

**cejfe**

# Cap a una regulació de l'arrendament de béns i serveis en el Codi civil de Catalunya

*Ajut a la investigació 2019*

---

## **Autors**

Rosa Barceló Compte, Mariló Gramunt Fombuena  
i Gemma Rubio Gimeno

Any 2020

El Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada ha editat aquesta recerca respectant el text original dels autors, que en són responsables de la correcció lingüística.

Les idees i opinions expressades en la recerca són de responsabilitat exclusiva dels autors, i no s'identifiquen necessàriament amb les del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.

#### Avís legal



Els continguts d'aquesta obra estan subjectes a una llicència de Reconeixement \_no Comercial\_ Sense Obra derivada 4.0. Internacional (CC BY-NC-ND 4.0) de Creative Commons. Se'n permet la reproducció, la distribució i la comunicació pública sempre que se'n citi el titular dels drets (Generalitat de Catalunya, Centre d'Estudis Jurídics i formació Especialitzada) i no se'n faci un ús comercial. Aquesta obra no es pot transformar per generar obres derivades. La llicència completa es pot consultar a: <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/legalcode>

© **Generalitat de Catalunya**  
Centre d'Estudis Jurídics  
i Formació Especialitzada

## RESUM

El legislador català, amb l'aprovació del Llibre Sisè del Codi civil de Catalunya, ha fet un pas endavant en la previsió de normes de caire social que propugnen un Dret contractual més just. A partir de la proposta acadèmica de regulació del contracte de serveis, que en l'àmbit europeu plasma el *Draft Common Frame of Reference* i, en l'entorn espanyol, la revisió de la Proposta de modificació del Codi civil elaborada per la Comissió General de Codificació, un dels objectius d'aquest treball és proposar de *lege ferenda* una regulació de l'arrendament de serveis en el Codi civil de Catalunya.

Pel que fa al contracte de serveis, més enllà de les particularitats que es poden descriure dels diferents tipus contractuals, convé incorporar un seguit de normes que tinguin impacte en la figura general d'aquest contracte.

Una futura regulació sobre l'arrendament de béns es pot orientar no només a una regulació general del règim de durada, renda i millores en l'arrendament d'habitatge i dels locals de negoci, sinó que ha de considerar també la conveniència d'introduir la regulació d'aspectes concrets en clau d'oportunitat legislativa.

El present estudi promou aquesta darrera orientació i per tant, no desenvolupa un treball exhaustiu sobre la matèria de l'arrendament de béns, sinó que només incideix en l'interès regulador de determinades institucions a l'entorn de la mateixa. Així doncs, no entrarem a analitzar de forma detallada tot el recorregut contractual, les obligacions de les parts, els remeis, etc., sinó que ens limitarem a destacar aquells àmbits que considerem mancats de regulació o amb regulació insuficient per tal de valorar la conveniència o no d'incorporar-los a la regulació futura del contracte d'arrendament a Catalunya.

Des d'aquest punt de vista esbiaixat, es tractaran figures ben heterogènies com la proposta de regulació de la llar compartida, l'arrendament d'habitatge per a ús temporal, la proposta de regulació de l'arrendament forçós en cas de cessió de l'ús de l'habitatge per part del seu titular en el context d'una crisi matrimonial

o de parella, el sotsarrendament no consentit mitjançant prestació de caució suficient, etc.

No obstant i tot i aquest tractament intencionadament parcial, plantejarem l'interès d'incloure en el Codi civil de Catalunya unes normes generals sobre l'arrendament de béns.

## RESUMEN

El legislador catalán, con la aprobación del Libro Sexto del Código civil de Cataluña, ha dado un paso adelante en la previsión de normas más sociales que impulsan un Derecho contractual más justo. A partir de la propuesta académica de regulación del contrato de servicios, que en el ámbito europeo la plasma el *Draft Common Frame of Reference* y, en el entorno español, la revisión de la Propuesta de modificación del Código civil elaborada por la Comisión General de Codificación, uno de los objetivos de este trabajo es proponer de *lege ferenda* una regulación del arrendamiento de servicios en el Código civil de Cataluña.

En cuanto al contrato de servicios, más allá de las particularidades que se pueden describir de los diferentes tipos contractuales, conviene incorporar una serie de normas que tengan impacto en la figura general del mismo.

Además, una futura regulación sobre el arrendamiento de bienes se puede orientar no solo a una regulación general del régimen de duración, renta y mejoras en el arrendamiento de vivienda y de los locales de negocio, sino que tiene que considerar también la conveniencia de introducir la regulación de aspectos concretos en clave de oportunidad legislativa.

El presente estudio promueve esta última orientación y por tanto, no desarrolla un trabajo exhaustivo sobre la materia del arrendamiento de bienes, sino que sólo incide en el interés regulador de determinadas instituciones en el entorno de la misma. Así pues, no entraremos a analizar de forma detallada todo el recorrido contractual, las obligaciones de las partes, los remedios, etc., sino

que nos limitaremos a destacar aquellos ámbitos que consideramos carentes de regulación o con regulación insuficiente para valorar la conveniencia o no de incorporarlos a la regulación futura del contrato de arrendamiento en Cataluña.

Desde este punto de vista, se tratarán figuras muy heterogéneas como la propuesta de regulación del hogar compartido, el arrendamiento de vivienda para uso temporal, la propuesta de regulación del arrendamiento forzoso en caso de cesión del uso de la vivienda por parte de su titular en el contexto de una crisis matrimonial o de pareja, el subarrendamiento no consentido mediante prestación de caución suficiente, etc.

A pesar de este tratamiento intencionadamente parcial, plantearemos el interés de incluir en el Código civil de Cataluña unas normas generales sobre el arrendamiento de bienes.

## **ABSTRACT**

The Catalan legislator, after the adoption of Book VI of the Catalan Civil Code, has taken a step forward through the introduction of social rules with the aim to achieve social justice in contract law. On the basis of the academic proposal for the regulation of the service contract, which in the European context is embodied in the Draft Common Frame of Reference and, in the Spanish context, the revision of the Proposal for the modification of the Civil Code drawn up by the General Codification Commission, one of the objectives of this work is to propose *de lege ferenda* a regulation of the leasing of services in the Civil Code of Catalonia.

As for the service contract, beyond the particularities that can be described of the different contractual types, it is advisable to incorporate a series of rules that have an impact on the general figure of the service contract.

In addition, a future regulation on the leasing of goods can be oriented not only towards a general regulation of the regime of duration, rent and improvements in the leasing of housing and business premises, but also has to consider the

convenience of introducing the regulation of specific aspects in terms of legislative opportunity.

This study promotes this latter orientation and therefore does not carry out an exhaustive work on the subject of leasing goods, but rather has an impact on the regulatory interest of certain institutions in its environment. Therefore, we will not go into a detailed analysis of the entire contractual process, the obligations of the parties, remedies, etc., but we will limit ourselves in highlight those areas that we consider to be lacking in regulation or with insufficient regulation to assess whether or not it is advisable to incorporate them into the future regulation of the lease contract in Catalonia.

From this point of view, very heterogeneous figures will be dealt with, such as the proposal for the regulation of the shared home, the rental of housing for temporary use, the proposal for the regulation of forced rental in the event of the transfer of the use of the dwelling by its owner in the context of a marital or couple crisis, the non-consented sublease through the provision of sufficient security, etc.

Nevertheless and all and this intentionally partial treatment, we will raise the interest of including in the Civil Code of Catalonia some general rules on the leasing of goods.

## **PARAULES CLAU**

Dret contractual més just, contracte de serveis, arrendament de béns, coarrendament, llar compartida, local de negoci, habitatge, estudiants, competència legislativa, sotsarrendament, atribució de l'ús de l'habitatge en cas de crisi matrimonial o de parella, arrendament forçós sobre l'habitatge familiar.

## **PALABRAS CLAVE**

Derecho contractual más justo, contrato de servicios, arrendamiento de bienes, coarriendo, hogar compartido, local de negocio, vivienda, estudiantes, competencia legislativa, subarrendamiento, atribución del uso de la vivienda en caso de crisis matrimonial o de pareja, arrendamiento forzoso sobre la vivienda familiar

## **KEYWORDS**

Fairer contractual law, service contract, lease of property, co-lease, shared home, business premise, housing, students, legislative competence, sublease, attribution of the use of housing in case of marriage or couple crisis, forced lease on family housing

# SUMARI

<b>SUMARI .....</b>	<b>8</b>
<b>INTRODUCCIÓ .....</b>	<b>10</b>
<b>CAPÍTOL I: ASPECTES INTRODUCTORIS SOBRE UNA FUTURA REGULACIÓ EN MATÈRIA D'ARRENDAMENT DE BÉNS I SERVEIS.....</b>	<b>17</b>
1. Cap a un Dret contractual més just.....	17
1.1. La dimensió política del Dret de contractes .....	17
1.2. La perspectiva rawlsiana de protecció de la part dèbil del contracte ..	26
1.2.1. El Dret de contractes com a part de l'estructura bàsica de la societat.....	28
1.2.2. La funció distributiva del dret de contractes.....	31
1.3. La protecció situacional de la part feble: més enllà de la categoria de consumidor .....	33
1.4. La protecció de la part feble com a principi del dret de contractes: cap a un dret contractual més just.....	38
1.4.1. El consumidor com a paradigma de part feble en el Dret comunitari .....	39
1.4.2. La protecció de la part feble en contextos asimètrics .....	42
2. Marc Competencial .....	26
<b>CAPÍTOL II. REGULACIÓ DEL CONTRACTE D'ARRENDAMENT DE BÉNS EN CLAU D'OPORTUNITAT LEGISLATIVA .....</b>	<b>51</b>
1. La necessitat d'elaborar disposicions generals aplicables a tots els contractes d'arrendament de béns.....	53
2. Contractes d'arrendament d'habitatge per a ús temporal .....	56
2.1. Contractes d'arrendament d'habitatge per a ús temporal .....	56
2.1.1. L'arrendament temporal en general.....	56
2.1.2. El cas particular de l'arrendament d'habitatges per a estudiants..	59
2.2.- Contracte d'arrendament de local comercial .....	62
2.3. Un breu apunt al voltant de la regulació de la llar compartida .....	67
3. Arrendament forçós d'habitatge en cas de cessió d'ús en supòsits de crisi de parella .....	69
3.1. Privació de l'ús de l'habitatge i enriquiment injustificat a favor de l'usuari o d'un tercer .....	69
3.1.1. El valor econòmic de l'ús cedit i contemplació del greuge derivat de la presència d'un tercer en l'habitatge .....	71
3.1.2. El fonament assistencial del dret i les facultats de l'usuari .....	76



3.2. Mesures per a reequilibrar una situació injusta: titular desposseït-subsistència del dret d'ús i introducció d'un tercer en l'habitatge per tolerància de l'usuari.....	81
3.2.1. La difícil prosperabilitat d'una acció d'enriquiment injustificat.....	81
3.2.2. Introducció d'un tercer en l'habitatge i alteració sobrevinguda de les circumstàncies .....	84
3.2.3. Eventual modificació d'altres mesures: substitució de l'habitatge per pensió d'aliments, minoració de la prestació alimentària a càrrec del progenitor privat de l'ús o modificació del règim de guarda.....	86
3.2.4. <i>De lege ferenda</i> : l'arrendament forçós com el remei reequilibrador més adequat per a una situació econòmicament injusta .....	89
4.- Sotsarrendament no consentit amb garantia .....	96
<b>CAPÍTOL III: CAP A UNA REGULACIÓ DEL CONTRACTE DE SERVEIS EN EL CODI CIVIL DE CATALUNYA .....</b>	<b>69</b>
1.- Plantejament previ .....	99
2.- El contracte de serveis com a tipus contractual general .....	99
2.1. La regulació del contracte de serveis en les propostes harmonitzadores del Dret contractual europeu: especial referència al DCFR. ....	100
2.2. La regulació del contracte de serveis en les propostes de modernització del Codi civil. ....	101
3. Característiques que sorgeixen de la regulació general del contracte de serveis.....	105
3.1. Parts en el contracte de serveis.....	105
3.2. L'onerositat del contracte.....	105
3.3. Les obligacions precontractuals en el contracte de serveis. ....	106
3.3.1. Deure d'advertiment .....	106
3.3.2. Obligació de cooperar entre les parts: .....	120
3.3.3. El límit als deure d'advertiment : el principi d'autoresponsabilitat.....	123
3.4.- Obligacions d'advertència de caràcter contractual .....	124
3.5. La distinció entre obligacions de resultat i d'activitat en el sí del contracte de serveis: el cas paradigmàtic de l'art. IV.C.- 2:106 DCFR. ..	127
3.6. La conformitat en el contracte de serveis .....	137
3.7. Modificació unilateral en la prestació de servei.....	150
3.8. Extinció del contracte .....	151
<b>CAPÍTOL IV: CONCLUSIONS.....</b>	<b>154</b>
<b>BIBLIOGRAFIA .....</b>	<b>159</b>

# INTRODUCCIÓ

La protecció del contractant feble es contempla doctrinalment com un principi de Dret contractual contemporani que emergeix com a contrapès al de la llibertat contractual, paradigma de la codificació pròpia del segle XIX. Això ens permet constatar la dimensió política del Dret de contractes, que motivà la iniciativa fallida d'elaboració d'un Codi civil compartit per tots els estats membres de la Unió Europea. Paral·lelament, la refacció dels codis civils dels Estats incorporen previsions normatives que evidencien una tendència a la moralització de les relacions privades. Aquesta qüestió, de context normatiu i polític, es planteja davant l'escenari d'incorporació d'una nova normativa relativa a l'arrendament i que cal abordar des d'un punt de vista de protecció de la part feble.

