tít. II, "Dels compromisos que es formen sense convenció", el de les obligacions per quasicontracte i acte il·lícit. Els Títols III a XIII són per als contractes.

El Cc. it. de 1865 dedica a les obligacions el Llibre III a partir del Tit. IV "De les obligacions i dels contractes en general". En el Cap. I enumera les "causes" de les obligacions. En els Caps. II a V regula les obligacions i les seves proves. En els Títols V a XXIII regula els contractes en particular.

El Cc. port. vigent en el seu Llibre II "Dret de les Obligacions". El Tít. I "De les obligacions en general" tracta i regula en el Cap. II les "fonts de les obligacions" que són cinc:els contractes,els negocis unilaterals,la gestió de negocis, l'enriquiment sense causa i la responsabilitat civil. En els Caps. III i ss. tracta de les "Modalitats de les obligacions". En els Caps. V i VI de les garanties. El Tít. II regula els "Contractes en especial".

1.2 La postposició dels contractes en especial en les Lleis d'Obligacions

Són les Lleis que només regulen les obligacions. Les dues Lleis federals suïsses,de 1881 i 1911 i el Projecte italo francès de 1927. La funció ordenadora de les fonts també és incompleta ja que els contractes en especial es regulen després de les obligacions procedents de fonts no contractuals,actes il·lícits i enriquiment injustificat. Però hi pot haver altres motius.

En les Lleis federals suïsses aquest altre motiu és la inclusió d'una part del Dret Mercantil de la Confederació començant per les societats.

La primera "Llei federal del Dret d'Obligacions".1881 en el seu Títol Primer "Naixement de les obligacions" té els quatre Apartats ja vistos: el contracte, els "actes il·lícits", l'enriquiment injustificat i les "obligacions resultants d'altres fonaments. Els Títols 2n a 34 regulen les obligacions i els contractes especials. Dintre d'ells, els Títols 24 a 33 regulen les societats mercantils i els títols valors.

El vigent Codi d'Obligacions suís de 1911 ordena les fonts a la Primera Part "Regles generals". Títol Primer: "Naixement de les Obligacions": contractes, accions il·lícites i enriquiment injustificat. El Títol Segon conté les obligacions en general. Els contractes en especial es regulen a la Segona Part.

La Tercera Part correspon a les societats mercantils i a les companyies; la Quarta al Registre mercantil i la Cinquena als títols valors.

El Projecte italo-francès de les Obligacions de 1927. El seu Tít. I. “Disposicions generals” aplega les fonts de les obligacions i en regula els efectes, llevat dels contractes i la regulació dels contractes i de les obligacions. Els restants Títols, del II al XX es dediquen als contractes en especial. El motiu de la postposició és que els redactors del Projecte pensen en termes de la distinció Part general i Part especial que consideren existent en els respectius Codis civils, tot i que no hi existeixi com a divisió sistemàtica. La Part General (Consiglio. pàgs. 189 ss.) abastaria a les obligacions i els contractes en general que són la matèria dels Títols III i IV del Llibre III del Cc.fr. i del Tít. IV del Llibre IV del Cc. it. Aquesta matèria serà la del Tít. I “Disposicions generals” del Projecte. La Part Especial (Consiglio. pàgs. 195 ss.) es considera que comença en els respectius Codis amb el primer contracte que són les capitulacions i que en el Projecte serà la compra-venda. Tanmateix el Projecte no utilitza la Part Especial com a divisió sistemàtica.

1.3 L'exclusió dels contractes en especial

La limitació de la funció ordenadora de les fonts té la màxima expressió en els textos que, tot i regular les obligacions i les seves fonts, en deixen fora els contractes en especial. Es regulen en un Llibre independent.

El Cc. hol. en el seu Llibre 6 “El Dret de les obligacions” dedica el seu Tít.1 a les Obligacions en general, el Tít.2 al traspass de crèdits i deutes i a la renúncia als crèdits. Quant a les fonts, com ja s’ha dit, el Tít.3 conté els actes il·lícits; el Tít.4 és per a les “Obligacions que neixen d’altres fonts que no siguin actes il·lícits o acords”. Els acords es regulen en el Tít. 5. Però els contractes en particular es regulen en un Llibre a part, el Llibre 7.

En el DCFR les fonts de les obligacions fan de divisoris sistemàtics. Els contractes i els actes jurídics (L. II), els contractes específics (L. IV), la gestió oficiosa (L. V), la responsabilitat (L. VI) i l’enriquiment injustificat (L. VII).

2. La plenitud de la funció sistemàtica de les fonts

Es palesa en què s’hi sotmeten àdhuc els contractes en especial. D’això en resulta que les fonts estenen la seva funció ordenadora sobre la totalitat de la matèria de les obligacions, de manera que la regulació dels quasicontractes i als actes il·lícits no apareix fins que no s’ha esgotat la matèria contractual. Normalment la plenitud passa pel reforçament de la funció sistemàtica del contracte que abasta tant el contracte en general com els contractes especials. Però pot no ser així quan en l’Ordenament hi ha una Part

General, on hi ha el contracte, i una Part Especial on hi ha, entre d'altres, els contractes en especial.

2.1 La funció sistemàtica del contracte abasta al contracte en general i als contractes especials

El Cc. austr de 1811. La seva Segona Part. Segon Apartat regula primer el contracte en general (Cap. 17) i els contractes en especial (Caps. 18 a 29). Finalment es regula la indemnització de danys (Cap. 30 “Dels drets de la reparació de danys i de la satisfacció”) que excedeix dels actes il·lícits per abastar situacions com l'estat de necessitat (§ 1306 a) o la prestació, en un cas de necessitat, de servei inútils que han impedit l'útil (§ 1312).

La Codificació espanyola, tot i el seguiment del Cc. fr. en rebutja la sistemàtica en matèria d'obligacions i regula els quasicontractes i els actes il·lícits després dels contractes en especial. Aquesta ordenació es remunta al Llibre III del Proy. de Cc. de 15-IX-1836 que trasllada les “obligaciones que se forman sin convenio o de los cuasi-contratos, delitos y cuasi-delitos” al Tít XVIII (arts.1839 ss.) després del darrer dels contractes en especial que és el de fiança (Vid. la seva Exp. de Mot. a Lasso. pàg. 118). El mateix fa el Llibre III del Proy. Cc. de 30-IV-1851 que posa “De las obligaciones que se contraen sin convencion” en el Tít. XXI que són els quasicontractes (arts. 1890 ss.) després de la hipoteca i el Registre. Igualment el Llibre IV del Cc. esp. que col·loca “De las obligaciones que se contraen sin convenio” en el Tít. XVI després de tota la matèria contractual (Tít. II a XV). Florencio García Goyena (com. art. 1890 Proj. Cc. 1851) justifica en el Dret Romà el desplaçament de les fonts no contractuals al final del Llibre III en contra del model del Cc. fr. “En las Instituciones [de Justinià] no se trató de las obligaciones sin convención hasta haber recorrido todas las convenciones; en los Códigos modernos sucede lo contrario; en el orden natural de las ideas parece preferible el primer método”. Les Inst. de Justinià (3-13) regulen primer les obligacions “ex contractu” (Inst.3-14 a -26), després les “quasi ex contractu” (Inst.3-27), les “ex delictu” (Inst.4-1 a -4) i les “ex quasi delictu” (Inst. 4-5).

El Cc. alemany dedica el seu Llibre Segon al “Dret de les relacions obligatòries”. Tot i que no s'empren aquestes denominacions s'hi pot distingir (Oertmann. pàg.805) una Part General de les obligacions (Seccions 1^a a 6^a) i una Part Especial que comença a la Secció 7^a “Relacions obligatòries particulars”. Aquesta Secció 7^a està dividida en 25 Títols que es dediquen a altres tantes figures tipificades: contracte d'intermediació, promesa unilateral, etc. L'enriquiment injustificat és en el Tít. 24 i els actes il·lícits en el Tít. 25.

Al Cc.it. cada font abasta la seva matèria. Els contractes en general i en particular (Tít. II i III), la promesa unilateral (Tít. IV), els títols de crèdit (Tít. V) la gestió de negocis (Tít. VI), el pagament de l'indegut (Tít. VII), l'enriquiment sense causa (Tít. VIII) i els fets il·lícits (Tít. IX).

2.2 La funció sistemàtica del contracte no abasta el contracte en general i els contractes especials

Malgrat això el sistema general de fonts manté la seva força ordenadora de manera que els contractes en especial s'avantposen a les altres fonts.

Es troba en dos Ordenaments alemanys que organitzen la regulació en forma de Part General i Part Especial. La primera correspon a la dualitat contracte i acte il·lícit en general. De manera que els contractes en especial es regulen després del contracte i l'acte il·lícit en general. Hi ha dos exemples.

El Cc. de Saxònia no explicita la dualitat de parts. Però la seva Tercera Part "Dret dels crèdits", Apartat Primer "Dels crèdits en general", Tercera Secció regula els contractes i els actes il·lícits en general. I en l'Apartat Segon regula "els tipus particulars de crèdits" repartits en tres Seccions: els procedents dels contractes en especial, els procedents dels actes il·lícits i els "crèdits procedents de diferents fonaments" entre ells l'"actio ad exhibendum" i l'enriquiment injustificat.

El "Projecte d'una Llei general alemanya de relacions obligatòries". 1866 si que fa explícita la dualitat de Parts. La Primera Part "De les relacions obligatòries en general" tracta de les obligacions, dels contractes en general i dels actes il·lícits també en general. La Segona Part "De les relacions obligatòries en particular" es dedica, per aquest ordre, als contractes en particular, a l'enriquiment "inadequat", als actes il·lícits i a l'"actio ad exhibendum".

SEGONA PART: L'ENRIQUIMENT INJUSTIFICAT COM A FONT D'OBLIGACIONS

Hi tracto dues qüestions. La primera és el seu procés d'incorporació a la codificació del s. XIX bandejant la figura del quasicontracte. La segona és la temptativa de bastir la institució en el Dret Català.

Primera Secció: Del quasicontracte a l'enriquiment injustificat en la Codificació civil del s. XIX

I. EL QUASICONTRACTE COM A FONT D'OBLIGACIONS

El Cc. fr. de 1804 situa els quasicontractes (arts. 1371-1381) dintre els "compromisos (engagements) que es creen (forment) sense convenció" (Llibre III. Tít.IV). Com s'ha dit, aquesta ampla categoria es divideix en obligacions que neixen de la llei (art. 1370,2) i obligacions que resulten dels "actes personals de l'obligat" (art. 1370,4) que són els quasicontractes (arts. 1371-1381) i els delictes i els quasidelictes (arts. 1382-1386). El motiu de l'escissió era remarcar la funció creadora de la voluntat com a element comú al quasicontracte i al contracte de manera que la distinció estava en l'estructura, unilateral o bilateral.

Els quasicontractes es defineixen com "els fets purament voluntaris de l'home dels que en resulta una vinculació qualsevol envers un tercer i a vegades una vinculació recíproca de les dues parts" (art. 1371). La seva licitud els diferencia dels delictes i quasi delictes. El fonament de la seva eficàcia obligatòria és l'equitat.

Com també, s'ha dit, la consideració dels quasicontractes com a "actes voluntaris" redueix la categoria dels cinc quasicontractes romans (Dig. 44-7-5; Inst. 3-27) a la gestió oficiosa i al pagament de l'indegut (esmentats a Dig. 44-7-5; Inst. 3-27) i exclou els altres tres: la tutela, la comunitat i la qualitat d'hereu deutor dels llegats (Jean Dominique-Leonard Tarrible [1752-1821] a Fenet. XIII. pàg. 479). La gestió oficiosa (arts. 1372-1375) crea l'obligació d'acabar-la. El pagament de l'indegut (arts. 1376-1381) es presenta des de dos punts de vista; l'acte de cobrament de l'indegut crea sempre l'obligació de restituir (art. 1376); l'acte del pagament de l'indegut, si és erroni, crea el dret de repetició llevat que el cobrador hagués inutilitzat el seu títol (art. 1377; Tarrible a Fenet XIII. pàgs. 485, 486).

El Cc. de Vaud de 1819 té una configuració idèntica en el Llibre Tercer. Segona Part "De les Obligacions i els seus efectes". El seu Tít. II és el "Dels

compromisos que es formen sense convenció” sigui per la sola autoritat de la llei, quan són “compromisos involuntaris”, o per “un fet personal” que es pot qualificar de quasicontracte o de delictes o de quasidelictes (art. 1022). Els dos quasicontractes, gestió oficiosa i pagament de l'indegut, es regulen en els arts. 1023-1033 i se'ls afegeix l'obligació dels propietaris de paret i de finca comunes ruïnoses de rescabalar la reparació feta per l'altre propietari (arts. 1034 ss.).

Deixant a part la Codificació espanyola, ja esmentada, també les va seguir la codificació italiana vgr. el Codi civil pel Piemont (cap. Torí) i Sardenya (“Codice civile per gli Stati di S.M. il Ré di Sardegna. 20-I-1837) en els arts. 1489 ss. i el Cc. ital. 1865 que va definir el quasicontracte com un fet voluntari i lícit en els arts. 1140 ss.

II. LA DESAPARICIÓ DELS QUASICONTRACTES I L'APARICIÓ DE L'ENRIQUIMENT INJUSTIFICAT

Els Codis germànics no utilitzen la categoria romano/francesa dels quasicontractes com a tercera font obligacional, al costat de les obligacions i dels actes il·lícits. Els fets determinants d'aquesta desaparició són dos. El primer és que la gestió oficiosa no es considera una institució autònoma sinó que s'inclou en el mandat. El segon, i més important, és que en base al pagament de l'indegut es restaura la “condictio indebiti” romana i, de la seva mà, la resta de les “condiciones”, excepte la “c. furtiva”.

1. L'assignació de la gestió oficiosa i del pagament de l'indegut a institucions diferents

És una localització anterior a la Codificació. Per posar un exemple, Pothier (1699-1772) incloïa en el contracte de préstec el quasicontracte de “promutuum”, si l'objecte era fungible (Traité du Prêt de Consomption, n° 131 ss. Oeuvres. V), i el de la “condictio indebiti” independentment de la naturalesa de la cosa (ob. cit. n° 140 ss.) i exposava el quasicontracte de gestió oficiosa en un Apèndix al contracte de mandat (Contrat de Mandat n° 167 ss. Oeuvres. VI).

El Cc. austr. de 1811 que, inclou la Llei entre les fonts de les obligacions, no hi esmenta els quasicontractes (§ 859). Tampoc no hi ha cap consideració unitària dels dos exemples francesos. La gestió oficiosa clou el Capítol del mandat (§ 1035 ss.), es refusa la legitimació del gestor i se la fa font de responsabilitat. El pagament de l'indegut s'inclou en el pagament (§§ 1431 ss.).

2. L'aparició de l'enriquiment injustificat. “Les condictionses”

L'enriquiment injustificat és una institució creada el s. XIX. a partir de les “condictiones” del Dret Romà.

Les “condictiones” són els crèdits a la restitució de coses la propietat de les quals s'ha transmès per la “datio” i, per tant, no es poden reivindicar (vid. les exposicions de Jörs, Paul (1856-1925)- Kunkel, Wolfgang (1902-1981): “Derecho” § 155 i Schulz, Fritz (1879-1957): “Derecho...” nº 1041 ss.). Es troben a Dig. 12-4 a 7; Dig. 13-I i a Cod. 4-5 a 9.

Són la “c. indebiti” (Dig. 12-6; Cod. 4-5) per pagament erroni de l'indegut; la “c.ob causam datorum” (Cod. 4-6) o “causa data causa non secuta” (Dig. 12-4) per dació en contemplació de fet futur no acomplert vgr. la constitució de dot per matrimoni frustrat o la prestació present en consideració d'una prestació futura que no es fa; la “c.ob turpem vel iniustam causam” (Dig. 12-5; Cod. 4-7) com la recepció d'una cosa per abstenir-se d'un delicte. La “c. sine causa” era la “condictio generalis” (Dig. 12-7) que incloïa tant la manca inicial com la “c. ob causam finitam” (Dig. 12-7-1.2) vgr. el compliment del contracte en relació a les arres pagades. En la Codificació en restarà fora la “c.furtiva” (Dig. 13-1) perquè el furt no transmetia la propietat i, per tant, hi ha l'acció reivindicatòria a més de la creditícia.

La creació de la nova institució de l'enriquiment injustificat correspon a la cultura jurídica germànica. Primerament en el Codis civils dels Cantons de la Suïssa germànica que el lliguen a les quatre “condictiones”. Després per l'elaboració doctrinal de Windscheid que és el seu veritable creador i qui emancipa l'enriquiment injustificat de les “condictiones”. Finalment el seu ple reconeixement legislatiu en els Codis germànics unitaris: el Dret d'Obligacions suís de 1881, fonamentat en els Codis dels Cantons de la Suïssa germànica, i el Codi civil alemany de 1896.

2.1 Els precedents

A) El primer precedent és normatiu. No es refereix a les “condictiones” sinó al brocard “Nemo cum damno alterius potest fieri locupletior ” (Dig. 12-6-14; 50-17-56) aplicat a les despeses útils en cosa aliena. És al Dret Territorial prussià (“Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten”. ALR.5-II-1794) en la Primera Part. Tit. 13 Secció 3ª “De les despeses útils” § 262: “Aquell que del seu patrimoni (aus dessen Vermögen) ha estat esmerçat quelcom en utilitat d'un altre (etwas in den Nutzen eines Andern) està legitimat per demanar la devolució en natura o el rescabament del seu valor”.

B) El precedent doctrinal de la relació entre l'enriquiment i les “conditiones” és el de Savigny (1779-1861) en relació a l'esmentat Landrecht prussià. D'una banda (System. III. Beilage VIII. pàg. 451) considera jurídicament inaplicable la vella regla romana, reflectida en el Landrecht, de que ningú no es pot enriquir amb perjudici d'altri. De l'altra en tractar de les “conditiones” (System. V. “Les relacions jurídiques” [Die Rechtsverhältnisse]. Beilage XIV. “Die Conditionen”. pàgs. 523 ss. 556, 558, 563, 564) assenyala la vinculació de les “conditiones” a un enriquiment sense causa. Ho fa quan, en tractar d'elles, parla d'enriquiment (Bereicherung) sense fonament (ohne Grund, pàg. 525, grundlose pàgs. 523, 556, 558). En relació a l'enriquiment injustificat Savigny formula, doncs, un concepte bàsic de l'enriquiment injustificat, el de “procedència del meu patrimoni” (aus meinem Vermögen) equivalent “a costa meva” (auf meine Kosten”) (pàg. 523) manllenant-lo del Landrecht, malgrat que en rebutgi el principi “Nemo cum damno alterius...”.

2.2 La connexió del quasicontracte amb les “conditiones”

La fan dos juristes francesos, Charles Aubry (1803-1883) i Charles Rau (1803-1877), en traduir i anotar l'obra d'un jurista alemany Karl Salomo von Zachariä (1769-1843). Aquest era professor de la Universitat de Heidelberg, pertanyent al Gran Ducat de Baden on regia el Codi civil francès, que escriu un manual sobre el Cc. fr. (“Handbuch...”. 1ª ed. 1808). És una obra que segueix un pla propi, l'anomenat “mètode de Zachariä” inspirat en les Pandectes, al marge de la sistemàtica del propi Cc. fr. i del mètode de l'Escola de l'Exegesi. La importància del “Handbuch” rau en què es una aportació germànica a la interpretació del Cc. fr.

Aubry i Rau, ambdós professors a la Universitat d'Estrasburg fins a l'atribució de l'Alsàcia a Alemanya l'any 1871 arran del final de la guerra franco-prussiana, tradueixen i treballen sobre l'obra de Zachariä (la 1ª ed. en 6 volums és de 1839-1846, encara que se cita normalment la 4ª ed. de 1869-1879).

En l'Apartat “De les obligacions en quant vinculen el patrimoni” (“Handbuch”. I. § 254), enteses en el sentit de la garantia patrimonial universal, Zachariä les contraposa a l'obligació vinculada a una cosa concreta. I posa l'exemple de l'obligació que resulta de la despesa que s'hagi fet en una cosa aliena o “versio in rem” que és l'exemple del Landrecht prussià. Zachariä l'admet i diu que aquesta obligació, vinculada a la cosa, es fonamenta en el “Nemo cum damno alterius potest fieri locupletior”. Segons ell és un principi que correspon “a l'esperit” del Codi Napoleó, tot i que no l'expressi, i esmenta un seguit d'articles referents a l'accessió.

Aubry i Rau relacionen el quasicontracte del Cc. fr. (arts. 1371 ss.) ja no amb el brocard “Nemo cum damno” sinó amb les “condiciones” romanes i amb la manca de causa (pàgs. 536 ss.). Ho fan en un Apèndix (§ 442 bis) al quasicontracte de pagament de l'indegut (arts. 1376 ss. Cc. fr.) intitulat “De l'acció de pagament efectuat sense causa o en contemplació d'una causa contrària als bons costums i d'allò que s'ha obtingut per mitjans il·lícits (condictio vel sine causa, vel ob turpem, vel ob iniustam causam)”. Segons els autors aquesta acció es fonamenta en la manca de causa i és diferent de la “condictio indebiti” perquè no depèn de l'error del pagador. Exemples de “c. sine causa” ho són el dot sense posterior matrimoni i el lliurament d'una cosa per una causa contrària a l'ordre públic que és considera com a inexistent, com els interessos usuraris. En la infracció dels bons costums hom distingeix si està del costat del cobrador o també del pagador. L'exemple de “c. ob turpem causam” és la possessió d'una cosa obtinguda il·lícitament.

3. La substitució del quasicontracte per altres figures. La tercera font de les obligacions

Es produeix en els Codis civils germànics. Coincideixen en el rebuig de la classificació francesa, és a dir, de la quadripartició romana, augmentada per la llei com a cinquena font. Estableixen la dualitat bàsica del contracte i acte il·lícit i en comptes del quasicontracte proposen una tercera font. Alguns Codis ho fan explícitament i d'altres dintre d'un llistat d'“altres” fonts.

La tercera font evolucionarà de l'acte unilateral lícit que és el quasicontracte del Cc.fr. a les “condiciones” romanes. Aquest pas es fa sobre el pagament de l'indegut que un acte que té la doble qualificació de quasicontracte (Dig. 44-7-5; Inst. 3-27) i de “condictio indebiti” com a cobrament de l'indegut (Dig. 12-6) o com a pagament de l'indegut (Cod. 4-5). En la Codificació germànica el pagament de l'indegut perd la seva qualificació romano/francesa de quasicontracte (art. 1370,4) per assumir exclusivament la de “condictio indebiti”.

3.1 La substitució del quasicontracte per l'acte unilateral lícit

És un canvi nominal. Es troba en el Codi civil de la Ciutat i República de Berna en la seva Segona Part i Segon Apartat Principal que estava dedicat als drets de crèdit (“Zivil-Gesetzbuch für die Stadt und Republik Bern”. Zweiter Teil. Zweites Hauptstück. 18-III-1830). El seu redactor, Samuel Ludwig Schnell (1775-1849), en els seus comentaris (“Handlung”. III. pàg. 2), emprà “acte unilateral lícit” (einseitige erlaubte Handlung) per designar la tercera font, diferent dels contractes i els actes il·lícits. Tanmateix identifica aquest acte amb l'obligació legal i posa com a exemple la gestió oficiosa (“Handlung”).

III. pàg. 281) i no li atribueix regulació. Des del punt de vista legal la gestió oficiosa de negocis és a l'apartat del mandat (Satzung 796) i el pagament de l'indegut en el de l'extinció del deute per pagament (Satzung 1013).

El Codi civil de Lucerna (“Bürgerliches Gesetzbuch des Kantons Luzern”) en la seva Segona Part. Segon Apartat Principal (26-II-1839), dedicat als drets de crèdit, té la mateixa tripartició i terminologia. El seu redactor Casimir Pfyffer (1794-1875) indica que només el contracte i els actes il·lícits tenen apartat propi (respectivament els Títols Primer i Segon i el Títol Tercer) i que els actes unilaterals lícits es regulen en els contractes als que s'assembla (“Erläuterung...”. pàg. 4). La gestió oficiosa en el mandat (Cap. 5 del Tít. Segon) i el pagament de l'indegut en el pagament (§ 766).

3.2 L'aparició de l'enriquiment injustificat en els Codis dels Cantons de la Suïssa germànica

El canvi consisteix en què la font d'obligacions ja no és l'acte voluntari lícit, diferenciat del contracte, sinó l'enriquiment que és una situació o estat patrimonial. Continua, però, la vinculació amb el Dret Romà només que enfocada a una altra institució; ja no als quasicontractes sinó a les “conditiones” que es consideren com els exemples de l'enriquiment.

A) La primera acollida legislativa de l'enriquiment injustificat la fa el Codi Civil del Cantó de Zuric (“Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich”) redactat i comentat per Johann Caspar Blunstchli (1808-1881). El seu Llibre Quart “Crèdits i Obligacions” (16-IV-1855, vigència l'1-VII-1855) té una Secció 4^a “Els crèdits resultants de la cura de negocis” que inclou el mandat i la gestió oficiosa que, segons Blunstchli, es considera una relació contractual semblant a la del mandat (Comentari al § 1206).

En la Secció 5^a apareix l'enriquiment com a font d'obligacions. La Secció 5^a s'intitula “Dels crèdits a la restitució procedents de l'enriquiment inadequat” (Von den Forderungen aus ungehöriger Bereicherung auf Erstattung). Aquesta Secció estava entre el mandat (Secc. 4^a) i la societat (Secc. 6^a) i molt allunyada dels que seran els seus acompanyants habituals en altres Codis: l’“actio ad exhibendum” (Secc. 14) i la responsabilitat per acte il·lícit (Secc. 15) i la sense culpa (Secc. 16).

La configuració del “enriquiment inadequat” de la Secció 5^a (arts. 1216-1234), tal com resulta de les explicacions de Blunstchli avança moltes de les característiques de les regulacions ulteriors. La Secció 5^a fa coincidir l’“enriquiment inadequat” amb les “conditiones” ja que tots els seus articles (1216 a 1234) es refereixen a elles. No es diu explícitament però les “conditiones” acomplien la funció dels actes lícits unilaterals ja que es fonamentaven en una “datio” voluntària del perjudicat.

També n'estableix jerarquies. La Secció 5^a es divideix en dos Capítols, el Primer (arts. 1216-1228) per al pagament de l'indegut o "condictio indebiti" i el Segon (arts. 1229-1234) que abasta els "altres crèdits resultants de l'enriquiment inadequat" (Cap. 2.) que comprèn les altres "conditiones". Al seu torn, el pagament es defineix amplament incloent-hi "qualsevolga mena de prestació patrimonial" (art. 1219) que, segons Bluntschli, abastava la condonació de deutes i la prestació de serveis. Els "altres crèdits" són la "condictio ob causam datorum" (Cod. 4-6) o "causa data causa non secuta" (Dig. 12-4) que és la dació en contemplació d'un fet futur que es frustra (art. 1229); la "condictio ob turpem causam" o recepció i la dació per una finalitat immoral (arts. 1230, 1231); la "condictio ob iniustam causam" o dació per causa il·lícita (art. 1233) (les dues "conditiones" a Dig. 12-5; Cod. 4-7) i la "condictio sine causa" (Dig. 12-7) o dació per una causa que inicialment no existeix o ha vingut a mancar posteriorment (art. 1234).

La "condictio sine causa", tot i ser la darrera, es formula com la "condictio generalis" en l'art. 1234 que és la norma de tancament de la Secció 5^a i conté la fórmula que serà la definició típica de l'enriquiment injustificat. Adaptant la sintaxi alemanya a la catalana seria: "En general (Oberhaupt) qui té quelcom (was), sense fonament (ohne Grund) a costa (auf Kosten) d'un altre, tant si manca des del principi com si ha mancat posteriorment, i en tant que encara estigui enriquit, ha de tornar-ho a qui correspon aquella porció patrimonial (Vermögensbestandtheil)". Bluntschli en el seu comentari a l'art. 1234 presenta la "condictio sine causa" com la norma general subsidiària, quan les anteriors no siguin aplicables, i la considera fonamentada, com les altres, en l'equitat. Posa com a exemple de manca originària de justificació l'alienació d'una cosa per la dona casada sense consentiment del marit i de manca sobrevinguda el del creditor pagat que encara conserva el títol del seu crèdit. La subsistència de l'enriquiment s'exigeix perquè és la situació contrària a l'equitat que fonamenta l'acció de reclamació.

Les dues aportacions fonamentals del Codi civil de Zuric són la proposta de l'enriquiment com l'estat o situació que és font d'obligacions i la fórmula legal que serà el model del futur § 812.1 BGB (1896).

B) El Codi civil del Cantó dels Grisons. ("Bündnerisches Zivilgesetz". 1863) redactat per Peter Conradin Planta (1815-1902) segueix el Codi de Zuric. La Part 3^a referent a les obligacions té una Secció 1^a dedicada als contractes en general i en particular; dintre del mandat s'hi regula la gestió oficiosa (§ 391). La Secció 2^a tracta "Dels crèdits procedents de l'enriquiment inadequat".

El Cc. dels Grisons aporta, però, un canvi molt important de sistemàtica en traslladar la regla general a la primera norma de la Secció. És el § 467.1 "L'enriquiment inadequat d'una persona s'esdevé quan s'enriqueix a costa d'una altra sense justificació (ohne Rechtsgrund auf Kosten einer anderen),

és a dir quan per un directe menyscapse d'un patrimoni aliè obté un increment per al propi". El comentari de Planta exigeix que l'enriquiment sigui immediat o directe i simultani a la pèrdua. El § 468 es refereix als casos particulars que són les "condictiones".

3.3 La via legislativa alemanya

A) El Cc. de Saxònia de 1863. La seva Tercera Part "Drets de crèdit", Apartat Primer "Els diferents tipus de crèdit" no parla de l'enriquiment sinó només de les "condictiones". En la Secció Primera "Obligacions procedents de contracte" la gestió oficiosa (§ 1339 ss.) se situa després del mandat (§ 1259 ss.) i de l'assignació (Anweisung § 1328 ss.). La Secció Tercera "Crèdits procedents de diferents fonaments" (Forderungen aus verschiedenen Gründen; §§ 1519- 1567) té vuit epígrafs. Els quatre primers són per a les quatre "condictiones": la "indebiti" en primer lloc, la "causa data causa non secuta", la "ob turpem causa" i la "sine causa" que inclou la nul·litat i l'anul·lació del contracte (§ 1547) i la prestació per a una finalitat frustrada, com el pagament d'una indemnització per un dany que no s'havia produït (§ 1548). Només s'exclou la "furtiva" perquè en Dret romà el furt, en no transmetre la propietat, mantenia l'acció reivindicatòria. Els tres epígrafs següents són de responsabilitat per danys causats sense culpa: els derivats de relacions fora de matrimoni quan no es pugui o vulgui reparar pel matrimoni posterior, els danys per animals i "l'actio de deiectis et effusis". La vuitena és l'"actio ad exhibendum".

B) El ja esmentat "Projecte d'una Llei general alemanya de relacions obligatòries". ("Entwurf eines allgemeinen deutschen Gesetzes über Schuldsverhältnisse". Dresden. 1866). L'anomenat Projecte de Dresde va ser un Projecte unitari, endegat per l'Assemblea Federal de la Federació Alemanya ("Deutscher Bund", existent entre 1815-1866) per 10 dels Estats membres entre ells Austria, Baviera i Saxònia, però no Prússia.

La gestió oficiosa i l'enriquiment sense causa es regulen en la Segona Part del Projecte "De les relacions obligatòries en particular". La gestió oficiosa és a la Secció Quarta "Obligacions resultants de la gestió de negocis aliens", separadament del mandat i de l'assignació; li corresponen els §§ 754-768.

L'enriquiment sense causa continua anomenant-se enriquiment inadequat (ungehörige Bereicherung) en la Secció Vuitena "Relacions obligatòries resultants d'enriquiment inadequat"; totes consistents en la reclamació de devolució (Rückforderung) d'una cosa que ha estat objecte de prestació (Leistung). Té quatre capítols per a les quatre modalitats: pel pagament per error de l'indegut (arts. 976-987); per la dació per una pressuposició (Voraussetzung) frustrada, entesa com la no realització de l'esdeveniment

(Ereigniss) contemplat (arts. 988-992); per la recepció rebutjable, quan la dació es fa en consideració d'un fet futur il·lícit, immoral o deshonorós (arts. 993-997) i per la tinença d'una cosa sense fonament (wegen grundlosen Habens).

La tinença sense fonament és el supòsit més extens, que ultrapassa les "conditiones" i abasta dos tipus de casos. El primer grup seria el de la nul·litat del lliurament de la cosa (arts. 998-1004): per la limitació de la capacitat del lliurador i per la prohibició legal (art. 998), per l'anul·lació posterior del contracte (art. 999), per la impossibilitat jurídica del fet contemplat (art. 1000) i pel dissens sobre la causa del lliurament (art. 1001). També inclou el que s'hagi rebut per la pèrdua d'una cosa que reapareix (art. 1002) o per la manca inicial o frustració del fonament jurídic d'un desplaçament de valor (art. 1003). El segon grup de casos (arts. 1005, 1006) el formarien la irreivindicabilitat de la cosa per l'adquisició de la propietat per unió de bona fe de cosa aliena a la pròpia (art. 1005) i el preu o la utilitat rebudes per/de les coses posseïdes de bona fe i alienades o consumides (art. 1006).

III. LA CONSOLIDACIÓ DOCTRINAL I LEGISLATIVA DE L'ENRIQUIMENT INJUSTIFICAT

Corresponen respectivament a Bernhard Windscheid, que és el creador de la institució, i al Dret d'Obligacions suís de 1881.

1. La creació de la institució de l'enriquiment injustificat per Bernhard Windscheid

Deixant a part el precedent de Hermann Witte, la categoria la crea i la nomina, com "Ungerechtfertigte Bereicherung", Bernhard Windscheid (1817-1892) en la primera edició del seu "Lehrbuch des Pandektenrechts". II.2.1866, §§ 421 ss. L'obra és contemporània al Projecte de Dresde.

A diferència d'algunes normatives anteriors W. no posa l'enriquiment a la Part General, entre les fonts de les obligacions, sinó a la Part Especial "Els particulars drets de crèdit" que divideix en 5 Apartats, dels quals el dos Primers són I. "Drets de crèdit procedents de contractes" i II. "Drets de crèdit de fonaments semblants als contractes". Al seu torn, aquest es divideix: en l'enriquiment injustificat, la gestió oficiosa i la tutela i cura de béns. La semblança de l'enriquiment amb els contractes es refereix a l'obligació contractual de restituir la possessió de la cosa aliena i W. esmenta la comparació que fa Gai en les seves Institucions III. 90 entre l'obligació de

restituir del cobrador de l'indegut i el prestatari “ac si mutuum accepisset” (§ 421.N 2).

W. defineix l'enriquiment injustificat (§ 421) com un fet (Tatsache) consistent en que “algú (jemand) ha estat enriquit (bereichert worden ist) a partir d'un patrimoni aliè (aus fremdem Vermögen) de manera injustificada (in ungerechtfertigter Weise)”. Els textos romans que indica com a fonament de la figura són les “condiciones” (Dig. 12-4 a 7; Dig. 13-I i Cod. 4-5 a 9).

A) L'aportació de W. és que l'e.i. excedeix de les “condiciones”. D'antuvi per l'extensió general de l'enriquiment que inclou qualsevol modalitat d'increment de l'actiu i disminució del passiu (§ 421.1). I també per l'amplitud del fet causant de l'enriquiment que pot ser “un negoci jurídic o qualsevol altre fet” (§ 421.3); una dualitat que anticipa la del § 812.I BGB “la prestació d'un altre o de qualsevol altre manera” (Nota de Kipp a § 421.3).

B) La casuística de l'e.i. la fa W. acudint a les causes o mitjans de l'enriquiment, de manera que tracta conjuntament la seva causa i la justificació que li pot ser inherent. El “principium divisionis” és segons que la causa sigui o no la voluntat de l'empobrit. La primera causa està dins de les “condiciones” que es fonamenten en la “datio” del propietari; però l'enriquiment sense la voluntat de l'empobrit n'està fora.

La voluntat de l'empobrit no sol causa l'enriquiment altri sinó que també el justifica (§ 422.1), llevat de tres casos que afecten la voluntat. Els casos d'injustificació de l'enriquiment malgrat la voluntat de l'empobrit són tres. Que la voluntat actuï “ex iniusta causa” o “ex turpi causa”, ja que llavors el Dret la rebutja (§ 423.1); que la voluntat sigui revocada legítimament (§ 423.2) i que la voluntat estigui autolimitada per una pressuposició o contemplació d'un fet anterior, contemporani o futur que no s'ha acomplert o que havent-se acomplert, posteriorment hagi fallit (§ 423.3).

Un cop fora i sense la voluntat de l'empobrit hi ha dos vehicles de l'enriquiment que no comporten la seva justificació. El primer és la modificació jurídica establerta per la Llei, com l'accessió per especificació o unió, (§ 422.2 a). El segon és l'obtenció d'una possessió aliena, com l'adquisició per al·luvió, o un ús, consum o lliurament d'una cosa aliena si manca un dret que justifiqui l'enriquiment; no el justifica l'existència d'un títol possessori com la bona fe (§ 422.2 b).

El cas més important és l'enriquiment derivat de la modificació jurídica (Rechtsveränderung) provocada per una norma legal (§ 422.2 a), vgr. per l'accessió. Per explicar que, malgrat la intervenció del Dret, neixi l'acció d'enriquiment W. distingeix entre la “modificació jurídica” i la “modificació del patrimoni” (Vermögensveränderung). Quan la regla del Dret, que provoca la modificació jurídica i amb ella la del patrimoni, té un enfocament

exclusivament formal (nur den formalen Gesichtspunkt in's Augen fasst) només es justifica la primera però no la segona.

2. Les Lleis federals suïsses d'Obligacions. El Projecte de 1870 i les seves reformes. Les Lleis de 1881 i de 1911

El Projecte de 1870 i les seves reformes assenyalen el pas de les “condiciones” a l'ampla construcció de Windscheid. La Llei federal del Dret d'Obligacions de 1881 la incorpora clarament. El Dret d'Obligacions de 1911 és una modificació de la Llei de 1881.

2.1 El Projecte de 1870

Un primer Projecte (“Schweizerisches Obligationenrecht. Entwurf”) de 1870, és obra de Walther Munzinger (1830-1873). L'enriquiment sense causa és a la Part General en el Títol Tercer, després del contracte (Tít. 1r) i dels actes il·lícits (Tít. 2n). El Tít. 3r l'anomena “ungehörige Bereicherung” i el regula en onze articles (107 a 117) seguint l'esquema de les “condiciones”: començant pel pagament de l'indegut, jurídic (arts. 107 ss.) i moral (art. 110), i seguint per les prestacions “causa data causa non secuta” (art. 113) i “turpis causa” (art. 114). La regla general és al darrer article, el 116, que correspon a la “condictio sine causa”: “En general, quan a algú li escaigui sense fonament jurídic (ohne rechtlichen Grund) quelcom del patrimoni d'un altre (aus dem Vermögen eines Andern), tant si el fonament jurídic no existia inicialment o ha mancat posteriorment, té lloc un crèdit a la restitució”.

El Projecte de 1870 va tenir una nova versió, a meitat del decenni, de deu articles (103-112). El Títol 3r també va canviar el seu rètol pel definitiu “enriquiment injustificat” (Obligationen aus ungerechtfertigter Bereicherung).

2.2 La Reforma de la Part General en el Projecte de 1877

Contra aquesta versió es va presentar una nova redacció limitada a la Part General del Projecte de 1870, a partir d'un Esquema de Johann Jakob Treichler (1822-1906). La nova redacció la va fer una Comissió de la formava part Paul Friedrich von Wyss (1844-1888) que també en va redactar els “Motive” que es varen publicar el 1877.

L'anomenat “Esquema de Treichler” establia un Tít. I “Naixement de les Obligacions” en el que els dos primers Capítols eren per al contracte i els actes il·lícits i el Cap. Tercer era per a les “situacions” (Durch Zustände) subdividides en una Primera Secció “Crèdits procedents de l'enriquiment

injustificat” i una Segona “Crèdits a la presentació d’una cosa o un document”.

La nova redacció de 1877 va eliminar de les fonts obligacions l’*“actio ad exhibendum”* i va incrementar la importància de l’enriquiment. La tesi de Wyss (Motive. pàg. 9) era que la presència de l’e.i. precisament en la Part General reflectia la seva emancipació respecte de les categories romanes convertint-la en una categoria general com ja ho eren les altres fonts, els contractes i els actes il·lícits. També deia que, després de les aportacions de Witte i Windscheid, no hi havia cap dubte de que el principi general de l’enriquiment injustificat s’expressava exclusivament en la *“condictio sine causa”*. Segons Wyss (pàg. 9) aquesta qualitat exigia que, seguint l’exemple del Cc. Grisons, l’article que definís l’enriquiment passés de norma de tancament a norma inicial que encapçalava la regulació.

En el Projecte de 1877 el Títol de l’enriquiment injustificat té 6 articles designats amb lletres. L’enceta l’art. a) amb el principi general *“Qui sense un fonament legítim (ohne rechtmässigen Grund) s’enriqueix a costa d’altri (auf Kosten eines Andern) ha de restituir el seu guany al perjudicat”*. Com alternativa Wyss admetia substituir *“a costa”* per *“a partir del patrimoni”* (aus dem Vermögen).

El Projecte de 1877 té un art. b) per a la voluntat autolimitada de l’empobrit, que ja havia destacat Windscheid: *“Especialment neix aquest deure [de rescabament] si les circumstàncies, l’existència o la producció de les quals ha estat declarat com a pressupòsit quan es fa l’atribució d’un avantatge patrimonial, no existeixen, no s’esdevenen o manquen posteriorment”*. L’art. b) esmenta especialment la frustració o fallida del pressupòsit manifestat en una atribució. El Projecte de 1877 manté la *“condictio indebiti”* en l’art. c) per limitar-la al compliment voluntari (freiwillig). Segueixen quatre articles, dels quals l’e) es refereix a la *“condictio ob turpem vel iniustam causam”* i l’f) exigeix la subsistència de l’enriquiment. El darrer, l’art. g), estén l’enriquiment mes enllà de les *“conditiones”* romanes en incloure com a enriquiment injustificat una obligació tradicionalment pertanyent a la liquidació possessòria: el rescabament de les despeses necessàries i útils fetes en la cosa aliena, és a dir, l’exemple inicial del Landrecht prussià.

2.3 La “Llei federal de les obligacions” de 1881

Va incorporar les Propostes del Projecte de 1877. El Títol Primer de la Llei “Naixement de les Obligacions” té quatre Apartats destinats respectivament al “contracte” amb la seva teoria general, als “actes il·lícits”, a l’“enriquiment injustificat” (en els arts. 70-75) i a les “altres fonts” (art. 76) que, com s’ha dit,

són les legals alienes a la Llei Federal: els Drets de Família i de Successions i el Dret Públic.

L'enriquiment injustificat, d'acord amb el Projecte de 1877 es desplega en quatre temes. El primer és el supòsit de fet general que defineix l'art. 70 d'acord amb l'art. a) del Projecte incorporant-hi "a partir del patrimoni". El principi de la "condictio sine causa" es desenvolupa en els restants articles (Schneider: com. a l'art. 70). L'art. 71 modifica la norma aclaratòria de l'art. b): "Especialment neix aquest deure si quelcom, sense cap fonament o per un fonament no desenvolupat o per una altre fonament posteriorment desaparegut, ha rebut una atribució". El segon tema és la "condictio indebiti" en que l'art. 72 incorporava l'art. c). El tercer és l'abast de la restitució; l'art. 73,1 exigeix la subsistència de l'enriquiment o la seva privació de mala fe (que era l'art. f) i l'art. 74 és l'art. g). El quart tema (art. 75) és l'exclusió de la "condictio ob turpem vel iniustam causam" quan la transmissió s'hagués fet per aconseguir un resultat il·lícit o immoral (que era l'art. e).

2.4 El "Dret d'Obligacions" de 1911

El ja esmentat "Dret d'Obligacions" (Obligationenrecht". OR. L.30-III-1911, vigència 1-I-1912) és una Llei especial que s'afegeix al Codi civil suís (L.10-XII-1907, vigència 1-I-1912) com a Llibre Cinquè.

L'enriquiment injustificat és a la Primera Part (Abteilung). Tít. Primer "El naixement de les obligacions", Secció Tercera "El naixement per enriquiment injustificat" (arts. 62 a 67). La institució de l'enriquiment es divideix, gairebé, en els mateixos temes i regles de la Llei de 1881. El supòsit de fet general l'estableix l'art. 62.1 (corresponent a l'art. 70 de la Llei de 1881): "Qui de manera injustificada (in ungerefechtigter Weise) s'ha enriquit a costa del patrimoni d'altri ha de tornar l'enriquiment". L'art. 62.2 és l'art. 71 de la Llei de 1881 on s'esmenta la manca inicial de "fonament vàlid" (ohne jeden gültigen Grund) o la previsió d'un fonament que posteriorment no es realitza o bé desapareix". La "condictio indebiti" és a l'art. 63. L'abast de la restitució és als arts. 64 i 65. L'exclusió de l'acció en el cas d'atribució il·lícita o immoral és a l'art. 66. S'hi introdueix la prescripció (art. 67).

3. El Codi civil alemany de 1896

El Codi civil alemany ("Bürgerliches Gesetzbuch". BGB.18-VIII-1896, vigència 1-I-1900) està precedit per tres Projectes, de 1887, de 1895 i la modificació d'aquest, de 1896. S'inspira en l'OR. 1881 (Coing. pàg. 528).

3.1 El Primer Projecte de 1887

El Primer Projecte (“Erster Entwurf”, presentat al Cancellier del Reich el 27-XII-1887) situa el Dret d'Obligacions en el Llibre Segon que té quatre Parts. La Primera de “Relacions obligatòries en general”, la Segona per a les relacions obligatòries que procedeixen del contracte, la Tercera per a les relacions obligatòries que procedeixen d'actes il·lícits i la Quarta a les procedents “d'altres fonaments”. D'aquests el primer és l’“enriquiment” que s'identifica amb l'injustificat i que coincideix amb les “conditiones” (§§ 737-748). Aquesta coincidència respon a la voluntat (“Motive”. II, pàgs. 829 ss.) de rebutjar els enfocaments històrics de l'enriquiment injustificat; tant el de l’“Ius Commne” fonamentat en l'equitat com el de l'ALR prussià (I.13 § 262) relacionat amb la “versio in rem”.

La vinculació a les “conditiones” s'adiu “al punt de vista actualment dominant i reconegut com a correcte, segons el qual les “conditiones” són pretensions personals a la restitució de l'adquisició de drets i de béns que, en si, s'ha fet segons les normes però a la que li manca un fonament jurídic” (“Motive”. II. pàg. 829). Amb això queda plantejada la paradoxa de l'enriquiment injustificat consistent en què l'Ordenament consideri un resultat patrimonial simultàniament com a legítim i com a injustificat. La compatibilitat de les dues circumstàncies (“Motive”. II. pàg. 830) es fonamenta en l'abstracció del contracte real respecte de la causa; basta que el contracte fos vàlid perquè fos immediatament eficaç i la manca de causa actua posteriorment creant l'obligació de restituir.

El Primer Projecte de 1887 no té una norma general sobre l'enriquiment sinó que entra directament en les modalitats d'enriquiment injustificat, és a dir, les “conditiones” romanes. Les quatre especials, totes referides a una prestació (Leistung) de l'empobrit, i la general “sine causa”. Primerament, el pagament de l'indegut o “condictio indebiti” (§§ 737 ss.). Segonament, la “frustració d'un fet futur o un resultat jurídic previst en la prestació” o “condictio ob rem/condictio causa data, causa non secuta” (§§ 742 ss. “Motive”. II. pàg. 842 ss.). Es limita el seu àmbit d'aplicació que deixa fora la manca de contraprestació en el contracte recíproc perquè el Projecte no considera l'incompliment com a causa de rescissió (“Motive”. II. pag. 842); tampoc s'aplica a la contemplació d'un fet anterior o contemporani perquè donaria entrada a la impugnació per error en els motius; però sí que s'aplica a la impossibilitat del mode. Tercerament, la “fallida del fonament jurídic d'una prestació” o “condictio ob causam finitam” (§§ 745 ss. “Motive”. II. pàgs. 846 ss.); inclou la nul·litat del contracte, els compliments de la condició resolutòria i del termini final i el rescabament per una cosa perduda que reaparegui posteriorment. La quarta és la “recepció reprovable” (Verwerflicher Empfang) o “condictio ob turpem causam” (§ 747. “Motive”. II.

pàg. 849) que es considera objectivament sense la consciència de la persona, i inclou la causa futura o la passada com seria la recompensa per serveis prestats; la “condictio” no s'aplica quan la prestació també hagués immoral des del punt de vista del prestador. La cinquena eren les “altres tinences sense fonament” o “condictio sine causa” (Vid. § 748. “Motive”. II. pàg. 851) referida a qui s'enriquia “a partir del patrimoni” d'un altre sense la voluntat del seu titular o per una voluntat invàlida i sense fonament jurídic; inclou l'enriquiment resultant de la situació de fet vgr. la utilització o la consumpció de coses alienes i el resultant de situacions de dret com les adquisicions de propietats alienes per accessió o per troballa; també inclou l'enriquiment procedent de la voluntat no vàlida de l'empobrit com la d'un incapaç quan no fos possible l'acció reivindicatòria per pèrdua de la cosa o perquè fossin serveis. En cadascuna de les modalitats la gairebé única cita doctrinal era les Pandectes de Windscheid (membre de la Comissió redactora entre 1873 i 1883).

3.2 El Segon Projecte de 1895

El Segon Projecte (“Zweiter Entwurf”, presentat al Bundesrat el 24-X-1895) va canviar la sistemàtica de l'enriquiment injustificat del Primer Projecte. En els “Protokolle” (II. pàg. 684) es critica que s'hi exposessin immediatament les quatre modalitats corresponents a les quatre “conditiones” i que només al final (en el § 748) s'hi inclogués una norma de tancament. Una Precomissió del Ministeri de Justícia del Reich (sessió de 20-IX-1892, vid. Jakobs-Schubert: pàg. 833) va assenyalar la necessitat d'una regla general que encapçalés els casos concrets com feia l'art. 70 de la Llei suïssa de 1881. En conseqüència el § 748 del Primer Projecte que era la norma general de tancament es va convertir en la norma inicial de la Secció (Jakobs-Schubert: pàg. 855, vegi-se'n l'evolució a pàgs. 834, 844, 851, 853).

És el § 737.1 del Segon Projecte, els dos paràgrafs dels qual són els temes dels arts. 70 i 71 OR. 1881: “Qui, per la prestació d'una altre (durch die Leistung) o d'altre manera (oder in anderer Weise) a costa seva (auf dessen Kosten), hagi obtingut quelcom (etwas) d'un patrimoni altri (aus dem Vermögen eines Anderen) sense fonament jurídic (ohne rechtlichen Grund) li està obligat a la restitució. Aquesta obligació existeix especialment també si el fonament jurídic (der rechtliche Grund) posteriorment ha desaparegut (später weggefallen ist) que no se ha realitzat (der sich nicht verwirklicht hat) o no s'ha esdevingut la finalitat percaçada, segons el contingut del negoci jurídic, amb una prestació” (Jakobs-Schubert: pàg. 855).

Els canvis del § 737.1.I. respecte del Primer Projecte eren els següents. La dualitat “per una prestació o per una altra manera” que reflectia la contraposició de fonts de l'enriquiment: la prestació era el sacrifici voluntari

del perjudicat i “l'altra manera” qualsevolga involuntària (Jakobs-Schubert: pàgs. 841 ss.). També el “quelcom” (etwas) que reforçava la generalitat del § 748 del Primer Projecte. La substitució “d'un patrimoni aliè” per “a costa d'un altre” tenia dos motius. El primer era que “d'un patrimoni aliè” era massa restrictiu perquè no incloïa els drets que mai li havien pertangut però que podien adquirir-se a partir d'ell vgr. en la renúncia a una delació de l'herència aquesta no havia pertangut mai al patrimoni del renunciant però el successor vulgar o al cohereu l'adquirien a partir d'aquell. El segon era perquè l'expressió feia pensar en un enriquiment equivalent a l'empobriment quan podia ser més gran.

3.3 El BGB de 1896

El seu Llibre 2n “Dret de les relacions obligatòries”, com s'ha dit, no té una Part general ni tampoc una enumeració de les fonts. L'enriquiment injustificat està en el Títol 26 que és penúltim abans del Títol 27 del actes il·lícits.

El Tít. 26 comença per la regla general, el § 812.1 que copia el § 737.1 del Segon Projecte. La definició abasta tres condictiones. En la primera frase (§ 812.1.1) la general “sine causa” (Dig. 12-7). En la segona (§ 812.1.2), la “ob causam finitam” (Dig. 12-7-1.2) i la “ob causam datorum” (Cod. 4-6) o “causa data, causa non secuta” (Dig. 12-4). Els paràgrafs següents tracten altres supòsits: la “condictio indebiti” (§§ 813, 814); l'exclusió de la “condictio ob causam datorum” en el cas que la frustració fos per impossibilitat inicial i coneguda per l'empobrit o perquè aquest l'hagués produït (§ 815); la condictio en cas d'adquisició “a non domino” (§§ 816 i 822) i la “condictio ob iniustam vel turpem causam” (§ 817). A més es regulen l'abast de l'obligació de rescabament (§§ 818 a 820) i l'excepció d'enriquiment (§ 821).

El Tít. 26 del Llibre 2n BGB s'ha explicat de dues maneres:

A) L'enriquiment i les condictiones romanes. Segueixo l'exposició de L. Enneccerus (1843-1928) revisada per H. Lehmann (1876-1963). També és al d'Hedemann (1878-1863. §§ 61 ss ss.).

L'“a costa” d'altri exigia la immediatesa de l'enriquiment respecte de l'empobriment (Enn.-Leh. § 218). Això plantejava la intervenció de tercers i, per tant, la concurrència de l'enriquiment injustificat amb el mandat o la gestió oficiosa.

La justificació o injustificació de l'enriquiment s'examina en les seves tres causes (Enn.-Leh. § 219): la voluntat de l'empobrit que normalment justifica l'enriquiment i que es valora segons estableixi o no una finalitat; la voluntat de l'enriquit que normalment no el justifica i l'efecte legal que tampoc no el justifica. Aquest darrer cas (usucapió, troballa, accessió, adquisició “a non

domino”) és del problema de que un efecte jurídic pugui ser alhora legal i injustificat (Enn-Leh. § 217.I).

L'exposició dels supòsits és pel tipus de “condictio” segons la sistemàtica legal: pagament de l'indegut, frustració de la finalitat contemplada, per disposició “a non domino”, per recepció reprobable.

B) Les modalitats de les accions d'enriquiment (“Kondictiones”)

L'exposició moderna (Medicus: §§ 125 ss. Schulze: com. al § 812) parteix de la dualitat de tipus de producció de l'enriquiment del § 812.1.I: per la prestació (Leistung) d'una cosa que en transmet la propietat, que dóna lloc a la condictio de prestació (Leistungskondiktio), o d'una altra manera (in sonstiger Weise) que genera la condictio de no prestació (Nichtleistungskondiktio). Cadascuna d'elles té les seves modalitats. L'exposició dels tipus i de les modalitats es fa de manera que cadascuna tingui el seu àmbit propi i no se superposi amb altres.

El primer tipus (Leistungskondiktio) és l'enriquiment per transmissió voluntària de la propietat resultant de la prestació. S'enfoca des de l'empobrit, que la provoca, en la “condictio indebiti” i la “condictio ob causam finitam”. S'enfoca des de l'enriquit en la “condictio ob turpem vel iniustam causam”. El segon tipus (Nichtleistungskondiktio) té tres modalitats. La condictio d'intromissió (Eingriffskondiktio) de l'enriquit en patrimoni aliè pot fundar-se en l'aprofitament de cosa aliena sense dret, l'adquisició de cosa aliena per transformació o el cobrament pel cedent del crèdit cedit. La condictio de despesa (Verwendungskondiktio) feta per l'empobrit en una cosa aliena. I la condictio de regrés (Rückgriffskondiktio) de l'empobrit com la del tercer que paga un deute aliè. L'adquisició “a non domino” es tracta fora d'aquesta classificació, en les reclamacions “en relacions de varies persones” (Medicus: § 133).

Segona Secció: L'enriquiment injustificat en el Dret català

En aquesta Ponència el tracto com font d'obligacions. Per tant, només el concepte i la seva funció en l'Ordenament jurídic. No tracto de l'obligació que genera.

IV. LA PRESENCIA DE L'ENRIQUIMENT INJUSTIFICAT EN L'ORDENAMENT CATALÀ

Quan hom parla d'enriquiment injustificat (e.i.) s'està fent una important contracció en cadascun dels seus dos elements, l'econòmic i el jurídic. La font d'obligacions té un supòsit de fet és més llarg. L'element econòmic, l'enriquiment, no ho és en abstracte sinó vinculat ("a costa") a un empobriment; és un desplaçament de valor entre dos patrimonis. L'element jurídic, la injustificació, oculta que el desplaçament econòmic és jurídicament lícit. El nom complet de la institució ha d'esser l'enriquiment a costa d'un empobriment, lícit però injustificat.

L'e.i. és una institució nominada en el D. Català. Inicialment es trobava en els arts. 22 fin. i 51,2 CDCEC (1960). La legislació anterior al CCCat. s'hi referia en els derogats arts. 41.1 CF, 12; 13 LUEP; 7 LSCAM i en el subsistent art. 6.4 LAPG. En el CCCat. l'e.i. ha desaparegut de la liquidació de les relacions matrimonials i de parella (arts. 232-5; 234-9) i d'ajuda mútua (art. 240-6) i s'ha incorporat a la revocació de la donació modal quan el mode s'ha complert (art. 431-16.2) i a l'accessió amb materials aliens (art. 542-14.1).

Els TP catalans regulen l'e.i. en el Tít.1 "L'Obligació". Cap. 2 "Les fonts de l'obligació". Sec. 2 "L'enriquiment injustificat". Aquesta Secció té tres articles dedicats al concepte o supòsit de fet (612-4), a l'efecte obligacional (612-5) i a la supletorietat de l'acció (612-6). Segueix el model reduït del Cc. it. de definició de la institució (art. 2041) i atribució de caràcter subsidiari (art. 2042).

L'art. 612-4 defineix l'e.i. d'acord amb tots els precedents, com una situació o estat patrimonial qualificats jurídicament: "Existeix enriquiment injust en aquells supòsits en què el patrimoni d'una persona s'incrementa a costa de l'activitat d'una altra persona o pel desplaçament de béns que provenen d'un patrimoni aliè a favor seu, sense que hi hagi cap justificació lícita". La definició s'ha de corregir substituint "injust", que pot suggerir il·licitud, per injustificat i suprimint l'adjectiu "lícita" perquè és implícita en la justificació

L'art. 612-5 "Efectes de l'enriquiment injustificat" indica que és una obligació rescabadora: "Qui s'ha enriquit està obligat a reemborsar fins a l'import de l'enriquiment. Quan l'enriquiment consisteix en l'adquisició d'una cosa

determinada si aquesta subsisteix en el moment que s'exercita l'acció, s'ha de retornar". És important la distinció de l'enriquiment valorat en diner o representat per una cosa determinada com en el pagament de l'indegut (regulat en l'art. 612-3). La naturalesa rescabalatòria de l'obligació no canvia però sí el seu objecte que en el primer cas és diner i en el segon és la cosa certa i determinada.

L'art. 612-6 "L'acció d'enriquiment injustificat" estableix la seva subsidiarietat: "L'acció d'enriquiment no procedeix quan el perjudicat pot utilitzar una altra acció que es fonamenti en el mateix pressupòsit". Es reconeix la doble naturalesa de l'e.i. que és nova com a institució jurídica autònoma però que és un vell principi general del Dret present en institucions preexistents (les esmentades en el IV.2). La seva aplicabilitat com a principi general preval sobre l'aplicabilitat com a institució autònoma.

1. La doble consideració de l'enriquiment injustificat. Institució jurídica autònoma i principi general del Dret. La importància de la supletòria

Dels arts. 612-4 a -6 TP resulta que l'e.i. té quatre sentits: institució jurídica, supòsit de fet, obligació de rescabalar i regulació. L'Ordenament que incorpora la institució jurídica li reserva la norma general on es defineix el supòsit de fet, que és la situació d'enriquiment injustificat (art. 612-4) i se l'imputa l'efecte jurídic obligacional (art. 612-5). Amb la supletòria (art. 612-6) l'Ordenament reconeix que la situació d'enriquiment també es troba en institucions preexistents i declara que la institució general, en realitat el seu efecte, no se les hi aplica. De manera que la norma general (arts. 612-4 i -5) resta com una regulació residual per a les situacions d'enriquiment no regulades per una institució pròpia (el mateix en els arts. 2042 Cc. it. i 474 Cc. port.).

La institució jurídica es troba en els arts. 612-4 "Concepte" i 612-5 "Efectes de l'enriquiment injustificat". Per la seva banda l'art. 612-6 presenta el "supòsit" de l'art. 612-4 també com un "pressupòsit" o principi general del Dret que pot fundar altres accions fora de l'específica de l'art. 612-5; per tant, en altres institucions preexistents.

Això no vol dir que hi hagi un e.i. pur, el descrit en l'art. 612-4, que s'incorpora a l'Ordenament i una pluralitat d'e.i. mixtes en que l'enriquiment està barrejat amb altres elements. El motiu és que l'e.i. de art. 612-4 és un mer esquema abstracte d'una situació econòmico-jurídica que en la realitat sempre apareixerà barrejada amb circumstàncies diverses.

1.1 La supletorietat que estableix l'art. 612-6

La importància de l'art. 612-6 no rau en el punt de vista de les normatives i la seva aplicabilitat: principal o subsidiària, sinó en el fonament de la distinció. Primerament reconeix que l'Ordenament ja té institucions que responen a la tipologia de l'e.i. de l'art. 612-4 i que entre els seus efectes hi ha una acció pròpia de rescabament diferent de la de l'art. 612-5. Segonament que la nova institució d'enriquiment general o pura creada pels arts. 612-4 i -5 no desplaça sinó coexisteix amb les accions d'enriquiment específiques i per evitar-ne el conflicte estableix la subsidiarietat de l'e.i. general.

1.2 La supletorietat de la institució envers el principi general del Dret

La conclusió principal és que segons els TP l'e.i. és alhora una institució jurídica autònoma (arts. 612-4,-5) i un principi general del Dret present en altres institucions (art. 612-6). L'art. 612-6 estableix que la regulació de la institució és supletòria de la del principi general.

L'e.i. com a institució jurídica està positivitzat en “una disposició d'aquest Codi” (art. 111-1,-2), ocupant el primer lloc en la jerarquia de les fonts. Com a principi general del Dret és una regla que s'ha d'obtenir per “analogia iuris”, a partir d'altres institucions i normes que l'incorporen, i està en el tercer i darrer lloc de la jerarquia (art. 111-1). L'e.i. ja era coneguda en el D. Català anterior al Llibres Quart i Cinquè en l'art. 328.4 CDCC i els arts. 7 LSCAM; 41 CF; 12 i 31 LUEP i 6.4 LAPG (derogats tots menys el primer i l'últim). Els cinc darrers ho feien forma de remissió en blanc a la institució, tot i que el D. Català no la regulava; per això la remissió s'havia d'entendre al principi general. El mateix en els arts. 431-16.2 i 542-14.1 CCCat.

2. L'enriquiment injustificat com a principi general del Dret. La seva relació amb la institució

És el cas l'Ordenament civil espanyol on l'e.i. és l'exemple tradicional de principi general del Dret (art. 1.4 Cc. esp.) a obtenir per l'“analogia iuris”. Les institucions en les que es localitza aquest principi i sobre les que es basteix són fonamentalment l'accessió (arts. 360; 375 ss.), la liquidació possessòria (arts. 453 ss.) i el pagament de l'indegut (art. 1897).

En el D. Català vigent l'any 2011 l'e.i. només és un principi general obtingut, per “analogia iuris” a partir de la “ratio iuris” d'obligacions pertanyents a institucions preexistents. Normalment contenen un enriquiment positiu o per increment d'actiu. Son l'accessió adquisitiva (art. 542-1.1; 426-29, 426-47.2); l'adquisició de fruits (art. 541-3.2); l'adquisició “a non domino” (art. 465-2.3 aplicable a l'art. 522-8); les liquidacions possessòries (art. 328.4

CDCC; art. 522-4.2); la revocació de pactes successoris per impossibilitat d'acompliment de finalitats pactades o canvi de circumstàncies (art. 431-16.2 en relació a -6.1, i -14.1 c,d) i la liquidació de relacions de convivència (art. 6.4 LAPG). Però poden ser institucions que contemplen un enriquiment negatiu, o per extinció de passiu, vgr. el pagament de deute de tercer (arts. 237-11.1; 426-47.1 c), 561-12.2).

Atès que en aquest moment (2011) no existeix l'e.i.com a institució autònoma en el D. Català, l'estudi de l'e.i. només es pot fer com a principi general del Dret i a partir d'aquestes institucions.

2.1 La limitació de l'e.i. com a principi general

Cal assenyalar que el principi general de l'e.i. pot estar limitat per l'Ordenament. Un exemple és l'exclusió que en fa el Llibre Segon CCCat. en la liquidació de relacions patrimonials de parelles en crisi. Els arts. 41 CF i 12 i 31 LUEP dergs. en cas de treball no o insuficientment remunerat d'un membre de la parella, es remetien al principi general de l'e.i. del rescabament de l'enriquiment de patrimoni a patrimoni. En canvi el Llibre Segon l'exclou en substituir-lo pel rescabament del desequilibri global entre patrimonis (Preàmb. III.c) par. 9; arts. 232-5; 234-9). Un altre exemple és el del pagament de l'indegut en els TP si arriba a quallar en el Llibre Sisè. En el Cc. esp. el pagament de l'indegut (art. 1895) és alhora un quasi contracte i un cas del principi general de l'e.i. En canvi en els TP és una institució autònoma dintre de la font consistent en els "actes lícits i voluntaris" (art. 612-3) separats de l'e.i. tot i que també es podria localitzar en l'art. 612-5 "enriquiment consisteix en l'adquisició d'una cosa determinada". La mateixa separació han fet altres Ordenaments que distingeixen el pagament de l'indegut i l'enriquiment injustificat vgr. el Cc. it. (arts. 2033-2040 i 2041 respectivament), el Cc. queb. ("Code civil du Québec". L.18-XII-1991, art.1491) i el Cc. hol. en el Llibre VI. Tít.4 (respectivament arts. 6:203-211 i 6:212). En canvi en el Cc. port. el pagament de l'indegut s'inclou en l'e.i. (arts. 476-478).

2.2 La relació del principi general del Dret amb la nova institució

En la institució de l'e.i. una cosa és la seva admissió o incorporació a un Ordenament i un altre el seu contingut o regulació. Alguns Ordenaments es limiten a enunciar el supòsit de fet, el seu efecte obligacional i la seva subsidiarietat (arts. 2041; 2042 Cc. it.) o tenen una regulació molt escarida (arts. 1493-1496 Cc. queb. art. 6:212 Cc. hol.). En canvi altres regulen amplament l'e.i. (§§ 812-822 BGB; arts. 473-482 Cc. port.).

El paper de la nova institució e.i. dintre de l'Ordenament és diferent en els dos casos.

A) Si la regulació de la institució e.i. és suficient el principi general es troba, certament, en les institucions concretes però el seu valor normatiu esdevé innecessari. L'e.i. està regulat només per institucions jurídiques que sumen una regulació suficient: la peculiar de la institució que la incorpora i la de la institució general. L'aplicabilitat de la institució general a les institucions concretes es pot fer de dues maneres. La primera per la subsidiarietat de la institució general respecte de les concretes (art. 474 Cc. port.). En termes de jerarquia de fonts catalanes (arts. 111-1, 111-2) seria una subsidiarietat entre lleis del mateix rang.

Però hi ha una altra tècnica inversa a la subsidiarietat. És la remissió de les institucions concretes a la institució general. És el model del BGB amb les remissions a l'enriquiment injustificat en general (§§ 812 ss.) de les següents institucions concretes (en la redacció originària "segons les resolucions del Reichstag en tercera deliberació". 1-VII-1896). Són la impossibilitat inimputable de la contraprestació (§ 323.3), la gestió oficiosa (§ 684), l'accessió (§ 951), la troballa (§ 977), la frustració del matrimoni en la donació en esposalles (§ 1301). Actualment (2011) el § 323 ha estat suprimit i s'hi ha incorporat el § 1390 de la liquidació del règim de participació.

B) Si la regulació de la institució e.i. és insuficient, com en els TP, la seva subsidiarietat no resol les possibles incompleteses de les institucions concretes. Per això, ha de subsistir el valor normatiu del principi general, vgr. en la subsistència de l'enriquiment (art. 328.5 CDCC; art. 522-4.2). Per tant, una situació qualificable d'e.i. pot estar regulada per tres normes: les positives de la institució concreta i de la norma legal general (vgr. arts. 612-4 a -6 TP) i el principi general extret de les primera, amb altres. La supletorietat de la segona respecte de la primera seria la fixada per la norma (art. 612-6), és a dir entre lleis; la de tercera envers la segona resulta de la prioritat de la llei respecte del principi general del Dret (art. 111-1.1).

L'avantatge d'haver convertit el principi general de l'e.i. en una norma positiva és que ocupa el primer lloc en la jerarquia de les fonts del Dret i estalvia la prova de la seva existència.

V. L'ENRIQUIMENT INJUSTIFICAT COM A FONT D'OBLIGACIONS

La institució de l'e.i. com a font d'obligacions d'un Ordenament es defineix objectivament, com una situació o estat, a partir del model de l'art. 70 de la Primera OR suïssa de 1881. Amb això se supera el primerenc punt de

vista, subjectiu, de les “condictiones” que vinculaven l'e.i a les “dationes” de l'empobrit.