Així, cal qüestionar quina ha de ser la tendència política en aquesta regulació, en la mesura que incorpori normes més proteccionistes cap a la part feble del contracte (normalment serà el prestatari del servei o l'arrendatari); per tant, la positivització de normes que procurin una simetria entre els drets i obligacions de les parts i que tendeixin a estendre la protecció cap a la part més dèbil assenyalen l'aposta per una socialització del Dret privat que ja s'observa en gran part de les propostes harmonitzadores del Dret contractual europeu.

L'aprovació del Llibre Sisè del Codi civil de Catalunya (Llei 3/2017, de 15 de febrer) va permetre al legislador català incorporar la matèria relativa a les obligacions i els contractes, tot afegint alguns dels contractes ja regulats en el nostre ordenament jurídic i introduint-ne d'altres que encara no gaudien d'una regulació en ell.

També el Llibre Sisè va establir l'estructura com a codi obert que permet incorporar regulacions en un futur. Així, l'estructura queda dividida en:

- Títol I, relatiu a les disposicions generals –encara per fer-,

- Títol II, relatiu als tipus contractuals –del qual ja es troba iniciada la seva regulació-

- Títol III, relatiu a les fonts no contractuals de les obligacions –encara no elaborat-

El contracte d'arrendament de serveis el situem en l'àmbit dels contractes sobre activitat aliena (en l'actualitat només està regulat el mandat i la gestió d'affers aliens). A més, la secció primera del capítol segon del Títol segon s'ha reservat per a la regulació de les disposicions generals relatives a tots els contractes de serveis.

En relació amb l'arrendament de béns, creiem que un cop regulat el contracte de compravenda i el de mandat és imprescindible regular aquest tipus contractual, sobretot tenint en compte, a més a més, que ja ha estat regulat el contracte d'arrendament rústic. I no només cal abordar la regulació del contracte d'arrendaments urbans, per la important dimensió i l'impacte econòmic i social que aquesta qüestió planteja, sinó també l'arrendament de béns mobles, tot incorporant contractes actualment sense regulació (*leasing, renting*) i d'altres arrendaments típics que estan assolint actualment un elevat grau d'implantació en la societat a través del model de l'economia de plataformes, tal i com veurem més endavant.

### **A) L'arrendament d'habitatge i altres béns**

És ben coneguda la problemàtica a l'entorn de l'elevat cost d'accés a l'habitatge i també és un fet constatat que les successives reformes de la Llei d'arrendaments urbans en el context del dret estatal, supletòriament aplicable a Catalunya, no han servit ni per ampliar significativament el parc d'habitatges en lloguer ni per abaratir o racionalitzar el cost de les rendes.

L'actual govern de l'Estat es proposa revertir l'última reforma de la Llei d'arrendaments urbans amb una nova reforma que recuperi el dret de l'arrendatari de prorrogar la durada del contracte fins a cinc anys, enlloc dels tres actuals i s'habilitarà als Ajuntaments per a l'elaboració d'un índex de preus de lloguer de referència d'acord amb una metodologia objectiva i subjecte a una revisió periòdica amb la finalitat de limitar els augments abusius de preus en les zones especialment gentrificades però sense provocar un efecte de contracció del mercat de lloguer. El legislador català amb la vista posada en aquesta acció legislativa però també en les mesures implementades o projectades en països de l'entorn, com Alemanya o França, pot valorar anar un pas més enllà i considerar la possibilitat de limitar el preu màxim de les rendes en els lloguers d'habitatges, tot incorporant d'altres incentius que evitin la contracció del mercat i de limitar així mateix, les garanties exigibles. Altres opcions com la possibilitat d'establir com a regla general la durada indefinida de l'arrendament té escasses possibilitats de reeixir, atès que l'argument històric jugarà decisivament en contra. En efecte, el període en el que, sota la vigència de la LAU de 1964, l'arrendament d'habitatge va funcionar amb un règim de durada prorrogable indefinida va comportar una intensa contracció del mercat i una opció majoritària per l'habitatge en règim de propietat, atès el limitat mercat de lloguer. Caldrà però, inspirar-se en el dret comparat a l'hora d'introduir condicionants a la resolució o desistiment del contracte a partir de valorar la conveniència d'utilitzar conceptes com l'adequat rendiment econòmic de l'immoble arrendat que eventualment ha de servir de sedàs per a temptatives d'increment de la renda. També caldrà valorar l'encaix que cal donar en una futura regulació catalana sobre l'arrendament d'habitatge a les necessitats de l'arrendador per recuperar personalment l'ocupació de l'immoble.

Un altra qüestió que es relaciona de manera directa amb l'esmentat problema de la progressiva elevació de l'import de les rendes en el lloguer d'habitatges és el fenomen relatiu als habitatges turístics i a la seva comercialització mitjançant les anomenades plataformes digitals de l'economia col·laborativa. La problemàtica particular d'aquesta qüestió exigeix una justificació independent en el proper subapartat.

D'altra banda, també exigeix una resposta acurada de l'ordenament l'arrendament de béns mobles, en particular l'arrendament de vehicles, sobretot quant a la doble possibilitat que l'activitat sigui qualificada com a relació entre particulars o com a relació de consum en funció de criteris de reiteració en l'activitat.

## **B) Els arrendaments i l'economia col·laborativa**

El fenomen de l'economia col·laborativa és prou conegut. La seva irrupció en les relacions contractuals ha comportat, d'una banda, la introducció de nous models de negoci i, d'altra, la possibilitat que els ciutadans puguin compartir recursos i fins i tot, tornar a introduir en les relacions contractuals alguns tipus que havien quedat relegats de la contractació purament civil per passar a ser-ho només dels sectors professionals.

En realitat, aquest fenomen ha estat impulsat per l'existència de plataformes digitals, de manera que potser sembla més adequat parlar d'economia de plataforma que d'economia col·laborativa. En l'àmbit de l'economia de plataforma, es fa necessari distingir aquells contractes que es duen a terme entre professionals o empresaris dels diversos sectors (o fins i tot la pròpia plataforma constituïda en empresa) i els consumidors (als quals haurem d'aplicar la regulació pròpia dels contractes de consum), d'aquells altres en els quals la plataforma intervé només com a facilitadora de la contractació i en els quals cap dels contractants no actua en exercici de la seva professió o activitat empresarial, i als quals caldrà aplicar les normes contractuals civils. Però, el fet de contractar a través de la plataforma, hauria de suposar l'aplicació de normes diferents a les de la contractació ordinària, adequades a l'entorn contractual? O bé les normes contractuals comunes són suficients per donar resposta a aquesta mena de contractes? Intentarem resoldre aquestes qüestions, també, en el decurs del treball.

## **C) Objectius concrets**

La finalitat del projecte que es presenta és elaborar una proposta de regulació de l'arrendament en el marc del dret d'obligacions i contractes català i determinar pautes que permetin incorporar i optimitzar recursos jurídics existents en el nostre entorn.

En el cas dels contractes d'arrendament, existeixen diversos sectors en els quals l'economia de plataforma té grau d'incidència elevat. Per posar ara només dos exemples, ens podem centrar en el lloguer d'habitatges i d'habitacions, en el lloguer de vehicles i en la prestació de serveis.

a) Especialment ambiciosa i socialment decisiva serà la proposta relativa a la regulació del contracte d'arrendament d'habitatge. Cal considerar quin és el posicionament polític que es pretén amb la regulació i de ben segur, l'èxit de la proposta estarà en funció de l'equilibri que assoleixi entre els interessos de l'arrendador i l'arrendatari. Sobre aquesta premissa, caldrà determinar el grau d'imperativitat o semi-imperativitat de les normes. Una de les qüestions que caldrà resoldre és la de si la fixació de preus màxims de renda en determinades zones de la ciutat pot ser l'única mesura que eviti l'expulsió dels veïns i permeti la convivència entre el destí turístic i el destí residencial. També caldrà valorar fins a quin punt la voluntat d'un dret contractual menys liberal i socialment més just permetrà introduir la situació personal i familiar de l'arrendatari com a causa justificada que impedeixi la resolució del contracte vençut el termini o la introducció d'un sistema de comparació de rendes de pisos en lloguer a imitació del model alemany. En tot cas, l'estabilitat en el gaudi de l'habitatge haurà de ser un motiu clar en l'orientació de la proposta legislativa.

b) El lloguer d'habitatges per a ús turístic ha merescut ja l'atenció del legislador, si bé fora de l'àmbit de les lleis civils, ja que ho ha fet en l'àmbit de la normativa administrativa. Es tracta de limitacions al dret de

propietat que impedeixen la lliure destinació dels immobles per part dels titulars. Així, per exemple, la Llei 13/2002, de 21 de juny, de turisme de Catalunya, defineix el que és habitatge d'ús turístic i l'identifica amb la cessió d'ús per estada de temporada (art. 50 bis), tot determinant que aquesta cessió pot ser realitzada en qualsevol de les formes admeses en dret (art. 50 ter), com, d'altra banda, no podria ser d'una altra manera. La modalitat més plausible serà la de l'arrendament. Però, què hem d'entendre per arrendament de temporada? Actualment, la resposta ens l'ofereix l'art. 66 del Decret 159/2012, del 20 de novembre, d'establiments d'allotjaments turístic i d'habitatges d'ús turístic. El Preàmbul d'aquest Decret emmarca aquest tipus de contractes en l'àmbit de d'una activitat econòmica que per tenir una finalitat diferent de la residencial es subjecta a uns requeriments específics establerts en els arts. 66 i ss. L'art. 66 defineix la temporada pel període d'ocupació, de tal manera que ho és aquella igual o inferior a 31 dies. Ha desaparegut el requisit de la reiteració que fins desembre del 2017 s'exigia. És a dir, el propietari d'un habitatge que el lloga una sola vegada per un període igual o inferior a 31 dies, ha de complir tots els requisits exigits pel Decret 159/2012. El lloguer per períodes superiors (a partir de 32 dies) ja no mereix aquesta qualificació de "turístic" i queda subjecte a la regulació general, de la qual encara no ens hem dotat a Catalunya.

En tot cas, deixa sense resoldre la qüestió del lloguer d'habitacions que no és una activitat de gran desenvolupament a través de les plataformes digitals.

Aquests problemes han de ser abordats en la futura regulació de l'arrendament d'immobles per tal de determinar si cal un règim jurídic especial o cal donar-hi solució en les normes generals.

- c) Un altre àmbit es correspon amb el del lloguer de vehicles, ja sigui el que presta una organització empresarial (novament ens introduïrem en l'entorn dels contractes de consum), ja sigui el no professional que lloga el seu vehicle quan no el necessita. Es considera necessari establir un mínim temporal per tal que no pugui ser qualificat com a contracte

assimilat al que fa un professional, tal i com fa el Decret 159/2012 amb els habitatges d'ús turístic?

- d) Finalment, també en relació amb la prestació de serveis cal establir una nítida diferència entre allò que és professional o empresarial i allò que és propi d'una activitat aliena, tot i que lucrativa. Existeixen plataformes (com ara, p. ex., *Wallapop*) en les quals hi ha usuaris que ofereixen la prestació de tot tipus de serveis de manera no professional: transport, mudances, atenció a la llar... En tots aquests casos, cal establir la línia divisòria entre el que pertany als contractes de consum i el que ha de quedar en el si de les relacions entre particulars.

El fet d'oferir la prestació de béns i serveis a través de les plataformes digitals permet arribar a un nombre elevat de destinataris i arribar a convertir l'activitat en més o menys habitual. En quins casos l'habitualitat es transforma en professionalitat i en quins no? La recent STJUE de 4 d'octubre de 2018 (Cas C-105/17, Kamenova) evita identificar per sistema l'exercici habitual d'una activitat amb l'exercici d'una activitat comercial, de manera que ens trobem davant d'un nou repte per a la codificació civil.

Finalment, cal plantejar una regulació general del contracte de serveis (més enllà de les particularitats que exigeixi cada tipus) que incorpori previsions de caràcter general per als diferents tipus de contractes que l'integren.



# **CAPÍTOL I: ASPECTES INTRODUCTORIS SOBRE UNA FUTURA REGULACIÓ EN MATÈRIA D'ARRENDAMENT DE BÉNS I SERVEIS**

## **1. Cap a un Dret contractual més just**

La protecció de la part feble del contracte s'ha vist promoguda pel Dret contractual europeu arran del desencantament social i econòmic del moment, que ha qüestionat el marc de la llibertat contractual i que defensa un nou humanisme contractual, que concep el contracte com un instrument de promoció de valors tals com la solidaritat o l'equitat i que pren en consideració una necessària conciliació entre l'autonomia de la voluntat de les parts i la necessària protecció dels contractants més febles<sup>1</sup>. En conseqüència, queda qüestionada la concepció del Dret de contractes com a Dret neutral, aliè a consideracions d'índole política i merament tècnic.

En aquesta primera part del treball hem considerat convenient introduir una apunt de caràcter polític que ha de ser previ a qualsevol treball regulatori que pretengui introduir en l'ordenament jurídic una nova normativa que afecti als ciutadans.

### **1.1. La dimensió política del Dret de contractes**

L'afany de redactar un Codi civil europeu que homogeneïtzés el dret contractual dels Estats membres va resultar en una activitat legislativa i

---

<sup>1</sup> DE CASTRO VÍTORES, G., "Cláusula penal, contratante débil y principio de buena fe: Acervo contractual europeo y derecho español", en Bosch Capdevila, E., (Dir.): *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*. Barcelona: Bosch, 2009, p. 570.

doctrinal (l'anomenat *acquis communautaire*) molt intensa en el sí de la Unió Europea a partir de la segona meitat de la dècada dels anys 80<sup>2</sup>. No obstant això, el somni de la consecució d'un dret de comú de contractes a nivell comunitari va quedar diluït cap a projectes menys ambiciosos<sup>3</sup>. Així, l'existència en el sí de la Unió de règims civils tan dispars com l'anglosaxó, de creació jurisprudencial, o l'uropeu continental va rebaixar les expectatives més estimulants i va aconseguir canalitzar-se a través de la formulació d'una sèrie de principis, definicions o regles, relatives a aspectes comuns, especialment en matèria contractual (Principis de Dret contractual europeu –PECL- i Marco Comú de Referència – MCR o CFR, per les seves sigles en anglès-)<sup>4</sup>. Aquests últims projectes s'han categoritzat com un instrument opcional o *soft law*. Aquesta idea de principis va ser afavorida per diverses comunicacions emeses per la Comissió europea entre els anys 2001 i 2004<sup>5</sup>, que van donar lloc, precisament, al naixement del Marc Comú de Referència (MCR). Aquest es va inspirar en el treball liderat pel professor Ole Lando, els Principis de Dret

---

<sup>2</sup> La preparació i elaboració d'un Codi europeu comú de Dret privat va néixer a través de la Resolució del Parlament Europeu de 26 de maig de 1989, que instava a iniciar els treballs de preparació indispensables per a elaborar-ho i, així mateix, feia una crida als Estats membres perquè es manifestessin en relació amb això, cfr. DOCE C158, de 26 de juny de 1989, p. 401 i ss. No obstant això, la idea d'un codi civil a nivell europeu s'havia format en un ambient més informal en els anys 70, tal com s'assenyala a Cfr. "the Preface and Introduction to Parts I and II of the PECL", a LANDO, O., BEALE, H., (Eds.): *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, The Hague: Kluwer, 2000, p. xi.

<sup>3</sup> Malgrat el fervor inicial i del suport del Parlament europeu (vegeu també la Resolució de 6 de maig de 1994, que estableix la necessitat d'harmonitzar determinats sectors del Dret privat dels Estats membres, cfr. DOCE, C205, de 25 de juliol de 1994, pàg. 518 i 519) la idea de Codi civil europeu no va reunir el consens necessari i, per això, els membres d'un grup d'acadèmics liderats pel professor Ole Lando van convenir redactar uns Principis de Dret contractual europeu (els PECL) a: LANDO, O., CLIVE, E., PRÜM, A., ZIMMERMANN, R., (Eds.): *Principles of European Contract Law, Part III*, The Hague: Kluwer, 2003.

<sup>4</sup> GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. "Los principios Lando", a BOSCH CAPDEVILA, E., (Dir.): *Derecho contractual europeo*, Barcelona, 2009, pp. 166 i ss.

<sup>5</sup> COM (2001) 398, final, *Sobre Derecho Contractual Europeo*; COM (2003) 68 final, *Un Derecho contractual europeo más coherente. Plan de Acción*; COM (2004) 651 final, *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo. Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas para el futuro*; COM (2004) 651 final, *Derecho contractual europeo y revisión del acervo: perspectivas de futuro*.

Contractual Europeu (PECL)<sup>6</sup> i els “Principes directeurs”, dissenyats per l’*Association Henri Capitant* i la *Société de Législation Comparée*<sup>7</sup>.

L'esborrany de Marc Comú de Referència (d'ara endavant, “DCFR”, en anglès) va donar lloc a una proposta d'instrument facultatiu en l'àmbit del Dret contractual europeu<sup>89</sup>.

No obstant això, la Proposta de Reglament relatiu a una normativa comuna de compravenda europea (CESL, sigles en anglès)<sup>10</sup> no va prosperar<sup>11</sup>, i la modernització del Dret de Contractes passa, actualment, per la integració de la revolució digital en el si del Dret contractual<sup>12</sup>.

La inclusió de les noves tecnologies com a clau per al desenvolupament complet del mercat intern del Mercat Únic Digital, factor necessari per al creixement econòmic de la Unió Europea, ha propagat un canvi d'orientació del Dret de contractes amb l'objectiu de crear i promocionar tot allò que es relacioni amb la digitalització i que faciliti la connectivitat portàtil<sup>13</sup>.

---

<sup>6</sup> GUTMAN, K., *The Constitutional Foundations of European Contract Law. A Comparative Analysis*, Oxford: Oxford University Press, 2014, p. 149.

<sup>7</sup> FAUVARQUE-COSSON, B., MAZEAUD, D., (Eds) : *Terminologie contractuelle commune, Project de cadre commun de référence*, Paris: Société de Législation Comparée, 2008.

<sup>8</sup> SCHULZE, R., STUYCK, J., (Eds.): *Towards a European contract law*, Munich: sellier. European law publishers, 2011, pp. 6 i 9 i ss. Assenyalant l'ambició de crear un mercat únic, cfr. REDING, V., (2011): “The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers, a SCHULZE, R., STUYCK, J., (Eds.) (2011): *Towards a European... cit.*, p. 10. Vegi's també COM (2010) 348 final, *Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas*.

<sup>9</sup> El DCFR va ser publicat per la Comissió el mes de maig de 2011: *A European contract law for consumers and businesses: Publication of the results of the feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback* (2011).

<sup>10</sup> BEALE, H. (2016): “The story of EU contract law- from 2011 to 2014”, a TWIGG-FLESNER, C., (2016): *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Chaltenham- Northampton: Edward Elgar Publishing, pp. 437 i ss.

<sup>11</sup> COM (2011) 635 final, *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea*.

<sup>12</sup> MANKO, R., “Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission's proposal for a new directive”, *EPRS*, 2016, p. 3.

<sup>13</sup> SCHULZE, R., STAUDENMAYER, R.: *Digital revolution. Challenges for contract law*, a SCHULZE, R., STAUDENMAYER, R., (Eds.) (2016): *Digital revolution. Challenges for contract law*, 2016, p.

Davant la impossibilitat d'aconseguir un Codi civil europeu o algun instrument facultatiu homogeneïtzat per als Estats membres es qüestiona el caràcter apolític o merament tècnic del Dret contractual<sup>14</sup>. El debat promogut pels acadèmics sobre un Dret de Contractes que aculli més intensament la solidaritat que la llibertat contractual assenyala l'interès polític que hauria de reflectir-se en un Codi o en un catàleg de principis, que respongués a un debat democràtic sobre el contingut d'aquest<sup>1516</sup>. Això posa de manifest qüestions marcadament polítiques que determinen, doncs, que les regles de Dret de contractes no són merament tècniques<sup>1718</sup>.

En aquesta línia, el Manifest promulgat per l'*Study Group on Social Justice in European Private Law*<sup>19</sup> evidenciava que l'harmonització del Dret de contractes en el sí de la UE havia d'integrar el debat existent entre un dret de contractes més liberal, propi dels codis decimonònics, en què la llibertat contractual era il·limitada, i un altre que reflectís la idea de la justícia social en el sí del Dret

---

21. Vegi's també, SCHULZE, R., "The New Shape of European Contract Law", *EuCML* 4/2015, p. 139 i ss.

<sup>14</sup> El Dret privat, i especialment el de contractes, contribueixen, en part, a conformar una societat més o menys justa en funció del seu disseny. Per tot, vegi's, HESSELINK, M.W., (2008): *CFR&Social Justice*, Munich: Sellier European Law Publishers, pp. 43 i ss.: "The vast majority of rules in the DCFR belong to what is usually referred to as "general private law", i.e. the law that does not make a difference between different categories of parties such as consumers and professionals. In contrast to the (usually mandatory) rules in the protection of consumers and other weaker parties whose political nature is uncontroversial general private law, which mainly consists of non-mandatory rules, is still often regarded as fairly technical and unpolitical. Whereas the social (in particular distributive) justice dimension of consumer law is generally acknowledged, it is still often argued that there are no social (as opposed to individual) justice issues involved in general private law. However, this conception fails to acknowledge that also general private law –including non-mandatory rules- can contribute to make a society more or less just, e.g. because of the way in which it balances autonomy and solidarity". En un mateix sentit, HESSELINK, M.W. "Five political ideas of European Contract Law", *ERCL* 2/2011, p. 297.

<sup>15</sup> HESSELINK, M.W., "Democratic contract law" *ERCL* 11(2), 2015, pp. 81-126. Aquest autor posa d'exemple la codificació holandesa, com exemple de debat democràtic en el sí de l'elaboració d'un codi de Dret privat, *cfr.* HESSELINK, M.W., "The Politics of a European Civil Code", *European Law Journal*, Vol. 10, n°6, 2004, p. 689.

<sup>16</sup> MAK, C., *Fundamental rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008, p. 174.

<sup>17</sup> KENNEDY, D., "The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law", *European Review of Private Law* 1, 2001, pp. 19 i 20.

<sup>18</sup> MICKLITZ, H-W., "Failure or ideological preconceptions- thoughts on two grand projects: the European Constitution and the European Civil Code", *EUI Working Papers Law* 2010/04, 2010, pp. 6 i 7.

<sup>19</sup> STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW., "Social Justice in European Contract Law: a Manifesto", *European Law Journal*, Vol. 10, n°6, 2004, p. 656.

privat<sup>20</sup>. En aquest sentit, la unificació del Dret contractual a nivell europeu no va escapar el debat polític doncs la tensió que existia entre els partidaris d'una tendència o altra va determinar la necessitat d'introduir un debat democràtic en el marc d'adopció d'aquest hipotètic instrument. Així, diversos autors van assenyalar que el DCFR havia adquirit un caràcter més liberal que els PECL<sup>21</sup>.

Interessar incidir en el caràcter social del DCFR. Aquest es preocupa per la promoció de la justícia correctiva o commutativa, la justícia pròpia de les relacions *inter partes*, per tant, la que procura el Dret contractual. Així, en la introducció de l'edició duta a terme pels prof. VON BAR i CLIVE, el número 18 d'aquesta té com a rubrica la "*promotion of solidarity and social responsibility*", i estableix que la promoció de la solidaritat correspon, primàriament, al Dret públic. No obstant això, en el mateix paràgraf, s'assenyala que en el context contractual la paraula solidaritat és utilitzada per referir-se a la lleialtat o seguretat. Podem entendre que, el principi de lleialtat, i fins i tot el de bona fe, porten implícita una referència a la solidaritat.

Així mateix, en la introducció del DCFR, trobem una referència al que ha d'entendre's per lleialtat. Així, en el núm.13 d'aquesta introducció ("*The approach taken by the Principes directeurs*"), i fent rellevants els *Principes directeurs* elaborats per l' *Association Henri Capitant* i la *Société de Législation Comparée*<sup>22</sup>, s'assenyala que la paraula lleialtat comprèn el deure de comportar-se segons el principi de bona fe, que s'estén a totes les etapes del contracte. Més endavant, en el n°15 d'aquesta, es resol el tema tot i inserint el principi de lleialtat en el de justícia. Així, els quatre principis fonamentals en els quals es basa el DCFR són la llibertat, la seguretat, la justícia i l'eficàcia.

---

<sup>20</sup> COLLINS, H., "Does Social Justice Require the Preservation of Diversity in the Private Laws of Member States of Europe?" a WILHELMSSON, T., PAUNIO, E., POHJOLAINEN, A., (Eds.): *Private Law and the Many Cultures in Europe*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007, pp. 153-175.

<sup>21</sup> LANDO, O., "The structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR)", *ERCL 2/2007*, pp. 245 i ss.

<sup>22</sup> FAUVARQUE-COSSON, B., MAZEAUD, D., (Eds.): *Terminologie contractuelle commune, Projet de cadre commune de référence*, Paris: 2008, pp. 1-532

No obstant això, el caràcter de projecte liberal que havia assenyalat la doctrina<sup>23</sup> queda explícit en l'art. II.-1:102(1) DCFR, quan s'estableix que les parts són lliures de celebrar un contracte o qualsevol altre acte jurídic així com de decidir el seu contingut, amb subjecció a les normes imperatives aplicables. La llibertat contractual com a punt de partida també es revela en la introducció tot i fent-la compatible amb la justícia a través de l'axioma "*qui dit contractuel, dit juste*"<sup>24</sup>.

Convé assenyalar també la referència al principi de justícia que fa la introducció de l'edició del DCFR duta a terme pels Prof. VON BAR i CLIVE. Trobem l'esment de la justícia com a valor per excel·lència del DCFR ("*justice is an all prevailing principle within DCFR*"<sup>25</sup>), encara que ja es posa en relleu la dificultat per definir-la. Es detalla el principi de justícia a través de diferents matisos, com el que assenyalava que no s'ha de permetre a una persona beneficiar-se de la seva pròpia conducta quan és il·legal, deshonest o no és raonable o es reconeix la funció del DCFR com a instrument que conté normes que prohibeixen l'obtenció d'avantatges injustos. Diferents normes també preveuen la necessitat de pal·liar les exigències desproporcionades, com un reflex d'aquest principi: no es pot exigir el compliment d'una obligació si resulta excessivament onerosa (*hardship*), encara que també s'indica que no hi ha res que impedeixi a les persones aprofitar-se d'un bon negoci o perdre diners en un dolent ("*there is nothing against people profiting from a good bargain or losing from bad one*"); i que no existeix cap precepte relatiu a la possibilitat d'impugnar el contracte per lesió: per això, en relació amb les clàusules abusives, s'exclou l'adequació del preu del control d'abusivitat.

En paral·lel, la refacció dels codis civils dels Estats o l'encunyament de nous codis inclouen previsions normatives que ressalten la moralització de les

---

<sup>23</sup> HESSELINK, M.W., (2008): *CFR&Social Justice... cit.*, p. 45 y sig.

<sup>24</sup> FOUILLEE., *La science sociale contemporaine*, Paris: Hachette, 1880, p. 410

<sup>25</sup> STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR)*, Edited by Von Bar and Clive, Sellier european law publishers: Munich, 2009., p. 53.

relacions privades; hom ho aprecia no només en la incorporació en els ordenaments jurídics de figures com l'avantatge injust, la normalització de l'alteració sobrevinguda de circumstàncies (*hardship*) o a través del proferiment de la bona fe com a principi general de l'ordenament jurídic.