L'e.i. com a font d'obligacions té dos components: un d'objectiu o fàctic que és l'econòmic de l'enriquiment d'un a costa de l'empobriment aliè, l'enriquiment/empobriment, i un altre de jurídic que és, malgrat la seva licitud, que li manca la justificació. La situació econòmica o desplaçament enriquiment/empobriment basta per al supòsit de fet (§ 812.1 BGB; art. 62.1 OR. suís. 1911; art. 2041 Cc.it. art. 473.1 Cc.port. art. 1493 Cc.queb. art. 6:212. Cc.hol.). És una situació en abstracte sense que hi entrin les causes. El § 812.1 BGB, prestació o els TP catalans li afegeixen les possibles causes (art. 612-4 “per l'activitat d'una altra persona o pel desplaçament de béns”) però aquestes són realment modalitats de l'e.i. Com a causes no afegeixen res al supòsit de fet o concepte i, només influeixen en l'objecte de l'obligació de rescabament: diner o la mateixa cosa si subsisteix (art. 612-5 TP; art. 2041,2 Cc.it.).

Els TP descriuen el supòsit de fet objectivament com una situació econòmica de la persona (en l'art. 612-4 “Existeix enriquiment...en aquells casos en què el patrimoni d'una persona s'incrementa...a costa...”) i, separadament, atribueixen l'obligació a la persona que l'experimenta (en l'art. 612-5 “Qui s'ha enriquit...”). Normalment els Ordenaments apleguen el supòsit de fet i l'efecte, començant per la referència a la persona vgr. “Qui s'enriqueix...” (art. 612-5; § 812.1 BGB; art. 2041 Cc.it; art. 1493 Cc.queb; art. 473 Cc.port; art. 6.212 Cc.hol.).

1. La possible duplicació, en les fonts de les obligacions, de l'enriquiment injustificat amb els “actes lícits i voluntaris”

La possibilitat apareix en els TP catalans que en el seu Tít. 1 “L'Obligació”. Cap. 2 “Les fonts de l'obligació” tenen una Secc. 1 “Els actes lícits i voluntaris” que abasta els tradicionals quasicontractes (art. 1887 Cc.esp.): la gestió oficiosa (art. 612-2) i el pagament de l'indegut (art. 612-3) i en la Secc.2 tenen “L'enriquiment injustificat” (arts. 612-4 a -6). Els “actes lícits i voluntaris”, en que “voluntaris” s'ha d'entendre com a espontani (art. 1371 Cc.fr. “fets voluntaris de l'home”; art. 612-1), procedeixen de l'art. 1887 Cc.esp. (i de l'art. 1140 Cc.it. 1865) i designen els quasicontractes. Aquest és un concepte unànimement bandejat àdhuc en els Codis civils de països de tradició francesa vgr. els moderns Cc.it. Cc.port. Cc.queb. La desaparició del quasicontracte/acte voluntari lícit en aquesta tradició l'assenyala el fet que s'en prescindeixi el Projecte italo-francès de les Obligacions. 1927 que regula com a fonts independents: la gestió oficiosa (arts. 61-65), el pagament de l'indegut (arts. 66-72) i l'e.i (art. 63).

La seqüència dels antics quasicontractes i l'e.i. també hi és en altres Codis que regulen la gestió oficiosa i el pagament de l'indegut separatament de l'e.i. El Cc.it. segueix l'ordre: la gestió oficiosa (arts. 2028-2040), el pagament de l'indegut (arts. 2033-2040) i l'e.i. (art. 2041). També el Cc.queb. respectivament arts. 1482-1489; 1491, 1492 i 1493-1496. El Cc.hol. en el seu Tit. 6.4 "Obligacions procedents d'altres fonts legals diferents de l'acte il·lícit i l'acord" hi inclou les tres figures (respectivament arts. 6:198 a 6:202; 6:203 a 6:211 i art. 6:212). En canvi, el Cc.port. regula la gestió de negocis com una font autònoma (art. 464 ss.) i inclou el pagament de l'indegut en l'e.i. (art. 476).

1.1 La relació dels actes voluntaris amb l'enriquiment injustificat. La delimitació dels actes que hi pertanyen

La característica d'aquests actes i que els connecta amb l'e.i. és que ho són d'empobriment i normalment, no necessàriament com en la gestió oficiosa, també d'enriquiment. La decisió dels Ordenaments esmentats de mantenir, com a fonts diferenciades, la gestió oficiosa i el pagament de l'indegut i l'e.i. no impedeix que es puguin considerar també com a e.i. Ho permet que l'e.i. sigui una situació objectiva abstracte que pot incloure els resultats d'una conducta i que els esmentats actes puguin contemplar-se com a institucions concretes en que hi està present l'e.i. com a principi general del Dret, vgr. el pagament de l'indegut en el Cc.esp. (art. 1895).

A) El pagament de l'indegut és el cas típic de doble qualificació. Sempre és una causa d'e.i. fins i tot històricament la principal per la via de la "condictio indebiti". Però també es considera autònomament com a font d'obligacions, és a dir, com a acte jurídic vgr. els Cc.it. (arts. 2033-2040), el Cc.port. (art. 464 ss.) i el Cc.hol. (art. 6.4.212). La supletorietat de l'e.i. institució, la seva regulació, també s'aplica a ells.

En canvi la gestió oficiosa no pertany a l'e.i. No quant a l'obligació de continuar la gestió (art. 612-2 TP). Tampoc en l'"actio negotiorum gestorum contraria", és a dir, en l'obligació del "dominus negotii" de rescabalar al gestor per les despeses i sacrificis sempre que la gestió hagi estat ben feta i encara que no n'hagi tret benefici (ex art. 1893,2 Cc.esp. en relació amb l'art. 1728,2). El motiu és aquest darrer; que l'obligació pugui existir en cas de manca d'enriquiment exclou la gestió oficiosa de l'e.i.

B) El fet que l'e.i. sigui una font d'obligacions, al mateix nivell que ho els contractes i els actes il·lícits, fa que no hi pertanyin les obligacions liquidatòries de contractes resolts per acompliment de condició resolutòria, rescindits o anul·lats (arts. 1120; 1295 i 1303 Cc.esp.). En contra dels PEL.Enj. Enr. (pàg. 118) que les considera com un dels cinc casos d'e.i. s'ha de remarcar

que, en la teoria de les obligacions, les seves fonts tenen sempre un sentit creador de nous efectes; seria com a afirmar que són fonts d'obligacions els contractes i l'extinció dels contractes. Les obligacions liquidatòries tampoc no es poden comparar amb un pagament de l'indegut retroactiu perquè la manca d'obligació ha de ser inicial (art. 1895 Cc.esp.). A diferència de l'obligació de l'e.i, que respecta la situació creada àdhuc en el pagament de l'indegut (vid. VI.1.B), les obligacions liquidatòries pertanyen a la regulació dels contractes amb la funció de restablir l'"status quo ante". L'obligació només n'és l'instrument.

2. La seva aplicació als incapaços

En totes les definicions el supòsit de l'e.i. és un fet jurídic i no un acte jurídic. Per tant, no se li adiuen les categories que s'hi relacionen, la més important de les quals és la capacitat d'obrar.

Això vol dir que l'enriquiment injustificat és font d'obligacions per a menors i incapacitats. Sigui com institució autònoma com a principi general del Dret o com a institució autònoma. El D. Català no té un estatut obligacional del menor i incapacitat, només indirectament del menor aplicable als contractes (art. 211-3). El Cc.esp. tot i l'absurda derogació de l'art. 32,2 (per la L.13/1983, de 24-X) té un estatut obligacional especial per a l'incapaç consistent en la percepció de la utilitat que li és font d'obligacions (arts. 1304; 1716; 1764) i és causa d'alliberament del seu creditor (art. 1163,1). La percepció de la utilitat no equival a l'admissió de l'e.i. com a font obligacional per als incapaços perquè la utilitat és més estricta que l'enriquiment. La utilitat és efectiva (art. 1160 i arts. 1158,3; 1163,1; 1304; 1765) mentre que l'enriquiment existeix amb la posada a disposició.

VI. L'ENRIQUIMENT INJUSTIFICAT ÉS UNA FONT QUE PERTANY A L'ÀMBIT DE LA LICITUD

L'e.i. pertany a l'àmbit de les fonts lícites, és a dir, l'obligació que en neix no pretén eliminar un resultat contrari a l'Ordenament. Resulta dos arguments connectats. El primer i suficient val per l'e.i. sigui institució jurídica o principi general del Dret. El seu component material és un desplaçament econòmic, l'enriquiment vinculat a un empobriment, és a dir una pura situació fet en què no es valora cap element subjectiu que, en tot cas, es deixa per a la justificació. El segon, que serveix per a l'e.i. com institució jurídica, és el sistemàtic de les fonts de les obligacions ja que tots els Ordenaments distingeixen l'e.i. dels actes il·lícits.

1. En l'enriquiment injustificat són compatibles la licitud i la injustificació. El rescabament. La funció autocorrectora de l'enriquiment injustificat en l'Ordenament

Els supòsits del IV.2 ho són de desplaçaments patrimonials alhora lícits i injustificats. Ho són les adquisicions per accessió a costa aliena (art. 542-1.1; 426-47.2) i "a non domino" (art. 465- 2.3 aplicable a l'art. 522-8), l'adquisició dels fruits finançats per tercer (art. 541-3.2), la utilització de la cosa aliena (art. 522-4.2); el compliment de les càrregues d'una donació revocada (art. 431-16.2); els canvis patrimonials en les relacions d'acolliment (art. 6.4 LAPG) o l'extinció del deutes aliens pagats (arts. 237-11.1; 426-47.1 c), 561-12.2).

A) La licitud de l'enriquiment/empobriment delimita l'element jurídic de la injustificació. La compatibilitat de les dues qualificacions indica que l'e.i. sotmet la situació d'enriquiment/empobriment a un doble judici: el de la licitud i el de la justificació. Són dues qualificacions diferents del mateix fet, no contradictòries sinó compatibles.

El judici de licitud és necessàriament afirmatiu i el de justificació pot ser positiu o negatiu, de manera que la justificació és un plus sobre la licitud.

El motiu de la compatibilitat de la licitud i de la no justificació del desplaçament patrimonial és que l'examinen des de punts de vista diferents. La licitud n'aprova l'empobriment o perjudici patrimonial i garanteix el seu manteniment i amb el de tot el desplaçament patrimonial. La justificació o no justificació es refereix a l'enriquiment i en declara no l'extinció del desplaçament sinó la subsistència o bé el rescabament per la via d'una nova obligació.

B) La licitud de l'empobriment té una important conseqüència sobre l'obligació d'e.i. En cap cas no pretén anul·lar o extingir la situació d'enriquiment/empobriment que s'ha produït sinó que la respecta. L'obligació de l'e.i. és el rescabament de l'empobriment no en sí sinó en quant ha produït un enriquiment, no la indemnització d'un dany consistent en l'empobriment.

Per tant es produeixen i subsisteixen els desplaçaments patrimonials (vistos en el IV.2). Són les adquisicions per accessió (art. 542-1.1; 426-47.2) i "a non domino" (art. 465- 2.3 aplicable a l'art. 522-8), l'adquisició dels fruits (art. 541-3.2), la utilització de la cosa aliena (art. 522-4.2); el compliment de les càrregues d'una donació revocada (art. 431-16.2); els canvis patrimonials en les relacions d'acolliment (art. 6.4 LAPG) o l'extinció del deutes aliens pagats (arts. 237-11.1; 426-47.1 c), 561-12.2). La finalitat de l'obligació només és rescabadora del desplaçament de valor que s'ha produït i pretén retornar-

lo. Que no hi ha extinció de la situació anterior queda clar en la “condictio indebiti” (art. 1895 Cc.esp.) que neix precisament perquè s’ha produït una transmissió de la propietat “causa solvendi” que exclou l’acció reivindicatòria. La “condictio indebiti” supleix la manca d’acció reivindicatòria. Encara que es recupera la cosa no és com una revocació de la transmissió de la propietat sinó de rescabament “in natura” de l’enriquiment que consisteix “en una cosa determinada” (art. 612-5 TP; arts. 2041,2 Cc.it. 476 ss.Cc.port.).

Que el que es rescabala o compensa és l’empobriment no en sí sinó en quant ha produït l’enriquiment d’un altre ho palesa el requisit de la subsistència d’aquest (art. 612-5 TP; § 818.3 BGB; art. 2041 Cc.it. art. 1495 Cc.queb. art. 6:212 Cc.hol.) que demostra que l’objecte de l’obligació de rescabament és l’enriquiment i no l’empobriment. Aquest per sí sol no genera cap obligació. Si bé l’empobriment és el fet determinant de l’obligació d’e.i. l’enriquiment és la condició del seu naixement i el que en determina el contingut.

1.1 El rescabament no és una indemnització de danys

El manteniment del desplaçament patrimonial és el que distingeix el rescabament de l’e.i. de la indemnització per danys. Sigui per actes il·lícits (Cc.esp. arts. 1089; 1092; 1093) o la que, excepcionalment, procedeix d’actes lícits (vgr. art. 542-8). Un acte lícit pot produir danys quan excedeix de l’esfera d’interessos del seu autor fins i tot quan incrementi un bé aliè. És el cas de les accessions provocades de bona fe en un bé aliè (arts. 542-5 a 542-7) que la Llei admet que poden causar danys al beneficiari de l’accessió (arts. 542-8, 542-9.3; també l’art. 542-14.1 si els tercers constructors són de bona fe i si el “si s’escau” equival a haver-hi danys).

La diferència entre el rescabament i la indemnització és, que si bé tots dos contempen un menyscapte, el primer ho fa indirectament a partir de l’enriquiment correlatiu i la segona parteix directament de l’empobriment o dany. Si no hi hagut enriquiment d’un no hi ha rescabament de l’empobriment d’altre, mentre que per a la indemnització basta el dany sofert, encara que manqui un enriquiment correlatiu. Per això és incorrecta la terminologia indemnitzatòria aplicada a l’e.i. L’empobriment no és un dany indemnitzable ni es pot parlar d’indemnització com fan el D. Català (art. 542-1.1; art. 6.4 LAPG) i altres Ordenaments (art. 2042 Cc.it. “danyat...fer-se indemnitzar del perjudici sofert”; art. 474 Cc.port. “empobrit...indemnitzat o restituït”; art. 1493 Cc.queb. “indemnitzar...l’empobriment”). S’ha de parlar de rescabament (art. 542-14.2) o de compensació (art. 431-16.2).

1.2 La funció autocorrectora de l'enriquiment injustificat

Que l'obligació d'e.i. no pretengui l'extinció del desplaçament patrimonial sinó el seu rescabament o compensació indica que l'e.i. és una institució autocorrectora de l'Ordenament Patrimonial "inter vivos". L'autocorrecció significa dues coses que són altrestants pressupòsits de l'e.i. La primera és que l'Ordenament patrimonial, pel que fa als desplaçaments "inter vivos", pretén ser just però no ho és sempre. La segona és que l'e.i. pressuposa la insuficiència de la licitud per assolir aquesta justícia; encara que la licitud conté una base indispensable per a la justícia: que l'empobriment no sigui un dany indemnitzable.

L'aportació específica de l'e.i. és, tot i respectant el desplaçament atesa la licitud de l'empobriment, examinar el desplaçament sota un segon criteri que és el de la justificació de l'enriquiment. Si el resultat és la no justificació l'enriquiment s'ha de rescabalar, sigui "in natura" com en el pagament de l'indegut (art. 1895 Cc. esp.) o com una obligació pecuniària (arts. 541-3.2; 542-6 ss.). L'e.i. és doncs la institució que examina els canvis patrimonials "inter vivos" lícits i els sotmet a un judici sobre la seva justificació que sempre és negatiu.

2. La possible concurrència de l'obligació d'enriquiment injustificat amb altres obligacions

El D. Català contempla la concurrència de l'obligació d'e.i. amb altres obligacions. Principalment amb l'obligació d'indemnitzar danys. Però també amb altres obligacions, fundades en causes lícites, que tenen la mateixa funció de rescabalar l'empobriment.

2.1 La concurrència de licitud de l'enriquiment injustificat amb elements o circumstàncies il·lícites

Sembla una contradicció atès el caràcter objectiu de l'enriquiment/empobriment que prescindeix de les causes que el provoquen. Però quan l'e.i. opera com a principi general del Dret es troba en institucions concretes on concorre amb altres circumstàncies o elements que produeixen els seus propis efectes. Alguns d'aquests elements poden contenir il·licitud que genera indemnització de danys. Així, en l'accessió d'un bé aliè sempre hi ha e.i. (art. 542-1) però també hi pot concórrer un acte il·lícit indemnitzable vgr. quan l'accessió l'ha provocada, de mala fe (art. 542-10), el propietari del bé principal (art. 541-19.2) o un tercer (arts. 542-13, 14.1), normalment amb efectes indemnitzatoris. Igualment la liquidació possessòria pot contenir l'e.i. (art. 522-4) però també elements que generen la responsabilitat per

danys (arts. 522-3.2, 522-5, 522-11.1.2, 522-13, 522-14.1, 522-17.1, 522-18.3, 522-19.2).

És més, en ocasió de l'e.i. la Llei pot entrar en la determinació del dany indemnitzable. Ho fa en la unió de mala fe pel propietari de la cosa principal; la Llei considera que hi ha dany del propietari de l'accessòria quan la perd encara que sigui per venda imposada per ell mateix (art. 542-17.1 "poden obligar els propietaris... i, en aquest darrer cas..."). També en la confusió i en la commixió amb mala fe d'un dels propietaris on la Llei considera com a dany la pèrdua de la titularitat exclusiva (art. 542-18.3 "o per la indemnització...que resultin de la unió"). En canvi, la Llei considera que no hi ha dany indemnitzable quan el perjudicat per l'accessió opta per comprar el bé aliè sigui el principal (art. 542-17.1) o la quota de la comunitat (art. 542-18.3).

2.2 La concurrència de l'obligació d'enriquiment injustificat amb altres obligacions compensadores de l'empobriment

L'obligació d'e.i. pot concórrer amb obligacions que tenen la mateixa funció de rescabalar l'empobriment. La concurrència es troba a l'art. 542-14.1 en què el rescabament de la pèrdua dels materials incorporats a una finca aliena s'imputa principalment al constructor, sigui de bona o de mala fe, i subsidiàriament, en base a l'e.i. al propietari de la finca. Si paga inicialment el constructor no neix l'obligació d'e.i.

L'art. 542-14.2 regula la subsidiarietat de l'e.i. en cas del doble pagament del valor dels materials pel propietari de la finca: al constructor i al propietari dels materials. Aquest pagament de l'e.i. és el ferm i el propietari de la finca podrà demanar-ne el rescabament al constructor pagat. D'aquesta manera l'art. 542-14.2 restableix la prioritat de l'art. 542-14.1 de què el constructor sigui el principal rescabador de la pèrdua dels materials. En aquest cas no envers el propietari dels materials sinó del propietari de la finca.

VII. EL PRIMER COMPONENT DEL SUPÒSIT DE FET DE L'ENRIQUIMENT INJUSTIFICAT. L'ENRIQUIMENT D'UN A COSTA DE L'EMPOBRIMENT D'UN ALTRE

En l'e.i.com a institució autònoma el primer component és l'econòmic. És l'enriquiment propi connectat o vinculat a un empobriment aliè. L'enriquiment/empobriment és un desplaçament de valor d'una esfera patrimonial a un altra, en abstracte perquè no té en compte la causa que l'ha produït. En canvi, quan l'e.i. es considera com a principi general del Dret o "ratio iuris", inserit en una altra institució, sí que pot anar acompanyada

dels elements causals de l'empobriment. En aquests casos l'enriquiment/empobriment manté la seva nota de licitud àdhuc quan la causa és un acte il·lícit (vgr. arts. 542-13 fin., 542-14.1 “perjudicis”, 542-19.2). S'ha de recordar que la construcció de l'e.i. s'ha de fer a partir de les institucions concretes que el tenen com a principi general del Dret.

1. Les notes comunes a l'enriquiment / empobriment

Són dues: la consolidació i l'alteritat.

1.1 La consolidació

L'enriquiment i l'empobriment han de ser situacions consolidades. No ho són quan han estat compensats. La compensació resulta normalment de subrogacions: el crèdit per l'objecte de la prestació rebuda (arts. 569-18; l'art. 1494 Cc.queb. el considera un cas de justificació), les coses destruïdes o expropiades pel crèdit a la indemnització o al preu (art. 532-2.3) o la cosa alienada per la seva contraprestació (arts. 232-31 d); 232-32 c); 465-2.3). En aquest cas si la prestació no és suficient la lesió (art. 321 CDCC) es pot considerar com a enriquiment / empobriment (arg. ex arts. 41.1 CF; 13; 31 LUEP derogats).

La compensació també pot ser per equivalència de valors. Com en la confusió/commixió en què la pèrdua d'una titularitat exclusiva es compensa amb l'adquisició d'una quota sobre la cosa resultant. (art. 542-18). També per compensació d'una despesa en una cosa amb la utilització d'aquesta vgr. en les despeses ordinàries de conservació fetes per l'usuari (arts. 522-4.1 a contr. 552-8.1; 553-38.2,-42.3; 568-10.3). En canvi les despeses extraordinàries de conservació no es compensen amb la utilitat de l'usuari que les fa (arts. 324 “refecció”; 328.3 “reparació” CDCC; arts. 426-28.3,-38.1 c) “refacció”,-47.1 b); 522-4.1; 561-12.3).

1.2 L'alteritat patrimonial

L'alteritat de l'enriquiment i l'empobriment és indispensable per a l'efecte obligacional ja que el primer assenyala el deutor i el segon el creditor. Les definicions dels diferents Codis, i l'art. 612-4 TP, presenten aquesta alteritat com a personal: l'enriquit i l'empobrit. Però en realitat es refereix a patrimonis, encara que pertanyin a la mateixa persona. Les relacions obligacionals entre patrimonis separats poden donar-se entre pertanyents a un mateix titular en exclusiva, com els patrimonis privatiu i fideïcomissari del fiduciari (art. 426-47.1 b), c), o en comunitat amb un altra persona com el crèdit a les millores en béns privatis finançades pels béns comuns (art. 232-38.3).

2. En el supòsit de fet de l'enriquiment injustificat l'empobriment és l'element determinant i l'enriquiment és l'element condicionant

La qüestió es esbrinar la funció que enriquiment i empobriment tenen en el naixement de l'obligació. L'element essencial és l'empobriment ja que el seu rescabament és la finalitat de l'obligació. L'enriquiment és l'element condicionant en el sentit que l'empobriment només es rescabala si existeix un correlatiu enriquiment i en la seva mesura (art. 328.4 CDCC; art. 426-47.2). Aquest valor condicionant de l'enriquiment és el que el fa més proper al naixement de l'obligació de rescabalar i sembla donar-li més rellevància en l'e.i. A part, com s'ha vist, se sotmeten a exàmens jurídics diferents, l'empobriment al de licitud i l'enriquiment al de justificació.

La diversa funció de l'empobriment, determinant, i de l'enriquiment, condicionant, en el supòsit de fet de l'e.i. la demostra l'art. 542-14.1 (vid. VI.2.2). En virtut de la subsidiarietat de l'e.i. aquest no neix si l'empobriment pel valor dels materials perduts ja ha estat rescabalat pel constructor, sigui de bona fe o mala fe, en aquest segon cas amb l'afegitó de la indemnització per danys. El resultat serà un enriquiment del propietari de la finca que no haurà de compensar.

També resulta del requisit de la subsistència de l'enriquiment (§ 818.3 BGB) que l'art. 612-5 TP presenta com a mesura "Qui s'ha enriquit està obligat a reemborsar fins a l'import de l'enriquiment. Quant l'enriquiment consisteix en l'adquisició d'una cosa determinada si aquesta subsisteix en el moment en que s'exercita l'acció s'ha de retornar".

La subsistència parteix de que l'enriquiment té un doble aspecte objectiu, la seva perceptibilitat per l'enriquit i la seva quantia, i un altre de temporal que és el moment de fixació d'ambdues en relació al naixement de l'obligació de rescabalar. El D. Català es refereix a l'enriquiment immediat, és a dir, a l'existent en el moment de la perceptibilitat per l'enriquit (art. 328.4 CDCC; arts. 426-19.1, 426-38.1 c), 426-47.1 a).2; 522-4.2). En aquest moment es perfecciona l'e.i i neix l'obligació de rescabalar per la quantia de l'enriquiment que ja no es veurà afectada per les alteracions de l'objecte de l'enriquiment, el risc del qual suporta el creditor.

La doctrina sobre el § 818.3 BGB (Wolff. § 224.III; Medicus § 128.IV.2) ha convertit la regla de la subsistència en una regla d'enriquiment continuat. Comporta la conseqüent imputació del risc al creditor en cas d'alienació, consumpció, pèrdua o deteriorament del bé en què consistia l'enriquiment; llevat que n'hagi obtingut un avantatge vgr. contraprestació, estalvi de cosa pròpia o pagament de deute. També valora la disminució de l'enriquiment per les despeses que el deutor hagi fer en el bé.

La regla de la subsistència es refereix a l'existència de l'enriquiment però no a la seva quantia. L'enriquiment, en la seva funció condicionant de l'obligació e.i. no té perquè ser equivalent o menor a l'empobriment. Serà més gran quan l'e.i. abasti el "commodum ex negotiatione" (art. 465-2.3).

3. L'empobriment i les seves modalitats

Normalment els Ordenaments no les identifiquen. El § 812.1 BGB ho fa per remarcar la prestació. L'art. 612-4 TP diu "Existeix enriquiment injust en aquells supòsits en què el patrimoni d'una persona s'incrementa a costa de l'activitat d'una altra persona o pel desplaçament de béns que provenen d'un patrimoni aliè a favor seu...". En realitat, l'art. 612-4 no parla de modalitats sinó de causes de l'empobriment en benefici aliè. Es poden distingir els punts de vista jurídic i econòmic.

3.1 L'empobriment jurídic

És el que es contempla directament sobre els elements jurídics d'un patrimoni, els béns i els drets de l'actiu (ex art. 411-1) i els deutes del passiu (art. 232-20.1).

Pot consistir en la pèrdua de drets. Pot resultar de títols legals. Principalment l'accessió (arts. 542-1.1, 542-14.1; 426-29) i l'adquisició "a non domino" (art. 465-2.3 aplicable a l'art. 522-8); però també la usucapió (art. 531-23) i la troballa (art. 542-22). Pot resultar de negoci jurídic, vgr. la tradició (arts. 531-1, 531-3); tanmateix en l'Ordenament català no existeix la seva manifestació com a e.i. que és el pagament de l'indegut (art. 1895 Cc.esp.) en que la pèrdua del dret resulta de la "causa solvendi" malgrat la inexistència de l'obligació.

L'empobriment jurídic també pot resultar del pas de la titularitat exclusiva a la compartida. És en la unió voluntària, que produeix una comunitat nova amb la correlativa pèrdua de l'exclusivitat de la titularitat anterior (art. 542-18). El D. Català no hi troba empobriment perquè la pèrdua de titularitat exclusiva pròpia es compensa amb la comunitat de l'aliena; tanmateix en cas de mala fe del causant sí que apareix l'empobriment de l'altra part però ho fa sota forma de dany indemnitzable (art. 542-18.3).

3.2 L'empobriment econòmic

Són les despeses i els serveis.

Les despeses d'un patrimoni que financen en favor d'un altre (art. 232-25.5). Sigui en pagament del passiu genèric d'un patrimoni: deutes i càrregues (arts. 232-25.5; 426-33.1,-47.1 c) o de deutes concrets (arts. 237-11.1; 561-12.2). Sigui per a la conservació ordinària d'una cosa feta per un no usuari (arts.

569- 4 a), 569-6.2, 569-19.2). Sigui per a la conservació extraordinària (art. 324 CDCC; arts. 426-28.3, 426-38.1 c), 426-47.1 b); 522-4.1; 561-12.3). Sigui per a millores (art. 324 CDCC; arts. 232-25.5; 426-47.2; 522-4.2; 569-4 a); 552-6.3), incloses les despeses fetes en casos de possible pèrdua de la cosa (art. 328.4 CDCC; arts. 561-6.4 i 568-10.3). També són empobriment les despeses en producció de fruits (arts. 541-3.2; també arts. 522-3-1; 542-6 a); 561-6.2).

Els serveis patrimonialitzats. L'activitat d'una persona en sí mateixa no afecta al seu patrimoni en els seus elements actius o passius. La seva patrimonialitat és indirecta com a font d'increment de l'actiu en els treballs remunerables (arts. 232-5.2; 234-9.1) vgr. el professionals (arts. 232-25.4, 232-31 b), 232-33.3; 569-4 c) i en els rendiments de l'activitat mercantil (art. 232-33.3). Els derogats arts. 41.1 CF i 13 i 31 LUEP permetien valorar la feina en general i no sols en la relació de parella, matrimonial o no, com un cas d'e.i. En canvi els arts. 232-5; 234-9 l'exclouen de l'e.i (L. del llibre 2n CCCat. Preàmb.III.c) par. 9) en no valorar la feina en termes de retribució o rendiments sinó assignant-li el dret a una "compensació econòmica" (arts. 232-5; 234-9) que es calcula amb els criteris de l'art. 232-5.3.

Tanmateix la desaparició d'aquest important suport legal no elimina l'enfocament dels arts. 41.1 CF i 13 i 31 LUEP i la seva inclusió de la feina dintre de l'e.i. La consideració del servei com a empobriment patrimonialitzat determina correlativament la de l'estalvi com a enriquiment igualment patrimonialitzat.

3.3 L'empobriment és l'objecte de la qualificació jurídica de licitud

És un recordatori del que s'ha dit (a VI.1). La licitud de l'empobriment és el que el separa del dany indemnitzable i permet parlar de l'obligació de rescabament. Igualment la licitud de l'empobriment legitima l'enriquiment mantenint la seva existència i la seva subsistència. És el cas de les adquisicions per accessió (art. 542-1.1; 426-47.2) i "a non domino" (art. 465-2.3 aplicable a l'art. 522-8), la percepció dels fruits (art. 541-3.2), la utilització de la cosa aliena (art. 522-4.2); el compliment de les càrregues d'una donació revocada (art. 431-16.2); els canvis patrimonials en les relacions d'acolliment (art. 6.4 LAPG) o l'extinció del deutes aliens pagats arts. 237-11.1; 426-47.1 c), 561-12.2). També ho palesa el caràcter definitiu de les despeses i de la prestació de serveis.

El manteniment significa que aquestes situacions són jurídicament fermes i irrevocables. Precisament és gràcies a que aquests efectes subsisteixen que esdevenen susceptibles de l'examen de justificació. Si aquest és negatiu naixerà l'obligació de compensar o rescabalar l'enriquiment produït.

4. L'enriquiment

El D. Català entén l'enriquiment en el sentit més ampli com qualsevol avantatge o benefici (arts. 427-7.1, 427-9) inclòs la duplicació del títol d'un crèdit (art. 427-31.2) i, per tant, les garanties d'un deute. Pot no afectar els elements jurídics patrimonials com els estalvis (art. 41.1 CF. der. arts. 13;31 LUEP der. art. 7 LSCAM der. arts. 232-5.2; 234-9.1); independentment de que el nou Llibre 2n. (arts. 232-5 ss. 234-9) hagi canviat el tractament de la feina d'un membre de la parella en favor de l'altra o de la família tractant-la en seu de desequilibri entre els patrimonis privatus.

4.1 Els requisits de l'enriquiment

Són dos. Ha de ser subjectiu o d'interès per a l'enriquit i ha de ser actual o disponible.

A) L'enriquiment és pot entendre's objectivament i en general o bé subjectivament en el sentit que produeix utilitat a la persona destinatària. El principi és que coincideixen. El D. Català no dona arguments a favor de la distinció entre enriquiment objectiu i utilitat subjectiva. Sí que els dona el seu supletori, el Cc.esp. que distingeix, com l'enriquiment objectiu vgr. l'extinció del deute per pagament (art. 1158,2) i la utilitat efectiva que en treu el creditor (art. 1158,3). El Cc.esp. també insereix la utilitat efectiva en l'estatut de l'incapaç (arts. 32,3 der. 1163,1; 1304, 1716, 1765) i en el pagament a no creditor (art. 1163,2).

El D. Català sí que deixa clar que l'enriquiment no es pot valorar en abstracte sinó per l'interès del seu destinatari. Si no l'interessa, cosa que es manifesta en la voluntat de fer-lo desaparèixer (arts. 542-5b), 542-11.2), no hi ha enriquiment.

B) L'enriquiment té el requisit de ser disponible o potencialment perceptible per l'enriquit (art. 328.4 CDCC; arts. 426-19.1, 426-38.1 c), 426-47.1 a); 522-4.2). Per això la disponibilitat no equival a la mera titularitat de la cosa que incorpori l'enriquiment, vgr. per acció a la cosa principal, sinó a la seva possessió per l'enriquit que pot ser posterior a la producció de l'enriquiment (art. 522-4.2; art. 328.4 CDCC "temps de la redempció"). La disponibilitat de l'enriquiment també apareix en les liquidacions de relacions entre patrimonis del mateix titular en exclusiva vgr. en el moment de la delació del fideïcomís (art. 426-47.1 b), c) o un d'ells en cotitularitat en la liquidació del règim de comunitat (art. 232-38.3).

L'enriquiment, en haver-n'hi prou amb la seva disponibilitat, no s'identifica amb la producció d'una utilitat efectiva sinó que basta la potencial.

4.2 Les modalitats de l'enriquiment

A) L'enriquiment positiu pot ser per manteniment o per increment de l'actiu. El manteniment té com a exemples la conservació de la cosa (vgr. art. 522-4.1) i l'estalvi de despesa vgr. per la feina aliena sense contraprestació o amb contraprestació reduïda (ex arts. 232-5; 234-9).

L'increment de l'actiu pot ser establert per la Llei. D'antuvi mitjançant els títols adquisitius. Són la usucapió (art. 531-23), la troballa (art. 542-22), l'adquisició dels fruits del posseïdor de bona fe (art. 522-3.1 "fan seus"; 541-3.2; 542-6 a); 561-6.2). El títol més ampli és l'accessió adquisitiva que es fonamenta en una mera situació material d'afegit a una cosa d'un element aliè; n'és irrellevant la causa (art. 542-1.2,-15) que pot ser una conducta (art. 542-4, 542-13, 542-17, 542-18, 542-19) o un fet que pot ser de la naturalesa (art. 542-1.2,-15) o la casualitat (542-19.1). L'accessió de les coses alienes atribueix la seva propietat (arts. 542-1.1; 426-29, 426-47.2). Les seves classes són l'accessió en immobles per construcció o plantació (arts. 542-3 ss.), l'accessió en mobles per la unió (segons el D. Català els arts. 542-15 a -18) i l'especificació (art. 542-19). També són enriquiments per accessió de la cosa la feina que s'hi esmerça com el conreu (arts. 542-3 ss.) i la millora que experimenta (art. 328.4 CDCC; arts. 232-25.5; 426-29, 426-38.1, 426-47.2; 522-4.2; 568-10.3) que pot ser jurídica com la servitud (art. 328.5 CDCC).

Un cas d'enriquiment "ex lege", vinculat a negocis jurídics, és l'adquisició "a non domino" (art. 465-2.3 aplicable a l'art. 522-8). L'enriquiment pot consistir en el "commodum ex re" quan està vinculat immediatament a una cosa (tots els casos anteriors menys l'últim) o en el "commodum ex negotiatione" quan resulta de la seva transmissió onerosa (art. 465-2.3 que parla dels subrogats indefinits).

B) L'enriquiment negatiu o per extinció de passiu s'entenia amplament en l'art. 61.5 CF der. que considerava "millores" d'un patrimoni els pagaments de deutes i la redempció de càrregues; però l'actual art. 232-25.5 l'ha limitat a l'alliberament de càrregues i gravàmens. És enriquiment negatiu l'extinció del deute sigui per pagament aliè (art. 561-12.2), com el d'aliments per tercer (art. 237-11.1; art. 6.6 LAPG) i els d'una herència pel fiduciari (arts. 426-33.1, 426-47.1 c) o sigui per condonacions o alliberaments (art. 427-31.1.2.3).

5. L"à costa"

Aquesta locució té per subjecte l'enriquiment perquè és el fet condicionant de l'obligació d'e.i. L"à costa" no s'ha d'entendre com una relació causal sigui la personal de l'art. 612-4 TP ("à costa de l'activitat d'una altra persona") o la personal/patrimonial del § 812.1 BGB ("à costa de qui..."). El perill de considerar l"à costa" causalment el palesa l'art. 542-14 en què l'enriquiment

pot imputar-se tant al tercer que ha aportat els materials de la construcció com a aquests mateixos.

L'“a costa” indica la relació d'imputació entre l'enriquiment i l'empobriment que s'estén als respectius patrimonis afectats, incloent-hi la valoració de la feina. Com s'ha vist no es limita a la relació immediata o “*commodum ex re*” en què la cosa que adquireix l'enriquit és la mateixa que perd l'empobrit, sinó que s'estén al “*commodum es negotiarione*” almenys en segona subrogació (art. 465-2.3). D'aquesta manera la subrogació real (arts. 232-31,d); 533-2; 569-18) manté la vinculació de l'enriquiment inicial a les coses que s'hi subroguin.

L'“a costa” no requereix la relació immediata entre els fets de l'enriquiment i de l'empobriment. Així si es pacta que el diner que el mandatari pugui deure al mandant “*causa mandati*” (art. 1720 Cc.esp.) el retingui en concepte de préstec és com si el mandatari/prestatari hagués rebut el diner del mandant / prestamista malgrat que no s'ha mogut del seu poder (Dig.12-1-15: “*...videatur mihi data pecunia et a me ad te profecta*”).

5.1 Les fonts d'imputació de l'enriquiment a l'empobriment

Les fonts d'imputació (“a costa”) són les causes del desplaçament patrimonial que, ja que es tracta de l'e.i. han de ser lícites. Són la Llei i les conductes de l'empobrit o l'enriquit. Les dues primeres causes concorren quan es tracta d'un negoci jurídic vgr. l'extinció de deutes pel pagament de deute aliè (arts. 237-11.1; 426-33.1, 426-47.1 c); 561-12.2; art.6.6 LAPG) o per condonacions o alliberaments del creditor (art. 427-31.1.2.3). Atès que l'enriquiment/empobriment és el rellevant per al naixement de l'obligació entre les dues parts, no es tenen en compte les causes que siguin conductes de tercers vgr. els causants d'accessions industrials (art. 542-14) o els disponents en les adquisicions “*a non domino*” (arts. 465-2.3 i 522-8) ni les causes naturals (art. 542-1.2, 542-15) ni casuals (542-19.1).

5.2 La imputació “*ex lege*”

Se centra en l'enriquiment causat per la Llei mitjançant els seus títols adquisitius. Són la usucapió (art. 531-23), la troballa (art. 542-22), l'adquisició dels fruits del posseïdor de bona fe (art. 522-3.1 “*fan seus*”; 541-3.2; 542-6 a); 561-6.2); l'accessió en totes les seves variants (art.542-1) i l'adquisició “*a non domino*” (arts. 465-2.3; 522-8). En la causa legal, com l'accessió, són irrelevants les conductes causals de tercers (art. 542-14) i les causes no voluntàries com la naturalesa o la causalitat (art. 542-18.1).

5.3 La imputació voluntària per conducta de l'empobrit

Se centra en l'empobriment que pateix el seu autor. No requereix que la conducta estigui adreçada a l'interès de l'enriquit. Són els tres tipus de despeses en benefici aliè (en general art. 426-47). El primer són algunes despeses de conservació d'una cosa aliena; pertanyen a l'e.i. les ordinàries fetes pel no usuari (arts. 569-4 a), 569-6.2, 569-19.2) i totes les extraordinàries (arts. 324 "refacció"; 328.4 CDCC "reparació"; arts. 426-28.3, 426-38.1 c) "refacció", 426-47.1 b); 522-4.1; 561-12.3). També les despeses de millora en cosa aliena (art. 328.3.4 CDCC; arts. 522-4; 542-5 ss.; 552-8; 561-12; 569-4 a); art. 426-47.1 a). El segon són les despeses per a la producció de fruits d'adquisició aliena (art. 328.6 CDCC; repetidament en els arts. 522-3.1; 541-3.2; 542-6 a); 561-6.2). El tercer és el sacrifici econòmic del pagament de deute aliè (arts. 237-11.1; 426-33.1, 426-47.1 c); 561-12.2; art. 6.6 LAPG) o per condonacions o alliberaments (art. 427-31.1, 2 i 3).

5.4 La imputació voluntària per l'autoatribució de l'enriquit

Se centra en l'enriquiment quan l'enriquit s'atribueix per acte propi una utilitat aliena la titularitat de la qual designa qui és l'empobrit. En el D. Català hi ha dos casos d'autoenriquiment. El primer és l'autoaccessió industrial, és a dir, la provocada per qui en serà l'adquirent. Està implícita en l'art. 542-13 i explícita en els arts. 542-17, 542-18,3, 542-19; en l'art. 542-18 l'empobriment és la pèrdua de la propietat exclusiva. El segon és l'autoenriquiment resultant de la fruïció d'una cosa aliena (art. 522-3.1). El D. Català no contempla, en canvi, l'enriquiment per gaudi de cosa aliena, ja que l'art. 522-5 es refereix només al deteriorament o pèrdua (vid. arts. 324; 328.4 CDCC). Caldria aplicar analògicament una norma com la de l'art. 542-6 ("l'equivalent a la renda").

5.5 La mediatesta en la imputació de l'enriquiment a l'empobriment

És el tema del desplaçament patrimonial mitjançant intermediaris. Apareix en les donacions amb càrrega a favor de tercer (arg. ex art. 431-6.2 la càrrega consistent en la cura o atenció d'altri; arts. 531-16.3, 531-18.1) i en les estipulacions (promesa de deute) a favor de tercer (arts. 421-23; 427-7.2). El donant o l'estipulant/creditor fan una atribució a un tercer indirectament o per mitjà d'un intermediari que és el donatari o el promitent/deutor.

En els dos casos hi ha una sola operació i tres relacions. Dues són relacions del donant o de l'estipulant que són els subjectes principals perquè són els que disposen que l'atribució vagi al tercer. Una, l'anomenada relació de valuta, amb el tercer designat com a destinatari. Una altra, l'anomenada relació de cobertura o provisió, amb el donatari o promitent. La tercera

relació és entre aquests i el tercer i és instrumental de les anteriors ja que les executa o apleix; la tercera relació és la que consuma l'atribució per intermediari.

A) La donació amb gravamen. La relació de cobertura és la pròpia donació i l'enriquiment sempre és del donatari, tot i la minva del gravamen. El significat de l'atribució al tercer dependrà de la relació de valuta amb el donant. Si és a títol gratuït (normalment, arg. ex art. 431-6.2) l'empobrit continua essent el donant i el tercer també és enriquit a costa seva. Però si és "causa solvendi" no hi ha empobriment del donant, en la part de la donació gravada per la càrrega, perquè extingeix el seu deute ni enriquiment del tercer perquè extingeix el crèdit.

B) L'estipulació en favor de tercer. La relació de cobertura entre l'estipulant i el promitent és indeterminada. Pot consistir en una mera provisió de fons (en el mandat gratuït, art. 1728,1 Cc.esp.), una causa lucrativa del promitent en favor de l'estipulant, una contraprestació o el pagament d'un deute del promitent a l'estipulant. En el primer cas l'estipulant s'empobreix per la provisió de fons, tot i que s'estalvia el pagament de la gestió, però no hi ha enriquiment del promitent. En el segon cas hi ha enriquiment de l'estipulant a costa del promitent. En els altres dos no hi ha enriquiment ni empobriment en la relació entre l'estipulant i el promitent atesa la compensació per obra de la contraprestació o de les extincions del deute i del crèdit.

La relació de valuta entre l'estipulant que ha determinat l'operació i el tercer, que n'és el destinatari, pot consistir en idèntiques situacions: una provisió de fons per fer una gestió (en el mandat gratuït, art. 1728,1 Cc.esp.), una causa lucrativa de l'estipulant en favor del tercer (ex arts. 531-16.3, 531-18.1), una contraprestació o el pagament d'un deute de l'estipulant al tercer. En el primer cas no hi ha enriquiment del tercer sinó manca d'empobriment. En el segon cas el tercer s'enriqueix a costa de l'estipulant que s'empobreix sigui amb la donació de béns propis o amb la privació de l'enriquiment que en contemplació seva fa el promitent al tercer. En el tercer i quart casos ni tan sols hi ha enriquiment ni empobriment en sentit tècnic.

VIII. EL SEGON COMPONENT DEL SUPÒSIT DE FET DE L'ENRIQUIMENT INJUSTIFICAT. LA LICITUD DE L'EMPOBRIMENT

La licitud és el primer dels elements jurídics del supòsit de fet de l'e.i. Es predica de l'empobriment i, com s'ha dit, té la important funció sistemàtica de separar l'empobriment del dany indemnitzable i l'e.i. de la responsabilitat per danys.

L'examen de la licitud de l'empobriment recau en alguna de les tres causes jurídicament rellevants del desplaçament econòmic: la Llei, la voluntat de l'empobrit i la conducta de l'enriquit. L'examen de licitud és sempre afirmatiu en les dues primeres causes i en la tercera només si hi ha bona fe.

1. La licitud derivada de la Llei

S'ha de distingir l'abast i la intensitat de la seva força legitimadora.

1.1 L'abast de la força legitimadora de la Llei

Es palesa en els títols adquisitius que produeixen la correlativa pèrdua de la propietat del titular anterior. L'empobriment no es legitima per un pronunciament especial de la Llei sinó indirectament en crear-se a nova titularitat que és incompatible amb l'anterior que s'extingeix. La força extintiva de la incompatibilitat apareix indirectament en els conceptes possessoris (art. 521-4.2). Els títols són els ja esmentats, de la usucapió (art. 531-23), la troballa (art. 542-22), l'adquisició dels fruits del posseïdor de bona fe (art. 522-3.1 "fan seus"; 541-3.2; 542-6 a); 561-6.2); l'accessió (art. 542-1) i l'adquisició "a non domino" (arts. 465-2.3; 522-8).

1.2 La intensitat de la força legitimadora de la Llei

Es palesa quan el títol adquisitiu legal inclou conductes il·lícites. D'antuvi la Llei pot declarar la irrellevància de la il·licitud; sigui expressament com la de la mala fe en la usucapió (art. 531-24.1 igual que l'art. 342 CDCC), sigui implícitament en admetre la mala fe del disponent en l'adquisició "a non domino" (art. 465-2.1.3).

Segonament, la Llei pot tenir en compte la il·licitud però sense que impedeixi l'efecte adquisitiu. És en l'accessió industrial (art. 542-1.1,-15; 568-10.3) que és un acte de disposició material de la cosa accedent vgr. els materials de construcció (arts. 542-13, 542-14), de plantació, o de conreu (art. 542-11), en relació a la cosa accedida de la que també es disposa materialment. La Llei admet l'adquisició per accessió industrial independentment de la titularitat de l'objecte accedent; sigui de qui fa l'accessió (art. 542-11, 542-13) o d'un tercer (ex arts. 542-14.1 "si s'escau, pels perjudicis", 542-19.2). La il·licitud de la conducta o "mala fe" de l'autor de l'accessió (arts. 542-10 a contr. 542-13, 542-14.1, 542-19.2), té un tractament triple. Com a regla, la ja indicada de que la il·licitud de la conducta no impedeix l'efecte adquisitiu de l'accessió i l'enriquiment injustificat que en resulta (el "compensar" dels arts. 542-13 fin. 542-19.2). Per tant, la il·licitud roman en els seus àmbits que són la possible neutralització amb la mala fe del propietari de la cosa incrementada (arts.

542-12, 542-17.3) i la responsabilitat per danys (arts. 542-11.1, 542-14.1, 542-17.1, 542-18.3, 542-19.2).

Excepcionalment, la il·licitud sí que pot afectar a l'efecte adquisitiu de l'accessió. Es distingeix segons que la il·licitud sigui del beneficiari de l'accessió o del perjudicat. En la unió per adjunció (arts. 542-15, 542-16, 542-17) la Llei té en compte la il·licitud o mala fe del beneficiari, el propietari del “bé principal”, per impedir-li l'adquisició de “l'accessori”; la Llei crea una comunitat “pro diviso” sobre la cosa resultant en què es subsisteixen els dos béns amb la respectiva propietat exclusiva (ho prova la possibilitat d'adquirir-los pels corresponents “valors”, art. 542-17.1). En la unió per confusió i per commixió (art. 542-18) la il·licitud del causant no impedeix l'efecte normal de l'accessió que és la comunitat “pro indiviso” (art. 542-18.3) que, a més, exclou l'e.i. per la compensació de valor que produeix: la pèrdua de la titularitat de la cosa confusa o commixta per la quota en la cosa comuna resultant. Tanmateix la dues comunitats, “pro diviso” (art. 542-17.1) i “pro indiviso”(art. 542-18.1), són inestables en perjudici del causant de l'accessió perquè la Llei atribueix al comuner no culpable l'opció d'adquirir l'altra cosa (arts. 542-17.1 “el bé principal”) o l'altra quota (art. 542-18.3 “la part proporcional”) o bé imposar-la al culpable (art. 542-17.1 “o poden obligar...a adquirir l'accessori”), una opció no contemplada en l'art. 542-18.3 però que s'ha d'entendre admesa.

A part, la il·licitud del causant produeix el seu propi efecte de font de responsabilitat per danys indemnitzables. La Llei considera que només hi ha danys en la pèrdua de l'accessori encara que es vengui (art. 542-17.1) i en la pèrdua de la titularitat exclusiva (art. 542-18.3). En canvi considera que no hi ha danys quan el perjudicat compra el bé aliè sigui el principal o la quota de la comunitat (arts. esmentats).

2. La licitud derivada de la voluntat de l'empobrit

El fonament de la seva força legitimadora són dos principis: el de la vinculació dels propis actes (art. 111-8) i l'extrapolació del principi “volenti non fit iniuria” referit als aliens (Dig. 47-10-1.5; Cod. 2-4-34 (33)).

Tanmateix la licitud resultant de la voluntat de l'empobrit es limita a l'àmbit del seu poder de disposició. Si l'excedeix cessa. És el cas de l'accessió provocada pel perjudicat que perd el seu dret. Això no lleva que, a més, perjudiqui la integritat de la cosa incrementada o accedida; tant si ho ha fet de bona fe (arts. 542-8, 542-14.1, si “si s'escau” equival a haver-hi danys) o de mala fe (arts. 542-11.1, 542-17.2). La Llei estableix que aquest dany ha de ser indemnitzat (com s'ha dit a V.1.1).

La conducta de l'empobrit pot ser il·lícita. El seu exemple és l'accessió provocada, de mala fe, pel titular de la cosa accedent. La Llei pot sancionar la il·licitud amb la pèrdua del dret al rescabament (arts. 542-11.1 “perden en benefici de...”, 542-17.2 “no tenen dret...”, referit al 542-16).

3. La licitud en la conducta de l'enriquit

D'antuvi la Llei pot no tenir en compte aquesta dada com en la ja vista usucapció del posseïdor de mala fe (art. 531-24.1). Sí que la té en compte quan valora la posició de l'enriquit, és a dir, la seva bona fe. Sigui respecte del poder de disposició del venedor (art. 465-2.2). O respecte del seu propi dret com en la fruïció de béns aliens (art. 522-3.1) o l'accessió immobiliària amb materials aliens (art. 542-13 pr.). En aquesta la licitud es palesa en la manca de responsabilitat per danys. El mateix passa amb la licitud de la conducta de l'enriquit de bona fe en l'accessió mobiliària (arts. 542-17, 542-18.3, 542-19, tots ells “a contrario sensu”). Com ja s'ha dit, la indemnització per l'adquirent que ha actuat de mala fe està lligada als danys consistents en la pèrdua per l'empobrit per la unió de la seva cosa que passa a una comunitat “pro diviso” (art. 542-17.1) o de la propietat exclusiva convertida en comuna “pro indiviso” (art. 542-18.3). En canvi la Llei considera que els danys no existeixen quan l'empobrit per l'accessió opta per adquirir la cosa (arts. 542-17.1, 542-18,3).

IX. EL TERCER COMPONENT DEL SUPÒSIT DE FET DE L'ENRIQUIMENT INJUSTIFICAT. LA NO JUSTIFICACIÓ DE L'ENRIQUIMENT

Com s'ha dit la justificació és el segon examen jurídic a que es sotmet l'enriquiment/empobriment i té per objecte l'enriquiment que és l'element condicionant de l'obligació d'e.i.

La Llei pot establir la no justificació de manera explícita i, a més, imposant l'obligació d'e.i. (els derogats arts. 41.1 CF; 13 i 31 LUEP i els vigents art. 431-16.2; 542-14.1; art. 6.4 LAPG) o implícitament només imposant l'obligació d'e.i. (vgr. art. 522-4.1). L'obligació de rescabalar és l'índex normal, i indirecte, per esbrinar si una situació d'enriquiment / empobriment pertany a l'e.i. Tanmateix la manca d'obligació de rescabalar pot resultar de la il·licitud de l'empobriment (art. 542-17.2 “no tenen dret...”, referit al -16) encara que s'expressi com un empobriment definitiu (art. 542-11.1 “perden en benefici de...”) (vid. VIII.2). Llavors la manca d'obligació és la sanció civil d'una conducta il·lícita. Per tant, caldrà tenir en compte que la relació de l'e.i. amb l'obligació de rescabalar pressuposa que l'empobriment hagi estat lícit, de manera que sigui possible fer l'examen de la justificació.

1. La no justificació no extingeix l'enriquiment / empobriment sinó que només rescabala l'empobriment

Correspon a la funció autocorrectora que té l'e.i. en un Ordenament consistent en respectar l'empobriment/enriquiment i actuar sobre ell per la via d'una contraobligació. L'exemple és en el pagament de l'indegut considerat, per alguns Ordenaments, com el cas principal d'e.i. (§ 813 BGB; art. 63 OR 1911; art. 476 Cc.port.) i que en el Cc.esp. seria un fonament de l'e.i. com a principi general del Dret. S'ha de recordar que l'obligació de restituir la cosa (art. 1895 Cc.esp.) no pretén extingir la transmissió de propietat; tot el contrari és un reconeixement de que és ferma de manera que no és possible l'acció reivindicatòria. L'obligació de restituir/rescabalar pretén el resultat més modest d'una retransmissió de la propietat.

2. La Llei com a font de la justificació

Es refereix a les tres causes jurídicament rellevants del desplaçament patrimonial: la Llei, la voluntat de l'empobrit i la voluntat de l'enriquit. Elles han servit per al judici de licitud i tornen a ser examinades en el de justificació. Atesa la funció autocorrectora que té l'e.i. en un Ordenament la Llei és l'única veritable font de justificació. Ho és immediatament quan la causa del desplaçament patrimonial ho són els títols adquisitius creats per la pròpia Llei i la conducta de l'enriquit i ho és mediatament en la conducta de l'empobrit.

2.1 L'eventual tipificació de les causes de justificació

Atesa la generalitat del supòsit de fet de l'e.i. la Llei difícilment pot tipificar els casos de justificació. Hi ha una temptativa en l'art. 1494 Cc.queb. Diu "hi ha justificació en l'enriquiment o empobriment quan resulta de l'execució d'una obligació, del no exercici per l'empobrit d'un dret que pot o hauria pogut fer valer contra l'enriquit o d'un acte acomplert per l'empobrit en el seu interès personal i exclusiu o al seu risc i perill o, també, amb una intenció liberal permanent (constant)". És clar que l'art. 1494 només tipifica el primer cas que, d'altra banda, es refereix a la no consolidació de l'enriquiment/empobriment (vid. VII.I.1). Els restants ho són de justificació en base a la voluntat de l'empobrit de la que l'art. 1494 n'és una norma interpretativa.

Per la seva banda els PEL Unj.Enr. (pàg. 118) enumera cinc casos de no justificació: la prestació feta per error vgr. pagar més del que es deu o fer-ho dos cops o a persona que no és el creditor (pàgs. 119 ss.); la prestació en base a contractes nuls o anul·lats per defecte inicial (pàgs. 129 ss.); la millora feta en propietat aliena (pàgs. 143 ss.); la intromissió en esferes alienes que

planteja la delimitació amb la responsabilitat per actes il·lícits (pàgs. 152 ss.) i el pagament, erroni o no, per altri (pàgs. 161 ss.).

2.2 La Llei en relació als seus títols adquisitius. El valor del silenci legal

La regla general és que la Llei no justifica els empobriments/enriquiments que ella mateixa provoca amb els seus títols adquisitius; de manera que generaran l'obligació d'e.i. L'excepció és la justificació en la usucupió (art. 531-23) i en la troballa (art. 542-22.5 a). La força justificadora de la Llei es palesa en la usucupió del posseïdor de mala fe (art. 531-24.1) on aquesta, que ja no afectava a la licitud (vid. VIII.1.2), tampoc no impedeix la justificació atès que no es rescabala la pèrdua de la propietat anterior.

En la usucupió i la troballa la justificació no és explícita sinó que es dedueix de la manca d'obligació a rescabalar, tot i que l'art. 522-22.5 c) només parla d'irreivindicabilitat de la cosa. Però la Llei tampoc no parla de rescabament en l'adquisició "a non domino" (arts. 465-2.3; 522-8) per disposició onerosa d'un tercer encara que sigui de bona fe.

Perquè el silenci sobre l'obligació de rescabalar signifiqui justificació cal un fonament en el propi Ordenament. En la usucupió i la troballa el fonament és la consolidació de situacions de fet envers el propietari negligent o desconegut. Per això són originaris amb total desconexió de la situació jurídica anterior que no sols s'extingeix sinó que la seva extinció és incapaç de generar l'obligació de compensar la pèrdua. Altres silencis sobre el rescabament, com en l'adquisició "a non domino" per disposició onerosa (arts. 522-8; 465-2.2), no signifiquen que es justifiqui l'enriquiment del disponent a títol oneros, de bona o mala fe. Aquest haurà de rescabalar al "verus dominus" la pèrdua de la seva propietat lliurant-li el "commodum ex negotiatione" o contraprestació adquirida "a costa" del propietari.

2.3 L'enriquiment injustificat arran de la revocació de pactes successoris

És el cas de l'art. 431-16.2, diferent del -16.1 on es tracta de la revocació de pactes que enclouen una transmissió de present. L'art. 431-16.2 parla d'enriquiment injustificat en ocasió del compliment de càrregues imposades a l'afavorit (arts. 431-6.1.2, 431-14.1 b) i d'obligacions assumides per qualsevol de les parts (art. 431-13.4) en pactes successoris que s'hagin revocat per impossibilitat de compliment de finalitats contemplades o per canvi de les circumstàncies igualment contemplades (art. 431-14.1 b), c) i d). Segons l'art. 431-16.2 la revocació deixa sense justificació aquests compliments que, per definició, empobreixen a la part complidora. En el cas que els compliments hagin produït un enriquiment a l'altra part, la Llei estableix una obligació

d'e.i. Si no és així la pèrdua resultant dels compliments és a risc del complidor.

L'enriquiment contemplat per l'art. 431-16.2 resulta de la suma del compliment de càrregues i obligacions i de la revocació del pacte en que s'havien imposat o assumit. No té que veure, doncs, amb la frustració de la finalitat o el canvi de circumstàncies contemplades per les parts que pertany a la fase prèvia de la revocabilitat del pacte (art. 431-14.1 b), c) i d).

3. La voluntat de l'empobrit

La conducta de l'empobrit, un cop exclosa la il·lícita sancionada per la Llei s'ha de referir a les conductes lícites (vid. IX). S'ha d'examinar la voluntat. La voluntat directa en les seves manifestacions, la voluntat expressa i la voluntat limitada per un pressupòsit, i la voluntat indirecta.

3.1 La voluntat expressa de justificació

La Llei estableix que la voluntat de l'empobrit legitima l'empobriment (vid. VIII.2) però no que, a més, justifiqui l'enriquiment. Ho deixa clar l'art. 1494. Cc.queb. que requereix una voluntat específica i descriu les dades per escatir-la.

En el D. Català el tema de la voluntarietat de la pèrdua es presenta en el negoci jurídic de pagament de deute aliè que produeix l'efecte extintiu (art. 237-11.1 fin. art. 6.6 LAPG) però no justifica l'enriquiment del deutor alliberat. Per això cal, a més, la voluntat d'enriquir que equival a la de no demanar el rescabament, és a dir, renunciar a ell. És una voluntat que la Llei no presumeix (art. 237-11.1 fin.). El mateix s'ha de dir de les despeses de conservació d'una cosa fetes pel no usuari; no estan justificades i, per tant, s'han de rescabalar (arts. 569-5 a), 569-19.2).

La regla de l'art. 237-11.1 fin. de que la voluntat de l'empobrit de provocar un enriquiment és una font de justificació deriva dels negocis on existeix aquesta voluntat. Primerament, com a causa negocial, en la donació transmissiva de la propietat i d'altres titularitats del donant (art. 531-7). I segonament en els negocis que legitimen l'ús d'una cosa sense contraprestació com el mutu gratuït (art. 1755 Cc.esp.); de manera que l'obligació de devolució de la cosa no lleva l'enriquiment a costa seva.

3.2 La voluntat condicionada de justificació

La voluntat de justificació de l'empobrit pot no ser absoluta sinó estar condicionada a l'obtenció d'una finalitat que integra en el seu acte (com un "dictum", ex art. 431-6) i que, per tant, coneix l'enriquit. És irrellevant que

la finalitat depengui de la voluntat del destinatari, com el compliment de les càrregues, o no com la imputació a la llegítima en les assignacions (arts. 431-22; 451-8.2 b), 451-14.4).

El cas més rellevant és la donació. La Llei preveu que determinades finalitats la tipifiquin com a “modalitats” seves (art. 531-9.2.3): la celebració d'un matrimoni (arts. 231-25,-27) o la causa de mort per un perill especial (arts. 432-5 e). Altres finalitats nomenen la donació: com la remuneració de mèrits personals o de serveis prestats (art. 531-17), les modals (art. 531-18) o les de beneficència (arts. 531-8.2, 531-12.2, 531-17). Altres finalitats es designen per si mateixes (art. 451-8.2 a). La donació amb finalitat també pot ser innominada com la disposició de present feta en pacte successori amb imposició de càrregues o assenyalament de finalitats (art. 436-16.2. Preamb. IV par.4 Llibre Quart “càrregues a l'afavorit, com a ara la de tenir cura d'un atorgant que tingui la condició de causant de la successió...i també la de fer constar la finalitat que hom pretén assolir...”).

No totes les frustracions de finalitats es regulen per l'e.i.

A) No aplicabilitat de l'enriquiment injustificat

La frustració de les finalitats, sigui de fets passats o futurs, tot i que donen lloc a e.i. no es tracten com tals, és a dir, respectant la transmissió i corregint-la per la via de l'obligació de restituir la cosa. Al contrari, es tracten com a fets que afecten al propi negoci. Normalment en la seva fermesa convertint l'atribució en revocable, com en les donacions entre vius (nom erroni, ja que les per causa de mort també són negocis entre vius).

Així l'incompliment de càrregues fa revocables les donacions (arts. 531-15.1 c); 431-14.1 b), 431-16.2; art. 6.4 LAPG); règim que s'aplica a les donacions matrimonials en capítols (art. 231-25).

Quant a la frustració de finalitats de les donacions hi ha el següent. Si la finalitat és matrimonial depèn de si estan o no en capítols. Les donacions matrimonials en capítols estan afectades pel règim d'aquestos en relació al matrimoni: la seva caducitat si el matrimoni no se celebra en l'any (art. 231-19.2) i la ineficàcia en cas de nul·litat o crisi del matrimoni (art. 231-26) que s'ha de considerar com extinció de l'efecte amb caràcter real (arg. ex art. 427-13.1). Les donacions matrimonials fora de capítols són revocables per la no celebració del matrimoni en l'any i si la donació és entre cònjuges també per la nul·litat amb mala fe del donatari (231-29 a) i b). Si la finalitat és la contemplació d'un perill concret la frustració del qual la deixa sense efecte, el règim és la ineficàcia que l'art. 432-5 a) confon amb la revocació que és l'extinció del negoci. Si la finalitat és una altra no dependent de la voluntat del donatari, la Llei només estableix la revocabilitat dels pactes successoris d'atribució de present (arts. 431-14.1 c), 431-16.2).

B) Aplicabilitat de l'enriquiment injustificat

En la donació la Llei no regula la frustració de les finalitats percaçades sigui en general, ja què els arts. 431-14.1 c), 431-16.2 es refereixen a pactes successoris, sigui la remuneratòria (art. 531-17) o la de beneficència (arts. 531-8.2, 531-12.2, 531-17 que és una remissió en blanc). A elles sí que les hi és aplicable l'e.i. Es pot estendre a casos anàlegs: les atribucions en contemplació d'una finalitat inserida en el negoci quan es frustra sigui per voluntat del destinatari o impossibilitat material (art. 451-8.2 a) o per impossibilitat jurídica vgr. la premoriència del legitimari en les assignacions a llegítima (arts. 431-22; 451-8.2 b), 451-11.1, 451-14.4, 451-22.2).

3.3 La justificació en la voluntat indirecta de l'empobrit

Són els casos dels empobriments produïts a través d'actes indirectes de l'empobrit o sigui per mitjà de tercers (vid. VII.4.5).

A) En la donació amb càrrega (arts. 531-16.3, 531-18.1). La relació de cobertura justifica el gravamen imposat al donatari. Per tant en la revocació de la donació per fills o per pobresa (art. 531-15) la recuperació total d'allò donat produiria un enriquiment indegut del donant; per evitar-lo cal que l'e.i. actuï com a excepció a la restitució del valor que el donatari ha esmerçat en la càrrega. Si el que frustra és la relació de valuta vgr. no existeix el deute del donant envers el tercer que s'ha pagat amb la càrrega la relació d'e.i. neix entre ells.

B) En l'estipulació en favor de tercer (ex arts. 421-23, 427-7.2). Les justificacions o la seva manca, a efectes de l'e.i es circumscriuen a la relació afectada sigui la de valuta, entre l'estipulant i el tercer, o la de cobertura entre l'estipulant i el promitent.

El cas de referència és que les dues relacions, la de valuta i la de cobertura, tinguin "causa solvendi" de manera que la prestació del promitent sigui un doble pagament: del deute de l'estipulant amb el tercer i el del promitent amb l'estipulant. Pot haver-hi e.i. en la seva modalitat de pagament de l'indegut quan manca alguna de les dues obligacions ignorant-ho el corresponent deutor (el cas de l'art. 1895 Cc. esp.). Hi ha tres variants. Si existeix el deute de l'estipulant envers el tercer, però no el del promitent envers l'estipulant, hi ha e.i. de l'estipulant "a costa" del promitent, no del tercer perquè ha cobrat el seu crèdit. Si no existeix el deute de l'estipulant envers el tercer, però sí el del promitent envers l'estipulant, hi ha e.i. del tercer a costa de l'estipulant ja que el promitent ha pagat el seu crèdit. Si no existeix cap de les dues obligacions no hi ha cobrament de cap crèdit i l'e.i. és del tercer a costa del promitent que són els respectius enriquit i empobrit amb la prestació.

4. La conducta de l'enriquit

La bona fe de l'enriquit no s'ha de confondre amb la de l'adquirent "ex lege" (arts. 522-8; 465-2.2), atesa l'onerositat del títol.

La bona fe de l'enriquit no justifica l'adquisició d'una cosa aliena que, per tant, esdevé un e.i. (arts. 542-13, 542-16, dintre de l'impersonal "s'hi", 542-19.1). Però sí que, a més de legitimar, justifica la dels seus fruits (art. 522-3.1) sense necessitat d'un previ "dret a percebre'ls" (art. 541-3.1); aquesta justificació s'ha d'estendre a la del gaudi o ús de la cosa en base a l'art. 522-5.1 sobre irresponsabilitat pels deterioraments o pèrdua de la cosa posseïda.

La segona justificació és la voluntat conscient de qui fa una millora en cosa aliena sabent que no és seva (art. 522-4.1 a contr.); la consciència del fet propi és el sentit de la manca d'error de qui paga un deute inexistent (art. 1895 Cc.esp.). La voluntat conscient també justifica la millora que excedeix la durada del dret de l'usuari (arts. 561-6.4) i la millora feta en una cosa de titularitat extingible (art. 568-10.3); llevat en la cosa sotmesa a pacte de retro (art. 328.4 CDCC). La diferència dels dos casos és la prioritat de destinacions de la cosa; en l'art. 568-10.3 és prioritari que sigui objecte del dret d'adquisició aliè mentre que en l'art. 328.4 ho és que sigui objecte del dret de propietat.