Finalment, també la introducció del DCFR es procura una protecció especial dels més vulnerables, la més important de les quals és la relativa als consumidors (“*within the DCFR the main example of justice is the special protection afforded to consumers*”).

Recentment, la doctrina francesa ha proposat un nou Manifest per a la justícia social en el Dret de contractes, dividit en tres grans àrees: garantir, en primer lloc, l'accés a béns i serveis de primera necessitat per a les persones; en segon lloc, la qualitat dels béns i serveis que són proveïts pel contracte i, finalment, assegurar una bona condició del procés de producció d'aquests béns i serveis<sup>26</sup>. Convé apuntar que aquesta mateixa idea doctrinal havia estat enunciada també per NOGLER i REIFNER, que van establir una relació de “*principis dels contractes socials a llarg termini*” relatius als contractes per a l'existència, definits com aquelles relacions jurídiques contractuals de llarga durada l'objecte de les quals és satisfer necessitats humanes essencials a través de béns i serveis<sup>27</sup>.

Des d'una altra perspectiva, HESSELINK indica que les característiques pròpies del Dret de contractes (d'aplicació general, coercitiu, que assegura drets, distributiu, parcialment opcional i que preveu un estàndard de conducta als individus) justifica la necessitat que aquest Dret reflecteixi, també, una base democràtica. Així, podem constatar que en la recent reforma del *Code* francès queda qüestionat el seu esperit democràtic en adoptar-se el nou Codi a través

---

<sup>26</sup> FABRE-MAGNAN, M., “What is a Modern Law of Contracts? Elements for a New Manifesto for Social Justice in European Contract Law”, *European Review of Contract Law*, Vol. 13(4), 2017, pp. 376-388.

<sup>27</sup> NOGLER, L., REIFNER, U., (Eds.), *Life Time Contracts. Social Long- Term Contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, The Hague: Eleven international publishing, 2014, pp. xxviii-xxx.

d'una *Ordonnance* del poder executiu, i no mitjançant tramitació parlamentària<sup>28</sup>. Més enllà, doncs, del punt de vista acadèmic o governamental, amb la finalitat d'assentar unes bases més democràtiques en el si del Dret de contractes hauria de propiciar-se un debat més ampli abans de l'adopció d'un nou Dret de contractes o de la seva reforma. Un model d'Europa social requeriria, així mateix, un debat obert sobre les seves possibilitats i límits.

No obstant això, la dificultat de recollir una opinió mereixedora d'una acceptació àmplia entre els diferents actors dibuixa la necessitat de definir un concepte de justícia que imperi en el sí del Dret de contractes. Convé destacar, així mateix, la poca implicació de la Comissió Europea en la definició d'un programa polític en el marc del Dret contractual<sup>29</sup>.

Algunes de les qüestions transcendents del Dret de contractes veuen reflectides les seves respostes en les diferents teories pròpies de la filosofia política<sup>30</sup>. Així doncs, la relació entre les diferents teories polítiques contemporànies i el Dret de contracte ha estat assenyalada per HESSELINK<sup>31</sup>, tot i considerant aquest la impossibilitat de relacionar única i exclusivament una determinada teoria amb el Dret contractual europeu. Això constata la rellevància de la filosofia política per al Dret de contractes<sup>32</sup>.

Una de les teories polítiques que més influència ha tingut ha estat la de JOHN RAWLS, *A Theory of Justice*<sup>33</sup>. Aquesta teoria política en el Dret de contractes

---

<sup>28</sup> HESSELINK, M.W., "Democratic contract law" ... *cit.*, 2015, p. 86 y sig

<sup>29</sup> MILLER, L., *The Emergence of EU Contract Law: Exploring Europeanization*, Oxford: Oxford University Press), 2011, p. 152 i 153.

<sup>30</sup> KUKATHAS, C., PETTIT, P., *La teoría de la justicia de John Rawls y sus críticos*, Madrid: Ed. Tecnos, 2004, p. 15 i p. 16.

<sup>31</sup> HESSELINK, M.W., "Contract theory and EU contract law", en Twigg-Flesner, C., *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2016, pp. 525 i ss.

<sup>32</sup> GIRLADO BUSTAMANTE, C., "La justicia en el derecho privado contractual: una realidad en construcción", *Revista de Derecho Privado* (57), Universidad de los Andes (Colombia), 2017, p. 5.

<sup>33</sup> RAWLS, J., *Teoría de la justicia. Traducción de María Dolores González*, 2ª ed., 11ª. México: Fondo de cultura económica, 1971, reimpressió 2015, pp. 17- 530.



ha estat estudiada per diversos autors encara que va ser KLIJNSMA<sup>34</sup> qui va estudiar amb més profunditat la relació entre la política socioliberal de RAWLS i el Dret contractual europeu.

El Dret de contractes determina les relacions entre les parts actuant al mercat. I d'aquí es deriva la següent qüestió: Quin paper pot jugar el Dret de contractes per establir una societat més justa? No només les institucions públiques conformen el caràcter just i solidari d'una societat, sinó que també el Dret contractual participa en la construcció de la justícia social.

L'anterior consideració ens porta a constatar, per tant, la relació del Dret de contractes amb la filosofia política.

El reflex d'una societat més o menys justa depèn, en part, del disseny del Dret de contractes que resideixi en ella i, per tant, aquest Dret participa també de la justícia distributiva<sup>35</sup>. El rol de la filosofia política determina les institucions públiques que contribueixen al disseny d'una societat més justa. L'elecció de quines institucions han de participar en la protecció de la part feble del contracte no deixa de ser una opció política; per tant, un dret més o menys procliu a la protecció de la part feble o més alineat amb tesi liberalistes, reflecteix una elecció de caràcter polític.

El Dret contractual organitza relacions entre els ciutadans quan actuen en el sí del mercat. La relació entre el Dret de contractes i la justícia social no esdevé automàtica ja que encara ressona la idea individualista dels codis decimonònics

---

<sup>34</sup> KLIJNSMA, J.G., *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European contract law*, 2014, Tesi doctoral, UvA.

<sup>35</sup> La distinció entre justícia commutativa o correctiva i distributiva és elaborada per Aristòtil. Segons aquest autor, la justícia és l'actitud a través de la qual s'escenifica a la pràctica el que és just; justícia és la virtut perfecta, ja que qui la posseeix la pot exercir en les seves relacions amb els altres. El contracte és una manifestació de la justícia particular, que és una part de la virtut, i es distingeix entre justícia distributiva i justícia correctiva. La justícia commutativa o correctiva que enuncia Aristòtil és la que contempla un repartiment entre les prestacions de les parts segons una proporció aritmètica, ARISTOTELIS., *Ethica Nicomachea*, Volum II, Trad. Josep Batalla, Barcelona: Fundació Bernat Metge, 1995, pp. 12 i 27 i ss.

que prenen com a màxima el principi de la llibertat contractual establint, llavors, una idea de justícia derivada de la presumpció d'igualtat de les parts en el contracte i que es resumia en la màxima ja enunciada de *qui dit contractuel, dit juste*".

No obstant això, el creixement del Dret de Consum va posar en evidència la interferència dels poders públics en el dret privat, amb la finalitat de protegir la part considerada feble de la relació contractual: el consumidor<sup>36</sup>. Més enllà de l'estatus de *consommateur*, la protecció de la part feble de l'iter contractual emergeix per col·lidir amb l'escassa ambició social pròpia dels codis més liberalistes.

La protecció de la part feble des d'una perspectiva de Dret privat enllaça, per tant, amb la idea d'un Dret contractual més just. La qüestió que es planteja, doncs, és si el Dret contractual ha de tenir o no alguna implicació en la contemplació d'un entorn més procliu a la justícia social. En aquest sentit, hem de qüestionar-nos quines consideracions podem extreure de la filosofia contemporània, principalment de la teoria de justícia elaborada per JOHN RAWLS, que puguin potenciar un debat polític sobre el futur Dret contractual europeu<sup>37</sup>.

## **1.2. La perspectiva rawlsiana de protecció de la part dèbil del contracte**

Tradicionalment el discurs del Dret privat i el de la filosofia política han anat per camins separats. Aquesta solia ocupar-se de les relacions verticals entre els

---

<sup>36</sup> Hi ha opinions que demanden anar més enllà del dret de consum: EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, C., JANSEN, N., WAGNER, G., ZIMMERMANN, R., "Towards a revisión of the consumer acquis", *Common Law Market Review*, 48, 2011, pp. 1077 i ss.

<sup>37</sup> Ún estudi de les filosofies polítiques contemporànies més importants el trobem a KYMLICKA, W., *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, 2a edició, Oxford: Oxford University Press, 2002.

ciudadans i l'Estat i no dels vincles que s'estableixen entre dos particulars. La teoria política de RAWLS<sup>38</sup> ha estat concebuda com una teoria de justícia completa que estableix com la societat ha de ser organitzada amb la finalitat que sigui més justa, encara que no fa una connexió aparentment directa amb el Dret de contractes.

Recentment alguns autors<sup>39</sup> han combinat l'estudi de la filosofia i el dret dels contractes posant de manifest que fins i tot les normes més tècniques del Dret de contractes tenen una vessant polític. Així, cada vegada més, les teories polítiques contemporànies tenen implicacions en les qüestions de dret contractual. L'elecció de la teoria política de RAWLS ens serveix de punt de partida per a justificar que el Dret de contractes té, entre altres, una funció de protecció de la part feble. L'elecció d'aquest marc normatiu de Dret de contractes basat en la idea de justícia com a equitat veurem que pot funcionar; els principis de justícia ideats per RAWLS, en abstracte, poden ser objecte de concreció en el si de Dret de contractes; per tant, tindran una aplicació en qualsevol normativa que afecti l'arrendament de béns i de serveis. Seguirem allò que assenyala KLIJNSMA en la seva obra<sup>40</sup>, tot i afirmant que el dret de contractes forma part de l'estructura bàsica *rawlsiana*.

La perspectiva *rawlsiana* del Dret de contractes considera la necessitat d'instrumentar propostes normatives de Dret privat que permetin protegir a la part feble. Per a això, hem de considerar la qüestió de si el Dret de contractes té o no una funció distributiva; la premissa bàsica a fi de determinar això és la

---

<sup>38</sup> RAWLS, J., *Teoría de la justicia... cit.*, p. 17 *in fine*.

<sup>39</sup> TJON SOEI LEN., *Minimum contract justice: a capabilities perspective on sweatshops and consumer contracts*, Hart Publishing, Portland. pp. 1-176; HESSELINK, M.W., "Five political ideas of European Contract Law" ... *cit.*, 2011, pp. 295-313; MAK, C., (2008): *Fundamental rights in European Contract Law ... cit.*, pp. 3-325 o KLIJNSMA, J.G., (2014): *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European contract law*, *op.cit.* pp. 1-176.

<sup>40</sup> KLIJNSMA, J.G. (2014): *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European contract law...cit.*, p. 12-14

consideració del Dret de contractes com a part de l'estructura bàsica de la societat, segons va descriure RAWLS<sup>41</sup>.

### 1.2.1. El Dret de contractes com a part de l'estructura bàsica de la societat

L'objecte principal de la teoria de la justícia de RAWLS és l'estructura bàsica de la societat. Aquesta és la forma en què les institucions socials principals distribueixen els drets i deures fonamentals i determinen la divisió dels beneficis que resulten de la cooperació social.

La justícia com a equitat és una teoria de la justícia que generalitza i eleva a un nivell més d'abstracció la concepció tradicional del contracte social.

L'estructura bàsica, com a primer objecte de la justícia, comprèn les *“instituciones que definen el trasfondo social, e incluye, también, las operaciones que de continuo ajustan y compensan las inevitables tendencias desviantes de la equidad del trasfondo”*<sup>42</sup>. El que es persegueix és una divisió institucional del treball entre l'estructura bàsica i les regles d'aplicació directa als individus i associacions, que han de ser contemplades també en les transaccions particulars. Això sembla conduir, a priori, a una concepció reduïda de l'estructura bàsica, en què no s'inclouria el Dret de contractes, encara que aquesta afirmació ja ha estat rebatuda per la doctrina més autoritzada<sup>43</sup>. El

---

<sup>41</sup> KUKATHAS, C., PETTIT, P., (2004): *La teoría de la justicia de John Rawls y sus críticos... cit.*, p. 47.

<sup>42</sup> RAWLS, J., *El liberalismo político*. Traducció al castellà d'Antoni Domènech, Barcelona: Crítica, 1996, p. 293.

<sup>43</sup> KORDANA, A., TABACHNICK, D., “Rawls and Private Law”... *cit.*, 2005, p. 608: “Our purpose is to argue that the narrow conception of the basic structure is mistaken and to explain our understanding of the basic structure and the place of contract law in Rawlsian political theory. In

mateix RAWLS és conscient que no queda clar quines institucions formen part de l'estructura bàsica de la societat<sup>44</sup>.

Els principis de justícia que regularan l'estructura bàsica de la societat són objecte de l'acord original: són els principis que persones lliures i racionals preocupades per a promoure els seus propis interessos acceptarien, en una posició original d'igualtat, com a trets essencials dels termes fonamentals de la seva associació. Aquests principis han de regular tots els acords i especificaran les classes de cooperació social en les quals es pot incórrer així com les formes de govern que poden establir-se.