X. BIBLIOGRAFIA

- Alpa, Guido: "Dal Code civil al Codice civile del 1942 e ai progetti di ricodificazione" vid. Consiglio Nazionale Forense...
- Aubry, Charles-Rau, Charles: "Cours de Droit civil français d'après l'ouvrage allemand de Z.S.Zachariä".III.(3^a). Paris. 1856.
- Bluntschli (Johan Caspar): "Das zürcherische Obligationenrecht mit Erläuterungen herausgeben von...Redaktor des Gesetzes". Zürich.1855.
- Coing, Helmut: "Europäische Privatrecht.II.19 Jahrhundert". München. 1989.
- Consiglio Nazionale Forense: "Il Progetto italo-francese di un Codice delle Obbligazioni. 1927". Milano. 2007
- DCFR. Vid. Principles, Definitions...
- Departament de Justícia. Observatori del Dret Privat de Catalunya. Secció de Dret Patrimonial. "Treballs preparatoris del Llibre Sisè del Codi Civil de Catalunya. Les obligacions i els contractes" (tancat el 23-IV-2004).
- Enneccerus, Ludwig-Lehmann, Henrich: "Derecho de Obligaciones".II. Buenos Aires. 1948.
- Fenet, Pierre Antoine: "Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil". XIII. Paris. 1836.
- García Goyena, Florencio: "Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español".III-IV. Madrid. 1852

- Hedemann, Justus Wilhelm: "Tratado de Derecho civil. III. Derecho de Obligaciones". Madrid. 1958.
- Jakobs, Horst Heinrich-Schubert, Werner [editors/. "Die Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuchs in systematischer Zusammenstellung der unveröffentlichen Quellen". III. Berlin. New York. 1983.
- Jörs, Paul- Kunkel, Wolfgang: "Derecho Privado Romano". Barcelona. 1937. reimpr. 1965.
- Kaser, Max: "Das Römische Privatsrecht". München. I. 1971. II. 1975.
- Lasso Gaité, Juan Francisco: "Crònica de la Codificaci3n espa1ola". 4. II. Madrid. 1970.
- Medicus, Dieter: "Schuldrecht". II. München. 1987.
- Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. II. Berlin/Leipzig. 1888.
- Oertmann, Paolo: "Indebito arricchimento e Atti illeciti nel Progetto italo-francese di un Codice delle Obbligazioni" a Consiglio Nazionale Forense...
- PEL.Unj.Enr. Vid. Principles of European Law. Unjustified Enrichment.
- Pfyffer, Casimir: "Erläuterung des Bürgerlichen Gesetzbuches des Kantons Luzern". II. Sachenrecht (Obligationenrecht). Luzern 1839.
- Planta, Peter Conradin: "Bündnerisches Zivilgesetz mit Erläuterungen von...". Chur. 1863.
- Pothier, Robert Joseph: "Traité des contrats de bail à rente, de société, des cheptels, de bienfaisance, du prêt à usage et du prêt de consommation,". Oeuvres de Pothier. V. Paris. 1821.
- "Traité des contrats de dépôt, de mandat, de nantissement, d'assurance, de prêt et du jeu". Oeuvres de Pothier. VI. Paris. 1821.
- Principles of European Law. Benevolent Intervent in Another Affairs (PEL.Ben.Int.). Munich. 2006.
- Principles, Definitions and Model Rules of European Civil Law Draft Common Frame of Reference (DCFR). Munich. 2009.
- Principles of European Law. Unjustified Enrichment. (PEL.Unj.Enr.). Munich. 2010.
- Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. II. Berlin. 1889.
- Savigny, Friedrich Karl von: "System des heutigen römischen Rechts". III. Berlin. 1840. V. Berlin. 1841.
- Schneider, Albert: "Das Schweizerische Obligationentrecht". I. Zürich. 1882.
- Schnell, Samuel Ludwig: "Zivil-Gesetzbuch für die Stadt und Republik Bern mit Anmerkungen von...". III. Bern. 1831.
- Schulz, Fritz: "Derecho Romano Clásico". Barcelona. 1960.
- Schulze i altres: "BGB. Handkommentar". Baden-Baden. 2009.
- Wengler, F.A.-Brachmann, H.A. (Hersgbs.): "Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Königreich Sachsen". I. Leipzig. 1878.
- Windscheid, Bernhard: "Lehrbuch des Pandektenrechts". 2.2. Düsseldorf. 1866.
- amb Notes de comparaci3 al BGB de Kipp, Theodor: "Lehrbuch des Pandektenrechts". II. (9^a). Frankfurt am Main. 1906.

Witte, Hermann: "Die Bereicherungsklagen des gemeinen Rechts". Halle. 1859.

Wyss, Paul Friedrich von: "Motive zu der auf Grund der Comissionsbeschlüsse vom September 1877 bearbeiteten neuen Redaktion des allgemeinen Theiles des Entwurfes zu einem schweizerischen Obligationenrechte". Bern. 1877.

Zachariä, Karl Salomo: "Handbuch des französischen Civilrechts". I. Heidelberg. 1808.

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

JUANA MARCO MOLINA

CATEDRÁTICA DE DERECHO CIVIL
UNIVERSITAT DE BARCELONA

SUMARIO I. LA APROXIMACIÓN NORMATIVA AL INSTITUTO DE LA GESTIÓN OFICIOSA DE NEGOCIOS AJENOS. 1. Los objetivos de su regulación. 2. La falta de simetría entre mandato y gestión oficiosa. II. LA GESTIÓN OFICIOSA DE NEGOCIOS AJENOS COMO “HECHO PURAMENTE VOLUNTARIO” DEL GESTOR. 1. La desconexión entre la voluntad del gestor oficioso y los efectos jurídicos de su conducta. 2. El animus aliena gerendi. 3. La ausencia de ánimo liberal en el gestor oficioso. III. EL FUNDAMENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL GESTOR OFICIOSO Y DEL “DUEÑO” O TITULAR DEL ASUNTO GESTIONADO. 1. Las fuentes de las obligaciones correspectivas de gestor y “dueño”. 2. La irrelevancia del éxito o resultado.

I. LA APROXIMACIÓN NORMATIVA AL INSTITUTO DE LA GESTIÓN OFICIOSA DE NEGOCIOS AJENOS

1. Los objetivos de su regulación

Pese a haber quedado en su momento sepultada en uno de los últimos títulos del Libro IV del CC español (Sección 1ª. del Tít. XVI, relativo a “las obligaciones que se contraen sin convenio”), asistimos en este momento a una revitalización de la institución de la gestión oficiosa de negocios ajenos. Tanto los Trabajos Preparatorios del futuro Libro VI del *Codi civil de Catalunya*¹, relativo a las “Obligaciones” (arts. 612-1 a 612-2), como sobre todo

¹ Elaborados por el *Observatori de Dret privat* de la *Conselleria de Justícia* y datados con fecha 23 de abril de 2004. Manejo un ejemplar dactilografiado divulgado restringidamente por la propia *Conselleria*.

el llamado *Common Frame of Reference* (en adelante, DCFR;² arts. V-1: 101 a V-3:106), que es el más reciente exponente de los trabajos emprendidos para la armonización del Derecho privado europeo, dedican sendos apartados a la figura.

Puesto que la codificación del Derecho civil catalán no puede - o no debiera - perder de vista los trabajos europeos y dado, a su vez, el propósito del DCFR de contribuir a modelar las legislaciones nacionales,³ conviene señalar una significativa peculiaridad del esfuerzo armonizador europeo referido a la gestión oficiosa de negocios ajenos: frente a la dificultad que, para aproximar los Derechos nacionales europeos en materia de contratos, ha representado tener que conciliar las tradiciones jurídicas - no siempre homologables - de “civil” y “common law” (esto es, el Derecho privado continental y el anglosajón), en cuestión de gestión oficiosa, los autores del DCFR han procedido a la armonización prescindiendo del *common law* y basándose exclusivamente en los códigos continentales.

Una razón científica o dogmática lo justifica: la inexistencia de la gestión de negocios como figura autónoma en el *common law* inglés, donde muchos de los casos que, en nuestra cultura jurídica, serían subsumibles en el supuesto normativo de la gestión oficiosa, se resuelven fingiendo la existencia de un contrato implícito (*implied contract*) entre los sujetos de la relación. Esa ficticia “contractualización” parece incompatible⁴ con la nota que, comúnmente, los sistemas de Derecho legislado vienen considerando consustancial a la propia idea de “gestión oficiosa” o sin encargo del interesado o titular del asunto gestionado: el carácter espontáneo de la intervención del gestor, nota que la figura incluso incorpora a su propia designación (arts. 1888 y 1889 CCesp.:

² El CFR es una propuesta o esbozo de texto legal elaborado por un grupo profesores de Derecho privado del ámbito europeo (cfr. BAR, Christian von, CLIVE, Eric y SCHULTE-NÖLKE, Hans [eds.], *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference [DCFR], prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law [Acquis Group]*, Sellier, Munich, 2009). Se trata de una iniciativa parcialmente financiada por la Comisión Europea con la finalidad de poder servir a la elaboración de un futuro - y, desde la ampliación al Este, aún más hipotético - código civil europeo. Mientras tanto, sus autores - que insisten en designarlo como “draft” o “borrador” (DCFR), por cuanto falta todavía la decisión política que lo convierta en base de trabajos legislativos - aspiran a que pueda servir tanto como modelo a reformas legislativas en los Derechos nacionales europeos como asimismo de sustrato de la enseñanza universitaria del Derecho en el ámbito de la UE.

³ *Vid. supra* nota anterior.

⁴ O bien, cuando la gestión implica la tenencia de bienes, se reconduce a figuras que, como el *bailment* (una suerte de custodia o asunción de la posesión de una cosa ajena), son difícilmente homologables con las instituciones continentales (cfr. BAR, Christian von, *Benevolent intervention in another's affairs*, Sellier, Munich, 2006, p. 56).

“gestión voluntaria” u “*oficiosa* de negocios ajenos” o, como puntualiza el art. 1888, “sin mandato” del “dueño” o titular de los mismos).⁵

El esfuerzo armonizador ha consistido, pues, en este caso en establecer un mínimo común denominador a las normas que los códigos civiles de nuestra cultura jurídica dedican a la gestión oficiosa. Como aspiro a poner de relieve, ese mínimo común denominador o sustrato homogéneo de reglas y principios existe. La dificultad estriba, de una parte, tal y como demuestra la jurisprudencia, en la heterogeneidad de las situaciones reales que pueden llegar a ser calificadas como gestión de negocios ajenos: esos “negocios” de otro, atendidos por el tercero ajeno al asunto a quien llamamos “gestor” (arts. 1889 y s.s. CCesp.; art. 612-2, 2 *Treballs Preparatoris*) o “*intervenir*” (arts. V-1:101 y s.s. DCFR), pueden ser tanto de índole personal como patrimonial. Es más, pese a la designación legal de la figura (“gestión de *negocios*...”), sus normas son aplicables con independencia de que el asunto gestionado para otro constituya técnicamente un negocio jurídico o bien un asunto de índole puramente fáctica o material.⁶

2. La falta de simetría entre mandato y gestión oficiosa

De otra parte - y ya desde el punto de vista del régimen jurídico o de la clase de normas establecidas para resolver o complementar la regulación de los casos de gestión -, la dificultad estriba en una cierta inercia o automatismo legislativo consistente en aproximar e integrar las normas de la gestión oficiosa con reglas y principios propios del mandato. Esa tendencia se revela particularmente acusada en uno de los códigos más influyentes en la armonización del Derecho privado europeo: el Código civil alemán, de 1900, (en adelante, *BGB*),⁷ que incluso regula la gestión oficiosa inmediatamente a

⁵ Códigos europeos tan representativos como el alemán sitúan igualmente el énfasis en la ausencia de previo encargo o mandato del titular del asunto (*vid* la rúbrica de sus §§678 y s.s.: “*Geschäftsführung ohne Auftrag*”, esto es, gestión sin mandato). Adoptando, en cambio, una designación que refleja una nota menos inmediata de la noción (su carácter desinteresado) y que el propio texto sucesivamente matiza (arts. V-3:101 y 3:104), el DCFR (arts. V-1:101 a 3:106) la denomina “*benevolent intervention in another's affairs*”.

⁶ *Vid.* por todos, LACRUZ BERDEJO (“La gestión de negocios sin mandato”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1975, pp. 245 y s.s., y, en esp., p. 248). Muchos de los ejemplos ilustrativos de esa gestión de carácter puramente material (p. ej., la reparación del inmueble ajeno ejecutada por el propio gestor o el auxilio sanitario prestado en la vía pública a la víctima de un accidente) serían - de mediar una previa relación jurídica voluntaria entre gestor y titular del asunto - reconducibles al ámbito del arrendamiento de obra o, más comunmente, de servicios (*id.* LACRUZ, P. 248).

⁷ *Bürgerliches Gesetzbuch*.

continuación y como reverso del propio contrato de mandato.⁸ Esa influencia del BGB - que, en el caso de la gestión, es compartida con la del Código civil holandés⁹ - y la consiguiente inspiración en las normas del mandato se detecta asimismo en la propuesta de regulación de la gestión oficiosa que efectúa el DCFR (arts. V-1:101 a V-3:106).

No obstante, gestión oficiosa y mandato son no sólo figuras dogmáticamente diversas, sino que - por las razones que a continuación se exponen - conviene que lo sigan siendo: sólo manteniendo su autonomía normativa, puede la regulación de la gestión oficiosa servir a los objetivos para los que, en definitiva, ha sido pensada.

Pese a la ya apuntada heterogeneidad de los supuestos reales reconducibles a la noción y, por ende, a su normativa legal, desde siempre, se ha perseguido al regularla conciliar dos núcleos de intereses: de una parte, la protección

⁸ Esa opción sistemática, así como la ya aludida inspiración de algunos de los preceptos de la gestión oficiosa (p. ej., §§678 y 679 BGB), en principios que parecen más propios del mandato lleva a pensar que, en última instancia, el legislador alemán concibe a la gestión de negocios ajenos como figura unitaria, al margen de que se desempeñe con o sin previo encargo del titular del asunto gestionado.

⁹ Dicho Código carece de una fecha unitaria de entrada en vigor, ya que ha ido adquiriendo vigencia sectorialmente o por partes. Los artículos relativos a la gestión oficiosa de negocios ajenos (arts. 6:198 y ss.) están incluidos en el libro 6º., relativo a la Parte General de Contratos, en vigor desde 1992. Se maneja la traducción inglesa de P.P.C., HAANAPPEL, P.P.C., y MACKAAY, Ejan, *New Netherlands Civil Code. Patrimonial Law (Property, Obligations and special contracts)*, Kluwer, Boston, 1990.

La influencia del Código civil holandés en la propuesta de regulación europea armonizada sobre gestión oficiosa la destacan los propios autores del DCFR y, en concreto, el Prof. Christian von BAR, presidente de la comisión que - dentro del Grupo de Estudio dedicado a la redacción de un futuro (e hipotético) código civil europeo (*Study Group on an European Civil Code*) - tiene a su cargo los trabajos en materia de obligaciones extracontractuales (así, en la monografía que el propio von BAR ha publicado para exponer los motivos y proceso de elaboración de los preceptos dedicados a la gestión oficiosa de negocios ajenos; cfr. BAR, Christian von, *Benevolent intervention in another's affairs*, Sellier, Munich, 2006; *vid.* en esp. p. 54). Con todo, además de esa confesada influencia de la codificación holandesa, no es menor la del propio Código civil alemán, ya no sólo por la formación germánica del propio redactor de la propuesta, sino, asimismo, por el indiscutible - y, también justificado, teniendo en cuenta la aportación de la Pandectística germánica a la dogmática de la obligación y del acto jurídico - liderazgo intelectual de los juristas alemanes en los trabajos de codificación europea. En materia de gestión, ello no ha impedido que la comisión encabezada por von BAR haya tenido en cuenta en no pocos puntos la regulación del Código civil español, sin duda, una de las más completas entre los códigos europeos (las referencias al CCesp y su jurisprudencia son constantes a lo largo de toda la monografía de von BAR; *vid.*, p. ej., sus págs. 60-61, relativas al art. 1893 CCesp.).

de la esfera individual frente a intromisiones no deseadas de terceros¹⁰ y, de otra, el propósito de resarcir (art. 1893,1 CCesp.) o librar de las consecuencias negativas de su intervención a quien, de modo espontáneo e incluso - si bien con matices - también desinteresado¹¹ atiende a los asuntos de otro. El balance entre ambos polos ha ido oscilando en función del correspondiente estadio de la evolución social, y consiguientemente, jurídica: desde la originaria desconfianza del Derecho romano a las intromisiones de terceros aun benevolentes o bienintencionadas,¹² se avanza - por impulso de las ideas de filantropía universal propias del Iusnaturalismo racionalista¹³ - hacia el actual objetivo normativo de incentivar ese género de intromisiones. Sin ir más lejos, así lo demuestra la propuesta del DCFR, que contempla a la

¹⁰ Originariamente, fue ése el objetivo prioritario, como se infiere del hecho de que, mientras que, en las fuentes romanas, la afirmación de las acciones del "dominus" (o titular del asunto) contra el gestor oficioso era categórica, la llamada "*actio negotiorum gestio contraria*", dirigida a permitir al gestor obtener resarcimiento del dueño, se sostenía, en cambio, con mayores reservas (*vid.*, p. ej., *Codex*, Libro II, título XIX, ley 24; en la doctrina, *vid.* análoga constatación en PACCHIONI, Giovanni, *Diritto civile italiano*, Cedam, Padua, 1938, II-3, p. 3, y en ROCA SASTRE, Ramón María, y PUIG BRUTAU, José, "La gestión de negocios ajenos sin mandato", *Estudios de Derecho Privado*, ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1948, I, pp. 449 y s.s., y, en esp., p. 454).

¹¹ Por mucho que, como se verá sucesivamente en el epígrafe II, 3., esta segunda nota, además de no identificarse con un pretendido ánimo liberal del gestor, haya de quedar quizá referida sólo al momento mismo de emprender la gestión (arg. *ex art.* 1894 *in fine* CCesp.).

¹² Las fuentes romanas regulan las relaciones entre gestor oficioso y titular del asunto movidas primeramente por el propósito de proteger a éste de la injerencia ajena y presuponiendo incluso el carácter inoportuno de la intervención, como cuando se viene a decir que, al fin y al cabo, la intromisión del gestor frustra la posibilidad de que el asunto, abandonado por el dueño incapaz de atenderlo (p. ej., ausente) o que urgentemente precisa ser atendido (abandono involuntario o emergencia parecen ser, en efecto, los principales presupuestos de la intervención del gestor para el Derecho romano; cfr. *Digesto* Libro III, título V, ley 1 y ley 6 § 10) sea gestionado por un sujeto más experto (*vid.* así *Instituta*, Libro III, título XXVIII, § 1).

¹³ Así, DOMAT, Jean, *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, tit. IV (*De ceux qui font les affaires des autres à leur insu*), p. 237: «*La loi qui nous commande de faire pour les autres ce qui nous voudrions qu'ils fissent pour nous, oblige ceux qui se trouvent dans des conjonctures où l'intérêt des personnes absentes est abandonné, de prendre le soin d'y pourvoir selon qu'ils le peuvent*» (la obra "*Les lois civiles...*" está incluida en el tomo III de las obras completas de DOMAT; cfr. *Oeuvres de J. Domat*, Chez Louis Tenré, París, 1822, tomo III, pp. 234 y s.s.). Ese sustrato ideológico (el iusracionalismo) se deja sentir en el propio CC francés por obra de POTHIER (POTHIER, R. J., *Oeuvres de Pothier*, Dabo Jeune, París, 1825, tomo 6o., pp. 198 y s.s.), principal inspirador de la regulación de las obligaciones de ese código, quien - como también en otros puntos - incorpora a su explicación de la gestión oficiosa las tesis de DOMAT, si bien hay que destacar que, a este respecto, ambos autores ciñen su exposición a un comentario bastante literal de los pasajes romanos. Más que a fidelidad a esas fuentes, creemos que ello se debe al escaso interés de ambos por el instituto.

gestión como el instrumento de Derecho privado más apto para el fomento de la solidaridad social.¹⁴

Para servir a esos objetivos, la normativa aplicable a la gestión debiera mantenerse emancipada de la regulación del mandato: examinando mandato y gestión oficiosa como meras actividades o procesos, se comprueba que no coinciden ni en el inicio, ni en la ejecución ni en el resultado (esto es, en la previsión o expectativa de un resultado). Creo que, por ello, en definitiva, el CCesp - a diferencia del BGB (§681) - carece de una cláusula de remisión a las normas del mandato para integrar el régimen legal de la gestión oficiosa.¹⁵

Concreto esas diferencias que apunto en los tres siguientes epígrafes.

2.1 El carácter espontáneo de la intromisión del gestor oficioso

En cuanto al inicio, ya las propias definiciones legales describen usualmente a la gestión oficiosa por oposición al mandato como “gestión sin mandato” (art. 1888 CCesp; rúbrica de los §§677 y s.s. BGB y art. V-1: 103 a) DCFR *a contrario*: “... where the intervener is [not] authorised to act under a contractual or other duty to the principal”). Tales definiciones debieran ser ampliadas, pues lo característico de esa gestión espontánea del asunto ajeno es que la misma se emprende ya no sólo “sin mandato” o autorización voluntaria (u otorgada por contrato) del titular del asunto, sino, asimismo, sin que exista tampoco autorización o legitimación legal para intervenir. Esas definiciones debieran, pues, ser completadas para subrayar esa falta de previa legitimación para intervenir,¹⁶ ya radique ésta en la ley o en el contrato (sin ir más lejos, así lo hace el art. 6: 198 CC holandés, que, genéricamente,

¹⁴ Vid. así el apdo. no. 18 de la Introducción al DCFR: “...[S]olidarity...is of great importance to the DCFR. The principle of solidarity and social responsibility is also strongly reflected, for example, in the rules on benevolent intervention in another’s affairs, which try to minimise disincentives to acting out of neighbourly solidarity” (BAR, CLIVE y SCHULTE-NÖLKE, *Principles, Definitions and Model Rules...*, cit. *supra*, p. 18).

¹⁵ Bien al contrario, el Cc esp contiene, en puntos significativos, reglas contrapuestas a las del mandato (p. ej., en cuanto al vínculo de solidaridad entre la pluralidad de gestores, solidaridad negada, en cambio, entre la pluralidad de mandatarios [comp. arts. 1721 y 1890,2], o en cuanto a la posibilidad de nombrar sustituto: mientras que, para el gestor oficioso, sólo se ha previsto la posibilidad de nombrar “delegado”, sin que ello le permita salir de la relación, en cambio, el mandatario que, con consentimiento del mandante, nombra como sustituto a una persona idónea, puede así liberarse de la relación de mandato [comp. arts. 1721 y 1890,1]).

¹⁶ Vid. así LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Beck, Munich y Berlín, 1956, tomo II, p. 204, quien subraya que lo que legalmente se pretende describir es una gestión “no fundamentada en una preexistente relación jurídica” (“...eine Geschäftsführung, die ihren Grund nicht in einem bereits bestehenden Rechtsverhältniss findet”).

se refiere a la falta de “poder” para intervenir por inexistencia de previa relación jurídica, de la clase que fuere, entre gestor y “dueño”).¹⁷

Presupuesto el carácter rigurosamente espontáneo de la intervención, a toda regulación legal de la gestión oficiosa se le presenta un primer desafío inexistente en el caso del mandato: la necesidad de proteger al titular del asunto de la decisión discrecional del gestor, puesto que es él quien, sin contar con el dueño, y sí solo con su propia apreciación, valora la necesidad, la conveniencia o la utilidad de intervenir, por mucho que - como en la regulación española - legalmente haya dejado de presuponerse que la gestión se efectúa sin conocimiento del “dueño”.¹⁸ ¹⁹ Pensando en ello, parece revestir escaso sentido - de no ser por el ya aludido infundado mimetismo hacia la regulación del mandato - la frecuente apelación, tanto del BGB como - por influencia suya - del DCFR, a la necesidad de comunicarse con el titular del asunto incluso durante la propia gestión o de ejecutarla de acuerdo

¹⁷ Art. 6: 198 CC holandés: "...without deriving the authority to do so from a legal transaction or a legal relationship subsisting elsewhere in the law" (manejamos ahora la traducción inglesa del propio von BAR, loc. cit., p. 54, más expresiva a estos efectos que la ya citada [*supra* nota 9] de HAANAPPEL y MACKAAY).

¹⁸ La ignorancia del dueño sobre el emprendimiento de la gestión fue, en efecto, uno de los presupuestos de la gestión oficiosa en el Proyecto de CCesp. de 1851 (*vid.* su art. 1892: "El que se encarga voluntariamente de la agencia o administración de los asuntos de otro sin mandato ni conocimiento suyo..."), pero no se incorporó a la regulación vigente, salvo - seguramente por error del legislador (cfr. LACRUZ, *op. cit.*, p. 270) - en el caso particular de la gestión consistente en la prestación de alimentos por cuenta del obligado (art. 1894 CCesp.).

Con todo, pese a no haber llegado a convertirse en presupuesto necesario de la gestión oficiosa, hay que contar con la usual imposibilidad de comunicarse con el “dueño”. Seguramente por ello, el CCesp., a diferencia de otros códigos (*vid.*, por todos, §681 BGB) y del propio DCFR (art. V-1: 102 cj) prescinde de imponer al gestor el deber de informar al “dueño”, tan pronto como sea posible, del acometimiento de la gestión. En línea con la acusada inspiración en la regulación del mandato que - como se indica en texto - caracteriza a esas regulaciones, resulta aun más curioso que las mismas inciten al gestor, después de haberse comunicado con el dueño, a recabar su consentimiento para los actos sucesivos, considerando, pese a ello, que la relación se mantiene en el marco de la gestión oficiosa (art. V-1:102 cj DCFR), sin pasar a ser - como en el CCesp - de mandato (comp. art. 1892 CCesp.).

¹⁹ Pese a ser - como indicamos en la nota precedente - la imposibilidad de comunicarse con el dueño la situación estadísticamente más frecuente, no es la única hipótesis concebible. La jurisprudencia admite también como casos de gestión aquéllos donde la intervención espontánea se efectúa “sin oposición” del dueño (así, STS de 2 de febrero de 1954) o, por así decirlo, “a ciencia y paciencia” del “dueño” (así, parafraseando el art. 379,3 CCesp, LACRUZ, *op. cit.*, p. 25, y también NÚÑEZ LAGOS, loc. cit., p. 500, quien puntualiza que el *dominus* “puede estar presente, pero inhibido, no importa por cuál causa”), esto es, con su conocimiento y sin su oposición o por mera tolerancia, suya o de sus allegados (lo ilustra, p. ej., la SAP de Girona, de 10 de septiembre de 2001, relativa a las gestiones, tanto de índole patrimonial como personal, efectuadas por un empleado de banca por cuenta de un cliente suyo con demencia senil, gestiones que la resolución constata que fueron conocidas al menos por algunos de sus hijos y, a la vez, herederos intestados).

con su “voluntad real o presunta” (cfr. §§ 677, 678 y 681 BGB;²⁰ comp. arts. V-1:101 [2] b] y V-2: 101, apdo. [1] b] y c] DCFR).²¹ En el BGB, los indicados preceptos tienen, además, como colofón una cláusula general de remisión a las normas del mandato como supletorias del régimen de las obligaciones del gestor oficioso (*id.* §681 BGB). Esa cláusula de cierre está, en cambio, ausente en el CC español y creo que ello se justifica por las razones que aquí indico.

El límite que, por específico de esta clase de relación, parece, en cambio, más adecuado es el que - inspirándose en las fuentes romanas²² - formula el art. 1891 CCesp.: el de no “acometer operaciones arriesgadas que el dueño no tuviese costumbre de hacer”, criterio que debe entenderse que opera no sólo como regla de ejercicio o principio de actuación en el curso de una gestión ya comenzada, sino asimismo como límite a la hora de acometerla o decidirse a intervenir. Sólo al concluir la gestión y una vez rinda el gestor cuentas de lo actuado, podrá valorarse si ese límite fue respetado, tanto para efectuar como - tal y como sostenemos - también para emprender la gestión. Su infracción determina una agravación de la usual responsabilidad del gestor sólo por culpa o hecho propio (art. 1889 CCesp), haciéndosele responder frente al “dueño” incluso por caso fortuito, esto es, por los perjuicios, que, aun acaecidos durante la gestión, no son directamente imputables a su intervención (art. 1891).

²⁰ La conformidad de la gestión con esa voluntad del dueño la contempla incluso la doctrina alemana como requisito de legitimidad de la gestión (cfr. LARENZ, op. cit., p. 208, y ENNECERUS, op. cit., p. 626).

Curiosamente - pese al ya referido empeño del CC alemán en regular la gestión oficiosa casi como calco del mandato, imponiendo al gestor la obligación de comunicar con el “dueño” y de consultarle sobre la actuación sucesiva una vez se ha podido comunicar con él (§681 BGB, cuya influencia se deja sentir en el art. V-1: 101 [2] DCFR) -, el propio BGB parece tomar conciencia del ya indicado (en el texto) riesgo que, para el titular del asunto, representa la decisión discrecional del gestor respecto a la necesidad o conveniencia de emprender la gestión y, por ello, su §678 - que probablemente inspira al art. V-2: 103 [1] DCFR - contempla el acometimiento inoportuno de la misma como fuente autónoma de responsabilidad por daños para el gestor, siempre y cuando el gestor hubiera debido reconocer la inconveniencia de dicha decisión para el dueño (o, tal y como lo formula el precepto, la contradicción de la misma con la “voluntad real o presunta de aquél”). Dicha responsabilidad viene aparejada a la mera decisión de emprender la gestión, pues, tal y como puntualiza el precepto, la misma se impone incluso si la posterior ejecución de la gestión ha sido correcta.

²¹ Como confirma NÚÑEZ LAGOS, esa fidelidad a la voluntad real o presunta del dueño tanto para intervenir como para ejecutar la gestión está, en cambio, ausente en las fuentes romanas: “...la investigación romanista prescinde completamente de la voluntad real o presunta del *dominus*. Adopta un criterio objetivo en su totalidad”. Ello pone de relieve, según el citado autor, que “el gestor podría estimar útil una gestión, aunque no debiera parecérselo al *dominus*, siempre que el gestor obrase como un “*bonus pater familias*” (así, NÚÑEZ LAGOS, Rafael, com. al art. 1893 CC en, SCAEVOLA, Q. M., *Código civil comentado*, Ed. Reus, Madrid, 1957, tomo XXX, p.500).

²² Cfr. Digesto Libro III, tít. V, ley 10.

Es más, las leyes admiten, siquiera sea con carácter excepcional, casos en que la gestión es legítima, ya no sólo cuando ha sido emprendida *sin* la voluntad del “dueño”, que es la situación ordinaria, sino incluso *contra* su voluntad. Se admite que así sea cuando el gestor interviene en cumplimiento de un deber que incumbe al “dueño” o titular del asunto, ya se trate de un deber de Derecho público, de determinados deberes de Derecho privado o, incluso - aunque es controvertido - de un deber moral,²³ siempre y cuando el cumplimiento del deber en cuestión pueda considerarse de interés general²⁴ o socialmente relevante (la fórmula que utiliza a este respecto el art. V-1:102 DCFR es “*Where an intervener acts to perform another person's duty, the performance of which is due and urgently required as a matter of overriding public interest...*”; comp. §679 BGB).

A estos efectos, el deber arquetípico (hasta el punto de que es el único específicamente previsto en el CCesp con la finalidad de legitimar una gestión oficiosa emprendida contra la voluntad del titular del asunto; cfr. art. 1893) es el de prestación de alimentos entre parientes. La importancia legalmente conferida a ese deber como fundamento legitimador de la intervención del gestor aun contra la voluntad del deudor es tal que - pese a no regular la gestión oficiosa de negocios ajenos como figura general - el art. 237-11 CCcat faculta a la persona pública o privada que haya prestado los alimentos en lugar de los parientes legalmente señalados como titulares

²³ Sustancialmente, estoy pensando en el caso de la ayuda prestada al suicida, para impedirle conseguir el objetivo de quitarse la vida. Para evitar que, con carácter general, la intervención contraria a la voluntad del “dueño” pueda sustentarse, como único apoyo, en el cumplimiento de un deber de índole meramente moral, se ha llegado a calificar de “*jurídico*” al deber de preservar la propia vida (así, Theodor KIPP, en sus notas de adaptación al BGB del Tratado de las Pandektas de WINDSCHEID; cfr. WINDSCHEID, Bernhard, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Rütten & Loening, Frankfurt/Main, 1906, tomo II, p. 913).

²⁴ Hay que pensar que esa posibilidad de intervenir aun contra la voluntad del dueño es excepcional, no pudiendo sustentarse en cualesquiera deberes de Derecho privado y ni siquiera en los ordinarios de Derecho público (p. ej., deudas tributarias), ya que el titular de un deber debe ser, en general, libre o no de cumplirlo. Deberá entonces poder demostrarse en el caso concreto que el deber en cuestión encaja en esa genérica fórmula del interés “superior” o “de relevancia social” (“*overriding public interest*”, en la dicción del art. 1:102 DCFR) que suscite urgencia en el cumplimiento de ese deber. Así, p. ej., el tercero que paga una deuda ajena ordinaria contra la voluntad del deudor difícilmente podrá reclamar ser tratado a todos los efectos como gestor oficioso, debiendo conformarse, de acuerdo con las reglas generales del pago de tercero, con que el titular de la deuda le abone estrictamente aquello en que pueda demostrarse que le ha sido útil el pago (art. 1158,3 CCesp) y no, en cambio, todos los gastos o daños experimentados por razón del mismo (así lo corrobora una STS de 18 de mayo de 1946, que, ni siquiera tratándose del pago de una deuda fiscal que incumbía a otro, permitió al tercero pagador recuperar la totalidad de la suma pagada).

pasivos de ese deber (art. 237-2 CCcat)²⁵ a repetir con intereses lo pagado²⁶ y a utilizar como vía de reembolso, no sólo la ordinaria acción de regreso (art. 1158 CCesp), sino, además, un remedio adicional que la ley (cfr. art. 1209,2 CCesp.) sólo atribuye a aquellas categorías de acreedores a quienes quiere favorecer particularmente: la subrogación del pagador en el propio crédito pagado (art. 237-11, 1 CCCat), lo que le confiere, a efectos de reembolso, la ventaja de mantener la antigüedad.²⁷

2.2 La diferencia entre mandato y gestión oficiosa como actividad

Tampoco desde el punto de vista de su ejecución o realización, se justifican las tentativas de regular la gestión oficiosa a imagen y semejanza del mandato. Ello ya no sólo porque - como se ha señalado preliminarmente - la gestión oficiosa, a diferencia del mandato,²⁸ comporta la realización indistinta de actos jurídicos y materiales, sino porque, aun manteniendo la comparación sólo en el plano jurídico, la aplicación práctica de las normas de la gestión oficiosa permite comprobar que, a diferencia del mandatario, a quien los códigos civiles acostumbra a suponer investido de poder de representación,²⁹ el gestor oficioso actúa sin un esquema jurídico preconcebido: legalmente - si bien con los límites previstos en el art. 1889 CCesp- se le permite elegir los medios que considere más convenientes para

²⁵ Nos referimos a ellos como sujetos meramente designados por la ley como titulares del deber y no como obligados, porque la concreta obligación de alimentos no nace hasta que la reclama el pariente necesitado (art. 237-5 CCCat). Cabe, pues, que el tercero (persona pública o privada) intervenga prestando los alimentos a quien los necesita aun antes de que, técnicamente, exista una concreta obligación para el legitimado pasivo u obligado por el orden de designación legal.

²⁶ Por tanto, ya no sólo, como en el caso ordinario de pago de tercero (art. 1158,3 CCesp), aquello en que haya sido útil el pago al deudor por quien se paga.

²⁷ Es más, si el tercero pagador es una entidad pública, o bien, un particular que, además de prestar los alimentos, acoge al necesitado, se les faculta incluso a hacer nacer el propio crédito a los alimentos (*vid. supra* art. 237-5 y nuestra nota 25) reclamándolos. Incluso, a la vista del art. 14 del Decreto de la *Generalitat*, de 18 de diciembre de 1996, que establece el régimen de contraprestaciones de los usuarios por los servicios públicos asistenciales, cabría considerar que la legitimación de la entidad pública para la reclamación es independiente del hecho del acogimiento.

²⁸ Ceñido a la realización de actos jurídicos (arts. 1712 y 1713 CCesp.).

²⁹ Ello es indudable para el BGB, donde el mandatario se reputa investido de "*Vollmacht*" o poder de representación. Pudiera, en cambio, ser discutible para el CCesp, pero - como se ha sostenido (así, HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso, "Mandato, poder y representación: una nueva lectura del art. 1716 del Código civil", en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1980, pp. 101 y s.s.) - algunos de sus preceptos (*vid.* art. 1716) llevan a pensar que también el Código español concibe al mandato como representativo.

atender al asunto ajeno³⁰ (así explícitamente, el CC holandés, art. 6: 202 y, por influencia suya, el art. V-3: 106 [1] DCFR) y esa libertad - como demuestra la jurisprudencia - incluye la facultad de ejecutar la gestión actuando frente a terceros, tanto en nombre propio como ajeno.³¹

Sea cuál fuere el medio jurídico elegido, la ley, si la gestión es lícita³² y útil³³ (art. 1893), imputa el resultado de lo actuado al “dueño” del asunto, de modo uniforme, esto es, sin distinguir - como sí se hace, en cambio, en sede de mandato y representación negocial (arts. 1717 y 1725 CCesp) - entre actuación representativa y no representativa. Así lo trasluce la regulación legal en cuanto a las obligaciones frente a terceros que, con ocasión de la gestión, llegue a contraer el gestor oficioso en interés del “*dominus*”: el art. 1893,1 CCesp imputa directamente al “*dominus*” la responsabilidad por esas obligaciones, sin discriminar entre las contraídas en nombre del “*dominus*” y las contraídas por el gestor en su propio nombre.³⁴ En cambio, fuera del ámbito de la gestión oficiosa, esta segunda categoría de obligaciones sólo

³⁰ Sobre la heterogeneidad de los posibles vías de actuación jurídica al alcance del gestor, cfr. STS de 16 de octubre de 1978, cdo. 4º.: "...entendiendo el vocablo "gestión" en el amplio sentido de manejo, administración, disposición o posesión..."

Se discute si la actuación como gestor oficioso faculta a emprender actuaciones procesales (así, von BAR, op. cit., p. 96). Pese a que ningún precepto del CCesp lo contempla específicamente, la jurisprudencia española lo admite implícitamente (*vid.* así, entre otras, la STS de 28 de diciembre de 1908 y la SAP de Asturias, de 15 de noviembre de 1999, donde el pretendido gestor oficioso reclama gastos devengados por sendos procesos supuestamente entablados en interés del demandado).

³¹ La jurisprudencia española permite constatar la uniformidad del resultado jurídico (imputación al "dueño" de lo actuado por el gestor, si se estima que ha habido gestión oficiosa), con independencia de que el gestor haya optado por actuar en su propio nombre o en nombre del titular del asunto (*vid.* así la STS de 8 de enero de 1908, donde la gestora sin mandato, con el fin de agilizar la gestión, cobró en concepto de propietaria las rentas arrendaticias de unos inmuebles pertenecientes, en realidad, a su principal, y asimismo la STS de 2 de abril de 1929, donde se constata que los sobrinos que asistían a un incapaz psíquico vendieron por cuenta de aquél, pero en nombre propio, fincas que le pertenecían). Por su parte, las SS TS de 9 de febrero de 1957 y 25 de junio de 1992 contemplan casos de pago de tercero donde el tercero pagador paga no sólo por cuenta, sino, además, en nombre del deudor, pese a no haberle otorgado éste poder de representación.

³² La licitud de la gestión radica sustancialmente, como se verá (*infra* epígrafe II, 2), en la intención de actuar en interés o para el “dueño” del asunto (“*animus aliena gerendi*”).

³³ En los términos que se verán en el epígrafe III,2.

³⁴ Lo confirma NÚÑEZ LAGOS, op. cit., p. 501: “Mientras el Derecho romano impone al “*dominus*” la obligación de liberar al gestor “*si utiliter gessit*”, los Códigos latinos obligan al “*dominus*” a pagar directamente a los terceros”.

podría llegar a convertirse en obligaciones del “*dominus*”³⁵ mediante un acto de asunción o ratificación de las mismas³⁶ y, adicionalmente, mediante el asentimiento del tercero acreedor, dado que, de acuerdo con las reglas generales de las obligaciones, no está permitido el cambio de deudor sin consentimiento del acreedor de la relación obligatoria (art. 1205 CCesp).

El CC español, en sede de gestión oficiosa, prescinde, en cambio, de tales requisitos técnicos, lo que, a mi entender, además de avalar - como sostengo - la conveniencia de mantener separados gestión oficiosa y mandato, se explica por el interés del legislador en fomentar - por la razón que señalo al final del trabajo - la gestión espontánea, facilitando su ejercicio.

2.3 La distinción entre mandato y gestión oficiosa desde el punto de vista del resultado

Finalmente, tampoco coinciden gestión oficiosa y mandato en la previsión o contemplación del resultado de la actividad desempeñada: por mucho que tanto la obligación del mandatario como la del gestor oficioso puedan ser caracterizadas como obligaciones *de medios*, que, como tales, se consideran cumplidas por la mera realización de una actividad “diligente” (art. 1719,2 CCesp., para el mandato, y art. 1889 CCesp., para la gestión oficiosa), sin compromiso o garantía de un resultado, en el mandato, hay, al menos una expectativa o previsión legal de resultado (arg. *ex* art. 1720), puesto que, al fin y al cabo, el contrato se orienta a la consecución de un fin proyectado por el propio mandante. En cambio, en la regulación de la gestión oficiosa, no se detecta esa previsión legal de resultado, ya que éste se contempla como meramente eventual (art. 1893 CCesp.) y lo que parece esencial es que la gestión comenzada continúe o no se abandone, hasta la conclusión del asunto o hasta que pueda éste ser atendido por el propio “dueño” (art. 1888 CCesp.).

Presupuesto todo lo anterior, el CC español es uno de los códigos europeos que mejor ha sabido preservar esa independencia institucional de la gestión.

³⁵ Sí alude, en cambio, a la distinción entre obligaciones contraídas por el gestor oficioso en nombre propio y en nombre del titular del asunto el art. 1375 CC francés, seguramente por influencia de POTHIER (op. cit., pp. 237 a 238), quien, para las primeras, se refiere a la necesidad de que el “*dominus*” descargue al gestor, asumiéndolas, mientras que las segundas (las contraídas por el gestor en nombre del “dueño”) pueden ser cumplidas directamente por éste.

³⁶ Se trata de una ratificación independiente de la prevista en el art. 1892 CCesp. Como resulta del art. 1893, no es precisa esa ratificación “expresa” cuando la gestión ha sido útil, en los términos del propio art. 1893. Los arts. 1892 y 1893 son vías alternativas de asunción de la gestión oficiosa por el “dueño” del asunto. Ello presupuesto, lo que planteamos en el texto es qué ocurre con las obligaciones contraídas por el gestor oficioso en su propio nombre, cuando el dueño ha de asumir la gestión, aun sin ratificación expresa, por haberle sido útil la gestión.

Sus normas,³⁷ pese a su fecha, siguen siendo actualmente aptas para resolver casos de gestión oficiosa tan heterogéneos como los que se plantean a la jurisprudencia.³⁸

Por ello, y del mismo modo que el DCFR ha tenido muy en cuenta la regulación española por ser - al menos en esta materia - una de las más completas del acervo común europeo,³⁹ tampoco el articulado del futuro Libro VI del CC de Cataluña debiera perfilarse prescindiendo de reglas y principios que ya están en el CC español.

Partiendo de las premisas expuestas, los sucesivos apartados estarán dedicados al examen de la gestión oficiosa como acto jurídico no negocial y a establecer cuáles son, en definitiva, las fuentes o hechos constitutivos de las obligaciones de gestor y “*dominus*”.

II. LA GESTIÓN OFICIOSA DE NEGOCIOS AJENOS COMO “HECHO PURAMENTE VOLUNTARIO” DEL GESTOR

1. La desconexión entre la voluntad del gestor oficioso y los efectos jurídicos de su conducta

Mandato y gestión oficiosa son no sólo teleológicamente diversos, sino que - como he apuntado en los precedentes epígrafes - lo son asimismo conceptual o dogmáticamente. Pese a operar ambos como hechos constitutivos o fuente de obligaciones, ni siquiera pertenecen a la misma categoría de fuente obligacional (art. 1089 CC esp): mientras que el mandato es un contrato, la gestión oficiosa pertenece a una diversa especie de hechos jurídicos; además de no ser contrato, ni siquiera reviste carácter negocial. Mandato y gestión oficiosa coinciden como *actos jurídicos* o hechos jurídicos *voluntarios*. Pero lo que separa al mero *acto jurídico* del negocio es la relevancia que,

³⁷ Pese a haberse inspirado en los arts. 1371 y s.s. del CC francés, de 1804 (y, parcialmente, también en los arts. 1724 a 1726 del anterior CC portugués de 1867), es significativo - y, a mi entender, deliberado - que no incorpore el CC español una cláusula de genérica remisión al mandato, que sí aparece, en cambio, en el modelo francés (art. 1372,2 CC francés).

³⁸ Pese a ser comunmente considerada una figura “residual” o en desuso, no ha faltado en las últimas décadas jurisprudencia relativa a la gestión oficiosa. Ocurre, sin embargo, que, a menudo, los casos enjuiciados no son de gestión, sino, en realidad, casos de enriquecimiento injusto, mandato extralimitado o, incluso, de responsabilidad por hecho ilícito, donde, aun así, los litigantes, de modo puramente retórico, invocan las normas de la gestión oficiosa como argumento secundario o complementario.

³⁹ Se revela superior a su modelo inmediato, que es el CC francés (arts. 1371 a 1375), por ser, además de más completa, más fiel a los precedentes romanos (cfr. NÚÑEZ LAGOS, loc. cit., p. 494).

en uno y otro caso, se asigna a la voluntad de quien actúa: sólo cuando los efectos jurídicos previstos, además de ser queridos, se disponen legalmente precisamente porque son queridos, el acto realizado es negocio. Cuando, como en el caso de la gestión oficiosa, los efectos legalmente previstos prescinden de la voluntad del agente, estamos ante una diversa categoría de acto jurídico: el *acto jurídico en sentido estricto*,⁴⁰ al que - de modo intuitivo⁴¹ - el CCesp. (art. 1887) describe como “hecho lícito y puramente voluntario”.⁴²

Esa fórmula es el recurso ensayado por el CC esp para definir la noción, histórica, pero artificial, de “cuasicontrato”, nacida de la corrupción de la locución romana dirigida a expresar que el contrato no es el único hecho lícito y voluntario capaz de crear obligaciones: de la idea originaria⁴³ de obligaciones nacidas “*quasi ex contractu*” o “como de contrato” se pasa - por el mero desplazamiento del adverbio tras la preposición (“*ex quasi contractu*”) - a una nueva categoría de obligaciones supuestamente “*cuasicontractuales*”,⁴⁴ nacidas de hechos voluntarios, que, pese a no ser contrato, generan

⁴⁰ La noción no es puramente dogmática. Sin ir más lejos, la incorpora una propuesta con vocación normativa como el DCFR, contraponiéndola a la definición de contrato; así, en su Libro II, relativo a “Contracts and other Juridical acts”. *Vid.* el art. II-1:101 de ese Libro: “II-1:101: Meaning of “contract” and “juridical act”: “(1) A contract is an agreement which is intended to give rise to a binding legal relationship or to have some other legal effect. It is a bilateral or multilateral juridical act.”; “(2) A juridical act is any statement or agreement, whether express or implied from conduct, which is intended to have legal effect as such. It may be unilateral, bilateral or multilateral.”

⁴¹ Téngase en cuenta que, por su fecha, el Código civil español y sus redactores son prácticamente coetáneos de la propia elaboración de la teoría del *acto* y del *negocio jurídico* por la Escuela Pandectística alemana durante el último tercio del siglo XIX y, por ello, difícilmente pudo el Código español incorporar categorías dogmáticas tales como la clasificación de los hechos jurídicos (la contraposición entre *acto* y *negocio*).

⁴² Esa fórmula (“hecho puramente voluntario”), tomada del art. 1371 C.c. francés y dirigida a describir la noción artificial de “cuasicontrato”, merece ser alabada como modelo de abstracción, en su intento por absorber o hallar un denominador común a hechos (lícitos y voluntarios) tan heterogéneos como la gestión oficiosa y el cobro de lo indebido.

⁴³ De las *Instituta* de Justiniano y, en concreto, de su Libro III, título XXVII, rubricado “De obligationibus quasi ex contractu”, esto es, “de las obligaciones que nacen como de un contrato”.

⁴⁴ Es PACCHIONI (*Diritto civile italiano* cit., II-3, pp. 1 y s.s.), quien imputa la corrupción de la fórmula romana de las *Instituta* (*vid.* nota anterior) a la “Paráfrasis” de Teófilo, corredactor del *Corpus Iuris Civilis* y autor de una versión libre en griego de las *Instituta*, acompañada de comentarios, aclaraciones e incluso interpretaciones propias. En el caso que nos ocupa, esa libertad de interpretación del jurista bizantino se materializó en el “salto” o desplazamiento gramatical, pero también semántico aludido en el texto: de la comparación con el contrato en cuanto a su efecto obligatorio (“obligaciones que nacen como de un contrato”) se pasa, desde Teófilo, a acuñar una supuesta nueva fuente o hecho jurídico creador de obligaciones, que se parece al contrato, por ser, como él, un hecho lícito y voluntario.

obligaciones tan válidas y dignas de amparo jurídico como las obligaciones contractuales.⁴⁵

Pese al moderno abandono de esa noción accidentada y artificial del Derecho romano tardío - unánimemente, se considera que no precisa ser mantenida ni es necesario incluir en ella otros hechos creadores de obligaciones,⁴⁶ por ser posible explicarlos reconduciéndolos a cualquier otra de las fuentes legalmente previstas -, el DCFR parece recuperarla para justificar la expansión de la tarea armonizadora más allá del contrato, que, hasta ahora, había sido polo exclusivo de la armonización. Siendo así, el contrato habrá desempeñado para la actual labor codificadora la misma función radial que, para la codificación francesa, desempeñó hace tres siglos el derecho de propiedad: si, en el Código civil francés, a las instituciones sucesorias⁴⁷ - e incluso a algunas del Derecho de familia⁴⁸ - se les encuentra acomodo conectándolas con el derecho de propiedad, la más reciente tentativa codificadora europea inicia su ampliación a instituciones ajenas al contrato (algunas fuentes de obligaciones no contractuales, como la gestión oficiosa y el enriquecimiento injusto, y, asimismo, algunos derechos reales mobiliarios transmisibles mediante contrato)⁴⁹ precisamente por su relación con el contrato.

⁴⁵ Tal y como indica GARCÍA GOYENA (op. cit., com. al art. 1891, p. 961), el elenco originario de las obligaciones cuasicontractuales en las fuentes romanas era más amplio del que quedó finalmente codificado: “Por el texto citado de las “*instituciones*” se ve que los Romanos calificaban de *cuasi-contratos* todas las obligaciones que no resultaban de convención ni de delito: así, en el mismo título [fragmentos 1 a 7, título 28, Libro III de las *Instituta*], se ponen cinco especies de ellos, a saber, la gestión de los negocios de otro sin su orden o mandato; las obligaciones que resultan de la tutela entre el tutor y el pupilo; las que nacen entre personas que tienen bienes comunes sin sociedad; las del heredero para con los legatarios y, finalmente, las que produce el recibo o pago de una cosa o cantidad indebidas”.

⁴⁶ Así, von BAR, *Benevolent Intervention* cit., quien señala que, en la actualidad, la categoría del cuasicontrato ha “dejado de ser útil”, pues la inexistencia de un contrato constituye un denominador común insuficiente para fuentes obligacionales tan heterogéneas como la gestión oficiosa y el cobro de lo indebido (cfr. pp. 55 y 91).

⁴⁷ Piénsese que, tal y como por inspiración suya acabó haciendo el propio CCesp., la regulación de las “Sucesiones” en el CC francés se incluye dentro de un Libro relativo a “los diversos modos de adquirir la propiedad” (*vid.* la rúbrica del Libro III del CC francés).

⁴⁸ Téngase en cuenta que, en el CC francés, incluso el régimen económico matrimonial y los acuerdos conyugales relativos a él se encuentran incluidos en ese Libro III dedicado a “los modos de adquirir la propiedad” (*vid.* la rúbrica del Título V de ese Libro III del CC francés: “*Du contrat de mariage et des régimes matrimoniaux*”).

⁴⁹ Así lo atestigua el estudio sobre esas instituciones consideradas conexas al contrato que la Comisión Europea (Dirección General de Sanidad y Protección del Consumidor) encargó a determinados expertos (cfr. BAR, Christian von, y DROBNIG, Ulrich, *Study on Property Law and Non-contractual Liability Law as they relate to Contract Law*; el estudio citado puede consultarse en la dirección electrónica http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/study.pdf, fecha de consulta diciembre de 2010; *vid.* asimismo http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/safe_shop/fair_bus_pract/cont_law/stakeholders/5-7.pdf).

Legalmente, las consecuencias asignadas a esa conducta “puramente voluntaria” o espontánea del gestor son la asunción de determinadas obligaciones, particularmente rigurosas, como resabio de la originaria desconfianza hacia la figura en las fuentes romanas.⁵⁰ Se trata, básicamente, de la obligación de continuar la gestión comenzada, hasta su conclusión o hasta poder ser relevado por el “dueño” o titular del asunto (art. 1888 CCesp.) y de la obligación de gestionar el asunto con el cuidado propio de una persona no experta o particularmente cualificada sobre el asunto, esto es, con el cuidado propio del “ciudadano medio”, pues es ése el modelo de conducta modernamente equivalente al patrón romano del “buen padre de familia”.⁵¹ art. 1889,1.⁵²

Sin ir más lejos, el rigor que señalamos se manifiesta en que se impone al gestor la necesidad de ajustarse a ese *standard* objetivo de conducta diligente, sin permitírsele - como pudiera esperarse - liberarse aplicando

⁵⁰ La aludida contemplación desfavorable en las fuentes romanas de la gestión oficiosa como acto de injerencia puede comprobarse, p. ej., en el Libro II, tít. XIX, ley 24 del *Codex*, donde, por el hecho de haberse inmiscuido o entrometido en el asunto ajeno, sólo con reservas se concede al gestor oficioso el derecho al resarcimiento frente al “dueño” del asunto mediante la llamada “*actio negotiorum gestio contraria*”.

⁵¹ La originaria desconfianza romana hacia el instituto de la gestión oficiosa como acto de injerencia estaría, en efecto, presente, de una parte, en la imposición al gestor de la obligación de continuar atendiendo el asunto hasta su conclusión (art. 1888), lo que, hasta cierto punto, pudiera verse como sanción al hecho de haberse entrometido en la esfera ajena. De otra parte, la imposición al gestor oficioso de un determinado modelo de conducta diligente, de grado medio (la propia de un “buen padre de familia”: art. 1889,1) y, por tanto, posiblemente superior a la ordinariamente aplicada por el gestor para atender a sus propios asuntos puede, a su vez, verse como sanción al hecho - presunto - de haber impedido o entorpecido el gestor espontáneo con su intromisión que el asunto del “dueño” hubiera sido atendido por una persona más experta o preparada. El referido punto de vista de la imposición de obligaciones al gestor como sanción por su intromisión y por la presunta pérdida de la oportunidad de una intervención más experta lo refleja POTHIER (op. cit., p. 225 y, también, 199, 230, 233 y 234), pero, como decimos, se remonta a las propias fuentes romanas (*vid. así Instituta*, Libro III, tít. XXVII, fragmento §1 *in fine*).

⁵² Pese a que el CCesp no incluye la obligación de rendir cuentas entre las propias del gestor, unánimemente se considera que, por analogía con el mandato (art. 1720), le incumbe dicha obligación. La analogía a este respecto parece justificada, pues ese deber parece instrumentalmente indispensable para que el “dueño” pueda hacer suyos los efectos de lo actuado (art. 1892) y resarcir al gestor (art. 1893), además de, en su caso, exigirle la responsabilidad que pueda derivar de la infracción de sus obligaciones (art. 1890). Sobre el contenido de ese deber instrumental de rendir cuentas, cfr. SAP de Zaragoza, de 27 de mayo de 1995, f. j. 1º: “Esta rendición debe comprender detalladamente los ingresos, los gastos y el saldo...indicando...al final de la gestión, todo lo que ha hecho, todo lo que ha pagado, todo lo que ha recibido, las obligaciones que ha asumido frente a terceros y las que los terceros asumieron frente a él, debiendo resultar de la dación de cuentas no sólo lo que el mandatario [gestor oficioso en el caso enjuiciado] ha dado o recibido, sino el índice de todas las operaciones, de modo que el mandante pueda conocer toda la actividad desarrollada...y pueda juzgar si aquél ha administrado como un buen padre de familia. Y todo ello debidamente justificado...”

a la resolución del asunto el mismo grado de diligencia que aplicaría a la atención de los propios (la llamada diligencia *quam suis*) y que bien pudiera ser inferior a la diligencia objetiva, propia de un “buen padre de familia”.

Pues bien, para la producción de esos efectos legales, es jurídicamente irrelevante que el gestor actúe con el específico propósito de obligarse o ser resarcido. Lo que legalmente se valora y activa las consecuencias jurídicas es su intención de atender al asunto ajeno, intención que ha de manifestarse a través de una conducta,⁵³ no meramente a través de una declaración de voluntad (*vid. art. 612-1 Treballs Preparatoris: “...actes que no suposen l'emissió d'una declaració...”*),⁵⁴ lo que confirma el ya señalado fundamento no negocial de las obligaciones prescritas. Si, aun así, no cabe catalogarlas como obligaciones legales o directamente impuestas por la ley,⁵⁵ es por el carácter espontáneo o rigurosamente voluntario de la intervención del gestor: las obligaciones legalmente previstas sólo nacen en virtud de ese “hecho” (*rectius*, acto) “puramente voluntario” del gestor.

La espontaneidad que caracteriza a la intervención del gestor - como se ha visto⁵⁶ - radica, pues, no sólo en la ya señalada falta de legitimación o autorización (voluntaria o legal) para intervenir, sino asimismo en la inexistencia de un previo deber legal de hacerlo. El previo deber de actuar es, pues, tan excluyente o incompatible con la noción de gestión oficiosa⁵⁷ como la propia idea de mandato o encargo del titular (art. 612-1 *Treballs Preparatoris: “...actes lícits i voluntaris...realitzats sense l'existència d'un deure o d'una obligació prèvia”*). Nos referimos, naturalmente, a deberes legales específicos que sujetan a determinados individuos o a categorías de personas

⁵³ Dicha conducta pudiera ser incluso omisiva, como demuestran algunos ejemplos tomados de la jurisprudencia de algunos Estados europeos (sería así un caso de gestión oficiosa por omisión la de aquel notario que prescinde de liquidar un determinado impuesto, al tener noticia de su inminente supresión; cfr. von BAR, *Benevolent Intervention* cit., p. 70).

⁵⁴ Esto es, el gestor, a diferencia del contratante, no se obliga porque declara querer gestionar (o porque realiza un acto al que cabe atribuir ese significado volitivo), sino porque realiza un efectivo acto de gestión. Se obliga, pues, *ex negotio gesto* (*vid. ENNECERUS, op. cit., p. 629, y LACRUZ, loc. cit., p. 253*).

⁵⁵ GARCÍA GOYENA describe a la perfección la diferencia entre las obligaciones rigurosamente legales o directamente impuestas por la ley y las nacidas de cuasicontrato (que no son “legales” *strictu sensu*, pese a que la ley las decreta al margen de la específica voluntad o intención del agente). *Vid. así GARCÍA GOYENA, op. cit., p. 962: “Siempre que la ley manda o que se presume que el hombre cede a su autoridad más que a la impulsión de una voluntad libre e independiente, la obligación es enteramente legal, pues, que en este caso, no se hace más que obedecer á la ley, y, o no hay voluntad, o al menos esta es secundaria, porque no puede haberla plena y entera sino cuando la ley no prescribe nada: para que haya cuasicontrato, es necesario que el hombre se mueva únicamente por su propia voluntad”*.

⁵⁶ *Vid. supra* el epígrafe I, 2.1.

⁵⁷ Así lo declara, p. ej., la STS de 16 de julio de 1990, ff. jj. 2º y 3o.

(p. ej., por razón de su cargo o relaciones familiares) y no meramente al genérico deber de socorro que, según resulta de las normas penales relativas a “la omisión del deber de socorro” (arts. 195 y s.s. CPenal), socialmente nos incumbe a todos.

2. El *animus aliena gerendi*

Como sostenemos, la única intención jurídicamente relevante es la de atender al asunto ajeno precisamente porque lo es. En congruencia con ello, se rechaza (§687 [1] BGB) calificar como gestión oficiosa (y resarcir con ese carácter) aquellas intervenciones que, aun habiéndose revelado objetivamente beneficiosas para el “dueño” y aun correctamente ejecutadas, fueron emprendidas sin “*animus aliena gerendi*”, sea porque el tercero ajeno al asunto lo atendió creyéndolo erróneamente propio,⁵⁸ o porque, bien al contrario, lo gestiona como asunto personal a sabiendas de que pertenece a otro y al servicio, por tanto, de un interés exclusivamente propio.⁵⁹ Pese a que, teóricamente, sí se mantendría, en cambio, en el marco de la gestión oficiosa aquella efectuada, de modo compartido (*vid.* art. V-1:101 [1] DCFR: “...with the *predominant* intention of benefiting another...”), al servicio del interés ajeno y del propio⁶⁰ (siempre y cuando, en su ejecución, no se

⁵⁸ Un caso significativo de gestión por error en nuestra jurisprudencia es el de la STS de 26 de noviembre de 1926, que rechaza la pretensión de ser resarcido como gestor oficioso de un transportista que, en base a su errónea interpretación del contrato que él mismo celebró con la Administración de Correos de Barcelona, asumió la recogida de correspondencia, de y hacia el puerto de Barcelona, extendiendo incluso el servicio prestado a un correo postal cuya recogida hubiera correspondido a dos compañías navieras también vinculadas con Correos. Cuando, después de haber prestado el servicio por tiempo prolongado, reclamó de éstas el precio del servicio prestado espontáneamente o sin previa obligación contractual, el TS desestimó la existencia de gestión oficiosa por faltar el elemento de “voluntariedad o intención de moverse en interés de otro” que define a la figura (así, el cdo. 2º. de la STS cit.).

⁵⁹ La jurisprudencia confirma reiteradamente que no puede haber gestión oficiosa cuando el tercero que se entromete actúa guiado exclusivamente por el propio beneficio (*vid.*, entre muchas otras, SS TS de 2 de febrero de 1954 y 26 de abril de 1956). En esos casos, puede llegar a suscitarse - además de la eventual responsabilidad del tercero por ilícito civil (o, incluso penal, si, en el caso concreto, su conducta incide en tipos penales tales como la estafa o la apropiación indebida) - la necesidad de que el tercero abone el producto obtenido, por imperativo de las normas del enriquecimiento injusto o de otras más específicas (un ejemplo de estas últimas lo proporciona el art. 140 LPI, que permite al titular del derecho de propiedad intelectual vulnerado por una utilización no autorizada de un tercero infractor optar por ser resarcido con el producto de esa utilización ilícita). Con todo, se ha defendido en nuestra doctrina (cfr. LACRUZ, loc. cit., p. 255) la conveniencia para el “dueño” de tratar como gestor oficioso incluso al tercero que se entromete ilícitamente, sustancialmente con la finalidad de imponerle la obligación de rendir cuentas aplicable a aquél, aunque excluyendo el resarcimiento previsto en el art. 1893. Sin ir más lejos, ésa es la solución aplica el BGB (§683).

⁶⁰ Cfr. LARENZ, op. cit., p. 207.

posponga el interés ajeno al propio: art. 1891 CCesp),⁶¹ la jurisprudencia española tiende a rechazar la existencia de gestión oficiosa en tal caso.⁶²

Otra cuestión relacionada con el carácter ajeno del asunto gestionado es cuál es el estado del asunto que legitima la intervención del gestor.⁶³ Pese a que, tradicionalmente (quizá en base a una lectura sesgada de los textos romanos),⁶⁴ ha venido considerándose que había de tratarse de un asunto abandonado,⁶⁵ en estado de peligro o cuyo dueño, por su estado físico o psíquico o por ausencia, no se encuentra en situación de atender,⁶⁶ lo cierto es que el CCesp parece contemplar tales contingencias sólo como caso particular (art. 1893,2) y no como supuesto general de la gestión oficiosa.⁶⁷

⁶¹ En realidad, en tal caso no se excluye legalmente la existencia de gestión oficiosa, pero la responsabilidad del gestor se agrava, haciéndosele responder incluso por caso fortuito (art. 1891 CCesp).

⁶² Vid. así la STS de 15 de junio de 1925, últ. cdo., la SAP de Vizcaya, de 19 de abril de 2007, f. j. 1.º, y, sobre todo, la SAP de Asturias, de 15 de noviembre de 1999, f. j. 2.º. (“...que no existe gestión de negocios ajenos, cuando la persona que actúa obra en interés propio, aunque de manera indirecta puedan favorecerse intereses de otro”); en sentido análogo, STS de 22 de febrero de 1991, ftos. 7.º y 8.º. En cualquier caso, se constata que, en los casos de interés propio concurrente con el ajeno gestionado, los tribunales sólo se conforman con pruebas contundentes (p. ej., facturas expedidas por un tercero simultáneamente a cargo de gestor y “dueño”) para declararse convencidos de que ha existido simultáneamente gestión del asunto ajeno (vid. así, p. ej., SAP de Madrid, de 11 de abril de 2008).

⁶³ Es ésta una cuestión que también plantea la regulación del DCFR, incorporándola al articulado de la propuesta bajo el requisito - tomado del art. 6:198 del CC holandés (cfr. von BAR, op. cit., p. 54) - de que el gestor tenga una razón fundada para intervenir (art. V-1:1101 [1] a) DCFR: “*a reasonable ground for acting...*”).

⁶⁴ Algunos pasajes del *Corpus Iuris* inducen, en efecto, a pensar que tampoco en el Derecho romano era el abandono del asunto el único presupuesto de la intromisión en asuntos ajenos, sino que esa situación parecía conceptuarse solo como caso particular. Vid. así Digesto Libro III, tit. V, ley 3 §10: «A esta acción queda sujeto no sólo el que espontáneamente y sin apremiante necesidad alguna se inmiscuyó en asuntos ajenos y los administró, sino también el que los administró por alguna necesidad urgente, o por sospecha de tal necesidad».

⁶⁵ Vid., p. ej., STS de 2 de febrero de 1954, cdo. 2.º.

⁶⁶ Así, la STS de 26 de abril de 1956, cdo. 3.º: “[M]as para que tal cuasicontrato surja se requiere que el objeto del mismo se halle abandonado, bien por ausencia o negligencia, o bien por enfermedad o incapacidad, debiendo guiar al gestor un fin lícito en el encargo que voluntariamente se atribuye”.

⁶⁷ Siguiendo a sus redactores, también el DCFR (art. V-1101 [1] a) cit.) parece concebir al abandono o estado de peligro del asunto como caso particular, exigiendo de modo más amplio y genérico que exista objetiva necesidad de intervenir. Es más, en último término, una creencia fundada o razonable del gestor espontáneo sobre la necesidad de intervenir parece suficiente para legitimar o justificar su intervención, incluso si, no existiendo realmente tal necesidad, el gestor no pudo saberlo: «*Hence a person who takes measures to rescue the principal's property will act with reasonable ground if a reasonable person, placed in the circumstances confronting the intervener, would consider the property to be endangered and that intervention to protect it was necessary, even if (for reasons which the intervener could not know) the property was not in fact at risk*” (así, von BAR, op. cit., p. 115).

Quizá por ello, al menos alguna sentencia - aislada⁶⁸ - había llegado a declarar que el abandono del asunto no es presupuesto necesario ni único de la gestión.⁶⁹ En realidad, a medida que se gane distancia respecto a la originaria concepción individualista - y consiguientemente desfavorable - de la gestión oficiosa como acto de injerencia en la esfera ajena y se vaya afirmando su contemplación como posible vía de ejercicio de solidaridad o, cuando menos, de instrumento de auxilio mutuo entre particulares debiera relajarse la exigencia de la rigurosa necesidad⁷⁰ de intervenir, por abandono,⁷¹ peligro o imposibilidad del titular del asunto.⁷²

⁶⁸ En concreto, la STS de 14 de diciembre de 1916, cdo. único.

⁶⁹ Asimismo, puntualiza NÚÑEZ LAGOS (op. cit., p. 500) que tampoco constituye un presupuesto de la intervención la personal imposibilidad del dueño de atender él mismo el asunto: "La inhibición del *"dominus"* puede ser de hecho o de derecho. No exige el Código civil, como el primitivo Derecho romano, la ausencia del *"dominus"*. Puede estar presente, pero inhibido, no importa por cuál causa. Ningún precepto contradice esta conclusión, y el 1888 *in fine* la confirma...Luego, la circunstancia de que que el *"dominus"* se hallase en estado de poder gestionar por sí afecta sólo a la continuación de la gestión, que en principio puede ser emprendida...con el *"dominus"* presente y sin impedimento alguno."

⁷⁰ Sin embargo, sentencias modernas inducen a pensar que esa exigencia de la rigurosa necesidad de intervenir no se ha relajado. *Vid.* así la SAP de Asturias, de 15 de noviembre de 1999, f. j. 2.º: "...Que, como su propio nombre indica...el negocio o asunto gestionado sea ajeno, alienidad que ha de constatarse de la propia naturaleza del mismo, esto es, en forma objetiva, no bastando a este respecto el solo *"animus"* o creencia del gestor...". En la SAP de Salamanca, de 12 de noviembre de 2007 (*vid.* su f. j. 3.º), el presupuesto del abandono o de la necesidad de intervenir se presenta con algo más de distancia, como meramente "general", no como necesario: "... Tales supuestos se refieren a actos imputados por motivos altruistas, *generalmente* en casos de necesidad, a favor del sujeto cuyos asuntos se gestionan. De suerte que ex arts. 1888 y s.s. CC se requiere que los actos que se realicen con esa finalidad de gestión respecto a bienes que estén de hecho abandonados..."

⁷¹ A tal punto cabe desvincular la posibilidad de intervenir de la objetiva necesidad de intervenir, que un significativo sector de la doctrina alemana (representado por LARENZ, op. cit., pp 207 y 208) distingue, a la hora de legitimar la intervención del gestor, entre el interés "*objetiva*" y "*subjetivamente ajeno*". Mientras que la primera categoría abarca, además de los casos de rigurosa necesidad de intervenir, aquéllos donde la intervención queda justificada por criterios de conveniencia objetiva o generalizada (esto es, aquéllos donde la intromisión del gestor puede considerarse de interés para cualquier persona: p. ej., el pago de una deuda ajena o la recogida de un paquete para el vecino ausente), la segunda sirve para legitimar o justificar intervenciones que sólo la propia iniciativa del gestor convierte en interés o incluso en asunto propio del dueño (p. ej., la compra - espontánea o no previamente encargada - que el tercero considera de interés para la colección ajena). Según indica la misma doctrina (*id.* LARENZ, op. y loc. cit.), la diferencia entre ambas categorías o grupos de casos estriba en que, en el primero, el interés se presume, mientras que, en el segundo, deberá ser el gestor quien pruebe la existencia del interés que justifica su intervención y, para ello, deberá asimismo acreditar indicios (p. ej., previas manifestaciones verbales) de una presunta voluntad del dueño acorde con la clase de intervención.

⁷² Así también LACRUZ, loc. cit., p- 261: "...frente al punto de vista individualista de la imposibilidad de administrar, debe preponderar hoy el social de la conveniencia de que los bienes sean administrados".

3. La ausencia de ánimo liberal en el gestor oficioso

Como ya se ha establecido (*supra* II,1), la voluntad jurídicamente valorada a la hora de determinar los efectos que corresponden al acto de espontánea intervención del gestor es la de actuar por cuenta o en interés del titular del asunto.⁷³ Pero no basta estrictamente con ese “*animus aliena gerendi*”, puesto que se exige al gestor que adopte la decisión de intervenir desde un particular - y, por comparación con otras áreas del Derecho (art. 1274 CCesp), insólito - estado subjetivo, que me atrevo a calificar de “limbo anímico”: de una parte, se le exige intervenir “desinteresadamente” o sin el específico propósito⁷⁴ de ser resarcido o retribuido,⁷⁵ pero sin que, por otra parte, quepa identificar ese móvil altruista con el ánimo liberal,⁷⁶ pues, de existir ese propósito enriquecedor, los derechos del gestor frente al “dominus” (sustancialmente, su derecho a ser resarcido de las consecuencias negativas de la gestión: art. 1893,1) se excluyen (art. 1894 CCesp;⁷⁷ art. V-3:106 DCFR).

Dicho ánimo liberal no debiera presumirse,⁷⁸ ya no sólo porque las reglas más elementales de la atribución patrimonial inducen a presumir que nadie quiere obligarse o regalar o que sólo quiere hacerlo con el menor alcance

⁷³ “*In the law on benevolent intervention everything depends on the intention to benefit another*” (así, von BAR, op. cit., p. 98).

⁷⁴ Ese propósito o motivo puede incluso ser valorado como ilícito y, en cualquier caso, lleva a excluir la existencia de gestión oficiosa. *Vid.* así las notas de Derecho español (elaboradas por PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER) al citado *Tratado* de ENNECERUS, p. 638: “...[N]o concurrirá el requisito... si la intervención del gestor es innecesaria y obedece al designio exclusivo de beneficiarse...” (en sentido análogo, ALBALADEJO, *Derecho civil*, Bosch, Barcelona, 1994, tomo II, vol. 2º, p. 443, y LACRUZ, loc. cit., p. 255, quien califica ese caso como gestión realizada “*animus depraedandi*”). En la jurisprudencia, también la STS de 2 de febrero de 1954 declara “inadmisible” la gestión “que se haga por codicia de ganancia” (en sentido análogo, la STS de 26 de abril de 1956, cdo. 3º).

⁷⁵ El CCesp (a diferencia del Proyecto de 1851, que explícitamente rechazó la obligación del “dueño” de “dar salario”; *vid.* su art. 1894) silencia la cuestión de la remuneración al gestor. En nuestra doctrina, LACRUZ (op. cit., p. 268) se inclina por reconocerla al gestor espontáneo que efectúa servicios propios de su profesión, como medida de fomento del espontáneo auxilio o intervención de los profesionales. Seguramente por esa misma razón, sí ha previsto el DCFR la remuneración como ordinario efecto de la gestión espontánea (art. V-3:102 DCFR).

⁷⁶ *Vid.*, por todas, la STS de 2 de febrero de 1954, cdo. 2º: “...con desinteresada voluntad, pero sin el propósito de realizar un acto de mera liberalidad”.

⁷⁷ Pese a que el art. 1894 CCesp se ciñe al caso particular de la gestión oficiosa consistente en prestación de alimentos por cuenta de la persona legalmente obligada, no hay razón para excluir de la regla la gestión de un asunto de cualquier otra índole.

⁷⁸ Así al menos - ya que no abunda tal reconocimiento respecto a la gestión oficiosa en la jurisprudencia española - lo reconoce una SAP de Granada, de 27 de marzo de 2009, cuyo f. j. 2º declara que lo que debe presumirse es el ánimo del gestor de exigir reembolso y no un opuesto ánimo liberal.

posible (art. 1289 CCesp),⁷⁹ sino porque hay que pensar que, en la mayoría de los casos, al emprender la gestión, quien interviene espontáneamente desconoce o ni siquiera puede conocer las eventuales consecuencias económicas de su iniciativa (ya no sólo su alcance, sino, a menudo incluso, la posibilidad de que lleguen a suscitarse).⁸⁰ No obstante, aun a falta de una regla concreta en nuestro Derecho⁸¹ que así lo autorice, se ha llegado a presumir la existencia de "*animus donandi*" (y, en consecuencia, negado el resarcimiento) para algunos casos de gestión efectuada en interés de parientes próximos.⁸²

⁷⁹ Esto es, por aplicación de la presunción legal de que quien se obliga se obliga a lo menos.

⁸⁰ Cfr. ENNECERUS, op. cit., p. 636, quien puntualiza que no cabe identificar el ánimo liberal (o falta de intención de exigir resarcimiento) con el hecho de que el gestor no lo haya previsto al emprender la gestión.

⁸¹ La contiene, en cambio, el BGB (§685), pero acotando precisamente el ámbito subjetivo de aplicación de la presunción: entre parientes de primer y segundo grado de la línea recta (entre padres e hijos y abuelos y nietos).

⁸² Así, sobre todo, en caso de alimentos entre parientes prestados sin existencia de obligación legal (*vid.* p. ej., la STS de 25 de septiembre de 1968, que presume donados los alimentos - sustento y alojamiento - prestados por un padre a su hijo mayor de edad y a la familia de éste). El inconveniente de tal presunción es la inseguridad que suscita, sin una regla legal concreta que establezca precisamente entre qué concretos parientes ha de operar. En cambio, algunas decisiones más recientes de la jurisprudencia menor, mostrándose más respetuosas con las reglas generales, obligan a demostrar la existencia del ánimo liberal incluso entre parientes del primer grado de la línea recta (así, p. ej, una SAP de Madrid, de 10 de marzo de 1998, para un caso de reclamación de gastos funerarios entre padre e hijos, y la ya citada SAP de Salamanca, de 12 de noviembre de 2007; con buen criterio, descarta esta última Sentencia el ánimo liberal o de no reclamar el resarcimiento, por haber quedado acreditada en el caso la mala o nula relación entre el padre y el hijo litigantes, si bien la propia resolución insinúa que, de haberse tratado "de una relación paterno filial normal y subsistente sería fácil aceptar como cierta esa liberalidad"; *vid.* su f. j. 3°).

Aún más inexplicable resulta la presunción de *animus donandi* entre personas que ni siquiera son parientes y tratándose, además, en el caso que comentamos de una prestación espontánea de servicios profesionales. Así, en el caso enjuiciado por la STS de 13 de febrero de 1926, que conoció de la demanda de un colectivo de médicos contra una compañía naviera, en interés de la cual prestaron espontáneamente sus servicios, auxiliando al numeroso pasaje de uno de sus barcos, contagiado de una epidemia de gripe mortal. Cuando, concluido el grave incidente, los médicos voluntarios reclamaron ser indemnizados (algunos de ellos incluso llegaron a contagiarse) y la satisfacción de algún género de estipendio, el TS rechazó la demanda, identificando implícitamente el móvil desinteresado de la intervención espontánea con un presunto ánimo de no reclamar: "...[E]l cuasicontrato de la gestión de negocios ajenos requiere que aquél en cuyo favor se intervenga tenga abonado el negocio, sin administrador ni mandatario que le represente, y que el gestor proceda por su propia y desinteresada voluntad y movido por el buen deseo de evitar los daños y perjuicios que al dueño pueda producir el abandono de sus cosas y que no lleve a cabo estas oficiosidades por codicia de ganar".

III. EL FUNDAMENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL GESTOR OFICIOSO Y DEL “DUEÑO” O TITULAR DEL ASUNTO GESTIONADO

1. Las fuentes de las obligaciones correspectivas de gestor y “dueño”

El hasta aquí examinado carácter espontáneo o rigurosamente voluntario de la conducta del gestor explica el lugar que, no sólo históricamente, sino - como veíamos - incluso en la más reciente propuesta de codificación europea (el DCFR), se le ha querido asignar dentro de la dogmática del Derecho privado: como hecho semejante al contrato que, al igual que él, es capaz de generar obligaciones. Desde esa misma asociación al contrato, expresada a través del término “cuasicontrato”, suscitan los códigos la percepción de que - también al igual que el contrato - viene a ser la gestión oficiosa una fuente unitaria de obligaciones.⁸³ Sin ir más lejos, así resulta del art. 1887 CCesp, que define al cuasicontrato como hecho jurídico que es capaz de hacer nacer, ya no sólo obligaciones a cargo del gestor, sino incluso asimismo una “recíproca” obligación a cargo del titular del asunto gestionado (cfr. art. 1887 CCesp.: “[hechos] *de los que resulta* obligado su autor para con un tercero y a veces una obligación *recíproca* entre los interesados”).

Pues bien, esa reproducción del esquema contractual es, en realidad, inaplicable a la gestión oficiosa. Para empezar, porque, mientras las obligaciones que legalmente se ponen a cargo del gestor (su deber de continuar la gestión, art. 1888, y su obligación de ejecutarla diligentemente, art. 1889) son una consecuencia insoslayable de su propia conducta de intromisión, en cambio, las obligaciones que se imputan al “dueño” (su deber de resarcimiento en los términos del art. 1893,1), además de ser contingentes o de nacimiento sólo eventual (pueden nacer o no), en ningún caso emanan del acto de gestión. Nacen de hechos o circunstancias ajenos a él y, por ello, pese a su calificación legal como obligaciones “recíprocas” de las del gestor, técnicamente, no lo son: a las obligaciones de gestor y “dueño”, podemos llamarlas *correspectivas*, por cuanto son obligaciones que incumben a unos mismos sujetos que ocupan en ellas posiciones inversas. Pero, como

⁸³ “Para la doctrina antigua, éste [el “*animus aliena gerendi*”] consistía en una voluntad contractual o cuasicontractual y había de construirse, por consiguiente, como una voluntad de obligarse frente al *dominus*; voluntad que encontrándose con otra ficticia o presunta correspondiente a él (fundada sobre la utilidad de la gestión) daría lugar al nacimiento de cuasicontrato” (así, LACRUZ, loc. cit., p. 256). Hay, sin embargo, autores que, como PACCHIONI (*Diritto civile italiano* cit., II-3, pp. 9 y s.s.), se oponen a la construcción de la gestión oficiosa como figura unitaria, reivindicando - como hacemos nosotros - el diverso fundamento de las obligaciones de gestor oficioso y *dominus*.

precisamos, no son, aun así, obligaciones técnicamente *recíprocas*,⁸⁴ por ser diversa su fuente o hecho constitutivo: mientras que las obligaciones del gestor surgen, como decimos, *ex negotio gesto* o por el propio acto espontáneo de acometer la gestión (art. 1888), en cambio, las obligaciones del “*dominus*” nacen de otras circunstancias o hechos, que, como enseguida se verá, no revisten necesariamente carácter voluntario.

A tenor de los arts. 1892 y 1893 CCesp, las posibles fuentes de los deberes del “*dominus*” o titular del asunto gestionado son, alternativamente, una de estas tres:

–La “expresa” ratificación por el “*dominus*” (art. 1892) de lo actuado por el gestor. De tener lugar la ratificación, la fuente de la obligación del “*dominus*” sería negocial, pues la ratificación es una declaración de voluntad unilateral mediante la cual el titular del asunto hace suyo lo actuado por el gestor, estableciéndose entre ellos una relación de mandato.⁸⁵ Pese a la dicción del art. 1892⁸⁶ (“produce los efectos del mandato *expreso*”), hay que entender que el carácter “expreso” es predicable de la propia ratificación y no del mandato,⁸⁷ no sólo porque el contenido contractual del mandato no difiere según sea expreso o concluído tácitamente, sino, sobre todo, porque, a esa ratificación *expresa* del art. 1892, se le quiere contraponer una ratificación “tácita” o por actos del dueño supuestamente prevista en el art. 1893,1, si bien, como se verá en último término, en realidad, no es así.

–Incluso si el titular del asunto gestionado no acepta, ratificando expresamente, las consecuencias de lo actuado en su interés, puede llegar a verse obligado a resarcir al gestor, cuando la gestión hubiere tenido por objeto evitar algún perjuicio inminente y manifiesto, aunque lo actuado no le haya reportado más “provecho” o utilidad (art. 1893,2) que la propia evitación de ese perjuicio. Es más, el deber de resarcir nace en cualquier

⁸⁴ La principal consecuencia de su falta de verdadera reciprocidad sería que quedan sustraídas a la particular exigencia de cumplimiento simultáneo y eventual extinción por falta de él (la llamada “*condición resolutoria implícita*” del art. 1124 CCesp). No obstante, el art. V-2: 103 (3) DCFR remite, en cuanto al cumplimiento de las obligaciones del gestor oficioso y del “dueño”, a las reglas generales de cumplimiento de su Libro III, entre las cuales se incluye esa condición resolutoria implícita o “*exceptio non adimpleti contractus*” (art. III-3: 401 DCFR).

⁸⁵ Para LACRUZ (op. cit., p. 258), la ratificación carece de efecto retroactivo y, por tanto, las relaciones entre gestor y “*dominus*” anteriores al momento de la ratificación continuarían rigiéndose por preceptos de la gestión sin mandato. Las fuentes romanas, en cambio, inducen a pensar en un efecto retroactivo de la ratificación (*vid.* así Digesto III, tít. V, ley 9).

⁸⁶ Tomada del art. 1372,2 del CC francés.

⁸⁷ Lo corrobora la STS de 14 de mayo de 1990, f. j. 2º: “...[S]e está refiriendo el texto legal a la ratificación expresa...De otra parte, consistiendo la ratificación en una declaración de voluntad del mandante o del dueño del negocio de aceptar en su provecho los efectos y consecuencias de lo ejecutado por el mandatario o por el gestor...”

caso, incluso si esa finalidad de evitación del peligro o perjuicio que indujo al gestor a intervenir finalmente no puede conseguirse, porque lo que es jurídicamente relevante es que el gestor hubiera emprendido la intervención desde la previsión o expectativa de poder evitar el perjuicio (*utiliter coeptum*),⁸⁸ con independencia de que esa previsión o expectativa lleguen o no a realizarse.⁸⁹

Más que en ningún otro, pues, en este caso, el fundamento de los deberes impuestos al “dueño” radica en el designio legal de premiar esa intervención bienintencionada, abstracción hecha de sus resultados y de la voluntad del dueño de asumir o hacer suyo lo actuado por el gestor.

Siendo así, en este segundo caso, las obligaciones vienen directamente establecidas por la ley⁹⁰ y son, por tanto, estrictamente legales.⁹¹

—Junto a esos dos primeros supuestos obligatorios (el *negocial* y el *legal*), suele señalarse como tercera alternativa⁹² otra segunda fuente obligatoria que sería también *negocial*: una pretendida ratificación, “*tácita*”,⁹³ reconocida por el art. 1892,1. Se contrapondría este tercer supuesto, de una parte, a la ratificación “expresa” del precedente art. 1892, ya que se efectúa, no por una declaración de voluntad, sino mediante un determinado acto del “dueño” del asunto, como asimismo a la obligación impuesta por decisión legal del art. 1893,2, ya que, a diferencia de ella, sí presupondría la existencia de un “provecho” o resultado conseguido mediante la gestión. Siendo así, el “*dominus*” se obligaría *negocialmente*, esto es, sólo si quiere y en la medida

⁸⁸ La expresión “*utiliter esse coeptum*” (o gestión emprendida o comenzada útilmente) se remonta a la ley 10 §1, tít. V, Libro III del Digesto. Junto al “*animus aliena gerendi*”, acostumbra a señalarse al “*utiliter coeptum*” o previsión de un resultado favorable para aquel a favor de quien se interviene como segundo requisito de la gestión (así, p. ej., PACCHIONI, op. cit., III-2, pp. 9 y s.s., ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, loc. cit., p. 459, y LACRUZ, loc. cit., p. 258; en la jurisprudencia, también la STS de 27 de abril de 1945, cdo. 2º estima que el “*animus aliena gerendi*” y el “*utiliter coeptum*” son los dos elementos esenciales de la gestión).

⁸⁹ Vid. así BADOSA COLL, Ferran, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987 p. 559: “El art. 1893,2 proclama que esta legitimación personal del gestor (paralela, pues, a las de los arts. 1892 y 1893,1) es totalmente independiente del resultado...”

⁹⁰ *Id.* BADOSA COLL, op. cit., p. 559.

⁹¹ *Legales* en sentido estricto, puesto que, en última instancia, cabe considerar que cualquier obligación es legal o está basada en la ley, sea cuál sea su fuente o hecho creador (art. 1089 CCesp), por cuanto, en definitiva, es la ley quien decide qué hechos pueden tener fuerza obligatoria.

⁹² Recoge esas tres posibles alternativas, p. ej., la STS de 9 de febrero de 1957, cdo. 2º: “...la [gestión] realizada en este caso, o fue debidamente ratificada o aprovechada por el dominus o resultó legitimada por la finalidad de evitar un perjuicio...”

⁹³ Así la presenta, p. ej., la STS de 14 de mayo de 1991, f. j. 2º.

en que quiera “aprovechar” o utilizar en su provecho los resultados de la gestión.

Sin embargo, dicha interpretación del precepto (art. 1893,1)⁹⁴ desnaturaliza la figura de la gestión oficiosa y contradice sus objetivos:⁹⁵ para empezar, hay que descartar que nos encontremos ante otra modalidad de ratificación, en este caso *tácita*⁹⁶ o efectuada por actos, pues, al igual que en el anterior supuesto de la evitación de un peligro, tampoco en éste se le plantea al dueño la opción de querer aceptar o no las consecuencias de la gestión,⁹⁷ sino que se trata meramente de “aprovecharlas”.⁹⁸ Ese “aprovechamiento” puede, en efecto, consistir en un acto - por otra parte, meramente material⁹⁹ - de apropiación de los resultados de lo actuado en interés suyo, pero el acto en cuestión no es imprescindible, puesto que el aprovechamiento también tiene lugar, si la intervención del gestor ha creado un estado objetivo de percepción

⁹⁴ Ausente, por cierto, del Proyecto de CC de 1851 y tomado del art. 1724 CC portugués.

⁹⁵ Además de sus orígenes. Tampoco en el Derecho romano estuvo el nacimiento de las obligaciones del “*dominus*” supeditado a la obtención de un lucro, ganancia o resultado. A estos efectos, el pasaje más significativo es Digesto Libro III, título V, ley 10 §1: “Mas el que reclama por la gestión de negocios, se servirá de esta acción, no sólo si tuvo efecto el negocio de que fue gestor, sino que basta que haya gestionado útilmente, aunque no haya tenido efecto el negocio; y por tanto, si reparó una casa o curó a un esclavo enfermo, aunque se haya quemado la casa, o el esclavo se haya muerto, podrá ejercer la acción de gestión de negocios”.

⁹⁶ Sin negar que ésta sea posible, lo que destaco en el texto es que el CCesp no le dispensa un tratamiento especial o diversificado de la ratificación *expresa* del art. 1892 y, sobre todo, que el supuesto regulado en el art. 1893,1 no constituye un caso de ratificación *tácita*.

⁹⁷ “El fundamento de esta clase de ratificación no está en una presunta voluntad del *dominus*...Por lo mismo, no es exacta la expresión ratificación *tácita*, ni mucho menos lo sería ratificación presunta. El aprovechamiento de ventajas puede ser un hecho independiente de la voluntad del *dominus*. No cabe prueba en contrario ese hecho” (así, NÚÑEZ LAGOS, op. cit., p. 419; le siguen ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, op. cit., p. 461, y también LASARTE, Carlos, comentario al art. 1893 CC, en Paz-ARES *et alii* (dir.), *Comentario del Código civil*, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid 1991, tomo II, p. 1951).

⁹⁸ Obsérvese que el precepto no habla de “aceptar”, sino meramente de “aprovechar”. Ahora bien, lo cierto es que ese art. 1893,1 está inspirado por el art. 1724 del anterior Código civil portugués de 1867 (cfr. BADOSA COLL, op. cit., p. 571) y ese cuerpo legal utilizaba, para este caso, la locución “si quiere aprovechar”. Pero la misma puede interpretarse - análogamente a lo previsto en sede de acción (art. 361 CCesp) - en el sentido de que el “dueño” que “quiera aprovechar” (en el caso de ser precisa esa conducta de apropiación) no podrá hacerlo sin haber resarcido antes al gestor.

⁹⁹ Legalmente, lo que se valora es el efectivo aprovechamiento o percepción de las ventajas y no específicamente la voluntad subyacente en la conducta de aprovechar. Por tanto, si ese aprovechamiento ha existido, no cabrá excluir sus consecuencias demostrando una voluntad contraria de quien aprovecha o percibe esa utilidad (así, ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, op. cit., p. 461). Por la misma razón, esa conducta de aprovechamiento o apropiación produce los efectos legalmente previstos en el art. 1893,1 CCesp (sustancialmente, el nacimiento de las obligaciones del “*dominus*” hacia el gestor), incluso si el autor de la conducta de *aprovechar* o el titular del patrimonio beneficiado por la gestión oficiosa es un sujeto menor o incapaz, ya que, como señala POTHIER (op. cit., p. 236), el origen de esas obligaciones no es consensual.

de la utilidad.¹⁰⁰ En definitiva, el “dueño” o titular del asunto se obliga frente al gestor tanto si “aprovecha” como si objetivamente *le* “aprovecha” lo actuado por el gestor.¹⁰¹ A la hora de quedar vinculado, cuenta, pues, tanto la conducta como la situación.¹⁰²

Por tanto, también en este tercer caso, las obligaciones del “dueño” frente al gestor oficioso son legales o directamente establecidas por la ley, puesto que nacen sin necesidad de acto o conducta alguna de aprovechamiento de lo actuado en su beneficio y, por tanto, al margen de la voluntad del titular del asunto gestionado.

¹⁰⁰ Lo confirma la SAP de Salamanca, de 12 de noviembre de 2008 (*vid.* su f. j. 3º), que, para el caso enjuiciado, declara la obligación de resarcir al gestor los gastos efectuados en una motocicleta propiedad del titular del asunto, pese a que, aun sin un efectivo acto de aprovechamiento de éste (quien no pasó a recoger el vehículo reparado por el garage doméstico del gestor oficioso), la tenía a su disposición en condiciones (mecánicas y, además, libre de cargas fiscales) de ser utilizada: "...que el demandante para evitar el total deterioro de la motocicleta de su hijo que se hallaba en un almacén de aquél [el mecánico] decidió arreglarla y pagar sus impuestos, evitando así también la perniciosa deuda tributaria de ello derivada, todo lo cual ha redundado en beneficio del demandado, que tiene ya a su disposición las llaves y documentación de una moto en funcionamiento, de la que el demandante nunca se ha aprovechado, por la que tiene éste derecho ex art. 1893 CCesp a que aquel le indemnice en el precio de la reparación e impuestos pagados".

¹⁰¹ La SAP de Madrid de 11 de abril de 2008 demuestra que el aprovechamiento de las consecuencias de la gestión ni queda por entero al arbitrio o voluntad de aprovechar del titular del asunto ni se supedita tampoco a la existencia de un lucro o provecho para él. El asunto se suscitó por la demanda interpuesta por Santana Motor S.A contra otros fabricantes del sector, miembros, igual que la empresa citada, de la Asociación Nacional de Fabricantes e Importadores de Cuatriciclos (ANFIC). La empresa citada - obrando en su propio interés, pero también en el de los restantes fabricantes de la asociación, con quienes había consultado - encargó a un bufete de abogados que elevase a la Dirección General de Tributos una consulta vinculante sobre el tratamiento fiscal que se dispensaba a los cuadríciclos. Realizada la consulta, la empresa Santana asumió el íntegro pago de la - cuantiosa - minuta del bufete de abogados. Cuando Santana reclamó a las demás empresas asociadas su contribución a ese gasto, alegaron éstas, además, de su carácter desproporcionado, su desinterés y la falta de utilidad para ellas de la gestión efectuada (el “no aprovecharla”; *vid.* f. j. 1º), por haber desistido de comercializar esa clase de vehículos. La Audiencia estableció aun así la obligación de las demandadas de contribuir a ese gasto, considerando que las “consecuencias económicas de tan citada consulta fueron importantes para [todas] las litigantes” (así, el f. j. 3º de la Sentencia).

¹⁰² Siquiera sea indirectamente, así lo demuestra, p. ej., una SAP de Madrid, de 3 de mayo de 2010, que, ante la negativa del demandado a reembolsar el material hospitalario y traumatológico que le fue proporcionado en el curso de una intervención quirúrgica sin contar con su voluntad (fue el médico quien lo solicitó y aplicó), declara aun así la obligación de reembolsarlo a la entidad que lo suministró, al constatar, sin más, la situación de objetivo aprovechamiento de la prestación realizada (*vid.* el f. j. 2º de la decisión citada: “[S]i bien es cierto que no existe pacto específico entre actora y demandado, también lo es que el mismo ha aprovechado su prestación y conforme a las reglas de la gestión de negocios ajenos, las del enriquecimiento sin causa y las de la buena fe debe hacer efectivo su importe. Para sustentar su acción a la actora le bastaba demostrar el suministro del material, su aprovechamiento por el demandante y su precio, cuyo pago no ha probado el demandado”).

2. La irrelevancia del éxito o resultado

Es más, ni siquiera cabe supeditar el resarcimiento que merece quien de modo altruista interviene para subvenir a un asunto ajeno - a sabiendas de que lo es -, porque lo considera desatendido, al hecho de que la gestión haya reportado un lucro, ganancia o resultado.¹⁰³ Además de que ello supondría trasladar al ámbito de la gestión oficiosa principios, en realidad, más propios del ámbito del enriquecimiento injusto,¹⁰⁴ se impediría, siempre que no llegara a producirse el resultado apetecido, reconocer y resarcir como gestión oficiosa y desinteresada un sinnúmero de casos, natural y tradicionalmente pertenecientes a su ámbito.¹⁰⁵

Siendo así, no sólo en la hipótesis particular de la evitación de un perjuicio (art. 1893,2), sino también en los de un supuesto beneficio o “provecho” (art. 1893,1 CCesp), las “ventajas”¹⁰⁶ de lo actuado por el gestor oficioso (y su consiguiente derecho al resarcimiento o a ser liberado de las consecuencias negativas de la gestión) habrán de valorarse

¹⁰³ Sobre la no necesidad de un resultado efectivo o de un lucro para el “dueño” como requisito de nacimiento de sus obligaciones, *vid.* STS de 27 de abril de 1945, cdo. 6.º: “ni es ajustado a derecho el criterio de graduar las ventajas o utilidad de la gestión atendiendo a su resultado final...”. Con todo, tal posición no parece unánime en la jurisprudencia española, pues sentencias como la del TS de 16 de mayo de 1902 supeditan el resarcimiento del gestor a la demostración de las ventajas de su actuación (esta última STS cit. se muestra sorprendentemente rigurosa con el gestor, pese a quedar acreditado que éste, un empleado doméstico, adelantó fondos al “dueño” y a su familia y financió obras de conservación en varios de sus inmuebles; *vid.* su cdo. 2.º: “Que no es aplicable el art. 1893, si no se acredita que las obligaciones contraídas por un tercero, no autorizado como mandatario, en nombre de determinadas personas, produjeran ventajas aprovechadas por éstas”).

¹⁰⁴ Así lo reconoce von BAR, *op. cit.*, p. 96. Con todo, lo señalado en el texto no es óbice a que las normas relativas a algunas gestiones especiales impongan esa exigencia de resultado; así ocurre, p. ej., en el ámbito del salvamento marítimo (cfr. von BAR, *op. cit.*, p. 88), donde impera el principio “*no cure, no pay*” (no hay resarcimiento sin rescate fructífero), recogido por el art. 12 del principal convenio internacional sobre la materia, el Convenio de Londres sobre salvamento marítimo, de 28 de abril de 1989 (ratificado por España el 14 de enero de 2005 e incorporado al ordenamiento español mediante su publicación en el BOE no. 57, de 8 de marzo de 2005).

¹⁰⁵ Así, PÉREZ-GONZÁLEZ y ALGUER, en las notas de Derecho español al *Tratado de ENNECERUS* cit., p. 638.

¹⁰⁶ “Ventaja es algo diferente de provecho o lucro. El lucro o provecho es un resultado; la ventaja es uno de los ingredientes para el resultado, pero es independiente de él...La ventaja tiene la significación de una partida del activo, pero no necesita tener expresión numérica ni carácter económico” (así, NÚÑEZ LAGOS, *op. cit.*, p. 420).

independientemente de la efectiva obtención de un resultado:¹⁰⁷ bastará con que, habiendo sido emprendida la gestión en interés del “dueño” y previendo o representándose el gestor oficioso una posible utilidad para aquél (*utiliter coeptum*), la ejecute diligentemente (art. 1889)¹⁰⁸ y pueda, al menos, demostrar que, mediante su intervención, el asunto ha quedado en mejor estado o situación que de haberlo dejado a su curso, incluso por el mero mantenimiento o “conservación” del *status quo* (arg. ex art. 1893,1).¹⁰⁹

En congruencia con ello, ocurrirá también que, demostrada en esos términos la referida obtención de utilidad o beneficio para el “dueño” o su patrimonio, quedará éste obligado –aun sin un concreto acto de aprovechamiento– a resarcir al gestor, no en la medida de su estricto beneficio o enriquecimiento, sino por toda la cuantía aplicada en su interés, incluso si ésta excede del concreto beneficio producido.¹¹⁰ Cosa distinta será que, si los medios aplicados por el gestor pueden considerarse manifiestamente desproporcionados al resultado o estado final del asunto,

¹⁰⁷ Así, ENNECERUS, op. cit., p. 434, ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU, loc. cit., p. 460, y, sobre todo, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, en las notas al *Tratado* de ENNECERUS cit., p. 638.

¹⁰⁸ *Vid.* así la STS de 27 de abril de 1945, cdo. 2º: “...que este último requisito [*“utiliter coeptum”*] no lleva implícita necesariamente la idea de lucro o ganancia que haya de producir la gestión, pues es suficiente la actuación del gestor con la diligencia de un buen padre de familia para que quede vinculado el legítimo dueño, tanto si ratifica expresamente la gestión ajena como como si se aprovecha de sus resultados”.

¹⁰⁹ “El lucro, el provecho, es el *superávit* de las ventajas sobre los inconvenientes, del activo sobre el pasivo” (*vid.* NÚÑEZ LAGOS, op. cit., p. 420).

¹¹⁰ Como demuestra BADOSA COLL con apoyo en el *ius commune*, se reembolsan los desembolsos efectuados por el gestor independientemente del enriquecimiento o efectivo resultado obtenido por el “*dominus*” (en el mismo sentido, LACRUZ, loc. cit., p. 260), siempre y cuando los gastos efectuados puedan considerarse necesarios y no meramente útiles o suntuarios (así, BADOSA COLL, op. cit., p. 575). Por contra, en la jurisprudencia menor, alguna sentencia, como, p. ej., la SAP de Vizcaya, de 19 de abril de 2007, considera (*vid.* su f. j. 2º.) que “la gestión de negocios ajenos sin mandato...sólo obliga a indemnizar al dueño del negocio en la medida en que el mismo le ha beneficiado”, si bien una declaración tan contundente pudiera deberse a que la SAP citada rechaza, ya no sólo la existencia de beneficio, sino la propia existencia de gestión de asunto ajeno en el caso enjuiciado, dada la constatada falta de interés del titular del asunto.

deba éste a su vez responder al “dueño” por no haber obrado con la diligencia o cuidado propios del hombre corriente (art. 1889).¹¹¹

A la vista de lo anteriormente expuesto, cabe concluir que - pese a la unidad de la gestión oficiosa como categoría jurídica - las obligaciones de gestor y dueño no nacen de un supuesto unitario, sino que su fundamento es diverso: las obligaciones del gestor oficioso se fundan en la espontánea conducta de auxilio o atención a los asuntos de otro, que se supone impulsada por la más elemental de las reglas morales: tratar a los demás como uno mismo quisiera ser tratado.¹¹² Por lo que hace al fundamento, autónomo, de las obligaciones del “dueño”, es la utilidad derivada de una actividad que, aun sin un resultado material concreto y aun sin un específico acto de aprovechamiento del “*dominus*”, le beneficia o proporciona ventajas, sea porque la aprovecha o porque *le aprovecha*, sin más. Resulta así que, mientras que las obligaciones del gestor se fundan sobre un acto voluntario del propio obligado, en cambio, las obligaciones del “dueño” - fuera de los casos de ratificación expresa (art. 1892 CC esp) - pueden considerarse directamente fundadas en la voluntad legal de compensar ese beneficio o utilidad espontánea y desinteresadamente atribuídos.

El perfil de la figura, una vez analizado, nos lleva a pensar que esa atención del legislador (y, particularmente, del codificador europeo)¹¹³ hacia esa institución arcaica y hasta ahora poco desarrollada¹¹⁴ no es casual. Mucho menos casual es que ese interés se suscite precisamente ahora, esto es, en un momento en que - como conjunción de las políticas neoliberales y de la

¹¹¹ También la citada (*supra* nota 101) SAP de Madrid de 11 de abril de 2008 considera resarcible la totalidad del gasto efectuado, pese a su falta de resultado aprovechable (ff. jj. 2.º y 3.º), y aunque admite el carácter excesivo o incluso desproporcionado del gasto realizado en su interés, obliga a las empresas demandadas a resarcirlo en su totalidad, por no haber acreditado las mismas cuál hubiera sido el precio razonable del servicio de acuerdo con las tarifas de mercado (*vid. f. j. 3.º*). En contra, en cambio, de ese criterio de que se resarce la totalidad de la expensa y no la medida en que ésta ha sido útil se manifiesta la SAP de Pontevedra, de 28 de julio de 1994, f. j. 2.º: “...los demandados sólo han de abonar aquello en que les haya sido útil la gestión (*utiliter coeptum*), lo que significa que sólo habría de abonar a la actora el arca si, efectivamente, fue finalmente utilizada para el sepelio...”. Como se infiere de sus propias palabras, esta última sentencia confunde, en realidad, el criterio del “*utiliter coeptum*” (expectativa o previsión de utilidad, llegue a verse o no consumada) con un diverso criterio: el “*utiliter gestum*”, que es como se designa a la gestión efectivamente útil o lograda.

¹¹² Regla de comportamiento que el Derecho no sólo reconoce, sino que - como resulta de la propia regulación de la gestión oficiosa - valora favorablemente.

¹¹³ Que la incluye en el propósito armonizador, tal y como, por primera vez, hace ahora el DCFR (*vid. supra* el inicio de nuestro epígrafe II).

¹¹⁴ “Residual”, la llaman los Trabajos Preparatorios del futuro Libro VI del CC Cat. (*vid. así su comentario al Capítulo 2.º*. (“*Les fonts de l'obligació*”) de su Título 1.º. (“*L'Obligació*”).

crisis económica global¹¹⁵ – asistimos al desmantelamiento del Estado del bienestar. En un momento en que el Estado benefactor de la segunda mitad del s. XX entra en crisis y parece que ya no puede asegurarnos todo aquello que, por básico, suponíamos garantizado (un puesto de trabajo, cobertura sanitaria, orden público, pensión de jubilación y, en su caso, asistencia social), es posible que el legislador haya vuelto los ojos y quiera potenciar la institución de Derecho privado que parece más apta para promover la asistencia o auxilio mutuo entre particulares.¹¹⁶

¹¹⁵ Por no decir que ésta es consecuencia de aquéllas.

¹¹⁶ *“A society which is built upon notions of solidarity and shared responsibility for common welfare cannot reward an attitude of looking the other way; quite the opposite: so far as justifiable and to an extent which respects the principals’ freedom such a society ought to provide an incentive to act. The instrument of private law to achieve this goal is the law of benevolent intervention in another’s affairs”* (así, BAR, *Benevolent Intervention* cit., p. 90). En realidad, esa política legislativa de fomento y estímulo de la gestión oficiosa como instrumento de auxilio mutuo entre particulares incluso traspasa las fronteras del Derecho privado. Téngase en cuenta que, p. ej., el art. 115.2. d) de la Ley General de la Seguridad Social (TR 1/1994, de 20 de junio) extiende el concepto de “accidente de trabajo” a los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, siempre y cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo.

COMUNICACIONES

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.)

CARLES VENDRELL CERVANTES

DOCTOR EN DRET

LEHRBEAUFTRAGTER -UNIVERSITÄT OSNABRÜCK¹

SUMARI I. PLANTEJAMENT I DELIMITACIÓ. II. BASES HISTÒRIQUES I DOGMÀTIQUES DEL DRET DE L'ENRIQUIMENT EN EL DRET ESPANYOL: UNA APROXIMACIÓ DES DEL CONTEXT EUROPEU CONTINENTAL. III. LA CONDICIO PER INTROMISSIÓ EN DRET D'ALTRI EN EL DRET PRIVAT ESPANYOL I EN EL MARC COMÚ DE REFERÈNCIA. 1. Fonament dogmàtic: el contingut d'atribució dels drets absoluts i de les posicions jurídiques de contingut anàleg. 2. Fonament normatiu. IV. L'ABAST DE LA PRETENSIO RESTITUTÒRIA. V. SUBSTANTIVITAT JURÍDICA PRÒPIA DE LA CONDICIO PER INTROMISSIÓ A L'ORDENAMENT ESPANYOL I AL MARC COMÚ DE REFERÈNCIA

I. PLANTEJAMENT I DELIMITACIÓ

Fóra un error pensar que l'absència en el Codi Civil Espanyol de 1889 ("CCE") d'una regulació unitària i específica de l'obligació de restituir l'enriquiment obtingut de forma injustificada impedeix o desaconsella el tractament unitari en el Dret privat espanyol del conjunt de pretensions restitutòries derivades d'un enriquiment injustificat sota el marc dogmàtic del Dret de l'enriquiment. Ans al contrari, tant la jurisprudència com la doctrina espanyoles no han romàs en absolut alienes a aquesta institució jurídica, ja que, com és ben sabut, l'acció d'enriquiment injustificat o sense causa s'ha erigit en un expedient, de perfil dogmàtic difús, tot sovint de naturalesa subsidiària i essencialment equitable, però constant en la jurisprudència i en el tractament doctrinal de les fonts extracontractuals de les obligacions.

Ara bé, la moderna concepció teòrica del Dret de l'enriquiment -introduïda a l'ordenament espanyol per autoritzada doctrina i que comença a arrelar

¹ El treball s'emmarca en el Projecte de Recerca DER 2009-08200, del Ministeri d'Economia i Competitivitat (investigador principal: Prof. Dr. Ramón Casas Vallès).

en els raonaments dels tribunals- s'ha caracteritzat per diferenciar els tipus o supòsits d'enriquiment injustificat; des de la inquietud meritòria d'aconseguir una diferenciació rigorosa entre les distintes pretensions restitutòries i, en especial, entre llurs funcions i requisits. Entre els tipus de supòsits d'enriquiment segons la concepció més autoritzada del Dret de l'enriquiment, cal destacar, en aquesta oportunitat, l'enriquiment injustificat per intromissió en dret d'altri, atès el seu interès dogmàtic, en seu de la construcció teòrica dels remeis jurídics de naturalesa restitutòria (no indemnitzatòria) derivats de la infracció de drets subjectius absoluts; i pràctic, en tant que expedient autònom de resolució de controvèrsies jurídiques de singular de transcendència econòmica.

Tot i la seva manca de presència en la doctrina dels tribunals (sobretot, com a instrument normatiu autònom de resolució de conflictes d'interessos) i deixant de banda aquest innegable interès dogmàtic, l'estudi de l'acció d'enriquiment injustificat per intromissió en dret d'altri i, més en particular, el seu grau d'arrelament a l'ordenament espanyol esdevé plenament escaient; especialment, si tenim present dues dades ben rellevants. D'una banda, el tractament d'aquest supòsit d'il·lícit extracontractual sota el marc dogmàtic del Dret de l'enriquiment (si bé encara des d'una concepció certament precària) compta amb antecedents jurisprudencials significatius². De l'altra, i assenyaladament, l'ordenament espanyol conté una norma on s'hi reconeix de forma expressa i clara una *condictio* per intromissió en dret d'altri, tot assumint el plantejament diferenciador o tipològic del Dret de l'enriquiment i, en especial, la teoria del contingut d'atribució dels drets i posicions jurídiques subjectives com a fonament dogmàtic i criteri de delimitació d'aquesta acció³.

La present comunicació té, doncs, per objecte la descripció general de la naturalesa i contingut de l'acció d'enriquiment injustificat per intromissió en dret d'altri i del seu grau de penetració a l'ordenament jurídic espanyol, especialment com a expedient jurisprudencial de resolució de controvèrsies de naturalesa pràctica. Tanmateix, atès que els *Principis de Dret Europeu* formulats per l'anomenat *Study Group on a European Civil Code*⁴, inclouen

² Vegeu STS 12-IV-1955 (RJ 1955/1126) i STS 10-III-1958 (RJ 1958/1068).

³ Es tracta, com és ben sabut, de l'art. 32.1 6a (antic art. 18.6) de la Llei 3/1991, de competència deslleial ("LCD"). Vegeu, per tots, PAZ-ARES, C., "La indemnización por clientela en el contrato de concesión", *La Ley*, 1997, II, D-105, pp. 1.817-1.819; i MASSAGUER, J., *Comentario a la Ley de Competencia Desleal*, Civitas, Madrid, 1999, p. 549. Des d'una lògica diferent, també s'escau recordar el reconeixement normatiu exprés d'un altre tipus d'acció d'enriquiment a l'art. 65 de la Llei 19/1985, de 16 de juliol, canviària i del xec.

⁴ Que s'integren en el projectat Marc Comú de Referència ("DCFR"), *cfr.* VON BAR, C. / CLIVE, E. / SCHÜLTE-NÖLKE, H. (Ed.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Sellier, Münchenh, 2008, pp. 319 y ss.

uns *Principis* dedicats a l'*Enriquiment Injustificat*⁵, resulta oportú identificar breument l'encaix i tractament de la *condictio* per intromissió en aquest darrer conjunt normatiu.

II. BASES HISTÒRIQUES I DOGMÀTIQUES DEL DRET DE L'ENRIQUIMENT EN EL DRET ESPANYOL: UNA APROXIMACIÓ DES DEL CONTEXT EUROPEU CONTINENTAL

L'absència en el CCE d'una regulació unitària i específica de l'obligació de restituir l'enriquiment indègudament obtingut no fou cap obstacle, com és ben sabut, per la introducció a l'ordenament espanyol de la doctrina de l'enriquiment injustificat o sense causa⁶. Sobre la base d'una difusa referència a una regla continguda a *Las Partidas*⁷, la jurisprudència del Tribunal Suprem —també, amb anterioritat a l'entrada en vigor del CCE— recorria, a principis del segle XX, a una espècie de principi general, segons el qual *nadie debe enriquecerse torticeramente en perjuicio de otro*⁸. L'increment gradual de les referències a aquest principi ètic i —en aparença— jurídic va generar la necessitat —històricament, un tant retardada en el cas espanyol— de buscar una ordenació dogmàtica i un fonament normatiu al conjunt d'idees que envolten aquest principi més aviat vague.

En efecte, la necessitat de construir una exposició dogmàtica i normativa de la idea per la qual cap persona pot enriquir-se a costa d'altri —és a dir,

⁵ Cfr. VON BAR, C. / SWANN, S., *Principles of European Law. Unjustified Enrichment*, Sellier / Bruylant / Stämpfli, München, 2010.

⁶ Per una imprescindible aproximació històrica, vegeu ÁLVAREZ-CAPEROCHIPÍ, J.A., *El enriquecimiento sin causa*, 3a ed., Comares, Granada, 1993, pp. 11-19; Díez-PICAZO, L., "La doctrina del enriquecimiento injustificado", a DE LA CÁMARA, M. / Díez-PICAZO, L., *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 15-34; BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 21-51.

⁷ Inspirada, alhora, en una *régula* del Digest, vegeu, en aquest sentit, NUÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento sin causa en Derecho español*, Reus, Madrid, 1934, pp. 139-148; Díez-PICAZO, L., "La doctrina...", cit., pp. 15-16; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 18-19.

⁸ En relació amb aquesta jurisprudència, vegeu, des d'una aproximació condescendent, NUÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 1-16; críticament, ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 124-127; Díez-PICAZO, L., "La doctrina...", cit., pp. 17-20. Aquests dos darres autors ressalten la connexió, en aquesta jurisprudència primerenca, entre la necessitat de restituir un enriquiment i la comissió d'un tort ("*tuerto*"), és a dir, d'un il·lícit civil; i per això la insistència en el caràcter tortuós ("*tortícero*") de l'enriquiment.

la concepció d'un Dret de l'enriquiment— ha esdevingut una inquietud constant en el Dret privat europeu continental⁹.

En l'àmbit de la cultura jurídica germànica¹⁰, Savigny aconseguí unificar les distintes *condictiones* dispersades en el Dret romà sota un principi “comú i senzill¹¹”; el supòsit de fet del qual consistia en “l'enriquiment d'altri sense causa a costa del nostre patrimoni¹²”; o, més tècnicament, en “l'augment d'un patrimoni mitjançant la minoració d'un altre sense causa, o [quan] la causa originària del qual ha desaparegut¹³”. D'aquesta manera, aquest autor configurarà un únic principi —“molt senzill¹⁴”— que operava com a fonament comú de tots els supòsits d'enriquiment injustificat i del qual s'hi desprenien les diferents accions restitutòries¹⁵ derivades d'aquest supòsit de fet¹⁶. La construcció de Savigny fou acceptada i desenvolupada pels pandectistes i per la pràctica jurídica en el segle XIX; i va acabar per influenciar,

⁹ Vegeu, des d'una perspectiva comparada lluminosa, Díez-PICAZO, L., “La doctrina...”, cit., pp. 71-100; GALLO, P., *L'arricchimento senza causa*, Cedam, Padova, 1990, pp. 121-140; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento sem causa no direito civil. (Estudo dogmático sobre viabilidade da configuração unitária do instituto, face à contraposição entre as diferentes categorias de enriquecimento sem causa)*, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 277-383.

¹⁰ Vegeu una introducció precisa al desenvolupament històric del *Bereicherungsrecht* a REUTER, D. / MARTINEK, M., *Ungerechtfertigte Bereicherung*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1983, pp. 11-38; a la doctrina espanyola, Díez-PICAZO, L., “La doctrina...”, cit., pp. 85-89.

¹¹ Cfr. VON SAVIGNY, F.C., *System des heutigen römischen Rechts*, V, Berlin, 1841, p. 507.

¹² Cfr. VON SAVIGNY, F.C., *System des...*, V, cit., p. 526.

¹³ Cfr. VON SAVIGNY, F.C., *System des...*, V, cit., p. 525.

¹⁴ Cfr. VON SAVIGNY, F.C., *System des...*, V, cit., p. 511.

¹⁵ Per tal d'“exigir el regrés d'allò que ha sortit del nostre patrimoni”, cfr. von Savigny, F.C., *System des...*, V, cit., p. 567.

¹⁶ Les aportacions de SAVIGNY en aquest camp han estat degudament contextualitzades en el pensament jurídic d'aquest autor per la doctrina actual, vegeu REUTER, D. / MARTINEK, M., *Ungerechtfertigte Bereicherung*, cit., pp. 13-14; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, 3a ed., C.H. Beck, München, 2007, p. 5; ELLGER, R., *Bereicherung durch Eingriff*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, pp. 55-59. Així, partint del principi general del seu Dret privat -el senyoratge sobre les coses (propietat) i sobre la conducta de les altres persones (obligació)-, SAVIGNY considera, com és lògic, que l'enriquiment d'un patrimoni a costa d'altri exigirà l'exercici d'aquest senyoratge per mitjà de la voluntat d'una persona; de manera que aquesta voluntat constituirà la causa del desplaçament patrimonial. En la mesura que aquesta causa no existeixi o desaparegui, el desplaçament patrimonial mancarà de fonament jurídic, de manera que hom no podrà pas exigir la seva restitució per mitjà d'una *condictio*. D'altra banda, SAVIGNY, preocupat, en essència, pels desplaçaments patrimonials executats en ocasió d'un pla jurídic-obligatori concebé l'enriquiment injustificat com un límit necessari al funcionament pràctic del sistema alemany de transmissions patrimonials o adquisicions derivatives *inter vivos* regit, com és sabut, pel dogma de l'abstracció (*Abstraktionsgrundsatz*); és a dir, que la validesa i eficàcia del negoci de disposició és, en principi, independent de la validesa i eficàcia del negoci d'obligació sobre el que aquell té lloc.

indubtablement, la regulació de l'enriquiment injustificat en el BGB (§§ 812-822).

Aquesta regulació definitiva —superant les posicions discrepants pel que fa al seu concret encaix normatiu entre el primer i segon esborrany del BGB¹⁷— optà finalment per una aproximació clarament unitària, tot plasmant normativament un fonament únic per les pretensions restitutòries derivades d'una situació d'enriquiment injustificat (§ 812 I 1 BGB). Nogensmenys, i per tal de dotar el text d'una major claredat¹⁸, el codificador alemany reconegué explícitament alguns supòsits concrets, com la *condictio ob causam finitam* (§ 812 I 2, proposició 1a BGB); la *condictio causa data causa non secuta* (§ 812 I 2, proposició 2a BGB); una *condictio indebiti* (§ 814 BGB); i la *condictio ob turpem causam* (§ 817 BGB). Des d'aquest postulat normatiu, i tenint present els seus antecedents, no té res d'estrany que la interpretació del Dret de l'enriquiment en el BGB recorregués, a principis del segle XX, a una aproximació unitària, per la que es reconeixia una pretensió general d'enriquiment injustificat, el fet generador de la qual consistia, simplement, en la verificació de dos pressupòsits: (i) un desplaçament patrimonial entre la persona enriquida i la persona empobrida, generant els conseqüents enriquiment i empobriment; i (ii) l'absència d'una causa o fonament jurídic d'aquest desplaçament¹⁹.

En canvi, el Dret francès havia de partir d'un plantejament substancialment diferent²⁰. Tot i que les *condictiones* romanes estigueren vigents a França durant varis segles²¹, la decisió del codificador francès d'erigir la *causa* en requisit essencial de tot contracte comportà que es prescindís d'aquelles *condictiones*, doncs la pròpia *action en nullité* s'ocuparia de controlar els desplaçaments patrimonials realitzats en execució d'un contracte amb causa il·lícita, o la causa del qual hagués desaparegut i, d'aquesta manera, fundar

¹⁷ Vegeu REUTER, D. / MARTINEK, M., *Ungerechtfertigte Bereicherung*, cit., PP. 15-21; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., pp. 5-7.

¹⁸ Cfr. LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., p. 7.

¹⁹ Vegeu, en relació amb la teoria tradicional unitària del Dret de l'enriquiment alemany (*Einheitslehre*), REUTER, D. / MARTINEK, M., *Ungerechtfertigte Bereicherung*, cit., PP. 15-21; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., pp. 22-24; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., p. 8; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 383-390.

²⁰ Vegeu GORÉ, F., *Lenrichissement aux dépens d'autrui*, Dalloz, París, 1949, pp. 22-30 ; i, des d'una imprescindible aproximació comparada, DÍEZ-PICAZO, L., “La doctrina...”, cit., pp. 89-94; BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 22-28; KÖNIG, D., *Der Bereicherungsanspruch gegen den Drittempfänger einer Vertragsleistung nach französischer Recht*, Alfred Metzner, Berlín, 1967, pp. 20-26; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 285-304; GALLO, P., *L'arricchimento senza...*, cit., pp. 121-132.

²¹ Cfr. GORÉ, F., *Lenrichissement aux...*, cit., p. 23.

jurídicament la *restitutio in integrum* d'aquests desplaçaments²². Resulta doncs comprensible que, a diferència de la codificació alemanya, el *Code Civil* de 1804 no contingué una regulació del Dret de l'enriquiment, limitant-se a reconèixer, de manera més aviat residual, i sota l'avui discutida noció dels quasicontractes²³, la *condictio indebiti* (arts. 1.376-1.381 *Code [paiement de l'indu]*)²⁴. No obstant —i degut a raons que, encara avui, resulten difícils de comprendre— la jurisprudència francesa creà i desenvolupà una acció general d'enriquiment sense causa, sota l'etiqueta de l'anomenada *action in rem verso*²⁵.

²² Cfr. GORÉ, F., *Lenrichissement aux...*, cit., pp. 23-24; Díez-PICAZO, L., "La doctrina...", cit., pp. 67 i 90; BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 22; GALLO, P., *Larricchimento senza...*, cit., pp. 275-276.

²³ Per una visió crítica de l'aparició i desenvolupament de la categoria dels quasicontractes en els ordenaments privats europeus, vegeu VON BAR, C., "Die Überwindung der Lehre von den Quasiverträgen in den Privatrechten der Europäischen Union", a HOHLOCH, G. / FRAN, R. / SCHLECHTRIEM, P., *Festschrift für Hans Stoll zum 75. Geburtstag*, MOHR SIEBECK, TÜBINGEN, 2001, pp. 93-112. Dins la nostra doctrina, PASQUAU LIAÑO, M. *La gestión de negocios ajenos*, Montecorvo, Madrid, 1986, pp. 328-325; ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 29-33; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 6ª ed., Thomson-Civitas, Madrid, 2007, pp. 176-179.

²⁴ Lògicament, en el *Code Civil* -com succeirà en el CCE-, s'hi reconeixen, a banda de la *condictio indebiti*, d'altres pretensions restitutòries regulades de forma dispersa en funció de llur àmbit d'aplicació; unes pretensions derivades de supòsits que -almenys, des d'una perspectiva actual- podrien ésser configurades com un enriquiment injustificat. Detalla aquestes pretensions en el *Code Civil*, MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 285-286.

²⁵ Segons els estudis històrics extensos de les doctrines alemanya i portuguesa (vegeu WILBURG, W., *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht*, Universitätsbuchhandlung Leuschner & Lubensky, Graz, 1934, pp. 94-96; KUPISCH, B., *Die Versionsklage. Ihre Entwicklung von der gemeinrechtlichen Theorie des 17. Jahrhunderts bis zum österreichischen Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, Carl Winter, Heidelberg, 1965, pp. 116-121; KÖNIG, D., *Der Bereicherungsanspruch...*, cit., pp. 20-22; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 2888-292), els curiosos orígens d'aquesta acció es remunten a 1808. En aquesta data, fou publicat el *Handbuch des französischen Zivilrechts* de Karl Solomo ZACHARIÄ (1769-1883), i en el que, aparentment, s'hi contenia un intent de concebre, en el Dret civil francès codificat, una acció general per impenses (*Verwendungsklage*), sota una interpretació *sui generis* de la *actio de in rem verso realis*. Posteriorment, l'any 1844, els juristes estrasburguesos Charles AUBRY (1803-1883) i Charles RAU (1803-1877) publicaren una traducció al francès del manual de ZACHARIÄ. No obstant, una traducció incorrecta d'aquells dos autors, per la qual s'assimilava el verb *verwenden* (aquí: emprar, usar) a *s'enrichir* (enriquir-se), connectà aquella *actio de in rem verso* amb el principi ètic de que cap persona pot enriquir-se a costa d'altri. I, sobre la base d'aquesta connexió, les posteriors revisions de l'obra d'AUBRY i RAU (que ja no es limitava a la traducció revisada i ampliada del treball de ZACHARIÄ, sinó que es tractava d'un *Curs de Dret Civil* seguint el mètode d'aquest darrer autor) conceberen una autèntica acció general d'enriquiment sense causa; és a dir, una acció restitutòria de naturalesa personal, caracteritzada, tot i així, per ésser subsidiària respecte les accions contractuals, quasicont contractuals, delictuals o quasidelictuals.

Així, a partir de la decisió de la *Cour de Cassation* al cas *Boudier* de 1892²⁶, la jurisprudència començà a recórrer, amb certa freqüència, a l'*action de in rem verso*, entesa, doncs, com una acció general d'enriquiment sense causa, amb fonament en l'equitat²⁷. Aquesta configuració convertia aquesta acció en un instrument d'equitat amb un àmbit objectiu d'aplicació molt ampli; i idoni, consegüentment, per erigir-se en un còmode expedient a disposició de jutges i tribunals per tal d'apartar-se de la solució normativa expressament prevista a l'ordenament positiu; fet que, lògicament, comportà nombroses crítiques²⁸. Ben conscient d'això, la pròpia jurisprudència francesa decidí limitar l'abast de l'*actio de in rem verso*, tot recorrent, de nou, a Aubry i Rau; en aquesta oportunitat, per tal d'afegir-hi dos requisits o pressupòsits d'aplicació d'aquella acció: (i) la persona enriquida ha d'haver obtingut l'enriquiment sense causa legítima; i (ii) la persona empobrida no ha de disposar, per tal de recuperar allò que li és degut, de cap acció contractual, quasiconttractual, delictual o quasidelictual²⁹. D'aquesta manera, als requisits característics de l'aproximació unitària germànica (enriquiment, empobriment i absència de causa), la jurisprudència francesa hi afegí el requisit de la subsidiarietat; entesa en el sentit que l'acció general d'enriquiment sense causa només resultaria d'aplicació en absència d'altres pretensions primàries de naturalesa contractual o extracontractual.

²⁶ Cass. civ. 15-VI-1892, cas *Boudier*, CAPITANT, H. / TERRÉ, F. / LEQUETTE, Y., *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, 10a ed., Dalloz, París, 1994, pp. 631-634: Patureau, arrendador d'un predi rural, resolgué el contracte d'arrendament degut a l'incompliment de les obligacions de Garnier-Godard, l'arrendatari. Aquest darrer, amb anterioritat a la resolució del contracte d'arrendament, havia contractat amb Boudier el subministrament d'adobs en el predi. Després que Boudier executés el subministrament, i degut a la insolvència de la seva part contractual (Garnier-Godard), reclamà el pagament del valor dels adobs subministrats al propietari (Patureau), donat que aquest s'havia enriquit al recuperar el predi amb uns adobs pels quals no havia pagat el seu valor. La Cort de Cassació confirma la decisió dels tribunals de la instància, que havien estimat l'acció del subministrador d'adobs contra el propietari. Segons la Cort -influenciada per la configuració d'AUBRY i RAU-, l'*action de in rem verso*, malgrat no aparèixer regulada pel Dret positiu, deriva del "*principe d'équité qui défend de s'enrichir au détriment d'autrui*", l'únic pressupòsit d'aplicació de la qual consisteix en què el demandant acreditï "*l'existence d'un avantage qu'il aurait, par un sacrifice ou un fait personnel, procuré à celui contre lequel il agit*".

²⁷ Vegeu un resum d'aquesta jurisprudència a ROUAST, A., "L'enrichissement sans cause et la jurisprudence civile", *RTDC*, 1922, pp. 39-45; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., p. 294 (nota 787).

²⁸ Vegeu, sobre aquestes crítiques, ROUAST, A., "L'enrichissement sans...", cit., pp. 43-45; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., p. 295 (nota 788).

²⁹ *Cfr.* Cass. civ. 2-II-1925, cas *Briauhant*, CAPITANT, H. / TERRÉ, F. / LEQUETTE, Y., *Les grands arrêts...*, cit., pp. 638-640. Vegeu, en relació amb aquesta nova jurisprudència, ROUAST, A., "L'enrichissement sans...", cit., pp. 44 i ss.; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 295-296.

Des d'una estranya —i, en tot cas, contradictòria— síntesi de les concepcions germànica i francesa³⁰, la codificació italiana i portuguesa recolliren en llurs codis vigents una regulació del Dret de l'enriquiment. Així, el *Codice Civile* de 1942 reconegué a l'art. 2.041 una clàusula general d'*arricchimento senza causa*, que, des d'un plantejament unitari, constitueix el fonament d'una "(a)zione generale di arricchimento". La peculiaritat de la codificació italiana rau en què, de manera completament autònoma a aquesta acció, i amb independència de la categoria dels quasicontractes, s'hi segueix contenint una regulació detallada de la *condictio indebiti* (arts. 2.033-2.040). Nogensmenys, la regulació italiana manca d'originalitat, doncs es limità a reconèixer el model francès de l' *actio de in rem verso*³¹. I és per això que, a més d'establir-hi els tradicionals requisits de l'enriquiment, empobriment i absència de causa, hi fixà, a l'art.2.042, el "*carattere sussidario dell'azione*".

Amb influències germàniques més marcades³², la regulació de l'*Enriquecimiento sem causa* al *Código Civil Português* de 1966 (arts. 473-482) reconegué un principi general comú, erigit en fonament d'una acció genèrica inspirada en la construcció germànica de les *condictiones* romanes (art. 473.1); tot enumerant —com féu el § 812 I 2— els supòsits tradicionals coberts per les dites *condictiones* (art. 473.2). Això no obstant, l'art. 476, influenciat clarament per les concepcions francesa i italiana, ofereix una regulació autònoma de la *condictio indebiti* ("*Repetição do indevido*"); i, a més, s'hi estableix —en una posició contradictòria³³— la "(n)atureza subsidiária" de l'obligació de restituir per enriquiment (art. 474).

Des d'un plantejament semblant —tot i que més coherent—, la Compilació del Dret civil de Navarra o *Fuero Nuevo*³⁴ també regulà l' "*enriquecimiento sin causa*" (leyes 508-510). Aquesta regulació parteix, tanmateix, d'una concepció unitària, on s'hi reconeix un principi comú que fonamenta una acció genèrica d'enriquiment (ley 508.1); tot i que s'hi especifiquen —d'acord amb el model de les *condictiones* romanes— els supòsits específics d'aplicació del principi general (ley 508.1 i 2). Aquí, la *condictio indebiti* ("*pago de lo indebido*") no rep cap tractament autònom respecte de l'acció d'enriquiment;

³⁰ Aquesta última, com s'acaba d'exposar, inspirada en la poc afortunada construcció unitària germànica.

³¹ Que, pel que sembla, fou rebuda per la jurisprudència i doctrina italiana anterior al *Codice* de 1942, cfr. GALLO, P., *L'arricchimento senza...*, cit., pp. 137-138. Vegeu, també, MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 355-359.

³² Cfr. MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., pp. 380-382.

³³ Vegeu, en aquest sentit, MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., p. 383.

³⁴ *Ley 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.*

limitant-se a especificar algunes particularitats en relació amb el règim de la prova (*ley* 509).

El primer intent ambiciós d'enflar una imatge dogmàticament elaborada del Dret de l'enriquiment a l'ordenament privat espanyol no es produí fins l'any 1934, per mitjà del treball de RAFAEL NÚÑEZ LAGOS (1902-1991)³⁵. Amb independència del seu fonament dogmàtic i normatiu³⁶, la tesi d'aquest autor es troba fortament inspirada pel model de la pandectística alemanya³⁷; fet que, d'antuvi, provocà que aquest autor es centrés, en essència, en les pretensions restitutòries derivades de contracte³⁸, és a dir, i en terminologia actual, en la *condictio* de prestació³⁹. Però, a més, aquest plantejament – conjuntament amb el desenvolupament jurisprudencial de l'*actio de in rem verso* francesa – portà a NÚÑEZ LAGOS a assumir els requisits tradicionals de l'acció general d'enriquiment sense causa (enriquiment; empobriment; relació causal entre enriquiment i empobriment; i absència de causa)⁴⁰.

³⁵ Vegeu *El enriquecimiento...*, cit., *passim*.

³⁶ Segons NÚÑEZ LAGOS, l'objecte central del Dret de l'enriquiment rau en un "*desplazamiento patrimonial sin causa*"; és a dir, en un "*atribució patrimonial*" (pp. 17 i ss.) que no representa "*el cumplimiento de un fin predeterminado*" (p. 102), de manera que "*(u)na atribución sin causa es una atribución que no cumple su finalidad*" (p. 103). Pel que fa al seu fonament normatiu, l'autor, recolzant-se en l'admissió de la categoria del negoci jurídic abstracte en el Dret espanyol (pp. 37 i ss.), acaba per atribuir a l'art. 1.901 CCE el reconeixement d'una *condictio sine causa generalis*; que, tal i com féu el § 812 BGB, "*suple y encierra en su contenido todas las condiciones del sistema clásico*" (p. 150). La idea de fundar una acció general d'enriquiment sense causa en el Dret espanyol, a manera de *condictio sine causa generalis*, a l'art. 1.901 CCE es troba també a LACRUZ BERDEJO, J.L., "Notas sobre el enriquecimiento sin causa", *RCDI*, 1969, pp. 569-603, esp., pp. 569-571. Vegeu una afortunada crítica a ambdues tesis a Díez-PICAZO, L., "La doctrina...", cit., pp. 33-34, 60-67 i 108-114. Això no obstant, algun pronunciament jurisprudencial ha tornat a insistir en aquesta idea, vegeu STS 22-VI-2007, cas *frigorífics*, RJ 2007/5427 (FJ 3), on, enfront d'una pretensió restitutòria derivada de l'extinció d'un contracte de distribució en exclusiva, el TS fa menció a la possibilitat de concebre una *condictio sine causa generalis* en les normes del CCE relatives al pagament de de l'indegut (arts. 1.895 i §. CCE). Curiosament, aquest plantejament s'inspira, clarament, en una tesi de Díez-PICAZO ("La doctrina...", cit., pp. 107-116), per la qual aquest darrer autor tracta d'ampliar l'àmbit objectiu d'aplicació de la *condictio indebiti* als pagaments indeguts sense error. Però, com el propi autor adverteix (*cf.* pp. 111 i 115-116), aquesta extensió es fa des de la lògica de la *condictio* de prestació, però, en cap cas, concebant-hi una *condictio sine causa generalis* -és a dir, una acció general per tot supòsit d'enriquiment-, ni molt menys fundant aquesta acció restitutòria en la regulació del pagament de l'indegut en el CCE.

³⁷ Vegeu, entre d'altres nombroses referències, NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento...*, cit., p. 11, on es pot observar la inquietud de l'autor per superar la dispersió de *condiciones* en el Dret romà, causada "*por el origen práctico, al margen de la lógica abstracta, de la teoría del enriquecimiento sin causa*".

³⁸ *Cfr.* NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 15-16, 17-22 i, esp., pp. 102-103.

³⁹ Ho destaca BASOBAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 33. La mateixa objecció es formulada per Díez-PICAZO ("La doctrina...", cit., p. 33) a la tesi de Lacruz.

⁴⁰ *Cfr.* NÚÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 6, 8, 16 i, esp., 107 i ss.

El treball de Núñez Lagos, com és ben sabut, exercí una influència decisiva en la jurisprudència dels anys posteriors a la Guerra Civil espanyola⁴¹; de manera que el TS fou admetent progressivament l'existència d'una acció general d'enriquiment sense causa o injustificat, tot i que amb un fonament normatiu diferent al d'aquell autor i, en tot cas, recorrent a l'expressió normativa d'aquells requisits tradicionals⁴². Ara bé, aquest recurs als requisits tradicionals ha estat, més aviat, emprat —com en el cas de la jurisprudència francesa— com un expedient de contenció dels límits de l'acció, i no pas com la conseqüència d'una construcció dogmàtica convincent⁴³. D'altra banda, la jurisprudència espanyola s'ha caracteritzat —vers la francesa, per exemple— per una assumpció menys rigorosa del requisit de la subsidiarietat⁴⁴.

En realitat, en tots els ordenaments ressenyats menys —curiosament— l'alemany⁴⁵, la concepció d'una acció general d'enriquiment sense causa, més o menys subsidiària i inherentment lligada als requisits tradicionals (enriquiment, empobriment, relació causal entre ambdós i absència de causa) segueix essent l'aproximació al Dret de l'enriquiment més usual a nivell doctrinal i jurisprudencial; àdhuc, en els plantejaments més crítics amb aquesta construcció⁴⁶.

⁴¹ Cfr. Díez-Picazo, L., "La doctrina...", cit., pp. 21-25; Basozabal Arrue, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p.

⁴² Cfr., entre d'altres referències, STS 16-XI-1967 (RJ 1967/416, CDO 3); STS 5-XII-1980 (RJ 1980/4736, CDO 2); i, més recentment, STS 9-II-2006 (RJ 2006/546, FJ 5); STS 10-X-2007 (RJ 2007/7406, FJ 6).

⁴³ Vegeu una reixida crítica a l'ús jurisprudencial d'aquests requisits a Basozabal Arrue, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 26-28 i 333-336.

⁴⁴ A despit de la doctrina majoritària (cfr., LACRUZ BERDEJO, J.L., "Notas sobre...", cit., pp. 599-601; ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 118-120; Díez-Picazo, L., *Fundamentos...*, I, cit., pp. 122-123) i d'alguna dada legal (cfr. art. 32.1 6a LCD), la jurisprudència segueix recorrent, amb freqüència, al requisit de la subsidiarietat, cfr., entre d'altres, STS 12-I-1943 (RJ 1943/17); STS 22-XII-1962 (RJ 1962/4966); STS 19-II-1999 (RJ 1999/1055); STS 22-II-2007 (RJ 2007/2233). Això no obstant, la pròpia Sala 1a del TS ha negat, en altres ocasions, que l'acció d'enriquiment sigui subsidiària, cfr. STS 12-IV-1955 (RJ 1955/1126); STS 10-III-1958 (RJ 1958/1068); STS 24-I-1975 (RJ 1975/95); STS 14-XII-1994 (RJ 1994/10111). Aquesta assumpció pendular del requisit de la subsidiarietat deriva, molt probablement, dels perfils terriblement difusos de la genèrica acció d'enriquiment injust, que, segons convingut, existeix en Dret espanyol; per això que, tal i com ha estudiat PASQUAU LIANO ("Comentario a la Sentencia de 19 de febrero de 1999"), CCJC, 1999, pp. 894-901), la jurisprudència hagi manejat diferents usos del concepte de subsidiarietat. Vegeu, en relació amb això, també, CARRASCO PERERA, Á., "Comentario a la Sentencia de 25 de noviembre de 1985", CCJC, 1986, pp. 3.221-3.223. Prova d'aquesta manca de claredat, vegeu com una resolució recent encara connecta el requisit de la subsidiarietat amb el "*sistema de jerarquía de las fuentes establecido en el artículo 1 CC*" (STS 30-IV-2007, RJ 2007/2396, FJ 2).