L'exclusió del Dret de contractes de l'estructura bàsica rawlsiana no sembla plausible perquè quan s'assenyala que "*las formas legalmente reconocidas de propiedad*" formen part d'ella, directament això ens porta a considerar el Dret de contractes. Com assenyala KLIJNSMA<sup>45</sup> l'objectiu de l'estructura bàsica és establir un marc de justícia i, per tant, qualsevol institució (p. ex, el dret de contractes) que pugui tenir un rol en això ha de poder ser, en principi, candidata a formar part de l'estructura bàsica. La divisió institucional del treball la que permet a la gent actuar lliurement, perquè tindran una protecció a nivell institucional. A més, també té un paper en el manteniment de la justícia. L'èxit de l'estructura bàsica és, precisament, mantenir un rerefons just. Per tant, queda palès el paper Dret de contractes en la protecció d'un entorn més just.

Enllaçant aquesta idea amb el Dret contractual europeu i, en concret, amb la

---

*our view, the confusion over the basic structure is attributable to an instructive misunderstanding concerning what a Rawlsian should think about the domain of the principles of justice and their relationship to the private law. If the narrow conception is incorrect, there are two possible alternatives: contract law might lie partly inside and partly outside the basic structure, or contract law might lie entirely inside the basic structure (call these the "medium" and "broad" conceptions, respectively) i KLIJNSMA, J.G., Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European contract law... cit., 2014, p. 36.*

<sup>44</sup> KLIJNSMA, J.G., *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European contract law... cit.*, 2014, p. 58.

<sup>45</sup> KLIJNSMA, J.G., *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European contract law... cit.*, 2014, p. 41.

integració i el funcionament d'un mercat únic a nivell comunitari, la quantitat de normes de Dret privat que emanen de la UE deriven de l'art. 114 TFUE, que atorga competència legislativa per a adoptar les mesures que siguin necessàries per al bon funcionament del mercat intern. A fi d'aconseguir una integració de les normes en el mercat intern esdevé necessari, en conseqüència, un entorn de justícia per al ple desenvolupament d'aquest mercat. Quins principis de justícia han de regir en el mercat intern? És el Dret privat el garant de la justícia en el mercat intern o hi ha altres institucions que compleixen amb aquest objectiu de justícia distributiva ?

Així doncs, en el mercat intern afavorit per la UE, MICKLITZ desenvolupa el model de *Access justice* com el paradigma de model de justícia que emana de la UE, focalitzat en una protecció categòrica (p. ex. consumidors, treballadors) i amb l'objectiu de permetre al treballador o al consumidor una participació en els beneficis que puguin sorgir del mercat intern<sup>46</sup>. L'autor equipara *l'accés justice* al concepte de "equity", argumentant que compensa les deficiències que poden emergir d'un sistema de normes rígid que conduiria a uns resultats, a priori, injustos. És a dir, les normes de protecció del consumidor, per exemple, permeten a aquests l'entrada i la participació en el mercat intern i, al seu torn, faciliten que, una vegada tinguin accés, es vegin protegits per un rerefons just. MICKLITZ explica que l'objectiu principal de l'harmonització del Dret privat a la UE és facilitar l'accés dels consumidors en el mercat business to consumers, b2c.

La constatació inicial que hem fet sobre la pertinència d'incloure el Dret de contractes en el sí de l'estructura bàsica de la societat *rawlsiana* incideix, com podem anticipar, en la concepció d'un dret privat que té, també, implicacions en la justícia distributiva.

---

<sup>46</sup> MICKLITZ, H.-W.: *The politics of justice in European Private Law. Social Justice, Access Justice, Societal Justice*. Cambridge University Press, 2018.

### 1.2.2. La funció distributiva del dret de contractes

Una vegada establerta la pertinència del Dret de contractes en el si de l'estructura bàsica de RAWLS, la conseqüència que es deriva és la instrumentalització del dret de contractes al servei dels principis de justícia de RAWLS<sup>47</sup>.

Considerat això, esdevé com a resultat l'aplicabilitat dels principis de justícia que va enumerar RAWLS en el Dret de contractes i, en concret, el principi de la diferència, que assegura que les desigualtats socials i econòmiques s'articulen de manera que ofereixin el major benefici possible als menys afavorits de la societat, tot mantenint al mateix temps igualtat equitativa d'oportunitat<sup>48</sup>. És a dir, és el segon principi enumerat per RAWLS el que s'aplica en la distribució de l'ingrés i la riquesa i a formar organitzacions “*que hagan uso de las diferencias de autoridad y responsabilidad*”<sup>49</sup>. Mentre que la distribució de l'ingrés i de les riqueses no ha de ser igual, si que ha de mantenir la igualtat d'avantatge per a tots.

Tradicionalment, s'ha sostingut que el Dret privat i, en concret, el Dret contractual, no tenien cap rol en la justícia distributiva, pròpia del Dret públic. La idea de justícia contractual apareixia vinculada a la idea aristotèlica de la justícia commutativa. Aquesta noció de commutativitat en el tràfic jurídic

---

<sup>47</sup> KORDANA, A., TABACHNICK, D., “Rawls and Private Law, *op.cit.*, 2005, p. 622. KYMLICKA, W., *Contemporary Political Philosophy. An Introduction... cit.*, 2002, p. 56: “*First principle: Each person is to have an equal right to the most extensive total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all. Second principle: Social and economic inequalities are to be arranged so that they are both: a) to the greatest benefit of the least advantaged, and b) attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity*”.

<sup>48</sup> KORDANA, A., TABACHNICK, D., “Rawls and Private Law, *op.cit.*, 2005, p. 622. KYMLICKA, W., *Contemporary Political Philosophy. An Introduction... cit.*, 2002, p. 56: “*First principle: Each person is to have an equal right to the most extensive total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for all. Second principle: Social and economic inequalities are to be arranged so that they are both: a) to the greatest benefit of the least advantaged, and b) attached to offices and positions open to all under conditions of fair equality of opportunity*”.

<sup>49</sup> RAWLS, J., *op.cit.*, 1971, p. 68.

portava al principi d'equivalència de les prestacions, segons el qual calia procurar un intercanvi que tendís a ser igualitari per a totes dues parts<sup>50</sup>.

No obstant això, la doctrina més recent s'ha expressat amb vehemència a favor de les característiques distributives del Dret de contractes. KORDANA<sup>51</sup> assenyala que algunes normes de Dret de contractes, precisament pel seu caràcter distributiu, formen part ja de l'estructura bàsica, com és l'exemple de la *unconscionability* (el paral·lel anglosaxó de l'avantatge injust). Així ho assenyala, també, COLLINS<sup>52</sup>, sense referir-se expressament a la figura de l'avantatge injust, constatant que “(...) *the laws governing contracts do not merely apply standards of corrective justice between the parties to the contract, but also in structuring the operations of the market the law also produce broader distributive or welfare effects*”.

Això ens permet enllaçar la idea apuntada per HESSELINK<sup>53</sup>: la necessitat de crear un entorn just per al ple desenvolupament del mercat intern. Així, es considera necessari un catàleg d'institucions de dret o de principis de Dret privat europeu que assegurin aquest entorn just (per exemple, figures com l'avantatge injust o el canvi sobrevingut de circumstàncies). La creació d'aquestes institucions normatives potser no ha de ser tan ambiciós com un codi civil però, sigui quina sigui la formulació, haurà de reflectir un procés democràtic que superi el monopoli acadèmic i reflecteixi la pluralitat de visions que conformen la Unió. Determinades normes nacionals ja suavitzen els

---

<sup>50</sup> GORDLEY, J., (1981): “Equality in Exchange”, *California Law Review*, Volum 69, Issue 6, pp. 1587 y sig.

<sup>51</sup> KORDANA, A., TABACHNICK, D., “Rawls and Private Law”... *cit.*, 2005, p. 626,

<sup>52</sup> COLLINS, H., “Market Integration, Social Justice, and Autonomous Agreements: Regulating Transactions in Europe” a Roppo, V., (Ed.): *A European Civil Code?: Perspectives and Problems*, Milano: Guiffre, 2005, p. 165.

<sup>53</sup> HESSELINK, M.W., “Unjust Conduct in the Internal Market. On the Role of European Private Law in the Division of Moral Responsibility between EU, its Members States and Their Citizens”, *Yearbook of European Law*, Vol. 35, nº1, 2016, p. 443: “*If Europe’s internal market has a basic structure that exercises an important distributive role (in terms of wealth, welfare, primary goods, or capabilities) which, as said, seems undeniable today, then a European civil society, a European demos (not an ethnos) by necessity has to exist too (...) The internal market cannot be complete and function properly in a justice vacuum. In particular, it cannot protect and entrench market freedoms and the freedom to conduct a business without also protecting vulnerable market agents (eg small businesses) against unfair exploitations and other unfair conducts (e.g. hardship).*”



efectes del canvi sobrevingut de circumstàncies o l'explotació abusiva d'una de les parts, però elles esdevenen, també, indispensables en un entorn comunitari.

### **1.3. La protecció situacional de la part feble: més enllà de la categoria de consumidor**

El principi *rawlsià* de diferència exigeix que les desigualtats socials i econòmiques siguin ordenades de tal manera que funcionin per al major benefici dels menys avantatjats. És a dir, la idea defensada per RAWLS és que una desigualtat és acceptable si es treballa per a l'avantatge dels més febles. El punt principal és que l'ordre social no ha d'establir i assegurar les perspectives més atractives dels millors situats tret que en fer-ho vagi en benefici dels menys afortunats.

KLIJNSMA considera que aquesta protecció establerta per Rawls és categòrica, és a dir, s'està referint a un segment de la societat, però no és un sector inamovible, i els identifica amb els consumidors<sup>54</sup>. MICKLITZ assenyala, que els

---

<sup>54</sup> KLIJNSMA, J.G., *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European contract law... cit.*, 2014, p. 77: "In contract law as fairness, such weaker party protection should be approached categorically, i.e. the focus should be on the protection of a group of weaker parties rather than on the protection of particular weaker parties (...) the focus should be on the protection of a group of weaker parties rather than on the protection of particular weaker parties. This is suitable for two related reasons. First, as mentioned above, the difference principle does not consider particular individuals, but rather focuses on social groups. Hence, improving the position of such a social group should be approached categorically. Secondly, to grant protection through an open norm to those who are in need of protection in particular case would jeopardize the division of labour between the basic structure and the rules applying directly to individuals. This would require contracting parties at all times to take the distributive position of the other party and the distributive effects of the transaction into account. This is exactly what the institutional division of labour aims to prevent. By instituting a system of categorical weaker party protection this can be avoided and the division of labour can be safeguarded. After all, then the contracting parties merely have to establish whether or not their counterpart falls within this category or not and can presume that this takes care of the distributive concerns in contract law".

models de protecció de la part feble en el context europeu radiquen, també, en categories (consumidor, treballador, etc)<sup>55</sup>.

La injecció de justícia social en el sí del Dret privat i la promoció de l'Estat del benestar s'origina en el Dret laboral i després en el Dret de consum. En el Dret laboral és tan intensa que passa a considerar-se com a branca del dret pertanyent a l'ordre públic. La protecció de la part feble incideix a salvaguardar als menys avantatjats de la societat. En el context europeu, el consumidor ha estat assimilat com la part feble del contracte. En aquest sentit, s'ha produït una mutació del concepte de protecció de la part feble a protecció del consumidor, equiparant totes dues categories.

La protecció del consumidor en el marc del Dret comunitari va néixer amb la voluntat del legislador de frenar l'asimetria en el poder contractual observada en els contractes celebrats entre un professional i un consumidor. Així, la construcció de normativa a favor del consumidor emergeix, doncs, de la vocació del legislador europeu de protegir a la part feble del contracte, equiparada a la figura del consumidor. Aquesta protecció especial del consumidor es fonamenta en el Tractat de Funcionament de la Unió Europea (art. 169) i en la Constitució espanyola (art. 51).

El consumidor com a expressió de part feble del iter contractual, sense matisos, ha estat superat i la doctrina ja distingeix entre consumidor mitjà o responsable i consumidor vulnerable. La Guia per a la implementació/Aplicació de la Directiva 2005\29\CE relativa a les pràctiques comercials deslleials (d'ara endavant, DPCD) evidència la divisió entre un consumidor mitjà, normalment informat i raonablement atent i perspicaç i el consumidor vulnerable<sup>56</sup>, a qui cal

---

<sup>55</sup> MICKLITZ, H-W., "Social Justice and Access Justice in Private Law" ... *cit.*, 2011, p. 1: "All models used by the (social welfare) state as a means to protect the weaker party against the landlord and the stronger party, the employee against the employer, the tenant against the landlord and the consumer against the supplier"

<sup>56</sup> Sobre el consumidor vulnerable, vegi's WADDINGTON L., "Vulnerable and confused: the protection of vulnerable consumer under EU Law", *European Law Review*, 2013, n°6. Vegi's

garantir un nivell de protecció més alt. La DPCD va introduir, palmàriament, aquesta distinció. No obstant això, va ser el Tribunal de Justícia de la Unió Europea qui va acabar construint el concepte, sobretot el de consumidor mitjà (*average consumer*), a través de la seva jurisprudència (vegeu, per exemple, *Gut Springenheide i Tusky*<sup>57</sup>). I fins i tot, abans de l'adopció de la DPCD (que distingeix fins a tres categories de consumidor), el TJUE ja feia referència al consumidor especialment vulnerable (p.ex, a *Buet*<sup>58</sup>). El Codi de Consum de Catalunya (d'ara endavant, CCons.) també opta per integrar diferents tipus de consumidor en el seu sí i distingeix en l'art. 111-2 entre:

- a) Persona consumidor i usuària [art. 111-2 a) CCons.].
  - b) Persona consumidora mitjana [art. 111-2b CCons.], que coincideix amb el consumidor mitjà de la DPCD, aquell consumidor que, d'acord amb un criteri de diligència ordinària, hauria d'estar normalment informat i ser raonablement acurat en les relacions de consum, en funció dels factors socials, culturals i lingüístics.
  - c) Col·lectius especialment protegits [art. 111-2c) CCons.], coincidint amb la categoria de consumidors vulnerables de la DCPD (cf. art. 5 i cdo. 19)
  - d) Persones en situació de vulnerabilitat econòmica, referint-se a aquelles persones consumidores que presenten una manca de recursos econòmics, d'acord amb criteris establerts per text legal [art. 111-2 w) CCons.].
- El legislador català sembla decidit a integrar diferents categories dins del model, aparentment homogeni, de consumidor.