⁴⁵ I degut a les raons que, de seguida, es detallen.

⁴⁶ Vegeu, així, a França, BENAVENT, A., *Droit Civil. Les obligations*, 11^a ed., Montchrestien, Paris, 2007, pp. 345-347. A Itàlia, BIANCA, C.M., *Diritto civile*, 5, la responsabilità, Giuffrè,

Nogensmenys, alhora que la construcció germànica unitària del Dret de l'enriquiment s'estenia a França, Itàlia, Espanya i Portugal —*recautxutada*, parcialment, per una jurisprudència recelosa enfront de la seva pròpia creació inicial—, un important corrent doctrinal a Alemanya començà a advertir que aquella construcció resultava inapropiada per tal d'explicar la complexitat de supòsits que queden compresos en el Dret de l'enriquiment; i, en tot cas, que és manifestament incapaç per ésser aplicat a les noves estructures econòmiques.

Com s'ha assenyalat, la concepció originària de Savigny i els pandectistes —centrada en el concepte de *desplaçament patrimonial* (*Vermögensverschiebung*) sense causa— presentava moltes dificultats per explicar aquells enriquiments generats per l'ús o explotació de drets d'altri⁴⁷. Així, d'una banda, l'ús o explotació de coses materials d'altri⁴⁸ no comporta cap desplaçament d'un bé del patrimoni de la persona empobrida al patrimoni de la persona enriquida; sinó que, més aviat, els avantatges patrimonials generats per l'ús o explotació de la cosa sorgeixen originàriament en el patrimoni de la persona enriquida; de manera que, difícilment, es pot afirmar que l'acció d'enriquiment hagi de dirigir-se a restituir un bé que s'ha *desplaçat injustificadament* del patrimoni de la persona empobrida al patrimoni de la persona enriquida. D'altra banda, el pas d'una societat agrària —aquella que, en realitat, preocupava a Savigny— a una societat industrial comportà la necessitat de protegir amb posicions jurídiques exclusives béns immaterials, així com la lliure competència en el mercat⁴⁹. Per aquesta raó, qualsevol intent d'erigir la concepció savigniana de les *condictiones* romanes en un instrument eficaç de protecció dels drets sobre béns immaterials o de determinades posicions jurídiques enfront

Milano, 1994, pp. 813-819. A Portugal, ALMEIDA COSATA, M.J., *Direito das Obrigações*, 11a ed., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 491-504. A Espanya, Díez-PICAZO, L. / GULLÓN, A., *Sistema de Derecho Civil*, II, 9a ed., Madrid, 2003, pp. 526-527; LACRUZ BERDEJO, J.L. / RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil*, II-2, *Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, Dykinson, Madrid, 1999, pp. 436-438; Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del...*, I, cit., pp. 118-123.

⁴⁷ Vegeu ELLGER, R., *Bereicherung durch Eingriff*, cit., pp. 68 i ss.; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., pp. 8 i 9.

⁴⁸ Vegeu, per exemple, el supòsit de fet de l'art. 362 CCE.

⁴⁹ En efecte, la implantació i consolidació a l'Europa del segle XIX de la llibertat d'indústria i comerç —especialment, després de la unificació alemanya (1871)— accelerà la iniciativa privada i, en conseqüència, la necessitat de protegir mitjançant instruments jurídics els béns immaterials i la lliure competència. N'és aquest un tema extensament analitzat per la doctrina alemanya, COING, H., *Europäisches Privatrecht*, II, C.H. Beck, München, 1989, pp. 148-151; i, esp., WADLE, E., *Geistiges Eigentum. Bausteine zur Rechtsgeschichte*, I, VCH, Weinheim, 1996, pp. 75-94.

de conductes deslleials en el mercat estava condemnada a un resultat insatisfactori⁵⁰.

Consegüentment, les pròpies teories unitàries del Dret de l'enriquiment tractaren d'introduir canvis en les tesis originàries; oferint nous matisos a la interpretació dels §§ 812 i ss. BGB que permetessin acomodar la lògica del *desplaçament patrimonial sense causa o injustificat* a aquestes noves realitats. Doctrina i jurisprudència alemanyes manejaren diferents opcions, com, per exemple, la utilització del model de l'estalvi de despeses com expedient restitutori en els casos d'ús o explotació d'un dret d'altri; o un eixamplament del concepte de patrimoni⁵¹. Però, sobretot —i d'especial interès per la interpretació de la jurisprudència espanyola vigent— aquella doctrina i jurisprudència tractaren de reinterpretar el Dret de l'enriquiment en el BGB per mitjà de la introducció —més o menys encoberta— de dos elements o requisits. D'una banda, s'intentà substituir la desfasada idea del desplaçament d'un bé d'un patrimoni a l'altre per la necessitat de la producció d'un avantatge en el patrimoni de la persona enriquida i un perjudici en el de la persona empobrida; de l'altra, s'exigia una relació de causalitat directa entre l'avantatge i el perjudici⁵². Aquest plantejament — la proximitat del qual amb l'encara avui usual posició dels ordenaments francès, italià i espanyol és evident— comportà, entre d'altres disfuncions, l'assimilació del pretès requisit de l'empobriment —o la forma de producció de l'enriquiment— amb la noció de dany patrimonial⁵³.

⁵⁰ Vegeu ELLGER, R., *Bereicherung durch Eingriff*, cit., pp. 70-71; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., pp. 8 i 9. Aquest darrer autor assenyala, de forma didàctica, els problemes que se'n desprenen de l'intent de solucionar, des de la tesi del *desplaçament patrimonial* de SAVIGNY, un cas d'infracció de drets d'autor com el vist per la Sentència del Reichsgericht 8-VI-1895 (*Ariston*), els fets i solució de la qual detallem *infra* 4.

⁵¹ Vegeu críticament en relació amb ambdues opcions, ELLGER, R., *Bereicherung durch Eingriff*, cit., pp. 68-69 i 72-80.

⁵² Pot veure's un plantejament exemplar d'aquesta posició en els successius treballs de ENNECCERUS, L. / LEHMANN, H., *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts II. Recht der Schuldverhältnisse*, 11a ed., Elmert, Marburg, 1930, p. 682; i ja amb algun matís innovador, la 15a ed. (J.C.B. Mohr [Paul Siebeck], Tübingen, 1958, pp. 874-885, esp., p. 877-878.

⁵³ Certa doctrina italiana, a l'hora de ressenyar els requisits de l'acció d'enriquiment, segueix relacionant l'*impoverimento* amb un dany en el patrimoni del creditor de l'obligació de restituir, vegeu, per exemple, Bianca, C.M., *Diritto Civile*, 5, cit., pp. 814-815. En la nostra doctrina, Díez-Picazo, L. / Gullón, A., *Sistema de...*, cit., p. 526; Capilla Roncero, F., "Cuasicontratos y enriquecimiento sin causa", en López, Á. / Montés, V.L. / Roca, E. LÓPEZ, A., *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, València, 2001, p. 294; ALBALADEJO, M., *Derecho Civil, II, Derecho de Obligaciones*, 12ª ed., Edisofer, Madrid, 2004, pp. 916-917; LACRUZ BERDEJO, J.L. / RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de...*, II-2, cit., pp. 436-437, amb cita explícita de la ressenyada obra d'Enneccerus / Lehmann, donant a entendre que és la interpretació vigent del Dret alemany. Com destaca, amb encert, Basozabal Arrue, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 39, "(u)na acción de enriquecimiento supeditada a la existencia y a la cuantía de un daño (como sostiene aún

D'aquesta manera, l'acció d'enriquiment es revestia d'uns requisits profundament abstractes i dissenyats, més aviat, per salvar una construcció dogmàtica que per orientar la solució de conflictes d'interessos d'ordre pràctic⁵⁴; i que, a més, generen solucions —qüestió que, novament, presenta un interès primordial pel Dret espanyol— estranyes a la lògica restitutòria de la intromissió en drets absoluts. Vegeu, per exemple, el raonament de la decisió dels tribunals alemanys en la decisió del RG 9-VI-1928⁵⁵: l'editorial titular dels drets d'edició (reproducció i distribució) del llibre "*Professions Femenines*" demandà a una editorial competidora que havia editat un llibre amb el títol "*Què haurien d'esdevenir les nostres filles?*", i el contingut del qual era, en bona part, una reproducció literal del primer. La demanda per vulneració dels drets d'autor incloïa una pretensió d'enriquiment injustificat *ex* § 812 BGB, per la qual el demandant exigia la restitució dels guanys obtinguts amb la venda dels exemplars de l'obra il·lícita. Aquesta pretensió fou íntegrament estimada, per mitjà d'una aplicació mecànica del raonament descrit: el tribunal, per tal d'afirmar l'existència d'un *desplaçament patrimonial sense causa* entre demandat i demandant, es limita a constatar, senzillament, l'existència d'una relació causal entre els guanys obtinguts per l'infractor dels drets d'autor i el perjudici sofert en el patrimoni del demandant. Es comprendrà, doncs, que, des d'una aproximació com aquesta, Dret de danys i Dret de l'enriquiment s'hagin vist tantes vegades indegudament confosos; i, en qualsevol cas, s'hagi cregut —idea certament difosa avui dia en Dret espanyol— que l'objecte de l'acció d'enriquiment s'identifica amb els guanys obtinguts per la vulneració d'un dret subjectiu⁵⁶.

Observeu que, en la nostra doctrina, no és gens infreqüent abordar una possible acció d'enriquiment per intromissió en els drets de la propietat industrial des d'aquells requisits tradicionals; arribant a resultats clarament desafortunats. Vegeu, així, per exemple, Reglero Campos⁵⁷: "*Como se sabe, los presupuestos fundamentales de aplicación de esta institución son la obtención de un ventaja patrimonial de quien se enriquece y el correlativo empobrecimiento*

hoy en nuestro ámbito jurídico una buena parte de la doctrina), por mucho que se declare conceptualmente distinta de la acción indemnizatoria, no puede entenderse sino como un subtipo de éste cuya peculiaridad consiste en que la presencia de un enriquecimiento por parte del causante hace innecesaria la imputación subjetiva de su conducta (la culpa) y limita en la medida de aquél la cuantía «indemnizatoria».

⁵⁴ A la doctrina espanyola, vegeu una concisa i encertada crítica als requisits de l'enriquiment, empobriment i relació de causalitat entre ambdós a BASOZABAL ARRUE, X, *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 38-41 i 333-335.

⁵⁵ Cas *Frauenberufe*, RGZ, 121, 1928, pp. 258-263.

⁵⁶ Vegeu *infra* 4.

⁵⁷ Cfr. "Responsabilidad civil por daños a la propiedad industrial", a REGLERO CAMPOS, L.F. (Coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, 3a ed., Thomson-Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 2.615.

de otra persona, así como la relación causa-efecto entre lo primero y lo segundo (naturalmente, otro presupuesto fundamental es que no exista causa que legitime el enriquecimiento). Estamos ante un empobrecimiento no sólo cuando hay una disminución del activo (damnum emergens) sino también cuando no hay un aumento del mismo (seguro o previsible) (lucrum cessans). En buena parte de los casos la violación del derecho de marca (como, en general, la de cualquier derecho inmaterial de contenido patrimonial) supone un empobrecimiento en la segunda de las manifestaciones apuntadas. Pero no serán infrecuentes los casos en los que no pueda hablarse en puridad de empobrecimiento (incluso puede ocurrir que la actividad ilegítima reporte ventajas al titular del derecho violado, como sucede, por ejemplo, cuando esa actividad da notoriedad a una marca o a una obra del intelecto que no la tenía hasta entonces". En un sentit similar, es pronuncia GONZÁLEZ GOZALO⁵⁸, per a qui el titular d'un dret de propietat intel·lectual o industrial infringit no "puede invocar la doctrina del enriquecimiento injusto, pues si bien es cierto que el infractor obtiene un lucro al que no tiene derecho, también lo es que el titular no padece el correlativo empobrecimiento que exige la aplicación de esta teoría". En cas que aquesta plantejaments foren certs, l'acció d'enriquiment per intromissió no seria procedent en aquells supòsits en els que el titular del dret infringit no ha sofert cap dany emergent en el seu patrimoni o en aquells en què el titular no ha vist frustrat un guany degut a l'intromissió; fet que suposa, com s'ha apuntat ja, una confusió lamentable entre Dret de l'enriquiment i Dret de danys⁵⁹.

En aquest context econòmic i jurídic, aparegué una de les construccions jurídiques modernes més decisives pel Dret de l'enriquiment i, en especial, per la configuració dogmàtica dels remeis jurídics restitutoris derivats de la infracció de drets subjectius absoluts. Sota allò que, posteriorment fou denominat com a teoria de la separació o de la diferenciació —per oposició a les tesis unitàries— WALTER WILBURG⁶⁰ (1905-1991) i ERNST VON CAEMMERER⁶¹

⁵⁸ Cfr. "La Propuesta de Directiva relativa a las medidas y procedimientos destinados a garantizar el respeto de los derechos de propiedad intelectual", *pe.i.*, 2003, núm. 14, p. 80.

⁵⁹ Vegeu, en aquest mateix sentit, SCHLECTRIEM, P., "Bereicherung aus fremden Persönlichkeitsrecht", a FISCHER, R. / GESSLER, E. / SCHILLING, W. / SERICK, R. / ULMER, P. (Hrsg.), *Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag am 18. September*, C.H. Beck, München, 1976, p. 464; CANARIS, C.W., "Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts", a AHRENS, H.-J. / VON BAR, C. / FISCHER, G. / SPICKHOFF, A. / TAUPITZ, J., *Festschrift für Erwin Deutsch*, Carl Heymann, Colònia et alii, 1999, p. 89; BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 100-111 i 334. Vegeu, novament en relació amb aquesta idea, *infra* 4.

⁶⁰ *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht* (1934), cit., *passim*.

⁶¹ Cfr. "Bereicherung und unerlaubte Handlung", a DÖLLE H. / RHEINSTEIN, M. / ZWIEGERT, K. (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Rabel*, I, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1954, *passim*;

(1908-1985) defensaren la necessitat de superar l'aproximació unitària al Dret de l'enriquiment mitjançant la identificació, més enllà de les atribucions patrimonials realitzades amb finalitat d'executar un pla jurídic obligatori (prestació), d'altres tipus o supòsits d'enriquiment injustificat; sempre des de la inquietud d'aconseguir una diferenciació rigorosa entre les diverses pretensions restitutòries i, especialment, entre llurs funcions i requisits.

Com ja s'haurà advertit, la crítica a les teories unitàries nasqué arrel de l'observació que, a la pràctica, existien casos d'explotació o usurpació de drets d'altri que mereixien una resposta des del Dret de l'enriquiment. És, per això, que, com han assenyalat REUTER / MARTINEK⁶², els treballs de WILBURG i VON CAEMMERER s'inspiraren en l'obra del que avui és considerat per la doctrina alemanya —en expressió pretensiosament científica— com el *descobridor de l'Eingriffskondiktion*⁶³; és a dir, com el primer que integrà l'acció restitutòria derivada de la intromissió en un dret subjectiu en el motlle dogmàtic de la *condictio* o acció d'enriquiment injustificat⁶⁴.

En el cas de WILBURG, la seva obra destaca, com a punt de partida, les inconveniències que provoca haver de resoldre tots els casos d'enriquiment injustificat des de l'imaginari de la *condictio* de prestació⁶⁵, és a dir, des de l'axioma pel qual (gairebé) totes les atribucions patrimonials es produeixen sota l'execució d'un pla jurídic-obligatori. Per això, proposa distingir amb claredat entre accions d'enriquiment derivades de prestació (*Leistungskondiktionen*) i accions d'enriquiment no derivades de prestació (*Nichtleistungskondiktionen*⁶⁶); tot i que llur fonament jurídic sigui sempre unitari⁶⁷. No obstant, s'escau precisar d'antuvi que, com ha estat assenyalat per la doctrina actual⁶⁸, aquesta distinció —malgrat el seu elegant encaix en els dos modes de producció de l'enriquiment injustificat segons el §

“Grundprobleme des Bereicherungsrechts”, a LESER, H.G. (Hrsg.), *Ernst von Caemmerer Gesammelte Schriften*, I, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1968, pp. 370-392.

⁶² Cfr. *Ungerechtfertigte Bereicherung*, cit., p. 25.

⁶³ Vegeu, així, MEDICUS, D., *Bürgerliches Recht*, 21a ed., Carl Heymanns, Colònia, 2007, p. 450 (Rdn. 704); el segueixen REUTER, D. / MARTINEK, M., *Ungerechtfertigte Bereicherung*, cit., p. 25; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 89.

⁶⁴ Es tracta del monumental article -485 pp.- de SCHULZ, F., “System der Rechte auf den Eingriffserwerbs”, *AcP*, 1909, núm. 105, pp. 1-485. Nogensmenys, aquest autor concebé una pretensió de restitució d'allò que s'obté en ocasió d'una intromissió il·lícita (*Anspruch auf den Eingriffserwerb*) com una conseqüència del principi comú d'enriquiment injustificat; és a dir, des d'una posició unitària. Vegeu una completa ressenya crítica de l'obra d'aquest autor a ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 89-102.

⁶⁵ Cfr. WILBURG, W., *Die Lehre...*, cit., pp. 12-18.

⁶⁶ Cfr. WILBURG, W., *Die Lehre...*, cit., pp. 22-51.

⁶⁷ Cfr. WILBURG, W., *Die Lehre...*, cit., pp. 49-51.

⁶⁸ Vegeu LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., p. 10.

812 I BGB (“*Aquell que per mitjà de prestació [...] o d'altra manera [...]*”)– no fou contemplada pel codificador alemany amb el propòsit d’incloure una *Eingriffskondiktion*; sinó que aquesta segona opció en la norma transcrita es corresponia amb l’idea savigniana per la qual, en ocasions, el desplaçament patrimonial sense causa es produeix sense la concurrència d’una declaració de voluntat de l’empobrit⁶⁹. En tot cas, Wilbug separà, d’aquesta manera, el concepte de causa o justificació pel supòsits de *condictio* de prestació i pels altres tipus, en especial, per l’acció d’enriquiment injustificat derivada de la utilització d’un dret d’altri⁷⁰; tot apuntant, a més, les diferents funcions que compleix l’acció d’enriquiment en cadascun dels dos supòsits⁷¹.

Per la seva banda, VON CAEMMERER desenvolupà la distinció proposada per Wilburg, identificant una tipologia de pretensions d’enriquiment injustificat⁷². Així, configurà ultra els supòsits de *condictio* derivada de prestació⁷³, d’altres grups com –entre d’altres– els d’enriquiment derivat: (i) d’intrmissió en dret d’altri⁷⁴; (ii) del pagament d’un deute d’altri⁷⁵; (iii) de la realització d’impenses⁷⁶; o (iv) d’un contracte a favor de tercer⁷⁷. Des d’aquesta classificació, l’autor traçà una lluminosa distinció entre les funcions de la *Leistungskondiktion* –adreçada, en essència, a les disfuncions derivades de la circulació de béns jurídics⁷⁸– i les de l’*Eingriffskondiktion*, preocupada per protegir les posicions jurídiques exclusives reconegudes per l’ordenament jurídic com a drets subjectius⁷⁹; punt de partida axial pel desenvolupament dogmàtic i el règim jurídic d’aquest darrera acció.

⁶⁹ Cfr. VON SAVIGNY, F.C., *System des...*, V, cit., p. 523.

⁷⁰ Cfr. WILBURG, W., *Die Lehre...*, cit., pp. 1131-114 i 12 i ss.

⁷¹ Cfr. WILBURG, W., *Die Lehre...*, cit., pp. 11 i 28 i ss.

⁷² Cfr. VON CAEMMERER, E., “Bereicherung und...”, cit., pp. 334 i ss.; “Grundprobleme des...”, cit., pp. 370-376.

⁷³ Cfr. VON CAEMMERER, E., “Bereicherung und...”, cit., pp. 340-352; “Grundprobleme des...”, cit., pp. 376-378.

⁷⁴ Cfr. VON CAEMMERER, E., “Bereicherung und...”, cit., pp. 352-360; “Grundprobleme des...”, cit., pp. 378-373.

⁷⁵ Cfr. VON CAEMMERER, E., “Bereicherung und...”, cit., pp. 360-363; “Grundprobleme des...”, cit., pp. 384-387.

⁷⁶ Cfr. VON CAEMMERER, E., “Bereicherung und...”, cit., pp. 365-367; “Grundprobleme des...”, cit., pp. 383-384.

⁷⁷ Vegeu Cfr. VON CAEMMERER, E., “Bereicherung und...”, cit., pp. 365-367.

⁷⁸ Cfr. VON CAEMMERER, E., “Bereicherung und...”, cit., pp. 342-343.

⁷⁹ Cfr. VON CAEMMERER, E., “Bereicherung und...”, cit., p. 353.

Les tesis diferenciadores de WILBURG i VON CAEMMERER —acceptades i desenvolupades per la doctrina majoritària actual⁸⁰— impliquen, consegüentment, una convincent desacreditació de la formulació tradicional del Dret de l'enriquiment formulada per mitjà d'aquella acció general d'enriquiment amb els seus requisits institucionals clàssics. Com apuntà von Caemmerer⁸¹, la lògica formal abstracta sota la que es formularen els requisits de l'enriquiment, empobriment i la relació causal entre ambdós derivà en un expedient per corregir aquells enriquiments que, sobre la base de l'equitat, hom considerava injustos. Aquells ordenaments que, com l'espanyol, reberen i desenvoluparen acríticament les primeres teories germàniques del Dret de l'enriquiment, encara avui, donen la raó a aquest autor⁸². I és que, en efecte, no deixa de ser significatiu que, al mateix temps que, des del Dret alemany, s'advertien els riscos derivats de l'aproximació tradicional unitària, la jurisprudència espanyola rebia amb delit la tesi de Nuñez Lagos; una tesi que, d'acord amb les seves influències, buscava, abans de res, una “*lógica abstracta*”⁸³.

Ben atent al canvi en el pensament jurídic predominant a l'Europa continental⁸⁴ — i, sobretot, des de la inquietud, doncs, de superar una construcció jurisprudencial que, malgrat aparèixer revestida formalment d'uns requisits o pressupòsits d'aplicació, mai no ha deixat de ser, des dels

⁸⁰ Cfr., entre d'altres referències, LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des Schuldrechts, II, Besonderer Teil*, 13a ed., C.H. Beck, München, 1994, pp. 294-295 (Rdn. 718-719); MEDICUS, D., *Schuldrecht II Besonderer Teil*, 14a ed., C.H. Beck, München, 2007, pp. 239-240; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., pp. 8-15.

⁸¹ Vegeu “Bereicherung und...”, cit., pp. 338-339.

⁸² Vegeu, en el mateix sentit, Díez-PICAZO, L., “La doctrina...”, cit., p. 96; BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 37.

⁸³ Cfr., p. ex., Núñez Lagos, R., *El enriquecimiento...*, cit., p. 11. En el pròleg a aquesta obra, Castán Tobeñas —és a dir, el pont pel que transità còmodament aquesta “*lógica abstracta*” fins arribar a la jurisprudència del TS— es lamenta que “*en nuestra Patria [...] el formalismo y el conceptualismo jurídico no han llegado a arraigar y [...] las investigaciones teórico-dogmáticas son rara avis*”; i, per això, considera que “*se ha de ver con júbilo la aparición de un jurista de técnica rigurosa, heredero de los clásicos pandectistas alemanes del siglo pasado, que se lance animoso a reconstruir aquellos conceptos fundamentales que constituyen la base de nuestro derecho privado y, más en concreto, de nuestro vigente Código Civil [...]*” (cfr. p. VIII).

⁸⁴ A Portugal, les tesis diferenciadores o tipològiques (*doutrina da divisão*) són assumides i desenvolupades, entre d'altres, per MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimiento...*, cit., PP. 438 i 441 i ss.; *Direito das Obrigações*, I, 4a ed., Almedina, Coimbra, 2005, PP. 395 i ss.; A Itàlia, vegeu TRIMARCHI, P., *L'arricchimento senza causa*, Giuffrè, Milà, 1962, PP. 3-50; més recentment, entre d'altres, i amb més referències, SIRENA, P., “La restituzione del profito ingiustificato (nel diritto industriale italiano)”, *Riv. Dir. Civ.*, 2006, pp. 305-322, esp., pp. 308 i ss. Des d'una perspectiva comparada, vegeu SCHLECTRIEM, P., “Unjust Enrichment by Interference with Property Rights”, a VON CAEMMERER, E. / SCHLECTRIEM, P. (Ed.), *International Encyclopedia of Comparative Law, X, Restitution / Unjust Enrichment and Negotiorum Gestio*, Mohr Siebeck / Martines Nijhoff, Tübingen / Leiden / Boston, 2007, chapter 8 (pp. 1-12).

seus inicis, un expedient d'equitat⁸⁵—, Díez-Picazo proposà, l'any 1988, una ambiciosa reformulació del Dret de l'enriquiment espanyol⁸⁶. No es tracta pas de trasplantar la nova concepció alemanya a l'ordenament privat espanyol.

De fet, l'experiència descrita en aquest apartat hauria de servir per alertar de l'assumpció acrítica de creacions dogmàtiques foranes, especialment, d'aquelles provinents de la ciència jurídica alemanya o, en general, de qualsevol que es presenti sota una formulació excessivament abstracta o amb una denominació amb força persuasiva. I és que convé advertir que fins i tot la teoria de la diferenciació —i en general el Dret de l'enriquiment alemany— no constitueix cap *demiürg* que ofereixi respostes coherents i raonables a tots els conflictes d'interessos en aquest àmbit. La seva utilitat, entre nosaltres, es limita a oferir un marc dogmàtic en el que desenvolupar l'ordenació d'un conjunt de pretensions restitutòries existents en a l'ordenament espanyol. Vagi dit per endavant, doncs, que, en Dret espanyol, el Dret de l'enriquiment no està adreçat, en darrera instància, a oferir una norma genèrica en la que fundar aquelles pretensions; punt de partida, per cert, molt més conciliador amb les millors aportacions doctrinals de la teoria de la diferenciació que la solució normativa vigent dels §§ 812 i ss. BGB o, àdhuc, que aquella que se'n desprèn dels *Principis de l'Enriquiment Injustificat* del *Study Group on a European Civil Code*.

Des de l'idea de dotar als diferents tipus d'enriquiment injustificat d'un tractament diferenciat, es tracta, en aquesta proposta, més aviat, d'identificar aquests grups de supòsits a l'ordenament jurídic vigent⁸⁷. D'aquesta manera, no només s'intenta aconseguir una ordenació dogmàtica coherent d'un conjunt d'institucions jurídiques amb estructura restitutòria similar però amb regulació —si escau— dispersa; sinó també oferir criteris raonables d'orientació de la solució dels conflictes d'interessos més usuals en determinats àmbits pràctics⁸⁸.

⁸⁵ *Cfr.*, de nou, BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 27.

⁸⁶ Vegeu Díez-PICAZO, L., "La doctrina...", cit., pp. 71-133, esp., pp. 100 i ss.; més recentment, *Fundamentos del...*, I, cit., pp. 123-128.

⁸⁷ Vegeu Díez-PICAZO, L., "La doctrina...", cit., p. 97; *Fundamentos del...*, cit., p. 124; BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 47.

⁸⁸ Vegeu, en aquest mateix sentit, BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 47.

Així, doncs, des d'aquest plantejament⁸⁹, es parla d'una *condictio* de prestació⁹⁰; d'una *condictio* per intromissió, en la que s'hi inclourien el supòsits de gaudi, d'usurpació, de consum i de disposició d'un dret o d'una cosa d'altri⁹¹; d'una *condictio* per inversió o desemborsament⁹², de la que se'n desprenen una *condictio* de regrés per supòsits de pagament de deute d'altri (art. 1.158.3 CCE) i una *condictio* per impenses (arts. 453, 454 i 360 i ss. CCE).

III. LA CONDICTIO PER INTROMISSIÓ EN DRET D'ALTRI EN EL DRET PRIVAT ESPANYOL I EN EL MARC COMÚ DE REFERÈNCIA

Ebossat el context històric en el que s'insereix —i cobra sentit— l'acció d'enriquiment injustificat per intromissió en dret d'altri, resulta escaient traçar els perfils dogmàtics i normatius d'aquesta institució en Dret espanyol. Cal apressar-se a advertir, no obstant, que qualsevol tractament

⁸⁹ Autoritzadament seguit, entre d'altres, per MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Enriquecimiento injustificado”, en VV. AA., *Enciclopedia Jurídica Básica*, II, Civitas, Madrid, 1995, pp. 2.806-2.808; PAZ-ARES, C., “La indemnización...”, cit., pp. 1.817-1.819; FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., *El enriquecimiento injustificado en el Derecho industrial*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 9-21; BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 35-51; MASSAGUER, J., *Comentario a...*, cit., pp. 549-553; CAPILLA RONCERO, F., “Cuasicontratos y enriquecimiento sin causa”, a LÓPEZ, A. / MONTÉS, V.L. / ROCA, E., *Derecho civil. Derecho de obligaciones y contratos*, Tirant lo Blanch, València, 2001, pp. 293-294; PORTELLANO Díez, P., “Art. 12”, a MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A. / Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (Dir.), *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*, Civitas, Madrid, 2002, p. 604; *La defensa del derecho de patente*, Thomson-Civitas, Cizur Menor, 2003, pp. 161-162; *Deber de fidelidad de los administradores de sociedades mercantiles y oportunidades de negocio*, Civitas, Madrid, 1996; *La imitación en el derecho de la competencia desleal*, Civitas, Madrid, 1995, pp. 146-154.

⁹⁰ En la que s'hi integrarien no només la *condictio indebiti* (arts. 1.895-1.901 CCE), sinó també, entre d'altres, les accions restitutòries derivades de la nul·litat o anul·labilitat del contracte (arts. 1.303 i ss. CCE). Aquest plantejament sembla haver tingut cert ressò, a mode d'*obiter dictum*, en algunes decisions de la Sala 1a del TS, vegeu, així, STS 22-VI-2007 (RJ 2007/5427, FJ 4); STS 23-II-2007 (RJ 2007/1465, FJ 2: “la «condictio de prestación del art. 1303 CC»”); STS 14-VI-2007 (RJ 2007/5120, FJ 2); STS 12-VI-2009 (RJ 2009/4317). En un cas concret, la lògica dogmàtica de la *condictio* de prestació sembla haver exercit un paper determinant de la *ratio* de la seva decisió, vegeu STS 8-I-2007 (RJ 2007/812, FJ 7).

⁹¹ Els tribunals espanyols no han romàs completament aliens a la lògica de la *condictio* per intromissió. A banda de les nombroses referències en l'àmbit del rescabament de danys i restitució de lucre resultants de la infracció de drets de propietat intel·lectual i industrial o de la realització d'actes de competència deslleial, vegeu, per exemple, la SAP (Secc. 15a) Barcelona 26-XI-2004 (JUR 2005/15139), on s'estimà l'acció de restitució —“a modo de condictio por intromisión” (FJ 6)— del valor d'ús d'uns ordinadors degut a llur utilització més enllà del límit temporal establert en el contracte d'arrendament que n'autoritzava el seu ús (vegeu, també, *infra* 3.2.). D'altra banda, en relació amb el supòsits d'enriquiment per disposició de cosa d'altri, cal recordar la STS 10-III-1958, cas *apropiació de filferro de l'Exèrcit Roig* (RJ 1958/1068), on s'admeté, amb rigor, la “*condictio por disposición sin derecho*”.

⁹² Vegeu STS 16-V-2007 (RJ 2007/4616, FJ 7[A]); STS 22-VI-2007 (RJ 2007/5427, FJ 3); STS 29-II-2008 (RJ 2008/3053, FJ 4); STS 6-V-2011 (RJ 2011/3843).

teòric d'aquesta *condictio* ha de tenir ben present que n'és aquesta una acció que, avui dia, presenta un encaix pràctic d'escassa consistència en el Dret espanyol. Al marge del reconeixement de l'acció d'enriquiment derivada d'un acte de competència deslleial de l'article 32.1 6a de la LCD, la substantivitat jurídica pròpia d'aquesta acció a l'ordenament privat espanyol esdevé, en termes generals, força discutible⁹³.

Ara bé, atesa la seva idoneïtat per erigir-se en un expedient de protecció eficaç de drets subjectius absoluts (o posicions jurídico-subjectives que li hi són assimilables) de contingut econòmic substancial, resulta pertinent delimitar els perfils institucionals de l'acció d'enriquiment injustificat per intromissió en dret d'altri a l'ordenament espanyol, és a dir, el seu fonament dogmàtic (del qual s'hi desprendran els seus pressupòsits jurídics materials) i el seu fonament normatiu, això és, aquelles normes que puguin fonamentar pretensions dirigides a restituir l'enriquiment produït en ocasió d'una intromissió (il·legítima) en dret d'altri.

1. Fonament dogmàtic: el contingut d'atribució dels drets absoluts i de les posicions jurídiques de contingut anàleg

El plantejament diferenciador o tipològic del Dret espanyol de l'enriquiment ha permès concebre una *condictio* per intromissió en dret d'altri, que opera com a remei restitutori en els casos d'usurpació, consum i disposició de coses o drets d'altri. La construcció d'aquesta categoria en Dret espanyol —les possibilitats pràctiques de la qual no són en absolut desdenyables— s'ha fonamentat —des de les tesis apuntades per CARRASCO PERERA⁹⁴ i, especialment, per DíEZ-PICAZO⁹⁵, i convincentment desenvolupades per

⁹³ Vegeu *infra* 5. El reconeixement indiscutible d'aquesta acció al Llibre VIIè del DCFR -cfr. art. VII.- 1:101 en connexió amb l'art. VII.- 4:101 (c)- no altera pas, lògicament, aquesta consideració.

⁹⁴ Vegeu, d'aquest autor, "Comentario a la Sentencia de 25 de noviembre de 1985", *CCJC*, 1986, p. 3.223, on s'hi connecten algunes normes de liquidació dels estats possessoris en el CCE amb "los enriquecimientos obtenidos por «intervención en bienes»"; també, "Restitución de provechos", *ADC*, 1988, esp., pp. 62-69; i, més recentment, CARRASCO PERERA, Á. / ZURILLA CARIÑANA, M.Á., "La defensa de los derechos", a CARRASCO PERERA, Á. (Dir.), *Derecho Civil*, 2a ed., Tecnos, Madrid, 2004, pp. 363-365. Vegeu, no obstant, un allunyament de les normes de l'art. 361 CCE respecte a la doctrina de l'enriquiment injustificat a "*Ius aedificandi*" y *accessión. La construcción en suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos*, Montecorvo, Madrid, 1986, pp. 156-160.

⁹⁵ Vegeu "La doctrina...", cit., pp. 121 i ss.; *Fundamentos del...*, I, cit., pp. 126-127; "Commodum ex negotiatione", *ADC*, 2007, p. 1.610; en el mateix sentit, MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., "Enriquecimiento injustificado", cit., p. 2.807.

BASOZABAL⁹⁶— en les normes del CCE relatives a la liquidació de l'estat possessori (arts. 451 i 455 CCE i, en menor mesura, arts. 360 i ss. CCE).

Nogensmenys, abans de determinar el concret fonament normatiu d'aquesta pretensió restitutòria en Dret espanyol —si escau—, convé esclarir, tanmateix, el fonament dogmàtic d'aquesta acció, de manera que serveixi per ubicar la seva funció i estructura en el Dret privat espanyol i, en definitiva, per dilucidar el seu àmbit objectiu d'aplicació.

A l'efecte —és a dir, per tal d'esbrinar quins drets o posicions jurídiques estan protegits per mitjà d'una acció d'enriquiment injustificat—, la doctrina alemanya ha proposat diferents teories, essent la més seguida, actualment, la del *contingut d'atribució* dels drets i posicions jurídiques subjectius.

Un cop descartades les teories de l'antijuridicitat⁹⁷, la doctrina alemanya ha proposat el concepte de contingut d'atribució (*Zuweisungsgehalt*⁹⁸): només aquells drets o posicions jurídiques amb contingut d'atribució confereixen a llur titular una pretensió de restitució contra aquell que obté un avantatge patrimonial mitjançant una intromissió en l'àmbit de poder garantit per aquell dret o posició jurídica subjectiva.

La teoria del contingut d'atribució es relaciona amb la decisió normativa de configurar la situació jurídica objecte de protecció amb un dret subjectiu absolut (o amb un conjunt de pretensions de contingut anàleg a les reconegudes pels drets subjectius absoluts). Així, l'ordenament assigna al titular d'aquesta posició jurídico-absoluta facultats per exigir l'abstenció d'altres persones no autoritzades —per norma jurídica o pel propi titular—

⁹⁶ Vegeu *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 221 i ss.

⁹⁷ En relació amb aquestes teories —l'eix central de les quals rau en fixar l'atenció en si l'enriquiment ha estat obtingut mitjançant una acció antijurídica de l'intromissor—, vegeu ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 89-147; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., pp. 80-82; Lieb, M., "§ 812", en VV.AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 4^a ed., C.H. Beck, München, 2004, pp. 1.320-1.322 (Rdn. 240-244); Díez-PICAZO, L., "La doctrina...", cit., pp. 118-119; BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 54-67; PORTELLANO Díez, P., *La defensa...*, cit., p. 161; MENEZES LEITÃO, L., *Direito das...*, cit., pp. 409-410.

⁹⁸ D'acord amb les traduccions al castellà suggerides Díez-PICAZO, L., "La doctrina...", cit., p. 119 y ss.; PAZ-ARES, C., "La indemnización...", cit., p. 1.819; Basozabal Arrue, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 68; i PORTELLANO Díez, P., *La defensa...*, cit., p. 161, preferim la traducció *contingut d'atribució* (*contenido de atribución*) a la de *contingut de destinació* (*contenido de destinación*), proposada per CARRASCO PERERA, Á., "Restitución de provechos", cit., p. 66; o IGARTUA ARREGUI, F., *Los derechos de la personalidad como técnica de protección de la persona*, Tesi doctoral, inèdita, Universidad Autónoma de Madrid, 1986 (Dir.: Prof. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano), pp. 26-29. Aquesta darrera opció sembla ser, no obstant, la preferida per la doctrina portuguesa (*conteúdo da destinação*), cfr. MENEZES LEITÃO, L., *Direito das...*, cit., pp. 410-411.

per realitzar intromissions en l'esfera delimitada per l'objecte del dret⁹⁹. I això implica, al seu torn –i com ho advertí amb clarividència PHILIPP HECK (1858-1943)– que l'ordenament assigna en exclusiva al titular tots els rendiments derivats de l'exercici d'aquest dret¹⁰⁰; i amb independència que el propi legislador restringeixi les facultats per les quals el titular pot rendibilitzar el valor econòmic que el mercat atribueix a aquesta posició jurídica exclusiva. D'aquesta manera, si un d'aquests tercers no autoritzats obté, mitjançant la intromissió en la posició jurídica absoluta, un d'aquells rendiments que l'ordenament havia atribuït en exclusiva al titular d'aquella posició, aquest titular disposarà, d'acord amb la teoria de l'atribució, d'una acció d'enriquiment injustificat per l'avantatge patrimonial obtingut per aquell intromissor.

En l'àmbit jurídic espanyol, l'assumpció de la teoria del contingut d'atribució com a instrument per delimitar aquells drets o posicions jurídiques subjectius protegits per l'acció d'enriquiment no hauria de suscitar gaires dubtes. No només perquè la doctrina s'ha decantat sempre per aquesta tesi majoritària¹⁰¹; sinó, sobretot, perquè el legislador espanyol –a diferència de l'alemany– ha reconegut aquesta teoria com a fonament dogmàtic d'una concreta acció d'enriquiment injustificat¹⁰².

D'aquesta manera, s'escau afirmar que, amb independència de l'abast normatiu d'aquesta acció¹⁰³ i del seu potencial pràctic¹⁰⁴, l'acció

⁹⁹ VEGETU LARENZ, K., *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, 5a ed., C.H. Beck, München, 1980, p. 200; KÖHLER, H., *BGB Allgemeiner Teil*, 28a ed., C.H. Beck, München, 2004, p. 287 (Rdn. 631); BAYLOS CORROZA, H., *Tratado de derecho industrial*, 2a ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 494.

¹⁰⁰ Cfr. HECK, PH., *Grundriß des Schuldrechts*, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1929, pp. 421 i 426; idea que, segons l'autor, té una especial significació en relació amb les pretensions restitutòries derivades d'un enriquiment injustificat, singularment en l'àmbit dels drets sobre béns immaterials (cfr. p. 421). Vegeu un complet desenvolupament d'aquesta idea a WILBURG, W., *Die Lehre...*, cit., pp. 28 i ss.; von Caemmerer, E., "Bereicherung und..." cit., pp. 353 i ss.; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 249-350 i, esp., pp. 403-483.

¹⁰¹ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., "La doctrina...", cit., p. 119; "Commodum ex...", cit., p. 1.610; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., "Enriquecimiento injustificado", cit., p. 2.807; PANTALEÓN, F., "La Constitución, el honor y unos abrigos", *La Ley*, 1996, II, D-162, p. 1.694 (nota 24); BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 68 i ss., esp., pp. 75 i 110-111; PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., p. 161.

¹⁰² L'art. 32.1 6a LCD estableix que: "Contra els actes de competència deslleial, inclosa la publicitat il·lícita, hom podrà exercitar les següents accions: [...] 6a Acció d'enriquiment injust, que només procedirà quan la conducta deslleial lesioni una posició jurídica emparada per un dret d'exclusiva o una altra de contingut econòmic anàleg".

¹⁰³ Vegeu infra 3.2.

¹⁰⁴ Vegeu infra 5.

d'enriquiment injustificat per intromissió en dret d'altri només protegeix aquells drets o posicions jurídiques subjectius amb contingut d'atribució.

En termes pràctics, el contingut d'atribució és assimilat, d'habitud, al monopoli d'explotació que determinats drets subjectius absoluts o d'altres posicions jurídico-subjectives de contingut anàleg confereixen a llur titular¹⁰⁵; proposant-se a continuació una sèrie de criteris de determinació d'aquest contingut d'atribució¹⁰⁶; uns criteris especialment adreçats a conjugar la protecció d'aquests drets i posicions jurídico-subjectives amb la llibertat d'actuació característica de l'estructura econòmica d'un ordre jurídic liberal-competitiu¹⁰⁷.

No és pas l'objecte d'aquest treball endinsar-se en l'anàlisi concreta d'aquells drets i posicions del Dret espanyol que gaudeixen de contingut d'atribució. No és gens dubtós, en tot cas, que aquest és predicable, en Dret espanyol, dels drets subjectius absoluts, com, per exemple, el dret de propietat sobre béns materials, els drets d'autor o els diferents drets de propietat industrial (drets de patent i de model d'utilitat; de marca, de disseny industrial o d'obtencions vegetals); així com aquelles posicions de contingut jurídic anàleg¹⁰⁸ cobertes per l'art. 32.1 6a LCD (com, per exemple, la posició del titular de secrets empresarials, drets audiovisuals sobre determinats esdeveniments esportius o determinades prestacions empresarials protegibles enfront de la imitació deslleial o de l'aprofitament deslleial del esforç d'altri¹⁰⁹).

Pel que fa al Marc Comú de Referència, no és gens dubtós que la teoria de l'atribució ha influenciat, d'alguna manera, la redacció de l'art. VII.- 4:101 (c)

¹⁰⁵ Cfr. SCHLECTRIEM, P., *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 6a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2003, p. 312 (Rdn. 749); MESTMÄCKER, E.J., "Eingriffserwerb und Rechtsverletzung in der ungerechtfertigten Bereicherung", *JZ*, 1958, p. 524; BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 131 y 81-87; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 417-418.

¹⁰⁶ En relació amb aquests criteris, vegeu ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 368-402; LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., pp. 170-172; BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 75-88 i 128-141.

¹⁰⁷ Vegeu MESTMÄCKER, E.J., "Eingriffserwerb und..." cit., *passim*; BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 82-88 y 131-136; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 412, 444-450 y 453-467.

¹⁰⁸ A despit del text de l'art. 32.1 6a LCD, sembla preferible parlar de posicions jurídiques de contingut *jurídic* anàleg (i no pas de contingut *econòmic* anàleg), en la mesura que l'analogia amb els drets d'exclusiva o dret subjectius absoluts es predica en relació amb el reconeixement de les pretensions característiques d'aquests drets (l'acció de cessació, en essència).

¹⁰⁹ Cfr., per tots, MASSAGUER, J., *Comentario a...*, cit., p. 551. Vegeu-ne una aproximació més detallada a VENDRELL CERVANTES, C., "La acción de enriquecimiento injustificado por intromisión en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen", *ADC*, 2012, núm. 3 (pendent de publicació).

in fine i, d'aquesta manera, la delimitació de l'àmbit objectiu d'aquells supòsit d'enriquiment que resulten de l'ús de béns d'altri.

2. Fonament normatiu

Tal i com s'ha avançat, el fonament normatiu de l'acció d'enriquiment per intromissió en dret d'altri en el Dret positiu espanyol presenta —amb l'esmentada excepció de l'article 32.1 6a LCD en un àmbit particular— un encaix poc clar¹¹⁰. Els autoritzats i ben fundats intents per ubicar aquest fonament en les normes del CCE relatives a la liquidació de l'estat possessori (molt especialment, l'art. 455 CCE)¹¹¹ no semblen haver trobat acollida a la pràctica; de manera que, avui dia, resulta difícil pensar en demandes on s'hi continguin pretensions restitutòries del valor de gaudi d'un dret (sobre en un bé material o immaterial) amb fonament a l'art. 455 CCE; ni que els tribunals fonamentin llur estimació en aquesta norma¹¹².

Nogensmenys, tal vegada convindria en insistir en aquesta possibilitat i convèncer els operadors econòmics de la utilitat que l'art. 455 CCE (en connexió amb l'art. 451 CCE) s'erigeixi en el fonament normatiu d'una acció independent de restitució del valor de gaudi d'un bé il·legítimament explotat persona distinta del seu titular¹¹³.

Un pas en aquesta línia, pot trobar-se a la SAP (Secc. 15a) Barcelona 26-XI-2004¹¹⁴: després que la societat arrendadora (la companyia IBM) resolgués el contracte d'arrendament de béns mobles (equips informàtics) per incompliment de la societat arrendatària de l'obligació de pagament del preu, aquest arrendador exercí eficaçment una pretensió de restitució d'una part dels ordinadors; però oblidà una altra part dels ordinadors, quedant aquesta última en poder de l'antic arrendatari, qui els seguí utilitzant sense autorització de

¹¹⁰ Tampoc pot erigir-se en fonament normatiu convincent d'aquesta acció, l'acció general d'enriquiment sense causa construïda per la jurisprudència espanyola; doncs, com hem vist (*supra* 2), aquesta acció manca d'uns fonaments dogmàtics sòlids; i, en tot cas, els requisits institucionals d'aquesta acció són totalment incapaços d'adaptar-se amb alguna significació —més enllà de la mera equitat— al camp de la *condictio* per intromissió en dret d'altri, vegeu BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 262-267.

¹¹¹ *Cfr.*, novament, Díez-PICAZO, L., “La doctrina...”, cit., pp. 121 i ss.; *Fundamentos del...*, I., cit., pp. 126-127; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., “Enriquecimiento injustificado...”, cit., pp. 2.807 i ss.; i, esp., BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 262-267.

¹¹² En canvi, com ha quedat ja apuntat, el sistema normatiu dissenyat pel DCFR preveu un fonament clar (i unitari) per aquesta acció a l'art. VII- 1:101 DCFR. Nogensmenys, ja hem expressat les nostres reserves *supra* 2 en relació amb la construcció d'un fonament normatiu unitari i genèric per qualsevol supòsit d'enriquiment.

¹¹³ El desenvolupament d'aquesta idea correspon, com s'ha indicat, a BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 262-267.

¹¹⁴ JUR 2005/15139.

llur titular. Transcorregut un cert temps, IBM, advertida d'aquesta situació, exercità contra el seu antic arrendatari no només l'acció reivindicatòria a fi i efecte de recuperar la possessió dels seus ordinadors, sinó també una acció per exigir a l'antic arrendatari el valor d'ús i gaudi dels ordinadors pel període de temps en el que, ja resolt el contracte d'arrendament, l'antic arrendatari seguí explotant els ordinadors. L'AP, revocant parcialment la decisió del JPI —que sols havia estimat l'acció reivindicatòria— admet, tanmateix, la pretensió restitutòria; configurant-la, *“bien como debida contraprestación (si se considera que el contrato se mantuvo vigente respecto de esos equipos no retirados) bien como indemnización por el indebido disfrute de bienes ajenos, a modo de conditio por intromisión (si se considera que el contrato, en su globalidad, quedó resuelto en marzo de 1995”* (FJ 6). Malgrat el probablement imprecís ús del terme *indemnització* per caracteritzar les quantitats endeutades per l'antic arrendatari degut a l'ús no autoritzat dels ordinadors¹¹⁵, i tot i que la referència a la *conditio* per intromissió no es connecta amb un fonament normatiu clar, com, p.ex., l'esmentat art. 455 CCE, la decisió de l'AP sembla encaminar-se, de manera positiva, a un reconeixement autònom de l'acció d'enriquiment per intromissió en dret d'altri.

IV. L'ABAST DE LA PRETENSÍO RESTITUTÒRIA

Delimitats els perfils dogmàtics i normatius de l'acció d'enriquiment per intromissió en dret d'altri, resulta oportú, tanmateix, precisar l'abast d'aquesta acció; és a dir, dilucidar què és allò que el titular del dret infringit pot exigir a l'intromissor mitjançant l'exercici de la pretensió restitutòria. Lògicament, la resposta consistent en afirmar que l'intromissor deu al titular del dret usurpat l'enriquiment obtingut mitjançant la intromissió il·legítima és tan certa com insuficient per tal de determinar l'objecte concret de l'obligació restitutòria; doncs, precisament, allò que ha de concretar-se és en què consisteix l'enriquiment —és a dir, l'avantatge patrimonial— que obté l'intromissor.

Aquesta qüestió es presenta com singularment complexa, especialment, en relació amb la possibilitat que aquesta acció inclogui la restitució dels guanys obtingut per l'intromissor. De fet, és usual identificar aquest enriquiment amb els guanys que l'intromissor obté per la seva intromissió il·legítima en l'esfera de poder garantida en exclusiva al titular del dret. Així, s'argumenta

¹¹⁵ No sembla pas que, en aquest cas, s'hagués exercit una acció indemnitzatòria pel dany consistent en la privació de l'ús dels ordinadors; acció que, d'altra banda, resulta també possible, sens perjudici de la pertinent reducció deguda a la concurrència amb la pretensió d'enriquiment. En relació amb l'acció indemnitzatòria pel dany addicional sofert pel creditor com a conseqüència de la prolongació indeguda en la possessió pel deutor, vegeu, amb usual autoritat, CARRASCO PERERA, Á., *Tratado de contratos*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2010, § 22 3, p. 1.165.

—des d'un plantejament poc tècnic— que, si l'intromissor il·legítim o usurpador ha obtingut uns guanys mitjançant l'explotació no autoritzada d'un objecte que corresponia en exclusiva al titular del dret, l'intromissor haurà de restituir al titular aquests guanys.

Aquesta interpretació s'adiu amb la concepció unitària del Dret de l'enriquiment, és a dir, aquella que, com s'ha vist¹¹⁶, s'adreçava a formular una acció genèrica caracteritzada per uns requisits unitaris i abstractes. Per això, el *Reichsgericht* alemany (RG) concedí amb naturalitat pretensions restitutòries dels guanys obtinguts per l'infractor de drets d'autor; vegeu, així, la ressenyada RG 9-VI-1928 (*Frauenberufe*), on el tribunal estimà l'acció d'enriquiment del titular dels drets de reproducció i distribució d'una obra literària contra una altra editorial que havia reproduït i distribuït comercialment una obra de contingut idèntic a la primera, essent l'objecte de la dita acció els guanys que la segona editorial havia obtingut amb la comercialització il·lícita de l'obra. La parca argumentació del tribunal es limità a identificar l'existència d'un *desplaçament patrimonial* entre el patrimoni de l'editorial titular dels drets d'explotació de l'obra enfront l'editorial usurpadora, i que entre els guanys obtinguts per aquesta segona editorial i el perjudici sofert per la segona existia una *relació causal*.

En el context jurídic espanyol, la caracterització dels guanys obtinguts per l'intromissor il·legítim com l'objecte d'una acció d'enriquiment es presenta com una opció doctrinal i jurisprudencial profusament estesa. Deixant de banda l'encara avui majoritària concepció unitària en el nostre Dret de l'enriquiment, dos factors importants semblen explicar aquest fenomen.

D'una banda —i relacionat amb el predomini de la tesi unitària—, es segueix caracteritzant, tal vegada de manera inconscient, l'acció d'enriquiment injustificat com un remei d'equitat; és a dir, com un instrument idoni per corregir una injustícia. Des d'aquesta lògica, resulta comprensible que si una persona ha obtingut uns guanys per la realització d'un acte il·lícit consistent en la invasió en l'esfera exclusiva d'altri, aquests guanys hagin de ser extrets —*absorbits*, segons l'expressió preferida per la doctrina alemanya— del patrimoni de l'intromissor i reintegrats en el del titular del dret¹¹⁷.

¹¹⁶ Vegeu *supra* 2.

¹¹⁷ Vegeu, pròxim a aquest raonament, ÁLVAREZ-CAPEROCHIPI, J.A., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 185-190, esp., p. 190. Probablement degut a aquesta manera de raonar, una part considerable de la nostra doctrina relaciona l'antiga norma de l'art. 9.3 de la Llei Orgànica 1/1982, de 5 de maig, de protecció civil dels drets a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge ("LO 1/1982") o d'altres normes que consideren el benefici obtingut per l'agent del dany com una pauta per mesurar la indemnització del dany com una acció d'enriquiment, vegeu SALVADOR CODERCH, P. / MARTÍN CASALS, M., "Comentario a la Sentencia de 18 de abril de 1989", *CCJC*, 1989, núm. 21, p. 763; MARTÍN CASALS, M., "Notas sobre la indemnización del daño moral en las acciones por difamación de la LO 1/1982", a VV. AA., *Centenario del Código*

No obstant, cal recordar que l'ordenació dogmàtica de la idea per la qual es considera necessari que la persona responsable d'un il·lícit civil no s'enriqueixi mitjançant aquest acte no resulta tan senzilla, ni és clar tampoc l'instrument jurídic-civil més idoni per aconseguir aquest propòsit normatiu. I, en qualsevol cas, el que s'escau assenyalar en aquesta oportunitat —tal i com ara s'insistirà— és que la funció primària del Dret de l'enriquiment, en especial, la de la *condictio per intromissió* en dret d'altri no rau en la necessitat de corregir injustícies, ni evitar que una persona s'enriqueixi per mitjà d'una conducta jurídicament reprovable; sinó, simplement, i d'acord amb el fonament dogmàtic anteriorment ressenyat¹¹⁸, en garantir que l'assignació de béns prèviament determinada per l'ordenament jurídic —mitjançant la concessió de posicions jurídic-exclusives protegides per un dret subjectiu absolut o per una situació jurídic-subjectiva de contingut anàleg— no es vegi alterada per la interferència de tercers.

D'altra banda, un segon factor que ha contribuït a generar la impressió —certament, desenfocada— que la restitució dels guanys obtinguts per l'intromissor constitueix l'objecte usual de l'acció d'enriquiment ve donat per la influència en el Dret espanyol de la teoria del triple còmput del dany en l'àmbit dels remeis rescabatoris derivats de la infracció de drets de propietat intel·lectual i industrial¹¹⁹.

Civil, II, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1990, pp. 1.272-1.273; "Indemnización de daños y otras medidas judiciales por intromisión ilegítima contra el derecho al honor", a SALVADOR CODERCH, P., (Coord.), *El mercado de las ideas*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1990, pp. 398-399; MARTÍN CASALS, M. / SOLÉ FELIU, J., "The Protection of Personality Rights against Invasions by Mass Media in Spain", a KOZIOL, H. / WARZILEK, A. (Eds.), *Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien*, Springer, Viena / Nova York, 2005, pp. 336-337; ROCA TRIAS, E., *Derecho de daños*, 4a ed., Tirant lo Blanch, València, 2003, p. 148; SALVADOR CODERCH, P. / CASTIÑEIRA PALOU, M.T., *Prevenir y Castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 63.

¹¹⁸ Vegeu *supra* 3.1.

¹¹⁹ Vegeu, així, FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., *El enriquecimiento...*, cit., *passim*, esp., pp. 15, 26, 27, 31-39, 77-80; "Posición jurídica del titular de la marca", a FERNÁNDEZ-NÓVOA, C. / OTERO LASTRES, J.M. / BOTANA AGRA, M., *Manual de la propiedad industrial*, Marcial Pons, Madrid et al., 2009, p. 682; YZQUIERSO TOLSADA, M. / ARIAS RUIZ, V., *Daños y perjuicios en la propiedad intelectual*, Fundación Arte y Derecho, Madrid, 2006, p. 244; amb millor argumentació, però en el mateix sentit, PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 57 i §, 165-166 i 184-189; GONZÁLEZ GOZALO, A., "Modificaciones que afectan a los medios de tutela de la propiedad intelectual", a BERCOVITZ, R. / GARROTE, I. / GONZÁLEZ GOZALO, A. / SÁNCHEZ ARISTI, R., *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, València, 2006, p. 239; REGLERO CAMPOS, L.F., "Responsabilidad civil...", cit., p. 2.164: "En puridad dogmática, la opción de la letra b) [de l'art. 43.2 de la Llei 17/2001, de 17 de desembre, de marques, avui art. 43.2 a)] lleva en sí una acción de enriquecimiento injusto [...]. En esta opción, la deuda del infractor [...] tiene su origen en los beneficios que obtuvo como consecuencia de la utilización ilegítima de un derecho ajeno exclusivo, culposa o no (condictio por intromisión en un bien jurídico ajeno; Eingriffskondiktion, una de cuyas manifestaciones típicas la constituye la explotación no autorizada de bienes inmateriales sobre los que recae un derecho de propiedad intelectual o industrial)".

La *dreifache Schadensberechnung* té els seus orígens en la jurisprudència alemanya de final del segle XIX relativa a la protecció jurídica enfront les explotacions indegudes de drets sobre béns immaterials, trobant-se la seva fita fundacional en la decisió del RG 8-VI-1895¹²⁰: pretensió rescablatòria de l'autor d'una composició musical contra la persona que havia creat i distribuït comercialment un reeixit aparell musical mecànic que permetia la reproducció i comunicació pública d'aquella obra musical. La pretensió —fundada en l'acció de danys de la Llei alemanya de Dret d'autor de 1870— plantejava el problema que el demandant —des de la teoria de la diferència— no havia sofert cap dany rellevant, doncs resultava ben difícil apreciar cap disminució patrimonial des de la comparació entre el valor actual del patrimoni de l'autor de l'obra musical i el valor d'aquest patrimoni de no haver tingut lloc la infracció de drets d'explotació sobre aquesta obra; especialment, en consideració al fet que aquesta infracció atorgà a la composició musical indegudament explotada una difusió i una popularitat que no tenia pas amb anterioritat a la infracció. Des d'aquest punt de partida —i des de la convicció que la usurpació de drets d'autor constitueix un il·lícit que no pot quedar sense resposta, més enllà de l'acció de cessació—, el *Reichsgericht* entengué que, en aquests casos d'usurpació, i en funció de la perspectiva que s'adopti per tal de valorar la conducta il·lícita de l'infractor, el dany pot valorar-se d'acord amb tres criteris diferents, a elecció del titular del dret infringit: (i) mitjançant la prova del dany concret sofert pel titular, inclòs el lucre cessant; (ii) mitjançant la quantitat que el demandat hagués hagut d'abonar al titular per l'ús autoritzat d'aquest dret (regalia hipotètica); i (iii) mitjançant els guanys que l'infractor ha obtingut per l'ús no autoritzat del dret¹²¹. A banda del

¹²⁰ Cas *Ariston*, RGZ, 35, 1895, pp. 63-75.

¹²¹ Sobre la aparició i desenvolupament de la *dreifache Schadensberechnung*, vegeu, a la doctrina alemanya, entre d'altres, ULLMANN, E., "Die Verschuldenshaftung und die Bereicherungshaftung des Verletzers im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht", *GRUR*, 1978, núm. 11, pp. 615-623, esp., pp. 617-618; KRAßER, R., "Schadensersatz für Verletzungen von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach deutschem Recht", *GRUR Int*, 1980, núm. 5, p. 260; SACK, R., "Die Lizenzanalogie im System des Immaterialgüterrechts", a FORKEL, H. / KRAFT, A. (Hrsg.), *Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen. Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag*, Metzner, Frankfurt del Main, 1985, pp. 373-375; DREIER, TH., *Kompensation und Prävention*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, pp. 81-89; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 620-624. A la doctrina espanyola, resulten de gran utilitat, BASOZABAL ARRUE, X., "Método triple de cómputo del daño: la indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual", *ADC*, 1997, pp. 1.264 i ss.; CARRASCO PERERA, Á., "Art. 140", a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3a ed., Tecnos, Madrid, 2007, pp. 1.691 i ss.; i, anteriorment, "Art. 135", a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2a ed., Tecnos, Madrid, 1997, pp. 1.790 i ss.; "Aranzadi vs. El Derecho. Las deficiencias del sistema de protección de los derechos de propiedad incorporea", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2004, núm. 627, pp.

dret d'autor¹²², aquest mètode —tan poc ortodox¹²³, com enormement útil a la pràctica— s'ha anat estenent, de la mà de la jurisprudència alemanya, als drets de patent i sobre models d'utilitat¹²⁴; als dissenys industrials¹²⁵; als drets sobre marques i d'altres signes distintius¹²⁶; a determinats drets de la personalitat¹²⁷; i al Dret contra la competència deslleial¹²⁸.

Com és ben sabut, aquesta tècnica de valoració del dany ha tingut un gran èxit a d'altres ordenaments de l'Europa continental. En el Dret espanyol, especialment arrel de la transposició de la Directiva 2004/48/CE del Parlament Europeu i del Consell de 29 d'abril de 2004, relativa al respecte dels drets de propietat intel·lectual, les lleis de propietat intel·lectual i industrial en recullen les seves línees mestres¹²⁹.

Indubtablement, la inserció de criteris restitutoris —com ho pot ser el dels guanys obtinguts per l'infractor i, sobretot, el del preu d'una llicència hipotètica— dirigits a computar abstractament el dany sofert pel titular

8-11; FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 39 i ss.; PORTELLANO Díez, P., *La defensa...*, cit., pp. 55 i ss.

¹²² Cfr. ULMER, E., *Urheber- und Verlagsrecht*, 3a ed., Springer, Berlín et al., 1980, pp. 558-559; SCHACK, H., *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, 4a ed., Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, pp. 358-359 (Rdn. 688); DREIER, TH., “§ 97”, a DREIER, TH. / SCHULZE, G., *Urheberrechtsgesetz Kommentar*, 3ª ed., C.H. Beck, München, 2008, pp. 1.359-1.360 (Rdn. 58).

¹²³ Cfr. ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 623.

¹²⁴ Cfr. KRAßER, R., *Patentrecht*, 6a ed., C.H. Beck, München, 2009, pp. 855-857; ROGGE, R. / GRABINSKI, K., “§ 139”, a *Benkard Patengesetz*, 10a ed., C.H. Beck, München, 2006, pp. 1.415 i ss. (Rdn. 61 i ss.) i p. 1.674 (Rdn. 61 i ss.).

¹²⁵ Cfr. GÖTTING, H.P., *Gewerblicher Rechtsschutz*, C.H. Beck, München, 2007, p. 257 (Rdn. 5-8).

¹²⁶ Cfr. FEZER, K.H., *Markenrecht*, 3a ed., C.H. Beck, München, 2001, pp. 869 i ss. (Rdn. 518 i ss.).

¹²⁷ Vegeu, entre d'altres sentències, BGH 1-XII-1999, *Der blaue Engel*, GRUR, 2000, núm. 8, pp. 715-720, per la qual el Tribunal Suprem Federal alemany estén, de forma explícita, l'aplicació de la *dreifache Schadensberechnung* al rescabament dels danys derivats de l'explotació del vessant patrimonial del dret general de la personalitat, de manera que, en el cas, la titular derivativa de la filla de l'actriu Marlene Dietrich (1901-1992), la imatge de la qual fou explotada sense autorització, pot liquidar el dany sofert en el seu patrimoni mitjançant (i) la prova del dany concret; (ii) la *Lizenzanalogie*; o (iii) la restitució dels guanys obtinguts per l'infractor (cfr. p. 717).

¹²⁸ Cfr. HEFERMEHL, W. / KÖHLER, H. / BORNKAMM, J., *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 27a ed., C.H. Beck, München, 2009, pp. 1.111-1.116 (§ 9 UWG Rdn. 1.36-1.45 [a]).

¹²⁹ Cfr. Art. 140.2 del Reial Decret Legislatiu 1/1996, de 12 d'abril, pel que s'aprova el text refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (“LPI”); art. 43.2 LM; art. 66.2 de la Llei 11/1986, de 20 de març, de patents (“LP”); art. 55.2 de la Llei 20/2003, de 7 de juliol, de protecció jurídica del disseny industrial (“LPJDI”); en llur nova redacció motivada per la transposició del art. 13 de la Directiva 2004/48/CE del Parlament Europeu i del Consell de 29 d'abril de 2004, relativa al respecte dels drets de propietat intel·lectual.

dels drets de propietat intel·lectual o industrial presenta un encaix complex en seu de l'acció indemnitzatòria; i, en efecte, la configuració d'un criteri pensat per la reintegració de drets —com ho és el de la regalia hipotètica o preu que l'infractor hauria hagut de pagar al titular per l'ús legítim del seu dret d'exclusiva— com a dany representa una confusió —més o menys desafortunada— entre el Dret de danys i el Dret d'enriquiment.

De fet, no és gens clar si la introducció i consolidació de la teoria del triple còmput del dany a les lleis espanyoles de propietat intel·lectual i industrial significa la manca de substantivitat jurídica pròpia de l'acció d'enriquiment injustificat per intromissió en dret d'altri en aquests àmbits, en la mesura que qualsevol pretensió dirigida a la restitució del preu de la llicència hipotètica o dels guanys obtinguts per l'infractor és considerada pel legislador com una acció indemnitzatòria (tot i que els pressupòsits d'aquesta acció *indemnizatoria* s'interpretin en clau *restitutòria*)¹³⁰; o si l'acció d'enriquiment hi té rellevància, sia perquè hom consideri que, en realitat, les accions de restitució del preu de la llicència hipotètica o dels guanys obtinguts per l'infractor són accions d'enriquiment¹³¹, o perquè l'acció d'enriquiment esdevé pertinent per exigir la restitució del preu de la llicència hipotètica, en essència, en aquells casos on l'infractor no ha actuat amb culpa i, per tant, no es produeix el pressupòsit jurídic-material d'imputació subjectiva exigida per l'acció indemnitzatòria¹³².

Però això no significa que el criteri del benefici obtingut —siguin quines siguin les raons que han dut incloure'l a la doctrina jurisprudencial alemanya de la *dreifache Schadensberechnung* o a la legislació comunitària i espanyola— representi l'objecte habitual d'una acció d'enriquiment; doncs, com ara s'explicarà, mitjançant la restitució dels guanys no es compleix amb la funció primària de la *condictio* per intromissió.

Precisament, una de les contribucions més rellevants de les ressenyades teories diferenciadores o tipològiques del Dret de l'enriquiment ha consistit en ressaltar les funcions de cadascun dels grups de *condictiones*¹³³; especialment, a fi i efecte de precisar amb certa exactitud l'abast de la pretensió restitutòria per cada supòsit o tipus d'enriquiment injustificat. En el cas de la *condictio* per intromissió en dret d'altri, la seva funció primària ha consistit —des

¹³⁰ Vegeu, en aquest sentit, BASOZABAL ARRUE, X., "Método triple...", cit., pp. 1.297-1.298.

¹³¹ Vegeu, amb distint fonament normatiu, FERNÁNDEZ-NÓVOA, C., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 17-31; PORTELLANO DÍEZ, P., *La defensa...*, cit., pp. 76-80.

¹³² Solució adoptada per la doctrina i jurisprudència alemanya, *cf.* SCHACK, H., *Urheber-und...*, cit., p. 371 (Rdn. 713); DREIER, TH., "§ 102a", a DREIER, TH. / SCHULZE, G., *Urheberrechtsgesetz Kommentar*, 3^a ed., C.H. Beck, München, 2008, pp. 1.430-1.431 (Rdn. 1 i 7); HERTIN, P., *Urheberrecht*, 2a ed., C.H. Beck, München, 2008, p. 227 (Rdn. 757); FEZER, K.H., *Markenrecht*, cit., p. 875 (Rdn. 530).

¹³³ Vegeu *supra* 2.

de l'aportació axial de VON CAEMMERER¹³⁴— en, com s'ha vist, concedir al titular d'una posició jurídica exclusiva una pretensió per reintegrar en el seu patrimoni el profit obtingut per l'intromissor il·legítim, sempre que aquest profit hagués estat assignat o atribuït en exclusiva per l'ordenament al titular¹³⁵. D'aquesta manera, hom concep un mecanisme de protecció i reintegració dels drets absoluts o posicions jurídico-subjectives de contingut anàleg, per mitjà del qual el titular del dret usurpat pot exigir a l'usurpador la restitució del valor de mercat dels drets o facultats usurpats; un valor que l'ordenament jurídic, com ha quedat dit, havia assignat en exclusiva al titular.

Així, doncs, l'ordenament, al reconèixer a una determinada persona un dret subjectiu absolut, li concedeix la facultat d'excloure a la resta de la situació de poder delimitada per aquest dret; amb la conseqüència que qualsevol tercer que pretengui explotar econòmicament aquest dret haurà de recaptar l'autorització del titular. Això obligarà a les parts, al seu torn, a negociar aquesta autorització, amb especial consideració al preu d'aquesta autorització; que, usualment, vindrà fixada pel valor de mercat de l'ús objecte de la negociació.

En efecte, d'ençà que un tercer explota de forma no autoritzada un dret d'altri, es produeix una disfunció de les normes d'atribució de béns dissenyades per l'ordenament; doncs aquell tercer pretén escapar del marc negociador i del preu de mercat imposats per la decisió de l'ordenament de protegir a una persona amb un dret subjectiu absolut o amb una posició jurídica de contingut anàleg. Per això, a l'ordenament l'interessa arbitrar un mecanisme per reconduir a l'usurpador a aquella negociació i aquell preu de mercat dels que pretenia escapar-ne; un mecanisme, doncs, consistent en reconstruir la situació com si les parts haguessin acordat de forma negociada l'ús en qüestió i que, d'aquest manera, compleixin amb el marc negociador previst per l'ordenament mitjançant el sistema propi d'atribució de béns en exclusiva.

Des d'aquesta lògica exclusivament reintegradora, pot comprendre's el difícil encaix que té la restitució dels guanys obtinguts per l'intromissor en l'objecte de la *condictio* per intromissió en dret d'altri¹³⁶. L'objecte de la pretensió restitutòria

¹³⁴ Cfr. "Bereicherung und...", cit., pp. 353-360.

¹³⁵ Cfr., sobre la funció reintegradora de l'acció d'enriquiment injustificat per intromissió en dret d'altri, BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 88-93 i 106-110; LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., p. 130; SCHLECHTRIEM, P., *Schuldrecht. Besonderer Teil*, cit., p. 310 (Rdn. 746); CANARIS, C.W., "Der Vorrang ausserbereicherungsrechtlicher, insbesondere dinglicher Wertungen gegenüber der Saldotheorie und dem Subsidiaritätsdogma", *JZ*, 1992, p. 1.119; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., p. 89; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 194-195; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., p. 787; SIRENA, P., "La restituzione...", cit., p. 83.

¹³⁶ Vegeu, en general, BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 88-100; SCHLECHTRIEM, P., "Bereicherung aus...", cit., pp. 458-459; LARENZ, K. / CANARIS, C.W.,

ha de limitar-se, des d'aquesta aproximació, a reintegrar en el patrimoni del titular del dret usurpat allò que, precisament, l'ordenament li havia atribuït en exclusiva. I és evident que, quan un ordenament assigna en exclusiva a una persona una posició jurídica absoluta sobre un bé, no atribueix o garanteix a aquesta persona una guany; sinó que, simplement, li atribueix una possibilitat d'obtindre'ls mitjançant l'exercici de la facultat jurídica d'explotar per sí mateix o per mitjà d'un tercer el bé en qüestió. Així, si un tercer explota de forma no autoritzada un dret d'altri i obté, per mitjà d'aquest acte il·lícit, guanys, no usurpa al titular aquests guanys; sinó que allò que li usurpa és la possibilitat d'obtindre'ls, de manera que allò que l'intromissor deu al titular, en concepte d'enriquiment, és justament el valor d'ús del dret o facultat infringits.

Com pot comprendre's, la decisió d'un ordenament —com, p.ex., l'espanyol— de reconèixer al creador d'una invenció nova susceptible d'aplicació industrial un dret subjectiu absolut sobre l'explotació d'aquesta invenció (dret de patent); o la de reconèixer al creador d'una obra intel·lectual (expressió formal i original de la creativitat humana) un dret d'explotació sobre aquesta obra (dret d'autor); o la de reconèixer a la persona física, pel sol fet de ser-ho, un dret absolut sobre l'ús de la seva imatge (dret d'imatge), etc. no garanteixen que el titular d'aquests drets obtingui uns guanys per l'ús de les seves activitats inventives o creatives o per l'ús de la seva imatge. Però sí que li garanteixen la possibilitat d'usar o explotar l'objecte dels seus drets; de manera que si un tercer usa o explota de forma no autoritzada aquest bé, estarà obligat a restituir al titular el valor de mercat de l'ús o explotació del dret. Com ho ha explicat, amb rigor, BASOZABAL, tot ressenyant la funció reintegradora de la *condictio* per intromissió, "(l)a ganancia es el resultado de un proceso mucho más complejo que el simple ejercicio de la facultad usurpada e incluye el desarrollo de otras facultades propias como el esfuerzo, la iniciativa, la asunción de riesgo, la estrategia y la pericia de aquel que pretende obtenerla. [...] El titular de la cosa sólo tiene derecho a exigir el precio de la licencia de explotación de la cosa y no la ganancia del intromisor, porque sólo aquella le corresponde como valor de reintegración de su derecho"¹³⁷.

Per tot això, les anàlisis més precises de les funcions i abast de l'acció d'enriquiment per intromissió en dret d'altri acostumen a limitar el seu objecte a la restitució del valor d'ús, és a dir, al preu pel qual el titular hauria autoritzat a l'intromissor l'ús o explotació litigiosa¹³⁸.

Lehrbuch des..., cit., pp. 277-280; LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., pp. 133-134 i 136-137; DREIER, TH., *Kompensation und...*, cit., pp. 380-381; ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 900-910; MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimento...*, cit., p. 787.

¹³⁷ Cfr. *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 92.

¹³⁸ Vegeu, a la doctrina alemanya, Loewenheim, U., *Bereicherungsrecht*, cit., pp. 136-137; "Bereicherungsansprüche im Wettbewerbsrecht", *WRP*, 1997, núm. 10, pp. 913-918 (IV i nota 42); Sack, R., "Die Lizenz analogie...", cit., pp. 380-383; Ellger, R., *Bereicherung durch...*,

Nogensmenys, diverses propostes doctrinals han tractat de matisar aquest punt de partida, tot admetent —probablement, sobre la base de la idea que no resulta *just o eficient* que l'intromissor il·legítim no quedi obligat a restituir els guanys obtinguts mitjançant un acte il·lícit— en determinats casos, especialment en els que la part que s'ha enriquit ha actuat de mala fe, que l'acció d'enriquiment per intromissió compregui aquests guanys o beneficis.

Aquests intents són singularment intensos en Dret alemany¹³⁹. En aquest ordenament, la configuració moderna de l'*Eingriffskondition* com a instrument de protecció i reintegració dels drets subjectius amb contingut d'atribució portà —de la mà de l'enginyós treball de VON CAEMMERER— a reduir l'objecte d'aquest acció al valor d'ús del dret usurpat; entenent de forma objectiva el concepte de *valor* del § 818 II BGB, i negant, per consegüent, que els guanys poguessin integrar-se en la pretensió restitutòria¹⁴⁰. No obstant, els intents per integrar en la pretensió d'enriquiment els guanys obtinguts per l'intromissor s'han anat reiterant a l'empara de diferents arguments.

D'antuvi, els seguidors de les teories de l'antijuridicitat —és a dir, aquelles segons les quals el criteri determinant de l'obligació de restituir l'enriquiment per intromissió en dret d'altri és el caràcter il·lícit o antijurídic d'aquesta intromissió— consideraren, lògicament, que l'objecte de la pretensió restitutòria ve integrada per tot allò que s'ha obtingut il·lícitament¹⁴¹. Però, fins i tot des de la més refinada teoria de l'atribució, s'ha tractat d'integrar la restitució dels guanys a la *condictio* per intromissió. Així, d'una banda, un grup d'autors¹⁴² suggereix una concepció objectiva del concepte de *valor* del § 818 II BGB, que es centri en el patrimoni del deutor de l'obligació restitutòria i que determini allò que, en concret, ha obtingut per intromissió aquesta persona; assenyalant, a més, que l'admissió de la

cit., pp. 904-910; Hefermehl, W. / Köhler, H. / Bornkamm, J., *Gesetz gegen...*, cit., p. 1.123 (§ 9 UWG Rdn. 3.4); Kraßer, R., *Patentrecht*, cit., p. 866; Rogge, R. / Grabinski, K., “§ 139”, cit., pp. 1.427 (Rdn. 85); Schack, H., *Urheber- und...*, cit., p. 371 (Rdn. 714). A la doctrina portuguesa, MENEZES LEITÃO, L., *O enriquecimiento...*, cit., pp. 880-881.

¹³⁹ Vegeu-ne un resum a ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 900-904; LIEB, M., “§ 818”, a VV.AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 4a ed., C.H. Beck, München, 2004, pp. 1.413-1.414 (Rdn. 20-21); LOEWENHEIM, U., *Bereicherungsrecht*, cit., pp. 136-137.

¹⁴⁰ *Cfr.* VON CAEMMERER, E., “Bereicherung und...”, cit., pp. 359-360.

¹⁴¹ *Cfr.*, així, SCHULZ, F., “System der...”, cit., pp. 428-430. Un plantejament similar és insinuat, entre nosaltres, per ÀLVAREZ-CAFEROCHIPI, J.A., *El enriquecimiento...*, cit., pp. 185-190, esp., p. 190, sota el concepte d’“enriquecimiento obtenido mediante acto ilícito”.

¹⁴² Vegeu ESSER, J. / WEYERS, H.L., *Schuldrecht II. Besonderer Teil*, 2, 8a ed., C.F. Müller, Heidelberg, 2000, p. 96 (§ 51 I 1 [f] i p. 103 (§ 51 I 4 [c])); WESTERMANN, H.P. / BUCK-HEEB, P., “§ 818 BGB”, a WESTERMANN, H.P. (Hrsg.), *Ermann Bürgerliches Gesetzbuch*, II, 12a ed., Dr. Otto Schmidt, Colònia, 2008, p. 3.403 (Rdn. 17-18). Vegeu més referències sobre aquestes propostes a ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 902.

restitució dels guanys per mitjà de l'acció d'enriquiment es justifica per la distribució del risc en l'obligació restitutòria, així com sota l'argument que si a l'objecte de l'obligació restitutòria primària del § 818 II BGB no només s'hi inclou —segons la interpretació majoritària— el *commodum representationis*, sinó també el *commodum ex negotiatione*, l'obligació de restitució del valor ex § 818 II BGB també s'hauria d'interpretar extensivament per incloure-hi els guanys obtinguts per l'intromissor.

D'altra banda, una altre sector doctrinal intenta concebre —mantenint, però, una interpretació objectiva del concepte de *valor*— els guanys il·lícitament obtinguts mitjançant la intromissió com un fruit que pertany al titular del dret¹⁴³.

Per la seva banda, la jurisprudència ha negat que la *condictio* per intromissió pugui abastar la restitució dels guanys obtinguts per l'intromissor, vegeu BGH 24-XI-1981¹⁴⁴: la companyia A, dedicada a la fabricació i distribució de finestres, comercialitzà marcs per finestres utilitzant un dispositiu de material plàstic que es trobava protegit com a model d'utilitat a favor de B. En la seva acció d'enriquiment, B exigia a A la restitució dels quantiosos guanys obtinguts mitjançant la comercialització dels marcs; pretensió que fou desestimada pel BGH, tot considerant aquest que l'acció d'enriquiment es limita al preu de la llicència hipotètica, és a dir, a la remuneració que B hagués hagut exigida a A per l'explotació del seu model d'utilitat. En el mateix sentit, es pronuncia la BGH 18-XII-1986¹⁴⁵.

Tot i això, s'escau advertir que, en Dret alemany, la restitució dels guanys obtinguts per l'intromissor troba un fonament normatiu clar, en primer terme, en la regulació de la gestió de negocis aliens sense mandat (§ 687 II, 681 i 667 BGB); sempre que l'intromissor o gestor hagi interferit en l'esfera jurídica del titular del dret de mala fe¹⁴⁶.

En segon terme, hom també argumenta que la possibilitat d'agreujar la responsabilitat del deutor de l'obligació de restituir l'enriquiment que incorre

¹⁴³ Vegeu BRANDNER, H.E., “Die Herausgabe von Verletervorteilen im Patentrecht und im Recht gegen den unlauteren Wettbewerb”, *GRUR*, 1980, núm. 5, pp. 360 i ss. Més referències a ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., p. 902.

¹⁴⁴ Cas *Kunststoffhohlprofil II*, *GRUR*, 1982, núm. 5, pp. 301-305.

¹⁴⁵ Cas *Chanel No. 5 I*, *GRUR*, 1987, núm. 8, pp. 520-524.

¹⁴⁶ En relació amb l'aplicació d'aquest règim normatiu en l'àmbit de les intromissions doloses en els drets de la personalitat, vegeu SCHLECTRIEM, P., “Anmerkung zu BGH 15.11.1994”, *JZ*, 1995, núm. 7, p. 364; RIXECKER, R., “Das allgemeine Persönlichkeitsrecht”, a VV.AA., *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, V, 4a ed., C.H. Beck, München, 2004, p. 386 (Rdn. 235); EHMANN, H., “Anhang zu § 12”, a WESTERMANN, H.P. (Hrsg.), *Ermann Bürgerliches Gesetzbuch*, I, 12^a ed., Dr. Otto Schmidt, Colònia, 2008, pp. 125-126 (Rdn. 361-367).

en mala fe (coneixement de l'absència de causa, §§ 819 I i 818 IV BGB) es pot connectar amb l'obligació de restituir el *commodum ex negotiatione* (§ 285 BGB [antic § 281 BGB]), és a dir, l'obligació del deutor de restituir el valor del bé obtingut —mitjançant un negoci jurídic amb un tercer— com a subrogat de l'obligació que ja no pot ser complida¹⁴⁷. La lògica d'aquests postulats s'ha intentat traslladar a l'àmbit de l'acció d'enriquiment, considerant, així, que l'intromissor de mala fe està obligat a restituir els guanys obtinguts; mentre que l'intromissor de bona fe només respondria pel valor d'ús¹⁴⁸. Aquestes interpretacions —que, en el fons, semblen justificar-se més per raons preventives o punitives, és a dir, de política jurídica, que per qüestions dogmàtiques¹⁴⁹— han estat objecte de crítiques —si bé, amb poca convicció— pel fet de desdenyar les diferències entre la gestió de negocis aliens i el Dret de l'enriquiment i, en especial, per introduir un element subjectiu en una acció —la d'enriquiment— institucionalment insensible a qualsevol retret sobre la conducta de l'intromissor¹⁵⁰.

En el Dret espanyol, la idea d'agreuja l'obligació restitutòria de l'intromissor en els casos en els que aquest usurpà el dret o les facultats d'altri de mala fe també ha tingut una certa acollida. Així, hom intenta defensar que, en aquests casos, l'obligació de restituir l'enriquiment no es limitarà al valor d'ús del dret (al preu d'una llicència hipotètica); sinó que hi inclourà els guanys obtinguts per l'intromissor. Es tractaria, en realitat, d'establir una excepció a la regla restitutòria i reintegradora de la *condictio* per intromissió pels casos de dol o culpa greu de l'intromissor.

Una acceptació —per bé que matisada— d'aquesta aproximació s'hi troba a BASOZABAL ARRUE¹⁵¹. Per aquest autor —que encaixa elegantment la millor doctrina alemanya sobre la funció de la *condictio* per intromissió en Dret espanyol per mitjà d'una interpretació en clau reintegradora de l'obligació de restituir els fruits percebuts (art. 455 CCE) per part de tot posseïdor no

¹⁴⁷ Cfr. LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., pp. 277-280; CANARIS, C.W., "Bereicherung aus...", cit., pp. 92 i 94-96; DREIER, TH., *Kompensation und...*, cit., pp. 390-392.

¹⁴⁸ Vegeu, així, LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., p. 280; CANARIS, C.W., "Bereicherung aus...", cit., pp. 91-98; DREIER, TH., *Kompensation und...*, cit., pp. 390-392.

¹⁴⁹ Així li ho sembla també a BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 97. No deixa de ser significatiu que Lieb ("§ 818", cit., p. 1.413 [Rdn. 18] nota 34) afirmi, amb desimboltura, que, en Dret alemany, és clar que l'intromissor de mala fe està obligat a restituir els guanys obtinguts, i que allò únic que resulta discutible és l'*Anspruchsgrundlage* (és a dir, el fonament normatiu) d'aquesta pretensió. Sorpren, doncs, que el rigor que sol caracteritzar a la doctrina alemanya per determinar el fonament normatiu de tota pretensió es relaxi aquí per garantir -abans de res i a mode de petició de principi- una decisió de política jurídica discutible.

¹⁵⁰ Vegeu, així, ELLGER, R., *Bereicherung durch...*, cit., pp. 907-909.

¹⁵¹ Vegeu *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 88-100, 263-267 i 331.

privilegiat per la singular norma de l'art. 451 CCE¹⁵²—, l'objecte d'aquesta acció es limita, en bona lògica, a la “*restitución del valor de uso de la cosa fructífera*”¹⁵³; el que equival —“(e)quiparando «frutos percibidos» a «valor de goce de la cosa usurpada»¹⁵⁴— a la “*restitución del precio que el mercado hubiera exigido para legitimar la conducta intromisiva*”¹⁵⁵. Ara bé, el propi BASOZABAL —en ocasió de la doctrina alemanya que tracta de donar rellevància a la conducta dolosa de l'intromissor per agreujar la responsabilitat per l'obligació restitutòria¹⁵⁶— acaba per considerar que, en Dret espanyol, hom pot entendre que, en “*supuestos de verdadera y probada mala fe (dolo) del intromisor*”¹⁵⁷, l'art. 455 CCE no ha d'interpretar-se pas en clau reintegradora —és a dir, entenent, com s'ha vist, que el concepte de *fruits percebuts* signifiqui *valor d'ús*—; sinó que, excepcionalment, es pot considerar que aquests *fruits percebuts* es refereixen al guany net obtingut per l'intromissor¹⁵⁸.

No obstant això, s'escau matisar l'abast de la solució d'aquest autor i, en tot cas, contextualitzar-la en el marc de les seves tesis generals. En primer terme, BASOZABAL no oblida en cap moment —a diferència, probablement, de la doctrina alemanya— que la introducció de l'obligació de restituir els guanys obtinguts en l'acció d'enriquiment injustificat respon a una finalitat preventiva o punitiva; sense cap mena de relació, doncs, amb la funció reintegradora característica d'aquesta acció¹⁵⁹. Per això, l'admissió d'aquesta solució en aquest autor es produeix d'una forma clarament excepcional o “*extraordinaria*”¹⁶⁰; i, més aviat, per una raó conjuntural: en efecte, per BASOZABAL —assumint les idees de PANTALEÓN¹⁶¹—, “*es el derecho*

¹⁵² Cfr. BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 246-262, 264 i 331.

¹⁵³ Cfr. BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 263.

¹⁵⁴ Cfr. BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 265.

¹⁵⁵ Cfr. *ibid.*

¹⁵⁶ Cfr. BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 94-97.

¹⁵⁷ Cfr. BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 267.

¹⁵⁸ Cfr. BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 99, 267 i 331.

¹⁵⁹ Cfr. BASOZABAL ARRUE, X., “Método triple...”, cit., pp. 1.296-1.297, quan afirma que “*la de reintegración*” no és la funció que hom persegueix amb la restitució de “*(l)os beneficios que el infractor ha obtenido*”, “*ya que la fuerza de atribución de éstos [dels drets] no alcanza a los beneficios que terceras personas puedan haber obtenido con la utilización de los mismos. La medida responde, en principio, a la punición de aquellas conductas cuyos autores merezcan ver frustrados los frutos de su esfuerzo, inversión e iniciativa*”. També, *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 99.

¹⁶⁰ Cfr. BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 99.

¹⁶¹ Des d'una defensa de l'estricta funció compensatòria del Dret de danys, aquest autor proposà, a fi i efecte de solucionar el problema relatiu al destí dels guanys obtinguts per l'autor d'un il·lícit civil de responsabilitat extracontractual, recórrer a l'instrument jurídic-penal del comís dels guanys; doncs “*no es función de la responsabilidad civil extracontractual evitar que el dañante obtenga un beneficio de su actividad ilícita dañosa [...]. Esta es una*

penal el que debe encargarse, al menos como punto de partida de la adopción de toda medida de carácter preventivo-punitivo”; de manera que, mitjançant la inserció de la “restitución de la ganancia” a “la figura del comiso penal” s’aconsegueix de forma més coherent i més raonable —és a dir, “sin tener que otorgársela al sujeto pasivo de la intromisión”— la finalidad de “prevención y punición de determinadas conductas intromisivas¹⁶²”. Però, en el cas —més que previsible— que el recurs a aquesta institució jurídico-penal “demostrase ser ineficaz o resultara gravemente entorpecido por la afluencia en masa de causas”, BASOZABAL admitiria que el Dret privat realitzés “una labor que en principio escap de sus funciones propias y en la que deberá tomar todas las precauciones que su ámbito jurisdiccional permita¹⁶³”. Així, en síntesi, l’extensió de l’obligació restitutòria als guanys obtinguts per l’intromissor dolós es presenta, en aquest autor, com una mesura de caràcter excepcional, sotmesa a importants cauteles i un tractament diferenciat en funció del seu caràcter punitiu.

En canvi, segons PORTELLANO Díez¹⁶⁴, l’admissió de la restitució dels guanys en l’acció d’enriquiment injustificat per intromissió en dret d’altre es produeix amb un fonament normatiu i dogmàtic menys excepcional i, en tot

de las funciones de la institución del comiso [...] Esta es una idea básica p. e. a la hora de buscar soluciones razonables en el conflicto libertad de expresión versus honor e intimidación”, cfr. PANTALEÓN, F., “Art. 1.902”, a PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. / Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L., / BERCOVITZ, R. / SALVADOR CODERCH, P., Comentario del Código Civil, II, 2a ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1.972-1.973. Posteriorment, l’autor ha desenvolupat aquesta idea en l’àmbit del rescabament de danys derivats de la intromissió en el dret a l’honor (cfr. “La Constitución, el honor y unos abrigos”, La Ley, 1996, II, D-162, pp. 1.690-1.691). Així, en determinats casos de lesió del dret a l’honor, Pantaleón no seria partidari que “el comiso de las ganancias para evitar que la difamación resultase rentable a la postre” s’instrumentalitzés mitjançant un “Derecho penal privado, con indemnizaciones mucho más elevadas que las normales por el daño moral”; sinó que creu “preferible [...] hacer que también en materia de delitos contra el honor funcione el Derecho penal público, pues, como el procedimiento criminal, ha sido específicamente diseñado para desempeñar la función de castigar las conductas indeseables: sus sanciones son personalísimas, no asegurables, proporcionadas, cuando pecuniarias, a la situación económica del condenado, etc. Y porque me parece profundamente injusto enriquecer al difamado por el solo hecho de serlo - esto significa darle una indemnización superior a su daño -, en lugar de la Hacienda Pública (por ejemplo, para que se incremente el número de fiscales) mediante las multas y el comiso de las ganancias provenientes del delito [...]” (cfr. p. 1.691). Des d’un sector doctrinal oposat —és a dir, per aquell que considera que el Dret de danys ha de complir i compleix una funció preventiva primària—, SALVADOR CODERCH, P. / CASTIÑEIRA PALOU, M.T., Prevenir y..., cit., p. 168, també consideren raonable que les quantitats necessàries per prevenir il·lícits danyosos puguin revertir, d’alguna manera, a la Hisenda Pública, si bé afegint un interessant matís: “hay que hacer al erario público participe de la cuantía de la multa, pero atribuírsela por entero al Fisco dejaría al actor potencial sin estímulo alguno para litigar”.

¹⁶² Cfr. BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 98.

¹⁶³ Cfr. BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 99.

¹⁶⁴ Vegeu *La defensa...*, cit., pp. 163-167 i 184 i ss.

cas, s'adreça a exercir un protagonisme major. Semblantment a BASOZABAL, aquest autor assumeix la millor doctrina alemanya sobre l'encaix dogmàtic i funcions de la *condictio* per intromissió i, en conseqüència, admet tant la teoria de l'atribució, com la concepció objectivista que limita la pretensió restitutòria al preu d'una llicència hipotètica¹⁶⁵. Nogensmenys, aquest autor no veu pas incompatible l'assumpció d'aquest punt de partida —pel qual, cal recordar, l'acció d'enriquiment per intromissió resulta procedent amb independència de la conducta culposa o no de l'intromissor— amb la idea d'atorgar rellevància a la imputació subjectiva (dol o culpa greu de l'intromissor) a l'hora de determinar l'abast de la pretensió restitutòria¹⁶⁶. Així, PORTELLANO considera que “*el contenido de la restitución será el valor de mercado de lo obtenido, salvo que concurra un plus, un elemento adicional consistente en dolo o culpa grave del infractor, en cuyo caso podrá ser el beneficio del infractor*”¹⁶⁷. La proposta d'aquest autor —que té com a darrera finalitat caracteritzar els dos mòduls restitutoris de l'acció indemnitzatòria de la LP (regalia hipotètica i guanys) com una veritable acció d'enriquiment diferent de l'acció indemnitzatòria¹⁶⁸— es fonamenta normativament en els arts. 1.683 CCE, 136.2 del Codi de Comerç i 445 CCE; dels quals en pretén extreure una mena de regla general per la qual l'intromissor de mala fe no respon pel valor objectiu de mercat, sinó pels beneficis obtinguts¹⁶⁹.

No obstant això, l'encaix d'aquest plantejament en el Dret espanyol resulta poc convincent; sempre que no es vulgui recórrer —com Basozabal— a un plantejament deliberadament preventiu-punitiu de la *condictio* d'intromissió. De les normes que inspiren la construcció d'aquesta acció en el Dret espanyol, resulta difícil extreure'n un principi o norma pel qual l'intromissor de mala fe estigui obligat a restituir els guanys obtinguts.

Com apunta BASOZABAL, “*al contrario de lo que ocurre en derecho alemán, el ordenamiento jurídico español carece de un precepto que de forma expresa conceda la ganancia neta del gestor malicioso al dueño del negocio y [...] tampoco los otros preceptos que en nuestro Código civil contemplan supuestos intromisivos proporcionan una base normativa sólida para admitir tal redistribución de la ganancia*”¹⁷⁰.

¹⁶⁵ Cfr. PORTELLANO, Díez, P., *La defensa...*, cit., pp. 163-165.

¹⁶⁶ Cfr. PORTELLANO, Díez, P., *La defensa...*, cit., p. 165; la qual cosa, certament, sembla plenament correcta, tal i com ja havia assenyalat la doctrina alemanya (vegeu, p. ex., LARENZ, K. / CANARIS, C.W., *Lehrbuch des...*, cit., p. 129) i, entre nosaltres, BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 95.

¹⁶⁷ Cfr. PORTELLANO, Díez, P., *La defensa...*, cit., p. 165.

¹⁶⁸ Cfr. PORTELLANO, Díez, P., *La defensa...*, cit., pp. 76-80.

¹⁶⁹ Cfr. PORTELLANO, Díez, P., *La defensa...*, cit., pp. 165-166.

¹⁷⁰ Cfr. *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 97.

En efecte, la possibilitat –suggerida per la doctrina alemanya– de construir una obligació de restitució de l'enriquiment que inclogui els guanys de l'intromissor en els supòsits de mala fe per coherència o “*harmonia*”¹⁷¹ amb la regulació de la gestió de negocis aliens sense mandat no pot admetre's en Dret espanyol. En el nostre ordenament, la possibilitat de construir una obligació de restituir profits derivats d'una activitat gestora en consideració a la regulació del mandat (art. 1.720 CCE) ha de limitar-se, si s'escau, a la gestió de negocis pròpia –aquella derivada d'un “*hecho lícito*” (cfr. art. 1.887 CCE); sense que pugui estendre's, entre nosaltres, a la gestió de negocis impròpia¹⁷².

Més dificultats presenta encara la possibilitat de construir aquesta restitució de guanys des de l'analogia –proposada a Alemanya per CANARIS¹⁷³– amb la norma de restitució del *commodum representationis* en Dret espanyol; doncs existeixen diferències substancials entre l'art. 1.186 CCE i el § 285 BGB (antic § 281 BGB)¹⁷⁴.

D'altra banda, la idea de Portellano de fonamentar aquesta solució en els arts. 1.683 CCE, 136.2 del Codi de Comerç i 455 CCE tampoc pot ser acollida sense greus reserves. Certament, aquests dos primers preceptes estableixen que els guanys obtinguts pel soci civil o col·lectiu en virtut de la infracció de l'obligació de no competir amb la seva societat han de ser restituïts a aquesta societat; i, fins i tot, sembla possible relacionar aquesta obligació restitutòria amb una sanció típica a l'ordenament societari espanyol, per la qual la infracció del deure legal de no competència comporta la devolució de l'enriquiment¹⁷⁵. Ara bé, tractar d'extreure d'aquí una norma o principi genèric per intentar cobrir tot grup de casos intromissius sembla poc raonable¹⁷⁶: resulta lògic

¹⁷¹ Cfr. DREIER, TH., *Kompensation und...*, cit., p. 391.

¹⁷² Cfr., amb claredat, CARRASCO PERERA, Á., “Restitución de...”, cit., pp. 138-141 i 145-147. Aquest mateix autor (vegeu “Art. 135”, cit., pp. 1.796-1.797) proposa l'aplicació de l'acció de restitució en seu de gestió de negocis aliens (en relació amb l'art. 1.720 CCE) en l'àmbit del Dret d'autor, en les relacions que s'originen entorn de la pluriautoría i de l'explotació d'una obra en col·laboració; és a dir, casos -com ha quedat dit- relatiu a la gestió de negocis pròpia.

¹⁷³ Cfr. CANARIS, C.W., “Bereicherung aus...”, cit., pp. 92 i 94-96.

¹⁷⁴ Vegeu, sobre aquestes diferències, CARRASCO PERERA, Á., “Restitución de...”, cit., pp. 143-144; Díez-PICAZO, L., “*Commodum ex negotiatione*”, cit., *passim*, esp., pp. 1.604-1.609. Per a una introducció a la norma del § 285 BGB i la seva possible extensió al *commodum ex negotiatione*, vegeu EMERICH, V., *Das Recht der Leistungstörungen*, 6a ed., C.H. Beck, München, 2005, pp. 157-162, esp., pp. 160-161 (Rdn. 21).

¹⁷⁵ Vegeu, així, PAZ-ARES, C., “Art. 1.683”, a PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C. / Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. / BERCOVITZ, R. / SALVADOR CODERCH, P., *Comentario del Código Civil*, II, 2a ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pp. 1.421-1.423.

¹⁷⁶ Ho adverteixen CARRASCO PERERA, Á., “Restitución de...”, cit., pp. 137-135, esp., p. 138: “*Debe, no obstante, ponerse cuidado en la extensión de las consecuencias de esta relación de fiducia a otros supuestos que no responden estrictamente a su esquema*”; i Basozabal

que el soci industrial d'una societat d'advocats restitueixi a aquesta —ja sigui com a enriquiment o com a dany (lucre cessant)— els guanys obtinguts pel soci en ocasió de l'exercici individual de l'advocacia; però ho és molt menys que l'empresa que comercialitza sense autorització adhesius que reproduïxen la imatge i el nom d'uns futbolistes¹⁷⁷ estigui obligat a restituir el guany net obtingut per aquesta comercialització il·lícita¹⁷⁸.

Pel que fa al recurs a l'art. 455 CCE, tampoc mereix millor acceptació. De fet, PORTELLANO es limita aquí a assumir la interpretació de Basozabal per la qual, i com s'ha vist, aquell precepte constitueix el fonament normatiu d'una genèrica acció d'enriquiment per intromissió en el gaudi d'una cosa d'altri; interpretant —d'acord amb la funció reintegradora que cal atribuir a aquesta acció en Dret espanyol— que, quan la norma es refereix als *fruits percebuts*, ha d'entendre's *valor de gaudi de la cosa usurpada*. Però, aprofitant que BASOZABAL acaba per admetre —més per raons de política jurídica, que exegètiques o dogmàtiques, com s'ha vist— una interpretació punitiva de l'art. 455 CCE (per la qual *fruits percebuts* ha d'interpretar-se com *guanys obtinguts*) en aquells casos de mala fe de l'intromissor, PORTELLANO aprofita l'avinentesa i dóna a entendre que la idea que l'intromissor de mala fe respon pels guanys és la solució normativa contemplada a l'art. 455 CCE¹⁷⁹.

I resulta convenient insistir en la manca de fonament normatiu i dogmàtic convincent per admetre, en Dret espanyol, la restitució de guanys mitjançant l'acció d'enriquiment per intromissió en dret d'altri, doncs, d'altra manera, es corre el risc que la utilitat d'aquesta acció com a instrument de protecció i de reintegració de drets subjectius absoluts o posicions jurídiques de contingut anàleg s'esvaeixi o passi inadvertida en la pràctica dels tribunals; diluint-se,

Arrue, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 97-98 (nota 141): “Lo que está claro es que la restitución del enriquecimiento/ganancia puede jugar un papel [sic] en el ámbito de las violaciones de especiales deberes de concurrencia, pero de ninguna manera en cualquier supuesto de enriquecimiento injustificado”.

¹⁷⁷ Vegeu, p.ex., STS 28-XI-2007, cas *Panini Mundial Francia 1998*, RJ 2007/8455.

¹⁷⁸ En realitat, la tesi de PORTELLANO —per la qual l'acció d'enriquiment per intromissió abasta els guanys obtinguts en els supòsits d'intromissió de mala fe— sembla presentar-se amb un àmbit ampli, extensible a intromissions en qualsevol dret (almenys, en els drets de propietat intel·lectual i industrial). Sigui com sigui, —és a dir, encara que la seva proposta es limités a la infracció del dret de patent— no s'acaba d'aclarir bé la connexió entre els arts. 1.683 CCE i 136.2 del Codi de Comerç i la relació jurídica obligatòria (extracontractual) entre creditor (titular del dret infringit) i deutor (infractor) de l'obligació de restituir l'enriquiment. A la pàgina 165, l'autor es limita a dir que aquells dos preceptes “*se situan en una esfera muy próxima al tema que nos ocupa: el deber legal de no competencia*”; donant a entendre —la qual cosa no sembla massa apropiada— que l'estructura del deure de fidelitat dels socis o dels administradors de societats i, en concret, el deure de no competència que se'n deprèn, pot estendre's en general al mercat de béns immaterials.

¹⁷⁹ *Cfr.* PORTELLANO Díez, P., *La defensa...*, cit., p. 166.

d'aquesta manera, en aquella concepció unitària i poc elaborada per la qual l'acció d'enriquiment té per objecte la restitució de guanys.

Vegeu, així, p. ex., STS 29-XII-2006¹⁸⁰, on s'estima l'acció d'enriquiment (ex antic art. 18.6 LCD) d'una companyia de transport de passatgers per carretera contra una competidora que, aprofitant que el seu trajecte coincidia parcialment amb el de la primera, infringí la posició jurídica exclusiva al recollir passatgers en els trams coberts en l'àmbit objectiu de la concessió administrativa de la primera companyia. El TS, cassant la resolució de l'AP, estima l'acció d'enriquiment pels guanys obtinguts per la companyia infractora de l'exclusiva; sense reparar, en aparença, que aquests guanys —els consistents en *“el importe del billete de aquellos usuarios que fueron transportados por la demandada con infracción de la exclusiva”* (FJ 13)— ja havien estat restituïts en concepte d'indemnització pel lucre cessant ex art. 18.5 LCD (cfr. Part Dispositiva 2.A. 3 [a] i [b]). En tot cas, el TS explica clarament que l'objecte natural de la *condictio* de l'art. 18.6 LCD ve constituït pel benefici obtingut per l'infractor: *“la pretensión de enriquecimiento se dirige a reintegrar al titular el provecho económico obtenido indebidamente por el autor de los actos de competencia desleal, pues la Ley de Competencia Desleal ha recogido una condictio por intromisión. La reparación del daño, en que se comprende el lucro cesante, trata de reponer el menoscabo sufrido, mientras que la pretensión de enriquecimiento intenta transferir al actor la ganancia conseguida por el competidor desleal, esto es, todo el valor obtenido como consecuencia de los actos de competencia desleal, aun cuando hay que evitar, en efecto, la duplicidad indemnizatoria”*¹⁸¹ (FJ 14).

Un exemple encara més clar pot veure's a la SJMER Barcelona núm. 2 25-IV-2008¹⁸²: l'empresa titular d'una revista interposà una demanda contra la titular d'una altra revista, per entendre que la publicació per part de la segona d'unes fotografies d'una actriu, que havien estat captades il·lícitament per un *paparazzo* mentre l'actriu posava, en virtut de contracte, a favor de la primera revista, constituïa un acte de competència deslleial; sol·licitant, per aquest motiu, la restitució dels guanys que la segona revista havia obtingut per la venda d'exemplars on s'hi reproduïen les fotografies litigioses. Deixant

¹⁸⁰ Cas *autocars*, RJ 2007/1714.

¹⁸¹ Observeu que aquest disseny d'evitar la *duplicitat indemnitzatòria* -l'aplicació del qual en el cas descrit no sembla massa clara en la Sentència- enllaça justament amb la norma de l'art. VII.- 7:102 DCFR i amb la necessitat de coordinar el *quantum* indemnitzatori amb la quantia que és deguda en concepte d'enriquiment, vegeu Portellano Díez, P., *La defensa...*, cit., pp. 190-191.

¹⁸² Cas *Elsa Paraky*, La Ley 18028/2008. Confirmada per la SAP Barcelona (15a) 17-XI-2009, AC 2010/794.

de banda el discutible plantejament de la demanda i la solució al cas¹⁸³, resulta curiós que la pretensió de restitució dels guanys fou fundada a la demanda en l'art. 18.5 LCD, és a dir, com una acció indemnitzatòria pels danys causats per l'acte deslleial; la qual cosa no acabà de convèncer als esquemes dogmàtics del JMÉR. Segons aquest, "*dado [...] que en la demanda se determina la cantidad reclamada a partir de los beneficios obtenidos por las demandadas, la acción que se ejercita, en definitiva, es la del enriquecimiento injusto del apartado sexto del artículo 18. Al amparo de dicha norma se autoriza al demandante a reclamar todo el provecho económico obtenido por un tercero a costa del propio actor*" (FJ 2).

En síntesi, en absència d'un fonament normatiu clar en Dret espanyol que permeti estendre l'abast de la pretensió restitutòria als guanys obtinguts per l'intromissor, l'acció d'enriquiment per intromissió en dret d'altri —en tant que acció construïda des de la teoria de l'atribució i amb una funció reintegradora¹⁸⁴— ha de limitar-se en Dret espanyol a la restitució del valor d'ús del dret infringit¹⁸⁵.

Semblantment, els arts. VII.- 5:102, 5:103 i 5:104 DCFR presenten una estructura normativa apta per una interpretació reintegradora de la pretensió restitutòria, limitada, doncs, a la restitució del valor d'ús del dret o posició infringits.

És clar que, per raons de política jurídica, pot interessar, en determinats supòsits —com, per exemple, aquells en els que l'intromissor actuà de mala fe—, que aquest resulti obligat a restituir els guanys obtinguts per la

¹⁸³ Correcte, ben probablement, en relació amb la deslleialtat de la conducta de la segona revista, però molt discutible pel que fa a la consideració de l'existència de danys en el patrimoni de la demandant o de l'existència d'un enriquiment injustificat per part de la segona revista.

¹⁸⁴ La qual cosa resulta poc discutible, almenys des de l'acció de l'art. 32.1 6a LCD, *cfr.*, novament, PAZ-ARES, C., "La indemnización...", cit., p. 1.819.

¹⁸⁵ En alguna modalitat de *condictio* per intromissió, com p. ex., la derivada de disposició (eficaç) aliena, tal vegada pugui aduir-se -sobre la base de sòlids fonaments normatius en el CCE (*cfr.* BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., pp. 295-299) i des d'una certa coherència i raonabilitat- que la mesura restitutòria de l'acció d'enriquiment del titular que ha estat privat de la cosa per la intromissió (disposició eficaç a favor del causahavent de l'intromissor) contra aquest no es concreti en el valor de mercat de la cosa objecte de la disposició indeguda (però eficaç), sinó en el preu obtingut per l'intromissor per l'alienació de la cosa. Observeu que, en aquest cas, no obstant, no apareix cap pruuja preventiva o punitiva, ni tampoc de redistribuir equitativament guanys; sinó simplement es tracta d'un expedient per tal facilitar l'eficàcia restitutòria de l'acció, mitjançant una mena de liquidació abstracta de l'enriquiment; i facilitant, tanmateix, la concreció del valor de mercat de la cosa (vegeu, així, BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado...*, cit., p. 296).

intromissió. Ara bé, això no significa pas que aquest disegni hagi d'ésser assumit per l'acció d'enriquiment¹⁸⁶.

Així, en primer terme, hom pot entendre que si la necessitat d'instrumentalitzar un remei de naturalesa privada de restitució de guanys només rau en la idea de, des d'una lògica preventiva o punitiva, extraure o expropiar uns guanys il·lícits —però sense trobar encara un argument jurídic de pes pel que aquests guanys hagin de revertir en el patrimoni del titular del dret—, la solució *de lege ferenda* s'encamina, més aviat, a la construcció d'una acció de Dret privat *sui generis* —és a dir, ni indemnitzatòria, ni d'enriquiment— dirigida a condemnar a l'intromissor a entregar el benefici net obtingut per la intromissió il·lícita a la Hisenda Pública. Un raonable model dogmàtic i normatiu seria la pretensió d'absorció dels danys (*Gewinnabschöpfungsanspruch*) reconeguda a l'art. 10 de la nova Llei de competència deslleial alemanya (UWG)¹⁸⁷.

En segon terme, tampoc s'ha de perdre de vista que, en alguns casos, la restitució dels guanys obtinguts per l'intromissor pot trobar un encaix senzill en l'acció indemnitzatòria; entenent-se que, en determinats actes il·lícits, els guanys obtinguts per l'infractor equivalen al dany (lucre cessant) experimentat en el patrimoni del titular del dret infringit.

Lògicament, aquesta identitat entre guanys de l'intromissor i lucre cessant del titular només té lloc en casos molt concrets¹⁸⁸; com, p. ex., els caracteritzats per CARRASCO PERERA¹⁸⁹ com de *bilateralització del lucre cessant*, és a dir, supòsits en els que “*la concurrencia de actividades económicas no diferenciadas entre sujetos en conflicto*” comporta, usualment, que “*el lucro cesante del actor [sigui] tendencialmente equivalente al lucro obtenido por el infractor*”; o, dit d'altra manera, “*la competencia entre ellos hace suponer que*

¹⁸⁶ De la mateixa manera que tampoc és imprescindible que aquesta funció sigui assumida per l'acció indemnitzatòria, com feia, en relació amb el rescabament del dany moral derivat de la intromissió en els drets a l'honor, a la intimitat i a la pròpia imatge, l'antic art. 9.3 LO 1/1982. En la nova redacció motivada per la Llei Orgànica 5/2010, de 22 de juny, de reforma del Codi Penal, la restitució dels guanys és configurada -amb pèssima tècnica legislativa i molt discutible fonament polític jurídic- com l'objecte d'una acció *sui generis* per la qual la víctima d'una intromissió en aquests drets pot sol·licitar, en determinats casos, l'apropiació a favor seu del lucre obtingut per l'intromissor.

¹⁸⁷ Vegeu sobre aquesta acció HEFERMEHL, W. / KÖHLER, H. / BORNKAMM, J., *Gesetz gegen...*, cit., pp. 1.139-1.149 (§ 10 UWG Rdn. 1-25); i, amb detall, NEUBERGER, J., *Der wettbewerbsrechtliche Gewinnabschöpfungsanspruch im europäischen Rechtsvergleich*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2006, pp. 7-31.

¹⁸⁸ Cfr. MASSAGUER, J., *Comentario a...*, cit., pp. 547-548.

¹⁸⁹ Vegeu “Art. 135”, cit., p. 1.976.

*la pérdida del uno es la ganancia del otro*¹⁹⁰. En aquest sentit, vegeu la STS 7-VII-2009¹⁹¹, on s'assumeix el plantejament de la instància, segons el qual, en un cas d'il·lícit concurrencial per imitació (art. 11 LCD), “*es claro que el descenso de ventas de uno implica las ventas por el otro, que se ha introducido, en aquel momento, en el mercado*” (FJ 3).

En aquesta línia —si bé, amb un raonament i fonament de política jurídica poc clar¹⁹²—, cal situar la norma de l'art. VI.- 6:101 (4) DCFR, segons la qual la reparació del dany extracontractual pot incloure, en determinats casos, la *recuperació* de qualsevol avantatge obtingut pel responsable en connexió amb la causació del dany.

V. SUBSTANTIVITAT JURÍDICA PRÒPIA DE LA *CONDICTIO* PER INTROMISSIÓ A L'ORDENAMENT ESPANYOL I AL MARC COMÚ DE REFERÈNCIA

A diferència del que succeeix en el Marc Comú de Referència —on l'acció d'enriquiment injustificat per intromissió en dret d'altri ha estat dissenyada amb plena autonomia respecte d'altres accions i amb un propòsit normatiu ben diferent al d'aquestes¹⁹³—, la substantivitat jurídica pròpia d'aquesta acció en la pràctica del Dret espanyol resulta, avui dia, ben discutible. Certament, la manca d'una rigorosa diferenciació entre pretensions i, més en particular i en el cas que ens ocupa, entre remeis de protecció dels drets subjectius absoluts i remeis de rescabament de danys ha permès als operadors econòmics i als tribunals prescindir, amb naturalitat, del recurs a la *condictio* per intromissió per solucionar els conflictes d'interessos que resulten del supòsits de gaudi, d'usurpació, de consum i de disposició d'un dret o d'una cosa d'altri¹⁹⁴.

No obstant, el present treball ha tractat de demostrar que l'ordenament espanyol acredita un bagatge normatiu i jurisprudencial —recolzat per unes sòlides bases doctrinals— idoni per encaixar-hi, de forma coherent i raonable,

¹⁹⁰ Vegeu, semblantment, PORTELLANO Díez, P., *La defensa...*, cit., pp. 105 i ss. ; DREIER, TH., *Kompensation und...*, cit., pp. 274 i ss., esp., p. 291.

¹⁹¹ Cas *espremedores*, Id. Cendoj 28079110012009100492.

¹⁹² Vegeu VON BAR, C., *Principles of European Law. Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another*, Sellier / Bruylant / Stämpfli, München, 2009, p. 911, núms. 14-16.

¹⁹³ Sens perjudici de la pertinent reducció per la concurrència entre la quantia deguda en concepte d'enriquiment i el *quantum* indemnitzatori en determinats casos, *cf.* art. VII-7:102 DCFR.

¹⁹⁴ Recordeu *supra* 4 les consideracions realitzades amb referència a la substantivitat jurídica pròpia de l'acció d'enriquiment en les lleis de propietat intel·lectual i industrial a l'ordenament espanyol i a la seva relació amb l'acció indemnitzatòria.

una acció d'enriquiment injustificat per intromissió, amb un perfil propi i ben diferenciat d'altres accions i, en particular, de l'acció indemnitzatòria. I aquest propòsit no respon pas a una pruija exclusivament dogmàtica, sinó a la convicció que l'arrelament pràctic d'aquesta acció podria esdevenir un instrument útil per resoldre determinats conflictes d'interessos de transcendència econòmica notable i que, actualment, no troben una solució del tot adequada.

No és pas l'objecte d'aquest treball aprofundir en aquells àmbits de l'ordenament on aquest arrelament de l'acció d'enriquiment injustificat per intromissió en dret d'altri pot resultar més escaient i fructífer. Nogensmenys, i a banda de la *condictio* per intromissió de l'art. 32.1 6a LCD —d'indiscutible vigència, si bé amb perfils pràctics no massa definits encara, especialment, pel que fa al seu abast¹⁹⁵—, poden identificar-se modalitats d'aquesta acció d'interès pràctic suggestiu com, per exemple, les accions d'enriquiment injustificat per la intromissió en l'ús o disposició de cosa aliena, on es fa singularment oportú distingir els fenòmens restitutori i indemnitzatori que se'n originen¹⁹⁶; o l'acció d'enriquiment injustificat per intromissió en els drets a la intimitat i a la pròpia imatge de la LO 1/1982.

En relació amb aquesta darrera acció —i deixant de banda, en aquesta oportunitat, l'estudi concret del contingut atributiu d'aquests drets de la personalitat i l'eventual abast de la pretensió restitutòria—, cal posar de manifest la utilitat de construir, dins el règim normatiu vigent de la LO 1/1982, una acció de protecció eficaç dels drets a la intimitat i a la pròpia imatge, complementària a la tutela inhibitòria, de remoció i rescablatòria¹⁹⁷.

¹⁹⁵ Vegeu *supra* 4.

¹⁹⁶ Vegeu la raonable solució a la que arribà la STS 10-III-1958, cas *apropiació de filferro de l'Exèrcit Roig* (RJ 1958/1068), sobre la base dogmàtica de la "*condictio por disposición sin derecho*" (CDO 4).

¹⁹⁷ Vegeu, extensament, VENDRELL CERVANTES, C., "La acción...", cit., *passim*.

EL MAL SAMARITÀ. L'ABSORCIÓ DELS BENEFICIS OBTINGUTS AMB LA CAUSACIÓ DE DANYS

MIQUEL MARTÍN-CASALS

ALBERT RUDA GONZÁLEZ

INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT. UNIVERSITAT DE GIRONA¹

SUMARI I. INTRODUCCIÓ. II. L'ANOMENADA RESPONSABILITAT PER BENEFICIS.
1. Supòsit de fet. 2. El fet danyós no ha de sortir a compte. III. GESTIÓ
IMPRÒPIA DE NEGOCIS ALIENS. IV. CONCLUSIÓ.

I. INTRODUCCIÓ

El present treball té per objecte l'estudi de l'anomenada absorció de beneficis en el marc del Dret espanyol. En particular, es centra en aquella situació a la qual una persona causa un dany a una altra i gràcies a això obté un benefici. En aquests casos, al naixement d'una obligació de rescabalar el dany si concorren els requisits de la responsabilitat extracontractual (art. 1902 ss. CCE o legislació especial que correspongui), s'hi afegeix un element addicional, com és l'enriquiment obtingut pel responsable. Es produeix aleshores un resultat que ja el Digest romà pretenia evitar —com és que algú s'enriqueixi en detriment d'un altre (*cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiore*, segons l'enunciació de Pomponi recollida a D. 50,17,206; també D. 12,6,14)— tot erigint aquesta regla en un principi d'equitat. El treball analitza, doncs, el conjunt de casos que la dogmàtica alemanya de la responsabilitat extracontractual anomena d'"absorció de beneficis" (*Gewinnabschöpfung*) o de "responsabilitat per beneficis" (*Gewinnhaftung*),

¹ Treball elaborat en el marc del Projecte "Los 'Principles of European Tort Law' más allá del llamado 'Marco Común de Referencia' (CFR). Hacia una nueva etapa en el proceso de aproximación del Derecho de la responsabilidad civil en Europa", finançat pel MCINN per al període 2008-2012 en el marc del "Plan Nacional de I+D+I" (Ref. FFI2008-00647). L'investigador principal és el Prof. Dr. Miquel Martín Casals.

i que en el Dret del *common law* se sol denominar com a “restitució per actes il·lícits” (*restitution for wrongs*) i “restitució o devolució” (*disgorgement*).

A diferència del que succeeix en altres sistemes, on els remeis adreçats a la restitució han estat objecte d'una anàlisi molt exhaustiva (de la qual és possiblement el màxim exponent el Dret de la restitució o *law of restitution* del *common law*, per bé que amb un enfocament tradicionalment casuístic), en el nostre sistema aquesta matèria ha estat objecte d'una elaboració comparativament menor. Nogensmenys, aquest tipus de situacions planteja problemes molt greus. Bàsicament, l'absorció de beneficis transcendeix els confins estrictes de la responsabilitat extracontractual per a passar a situar-se en un àmbit o àmbits diferents. Un d'ells, l'enriquiment injustificat o sense causa, ha estat objecte de nombrosos treballs comparatius, mentre que l'altre, la gestió de negocis aliens sense mandat (arts. 1888-1894 CCE), ha rebut una atenció comparativament molt menor.² És ben sabut que hi ha situacions en què aquests mecanismes es solapen o s'entrecreuen, com passa especialment en el supòsit d'intromissió en l'exercici d'un dret aliè.³ La qüestió és com es relacionen aquests expedients en el supòsit ja referit i si en l'estat actual de coses la seva regulació és satisfactòria.

Estrictament, l'absorció de beneficis per la víctima s'ha de distingir de la pretensió indemnitzatòria, ja que l'actor no demana la reparació d'un dany *stricto sensu*, sinó absorbir el benefici obtingut pel demandat gràcies a la causació del dany. Com és sabut, la via preferida pel nostre legislador per vehicular la restitució del benefici sol ser l'enriquiment injustificat, un expedient tècnic que ha adquirit un renovat protagonisme amb les darreres reformes legals. En aquesta línia, la nova legislació sobre competència deslleial permet la víctima d'un il·lícit concurrencial que reclami no només la indemnització, sinó també l'enriquiment obtingut pel demandat. En particular, preveu una “Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico” (nou

² Vegeu Reinhard Zimmermann, “The Present State of European Private Law”, *American Journal of Comparative Law* 2009, vol. 57, 479-512, p. 499.

³ Vegeu Luis Díez-Picazo / Antonio Gullón Ballesteros, *Sistema de Derecho civil, II, El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 2001 (3a reimpressió 2003), p. 524 i Miquel Martí Casals / Pablo Salvador Coderch, “Comentario a la Sentencia de 18 de abril de 1989”, *CCJC* 1989, núm. 21, 751-765, p. 763. Semblantment, Miguel Pasquau Liaño, *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, Montecorvo, 1986, p. 419.

art. 32 de la *Ley de competencia desleal* [LCD],⁴ segons la redacció introduïda per la *Ley 28/2009*.⁵

Una línia similar es troba a la modificació del Codi Penal i altres lleis mitjançant la *Ley Orgánica 5/2010*.⁶ Té com a objecte, entre altres, reforçar la protecció de la dignitat de les víctimes, protecció que —segons l'Exposició de motius— és vulnerada per determinades conductes que —afegeix— tenen lloc darrerament. La Llei fa referència al fet que els autors d'infraccions penals, condemnats per sentència ferma, apareguin als mitjans de comunicació fent ostentació de la conducta criminal perpetrada, en difonen dades manifestament falses i obtenen, a més, “un lucre econòmic injustificable”.⁷ Per a evitar-ho, la llei modifica la regulació civil protectora del dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge.⁸ Així, permet les víctimes exigir la indemnització del dany moral i “l'evitació de tot enriquiment injust derivat d'aquesta intromissió il·legítima” —segons la mateixa Exposició de motius— per la qual cosa l'art. 9.2 d) inclou, com a mesura diferent de la indemnització de danys, “l'apropiació pel perjudicat del lucre obtingut amb la intromissió en els seus drets”.

Les qüestions que a aquest respecte es poden plantejar són diverses. Primer, caldria preguntar-se sobre si aquestes normes són o no necessàries, en el sentit de si vénen a omplir una llacuna del nostre sistema o no. Segon, convé preguntar-se també si el Dret relatiu a l'enriquiment injustificat és una via adequada o bé acusa algun dèficit en aquest sentit. Al Dret comparat, diverses veus postulen que la via adequada perquè la víctima absorbeixi el benefici del responsable és, en realitat, una altra. Concretament, es tractaria d'anar per la via de la gestió de negocis aliens sense mandat, entesa en un sentit impropï, és a dir, entesa com aquella en la qual el gestor actua dolosament per a enriquir-se.⁹ La proposta, lluny de ser una mera teoria

⁴ *Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal* (BOE núm. 10, de 11.1.1991, p. 959-962). L'article correspon a l'art. 18 de la Llei de 1991 en la seva redacció original, amb el mateix contingut en aquest punt.

⁵ *Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios* (BOE núm. 315, de 31.12.2009, p. 112.039-112.060).

⁶ *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (BOE núm. 152, de 23.6.2010, p. 54.811-54.883)

⁷ Exposició de motius, apartat XXXI, de la llei citada a la nota anterior.

⁸ *Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar, y a la propia imagen* (BOE núm. 115, de 14.5.1982).

⁹ Vegeu Jan Dirk Harke, *Allgemeines Schuldrecht*, Heidelberg [etc.], Springer, 2010, p. 324 núm. marginal (*Randnummer* [Rn.]) 333 i p. 339 Rn. 346 ss. i Pietro Sirena, “The DCFR – Restitution, unjust enrichment and related issues”, *European Review of Contract Law* 2008, 445-454, p. 453.

doctrinal, troba un recolzament sòlid al Codi Civil alemany (*Bürgerliches Gesetzbuch* [BGB]), que regula la figura en qüestió (§ 687.2). En contraposició a això, una altra proposta – l’Esborrany de Marc Comú de Referència (*Draft Common Frame of Reference* [DCFR]) elaborat pel Grup d’estudi sobre un Codi civil europeu (*Study Group on a European Civil Code*) i el Grup de recerca sobre el Dret privat de la Comunitat Europea (*Research Group on EC Private Law [Acquis Group]*)¹⁰ – ubica el remei de l’absorció de beneficis entre les regles relatives a la responsabilitat extracontractual (art. VI.-6:101 (1)), en els termes que s’examinaran més avall. El present treball examina aquestes propostes i el context en el qual es formulen, en clau comparada, per a preguntar-se més tard si és possible en el nostre sistema reclamar sobre la base d’una gestió de negocis aliens feta contra (o sense) la voluntat de l’amo del negoci, o bé és preferible vehicular la reclamació com d’enriquiment o de responsabilitat. En concret, s’analitza si és possible l’absorció de beneficis obtinguts pel gestor que de mala fe gestiona els afers d’un altre i si aquesta via presenta algun avantatge respecte de les altres accions. És a dir, es planteja si es pot demandar al samarità que, al contrari del protagonista de la paràbola bíblica, no actua en benefici d’un altre, sinó amb ànim de lucrar-se ell, tot aprofitant-se dels béns o interessos d’un altre.

II. L’ANOMENADA RESPONSABILITAT PER BENEFICIS

1. Supòsit de fet

Com és ben sabut, el punt de partida de la responsabilitat extracontractual consisteix en què el causant d’un dany a una altra persona n’ha de respondre, sempre i quan es compleixin els pressupòsits legals, com són amb caràcter general el dany, el nexa causal i la culpa (art. 1902 CCE). El primer, doncs, és constatar el dany, ja que en la seva absència no hi ha res a reparar.

Per exemple, es pot pensar en la situació en què algú es lucra gràcies a la publicació no autoritzada de la imatge d’altri. Aleshores, la víctima pot haver sofert un dany, derivat de la intromissió amb el seu dret, dret del que ella hauria pogut excloure els altres i que ella mateixa hauria pogut explotar comercialment. Al nostre sistema, casos d’aquest tipus reben un doble tractament. En primer lloc, són un supòsit d’enriquiment injustificat, i més concretament d’“enriquiment per intromissió”, d’acord amb el terme encunyat per la dogmàtica alemanya (*Eingriffskondiktion*), si bé en el nostre sistema l’obligació restitutòria es canalitza mitjançant una *condictio*

¹⁰ Vegeu Christian von Bar / Eric Clive / Hans Schulte-Nölke (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Outline Edition*, Munich, Sellier, 2009.

per intromissió de caràcter genèric.¹¹ En segon lloc, la intromissió genera responsabilitat extracontractual. En aquesta línia, com s'ha apuntat, la nova regla legal —resultant de la reforma *ex* LO 5/2010— permet que la víctima reclami “La apropiación por el perjudicado del lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos” (nou art. 9.2.d) de la LO 1/1982). En caracteritzar aquesta reclamació, l'Exposició de motius de la LO 5/2010 afirma que les víctimes podran “actuar frente a este tipo de conductas instando su cese, el resarcimiento del daño moral causado y la evitación de todo enriquecimiento injusto derivado de esta intromisión ilegítima.” La llei contraposa la indemnització de danys (que correspon a l'art. 9.2.c), és a dir, a la possibilitat d'obtenir el rescabament del dany moral) a l'acció d'enriquiment (que correspondria a la novetat de l'art. 9.2.d), i que es refereix a la possibilitat d'obtenir el “lucre obtingut amb la intromissió il·legítima”).

En canvi, pot haver-hi supòsits on dany i enriquiment no vagin de la mà:

- a) En primer lloc, pot haver-hi dany però no enriquiment. Per exemple, si una persona difama una altra, i per tant en malmet el bon nom, el prestigi o la consideració, pot haver-li causat un dany pel qual haurà de respondre. Tanmateix, si el responsable s'hi ha enriquit, resulta menys obvi que la víctima pugui absorbir aquest enriquiment. Aquesta pot haver sofert un dany moral, però en cap cas no hauria pogut enriquir-se malmetent el seu propi nom o publicant falsedats sobre si mateixa.
- b) En segon lloc, pot haver-hi dany i enriquiment, però que no coincideixin. Per exemple, pot succeir que l'enriquiment experimentat pel causant de l'acte il·lícit —que, per exemple, explota de forma il·legal obres intel·lectuals protegides— sigui superior a l'empobriment sofert per la víctima.
- c) Finalment, pot donar-se un tercer escenari, que en aquest treball només quedarà apuntat i que mereixeria una anàlisi separada. Són aquelles situacions en què algú pren mesures de prevenció d'un dany, sigui a un tercer, a la mateixa persona, o a interessos més amplis com, *v. gr.*, la protecció del medi ambient. Aleshores, es planteja la paradoxa que l'absència de dany, aconseguida gràcies a les referides mesures, impedeixen el sorgiment de la responsabilitat. Es podria dir que la persona que va originar l'adopció de mesures de prevenció amb la seva conducta s'ha enriquit, mentre que una altra

¹¹ Vegeu Luis Díez-Picazo y Ponce de León, “La doctrina del enriquecimiento injustificado”, a: Manuel de la Cámara Álvarez / Luis Díez-Picazo y Ponce de León, *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Madrid, Civitas, 1988, 13-133, p. 94 ss. i Xabier Basozabal Arrúe, *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, Madrid, Civitas, 1998, p. 37, 43 i 331, amb més referències.

persona s'ha empobrit per haver-ne suportat el cost. En canvi, *stricto sensu* no hi ha un dany.

2. El fet danyós no ha de sortir a compte

2.1 La qüestió en el Dret espanyol

A) Problemes de delimitació

Com és sabut, al Dret espanyol la responsabilitat extracontractual es basa com a regla general en la causació d'un dany a altri amb culpa (art. 1902 CC). A diferència d'altres ordenaments, el nostre no té una llista tancada d'interessos protegits per la responsabilitat extracontractual. La llei simplement es refereix al dany, d'una forma àmplia i sense definir-lo. La raó d'aquest enfocament és històrica i rau en la influència que el Codi Civil francès (especialment, art. 1382) va tenir sobre el Codi Civil espanyol en aquesta com en altres matèries.

Als sistemes de clàusula general com l'espanyol o el francès, hi ha relativament poques barreres naturals que impedeixin l'expansió del sistema de responsabilitat. La manca de contorns clarament definits pel legislador en relació amb el concepte de dany pot facilitar que la responsabilitat extracontractual acabi assumint funcions que, estrictament parlant, correspondrien a altres sectors de l'ordenament. No sembla casual que als dos Codis Civils referits l'enriquiment injustificat hi trobi un encaix molt complex, atesa la manca d'una norma general que el prevegi de forma expressa, mentre que la responsabilitat extracontractual està definida amb l'abast més ampli possible.¹² En ambdós codis, i per raons històriques, són els quasicontractes de la gestió de negocis aliens sense mandat i el cobrament de l'indegut els que reben l'atenció del legislador, mentre que la prohibició d'enriquiment injustificat queda en una nebulosa.¹³

En contraposició a l'abstracció del BGB, que proscriu aquest enriquiment amb caràcter general (§ 812), el *Code* napoleònic es caracteritza per un major pragmatisme, el que ha comportat que la doctrina hagi fet referència

¹² En aquesta línia es pot veure Pietro Sirena, "La restituzione del profitto ingiustificato (nel Diritto industriale italiano)", *Rivista de Diritto Civile* [Riv. dir. civ.], 2006, 305-322, p. 307 i Philippe Remy, "Les restitutions dans un système de quasi-contrats: l'expérience française", a: Letizia Vacca (a cura di), *Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito*, Torino, Giappichelli, 2005, 73-95, p. 78 i 91.

¹³ Vegeu Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, 6ª ed., Madrid, Thomson Civitas, 2008, p. 179 ss., i respecte del Dret francès, Remy, "Les restitutions...", cit., p. 73.

ocasionalment al principi de prohibició de l'enriquiment injust, però o bé per descartar-lo com a generalització mancada de sentit, o bé per exposar-lo però sense explicitar com es relaciona amb els supòsits en què el Dret francès dóna un remei a l'afectat.¹⁴ Pel que fa estrictament al Dret espanyol, són ben conegudes les dificultats que la doctrina ha trobat a l'hora d'encabir o ubicar sistemàticament l'enriquiment injustificat dins les previsions del CCE.¹⁵ Aquest punt de partida ha propiciat que l'expedient tècnic de la responsabilitat es faci servir per a tractar problemes que pròpiament no li corresponen. L'absorció de beneficis és, probablement, un d'ells, com suggereix l'anàlisi de les disposicions legals següents.¹⁶

a) Protecció dels béns de la personalitat

Com ja s'ha vist, la regulació sobre el dret a l'honor, la intimitat i la pròpia imatge preveu que, a banda de l'acció de responsabilitat extracontractual, la víctima pugui exigir el "lucro obtenido con la intromisión ilegítima en sus derechos" (nou art. 9.2.d) de la LO 1/1982). La norma anterior (art. 9.3), qualificada per part de la doctrina com a "críptica",¹⁷ establia que la indemnització també s'estendria al dany moral, i que "[t]ambién se valorará el beneficio que haya obtenido el causante de la lesión como consecuencia de la misma". Conforme a una interpretació, el precepte preveia una pretensió d'enriquiment injustificat englobada dins d'una acció de danys.¹⁸ La pretensió d'enriquiment "s'afegeix a la pretensió indemnitzatòria amb l'objecte d'incidir en el seu *quantum* perquè absorbeixi els beneficis

¹⁴ Com posa en relleu James Gordley, *Foundations of private law. Property, tort, contract, unjust enrichment*, New York, Oxford University Press, 2006, p. 420.

¹⁵ Vegeu José Luis Lacruz Berdejo, "Notas sobre el enriquecimiento sin causa", *RCDI* 1969, núm. 472, 569-603, p. 569 i 573.

¹⁶ Es deixen ara i aquí de banda les normes relatives a la restitució de fruits, basades no en la producció d'un dany sinó en la possessió de mala fe. Segons Jesús Delgado Echeverría, "Adquisición y restitución de frutos por el poseedor", *ADC* 1975, 551-637, p. 626, aquesta restitució constitueix "la repressió del benefici aconseguit il·lícitament mitjançant la utilització d'un bé aliè, amb un cert sentit sancionador". Semblantment, vegeu Ángel Carrasco Perera, "Artículo 123", a: Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano (Coord.), *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, Madrid, Tecnos, 1989, 1633-1676, p. 1673.

¹⁷ Vegeu Luis Díez-Picazo y Ponce de León, "Indemnización de daños y restitución de enriquecimientos", *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, 2007, núm. 37, 201-226, p. 215-216.

¹⁸ Així, Miquel Martí Casals, "Indemnización por daños y otras medidas judiciales por intromisión en el derecho al honor", a: Pablo Salvador Coderch (dir.), *El mercado de las ideas*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1990, 382-409, p. 399 i Martí Casals/Salvador, "Comentario...", cit., p. 763. Amb una orientació semblant, per al Dret alemany, vegeu Erich Steffen, "Schmerzensgeld bei Persönlichkeitsverletzung durch Medien. Ein Plädoyer gegen formelhafte Berechnungsmethoden bei der Geldentschädigung", *NJW* 1997, 10-14, p. 13.

obtinguts com a conseqüència de la lesió”,¹⁹ i així evitar que la conducta danyosa sortís a compte. Per a una altra interpretació, en canvi, la pretensió no és pròpiament parlant d’enriquiment injustificat, sinó de responsabilitat extracontractual, però en un sentit de prevenció.²⁰ En qualsevol cas, la nova norma separa més nítidament ambdues accions, en distingir entre “la indemnització dels danys” (lletra c) de l’art. 9.2) i “l’apropiació pel perjudicat del lucre obtingut amb la intromissió il·legítima en els seus drets” (lletra c) del mateix art. 9.2). Per tant, ja no sembla possible dir que l’absorció del lucre sigui una pretensió de responsabilitat extracontractual.²¹

b) Competència deslleial

Un altre àmbit on es planteja aquesta qüestió és el dels il·lícits concurrencials. Són ben conegudes les dificultats pràctiques de quantificar el perjudici sofert per la víctima d’aquestes conductes, en especial pel que fa al lucre cessant.²² Doncs bé, la ja referida regulació sobre competència deslleial disposa que la víctima tindrà dret a exercir l’acció d’enriquiment injust (art. 32.6 LCD) a més de la indemnització de danys (art. 32.5 LCD). No només és la primera llei que dóna autonomia a l’acció d’enriquiment respecte de la de danys, sinó que la preveu sense caràcter subsidiari i, en conseqüència, en permet l’exercici simultani amb aquella. Aquest tractament separat de les accions evita la confusió entre accions present en altres textos legals i part de la doctrina. Per aquesta raó, no es pot determinar la indemnització mitjançant la presa en consideració dels beneficis obtinguts pel responsable, ja que això és objecte de l’acció d’enriquiment de l’art. 32.6 LCD.²³ Pel que fa a l’origen d’aquesta darrera norma, la doctrina apunta al Dret suís, en particular, a l’art. 9.3 de la Llei

¹⁹ Cf. Martín Casals, “Indemnización...”, cit., p. 399.

²⁰ Vegeu José Manuel Busto Lago / Fernando Peña López, “Enriquecimiento injusto y responsabilidad civil extracontractual”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 1997, núm. 1, 141-166, p. 157.