D'altra banda, ROPPO<sup>59</sup> assenyala que *“la protección legal frente a las asimetrías del mercado que crean desequilibrios del poder contractual de la parte débil frente a la parte fuerte (...) no está dirigida exclusivamente a los consumidores”*. Observem, doncs, que la categoria de consumidor perd el

---

també HERNÁNDEZ DÍAZ – AMBRONA, M<sup>a</sup> D. , “El hipotecante no deudor y el consumidor en materia de energía eléctrica como consumidores vulnerables” en *Revista del Ministerio Fiscal*, n<sup>o</sup>4, 2017, pp. 76-101.

<sup>57</sup> *Gut Springenheide y Tusky*, C-210/96, paràgraf 31.

<sup>58</sup> *Buet*, C-382/87.

<sup>59</sup> ROPPO, V., “Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo”, *Revista de Derecho Privado*, n<sup>o</sup>20, Enero- Junio 2011, p.184; DE ELIZALDE DE IBARBIA, F., *El Contenido del contrato*, Pamplona: Aranzadi, 2015, p. 45

centralisme i el monopoli de la protecció. Així mateix, els nous contractes celebrats en el marc de les relacions del consum col·laboratiu<sup>60</sup> en una immensa majoria se celebren entre dos particulars i, per tant, exclouen l'aplicació de la normativa de consum: a priori ens trobem davant estrictes relacions simètriques entre particulars, encara que tamisades per la intervenció d'una plataforma online que actua, a primera vista, d'intermediària<sup>61</sup>. L'economia col·laborativa planteja, per tant, la necessitat de buscar mecanismes per a protegir a la part feble d'aquest contracte. La normativa de consum, amb un àmbit d'aplicació estrictament definit, no respon adequadament als paràmetres actuals de protecció de la part feble.

La doctrina qüestiona que en les relacions entre particulars pròpies dels contractes de l'economia col·laborativa no existeix el bagatge normatiu protector que s'observa en les relacions pròpies del Dret de consum. Així, els *peers* no tenen el mateix nivell de protecció davant dels altres *peers* com el que gaudeix el consumidor que contracta amb un empresari. Tampoc ho té la petita empresa que contracta amb una multinacional<sup>62</sup>.

---

<sup>60</sup> COM (2016) 356 final: *Una Agenda para la economía colaborativa* define la economia col·laborativa de la siguiente forma: “modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes: (i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias –pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional (“pares”) o prestadores de servicios que actúen a título profesional (“prestadores de servicios profesionales”); ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que- a través de una plataforma en línea conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos (“plataformas colaborativas”). Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro”.

<sup>61</sup> BUSCH *et al.*, “The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for the EU Consumer Law”, *EuCML* 1/2016, p. 4.: “(...) it seems that EU consumer policy and consumer regulation have more or less ignored one of the most influential developments in the Digital Single Market. As of today, there is no specific EU regulation addressing the legal issues raised by the growing platform economy. So far, the regulation of online platform has been mainly left to the Member States

<sup>62</sup> Vegi's SCHULZE, R., STAUDENMAYER, R., *Digital revolution. Challenges for contract law,...* cit., 2016, p. 27. La qüestió de les petites i mitjanes empreses com a part débil ha estat estudiada extensivament, des d'una perspectiva teòrica i de la filosofia política de Rawls per KLIJNSMA, J.G., *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European Contract Law,...* cit., 2014, pp. 93 i ss. Vegi's també, STUYCK, J., “Do we need “Consumer Protection” for Small Businesses at EU Level?”, a PURNHAGEN, K., ROTT, P., (2014): *Varieties of European Economic Law and Regulation*, Cham: Springer International Publishing, 2014, pp.

Més enllà de la protecció categòrica de consumidor, per tant, les polítiques de protecció de la part feble sorgeixen per a donar resposta a relacions asimètriques en què les dues parts tenen un grau de poder contractual molt diferent.

Així, queda qüestionada aquesta protecció focalitzada en la figura del consumidor; el Dret civil també identifica interessos privats a través de categories que no són les de consumidor; per exemple, mitjançant una activitat inherent a la persona o per una característica personal d'aquesta: així, el Codi civil català protegeix l'interès superior del menor en els àmbits personal, familiar i patrimonial (ex art. 211-6 CCC) o el cònjuge o convivent en parella estable en situació de feblesa en els *prenuptial agreements* o pactes en previsió ruptura matrimonial (art. 231-20.5 CCC) .

No només els consumidors mereixen una legislació actualitzada als requisits econòmics i socials de les societats contemporànies, sinó també els altres contractants. MOMBERG sosté que “*perfeccionar el derecho común de contratos es, también, mejorar la protección del consumidor*” por ello “*es artificial forzar el concepto de consumidor para otorgar protección a partes que la merecen, pero que en estricto rigor no pueden considerarse consumidores*”<sup>63</sup> (p.ej, las PYME)”. Hi ha algunes institucions pròpies del Dret de consum (p.ex, les clàusules abusives) que haurien de tenir una aplicació generalitzada. LURGER planteja una protecció que s'articuli al voltant de dos elements, el personal i el situacional<sup>64</sup>. El primer, relacionat amb les qualitats personals de les parts que causen el desequilibri en el poder contractual i, el segon requereix que la protecció es justifiqui, també, en un element situacional que es materialitzi en el moment de la conclusió del contracte o sobrevingudament.

---

359-370; HESSELINK, M.W., “SME in European Contract Law”, a BOELE-WOELKI, K., GROSHEIDE, F.W. (Eds.): *The Future of European Contract Law. Liber Amicorum E.H. Hondius*, Alphen aan den Rijn: Kluwer law international, 2007, pp. 349-372.

<sup>63</sup> MOMBERG URIBE, R., “Análisis de los modelos de vinculación del código civil y la legislación de protección al consumidor. Hacia un principio general de protección de la parte débil en el derecho privado”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, nº2, 2015, pp. 748-749. I REICH estableix la protecció de la part feble com un principi general de la UE, cfr. REICH, N., *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, Antwerp y Portland: Intersentia, 2014, pp. 56 i 57.

<sup>64</sup> LURGER, B., “The Social Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness”, en HARTKAMP, A, HESSELINK, M.J, HONDIUS, E, MAK, C, DU PERRON, E, *Towards a European Civil Code*, Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law international, 2011, p. 372.

Des d'un altre punt de vista, cal constatar que hi ha doctrina que s'ha mostrat contrària a un excés d'intervenció paternalista del legislador per tal de protegir a la part feble. Defensen una intervenció limitada a la seva mínima expressió (per exemple, en àmbits de Dret de família). Si es contracta automàticament i sense una reflexió prèvia, això es tradueix en un problema d'autoresponsabilitat contractual i comporta un plantejament erroni a l'hora de prendre decisions ja que cal tenir present, a més, el context (moltes vegades complex) en què es contracta<sup>65</sup>.

#### **1.4. La protecció de la part feble com a principi del dret de contractes: cap a un dret contractual més just**

L'hegemonia del principi de la llibertat contractual queda qüestionada arran de la consolidació de l'Estat del Benestar en els diferents països europeus. HONDIUS<sup>66</sup> considera la protecció de la part feble com un principi establert en el mateix rang que la llibertat contractual. En un mateix sentit, LURGER promou el “*principle of regard and fairness*” com a paraigua de la solidaritat, la igualtat, la justícia social i els drets fonamentals<sup>67</sup>. La importància d'aquest principi es reflecteix no sols en les normes de consum sinó també en altres camps del Dret com el laboral; LURGER assenyala que quan el mercat en el qual es contracta no ofereix una motivació que consideri els interessos de l'altre, és la llei la que ha de, precisament, protegir aquesta confiança dipositada en l'altra

---

<sup>65</sup> NAVAS NAVARRO, S., “La normal inestabilidad de las circunstancias en el Derecho de Familia y de Sucesiones (Sobre la toma de decisiones en contextos complejos y su relevancia en el Derecho)”, a ARNAU RAVENTÓS, L., ZAHINO RUIZ, M<sup>a</sup> (2015): *Cuestiones de Derecho sucesorio catalán. Principios, legítima y pactos sucesorios*, Madrid: Marcial Pons, 2015, pp. 177-212.

<sup>66</sup> HONDIUS, E., “The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis” *Journal of Consumer Policy* 27, 2004, p. 246: “*I have been convinced for some time that freedom of contract is no longer the sole paradigm of contract law. In the 20th Century, it has gained the company of an often opposing paradigm, that of protecting the weak party*”

<sup>67</sup> LURGER, B., “Protection of Consumers in European Private Law” a BROWNSWORD, R., MICKLITZ, H-W., NIGLIA, L., WEATHERILL, S., (2011): *The Foundations of European Private Law*, Oxford: Hart Publishing, p. 96.

part contractant<sup>68</sup>.

En el context del Dret contractual nòrdic, WILHELMSSON bateja aquesta socialització del dret de contractes com el principi de “*welfarism in contract law*” i enuncia el principi de la “*social force majeure*” com un element de justícia distributiva, utilitzat en el context de Dret de contractes nòrdic, amb la finalitat de protegir al consumidor<sup>69</sup>. El dret de contractes nòrdic protegeix a la part feble del contracte asimètric a través de la clàusula §36 del *Nordic Contract Act* que permet al jutge o tribunal l'adaptació del contracte a fi que sigui equilibrat per a totes dues parts. Aquest model reconeix mecanismes contractuals per a corregir els resultats injustos d'un negoci jurídic fora del context exclusiu del dret de consum.

#### **1.4.1. El consumidor com a paradigma de part feble en el Dret comunitari**

El desequilibri jurídic dels contractes amb consumidors ha estat combatut sobretot a través de la nul·litat de les clàusules abusives. Això és un reflex d'una orientació del Dret privat cap al social. El test d'abusivitat en els contractes amb consumidors és establert en els articles 3 i 4 de la Directiva sobre clàusules abusives, i en els arts. 80 i ss del TGRLCDU: es consideraran clàusules abusives totes aquelles estipulacions no negociades individualment i totes aquelles pràctiques no consentides expressament que, en contra de les exigències de la bona fe causin, en perjudici del consumidor i usuari, un desequilibri important dels drets i obligacions de les parts que es derivin del contracte (art. 82.1 TGRLCDU).

La normativa relativa a les clàusules abusives exclou, no obstant, l'apreciació del caràcter abusiu d'aquelles clàusules que es refereixen a l'objecte principal del contracte o que tinguin relació amb l'adequació entre preu i retribució (art.

---

<sup>68</sup> LURGER, B., *The “Social” Side of Contract Law... cit.*, 2011, p. 365.

<sup>69</sup> WILHELMSSON, T., “Varieties of Welfarism in European Contract Law”, *European Law Journal*, Vol. 10, n°6, 2004, p. 718.

4.2). Tanmateix, la Llei espanyola no va incorporar l'esmentat article en l'ordenament jurídic intern, i en l'assumpte C-484/08, entre Caixa d'Estalvis i Mont de Pietat de Madrid i Associació d'Usuaris de Serveis Bancaris (Ausbanc) el jutge comunitari va establir que en l'ordenament jurídic espanyol, *“un órgano jurisdiccional nacional puede apreciar en cualquier circunstancia, en el marco de un litigio relativo a un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, el carácter abusivo de una cláusula no negociada individualmente, que se refiera en particular al objeto principal de dicho contrato, incluso en supuestos en que esta cláusula haya sido redactada de antemano por el profesional de manera clara y comprensible. En estas circunstancias, debe observarse que, al autorizar la posibilidad de un control jurisdiccional completo del carácter abusivo de las cláusulas, como las contempladas en el artículo 4 apartado 2, de la Directiva, contenidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, la normativa española de que se trata en el litigio principal permite garantizar al consumidor, conforme al artículo 8 de la Directiva, una protección efectiva más elevada que la prevista por ésta”*<sup>70</sup>.

La Directiva de Clàusules Abusives conté característiques pròpies de la justícia substantiva, encara que exclou el control sobre l'objecte principal del contracte o el preu. No obstant això, la delegació del control de la justícia del contracte en els jutges nacionals denota un interès creixent del jutge comunitari a exercir també un judici substantiu fins i tot sobre l'objecte principal del contracte, encara que sigui a través de la interpretació del text legal.

En el context de la justícia contractual hem cita el cas *Aziz*<sup>71</sup>, on el jutge va establir que *“para determinar si una cláusula causa en detrimento del consumidor un “desequilibrio importante” entre los derechos y las obligaciones de las partes que se derivan del contrato, deben tenerse en cuenta, en particular, las normas aplicables en Derecho nacional cuando no exista un acuerdo de las partes en este sentido. Mediante un análisis comparativo de ese*

---

<sup>70</sup> Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Madrid y Asociación de Usuarios de Servicios Bancarios (Ausbanc), ECLI:EU:C:2010:309.