²¹ També aplaudeixen aquest canvi Antonio del Moral García / Ignacio Rodríguez Fernández, *Reparación del honor lesionado (abusos, déficits y excesos: confusionismo y promiscuidad en la tutela de un derecho fundamental)*, Granada, Comares, 2010, p. 188-189.

²² Per tots, Jaime Pérez-Bustamante Köster / Juan Passás Ogallar, “Reclamaciones de daños y perjuicios derivados de la infracción de la normativa sobre competencia”, a: Antonio Creus Carreras (Coord.), *La Ley 15/2007, de defensa de la competencia. Jornada de estudio de la Asociación Española de Defensa de la Competencia*, Madrid, La Ley, 2008, 249-278, p. 272 ss.

²³ Defensa el criteri contrari Sol Bacharach de Valera, “Acciones derivadas de la competencia desleal (en torno al artículo 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal)”, *RGD* 1991, núm. 562, 6177-6215, p. 6200. En canvi, correctament, Anxo Tato Plaza / Pablo Fernández Carballo-Calero / Christian Herrera Petrus, *La reforma de la Ley de competencia desleal*, Madrid, La Ley, 2010, p. 391.

suïssa de competència deslleial,²⁴ que permet —a més de l'acció de danys— “reclamar l'entrega del guany segons les disposicions sobre la gestió de negocis” (*exiger la remise du gain selon les dispositions sur la gestion d'affaires*).²⁵ Sobre aquesta connexió amb la gestió es parlarà més endavant en aquest treball.²⁶

Qüestió diferent és que la Llei limiti l'abast de l'acció d'enriquiment en requerir per al seu exercici que “el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico” (art. 32.6 LCD, equivalent al vell art. 18.5 LCD),²⁷ com ara un dret de propietat intel·lectual o industrial, o les corresponents amb les posicions actives respecte de les quals l'ordenament reserva al seu titular l'explotació del bé a través de qualsevol mecanisme.²⁸ Un exemple de lesió d'una posició anàloga seria la imitació per reproducció.²⁹ La restricció legal referida suposa, a banda de la possible manca de precisió i la dificultat de prova (*v. gr.* STS de 29.10.1999 [RJ 1999/8164], FD 5è), una diferència notable en comparació amb els requisits genèrics de l'acció d'enriquiment, diferència criticable per a molts autors.³⁰ No obstant això, cal no perdre de vista que els actes de competència deslleial no solen lesionar interessos atribuïts per l'ordenament en exclusiva al seu titular, i per tant com a regla general no seria possible l'exercici de l'acció d'enriquiment.³¹ En qualsevol cas, un pressupòsit d'exercici de l'acció de responsabilitat és la conducta culposa o dolosa del responsable (art. 32.5 LCD), requisit no aplicable a l'acció

²⁴ *Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD) du 19 décembre 1986*, <www.admin.ch/ch/f/rs/241/index.html>.

²⁵ Vegeu Pedro Portellano Díez, *La imitación en el Derecho de la competencia desleal*, Madrid, Civitas, 1995, p. 146 nota 245.

²⁶ Vegeu-ne l'apartat III.

²⁷ A això calia afegir, anteriorment, la declaració prèvia d'anticompetitivitat, ara innecessària. Vegeu Alfonso Gutiérrez / Javier García Sanz, “La indemnización por daños y perjuicios ocasionados por infracciones de las normas de defensa de la competencia. Desarrollo en España e hitos recientes”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez* 2005, núm. 12, 84-86, p. 84 i Pérez-Bustamante/Passás, “Reclamaciones...”, *cit.*, p. 256.

²⁸ Vegeu José Massaguer, “Naturaleza, protección y titularidad de los derechos audiovisuales sobre eventos deportivos”, *Actas de Derecho Industrial*, 1997, núm. XVIII, p. 283 ss.; el segueix Díez-Picazo, “Indemnización...”, *cit.*, p. 218-219; semblantment, Carlos Fernández-Novoa, *El enriquecimiento injustificado en el Derecho industrial*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 19 ss.

²⁹ Vegeu Portellano, *La imitación...*, *cit.*, p. 155.

³⁰ Entre altres, Luis Gimeno Olcina, “Algunos problemas de la Ley de Competencia Desleal”, *La Ley* 1993, vol. 2, 941-957, p. 953 o Ángel-Vicente Illescas Rus, “El ejercicio de las acciones civiles que propicia la LCD”, a: *Propiedad industrial y competencia desleal*, Madrid, CGPJ, 1995, 195-251, p. 246.

³¹ Com argumenten Portellano, *La imitación...*, *cit.*, p. 146 i 152 i Carrasco, “Artículo 123”, *cit.*, p. 1655.

d'enriquiment (art. 32.6 LCD). També cal tenir en compte la detracció de les despeses raonables fetes per l'infractor.³²

De fet, aquesta regulació té poca incidència a la pràctica.³³ Algunes sentències han rebutjat que hi hagués un dany, per manca de prova (v. gr. SAP Burgos, Secció 2a, de 26.7.2002 [JUR 2002, 233703], FD 11è), cosa que pot resultar en una indesitjable infracompensació. Per aquestes raons, part de la doctrina postula la conveniència de valorar el dany equitativament, com permetria el Dret italià.³⁴

c) *Protecció de la propietat intel·lectual i industrial*

A diferència d'aquestes normes, altres preveuen l'enriquiment injust, però no com a acció separada, sinó com a criteri de determinació de la indemnització, d'una forma similar al que succeïa amb la redacció antiga de la LO 1/1982. Així, en primer lloc, la Llei de propietat intel·lectual [LPI]³⁵ disposa que el titular dels drets protegits per aquesta llei podrà exigir la indemnització de danys materials i morals (art. 138), i que el *quantum* d'aquesta es determinarà, "a elecció del perjudicat", conforme a algun dels criteris següents: "a) Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita. En el caso de daño moral procederá su indemnización, aun no probada la existencia de perjuicio económico. Para su valoración se atenderá a las circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión y grado de difusión ilícita de la obra. b) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión" (art. 140.2).³⁶

³² Vegeu Tato/Fernández/Herrera, *La reforma...*, cit., p. 399.

³³ Ho constata, entre altres, Purificación Martorell, "La indemnización por daños y perjuicios ocasionados por infracción de las normas de defensa de la competencia", a: Juan Ignacio Ruiz Peris (dir.), *La nueva Ley de defensa de la competencia*, Valencia, Tirant, 2008, 97-105, p. 98.

³⁴ Així Fernando L. de la Vega García, *Responsabilidad civil derivada del ilícito concurrential. Resarcimiento del daño causado al competidor*, Madrid, Civitas, 2001, p. 293; Bacharach, "Acciones...", cit., p. 6200 i Concepción Molina Blázquez, *Protección jurídica de la lealtad en la competencia*, Madrid, Montecorvo, 1993, p. 103 i 302.

³⁵ *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia* (BOE núm. 97, de 22.4.1996).

³⁶ El precepte està redactat conforme a la reforma introduïda per l'art. 2 de la *Ley 19/2006, de 5 de junio, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial y se establecen normas procesales para facilitar la aplicación de diversos reglamentos comunitarios* (BOE núm.134, de 6.6.2006, p. 21230-21238). Mitjançant aquesta llei, el

Formalment, es tracta d'una pretensió única de responsabilitat extracontractual, però que inclou dos criteris diferents de valoració, a elecció de la víctima.³⁷ La primera opció, corresponent a la lletra a) del precepte, barreja el lucre cessant (“la pérdida de beneficios”) amb l'enriquiment (“los beneficios que el infractor haya obtenido”), mentre que la segona opció, prevista a la lletra b) i relativa a la llicència hipotètica que l'infractor hauria hagut de demanar al titular, pertany novament a l'àmbit del lucre cessant.³⁸ Notablement, la norma s'allunya dels criteris generals establerts pels arts. 1106 i 1107 CCE i conforme als quals no correspon determinar la indemnització per referència a aquesta regalia o llicència hipotètica (la *Lizenzgebühr* segons la dogmàtica alemanya).³⁹ Respecte d'aquests beneficis, caldrà detreure les despeses corresponents.⁴⁰ Així es va fer, per exemple, en el cas de la pel·lícula “Tiburón 3” (STS de 2.12.1993 [RJ 1993/9489], FD 1r). A la pràctica pot ser molt més complicat demostrar el lucre cessant que no pas calcular el cànon de la llicència hipotètica, i és per això que aquest criteri sembla tenir major aplicació.

Una orientació similar es troba a la legislació sobre la propietat industrial. La Llei de patents [LP]⁴¹ preveu amb caràcter enumeratiu⁴² diverses “accions per violació del dret de patent” (Títol VII). En particular, la víctima podrà reclamar “la indemnización de los daños y perjuicios sufridos” (art. 63.1.b),⁴³

legislador espanyol va transposar al Dret intern la Directiva 2004/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 relativa al respeto de los derechos de propiedad intelectual (DOCE L 157, de 30.4.2004, p. 45-86).

³⁷ Per tots Luis Díez-Picazo, “Artículo 125”, a: Bercovitz, *Comentarios...*, cit., 1694-1698, p. 1696.

³⁸ Així Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, *Las reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 243 i Díez-Picazo, “Artículo 125”, cit., p. 1697; del mateix, “Indemnización...”, cit., p. 216, tot i que reconeix, en relació amb la redacció anterior de la norma, que “l'obscuritat del precepte permet altres interpretacions”. D'una forma semblant, Xabier Basozabal Arrue, “Método triple de cómputo del daño: la indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual”, *ADC* 1997, 1263-1299, p. 1296 i Fernando Díaz Vales, “La doctrina del enriquecimiento injusto y la violación de los derechos de propiedad industrial”, *Anuario de la Facultad de Derecho de Alcalá de Henares*, 2008, núm. 1, 15-44, p. 36.

³⁹ Per tots, vegeu Carrasco, “Artículo 123”, cit., p. 1654.

⁴⁰ Per tots, Alicia Armengot Vilaplana, *La tutela judicial civil de la propiedad intelectual*, Madrid, La Ley, 2002, p. 344.

⁴¹ *Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes de invención y modelos de utilidad* (BOE núm. 73, de 26.3.1986, p. 11188-11208).

⁴² Per tots, Juan Manuel Fernández López, “Marco legal del Derecho de patentes: reformas proyectadas”, a Fernández López (dir.), *Propiedad industrial II*, Madrid, CGPJ, 2006, 17-60, p. 35.

⁴³ Novament, la regulació resulta de la reforma introduïda per l'art. 3 de la ja citada *Ley 19/2006*.

acció que en uns supòsits –detalls a banda– pressuposa la culpa, i en altres no (art. 64 LP).⁴⁴ La regulació de la quantia de la indemnització (art. 66.1) coincideix, *mutatis mutandis*, amb la relativa a la propietat intel·lectual (art. 66.2, lletres a) i b) 1r paràgraf LP). Els beneficis que s'han de restituir són nets.⁴⁵ Com en el cas de la LPI, el problema és que perquè la indemnització tingués efecte dissuasori la llicència hauria de ser més cara del que hipotèticament hauria estat,⁴⁶ però admetre-ho traeix la funció merament compensatòria de la indemnització. Per a aconseguir-ho caldria recórrer a altres expedients tècnics.

La *Ley de Marcas*⁴⁷ [LM] preveu una regulació similar en resposta a la proverbial dificultat de determinar els danys per la usurpació d'aquest tipus de dret.⁴⁸ Pel que fa al lucre cessant, es dona a la víctima la possibilitat d'optar entre una de les possibilitats que ja s'han exposat (art. 43.2). El TS ha afirmat que el criteri de la regalía significa “el deure d'abonar allò que en principi ja caldria haver acomplert” (STS de 18.2.1999 [RJ 1999/660], FD 3r, cas “Antoñita Linares”). Novament, en referir-se als beneficis de l'infractor i a la llicència hipotètica la llei maneja criteris propis d'una acció d'enriquiment.⁴⁹ Amb això es distingeix, per exemple, del Dret suís, on la Llei de marques⁵⁰ permet el titular de la marca que reclami –a més de la indemnització de danys– la restitució dels guanys conforme a les normes sobre gestió de negocis aliens (art. 55.2).⁵¹ El problema de la LM és que l'acció d'enriquiment no té autonomia. Ara bé, com que la violació de la marca suposa al mateix temps un il·lícit concurrencial, es podrà exercir l'acció

⁴⁴ Per tots, sobre aquest aspecte, vegeu Manuel Botana Agra, “Defensa y mantenimiento de la patente”, a: Carlos Fernández-Novoa / José Manuel Otero Lastres / Manuel Botana Agra, *Manual de la propiedad industrial*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 180.

⁴⁵ Per tots, Fernández-Novoa, *El enriquecimiento...*, cit., p. 38.

⁴⁶ Cosa que admet Miquel Montañá Mora, “Los daños y perjuicios por infracción de patentes”, a: Juan Manuel Fernández López (dir.), *Propiedad industrial III*, Madrid, CGPJ, 2008, 127-170, p. 153.

⁴⁷ *Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de marcas* (BOE núm. 294, de 8.12.2001, p. 45579-45603), en la redacció resultant de la reforma mitjançant la *Ley 19/2006* (art. 4).

⁴⁸ Per tots vegeu Carlos Fernández-Novoa, *Fundamentos de derecho de marcas*, Madrid, Montecorvo, 1984, p. 286 ss.; *Tratado sobre Derecho de marcas*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons, 2001, p. 404 i “Posición jurídica del titular de la marca”, a: Fernández-Novoa/Otero/Botana, *Manual...*, cit., p. 680.

⁴⁹ Per tots, J. Massaguer Fuentes, “Acción por violación del derecho de marca”, a: *Enciclopedia Jurídica Básica*, I, Madrid, Civitas, 1995, 116-122, p. 117; i Fernández-Novoa, *Tratado...*, cit., p. 405.

⁵⁰ *Loi fédérale sur la protection des marques et des indications de provenance (Loi sur la protection des marques, LPM) du 28 août 1992 (Etat le 1er juillet 2011)*, <www.admin.ch/ch/fr/rs/232_11/index.html>.

⁵¹ Sobre aquesta altra figura, vegeu més avall l'apartat III d'aquest treball.

autònoma d'enriquiment injustificat de l'art. 32.6 LCD —que, com s'ha vist, no pressuposa la culpa.⁵²

Ateses les dificultats que típicament experimenta el titular d'un dret de marca lesionada per provar el dany sofert, la llei facilita la càrrega probatòria d'aquest titular mitjançant una previsió específica. En particular, si la violació del dret ha estat declarada judicialment, el seu titular tindrà dret a obtenir en concepte d'indemnització l'1 % de la xifra de negocis realitzada per l'infractor amb els productes o serveis marcats il·lícitament, sense que calgui cap mena de prova. Si els danys o perjudicis són superiors i així ho acredita el titular de la marca, tindrà dret a una indemnització superior, conforme als apartats anteriors (art. 43.6 LM). La doctrina ha criticat que els tribunals tendeixin a renunciar a compensar més enllà d'aquest percentatge.⁵³ Això de banda, el demandat podrà detreure les despeses de l'import brut de les vendes de productes proveïts de la marca infractora, en el seu cas.⁵⁴

La Llei de protecció jurídica del disseny industrial⁵⁵ [LDI] també preveu normes similars (arts. 54 i 55).⁵⁶ La llei preveu una indemnització fixa i mínima per a tots els casos de violació d'un disseny registrat, consistent en l'1 % de la xifra de negocis de l'infractor amb els productes que incorporin el disseny protegit (art. 55.5). Aquesta llei no regula l'enriquiment injustificat de forma autònoma. Tanmateix, com que la violació del disseny industrial suposa al mateix temps un il·lícit concurrencial, es podrà exercir l'acció autònoma de l'art. 32.6 LCD.⁵⁷

Les lleis anteriorment referides permeten posar en relleu com els drets immaterials resultants de les obres de l'ingeni humà estan protegits extracontractualment d'una forma molt semblant. Interessa destacar dos extrems. Primer, aquests drets presenten dificultats comunes a l'hora

⁵² Vegeu Fernández-Novoa, *Tratado...*, cit., p. 408 i, del mateix autor, "Posición...", cit., p. 681.

⁵³ Vegeu Carrasco, "Aranzadi vs. El Derecho...", p. 8 ss.

⁵⁴ Vegeu Fernández-Novoa, *El enriquecimiento...*, cit., p. 79; del mateix, *Derecho de marcas*, Madrid, Montecorvo, 1990, cit., p. 206; del mateix, *Tratado...*, cit., p. 409-410; del mateix, "Posición...", cit., p. 682; també Massaguer, "Acción...", cit., p. 118.

⁵⁵ *Ley 20/2003, de 7 de julio, de protección jurídica del diseño industrial* (BOE núm 162, de 8.7.2003, p. 26348-26368), en la redacció que li va donar la citada *Ley 19/2006* (art. 5).

⁵⁶ Vegeu José Macías Martín, "La protección comunitaria del diseño industrial", a Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.), *Derecho de la competencia y propiedad industrial en la Unión Europea*, Cizur Menor, Thomson Aranzadi, 2007, 305-356, p. 344. Sobre la regulació anterior, es pot veure Alberto Bercovitz, "La nueva regulación del diseño industrial en la UE y en la legislación española", a Juan Manuel Fernández López (dir.), *Propiedad industrial I*, Madrid, CGPJ, 2003, 349-370, p. 361-365.

⁵⁷ Vegeu José Manuel Otero Lastres, "Acciones judiciales", a: Fernández-Novoa/Otero/Botana, *Manual...*, cit., p. 469.

de determinar la indemnització per la seva usurpació.⁵⁸ Aquestes són particularment notables en relació amb el lucre cessant, atès el rigor de la jurisprudència (entre moltes, SSTS de 19.6.1989 [RJ 1989, 5725] i 26.6.1998 [RJ 1998, 5019]). Per això, el legislador preveu mecanismes detallats de càlcul del *quantum* indemnitzatori d'aquest lucre cessant. Però aquests mecanismes no en permeten una determinació directa, sinó indirecta a través de determinats índex objectius. L'elecció entre ells no depèn de les circumstàncies del cas sinó de l'elecció subjectiva de l'interessat. Aquesta circumstància pot conduir a resultats inadequats, ja que les normes no distingeixen segons que la lesió s'hagi causat de forma negligent o dolosa.⁵⁹ A més, resulta discutible si el mètode previst facilita la determinació de la indemnització, especialment si es té en compte la dificultat de determinar el preu de la llicència hipotètica.⁶⁰ Algunes reclamacions d'aquest tipus han fracassat per dificultats probatòries relacionades amb la demostració del benefici obtingut pel demandat (v. gr. SAP Pontevedra de 6.10.2004, FD 5è, i STS de 31.5.2002 [RJ 2002/6753], FD 4t, cas "Petrossian"; cf. el cas "Lara Croft", SAP Barcelona, Secció 15a, de 28.5.2003 [AC 2003/960], FD 9è).

Segon, aquestes lleis (amb l'excepció de la LCD i la nova redacció de la LO 1/1982) no esmenten una acció separada d'enriquiment injustificat entre els remeis corresponents al titular del dret vulnerat, sinó que l'absorció dels beneficis apareix només com a aspecte propi de la reclamació d'una indemnització. D'aquesta forma, la pretensió d'enriquiment queda incrustada en el mecanisme de la responsabilitat extracontractual, però de manera encoberta, disfressada de reclamació de responsabilitat.⁶¹ En aquest sentit, possiblement seria dogmàticament més correcte preveure de forma separada ambdues accions i no fingir danys allà on no n'hi ha.

d) Fets constitutius de delictes o falta

Consideració separada mereixen les reclamacions derivades d'un fet il·lícit constitutiu de delictes o falta. Deixant de banda les particularitats de l'anomenada "responsabilitat civil derivada de delictes", cal tenir present que la legislació penal preveu el comís per part del jutge de tots els efectes del delictes o falta i els guanys que se'n derivin (art. 127 del Codi Penal [CP]). El comís no procedeix en tots els casos, sinó només quan el delictes o la falta siguin dolosos (art. 127.1 CP) o bé quan la llei prevegi la imposició

⁵⁸ De fet, en ocasions la vulneració del dret pot fins i tot representar un benefici per al seu titular. Vegeu, per tots, Fernández-Novoa, *El enriquecimiento...*, cit., p. 14.

⁵⁹ Vegeu Carrasco, "Restitución...", cit., p. 150 i Basozabal, "Método...", cit., p. 1267.

⁶⁰ Vegeu Carrasco, "Aranzadi vs. El Derecho...", p. 8 ss., i Basozabal, "Método...", cit., p. 1294.

⁶¹ Semblantment, es pot veure Basozabal, "Método...", cit., p. 1279 i Díaz, "La doctrina...", cit., p. 25 i 30.

d'una pena privativa de llibertat superior a un any per la comissió d'un delictes imprudent (art. 127.2 CP). És una conseqüència accessòria del delictes o falta. Per tant, pot aplicar-se encara que l'imputat estigui exempt de responsabilitat criminal o aquesta responsabilitat s'hagi extingit, sempre i quan "quedi demostrada la situació patrimonial il·lícita" (art. 127.4 CP).

Atès que el Codi Penal preveu el comís, si en concorren els pressupòsits d'aplicació resulta pràcticament impossible que es compleixi el primer requisit de l'acció d'enriquiment injustificat, com és que el demandat hagi obtingut un enriquiment, ja que aquest l'haurà decomissat l'òrgan judicial en compliment de la norma de l'art. 127 CP.⁶² La doctrina ha subratllat la utilitat del comís,⁶³ però sembla que el legislador no és partidari de la seva aplicació indiscriminada, i especialment no en l'àmbit jurídic-privat.⁶⁴

e) *Recapitulació*

Com ja s'ha vist, el legislador tendeix a barrejar o confondre figures o institucions diferents, com són la responsabilitat extracontractual i la prohibició de l'enriquiment injustificat. Aquesta confusió és molt clara en els supòsits en què la llei preveu que la mesura de l'enriquiment sigui un criteri de còmput del *quantum* indemnitzatori. Que la llei permeti la víctima de determinats danys optar per obtenir una suma que no es correspon necessàriament amb el dany efectiu, sinó que es determina per la dada objectiva de l'enriquiment obtingut pel demandat, trenca amb els principis més elementals de la responsabilitat extracontractual i suposa una disparitat de tractament en relació a altres situacions (cf. art. 1106 CCE). És com si el legislador establís que s'ha produït un dany objectiu, tot atribuint a la responsabilitat una funció de reintegració que en realitat li és aliena.⁶⁵

En efecte, amb caràcter general la indemnització no pot tenir en compte la situació patrimonial del causant del dany,⁶⁶ que és el que s'està fent quan aquella es computa mitjançant l'enriquiment. De fet, es podria intentar trobar un paral·lelisme amb la regla de determinació abstracta del dany

⁶² Semblantment, Busto/Peña, "Enriquecimiento...", cit., p. 163.

⁶³ Així Fernando Pantaleón Prieto, "La Constitución, el honor y unos abrigos", *La Ley* 1996, 1689-1695, p. 1691.

⁶⁴ Així ho interpreta Basozabal, *Enriquecimiento...*, cit., p. 98-99 i, del mateix autor, "Método...", cit., p. 1297.

⁶⁵ Vegeu Pantaleón, "La Constitución...", cit., p. 1695 nota 33 i Basozabal, "Método...", cit., p. 1276, 1291 i 1293.

⁶⁶ Vegeu Martín Casals, "Indemnización...", cit., p. 393.

prevista per l'art. 1108 CCE,⁶⁷ i entendre que ens trobem davant d'una regla d'objectivització del còmput del dany (*objektive Schadensberechnung*), basada en la idea que és relativament freqüent o probable que el dany de la víctima coincideixi amb el benefici del danyant.⁶⁸ Amb tot, un punt feble d'aquesta tesi és que en l'àmbit de l'art. 1108 CCE hi ha una coincidència estadística entre la regla i el dany típic, cosa que difícilment succeeix en el supòsit que aquí es comenta —especialment si es tenen en compte els casos en què el titular es nega sistemàticament a cedir el seu dret o l'explota o l'ha cedit en exclusiva.⁶⁹ La coincidència pot ser freqüent, però també pot no donar-se.

Per això, hom es podria plantejar, al fil de les normes anteriors, que si es permet la víctima que absorbeixi l'enriquiment del causant del dany, el que s'està fent és introduir al nostre sistema la figura dels anomenats danys punitius (*punitive damages*).⁷⁰ Certament, l'absorció del benefici implica atribuir a la víctima una suma de diners o "indemnització" que possiblement no es correspongui amb el dany sofert, sinó amb un paràmetre extern a la responsabilitat (l'enriquiment). Tot i certs debats, sembla que hi ha acord que no és una funció del Dret de la responsabilitat extracontractual sancionar conductes, sinó reparar danys.⁷¹ Però l'etiqueta de punició que se sol atribuir a l'absorció del benefici es pot relativitzar si l'absorció es contempla no com a indemnització, sinó com el que pròpiament és: una cosa diferent. De fet, sembla que no es pot titllar automàticament de punitiva l'absorció del benefici, perquè el seu *quantum* no depèn de la gravetat de la culpa del responsable⁷² i perquè només seria sancionadora la suma que excedís allò que la víctima hagués pogut obtenir per ella mateixa.⁷³ A més, es podria

⁶⁷ En la línia que defensa Ángel Carrasco Perera, "Restitución de provechos (y II)", *ADC* 1988, 5-151, p. 149; del mateix, "Artículo 123", cit., p. 1666 i "Aranzadi vs. El Derecho...", p. 8 ss. Aquesta és també la interpretació dominant a la jurisprudència alemanya, vegeu per tots Schlobach, *Das Präventionsprinzip...*, cit., p. 207.

⁶⁸ Així també Ernst von Caemmerer, "Bereicherung und unerlaubte Handlung", a: Hans Döle / Max Rheinstein / Konrad Zweigert (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Rabel*, Band I. *Rechtsvergleichung und Internationales Privatrecht*, Tübingen, J. C. B. Mohr, 1954, 333-401, p. 360.

⁶⁹ Vegeu Basozabal, "Método...", cit., p. 1290-1291 i Díez-Picazo, "Indemnización...", cit., p. 222-223.

⁷⁰ Així Busto/Peña, "Enriquecimiento...", cit., p. 159-160 i Bercovitz, "La dignidad...", cit. Semblantment, Basozabal, "Método...", cit., p. 1297, del mateix autor, *Enriquecimiento...*, cit., p. 98.

⁷¹ Per tots, Martín Casals, "Indemnización...", cit., p. 393 i Martín Casals/Salvador, "Comentario...", cit., p. 761.

⁷² Vegeu Mathias Siems, "Disgorgement of Profits for Breach of Contract. A Comparative Analysis", *Edinburgh Law Review*, 2003, vol. 7, 27-59, p. 48 i 54.

⁷³ Així, Rudolf Kramer, "Schadensersatz für Verletzungen von gewerblichen Schutzrechten und Urheberrechten nach deutschem Recht", *GRUR: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 1980, 259-272, p. 270.

qüestionar per què ha de ser el demandant qui absorbeixi l'enriquiment simplement per haver estat víctima d'una conducta danyosa. Si la institució fos realment punitiva, es podria valorar que l'absorció de danys s'atribuís a l'Estat, mentre que si se li busca un enquadrament teòric diferent pot estar plenament justificada la seva assignació a la víctima. Entre beneficiar el responsable o beneficiar la víctima, l'elecció sembla relativament senzilla en favor de la segona.⁷⁴ Fins i tot, seria possible en teoria assignar a l'Estat el benefici obtingut il·lícitament sense que això equivalgués automàticament a una sanció. Aquest model es pot trobar al Dret comparat, a la Llei alemanya de competència deslleial [UWG]⁷⁵ (§ 10). La doctrina alemanya considera que la norma no és punitiva —ja que el càstig requeriria anar més enllà de l'absorció del benefici— sinó merament preventiva.⁷⁶ Tot això significa, primer, que el que el legislador hauria de fer no és confondre institucions, sinó preveure diversos remeis i fer que cadascun acompleixi la funció que li correspon. I segon, que l'absorció de beneficis no persegueix castigar, sinó simplement evitar que el responsable conservi un benefici que no hauria d'haver obtingut.

Qüestió diferent és si l'absorció del benefici obtingut pel demandat s'ha de canalitzar per la via de la indemnització del dany moral, com ha entès una part de la doctrina espanyola. Segons aquesta opinió, “la quantificació monetària del dany moral constitueix un instrument útil per a adequar a les circumstàncies del cas la reparació del perjudicat, superant els límits i les dificultats que deriven d'una estricta valoració dels danys i perjudicis materials soferts pel mateix”.⁷⁷ Semblantment, es diu que “tal vegada pugui aproximar-se el benefici injustificat del transgressor a una espècie de dany moral de la víctima, que veu com una altra persona s'enriqueix a costa de la seva intimitat o de la seva imatge, amb el consegüent disgust i maldecap”.⁷⁸ Encara amb una línia similar, es posa en relleu l'absorció dels beneficis del responsable té una funció de satisfacció del dany moral.⁷⁹

⁷⁴ Com apunta Johannes Hager, “Durchführungsdefizite beim Ersatz des Schadens?”, dins de: Hans-Jürgen Ahrens / Christian von Bar / Gerfried Fischer / Andreas Spickhoff / Jochen Taupitz (Hrsg.), *Medizin und Haftung. Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag*, Berlin, Heidelberg, Springer, 2009, 769-779, p. 770.

⁷⁵ *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010* (Bundesgesetzblatt [BGBl.] I S. 254).

⁷⁶ Vegeu Helmut Köhler, “UWG § 9”, a: Helmut Köhler / Joachim Bornkamm, *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, 27. Auf., München, Beck, 2009, p. 1141 Rn. 3 i els que cita.

⁷⁷ Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, “La dignidad de las víctimas de delitos”, *Aranzadi Civil*, “Tribuna”, núm. 6/2010 [BIB 2010, 1814].

⁷⁸ Així Eugenio Llamas Pombo, “Daño y restitución del enriquecimiento del responsable”, *Práctica Derecho de daños* 2010, núm. 87, 3-4, p. 4, entre altres.

⁷⁹ Així Moral/Rodríguez, *Reparación...*, cit., p. 154.

Nogensmenys, sembla que aquesta interpretació porta a una confusió entre dany i enriquiment. D'aquesta forma, s'atribueix al Dret de la responsabilitat extracontractual una funció que no li correspon, com és sancionar una conducta, però de forma encoberta, com si la indemnització del dany moral fos una espècie de calaix de sastre que servís per a aconseguir les finalitats més diverses —fins i tot les no estrictament compensatòries, i per tant, també la funció d'absorció del el guany. Certament, en ocasions la indemnització d'un suposat dany moral es pot haver utilitzat a la pràctica com una via per a evitar una indemnització infracompensatòria.⁸⁰ Ara bé, si el que es vol és que la víctima absorbeixi l'enriquiment del responsable, el que s'ha de fer és emprar les vies que l'ordenament ja preveu i, en cas que aquestes resultin insuficients per algun motiu, explorar-ne de noves, però sense pervertir el sentit del Dret de la responsabilitat extracontractual mitjançant la persecució de funcions que li són alienes, sigui directament, sigui amb el subterfugi d'una pretesa indemnització de danys morals. L'absorció encoberta de guanys (*verdeckte Gewinnabschöpfung*) desnaturalitza les regles de la responsabilitat extracontractual.⁸¹ Finalment, àdhuc en relació al dany patrimonial la doctrina alemanya ha posat en relleu que la determinació del dany sobre la base de la llicència hipotètica és insostenible i només s'explica dogmàticament com a una espècie de subrogat de l'acció d'enriquiment.⁸² Un cop que aquesta acció s'admet sense problemes no té gaire sentit seguir forçant els conceptes de la responsabilitat extracontractual per a aconseguir l'absorció del benefici.

B) La pretesa subsidiarietat de l'enriquiment injustificat

Amb tota probabilitat, les normes especials més amunt referides no haurien estat necessàries si el nostre sistema disposés d'una ordenació més clara de les accions o els remeis per la causació d'un dany. Particularment, la manca d'una regla general d'interdicció de l'enriquiment ha dut a un encaix forçat de la figura en normes d'àmbits materials diversos. Aquesta situació complexa obliga a preguntar-se com funcionaria, si és el cas, aquest mateix mecanisme en àmbits no coberts per les normes referides.

És sabut que, per a un corrent d'opinió força estès, l'acció d'enriquiment injustificat es caracteritza per la seva subsidiarietat (entre altres, SSTs de 20.11.1964 [R] 1964, 5394] i 25.11.1985 [R] 1985, 5898]), subsidiarietat que,

⁸⁰ Com denuncia Carrasco, "Aranzadi vs. El Derecho...", p. 8 ss., amb més referències. Semblantment, Pascual Martínez Espín, *El daño moral contractual en la Ley de propiedad intelectual*, Madrid, Tecnos, 1996, p. 53.

⁸¹ Semblantment, Tilman Hoppe, *Persönlichkeitsschutz durch Haftungsrecht*, Berlin, Duncker & Humblot, 2001, p. 119-120.

⁸² Vegeu Hans-Georg Koppensteiner / Ernst A. Kramer, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Berlin, De Gruyter, 1988, p. 80.

per exemple, preveuen expressament els arts. 2042 del CC italià i 474 del CC portuguès.⁸³ Això comporta que el remei en qüestió no pugui entrar en joc quan s'ha comès un acte il·lícit ja que, aleshores, es podria entendre que l'ordenament ja ha articulat una solució al problema, en la mesura en què permet una reclamació de danys.⁸⁴

Nogensmenys, una altra línia jurisprudencial ha sostingut el criteri contrari, i per tant que l'acció d'enriquiment no és subsidiària (SSTS de 12.4.1955 [RJ 1955, 1126]) i 8.6.1995 [RJ 1995, 4908]). Aquesta línia jurisprudencial és recolzada per part de la doctrina.⁸⁵ Per tant, no hi ha alternativitat ni subsidiarietat, sinó concurrència d'accions, que pertoquen quan concorren els seus requisits respectius, i que es poden acumular.⁸⁶ Aquest punt de vista sembla preferible, ja que cada acció té una funció diferent. A més, si es rebutja la subsidiarietat de l'acció d'enriquiment ja no hi ha cap necessitat de camuflar-la entre les normes sobre indemnització.

En tot cas, la pretesa subsidiarietat només podria impedir que l'exercici de l'acció d'enriquiment respecte de la reclamació del que estrictament constitueix el dany sofert per la víctima, ja que en cas contrari es faria servir la via de l'enriquiment injustificat per a alterar la solució a un supòsit de fet ja previst per una norma legal (la de responsabilitat).⁸⁷ Però atès que l'enriquiment del responsable no és un dany *stricto sensu*, no entra dins del supòsit de la norma de responsabilitat extracontractual i, en conseqüència, queda la via oberta per reclamar l'enriquiment sobre la base de la prohibició d'enriquiment injustificat o una altra via. Això sí, cal evitar que una aplicació combinada de remeis diversos (especialment, si ja s'indemnitza el lucre cessant) desemboqui en una sobrecompensació de

⁸³ Vegeu, amb més detall, Daniel Visser, "Unjust enrichment", a: Jan M. Smits (ed.), *Elgar Encyclopedia of Comparative Law*, Cheltenham UK, Northampton MA USA, Edward Elgar, 2006, 767-782, p. 772; Paolo Gallo, *Arricchimento senza causa e quasi contratti (i rimedi restitutori)*, Torino, UTET, 1996, p. 52 i ss.; Gallo, *Commentario...*, cit., p. 46 ss.; Alberto Trabucchi, "Arricchimento (azione di). b) Diritto civile", a: *Enciclopedia del Diritto*, vol. III, Milano, Giufrè, 1958, 64-76, p. 74 i L. P. Moitinho de Almeida, *Enriquecimiento sem causa*, 3ª ed., Coimbra, Almedina, 2000, p. 32 i 86 ss.

⁸⁴ Vegeu Carrasco, "Artículo 123", cit., p. 1674 i Sirena, "La restituzione...", cit., p. 308.

⁸⁵ Així Lacruz, "Notas...", cit., p. 599-600 i Mª Paz García Rubio, "Restitución de beneficios obtenidos por intromisión en derecho ajeno, por incumplimiento contractual y por ilícito extracontractual", a: Enrique Barros Bourie / Mª Paz García Rubio / Antonio Manuel Morales Moreno, *Derecho de daños*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, 79-133, p. 127.

⁸⁶ Vegeu per tots José Antonio Álvarez Caperochipi, *El enriquecimiento sin causa*, 3ª ed., Granada, Comares, 1993, p. 35 i 116 i Díez-Picazo, "Indemnización...", cit., p. 224.

⁸⁷ Vegeu Margarita Castilla Barea, "La acción de enriquecimiento sin causa en el ordenamiento jurídico español: la justificación de su carácter subsidiario", a: Vacca, *Arricchimento...*, cit., 105-124, p. 123.

la víctima (*Überkompensation*), contrària a la prohibició d'enriquiment (*Bereicherungsverbot*).⁸⁸

La solució del concurs d'accions no té res d'extraordinari des del punt de vista comparat, si es té en compte que als sistemes que rebutgen la subsidiarietat —com són el Dret alemany i el Dret holandès, i més recentment el DCFR— l'acció d'enriquiment pot concórrer amb la de responsabilitat extracontractual, de manera que la víctima pugui obtenir una “compensació” suplementària —pròpiament, l'absorció del benefici— gràcies a la primera.⁸⁹ Una diferència entre ambdues accions es referiria als pressupòsits d'aplicació, ja que mentre que la responsabilitat requereix de la culpa com a regla general (art. 1902 CCE), l'enriquiment injustificat, no.⁹⁰

Aquesta utilització combinada de remeis permet que el responsable no es lucrí amb la seva conducta. Si el deure que li imposa l'ordenament jurídic es limita a reparar el dany, pot ser que aquell encara hi surti guanyant, suposant que hagi obtingut un enriquiment superior al dany de la víctima. Per a evitar-ho, cal que l'ordenament doni incentius adequats, permetent que a la reclamació de responsabilitat extracontractual s'hi afegixi una segona reclamació complementària, adreçada a absorbir l'enriquiment.⁹¹ La qual cosa, com s'ha vist, ja no pertany estrictament al Dret de la responsabilitat extracontractual sinó a una institució diferent. En definitiva, es tracta que la causació d'un dany no surti a compte (*tort must not pay*). Si es vol desincentivar aquest tipus de conductes, cal que el responsable també hagi de transferir a l'afectat el seu enriquiment.⁹² El tema és, però, si realment concorren els requisits per a aplicar l'acció d'enriquiment, cosa que s'examina tot seguit.

⁸⁸ Per tots, vegeu Schlobach, *Das Präventionsprinzip...*, cit., p. 211 i Rolf Sack, “Die Lizenanalogie im System des Immaterialgüterrechts”, a: Hans Forkel / Alfons Kraft (Hrsg.), *Beiträge zum Schutz der Persönlichkeit und ihrer schöpferischen Leistungen. Festschrift für Heinrich Hubmann zum 70. Geburtstag*, Frankfurt a. M., A. Metzner Verlag, 1985, 373-396, p. 395-396.

⁸⁹ Vegeu Jeroen Chorus, “The eclectic design of the new Dutch Civil Code”, a: Vacca, *Arricchimento...*, cit., 173-207, p. 184; Berthold Kupisch, “Ripetizione dell'indebito e azione generale di arricchimento. Riflessioni in tema di armonizzazione delle legislazioni”, a: Vacca, *Arricchimento...*, cit., 269-294, p. 287; Peter Schlechtriem, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 5. Auf., Tübingen, Mohr Siebeck, 1998, p. 317 Rn. 675.

⁹⁰ Per tots, Lacruz, “Notas...”, cit., p. 571 i Díez-Picazo, “Indemnización...”, cit., p. 218.

⁹¹ Com assenyala Antonio Gambaro, “Arricchimento ingiustificato e ripetizione dell'indebito. Note introduttive”, a: Vacca, *Arricchimento...*, cit., 1-11, p. 11.

⁹² En aquesta línia, vegeu Martín Casals, “Indemnización...”, cit., p. 398; en el Dret italià, semblantment, Pietro Trimarchi, “L'arricchimento derivante da atto illecito”, a: Paolo Cendon (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, Giuffrè, 1994, 1147-1159, p. 1150 i 1153.

C) *La possible manca d'empobriment com a obstacle per a l'exercici de l'acció d'enriquiment injustificat*

L'opinió dominant en el nostre Dret sosté que l'acció d'enriquiment té com a pressupòsit que la víctima hagi experimentat un empobriment a conseqüència de l'enriquiment del demandat. Aquest sembla ser el punt de partida acceptat comunament en els sistemes jurídics llatins.⁹³ No només cal un empobriment, sinó que ha de ser correlatiu a l'enriquiment obtingut per altri. L'enriquiment s'obté "a expenses d'altri", ja que li ocasiona una despesa o un desavantatge. Segons alguns autors, aquest empobriment no és altra cosa que un autèntic dany.⁹⁴ En aquesta línia, en l'origen romà de la institució ja es requeria que l'enriquiment es produís *cum alterius detrimento*, i posteriorment les *Siete Partidas* d'Alfons X el Savi van exigir que l'enriquiment ho fos "con daño de otro" (P. 7,34,17). La primera jurisprudència sobre enriquiment injustificat va insistir molt en aquesta idea.⁹⁵ Segons aquesta perspectiva, l'enriquiment i l'empobriment serien dues cares de la mateixa moneda. Aquesta connexió entre enriquiment i empobriment és tan intensa que la víctima només pot obtenir l'enriquiment en la mesura del seu empobriment (així expressament l'art. 479 del CC portuguès).⁹⁶ L'empobriment s'erigeix així en un "límit infranquejable" per al demandant (en paraules de la STS de 5.10.1985 [RJ 1985, 4840], FD 2n; semblantment, STS de 19.4.1990 [RJ 1990, 2731], FD 9è).

En contrast amb l'anterior, es pot entendre que l'empobriment com a tal no és un requisit de la pretensió d'enriquiment injustificat.⁹⁷ Per a aquesta

⁹³ Pot veure's Rafael Núñez Lagos, *El enriquecimiento sin causa en el Derecho español*, Madrid, Editorial Reus, 1934, p. 107 ss.; Almeida, *Enriquecimiento...*, cit., p. 61 ss.; Paolo Gallo, "Unjust Enrichment: A Comparative Analysis", *American Journal of Comparative Law* 1992, vol. 40, 431-465, p. 448; cf. Gallo, *Commentario...*, cit., p. 45, qui creu, amb tot, que el requisit de l'empobriment converteix l'acció d'enriquiment en un mal duplicat (*un brutto doppione*) de l'acció de responsabilitat extracontractual.

⁹⁴ Entre altres, vegeu Busto/Peña, "Enriquecimiento...", cit., p. 142.

⁹⁵ Es pot veure Busto/Peña, "Enriquecimiento...", cit., p. 144, amb més referències.

⁹⁶ Per tots, Lacruz, "Notas...", cit., p. 571, 585 i 586 i José Luis Lacruz Berdejo / Francisco de Asís Sancho Rebullida / Agustín Luna Serrano / Jesús Delgado Echeverría / Francisco Rivero Hernández / Joaquín Rams Albesa, *Elementos de Derecho civil, II, Derecho de obligaciones*, vol. 2, *Contratos y cuasicontratos. Delito y cuasidelito*, 3ª ed. revisada y puesta al día por Francisco Rivero, Madrid, Dykinson, 2005, p. 408 i 414; per al Dret portuguès, Almeida, *Enriquecimiento...*, cit., p. 37, 48 i 116; per al Dret italià, Pietro Sirena, "Note critiche sulla sussidiarietà dell'azione general di arricchimento senza causa", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* [Riv. trim. dir. e proc. civ.] 2005, 105-128, p. 118.

⁹⁷ Entre nosaltres, Álvarez, *El enriquecimiento...*, cit., p. 87 ss. També, en relació amb l'enriquiment per intromissió, Basozabal, *Enriquecimiento...*, cit., p. 101 i 334. Vegeu també l'anàlisi comparada de Gallo, "Unjust Enrichment", cit., p. 449 i Reinhard Zimmermann, "Unjustified Enrichment: The Modern Civilian Approach", *Oxford Journal of Legal Studies* [OJLS] 1995, vol. 15, 403-429, p. 404 i 420.

altra tesi —que és la del Dret alemany— és suficient que el demandat hagi obtingut l'enriquiment, sense que calgui addicionalment que el demandant s'hagi empobrit de forma correlativa. En realitat, sí que pot succeir que ens casos d'enriquiment que es produeixen per una atribució o transferència d'una part a una altra (*Leistungskondiktion*) hi hagi correspondència entre enriquiment i empobriment, ja que l'empobriment de l'*accipiens* es correspon a l'empobriment del *tradens*. En canvi, no té perquè succeir així en els casos d'enriquiment per intromissió (*Eingriffskondiktion*). La confusió rau en ignorar l'enfocament tipològic de les accions d'enriquiment.⁹⁸ Aquest altre punt de vista permetria les reclamacions de l'enriquiment en casos en què el fet que una persona s'enriqueixi no implica que una altra deixi d'ingressar quelcom en el seu patrimoni, ni tampoc que els seus béns experimentin un menyscabament. Per exemple, si algú utilitza una cosa moble aliena sense permís del titular, aquest ús pot ser innocu i tanmateix suposa un enriquiment per a l'autor de la intromissió. Aquest s'està estalviant el preu de la llicència hipotètica, que és el que ha de pagar.⁹⁹ Aquest segon punt de vista permet un major àmbit operatiu de l'acció d'enriquiment, cosa que fa superflu el recurs a altres figures tècniques.

2.2 La qüestió en el Dret comparat

Tots els sistemes jurídics han d'articular una solució per al cas en què el responsable d'un dany s'enriqueix, però això no es tradueix en un empobriment de la víctima. Amb una perspectiva funcional, en el Dret comparat es poden trobar enfocaments diversos. En uns sistemes, la qüestió es resol com a un supòsit de causació de danys, subjecta a indemnització. En altres, entren en joc els sectors normatius referents a l'enriquiment injustificat o a la gestió de negocis aliens sense mandat. En aquests darrers casos, l'acció d'enriquiment o l'acció contra el gestor desenvolupen una funció quasi-extracontractual (*quasi-tortious functions*).¹⁰⁰

A) Primer sistema: Indemnització de danys

El primer sistema consisteix en aplicar les regles sobre responsabilitat extracontractual, com si la restitució de beneficis fos una autèntica indemnització. Aquest és l'enfocament adoptat pel *common law*. En ell, quan una persona no pateix una pèrdua (*loss*) malgrat haver estat víctima

⁹⁸ Aquesta confusió és palmària a l'obra de Núñez Lagos, *El enriquecimiento...*, cit., p. 112 i 124. Cf. aquí, avall, nota 178 i text que l'acompanya.

⁹⁹ Com l'anomenen Busto/Peña, "Enriquecimiento...", cit., p. 150 i 153-154.

¹⁰⁰ En aquest sentit es pot veure Christian von Bar (ed.), *The Private Law Systems in the EU: Discrimination on Grounds of Nationality and the Need for a European Civil Code*, European Parliament, Directorate General for Research, Working Paper, 2000, p. 48 ss.

d'un acte il·lícit (*wrong*), no pot —pròpiament parlant— basar-se en les regles del Dret de la responsabilitat extracontractual (*tort law*) per exigir-ne una reparació o indemnització. Tanmateix, els jutges anglesos entenen, dins de certs límits, que l'autor de la conducta il·lícita no en pot sortir beneficiat. La comissió de l'acte il·lícit no pot sortir a compte o, com diu una frase molt citada del jutge Lord Devlin, *tort must not pay* (*Rookes v. Barnard*).¹⁰¹

Per a assolir un resultat just, es considera que la indemnització no es pot limitar estrictament a la compensació del dany sinó que també ha de permetre que la víctima absorbeixi allò en què el responsable s'hagi beneficiat (*Dubai Aluminium Co v. Salaam*).¹⁰² Per evitar un resultat indesitjat, com seria que la conducta il·lícita resultés profitosa, els jutges anglesos poden obligar el responsable a transferir (*disgorge*) a la víctima l'enriquiment. Aquesta obligació s'incardina dins el Dret de la responsabilitat civil, sense que es produeixi un salt a un altre expedient tècnic com seria l'enriquiment injustificat. Ans al contrari, l'enriquiment il·lícit (*wrongful enrichment*) constituiria un supòsit de danys (*wrongs*).¹⁰³

Per tant, en el *common law* és el mateix Dret de la responsabilitat extracontractual el que articula un mecanisme, l'anomenat *disgorgement*, per a impedir que el responsable s'enriqueixi amb la seva conducta, tot obligant-lo a transferir-lo a l'afectat. El sistema opera com si l'enriquiment obtingut pel responsable fos un dany, pel qual es pot demanar una indemnització (*damages*).

Per a entendre aquest fenomen cal tenir en compte dos factors. El primer, que al *common law* el Dret relatiu a les restitucions (*law of restitution*) està infradesenvolupat en comparació amb altres sistemes.¹⁰⁴ El segon, que al *common law* s'admeten categories d'indemnització no coincidents amb les del nostre sistema, siguin indemnitzacions punitives (*exemplary damages*) o indemnitzacions restitutòries (*restitutionary damages*).¹⁰⁵ Si s'adopta un enfocament funcional, es pot dir que la reversió de la transferència —consisteixi aquesta en una suma de diners o en un objecte diferent— que té lloc arran de l'acció d'enriquiment injust es produeix en el Dret de danys

¹⁰¹ [1964] A.C. 1129, 1227.

¹⁰² [2003] 1 All ER 97, 135, 164.

¹⁰³ Vegeu Peter Birks, "Unjust Enrichment and Wrongful Enrichment", *Texas Law Review* 2001, vol. 79, 1767-1794, p. 1767, 1777 i 1782.

¹⁰⁴ En aquesta línia, Siems, "Disgorgement...", cit., p. 46.

¹⁰⁵ Per tots, Michael Tilbury, "Remedies and the Classification of Obligations", a: Andrew Robertson (ed.), *The Law of Obligations. Connections and Boundaries*, London, UCL Press, 2004, 11-30, p. 28.

a través de la indemnització restitutòria.¹⁰⁶ O si es vol dir d'una altra manera, l'absorció de beneficis o *disgorgement* no té una funció compensatòria, sinó una altra de diferent.¹⁰⁷

La devolució o *disgorgement* no té com a funció castigar el causant del dany, sinó només privar-lo dels beneficis obtinguts (*profit-stripping*). Per tant, la seva funció no és ni compensatòria ni punitiva, sinó preventiva de la comissió de conductes il·lícites (*deterrence*). Per això, a diferència del que passa amb les indemnitzacions punitives (*punitive damages*), el responsable pot detreure'n les seves despeses. El *disgorgement* tampoc no es pot confondre amb figures més o menys similars. En primer lloc, no persegueix deixar el responsable en una posició pitjor a aquella en què es trobaria si no hagués causat el dany, raó per la qual es distingeix dels anomenats *exemplary damages*.¹⁰⁸ I en segon lloc, el *disgorgement* no es pot confondre amb l'enriquiment injust (*unjust enrichment*), perquè el primer té la seva causa en un acte il·lícit (*wrongdoing*), mentre que el segon té per objecte la restitució d'allò obtingut injustament.¹⁰⁹ En aquest sentit, des del punt de vista de la taxonomia jurídica sembla desitjable caracteritzar l'acció de *disgorgement* com a una acció de responsabilitat.¹¹⁰

El *disgorgement* només es pot sol·licitar si el demandat ha comès un il·lícit (*wrong*) contra el demandant, ja es tracti d'un acte originador de responsabilitat extracontractual (*tort*) o un acte contrari a la *equity* (*equitable wrong*).¹¹¹ Segons el *common law*, el remei és el pagament d'una suma raonable (*reasonable fee*), mentre que conforme a l'*equity* el responsable ha de transferir a l'altra part tots els beneficis obtinguts per l'incompliment del seu deure.¹¹²

No és suficient qualsevol tipus de *tort*, sinó que ha de tractar-se d'una apropiació d'un bé moble o immoble; d'una violació d'una patent o dret d'autor (*copyright*), o de l'ús del nom o la imatge d'altri amb una finalitat comercial. En canvi, no es pot demanar el *disgorgement* quan

¹⁰⁶ Vegeu James Edelman, "The Meaning of 'Damages': Common Law and Equity", a: Robertson, *The Law of Obligations*, cit., 31-58, p. 39 i, del mateix autor, "Gain-Based Damages and Compensation", a: Burrows/Lord Rodger of Earlsferry, *Mapping...*, cit., 141-161, p. 150 ss.

¹⁰⁷ Vegeu Jeffrey Berryman "The Compensation Principle in Private Law", *University Loyola of Los Angeles Law Review* 2008, vol. 42, 91-129, p. 118-119.

¹⁰⁸ Amb un altre parer, en el nostre sistema, cf. Bercovitz, "La dignidad...", cit.

¹⁰⁹ Fa aquesta distinció Edelman, "Gain-Based...", cit., p. 143.

¹¹⁰ Vegeu David J. Ibbetson, *A Historical Introduction to the Law of Obligations*, Oxford, Oxford University Press, 1999, p. 293.

¹¹¹ Vegeu Visser, "Unjust enrichment", cit., p. 777.

¹¹² Vegeu Siems, "Disgorgement...", cit., p. 30.

la víctima ho és d'un *tort* de difamació (*defamation*). Cal fer referència també a l'anomenat *tort* de *conversion*, segons el qual la responsabilitat del causant del dany és objectiva.¹¹³

Pel que fa a la coordinació del remei en equitat amb l'acció de danys, tot i que de vegades s'hagi entès que són incompatibles, part de la doctrina argumenta que només hi hauria incompatibilitat quan l'exercici conjunt condueix a una compensació per partida doble (*double recovery*).¹¹⁴ Tanmateix, una altra opinió crida l'atenció sobre la dificultat que es produeixi solapament entre ambdós remeis, en la mesura en què l'acció indemnitzatòria es centra en el dany de la víctima, i en canvi l'absorció de beneficis es centra en el benefici del responsable.¹¹⁵ es considera que no és indemnitzatòria, i per aquesta raó és irrellevant si la víctima hauria pogut obtenir o no el mateix benefici.¹¹⁶

Quelcom similar succeeix al Dret de contractes anglès, als casos d'incompliment. La indemnització que se'n deriva es pot determinar no per referència a la pèrdua soferta per la part innocent, sinó pel guany (o estalvi, en el seu cas) obtingut per l'incomplidor (*Attorney General v. Blake*).¹¹⁷ Tanmateix, la *House of Lords* precisa que aquest remei és excepcional i només s'ha aplicat en casos en què l'incompliment era dolós i estava adreçat específicament a obtenir el guany o estalvi. La doctrina critica la inseguretat que deriva d'aquesta regla.¹¹⁸

Altres sistemes es poden encabir en aquesta mateixa categoria. Al Dret francès la indemnització de danys té en compte no només els danys i perjudicis patits per la víctima, sinó també l'enriquiment obtingut pel responsable. Aquest es computa a la partida del lucre cessant (*lucrum cessans*) de la indemnització. Es tracta d'una acumulació encoberta (*cumul*

¹¹³ Vegeu Andrew Burrows, *Remedies for Torts and Breach of Contract*, 2nd ed., London [etc.], Butterworths, 1994, p. 292.

¹¹⁴ Vegeu Sam Doyle / David Wright, "Restitutionary Damages – The Unnecessary Remedy?", *Melbourne University Law Review* 2001, núm. 1 <www.austlii.edu.au/au/journals/MULR/2001/1.html> (consultat: 3.6.2010), § V.

¹¹⁵ Per a Burrows, *Remedies...*, cit., p. 305, el que succeeix és que l'absorció de beneficis sol veure's com a remei massa dràstic, que cal limitar, però no hi ha veritable incompatibilitat amb l'altra acció.

¹¹⁶ Vegeu Graham Virgo, "Restitutionary Remedies for Wrongs: Causation and Remoteness", a: Charles E. F. Rickett (Ed.), *Justifying Private Law Remedies*, Oxford and Portland Oregon, Hart Publishing, 2008, 301-331, p. 308.

¹¹⁷ [2001] 1 A.C. 268.

¹¹⁸ Vegeu Hector L. MacQueen, "DCFR and 'restitutionary damages' for breach of contract", *European Private Law News*, 16 May 2009 <www.law.ed.ac.uk/epln/blogentry.aspx?blogentryref=7780>, amb més referències. Semblantment, Siems, "Disgorgement...", cit., p. 33.

caché) de l'acció de danys i de l'acció d'enriquiment.¹¹⁹ També cal tenir present que el Dret francès és força flexible pel que fa a la interpretació del concepte de dany moral (*préjudice moral*).¹²⁰ La situació francesa és comparable a la que es troba al Dret italià.¹²¹ La doctrina subratlla que l'acció de responsabilitat extracontractual és emprada a la pràctica fins i tot en casos en què potser el més natural seria fer servir l'acció d'enriquiment.¹²²

El Dret alemany també es podria encabir en aquest primer grup de sistemes, però amb molts matisos. Només part de la doctrina admet que la responsabilitat extracontractual basada en la culpa (§ 823 I BGB; en cas de dol, § 826 BGB) inclogui l'absorció dels beneficis obtinguts pel causant del dany.¹²³ Com es veurà més avall, la posició dominant canalitza aquestes reclamacions per altres vies. La doctrina també ha cridat l'atenció sobre el fet que la responsabilitat extracontractual permet en ocasions assolir una funció d'absorció de beneficis (*Gewinnhaftung*), en concret en els casos en què es determina el lucre cessant de la víctima segons el benefici obtingut pel causant del dany.¹²⁴ Però això pressuposa el salt a una figura diferent, com és la gestió de negocis aliens sense mandat, sobre la qual es tractarà més endavant. En contrast amb això, part de la doctrina ha proposat *de lege ferenda* que es suprimeixi aquest expedient i que s'inclogui una nova norma en seu de dany (§ 251 BGB). Conformement, la víctima d'un il·lícit dolós podria reclamar, en lloc de la indemnització, la restitució del benefici que el responsable hagués obtingut.¹²⁵ Això al marge, diverses normes relatives a drets immaterials preveuen remeis indemnitzatoris segons el mètode del triple còmput del dany (*dreifache Schadensberechnung*). Conformement, la víctima pot demanar en concepte d'indemnització el preu de la llicència hipotètica o els beneficis obtinguts pel demandat. El mateix es pot reclamar per la via de l'enriquiment injustificat, de la qual es tractarà més avall.¹²⁶

¹¹⁹ Com posa en relleu Remy, "Les restitutions...", cit., p. 91, amb més referències.

¹²⁰ Vegeu Cees van Dam, *European Tort Law*, Oxford, OUP, 2006, p. 1202, amb més referències.

¹²¹ Vegeu Pietro Trimarchi, "Illecito (diritto privato)", a: *Enciclopedia del Diritto*, vol. XX, Milano, Giuffrè, 1970, 90-112, p. 109 i Gallo, *Commentario...*, cit., p. 40.

¹²² Vegeu de nou Gallo, *Commentario...*, cit., p. 46.

¹²³ Vegeu Hoppe, *Persönlichkeitsschutz...*, cit., p. 90 i Köhler, "UWG § 9", cit., p. 1134 Rn. 4.28

¹²⁴ Vegeu Detlef König, "Gewinnhaftung", a: Hans Claudius Ficker / Detlef König / Karl F. Kreuzer / Hans G. Leser / Wolfgang Frhr. Marschall von Bieberstein / Peter Schlechtriem (Hrsg.), *Festschrift für Ernst Caemmerer*, Tübingen, Mohr, 1978, 179-207, p. 202-203.

¹²⁵ Així Gerhard Wagner, *Neue Perspektiven im Schadensersatzrecht - Kommerzialisierung, Strafschadensersatz, Kollektivschaden. Gutachten A für den 66. Deutschen Juristentag*, München, C. H. Beck, 2006, p. A 95; el segueix Tobias Helms, "Grenzen der Gewinnabschöpfung bei vorsätzlichem Vertragsbruch", *ZEuP* 2008, 150-164, p. 159-161 i 164.

¹²⁶ Vegeu Erwin Deutsch / Hans-Jürgen Ahrens, *Deliktsrecht*, 5. Auf., Köln, Carl Heymanns Verlag, 2009, p. 209 Rn. 677; aquí, més avall, apartat II.2.2.B).

També els “Principis de Dret europeu de la responsabilitat civil” (*Principles of European Tort Law* [PECL]),¹²⁷ elaborats pel Grup Europeu de Dret de la Responsabilitat Civil (*European Group on Tort Law* [EGTL]),¹²⁸ fan referència a aquesta qüestió. Pel que fa a les mesures de prevenció, estableixen que “Les despeses realitzades per evitar un dany que amenaça produir-se constitueixen un dany rescabable en la mesura en què hagin estat raonables” (art. 2:104: Despeses preventives).¹²⁹ En canvi, no diuen res sobre la qüestió dels beneficis obtinguts pel causant del dany. Contenen, això sí, una norma sobre els “Beneficis obtinguts mitjançant l'esdeveniment danyós” (art. 10:103), però es refereix només als beneficis obtinguts per la víctima.

En canvi, la qüestió sí que està prevista al *Draft Common Frame of Reference*. La restitució de beneficis obtinguts per una conducta il·lícita s'hi regula en seu de responsabilitat extracontractual. Disposa que en cas de dany jurídicament rellevant, el responsable repari el dany, el que s'aconsegueix, primer, posant la víctima en la posició en què es trobaria si el dany no hagués tingut lloc (art. VI-6:101 (1) DCFR). Si aquesta forma de reparació no és possible, i sempre que sigui raonable (*reasonable*), la reparació pot consistir en la recuperació (*recovery*) de qualsevol avantatge obtingut pel responsable en connexió amb la causació del dany (art. VI-6:101 (4) DCFR). Part de la doctrina ha lloat aquesta proposta de regulació, sobre la base que preveu un remei especial dins del Dret de la responsabilitat extracontractual.¹³⁰

De fet, el criteri del DCFR no és del tot clar, ja que sembla que s'estan barrejant aquí qüestions d'enriquiment injust amb qüestions de danys. Aquesta regulació es fa al marge de la referida a les reclamacions d'enriquiment injust (*Unjust enrichment*), que es troba en una seu sistemàtica diferent (llibre VII del DCFR).¹³¹ No queda del tot clar per què

¹²⁷ European Group on Tort Law, *Principles of European Tort Law. Text and Commentary*, Vienna [etc.], Springer, 2005. Hi ha traducció a l'espanyol: European Group on Tort Law, *Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil*, Cizur menor, Thomson Aranzadi, 2009.

¹²⁸ La seva pàgina web és: <www.egtl.org>.

¹²⁹ Traducció al català per Miquel Martín Casals i Albert Ruda, a EGTL, *PETL*, cit., p. 184 ss. L'original en anglès diu així: *Expenses incurred to prevent threatened damage amount to recoverable damage in so far as reasonably incurred*.

¹³⁰ Vegeu Gerhard Wagner, "Präventivschadensersatz im Kontinental-Europäischen Privatrecht", a: Peter Apathy / Raimund Bollenberger / Peter Bydliński / Gert Iro / Ernst Karner/ Martin Karolus (Hrsg.), *Festschrift für Helmut Koziol zum 70. Geburtstag*, Wien, Jan Sramek Verlag, 2010, 925-942, p. 938; del mateix, "Deliktsrecht", a: Reiner Schulze / Christian von Bar / Hans Schulte-Nölke (Hrsg.), *Der akademische Entwurf für einen Gemeinsamen Referenzrahmen. Kontroversen und Perspektiven*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, 161-214, p. 205.

¹³¹ Per a una valoració crítica sobre aquest llibre, per tots, Christiane Wendehorst, "Unterechtfertigte Bereicherung", a: Schulze/von Bar/Schulte-Nölke, *Der akademische Entwurf...*, cit., 215-260.

s'han regulat aquestes pretensions fora de la regulació sobre l'enriquiment injust i dins de les relatives a la responsabilitat extracontractual. Segons el comentari oficial, la reclamació per a recuperar el profit obtingut pel causant del dany es basa en la ficció que la víctima hauria estat capaç d'explotar els drets dels que es tracti de la mateixa manera i amb més o menys el mateix èxit econòmic que el causant del dany.¹³² Però sembla dubtós que realment calgui basar la recuperació del profit en la idea que el profit obtingut pel demandat es correspon amb el dany econòmic del demandant.¹³³ Justament perquè es tracta d'una assumpció poc realista, d'una autèntica ficció, el legislador alemany no preveu aquesta regla en seu de danys, sinó de gestió de negocis aliens sense mandat.¹³⁴ Si del que es tracta és que la víctima absorbeixi el benefici de l'altra part, no hi ha cap necessitat de preguntar-se si, per exemple, aquella hauria estat disposada hipotèticament a llicenciar el responsable, o àdhuc si hauria estat en condicions d'obtenir el benefici per ella mateixa.¹³⁵ No sempre és encertat suposar que el benefici del responsable coincideix amb el que hauria obtingut hipotèticament la víctima.¹³⁶ A més, el DCFR tampoc no deixa clar en quins casos es considerarà "raonable" que es produeixi l'absorció dels beneficis. Tot i que aquest terme pugui ser un expedient per a introduir certa flexibilitat al sistema,¹³⁷ sembla poc precís, igual com passa amb molts altres profusament emprats pel DCFR.¹³⁸ Així doncs, el supòsit de fet de la norma s'ha de criticar per la seva manca de claredat.¹³⁹

¹³² Vegeu Christian von Bar, *Principles of European Law. Study Group on a European Civil Code. Non-Contractual Liability Arising out of Damage Caused to Another* (PEL Liab. Dam.), Munich, Sellier, 2009, p. 912 núm. 18.

¹³³ Com critica Erik Monsen, "Draft Common Frame of Reference (DCFR) and Restitution for Wrongs", *ERPL* 2010, 813 ss. Vegeu també la nota anterior.

¹³⁴ Vegeu Harke, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 339 Rn. 346 i avall, apartat III.

¹³⁵ Vegeu ja Elke Ullmann, „Die Verschuldenshaftung und die Bereicherungshaftung des Verletzers im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht“. *GRUR: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 1978, núm. 80(1), 615-623, p. 618.

¹³⁶ Vegeu, en relació a la llei espanyola anterior, Díez-Picazo, "Artículo 125", cit., p. 1696; semblantment, per al Dret alemany, Schlobach, *Das Präventionsprinzip...*, cit., p. 211.

¹³⁷ Com apunta Marta Infantino, "Making European Tort Law: The Game and its Players", *Cardozo Journal of International and Comparative Law* 2010, vol. 18, 45-87, p. 71-72.

¹³⁸ Vegeu Horst Eidenmüller / Florian Faust / Hans Christoph Grigoleit / Nils Jansen / Gerhard Wagner / Reinhard Zimmermann, "The Common Frame of Reference for European Private Law—Policy Choices and Codification Problems", *OJLS* 2008, núm. 28(4), 659-708, p. 675-676, 702 i 706.

¹³⁹ En el mateix sentit, Nils Jansen, "Negotiorum gestio und Benevolent Intervention in Another's Affairs: Principles of European Law?", *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht [ZEuP]* 2007, 958-991, p. 987.

Una variant dins d'aquest primer sistema la trobem en el Dret holandès. En ell, i de forma potser sorprenent, l'enriquiment injustificat es regula dins del conjunt de normes dedicades a la reparació de danys (*schadevergoeding*). El Codi Civil holandès (*Burgerlijk Wetboek* [BW]) no té cap problema en preveure que l'enriquiment (*verrijking*) és un autèntic dany (*schade*), que obliga la persona que s'enriqueix a costa d'una altra a rescabalar-lo (*te vergoeden*) en la suma del seu enriquiment, quan aquest es produeix de forma injustificada (*ongerechtvaardigd*, art. 6:212). Aquest criteri sembla únic en el Dret comparat i ha estat criticat fins i tot per la mateixa doctrina holandesa.¹⁴⁰ A més, el Codi holandès conté una norma específica sobre el supòsit en què el causant del dany s'enriqueix gràcies a la seva conducta antijurídica (*van onrechtmatige daad*). En tal cas, el jutge podrà calcular el dany amb la quantia del benefici o una part d'aquest (*op het bedrag van die winst of op een gedeelte daarvan*, art. 6:104). L'aplicació d'aquesta norma requereix que la víctima hagi sofert un dany (requisit del dany o *schadeis*), de forma que el mer enriquiment del demandat no és suficient —segons la jurisprudència. Tanmateix, des del punt de vista teòric o dogmàtic, part de la doctrina assenyala que el fonament de la restitució dels beneficis (*voordeelsafgifte*) és la idea de l'enriquiment injustificat.¹⁴¹ A més, la norma no limita la quantia de l'enriquiment que pot exigir el demandant en funció de l'empobriment experimentat per ell (a diferència del que succeeix si s'aplica la norma ja vista de l'art. 6:212 BW).

B) Segon sistema: Enriquiment injustificat

El segon sistema consisteix en aplicar un expedient tècnic diferent, a manca d'una regla equiparable entre les relatives a la responsabilitat extracontractual. L'exponent més clar d'aquesta solució és el Dret alemany, conforme al qual allò que s'obté mitjançant una conducta no permesa per l'ordenament (*Bereicherung durch unerlaubte Handlung*) constitueix un enriquiment injustificat (*ungerechtfertigte Bereicherung*), a condició que es compleixin els requisits d'aplicació d'aquesta figura.¹⁴² Aquesta tesi també és propugnada, amb les degudes adaptacions, per part de la doctrina espanyola, que canalitza per la via de l'enriquiment les reclamacions del benefici derivat de l'acte il·lícit. Per a aquests autors, tota intromissió indeguda o il·legítima en l'exercici d'un dret absolut, i en especial l'exercici per altri del *ius fruendi*,

¹⁴⁰ Vegeu J.W.M.K. Meijer, *Ongerechtvaardigde verrijking*, Rotterdam, Erasmus Universiteit Rotterdam, 2007, p. 9 amb més referències.