<sup>71</sup> C 415-11 Aziz v CatalunyaCaixa, ECLI:EU:C:2013:164



*tipo, el juez nacional podrá valorar si –y, en su caso, en qué medida- el contrato deja al consumidor en una situación jurídica menos favorable que la prevista por el Derecho nacional vigente. Asimismo, resulta pertinente a estos efectos examinar la situación jurídica en que se encuentra ese consumidor a la vista de los medios de que dispone con arreglo a la normativa nacional para que cese el uso de cláusulas abusivas (par. 68). En lo que se refiere a la cuestión de en qué circunstancias se causa ese desequilibrio “pese a las exigencias de buena fe”, debe señalarse que, en atención al decimosexto considerando de la Directiva y tal como indicó en esencia la Abogado General en el punto 74 de sus conclusiones, el juez nacional debe comprobar a tal efecto si el profesional podía estimar razonablemente que, tratando de manera leal y equitativa con el consumidor, éste aceptaría una cláusula de ese tipo en el marco de una negociación individual (par. 69). Además, conforme al artículo 4, apartado 1, de la Directiva, el carácter abusivo de una cláusula contractual se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios que sean objeto del contrato y considerando, en el momento de la celebración del mismo, todas las circunstancias que concurran en su celebración (...) De ello resulta que, en este contexto, deben apreciarse también las consecuencias que dicha cláusula puede tener en el marco del Derecho aplicable al contrato, lo que implica un examen del sistema jurídico nacional (...) (párr. 71)*

Així mateix, el TJUE incorpora un nou element per al test d'abusivitat: si el professional podia esperar que el consumidor acceptaria una clàusula d'aquest tipus en el marc d'una negociació individual. El problema del control *ex post* de justícia substantiva que poden exercir els jutges nacionals és que la protecció exercida sobre la part feble pot ja no ser suficient (p. ex, cas Aziz). Això determina la necessitat de prevenir tals injustícies a través de normes jurídiques (com podria ser l'avantatge injust) *ex ante*, que compleixen, per tant, una funció de justícia distributiva. A més, el control s'exerceix segons les circumstàncies previstes en el moment de celebració del contracte, sense tenir en compte la seva variabilitat. És aquí on figures jurídiques com la *hardship* troben un ple sentit en la seva funció d'instruments de justícia contractual.

La normativa de consum és, en si, una expressió del principi de protecció de la part feble; no obstant això, aquesta no hauria de quedar limitada, al nostre entendre, als consumidors (de la mateixa manera que es planteja en altres àmbits, com el familiar ). L'explotació abusiva pot donar-se en un contracte entre particulars o entre professionals i, per tant, la formulació d'uns principis de justícia contractual es justifica davant la necessitat d'assegurar també la justícia en el mercat intern comunitari, més enllà dels contractes amb consumidors. No només sorgeix la necessitat de reflectir la justícia procedimental, en què els vicis del consentiment juguen un paper principal, sinó que, com ja hem vist en el cas Aziz, cal replantejar-se un control de la justícia substantiva del contracte. Com ja hem indicat *supra*, la protecció no ha de limitar-se als consumidors, sinó també aquells contractants que es troben en una situació similar a la del consumidor i que per tant mereixen igual (o major) protecció, tal com exigeixen els reptes socials i tecnològics que planteja la societat actual.

#### **1.4.2. La protecció de la part feble en contextos asimètrics**

Les asimetries contractuals, segons la classificació operada per ROPPO <sup>72</sup>, es divideixen en fisiològiques o patològiques: les primeres són les que deriven de factors objectius del mercat mentre que les segones depenen d'altres factors propis de les relacions socials i els remeis operats pels ordenaments per a aquestes acostumen a ser solucions vinculades als vicis del consentiment. Podríem afegir una categoria d'asimetria induïda, quan hi ha una de les parts que explota la situació de superioritat que manté sobre l'altra; això ens recorda la categoria de la *undue influence* del dret anglès o les categories de la *unconscionability* o la *inequality of bargaining power* del dret americà.

Una mostra de la necessitat de superar la categoria de consumidor la trobem en la reforma del Code. El art L. 132-1 del Codi de consum francès, que regula

---

<sup>72</sup> ROPPO, V., (2011): "Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo", *Revista de Derecho Privado*, nº20, enero- Junio 2011, p. 215.

les clàusules abusives, s'insereix ara en el Code (ex art. 1171) permetent, per tant, la possibilitat d'anul·lar una clàusula abusiva en un contracte entre dos particulars. L'art. 1110 del Code especifica que per a qualificar un contracte com d'adhesió, és suficient que una de les parts hagi imposat el contingut a l'altra. Això determina l'avanç cap a un model de justícia general, que podria ser capaç de corregir i prevenir aquelles injustícies que bateguessin en el sí dels contractes.

El balanceig entre el principi de la llibertat contractual i el de protecció de la part feble no resulta fàcil ni tampoc la qüestió dels seus límits. Sense necessitat de convertir el Dret contractual en la desaparició de l'ambició pròpia o de l'altruisme, sinó que el que el principi predica és la necessitat d'actuar de bona fe i de considerar els interessos de l'altre. Així, MOMBERG assenyala que *“no debe suponer la derogación del principio de la libertad contractual, sino tan solo de su morigeración y adaptación para aquellos casos en que se cumplan los supuestos para la protección de la parte débil”*<sup>73</sup>. En el context comunitari, el model harmonitzador de Dret contractual és qüestionat davant la insuficiència que constitueixen els drets d'informació com normes reequilibradores el poder contractual de les parts i amb la finalitat de garantir degudament *“los intereses económicos y sociales de los trabajadores, los consumidores y los inquilinos que son parte contratante en acuerdos de larga duración para satisfacer necesidades básicas”*. Això dóna lloc a la construcció dogmàtica dels contractes per a l'existència (*long-life term contracts*), contractes que satisfan les necessitats bàsiques<sup>74</sup>. La necessitat de reflectir un grau d'igualtat substantiva (més enllà de la formal, derivada de la justícia procedimental) planteja la necessitat de reflectir la justícia social més enllà dels contractes de consum. La tendència hauria d'inclinar-se, doncs, a ampliar el camp d'aplicació de les normes protectores a altres subjectes diferents del consumidor, però que també es troben en una situació d'inferioritat enfront de l'altra part (i així succeeix, per exemple, en la Directiva 2006\123\CE sobre serveis en el mercat intern en el qual es protegir

---

<sup>73</sup> MOMBERG URIBE, R., “Análisis de los modelos de vinculación del código civil y la legislación de protección al consumidor... *cit.*, 2015, p. 751.

<sup>74</sup> NOGLER, L., REIFNER, U., “Introduction: The New Dimension of Life Time in the Law of Contracts and Obligations”... *cit.*, 2014, pp. 23-26

al destinatari del servei, concepte que excedeix el del consumidor tradicional). Considerem que el punt de trobada entre el principi de l'autonomia de la voluntat i la solidaritat contractual passaria per entendre que l'autonomia contractual no és només l'expressió dels interessos individuals de les parts, sinó que esdevé una autonomia relacional en què l'autodeterminació d'una de les parts ha de conciliar-se amb la de l'altra part; Com assenyala NICOLUSSI<sup>75</sup>, la qüestió es redueix a determinar si l'ètica del contracte ha de tenir com a límit el *pacta sunt servanda* o si és compatible amb una nova mesura de responsabilitat moral que faci referència a valors com la lleialtat, la justícia commutativa o la confiança entre les parts. Això dependrà de la concepció del contracte: si resol únicament una voluntat de les parts (com una felicitat individual) o si juga un nou rol de felicitat solidària, en què es prenguin en consideració els interessos de l'altra part.

Encara que a priori el *soft law* així com els ordenaments jurídics nacionals consideren la perspectiva de la felicitat individual, és fàcil sostenir que la llibertat contractual en el sí del context normatiu troba límits de naturalesa moral (per exemple, en el BGB, l'article §138 ha estat utilitzat amb la finalitat de protegir a la part feble de la relació contractual; això es deu al reclam que l'ordenament germànic fa a la intolerància de les transaccions que s'oposin a la decència).

Aquesta concepció contemporània del dret contractual posa en dubte el model de contracte basat única i exclusivament en el *pacta sunt servanda*. Així, qüestions relatives a la solidaritat en el dret de contractes persegueixen una dimensió social en aquesta àrea de dret privat. Unes concepcions neo-solidàries que defensen la idea d'una intervenció pública en favor del contractant feble, en les diferents àrees del Dret, ja sigui de consum, de la competència o del treball; no obstant això, les crítiques a aquesta doctrina per comportar un excés de paternalisme i una reducció de la seguretat jurídica també han sortit a la llum. La pretensió d'un equilibri real sembla, doncs, una utopia.

---

<sup>75</sup> NICOLUSSI, A., "Ètica del contratto e contratti di durata per l'esistenza della persona", en NOGLER, L., y REIFNER, U., (Eds.), *Life Time Contracts. Social Long-term contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, The Hague: Eleven international publishing, 2014, p. 137.

Com a instrument jurídic, el contracte, és portador de valors socials i, per tant, de justícia. Això significa que també té com a finalitat la cerca de resultats justos.

L'enfrontament operat pel principi de l'autonomia de la voluntat i el de justícia contractual no té una solució fàcil<sup>76</sup>. Una relectura dels límits imposats al principi de l'autonomia de la voluntat s'observa en la nova formulació que es fa d'aquest principi: més enllà de legislacions específiques (com seria la de consum), s'incorporen (al principi de la llibertat contractual) exigències derivades de la justícia contractual. L'evident asimetria de les parts en el poder de negociació dóna llum a mecanismes proteccionistes que s'insereixen en el trànsit econòmic contractual; pensi's en els principis de la bona fe i l'honradesa en els tractes (ex art. 1.7 PICC, art. 1:201 PECL i art. III-1:103 DCFR) o la doctrina del canvi de circumstàncies (*hardship*) i les noves tendències en forma d'avantatge o explotació injusta. Sigui com sigui, l'objectiu últim no és un avortament de l'axioma del *pacta sunt servanda* ex art. 1091 CCE, sinó més

---

<sup>76</sup> CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, 2ª edición, Cizur Menor: Aranzadi 2017, p. 69: “Es cierto que la defensa de la regla de santidad de los pactos puede postularse con fundamentos distintos y añadidos, pero en último extremo ninguno de estos fundamentos valdría por sí solo para explicar la obligatoriedad del vínculo contractual en el sistema interno del Derecho contractual privado. Si se trata de un postulado de fondo ético o de una simple regla de coherencia sistemática es cuestión que puede dejarse a reflexiones ajenas a este libro. Su importancia en Derecho contractual es fundamental, como demuestran los arts. 1255, 1256 y 1258 CCE, hasta tal punto que no podría hablarse de un Derecho privado de contratos si una de las partes tuviera la competencia para redefinir el alcance de un acuerdo pactado”, argumentando, el mismo autor, en defensa de la regla de la santidad de los contratos (pp. 71-72): (...) *Es un mandato constitucional (10, 38 CE), porque los sujetos que componen la sociedad civil de un orden jurídico deben disponer en la mayor medida posible de un instrumento (el contrato) para componer y coordinar sus respectivos intereses en la forma que más le convenga. Es una regla de eficiencia económica ineludible en sistemas de libertad de mercado, porque la optimización de los recursos y la satisfacción de las aspiraciones privadas quedan mejor servidas si se entrega a sus protagonistas la competencia de decidir la asignación de los recursos de los que disponen (...) es una regla de distribución de riesgos y permite la previsibilidad de los costes de las decisiones. Es un sistema de asignación de recursos que minimiza los costes públicos y que defiende que no deben invertirse recursos de los contribuyentes para realizar asignaciones de recursos que pueden ser conseguidas por los particulares a su propia costa. Es una regla que refleja la racionalidad limitada de cualquier sistema de asignación jerárquica de recursos, ya que normalmente serán subóptimas las decisiones de asignación tomadas por aquellos que no internalicen las consecuencias favorables o adversas de estas decisiones, como serían los jueces, el legislador o los funcionarios con poder regulador (...) es finalmente una regla exigida por la neutralidad valorativa de un Estado constitucional, en el que nadie está en condiciones de dictar a los particulares los valores que éstos deban satisfacer en su vida privada o en sus negocios”.*

aviat la recerca d'una dimensió solidària que encaixi també en els pressupostos del dret de contractes.

Al costat del paradigma clàssic de llibertat contractual i autonomia de la voluntat, el dret privat modern reconeix el de la protecció de la part feble, que no pot limitar-se només a la figura del consumidor, ja que no existeix una raó per posar aquest límit. L'èmfasi en la protecció hauria de fixar-se en la posició de la persona en el mercat (protecció situacional).

Dit tot això, podem concloure que la concepció tradicional del Dret de contractes basada en un principi gairebé immutable de l'autonomia de la voluntat esdevé una proposició arcaica. Com assenyala MAK, *“when speaking about the “politics of contract” we identify solutions to dispute that may either emphasize the principles of autonomy and freedom of contract, or the principles of solidarity and the protection of the weaker party against exploitation”*<sup>77</sup>.

No és fàcil (ni segurament possible) establir un significat de la justícia contractual ja que aquesta ha estat relegada, durant molt de temps, a la qüestió moral. No obstant això, com a instrument que opera en la societat que és el contracte, sorgeix la necessitat de conciliar la llibertat i la justícia en matèria contractual.

En conseqüència, és convenient formular una concepció de justícia en el sí de la UE que respongui a un procés democràtic i que incorpori principis de protecció de la part feble que contribueixin al desenvolupament d'un mercat intern més just en què totes les parts puguin contractar lliurement i amb les seguretats que el refereixen en el qual desenvolupin les operacions contractuals és un entorn just.

---

<sup>77</sup> MAK, C., *Fundamental rights in European Contract Law... cit.*, 2008, p. 177.

## 2. Marc Competencial

Quant al marc competencial que ha de permetre la futura regulació en matèria de contracte d'arrendament de béns i de contracte de serveis emparat en l'art. 149.1.8a de la Constitució espanyola i 129 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, es pot concloure que no existeix impediment a un ampli desplegament normatiu atès que la legislació sobre les dues matèries no sobrepassa, necessàriament, el límit de les *bases de les obligacions contractuals* o més exactament, llur àmplia regulació pot respectar aquestes bases.