¹⁴¹ Vegeu J.G.A. Linssen, *Voordeelsafgifte en ongerechtvaardigde verrijking*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2001, p. 536 i Meijer, *Ongerechtvaardigde verrijking*, cit., p. 55 i 56.

¹⁴² Per tots, von Caemmerer, "Bereicherung...", cit., p. 394 i Peter Schlechtriem, "Anmerkung. BGH, Urteil v. 15.11.1994", *JZ* 1995, 362-364, p. 364.

dóna lloc a l'aplicabilitat de la *condictio* per intromissió.¹⁴³ D'acord amb aquest punt de partida, l'absorció de l'enriquiment es pot demanar quan la víctima hagi vist lesionat un dret que li confereixi un monopoli d'explotació, conforme a la teoria del "contingut d'atribució" (*Zuweisungsgesamt*).¹⁴⁴

Aquest monopoli existeix en el cas de drets absoluts com els drets reals, ja que atribueixen al seu titular la facultat d'explotar-los amb exclusió dels demés. En canvi, hi ha altres drets mancats d'aquesta característica. Per exemple, la víctima d'una intromissió al dret a l'honor no s'hauria pogut enriquir difamant-se a si mateixa. Semblantment, en el cas de la publicació d'una entrevista fictícia amb un famós (cas de Carolina de Mònaco contra la revista alemanya *Bunte*), aquest tampoc no veu afectat cap contingut d'atribució, ja que l'afectat no hauria pogut publicar una tal entrevista –sinó, com a molt, una entrevista real a canvi de diners.¹⁴⁵ En conseqüència, en el cas de drets de la personalitat, segons la teoria de l'atribució la pretensió d'enriquiment només pertoca si tenen un contingut d'atribució, com succeeix amb els drets a la imatge o alguns aspectes de la intimitat, però no amb el dret a l'honor.¹⁴⁶ Això suggereix que quan el legislador preveu la possibilitat d'absorbir els beneficis en aquest darrer supòsit, el fonament dogmàtic de la norma no pot ser la teoria referida, sinó un de diferent.

Com es veurà de seguida, la interpretació de la doctrina espanyola conforme a la teoria de l'atribució troba la seva inspiració en el Dret alemany, i té els mateixos problemes que aquest presenta.

A diferència del que succeeix al nostre sistema, el BGB preveu una regla general de prohibició de l'enriquiment injustificat (*ungerechtfertigte Bereicherung*, § 812 paràgraf 1r). Segons disposa, la persona que obté quelcom a costa d'una altra i sense un fonament jurídic està obligat a restituir-ho, ja ho hagi obtingut per la prestació (*Leistung*) d'un altre o d'una altra manera (*in sonstiger Weise*), és a dir, té l'acció d'enriquiment no basada en una prestació (*Nichtleistungskondiktion*). És en aquest segon incís de l'alternativa on la doctrina ubica sistemàticament l'acció contra la intromissió en les posicions jurídiques protegides d'altri (*Eingriffskondiktion*). Aquesta acció es caracteritza perquè el demandat ha actuat sense permís i ha explotat la posició jurídica del demandant en el

¹⁴³ Per tots Díez-Picazo, "Artículo 125", cit., p. 1695.

¹⁴⁴ Especialment, vegeu Basozabal, "Método...", cit., p. 1281 i els autors alemanys que cita.

¹⁴⁵ Vegeu Köndgen, "Gewinnabschöpfung...", cit., p. 670. Cf. Claus-Wilhelm Canaris, "Gewinnabschöpfung bei Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts", a: Hans-Jürgen Ahrens / Christian von Bar / Gerfried Fischer / Andreas Spickhoff / Jochen Taupitz (Hrsg.), *Festschrift für Erwin Deutsch*, Köln [etc.], Carl Heymanns Verlag, 1999, 85-109, p. 88.

¹⁴⁶ Vegeu per tots Pantaleón, "La Constitución...", cit., p. 1694 nota 24; Díez-Picazo, "Indemnización...", cit., p. 224 i García Rubio, "Restitución...", cit., p. 129.

seu propi interès. Gràcies a això, el primer s'ha enriquit a costa del segon (*auf dessen Kosten*). La funció de la norma és compensar l'enriquiment (*Ausgleichsfunktion*), no pas castigar ningú.¹⁴⁷ Ara bé, i això és clau, aquest enriquiment no es transmet íntegrament a la víctima de la usurpació, sinó només el valor objectiu del bé usurpat (conforme al § 818.2 BGB). Aquest valor objectiu de mercat (*objektiver Marktwert*) es tradueix en la llicència hipotètica (*angemessene Lizenzgebühr*), que representa el valor afectat tot i que pugui ser inferior al benefici obtingut. En conseqüència, l'afectat no pot absorbir tot l'enriquiment (*Verletzererwerb*), sinó només el valor d'allò de què un altre s'ha apropiat (*Werthftung, Wertersatz*). Això contrasta amb el nostre Dret, on l'enriquiment no es determina pel valor de la llicència sinó que està limitat per l'empobriment.¹⁴⁸

El fonament de la norma del § 812 BGB —ja referida— és molt debatut a la doctrina alemanya. La interpretació tradicional —formulada pel cèlebre romanista alemany Fritz Schulz— sosté que la norma es basa en la antijuridicitat de la intromissió (teoria de l'antijuridicitat o *Rechtswidrigkeitstheorie*), raó per la qual l'acció tindria una certa relació amb el Dret de la responsabilitat extracontractual.¹⁴⁹ En canvi, l'opinió dominant entén que la regla no depèn en la seva aplicació del fet que s'hagi causat un dany al perjudicat o que hagi tingut una conducta antijurídica o reprovable de l'altra part, sinó del fet que s'ha produït un resultat (l'enriquiment) que no es pot justificar.¹⁵⁰ Per això, la doctrina alemanya dominant (i també part de la doctrina suïssa) es basa en la idea del “contingut d'atribució” (*Zuweisungsgehalt*) de la posició jurídica afectada. Segons la teoria “de l'atribució” (*Zuweisungstheorie*), el decisiu és que el benefici obtingut pel demandat gràcies a la seva intromissió no correspon a aquest, sinó al titular del dret usurpat, que és a qui hauria correspost tal benefici conforme

¹⁴⁷ Vegeu Peter Schlechtriem, “Wandlungen des Bereicherungsrechts”, a: Peter Schlechtriem (Hrsg.), *Wandlungen des Schuldrechts*, Baden-Baden, Nomos, 2002, 179-192, p. 186.

¹⁴⁸ Vegeu Gimeno, “Algunos problemas...”, cit., p. 954 i amunt, apartat II.2.1.C).

¹⁴⁹ Vegeu Fritz Schulz, “System der Rechte auf den Eingriffserwerb”, *Archiv für die civilistische Praxis* [AcP] 1909, vol. 105, 1-488. La tesi va ser admesa després per Horst H. Jakobs, *Eingriffserwerb und Vermögensverschiebung in der Lehre von der ungerechtfertigte Bereicherung*, Bonn, 1964, p. 64 ss., i criticada per Christof Kellmann, *Grundsätze der Gewinnhaftung. Rechtsvergleichender Beitrag zum Recht der ungerechtfertigten Bereicherung*, Berlin, Duncker & Humblot, 1969.

¹⁵⁰ Per tots, Josef Esser / Hans-Leo Weyers, *Schuldrecht. Band II. Besonderer Teil. Teilband 2. Gesetzliche Schuldverhältnisse*, 8. Auf., Heidelberg, C. F. Müller, 2000, p. 34 i 74. Semblantment, Peter Schlechtriem, “Bereicherung aus fremden Persönlichkeitsrecht”, a: Robert Fischer / Ernst Gessler (Hrsg.), *Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht. Festschrift für Wolfgang Hefermehl*, München, Beck, 1976, 445-465, p. 448.

a Dret.¹⁵¹ L'acció d'enriquiment només procediria en els casos en què el demandat hagués fet una intromissió en les possibilitats d'utilització d'una posició atribuïdes a ell amb exclusivitat. Per tant, el contingut d'atribució d'un dret implica que l'ordenament reconeix a un determinat subjecte un monopoli econòmic sobre l'objecte de què es tracta. L'enriquiment és injustificat quan afecta aquest monopoli i contravé així l'ordenació de béns establerta per l'ordenament.

Nogensmenys, com la mateixa doctrina alemanya posa en relleu, la teoria de l'atribució és tautològica, ja que en el fons ve a dir que el demandat no es pot quedar el que no es pot quedar.¹⁵² Per això, el que aquesta teoria subratlla realment és que cal identificar aquelles posicions jurídiques que, quan són afectades, donen dret al seu titular dret a reclamar l'enriquiment obtingut pel demandat.¹⁵³ El criteri decisiu, segons la interpretació dominant, és determinar si l'afectat tenia la possibilitat d'explotar comercialment la posició jurídica en qüestió d'una forma exclusiva o excloent.¹⁵⁴ Com la doctrina alemanya apunta, no hi ha una fórmula de validesa general per a respondre-hi. Avui en dia, s'entén, per exemple, que en cas de violacions dels drets de la personalitat, l'absorció de l'enriquiment s'ha d'aconseguir mitjançant aquesta via, sempre i quan el seu titular els hagués pogut explotar comercialment. L'exemple paradigmàtic potser és el de la prostitució, ja que el dret a l'autodeterminació sexual no té contingut d'atribució.¹⁵⁵

Un segon exemple, que permet apreciar la importància del criteri del contingut d'atribució, es refereix al dret a la pròpia imatge. Si un fabricant utilitza la imatge d'una persona famosa amb finalitats publicitàries i sense el consentiment d'aquesta, la via de l'enriquiment queda expedida, perquè

¹⁵¹ Vegeu ja Walter Wilburg, *Die Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach österreichischem und deutschem Recht. Kritik und Aufbau*, Graz, Verlag der Universitätshandlung Leuschner & Lubensky, 1934, p. 28; després, per tots, von Caemmerer, "Bereicherung...", cit., p. 353 i 398. Per al Dret suís, Anne-Catherine Hahn, "OR 62", a: Marc Amstutz et al. (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Zürich, Basel, Genf, Schulthess, 2007, 1369-1376, p. 1373.

¹⁵² Entre altres, Gerd Kleinheyer, "Rechtsgutsverwendung und Bereicherungsausgleich", *JZ* 1970, 471-477, p. 473; igualment, en Dret espanyol, Basozabal, *Enriquecimiento...*, cit., p. 75. En un sentit similar, Wendehorst, "Ungerechtfertigte Bereicherung", cit., p. 223, diu que el criteri és vague.

¹⁵³ Així Christiane Wendehorst, § 812, a: Heinz Georg Bamberger / Herbert Roth, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 2, München, Beck, 2003, p. 899 Rn. 72.

¹⁵⁴ Novament, Wendehorst, § 812, cit., p. 899 Rn. 73. O com afirma Gordley, *Foundations...*, cit., p. 431 (sense fer servir l'expressió *Zuweisungsgehalt*), cal escatir si el demandat va utilitzar els recursos del demandant per obtenir un benefici que aquest segon tenia dret a rebre en exclusiva.

¹⁵⁵ Per tots, Dirk Looschelders, *Schuldrecht. Besonderer Teil*, 3. Auf., Köln, Carl Heymanns Verlag, 2009, p. 339 Rn. 1068; entre nosaltres, Basozabal, *Enriquecimiento...*, cit., p. 137.

l'afectat hauria pogut negociar-ne l'explotació comercial (cas *Herrenreiter*).¹⁵⁶ En canvi, si una persona famosa reclama contra la publicació d'imatges de la seva vida privada, l'acció d'enriquiment fonamentada en l'argument que l'afectada no estava disposada en general a autoritzar-ne la publicació no prosperarà. De fet així va succeir en el *leading case* de la princesa Carolina de Mònaco, per bé que sí que va obtenir una indemnització en un altre concepte, el de dany moral.¹⁵⁷ La jurisprudència alemanya ha aclarit amb posterioritat (en el cas del polític Oskar Lafontaine) que allò decisiu no és si el titular de la posició afectada estava disposat i en condicions d'autoritzar la publicació de les seves imatges.¹⁵⁸ A més, part de la doctrina alemanya ha posat de manifest que la condemna a indemnitzar el dany moral en el cas *Carolina de Mònaco* en realitat constitueix un supòsit d'indemnització de *restitutionary damages* o absorció de beneficis (*Gewinnabschöpfung*) en la forma d'una indemnització de dany moral.¹⁵⁹ Per a la majoria de la doctrina, caldria que la jurisprudència distingís més clarament entre el que és pròpiament la indemnització i l'absorció dels beneficis.¹⁶⁰ També es crida l'atenció sobre el fet que la indemnització del dany moral pot ser insuficient en relació als enormes beneficis del responsable.¹⁶¹ Per aquesta raó, s'arriba a defensar que la víctima pugui demanar l'absorció d'aquests beneficis per la via d'una aplicació analògica de les regles sobre la gestió de negocis sense mandat impròpia (§ 687.2 BGB) —de la qual es tractarà més tard.¹⁶²

Altres drets amb contingut d'atribució són els drets absoluts en general (com el de propietat, amb les limitacions previstes per la llei, §§ 903 i concordants del BGB; i els drets reals limitats); el dret al propi nom, o els drets patrimonials derivats de la propietat intel·lectual. Pel que fa a aquests últims, la doctrina dominant predica el contingut d'atribució dels drets

¹⁵⁶ BGH, Urt. v. 14.2.1958 – I ZR 151/56 (OLG Köln), BGHZ 26, 349; NJW 1958, 827. En aquest cas, un fabricant havia utilitzat sense autorització la imatge del demandant muntant a cavall, per a publicitar un producte afrodisíac.

¹⁵⁷ BGH, Urt. v. 15.11.1994 – VI ZR 56/94, BGHZ 128, 1; NJW 1995, 861. Resumidament, sobre el cas, vegeu van Dam, *European Tort Law*, cit., p. 1201.

¹⁵⁸ BGH, Urt. v. 26.10.2006 – I ZR 182/04 (OLG Hamburg), NJW 2007, 689-691.

¹⁵⁹ Així, Christian von Bar, *Das deutsche Deliktsrecht im gemeineuropäischer Perspektive*, Heidelberg, C. F. Müller, 1999, p. 27, qui considera que la solució és correcta.

¹⁶⁰ Vegeu Tilman Ulrich Amelung, "Damage Awards for Infringement of Privacy – The German Approach", *Tulane European and Civil Law Forum* 1999, vol. 14, 15-47, p. 35-36, amb més referències.

¹⁶¹ Vegeu Gerhard Wagner, "Geldersatz für Persönlichkeitsverletzungen", *ZEuP* 2000, 200-228, p. 213; semblantment, vegeu Schlobach, *Das Präventionsprinzip...*, cit., p. 114-115.

¹⁶² Vegeu Harke, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 324 Rn. 333; avall, apartat III.

d'autor, patent, model d'utilitat, i marques.¹⁶³ En canvi, no té sentit parlar del contingut d'atribució dels drets relatius, personals o de crèdit, que ja estan protegits pel Dret d'obligacions i contractes.¹⁶⁴

Com es pot veure, els drets amb un contingut d'atribució tenen en comú l'existència d'un mercat en el qual s'haurien pogut utilitzar comercialment. Si, per exemple, el demandat ha dut a terme un acte de competència deslleial, que perjudica la posició del demandant però no l'ha privat d'una possibilitat d'utilitzar ell mateix el dret o interès afectat (*v. gr.* per una situació de boicot econòmic, o publicitat enganyosa), no entraria en joc la figura de l'enriquiment injustificat. L'argument és que el presumpte responsable no s'ha apropiat d'un benefici que el presumpte afectat tingués un dret a obtenir en exclusiva. Mentre que sí que ho faria quan sí que es produeix aquesta privació o intromissió (*v. gr.* per actes de confusió, abús de secrets industrials, o similars).¹⁶⁵ Notablement, àdhuc al *common law* s'argumenta que no es pot tractar de la mateixa manera el supòsit d'usurpació del dret de propietat, per exemple, i el de difamació, ja que la víctima no podia difamar-se a si mateixa.¹⁶⁶

C) *Avaluació crítica*

a) *Confusió conceptual*

Els dos plantejaments anteriors —tant el que situa el problema en seu de responsabilitat extracontractual, com el que el situa dins l'enriquiment injustificat— semblen problemàtics per diverses raons. En primer lloc, la responsabilitat extracontractual resulta un expedient inadequat per a canalitzar les reclamacions d'absorció de beneficis perquè no és funció de la responsabilitat transferir enriquiments d'una persona a una altra, sinó compensar danys. Com s'ha vist, pot haver-hi enriquiment sense dany i a l'inrevés. El nostre sistema barreja aquests conceptes i conté una regulació confusa i no satisfactòria, de la qual és una bona mostra la regulació dels drets de propietat intel·lectual.¹⁶⁷ Fins i tot en alguns supòsits en què s'atribueix al demandant el preu de la llicència hipotètica, aquest pot no

¹⁶³ Per tots, Esser/Weyers, *Schuldrecht*, cit., p. 74 i Schlechtriem, "Bereicherung...", cit., p. 451 ss.

¹⁶⁴ Vegeu Wilburg, *Die Lehre...*, cit., p. 46; cf. von Caemmerer, "Bereicherung...", cit., p. 355.

¹⁶⁵ Per tots, Köhler, "UWG § 9", cit., p. 1123 Rn. 3.2.

¹⁶⁶ Vegeu Birks, "Unjust Enrichment...", cit., p. 1785.

¹⁶⁷ Vegeu Basozabal, *Enriquecimiento...*, cit., p. 101 i, en relació amb la protecció de les bases de dades, Inmaculada Vivas Tesón, "La tutela 'sui generis' de las bases de datos", *Revista de Derecho Patrimonial* 2008, núm. 21, [text digital no paginat], apartat 8.

ser suficient, ja que malgrat tot pot ser que la conducta segueix sortint-li a compte a l'infractor.¹⁶⁸

En aquest sentit, la devolució o *disgorgement* pròpia del *common law* —al qual ja s'ha fet referència— constitueix un cos estrany, que encaixaria malament a l'engranatge de les nostres regles de responsabilitat extracontractual i que porta a uns resultats no gaire diferents dels assolits al Dret alemany.¹⁶⁹ Quan s'absorbeixen beneficis a través de la indemnització més aviat ens trobem davant una aplicació encoberta d'una altra regla, que possiblement sigui la doctrina de la prohibició de l'enriquiment injustificat, i que en aquell sistema no està prou desenvolupada.¹⁷⁰

Semblantment, el DCFR col·loca dins de les normes sobre responsabilitat extracontractual la restitució d'un benefici obtingut en connexió amb la causació d'un dany. No obstant això, la recuperació del benefici prevista per les normes referides més amunt pressuposa que hi ha hagut un dany, entès com a requisit o condició de la responsabilitat. Per tant, la víctima no podrà reclamar els beneficis obtinguts pel demandat si no pot provar que hi ha hagut el que el DCFR un "dany jurídicament rellevant" (*legally relevant damage*).¹⁷¹ Per exemple, si el titular d'un dret de patent incompleix amb la seva obligació d'explotar-lo, si un tercer l'usurpa no es podrà dir que el titular hagi experimentat un dany per lucre cessant. En conseqüència, no hi ha dany en aquest sentit (en aquesta línia STS de 31.5.2003 [RJ 2002, 6753]).¹⁷² En canvi, si l'acció es configura com d'enriquiment injustificat, el requisit del dany desapareix¹⁷³ (si s'accepta que l'empobriment no és requisit d'exercici de l'acció o que l'empobriment no és un dany).¹⁷⁴

b) Manca d'empobriment

L'anterior podria fer pensar que l'enfocament correcte és, doncs, el propi del Dret alemany que, com s'ha vist, vehicula aquestes reclamacions per la via de l'enriquiment injustificat. Nogensmenys, exigeix que l'enriquiment s'hagi

¹⁶⁸ Vegeu Carrasco, "Aranzadi vs. El Derecho...", p. 8 ss.

¹⁶⁹ Com fan notar Wagner, "Geldersatz...", cit., p. 214 i Zimmermann, "Unjustified...", cit., p. 419.

¹⁷⁰ Semblantment, Ulrich Amelung, *Der Schutz der Privatheit im Zivilrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2002, p. 97 ss.

¹⁷¹ Com posa en relleu MacQueen, "DCFR...", cit.

¹⁷² Vegeu Basozabal, "Método...", cit., p. 1292 i Díez-Picazo, "Artículo 125", cit., p. 1696.

¹⁷³ Per tots, Canaris, "Gewinnabschöpfung...", cit., p. 89.

¹⁷⁴ Vegeu Steffen Klump, *Die Privatstrafe - eine Untersuchung privater Strafzwecke*, Berlin, Duncker & Humblot, 2002, p. 139; a més, vegeu Schlechtriem, "Bereicherung...", cit., p. 456.

obtingut a costa d'un altra persona (*auf Kosten des anderen*, § 812).¹⁷⁵ I el mateix es pot dir del Codi Civil holandès (*ten koste van een ander*, art. 6:212) o el Codi d'Obligacions suís (*Obligationenrecht [OR]*)¹⁷⁶ (*aus dem Vermögen eines andern*, art. 62). En canvi, pot succeir que una persona aconseguixi l'enriquiment, àdhuc gràcies a la utilització dels recursos aliens, d'una manera que només aquell pot aconseguir, gràcies a la seva habilitat o destresa. És a dir, que pot haver-hi casos d'enriquiment sense empobriment.

Diversos ordenaments —com el francès o l'italià— insisteixen en la necessitat que l'enriquiment vagi acompanyat d'un empobriment, que —ja s'ha dit— s'erigeix en límit màxim del que es pot reclamar per aquesta via.¹⁷⁷ Amb tot, això no representaria un problema en el Dret alemany.¹⁷⁸ Com argumenta la doctrina, l'acció correspon al demandant perquè hi ha hagut un enriquiment (*Bereicherung*), no perquè hi hagi hagut empobriment (*Entreicherung*).¹⁷⁹ Un dels arguments que es dona per a rebutjar l'extensió de l'acció a tot l'enriquiment ultra el *quantum* de la llicència hipotètica és que allò rellevant és que s'ha vist afectat el contingut d'atribució del dret (*Zuweisungsgehalt*), contingut que es concreta en la utilització del dret, no en els beneficis perseguits.¹⁸⁰

c) Manca de contingut d'atribució

A més, al cas del Dret alemany hi ha un inconvenient addicional, a causa de la relativa manca de delimitació positiva dels supòsits en què és possible reclamar l'enriquiment. Primer, perquè aquest contingut d'atribució només existeix, estrictament parlant, en els drets reals.¹⁸¹ Especialment, resulta difícil que es pugui reconèixer contingut d'atribució al dret a l'honor, ja que ningú no es pot enriquir difamant-se a si mateix. Segon, la finalitat de l'acció de l'enriquiment injustificat en els supòsits d'intromissió és restituir els avantatges que se'n derivin, que s'haurien d'haver integrat en el patrimoni

¹⁷⁵ Vegeu en clau comparada Paolo Gallo, *Arricchimento senza causa*, a: Piero Schlesinger / Francesco Donato Busnelli, *Il Codice Civile. Commentario, Artt. 2041-2042*, Milano, Giuffrè, 2003 [d'ara endavant, Gallo, *Commentario...*], p. 45.

¹⁷⁶ *Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911* (actualitzada a 1 de gener de 2010) que es pot trobar a <www.admin.ch/ch/d/sr/2/220.de.pdf>.

¹⁷⁷ Vegeu Visser, "Unjust enrichment", cit., p. 773; Gallo, *Arricchimento...*, cit., p. 27 i Sirena, "La restituzione...", cit., p. 316.

¹⁷⁸ Per tots, Schlechtriem, *Schuldrecht*, cit., p. 339 Rn. 714.

¹⁷⁹ Per tots, Ulrich Loewenheim, *Bereicherungsrecht*, München, Beck, 1989, p. 78.

¹⁸⁰ Vegeu Christiane Siemes, "Gewinnabschöpfung bei Zwangskommerzialisierung der Persönlichkeit durch die Presse", *AcP* 2001, vol. 201, 202-231, p. 226.

¹⁸¹ Vegeu, al nostre Dret, Díez-Picazo, "La doctrina...", cit., p. 120.

del titular però s'han desplaçat sense causa a un patrimoni aliè. Per a part de la doctrina, aquest resultat es pot donar en cas d'intromissió en qualsevol posició jurídica aliena.¹⁸² I tercer, l'existència de contingut d'atribució pot ser poc clara en determinats supòsits, com en la intromissió *post mortem* en els interessos aliens.¹⁸³ Finalment, l'evolució de les noves tecnologies en general està afectant profundament la manera com s'entenen conceptes com la intimitat.¹⁸⁴ Això suggereix que drets als quals tradicionalment se'ls podia haver reconegut aquell contingut poden acabar necessitant nous expedients de tutela jurídica.

d) *Detracció de despeses*

Un altre inconvenient de la solució consistent en aplicar el remei de l'enriquiment injustificat es refereix a la possibilitat que l'autor de la intromissió pugui detreure de l'enriquiment que ha de transferir a la víctima les despeses que hagi realitzat.¹⁸⁵ Aquesta detracció no és satisfactòria, perquè redueix l'efecte preventiu del remei. Si l'infractor sap que només haurà de restituir el benefici net, en realitat no perd res per no haver demanat la llicència quan corresponia.¹⁸⁶ La solució de restituir l'enriquiment brut, però, tampoc no està exempta de problemes, com es veurà.

e) *Requisits subjectius*

Com ja s'ha dit, conforme al Dret alemany, quan es produeix un enriquiment injustificat l'autor de la intromissió en la posició jurídica aliena està obligat a transferir al seu titular el preu de la llicència hipotètica. Però l'enriquiment obtingut pot ser superior. Doncs bé, l'acció d'enriquiment no pot, per si sola, anar més enllà per a absorbir-ne la totalitat. L'absorció total només és possible si es compleix un requisit subjectiu addicional, que és que el demandat hagi actuat amb dol o mala fe.¹⁸⁷ Ara bé, la via per la qual s'arriba a aquest resultat és en realitat la gestió de negocis aliens sense mandat (§ 687.2 BGB), a la qual després es farà referència.

¹⁸² Així Busto/Peña, "Enriquecimiento...", cit., p. 161.

¹⁸³ Vegeu Ingo Frommeyer, "Persönlichkeitsschutz nach dem Tode und Schadensersatz - BGHZ 143, 214 ff. (Marlene Dietrich) und BGH, NJW 2000, 2201 f. (Der blaue Engel)", *JuS* 2002, 13-18, p. 17.

¹⁸⁴ Es pot veure, entre altres, Hans-Joachim Cremer, *Human Rights and the Protection of Privacy in Tort Law. A Comparison between English and German Law*, London and New York, Routledge Cavendish, 2011, p. 3.

¹⁸⁵ Per tots, Díaz, "La doctrina...", cit., p. 34.

¹⁸⁶ Vegeu Wagner, "Präventivschadensersatz...", cit., p. 938.

¹⁸⁷ Vegeu Sirena, "La restituzione...", cit., p. 310.

La situació és diferent en el Dret espanyol ja que, com s'ha vist, l'acció d'enriquiment ni tan sols pressuposa una actuació culposa o negligent del demandat.¹⁸⁸ Ara bé, també s'ha dit que l'absorció del benefici està limitada per l'empobriment sofert pel demandant. Per això, es podria formular l'interrogant de si és possible fer un recurs "a l'alemanya" a les regles sobre gestió de negocis aliens sense mandat amb idèntic resultat. Igualment, caldria preguntar-se si l'absorció de tot l'enriquiment és possible no sols en casos de mala fe, sinó també en els de bona fe del responsable.

III. GESTIÓ IMPRÒPIA DE NEGOCIS ALIENS

Finalment, doncs, s'arriba a l'examen d'un tercer expedient tècnic, diferent de la responsabilitat extracontractual i l'enriquiment injust. Del que ara es tracta és d'examinar si és possible en teoria que es vehiculin les reclamacions d'absorció de beneficis per la via del quasicontracte de la gestió de negocis aliens sense mandat. Com s'ha vist, sembla que el sistema actual pot entrebancar-se amb algunes insuficiències si el que es pretén és que la víctima pugui reclamar els beneficis obtinguts pel responsable, merament sobre la base de les regles de la responsabilitat extracontractual o de l'enriquiment injustificat. En el primer cas, perquè no sempre hi ha dany, i en el segon, perquè no sempre hi ha enriquiment, o no es permet la recuperació quan el dret de la víctima no té un contingut d'atribució (el *Zuweisungsgehalt* de la doctrina alemanya), o es parteix de la subsidiarietat de l'acció d'enriquiment (com en el Dret italià, segons s'ha vist), o es requereix que hi hagi hagut un correlatiu empobriment (sistemes llatins), o aquest limita el que es pot reclamar (segons la doctrina espanyola dominant).

Com en part s'ha apuntat amunt, convé rebutjar solucions consistents en barrejar remeis diferents. En aquesta línia, part de la doctrina espanyola ja havia posat de manifest que el que correspon no és forçar la responsabilitat extracontractual per fer-li complir funcions que no li pertocquen, sinó anar directament a altres sectors de l'ordenament, en concret l'enriquiment injustificat i la gestió de negocis aliens sense mandat.¹⁸⁹ Aquesta última, a més, permet imposar al gestor el deure de retre comptes.¹⁹⁰

Els interrogants que es poden plantejar en relació a la gestió són diversos. El primer, de política jurídica, té a veure amb la conveniència de desincentivar conductes indesitjables i, per tant, de donar els incentius negatius necessaris per tal que la conducta en qüestió no surti a compte —qüestió aquesta a què

¹⁸⁸ Vegeu amunt, nota 90 i text que l'acompanya.

¹⁸⁹ Vegeu Basozabal, "Método...", cit., p. 1278.

¹⁹⁰ Vegeu Köndgen, "Gewinnabschöpfung...", cit., p. 692 i 695.

ja s'ha fet referència. El segon interrogant es refereix a si aquestes altres institucions permeten assolir aquest objectiu en l'estat actual de coses, o en canvi és necessari introduir-hi alguna modificació o novetat. Anant més enllà, es podria plantejar la conveniència o no de formular una regla general d'absorció de beneficis, la seva eventual ubicació sistemàtica i els seus requisits i efectes. Per a resoldre aquests aspectes resulta novament interessant fer una ullada al Dret d'altres països on es plantegen de forma similar.

Des d'un punt de vista *de lege ferenda*, sembla possible que es plantegi la proposta d'introduir en el sistema una regla general d'absorció de danys amb independència de si la víctima hauria consentit la intromissió en el seu dret o de si hagués pogut consentir la intromissió, és a dir, sense fer dependre el dret a la devolució del profit del fet que el dret lesionat tingui o no un contingut d'atribució (*Zuweisungsgehalt*).¹⁹¹ La proposta parteix de la base que la teoria del contingut d'atribució pot deixar alguns casos en què la víctima no recuperi el benefici, la qual cosa produiria un efecte de prevenció insuficient, i això és justament el que caldria evitar. Ara bé, convé ser molt curosos per evitar que el Dret de la responsabilitat extracontractual acabi acomplint funcions que no li pertoqueu.

L'anterior insuficiència planteja l'interrogant de si existeix algun altre expedient que pugui socórrer el demandant per permetre-li obtenir l'absorció del profit o benefici obtingut pel demandat. Una possibilitat seria una tercera figura, com és la gestió de negocis aliens sense mandat¹⁹² (*negotiorum gestio*, o el que el DCFR anomena "intervenció benvolent en els afers d'altri" (*benevolent intervention in another's affairs*)).¹⁹³ Es tractaria d'entendre que el demandat, amb l'actuació que li ha permès obtenir un profit, ha estat en realitat gestionant afers o interessos d'una altra persona, el demandant, que estaria facultat per a absorbir-los o recuperar-los. La resposta que es doni a aquest interrogant —lluny de ser purament teòrica o conceptual— seria rellevant en termes pràctics, no només perquè permetria recuperar els beneficis en més casos que no pas si es fa servir la via de l'enriquiment injustificat, sinó també, per exemple, als efectes de la rendició de comptes —ja referida— i de la prescripció, ja que els terminis per reclamar

¹⁹¹ Aquesta és la proposta de Gerhard Wagner, a Egon Lorenz (Hrsg.), *Karlsruher Forum 2006: Schadensersatz - Zwecke, Inhalte, Grenzen. Mit Vortrag von Gerhard Wagner und Dokumentation der Diskussion*, Karlsruhe, VVW, 2006, p. 121 nota 41.

¹⁹² En la línia apuntada per Sirena, "Restitution...", p. 453; del mateix, "La restituzione...", cit., p. 317 i "Note...", cit., p. 128; entre nosaltres, amb matisos, Álvarez, *El enriquecimiento...*, cit., p. 190.

¹⁹³ Vegeu Christian von Bar / Eric Clive (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Full Edition*, vol. 3, Munich, Sellier, 2009, p. 2877 ss.

la responsabilitat extracontractual són especialment breus (tres anys, art. 121-21.d) CCC) en comparació amb el termini general de prescripció decennal (art. art. 121-20 CCC), que resultaria aplicable a la reclamació per gestió de negocis en Dret català.

La possibilitat d'absorbir el benefici mitjançant la gestió de negocis tal vegada podria trobar alguna oposició o resistència. De fet, alguns autors ja hi han manifestat els seus dubtes, tot assenyalant que és una possibilitat molt difícil, si no impossible.¹⁹⁴ Hi ha qui considera, per exemple, que l'altruisme és d'essència a la *negotiorum gestio*; faltant aquell, ens trobaríem necessàriament davant d'una figura diferent.¹⁹⁵ A més, la gestió de negocis aliens sense mandat regulada pel Codi Civil espanyol pressuposa que l'acte generador d'obligacions sigui lícit i basat en la voluntat de tenir cura dels interessos d'un altre.¹⁹⁶

Ara bé, val a dir que, des d'un punt de vista històric, la gestió de negocis sense mandat ja havia desenvolupat aquesta funció d'absorció de beneficis amb anterioritat. En particular, és ben sabut que aquesta institució es va convertir durant l'Edat Mitjana en un mitjà utilitzat àmpliament a la pràctica judicial, amb la funció principal d'aconseguir l'absorció de l'enriquiment obtingut per altri.¹⁹⁷ Lluny de constituir una anomalia del Dret medieval, aquesta evolució de la figura va respondre a la desaparició dels fonaments ètics i socials propis de la societat romana on va aparèixer la *negotiorum gestio*, en primer lloc, i a la necessitat pràctica d'un expedient tècnic que permetés la ja referida absorció.¹⁹⁸ Al *ius commune*, doncs, el gestor que actuava en interès propi estava obligat a restituir el benefici obtingut, amb independència de si actuava de bona o de mala fe,¹⁹⁹ una orientació que – com es veurà – no és del tot aliena al Dret comparat actual.

Actualment, part de la doctrina comença a decantar-se per la gestió de negocis aliens com a via per a canalitzar reclamacions més o menys properes a la responsabilitat extracontractual, com ara en el cas de la persona que pateix danys intentant ajudar una altra.²⁰⁰ En efecte, alguns autors admeten

¹⁹⁴ Així Gallo, *Arricchimento...*, cit., p. 7.

¹⁹⁵ Així Miguel Pasquau Liaño, *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, Montecorvo, 1986, p. 38, 58, 63, etc., amb més referències.

¹⁹⁶ Vegeu Carrasco, "Restitución...", cit., p. 146.

¹⁹⁷ Vegeu Jansen, "*Negotiorum...*", cit., p. 965, amb més referències.

¹⁹⁸ Novament, vegeu Jansen, "*Negotiorum...*", cit., p. 966.

¹⁹⁹ Vegeu, extensament, Jan Dirk Harke, *Geschäftsführung und Bereicherung*, Berlin, Duncker & Humblot, 2007, especialment p. 45 ss.

²⁰⁰ Es pot veure Lubos Tichý, "Prävention im Haftungsrecht: Ansatz zu einer Revision", a: Apathy/Bollenberger/Bydlinski/Iro/Karner/Karolus, *Festschrift für Helmut Koziol*, cit., 905-923, p. 919 i 923.

que la pretensió adreçada a absorbir l'enriquiment obtingut per l'altra part té un caràcter diferent a la pretensió indemnitzatòria, però assenyalen també que això no exclou que el legislador la pugui regular. Precisament perquè es tracta d'una figura que té uns contorns específics, necessita una regulació legal.²⁰¹ En Dret espanyol, part de la doctrina ha cridat l'atenció sobre la manca d'un model jurídic apropiat de configuració de la tendència de l'Estat a imposar una socialització del lucre obtingut per mitjans il·lícits, al mateix temps que postula la recuperació de la doctrina del *ius commune*.²⁰²

Com és ben sabut, la gestió de negocis aliens té lloc quan una persona s'immisceix en els béns o negocis d'un altre, sense el seu consentiment (art. 1889 I CCE). Fonamentalment s'estan cobrint amb aquest expedient els supòsits en què la intervenció del gestor no s'havia pogut demanar o autoritzar amb anterioritat a que tingués lloc. En aquests casos, el gestor oficiós, com l'anomena el CCE, està obligat a reparar els danys causats a l'amo o propietari d'aquests béns o negocis, sempre que aquell hagi obrat amb culpa. Pròpiament parlant, no constitueix un remei d'absorció dels beneficis, ja que les obligacions que fa néixer són les de continuar la gestió per part del gestor (art. 1888 CCE; obligació que no té cap sentit quan la gestió es fa amb una intenció purament depredatòria, per enriquir-se el gestor)²⁰³ i desenvolupar-la de forma diligent (art. 1889 CCE), així com l'obligació de l'amo de rescabalar el gestor en els termes previstos per la llei (art. 1893). Aquesta última acció, corresponent a l'antecedent romà de *actio negotiorum gestio contraria*, no és pròpiament una acció d'enriquiment, ja que l'enriquiment té una causa, que és la pròpia gestió de negocis.²⁰⁴ El Codi Civil espanyol —seguint el model francès— no preveu, doncs, una acció d'enriquiment en aquesta seu.²⁰⁵ Tampoc que el gestor reclami una retribució per la seva gestió, a causa de la idea que aquell actua de forma amistosa, com correspon —novament— a la construcció romana d'aquesta figura.²⁰⁶

El problema rau en què, en els supòsits de fet que s'estan examinant en aquest treball, el gestor no actua voluntàriament com a tal, ni pretén administrar o conservar el patrimoni del *dominus negotii*, ni té sempre una intenció altruista, sinó que probablement es mou amb una finalitat il·lícita, com és enriquir-se a costa del demandant. Tanmateix, la regulació sobre la

²⁰¹ Així Wagner, „Präventivschadensersatz...”, cit., p. 942.

²⁰² Vegeu Álvarez, *El enriquecimiento...*, cit., p. 189 i 190.

²⁰³ Vegeu María Elena Sánchez Jordán, *La gestión de negocios ajenos*, Madrid, Civitas, 2000, p. 114.

²⁰⁴ Com apunta, des del punt de vista comparat, Kupisch, “Ripetizione...”, cit., p. 290.

²⁰⁵ Respecte del Codi francès, vegeu Remy, “Les restitutions...”, cit., p. 76 amb més referències.

²⁰⁶ Vegeu Filippo Ranieri, *Europäisches Obligationenrecht*, 3. Auf., Wien, New York, Springer, 2009, p. 1759 i Jansen, “Negotiorum...”, cit., p. 964 i 978, amb més referències.

gestió (arts. 1888 ss. CCE) no requereix que la voluntarietat es refereixi a la gestió mateixa, sinó a la immissió en els negocis aliens,²⁰⁷ essent aquest un aspecte que sí es compliria en els casos que s'estan analitzant. Ara bé, també s'ha posat en relleu que si el gestor sap que el negoci és aliè, però el gestiona per a aconseguir-hi un profit, comet un acte il·lícit, que el farà responsable dels danys causats al *dominus*,²⁰⁸ o que ha de donar lloc a l'aplicació de la regla prohibitiva de l'enriquiment injust.²⁰⁹ Però manca una norma expressa que obligui el gestor maliciós a restituir el guany obtingut a l'amo del negoci.²¹⁰

Com en part s'ha apuntat, aquesta possibilitat sí que existeix en altres sistemes. Al Dret alemany, on aquesta figura ha estat objecte d'un tractament particularment aprofundit, es considera que la mala fe del gestor existeix quan aquest era conscient de la seva interferència amb els negocis d'altri. Així, s'hi reconeix que la gestió de negocis aliens (*Geschäftsführung ohne Auftrag*) pot entrar en joc quan el gestor està mancat de la voluntat de gestionar els negocis d'un altre, cas en el qual el gestor actua com si el negoci aliè fos el seu propi (*Eigengeschäftsführung*). Aleshores cal distingir dos supòsits diferents:

- a) si la gestió de negocis aliens ha tingut lloc en la creença que el gestor gestionava els seus propis afers, sinó que actuava sota els efectes d'un error (*irrtümliche Eigengeschäftsführung*), són inaplicables les normes sobre gestió de negocis (segons preveu expressament el § 687.1 BGB).

Per tant, enlloc d'aplicar aquestes normes (§§ 677 a 686 BGB), el conflicte d'interessos s'haurà de resoldre amb les relatives a la responsabilitat extracontractual (si hi ha un il·lícit civil o, en l'expressió alemanya, un *Delikt*) i l'enriquiment injustificat.²¹¹ Part de la doctrina afirma que en realitat en aquest supòsit no ens trobem davant d'un cas de gestió de negocis aliens, en la mesura en què l'alienitat (*Fremdheit*) de l'interès és irrellevant.²¹² En aquest punt, el Dret alemany coincideix,

²⁰⁷ Novament, vegeu Lacruz/Rivero, *Elementos...*, cit., p. 395.

²⁰⁸ Així Díez-Picazo/Gullón, *Sistema...*, cit., p. 517.

²⁰⁹ Així Sánchez Jordán, *La gestión...*, cit., p. 115, qui suggereix que possiblement s'hauria de seguir el model alemany, al qual es farà referència més avall.

²¹⁰ Vegeu Basozabal, *Enriquecimiento...*, cit., p. 97.

²¹¹ Es pot veure Esser/Weyers, *Schuldrecht*, cit., p. 24; Koppensteiner/Kramer, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, cit., p. 211, i Rolf Schmidt, *Schuldrecht Besonderer Teil*, 5. Auf., Grasberg bei Bremen, edició de l'autor, 2007, p. 16 Rn. 42, segons el qual és irrellevant si l'error era o no excusable.

²¹² Així Esser/Weyers, *Schuldrecht*, cit., p. 25.

per exemple, amb el nostre Dret o el d'altres sistemes, en els quals es requereix que el gestor sigui conscient que està gestionant interessos aliens.²¹³

- b) En canvi, si el gestor ha actuat de mala fe (*bösgläubig*) o amb dol (*vorsätzlich*), es parla en Dret alemany d'una gestió de negocis aliens impròpia o espúria (*unechte Geschäftsführung ohne Auftrag*, regulada al § 687 BGB) o *Geschäftsanmaßung* (també anomenada *angemaßte Eigengeschäftsführung*). Aquest segon supòsit es produeix quan el gestor actua de forma il·lícita, tot usurpant els negocis de l'amo. La gestió es diu que és injusta (*angemaßte*), no permesa (*unerlaubt*). Nogensmenys, el BGB tracta el gestor com si hagués actuat per compte del titular del negoci i el fa respondre a més d'una forma més rigorosa.²¹⁴ En tal cas, el Codi Civil alemany preveu que l'amo pot fer valdre les pretensions pròpies de la gestió de negocis (§ 687.2 1a part BGB). Tal com s'interpreta aquesta norma, l'amo pot reclamar, com ho faria el gestor en la gestió de negocis autèntica (*echte Geschäftsführung ohne Auftrag*), la restitució (*Herausgabe*) del benefici que hagi obtingut el gestor (l'anomenat *Verletzergewinn*; § 681 2a part, en relació amb el § 667 BGB), i això, encara que l'amo del negoci no hauria, ell mateix, perseguit aquest benefici.²¹⁵ Per tant, el gestor o *Geschäftsanmaßer* haurà de transferir a l'amo tot allò que hagi obtingut mitjançant la seva actuació en l'esfera jurídica aliena. No és una indemnització sinó que és com si el benefici obtingut pel gestor fos un benefici de l'amo del negoci.²¹⁶

Com la doctrina alemanya assenyala, la pretensió de restitució (*Herausgabeanspruch*) de l'amo del negoci contra el gestor és especialment atractiva quan aquest ha perseguit l'obtenció d'un benefici.²¹⁷ El fonament de la norma rau en que ningú no pot quedar-se els beneficis que inmerescudament aconseguixi mitjançant una intromissió antijurídica en l'esfera jurídica aliena.²¹⁸ El concepte de “negoci” (*Geschäft*) és molt ampli i

²¹³ Per tots, Pasquau, *La gestión...*, cit., p. 64 i Sirena, “La restituzione...”, cit., p. 319.

²¹⁴ Vegeu Staudinger / Roland Wittmann, „§ 687“, *Kommentar zum BGB. Zweites Buch. Recht der Schuldverhältnisse*, 13. Bearbeitung, Berlin, de Gruyter, 1995, 766-778, p. 768 Rn. 1.

²¹⁵ Vegeu Siemes, “Gewinnabschöpfung...”, cit., p. 229 i Manfred Wenckstern, „Die Geschäftsanmaßung als Delikt – Eine Rück und Neubesinnung“, *AcP* 2000, vol. 200, 240-270, p. 242.

²¹⁶ Segons puntualitza Staudinger / Andreas Bergmann, „§ 687“, *Kommentar zum BGB. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse §§657-704 (Geschäftsbesorgung)*, Neubearbeitung, Berlin, de Gruyter, 2006, 1009-1039, p. 1031 Rn. 46.

²¹⁷ Així Looschelders, *Schuldrecht*, cit., p. 280 Rn. 883.

²¹⁸ Vegeu Heinz-Peter Mansel, “§ 687”, a: Othmar Jauernig (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 10. Auf., München, C.H. Beck, 2003, 874-876, p. 875 Rn. 5.

comprèn pràcticament qualsevol activitat, inclòs l'aprofitament comercial de la personalitat pròpia.²¹⁹ La doctrina subratlla que no es pot restringir el concepte de negoci amb l'argument que només el titular del dret de la personalitat pot decidir si el comercialitza o no.²²⁰ Així, per exemple, la utilització no autoritzada d'un dret de la personalitat per part de la premsa es pot considerar com a gestió d'un negoci aliè impròpia.²²¹ Específicament, part de la doctrina considera que la publicació d'una entrevista inventada es pot considerar un negoci de la persona afectada.²²² Si s'admet això, la gestió de negocis impròpia pot ser superior a la via de l'enriquiment injustificat.²²³ De fet, el legislador alemany va introduir la gestió impròpia conscient que calia ampliar els remeis, ja que no era suficient amb l'acció de responsabilitat extracontractual i la d'enriquiment.²²⁴

La jurisprudència alemanya ha aplicat aquest remei en nombroses ocasions, en les quals ha admès àdhuc l'aplicació analògica dels preceptes sobre gestió de negocis aliens sense mandat, per a permetre que el demandant absorbeixi el guany del mandat. En aquesta línia, els tribunals alemanys han admès l'aplicació del § 687.2 BGB fins i tot en casos de conducta no dolosa sinó simplement negligent.²²⁵ Aparentment, aquest criteri expansiu *per analogiam* no cal al Dret suís, on el Codi d'obligacions permet l'absorció del benefici no sols als supòsits de negligència, sinó, segons alguns autors, àdhuc en cas de manca de culpa.²²⁶ Aquesta amplitud de la figura pot semblar excessiva. Des d'un punt de vista d'anàlisi econòmica, com s'ha vist, és cert que la causació del dany no ha de sortir a compte (*tort must not pay*). Tanmateix, s'ha d'evitar caure en l'extrem contrari, això és, una sobrecompensació que porta a la ineficiència per excés de prevenció (*overdeterrence, Präventionsübermaß*). De fet, l'anàlisi econòmica justifica l'absorció dels beneficis plena –és a dir, àdhuc ultra la llicència hipotètica– en el supòsit de dol, no així en el de culpa.²²⁷

²¹⁹ Així, Hoppe, *Persönlichkeitsschutz...*, cit., p. 90.

²²⁰ Vegeu Hoppe, *Persönlichkeitsschutz...*, cit., p. 91. A més, vegeu les consideracions de Staudinger/Bergmann, „§ 687“, cit., p. 1017 Rn. 15.

²²¹ Així, Siemes, „Gewinnabschöpfung...“, cit., p. 229.

²²² Vegeu Klump, *Die Privatstrafe*, cit., p. 140.

²²³ Vegeu amunt la nota 145 i text que l'acompanya.

²²⁴ Per a més detalls, vegeu König, „Gewinnhaftung“, cit., p. 187.

²²⁵ Vegeu Hoppe, *Persönlichkeitsschutz...*, cit., p. 90 i 93; König, „Gewinnhaftung“, cit., p. 196. Entre nosaltres, vegeu Basozabal, „Método...“, cit., p. 1269, amb nombroses referències.

²²⁶ Vegeu Köndgen, „Gewinnabschöpfung...“, cit., p. 666, amb més referències; cf. Gauch, „Grenzüberschreitungen...“, cit., p. 315 i Helms, „Grenzen...“, cit., p. 158

²²⁷ Vegeu Hans B. Schäfer / Claus Ott, *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, 3. Auf., Berlin, Heidelberg, New York, 2000, p. 239; Köndgen, „Gewinnabschöpfung...“, cit., p. 687, 691 i 693 i Wagner, „Geldersatz...“, cit., p. 225-226, amb més referències.

Des d'aquest punt de vista, podria ser excessiva l'amplitud de la norma —ja referida— del DCFR que permet l'absorció de beneficis sense distingir entre els supòsits de culpa i de dol.²²⁸

Atesa aquesta situació legal de partida, una part de la doctrina alemanya defensa que la gestió de negocis aliens impròpia o *Geschäftsanmaßung* pugui constituir la via adequada perquè l'afectat absorbeixi els beneficis obtinguts per l'altra part. D'aquesta manera s'evita que el gestor en surti immune malgrat que hagi produït una intromissió en l'esfera d'una altra persona i, per tant, s'evita que tingui un incentiu per especular sobre la possibilitat de quedar-se l'hipotètic guany obtingut amb la seva conducta.²²⁹ La proposta sembla molt interessant i entronca amb el debat existent a casa nostra,²³⁰ ja que la gestió de negocis impròpia permet l'amo del negoci obtenir quelcom més que si anés per les altres dues vies referides —com són responsabilitat extracontractual i enriquiment injustificat. En relació a la primera, la gestió de negocis és superior, perquè el guany obtingut pel gestor pot excedir el dany demostrable de l'amo. A més, el lucre cessant només es pot reclamar si la víctima també l'hauria pogut obtenir. I en relació al segon, també podria ser superior per dues raons: a) en primer lloc, el que es pot demanar en virtut de l'acció d'enriquiment injustificat és menys del que es pot demanar per la via de la gestió impròpia, ja que l'acció d'enriquiment només obliga a restituir el valor objectiu d'allò aconseguit (arg. § 818 BGB), mentre que l'acció basada en la gestió permet absorbir tot l'enriquiment.²³¹ En conseqüència, la gestió impròpia permet que l'amo absorbeixi tot l'enriquiment àdhuc si és superior a la regalia o llicència hipotètica; i b) en segon lloc, perquè en l'enriquiment injustificat se sol requerir que la posició jurídica afectada tingui un contingut d'atribució (*Zuweisungsgehalt*), segons ja s'ha vist. En canvi, segons la interpretació que s'adopti, sembla possible eludir aquest requisit si es va a través de la via de la gestió de negocis aliens. Notablement, i a diferència del que preveu la regla sobre enriquiment injustificat del § 812 BGB, la regla de la gestió de negocis aliens impròpia (§ 687.2 BGB) no exigeix que s'hagi produït una intromissió (*Eingriff*) “a costa de” (*auf Kosten*) el titular d'una posició jurídica. En connexió amb això, la diferència fonamental rau —per a alguns autors— en el fet que l'amo del negoci no necessita demostrar que

²²⁸ Vegeu Wagner, „Deliktsrecht“, cit., p. 205.

²²⁹ Harke, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 341 Rn. 348. Semblantment, Siemes, „Gewinnabschöpfung...“, cit., p. 213 ss.

²³⁰ Vegeu amunt, apartat II.2.1.A) lletra e).

²³¹ Per tots, Loewenheim, *Bereicherungsrecht*, cit., p. 121.

hauria obtingut el mateix benefici si n'hagués tingut l'oportunitat a no ser per la conducta del responsable.²³²

Així doncs, segons la primera interpretació, la gestió de negocis aliens sense mandat impròpia no limita el seu àmbit d'aplicació a la protecció de determinats béns jurídics, sinó que es tracta d'una norma protectora davant d'intromissions doloses, cosa que inclouria tant l'afectació de béns absoluts com també drets relatius.²³³

Certament, com en part s'ha vist, aquesta opinió no és acceptada per tota la doctrina alemanya. En general, i malgrat la possible imprecisió de la teoria referida, es requereix que el dret afectat tingui contingut d'atribució. El que succeeix és que a més cal que la intromissió sigui antijurídica. Així, per exemple, si un lladre edifica amb materials robats sobre finca aliena, la pretensió *ex* § 687.2 BGB es pot dirigir contra el lladre, mentre que la d'enriquiment injustificat s'adreça contra el propietari de la finca.²³⁴ Tanmateix, l'opinió oposada a aquesta sembla que va guanyant adeptes i no li falten arguments, com ja s'ha vist. Per això, altres autors defensen que es prescindeixi de la teoria de l'atribució en aquesta seu.²³⁵ Per exemple, al Dret suís, on també es regula la gestió de negocis impròpia (art. 423 OR), la doctrina dominant interpreta que perquè procedeixi l'absorció de beneficis és suficient la intromissió en un dret aliè, tingui aquest o no contingut d'atribució.²³⁶

A part de l'anterior, segons la doctrina alemanya predominant, la gestió de negocis impròpia permetria el titular absorbir el benefici sense que se li puguin restar les despeses necessàries per a obtenir-lo.²³⁷ L'únic que es

²³² Vegeu Ullmann, „Die Verschuldenshaftung...”, cit., p. 618; semblantment, von Caemmerer, „Bereicherung...”, cit., p. 360.

²³³ Vegeu Roth, „Gedanken...”, cit., p. 380 (tot i que reconeix que en el moment en què ho escrivia, l'any 1991, era opinió minoritària).

²³⁴ Vegeu Staudinger/Bergmann, „§ 687”, cit., p. 1015 Rn. 11.

²³⁵ Vegeu Roth, „Gedanken...”, cit., p. 381 i Wagner, „Präventivschadensersatz...”, cit., p. 942.

²³⁶ Vegeu Peter Gauch, „Grenzüberschreitungen im privaten Schadensrecht. Bemerkungen zum Begriff des Schadens, zur vertraglichen Haftung ohne Vertragsverletzung und zur Bereicherung aus Vertragsbruch”, a: Peter Forstmoser / Heinrich Honsell / Wolfgang Wiegand (Hrsg.), *Richterliche Rechtsfortbildung in Theorie und Praxis. Festschrift für Hans Peter Walter*, Bern, 2005, 293-319, p. 313; amb un altre parer, cf. Claire Huguenin / R.M. Jenny, „Art. 423 OR”, a: Marc Amstutz *et al.* (Hrsg.), *Handkommentar zum Schweizer Privatrecht*, Zürich/Basel/Genf, Schulthess, 2007, p. 2135 i Rolf H. Weber, „Art. 423 OR”, a: Heinrich Honsell / Nedim Peter Vogt / Wolfgang Wiegand, *Basler Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht. Obligationenrecht I*, 3. Auf., Basel, Genf, München, Helbing & Lichtenhahn, 2003, p. 2347 Rn 6.

²³⁷ Vegeu Wagner, „Präventivschadensersatz...”, cit., p. 942; Köndgen, „Gewinnabschöpfung...”, cit., p. 668 i Harke, *Allgemeines Schuldrecht*, cit., p. 342 Rn. 349; contra Siemes, „Gewinnabschöpfung...”, cit., p. 229.

podria descomptar seria l'estalvi ocasionat a l'amo del negoci per a obtenir tal benefici.²³⁸ Per tant, les despeses infructuoses, o aquelles que excedeixin el benefici obtingut, el gestor no les pot reclamar. *De lege ferenda*, aquest sembla un punt problemàtic, ja que si manqués d'aquesta possibilitat de detracció, el gestor impropri suportaria tot el risc de la seva actuació. Aquesta conseqüència segurament seria contrària als principis del nostre sistema (arg. ex arts. 455 I i.f. CCE i 522-3.2 CCCat, que en seu de liquidació d'estats possessoris permeten la detracció de les despeses necessàries realitzades pel posseïdor de mala fe).²³⁹ Convé no perdre de vista que si el gestor impropri obté un benefici és pràcticament sempre perquè pressuposa una actuació pròpia, como ara haver aprofitat una oportunitat de mercat.²⁴⁰ Per aquesta raó, segurament caldria que una hipotètica regulació d'aquesta figura permetés la detracció esmentada. En qualsevol cas, és absolutament irrellevant si el *dominus* hagués obtingut ell mateix l'enriquiment. Finalment, al Dret suís s'assenyala que la pretensió d'absorció de beneficis basada en la gestió impròpia és més àmplia que la basada en l'enriquiment, ja que la primera permet reclamar tot l'enriquiment i no només l'empobriment sofert per la víctima.²⁴¹ L'observació interessa especialment en un sistema com el nostre on, com s'ha dit, encara l'opinió dominant erigeix l'empobriment en un límit al que es pot reclamar per l'acció d'enriquiment.²⁴²

Com es pot apreciar, el Dret alemany relatiu a aquesta matèria és molt estructurat i complex, i permet donar una solució a un supòsit no expressament previst amb caràcter general al nostre sistema.²⁴³ Certament, es podria discutir *de lege ferenda* si la gestió de negocis aliens és la seu sistemàtica més idònia per a establir l'absorció de beneficis. Ara bé, la reclamació dels beneficis obtinguts pel responsable sobre aquesta base no és tan estranya com podria semblar. De fet, constitueix una de les opcions del ja referit mètode del triple còmput del dany (*dreifache Schadensberechnung*) conforme a la dogmàtica alemanya, que és al seu torn la font de les normes ja examinades més amunt sobre indemnització de danys per lesió de drets immaterials al nostre sistema.²⁴⁴ El problema és que afirmar que aquesta

²³⁸ Vegeu Schlobach, *Das Präventionsprinzip...*, cit., p. 205-206; Kraßer, "Schadensersatz...", cit., p. 269 i Wenckstern, "Die Geschäftsmaßnung...", cit., p. 257, i els autors que citen.

²³⁹ Vegeu Carrasco, "Restitución...", cit., p. 147 i Álvarez, *El enriquecimiento...*, cit., p. 187.

²⁴⁰ Vegeu Wenckstern, "Die Geschäftsmaßnung...", cit., p. 255.

²⁴¹ Vegeu Weber, "Art. 423 OR", cit., p. 2349 Rn. 11.

²⁴² Vegeu amunt, apartat II.2.1.C).

²⁴³ Segurament per això, l'ha defensat entre nosaltres Sánchez Jordán, *La gestión...*, cit., p. 115, qui es refereix sobretot a la possibilitat que l'afectat pugui escollir entre les diverses accions al seu abast.

²⁴⁴ Semblantment, Staudinger/Wittmann, "§ 687", cit., p. 776 Rn. 21.

regla és de responsabilitat extracontractual –i, conseqüentment, incloure-la dins la regulació de danys “a la DCFR”– suposa una desnaturalització del concepte de dany. Però, en el fons, la tria de la ubicació sistemàtica depèn de la distribució de funcions segons els remeis que faci l'ordenament.²⁴⁵

A part, és cert que l'absorció de beneficis mitjançant l'aplicació de la gestió impròpia de negocis aliens sense mandat no constitueix un principi reconegut internacionalment de forma general. Tanmateix, també és veritat que una solució similar es pot trobar en més sistemes que l'alemany o el suís. Al Dret escocès, part de la doctrina ha assenyalat que probablement en el futur se seguirà la solució alemanya basada en la gestió de negocis aliens.²⁴⁶ Al Dret italià, per la seva banda, part de la doctrina considera que la gestió de negocis aliens (regulada als arts. 2028 ss. *Codice Civile*) també pot ser d'aplicació amb independència de si el gestor va actuar de forma altruista o en interès propi.²⁴⁷ La solució basada en la gestió impròpia és similar a la que s'assoleix al *common law*. Al Dret anglès, el gestor està obligat a la restitució de beneficis amb independència de la seva bona o mala fe. Tanmateix, perquè sorgeixi aquella obligació és precís que el gestor hagi infringit un deure fiduciari (*fiduciary duty*).²⁴⁸ Sense aquesta infracció, el deure de restitució només sorgeix si el gestor va actuar de mala fe (*knowingly*).²⁴⁹

IV. CONCLUSIÓ

A tots els sistemes jurídics examinats, la causació d'un dany dona lloc al deure de reparar-lo conforme a les regles de la responsabilitat extracontractual. Tanmateix, existeixen notables diferències pel que fa al tractament de la qüestió dels beneficis obtinguts pel causant del dany mitjançant la conducta que dona lloc a aquesta responsabilitat. Per una banda hi ha els sistemes, com l'anglès, que tracten la qüestió com un assumpte de responsabilitat, enfocament que s'explica per la pluralitat de funcions –incloses les no estrictament compensatòries– que hi desenvolupa la indemnització. Aquest enfocament permet als tribunals condemnar al responsable a transferir a la víctima els beneficis obtinguts (*disgorgement*).²⁵⁰ Per l'altra, hi ha els sistemes

²⁴⁵ Semblantment, Wendehorst, “Unterechtfertigte Bereicherung”, cit., p. 259.

²⁴⁶ Així Siems, “Disgorgement...”, cit., p.42 i 46.

²⁴⁷ Vegeu Sirena, “La restituzione...”, cit., p. 317. En canvi, insisteixen en la necessitat d'actuar en interès aliè Sigfrido Ferrari, “Gestione affari altrui (diritto privato)”, a: *Enciclopedia del Diritto*, vol. XVIII, Milano, Giufrè, 1969, 644-679, p. 651, i Guido Alpa / Giovanni Iudica, *Codice civile. Un commento*, Torino, UTET, 1996, comentari a l'art. 2028.

²⁴⁸ Vegeu amunt, nota 111 i text que l'acompanya.

²⁴⁹ Vegeu, amb un enfocament comparat, König, “Gewinnhaftung”, cit., p. 197 ss.

²⁵⁰ Amunt, apartat II.2.2.A).

com l'alemany, on es separa curosament la indemnització i l'enriquiment injustificat.²⁵¹ L'absorció de l'enriquiment s'aconsegueix mitjançant l'acció d'enriquiment per intromissió (*Eingriffskondiktion*), que obliga a pagar a la víctima el preu de la llicència hipotètica (*Lizenzgebühr*). Com que aquest pot ser inferior al benefici real del responsable, la víctima podrà absorbir l'enriquiment quan sigui superior, però només en els cas de dol, per per l'aplicació de les normes sobre gestió de negocis aliens sense mandat impròpia (*unechte*, § 687.2 BGB).²⁵²

Aquesta solució sorprèn, ja que *stricto sensu* la gestió de negocis pressuposa actuació en interès aliè i, en conseqüència, la gestió impròpia es troba en una terra de ningú entre el Dret de contractes (mandat) i el Dret de la responsabilitat civil i l'enriquiment injustificat. El nostre sistema es troba en algun punt intermedi entre aquests dos sistemes, ja que sovint les normes sobre responsabilitat civil barregen conceptes pròpiament de Dret de danys i de l'enriquiment injustificat.²⁵³ A diferència del Dret anglès, la indemnització no pot tenir funcions extracompenatòries, però, a diferència del Dret alemany, el nostre sistema manca d'una regla sobre gestió de negocis aliens impròpia. A diferència, novament, del Dret alemany, l'acció d'enriquiment no dona lloc com a regla general al pagament de la llicència hipotètica (arg. § 818 BGB), però sí que tradicionalment està limitada en la seva quantia per l'empobriment del demandant.²⁵⁴ Així doncs, encara que sigui per camins diferents, tots dos sistemes —alemany i espanyol— arriben a resultats comparables pel que fa a l'enriquiment injustificat, però sense que el nostre sistema (al marge de les regles possessòries, arts. 455 I CCE i 522.3.2 CCCat) disposi d'aquest expedient addicional que permet *saltar* a un nivell de protecció superior en cas de conducta dolosa del responsable, com és la gestió impròpia.

En aquest treball s'han posat sobre la taula arguments per a debatre si és convenient o no la introducció d'una regla d'absorció de l'enriquiment obtingut per una persona. El problema de l'acció d'enriquiment són els seus límits, en exigir-se majoritàriament que l'interès afectat per la intromissió tingui un contingut d'atribució, d'acord amb la teoria germànica importada per la doctrina espanyola, i el fet que només s'absorbeixi l'enriquiment en la quantia de l'empobriment (sistema llatí) o la quantia de la llicència hipotètica (sistema alemany, excepte dol). La absorció incompleta dels beneficis per la víctima d'un dany condueix a una prevenció insuficient i és econòmicament ineficient. Per tant, equival a una situació en què causar un dany surt a

²⁵¹ Amunt, apartat II.2.2.B).

²⁵² Amunt, apartat III.

²⁵³ Amunt, apartat II.2.A).

²⁵⁴ Amunt, apartat II.2.1.C).

compte (*tort pays*), resultat especialment sagnant en cas d'actuació dolosa del responsable. Tant el Dret alemany, com el Dret anglès, segons s'ha vist, permeten —amb diferències de detall— l'absorció del benefici en aquest supòsit, en contraposició al silenci del nostre sistema. La nostra manca d'una regla general i expressa d'interdicció de l'enriquiment injustificat —al marge de concrecions aïllades ja examinades, com l'art. 18.6 LCD o el nou art. 9.2 de la LO 1/1982—²⁵⁵ dificulta la realització d'aquesta distinció fonamental entre els supòsits de culpa i dol.

Una possibilitat consisteix en explorar un remei diferent a la responsabilitat extracontractual i l'enriquiment injustificat, com és la gestió de negocis aliens sense mandat impròpia. Aquesta figura, emprada al Dret alemany i al Dret suís, obliga el responsable a transferir a la víctima l'enriquiment obtingut, amb el pressupòsit que el gestor ha actuat amb intenció de lucrarse. *De lege lata*, és cert que l'encaix d'aquesta figura al nostre sistema vigent pot ser una mica forçat. A més, una importació acrítica de la regla alemanya del § 687.2 BGB no sembla possible ni recomanable, ja que el sistema alemany té un punt de partida marcadament diferent del nostre en connexió amb l'enriquiment injustificat. També cal no perdre de vista que la gestió de negocis aliens és una figura la funció de la qual depèn, en bona mesura, de com es defineixin altres sectors de l'ordenament.²⁵⁶ La inclusió de la regla sense més dins de les disposicions sobre gestió de negocis aliens sense mandat pot conduir a resultats inadequats si s'ometen les adaptacions necessàries, per exemple, pel que fa a la prescripció.²⁵⁷ Finalment, hi ha el problema del requisit del contingut d'atribució del dret, que impedeix convertir la regla del § 687.2 BGB en el remei per als casos de dèficit de prevenció o prevenció insuficient des d'un punt de vista econòmic.²⁵⁸ Però el que sí sembla convenient és debatre sobre si una norma d'absorció de beneficis falta en el nostre sistema i, en el seu cas, si ha de limitar-se només als danys causats dolosament o bé ha d'incloure també els causats amb culpa (o àdhuc sense ella en cas de règims de responsabilitat objectiva). No s'ha de perdre de vista que l'usurpador pot estar creant riquesa amb la seva conducta, raó per la qual pot no ser sempre el més adequat transferir tot l'enriquiment a la víctima. La conveniència no només de protegir els drets

²⁵⁵ Amunt, apartats II.2.1.A) lletres a) i b).

²⁵⁶ Vegeu Zimmermann, "The Present...", cit., p. 499 i Nils Jansen, "Geschäftsführung ohne Auftrag (*negotiorum gestio*)", a: Jürgen Basedow / Klaus J. Hopt / Reinhard Zimmermann (Hrsg.), *Handwörterbuch des Europäischen Privatrechts*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2009, 707-710, p. 708-709.

²⁵⁷ Vegeu per al Dret alemany Wenckstern, „Die Geschäftsanmaßung...”, cit., p. 264.

²⁵⁸ Vegeu Staudinger/Bergmann, „§ 687“, cit., p. 1039 Rn. 69.

subjectius, sinó també d'estimular la creació de riquesa, pot aconsellar que es limiti el remei de l'absorció de beneficis als casos més greus.²⁵⁹

De lege ferenda, encabir la regla dins el sistema de la responsabilitat extracontractual (criteri seguit pel DCFR i propugnat per part de la doctrina alemanya més recent) també resulta problemàtic, ja que pot haver-hi una obtenció de beneficis sense un correlatiu empobriment o dany i no sempre coincideixen el lucre cessant i el benefici de l'infractor. La ficció que aquest benefici correspon al que la víctima hauria pogut obtenir pel seu compte ignora la contribució del responsable al guany. Això de banda, tampoc no es pot vehicular l'absorció pervertint la figura del dany moral, o per la via dels danys punitius, ja que la funció de l'absorció de beneficis és preventiva, no punitiva. Pel que fa a l'enriquiment injustificat, ja s'ha vist que l'exigència d'un contingut d'atribució del dret afectat suposa una barrera per a l'absorció dels beneficis en casos en què el causant del dany afecta interessos mancats de tal contingut. En fi, la nova regla tal vegada podria consistir en una oficialització de la figura de la gestió impròpia de negocis aliens sense mandat de nova factura en un futur Dret d'obligacions, que superi les possibles limitacions de la regulació actual i que contingui adaptacions que donin compte de la seva connexió intrínseca amb la responsabilitat extracontractual.

²⁵⁹ En aquesta línia Gallo, "Unjust Enrichment", cit., p. 452.