La regulació del contracte de serveis a més, en bona mesura, incidirà en la competència en matèria de dret de consum, atès que la majoria dels contractes d'aquesta naturalesa es conclouen entre un empresari i un consumidor. Sabem que el Tribunal Constitucional ha considerat que, en realitat, i malgrat la competència assumida autonòmicament, el dret de consum és una matèria sense títol competencial propi, en la que s'hi projecten títols competencials diversos que han de servir per limitar aquella competència<sup>78</sup>.

---

<sup>78</sup> Cfr. STC 71/1982, de 30 de novembre; STC 88/1986, de 1 de juliol; STC 15/1989, de 26 de gener; STC 71/1982, de 30 de novembre; STC 62/1991, de 22 de març; STC 148/1992, de 16 d'octubre; STC 228/1993; STC 124/2003, de 19 de juny o STC 4/2011 de 14 de febrer. Respecte l'EAC de 2006, cfr. la STC 31/2010, de 28 de juny, FD 70 (RTC 2010\31) va considerar que l'art. 123 EAC, malgrat assumir la competència exclusiva en una competència en la que l'Estat també té competència, no esdevenia inconstitucional i que l'eventual invasió de competència en matèria de contractes en exercici de la competència atribuïda per la lletra e) de l'art. 123 ("La regulació de la informació en matèria de consumidors i usuaris.") no exigia cap salvaguarda de la competència estatal ni dels límits resultants de la mateixa, que existeixen i s'imposen malgrat aquesta ommissió: *La materia de defensa de los consumidores es un ámbito de concurrencia competencial de títulos habilitantes diferentes, de manera que la atribución estatutaria de la competencia de carácter exclusivo a la Comunidad Autónoma no puede afectar a las competencias reservadas por la Constitución al Estado (art. 149.1 CE), que se proyectarán cuando materialmente corresponda (STC 15/1989, de 26 de enero [ RTC 1989, 15] , F. 1), sin necesidad de que el Estatuto incorpore cláusulas de salvaguardia de las competencias estatales (fundamentos jurídicos 59 y 64). /Los recurrentes atribuyen a la regulación contenida en las letras a) y e) del art. 123 EAC el mismo reproche que al encabezamiento del precepto, planteamiento al que es aplicable igual respuesta: la regulación estatutaria impugnada no impide el efectivo desenvolvimiento de las competencias estatales del art. 149.1 CE. Más específicamente, el enunciado de exclusividad de la competencia autonómica de defensa de los consumidores y usuarios [letra a)], aun proyectada por remisión sobre el contenido del art. 28 del propio Estatuto, no impide la salvaguarda de las competencias estatales afectadas expresamente por dicha remisión (las de la salud y la seguridad). En relación con la información al consumidor [letra e)], que los recurrentes aducen*

Això ha conduït a una reserva incomprensible a favor de l'Estat de la regulació de tot el dret contractual de consum, més enllà de límit de les bases de les obligacions ex art. 149.1.8a CE<sup>79</sup>, i amb total desconeixement de la competència en matèria civil assumida per determinades CCAA, al mateix temps que el Tribunal Constitucional, amb ocasió de la STC 31/2010, restringeix la competència de Catalunya en matèria civil a la conservació, modificació i desenvolupament de la regulació existent al moment que es va constituir en CA, sentit en el qual estableix que cal interpretar l'art. 129 EAC, però sense cap al·lusió ni judici projectat sobre la tasca legislativa que s'ha dut a terme des d'aleshores<sup>80</sup>.

La errònia identificació entre dret contractual i bases de les obligacions es planteja de manera oberta i sense matisos en la STC 13/2019, de 31 de gener de 2019<sup>81</sup> i aquest pronunciament feia presagiar una resolució desfavorable a

---

*que afectaría al ámbito de las relaciones contractuales (art. 149.1.6 y 8 CE), hemos de reiterar que en modo alguno es exigible la salvaguardia por el precepto estatutario de las competencias estatales concurrentes, que son límites insuperables a los enunciados estatutarios y actúan sin impedimento por aquella calificación estatutaria. En conclusión, ha de ser desestimada la impugnación del art. 123 EAC.”.*

<sup>80</sup> Per a BADOSA COLL, F., “Sentència 31/2010, de 28 de juny”, en *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentència sobre l'Estatut*, 2010, pàgs. 336 i 337, aquest raonament inclou una doble incoherència pel fet que, d'una banda, l'activitat legislativa de conservació, modificació i desenvolupament en què es vol fer gravitar la competència és incompatible amb la retroactivitat a la legislació de 1979 i de l'altra, per la total abstracció que es fa de l'activitat legislativa duta a terme des de l'aleshores, la qual cosa permet deduir un judici favorable sobre la constitucionalitat d'aquesta activitat legislativa.

<sup>81</sup> S'assenyala així que: “La «estructura autonómica del Estado ha reservado, con alguna salvedad cualificada, el Derecho privado a la potestad central del Estado». De lo que se trata es de «verificar que a través de las normas autonómicas (en este caso, de protección de consumidores y usuarios) no se produzca un novum en el contenido contractual, o en otros términos, de que no se introduzcan derechos ni obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas». Aun cuando las normas autonómicas «persigan, mediante el reforzamiento de las obligaciones del vendedor, la protección del consumidor y usuario, la determinación del contenido de los contratos y de las acciones por incumplimiento, saneamiento o resolución se inserta dentro de la competencia estatal exclusiva atribuida por los artículos 149.1.6 y 8 CE»” i es conclou que respecte les disposicions la constitucionalitat de les quals s'impugna: “ambas disposiciones responden con toda evidencia a la finalidad de proteger a los consumidores. Ahora bien, producen con igual claridad «un novum en el contenido contractual», esto es, introducen «derechos y obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas» [STC 54/2018, FFJJ 6 c) y 9, citando las SSTC 88/1996, de 1 de julio, FJ 5, y 157/2004, de 21 de septiembre, FJ 11]. De modo que esta regulación (art. 4 y disposición adicional), al igual que la declarada inconstitucional y nula por la STC 54/2018, «se ha adentrado a regular ámbitos reservados a la competencia exclusiva del Estado por el artículo 149.1.6 y 8 CE», lo que basta «para concluir en su inconstitucionalidad». La Sentència va comptar amb el Vot dissident del Magistrat Juan Antonio Xiol Ríos precisament en la línia d'argumentar que: “no se puede sostener que legislar sobre contratos equivale a legislar sobre



la constitucionalitat de la Llei 3/2017, per la qual es va aprovar el Llibre VI del Codi civil de Catalunya. Tanmateix, afortunadament, el criteri del Tribunal Constitucional ha estat clarament contraposat al de seu anterior pronunciament del mateix any i així, la STC de 13 de novembre de 2019 ha aprofundit en la noció de *bases de les obligacions contractuales* tot assenyalant que “*el legislador estatal no ha llevado a cabo una concreción formal de lo que ha de considerarse bases de las obligaciones contractuales por lo que, mientras esto sucede, las comunidades autónomas no pueden quedar obligadas a esperar el pronunciamiento específico del legislador estatal y pueden ejercer su competencia respetando los principios que se deriven de la CE y la legislación existente*” i s’afegeix que “*en materia contractual solo deba considerarse normativa básica aquellas reglas que incidan directamente en la organización económica, en las relaciones inter partes y en la economía interna de los contratos, comprobando, por ejemplo, si se respetan las directrices básicas tales como el principio de la iniciativa privada y la libertad de contratación, la conmutatividad del comercio jurídico, la buena fe en las relaciones económicas, la seguridad del tráfico jurídico o si el tipo contractual se ajusta al esquema establecido en la norma estatal*”.

En conseqüència, aquest pronunciament permet eliminar dubtes sobre la constitucionalitat de la regulació sobre concrets tipus contractuals, sempre que, com s’ha indicat, es reguli amb contemplació de l’esquema establert per aquell contracte en la legislació estatal, tal com ja va concloure el Consell de Garanties Estatutàries en el Dictamen 4/2019, de 17 de juny <sup>82</sup>.

---

*las bases de las obligaciones contractuales. La sola identificación de que la regulación de derechos y obligaciones en el marco de las relaciones contractuales privadas implica regular las bases de las obligaciones contractuales es una aporía jurídica en el seno del artículo 149.1.8 CE, que imposibilita a las comunidades autónomas con derecho civil propio el ejercicio de la competencia legislativa en materia contractual vaciando con ello prácticamente su competencia en materia de derecho civil. A esos efectos, como también sostuve en las deliberaciones, y dado que la opinión mayoritaria tampoco ha considerado necesario dar una respuesta, entiendo que la materia regulada en los preceptos ahora controvertidos no puede considerarse sin mayores argumentos incluidos en las «bases de las obligaciones contractuales», pues, en definitiva, o al menos en principio, la norma catalana no está llevando a cabo una regulación de los criterios o directrices generales que deben regir los contratos, o una regulación del núcleo esencial de la estructura de tales contratos.”*

<sup>82</sup> Que estableix que: “la Generalitat de Catalunya és competent per regular el contracte d’arrendament d’habitatge, totalment o parcial, però amb el límit que la dita regulació no contradigui les bases de les obligacions contractuals”. Tanmateix, convé tenir en compte que la

---

norma en matèria de contenció de renda en arrendaments d'habitatge que va motivar l'emissió del Dictamen -Decret Llei 9/2019, de 21 de maig de mesures urgents en matèria de contenció de rendes en els contractes d'arrendament d'habitatge i de modificació del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya en l'àmbit de la penyora-, no va superar el judici de constitucionalitat del Consell, precisament en concloure que aquesta regulació incidia en les bases de les obligacions contractuals. I així, en el Dictamen, malgrat una interpretació no restrictiva de l'expressió *bases de les obligacions contractuals* – “Des de la perspectiva del contingut material, hem assenyalat també abans, que les esmentades bases no es poden identificar amb les normes que defineixen cada tipus de contracte, ni amb el seu contingut, així com tampoc amb les disposicions que, amb caràcter general, es puguin preveure com a comunes per a tots els contractes. Les obligacions són un dels efectes que deriven de la conclusió d'un contracte i, per tant, no es poden assimilar al contracte mateix. Cal subratllar novament que una interpretació en contra suposaria negar que les comunitats autònomes amb competència en dret civil puguin legislar sobre un subsector material i principal d'aquest dret, com són els contractes i les obligacions que se'n deriven.”- conclou que: “la vigent legislació estatal dels arrendaments urbans, pel que fa a la determinació de la renda, regeix el principi de llibertat de pactes (art. 17.1 LAU) el qual, en íntima connexió amb el de llibertat de contractació (art. 1255 Codi civil espanyol), es perfila com a pilar fonamental a l'empara del qual es configura, amb caràcter de base de les obligacions en els arrendaments d'habitatge, el principi que la renda hagi de ser la que lliurement acordin les parts. Mitjançant la dita base, correspon al legislador estatal garantir el mínim comú que, en el present cas amb una finalitat econòmica, les comunitats autònomes amb competència en matèria de dret civil han de respectar.”

## **CAPÍTOL II. REGULACIÓ DEL CONTRACTE D'ARRENDAMENT DE BÉNS EN CLAU D'OPORTUNITAT LEGISLATIVA**

Amb caràcter previ a l'abordatge del present capítol, considerem necessari efectuar una precisió en relació amb la delimitació del seu objecte. En aquest sentit, la nostra pretensió no és la d'esgotar el tema aprofundint en tots els aspectes del contracte, sinó analitzar només aquells que considerarem rellevants en clau d'oportunitat legislativa. Així doncs, no entrarem a analitzar de forma detallada tot el recorregut contractual, les obligacions de les parts, els remeis, etc., sinó que ens limitarem a destacar aquells àmbits que considerem mancats de regulació o amb regulació insuficient per tal de valorar la conveniència o no d'incorporar-los a la regulació futura del contracte d'arrendament a Catalunya.

D'altra banda, també volem apuntar que el CCCat. és l'instrument idoni per contenir la regulació del contracte d'arrendament, sigui quin sigui el seu objecte, llevat d'aquelles especialitats molt concretes que depassen l'àmbit civil estricte i que estan impregnats d'elements propis de l'àmbit administratiu, com ara els contractes de lloguer turístic, en la mesura en què afecten al model de ciutat o país que es vol dissenyar, o altres aspectes que s'han de prendre en consideració en clau de control del mercat o d'impacte social, com ho va ser l'intent fallit, a Catalunya, d'establir un control o limitació a les rendes en el lloguer d'immobles urbans<sup>83</sup>. En aquests casos, la regulació específica no s'ha d'incorporar al Codi civil, sinó que mereixen una norma pròpia i específica, sense oblidar que el contracte que es conclou és civil, tot i que amb control administratiu per a determinats aspectes.

Centrarem la nostra atenció en la necessitat de dotar d'un marc general a la regulació dels contractes d'arrendament de béns, mitjançant la introducció d'unes disposicions generals i la conveniència de regular la llar compartida,

---

<sup>83</sup> Aquest esquema, que combina regulació dins del Codi civil complementada amb lleis o normes de rang inferior, així com normes civils i administratives, és el que han adoptat bona part dels països del nostre entorn, com ara França o Bèlgica. En canvi, d'altres ordenaments jurídics han optat per incorporar la regulació d'aquest contracte en el sí del Codi civil, com per exemple, Alemanya.

l'arrendament d'habitatge per a estudiants, l'arrendament de temporada i determinats aspectes de l'arrendament de local de negoci, sempre sobre la base de l'estudi comparat de les solucions adoptades en països europeus del nostre entorn més proper com ho són Itàlia, França i Bèlgica. També abordarem l'oportunitat de regular dues situacions que es donen sovint a la pràctica, una de les quals es troba òrfena de regulació i l'altra permetria donar cobertura a situacions que sovint es produeixen al marge del que s'ha pactat en el contracte. Ens referim a l'arrendament forçós d'habitatge en cas de cessió d'ús en cas de crisi de parella i al sotsarrendament no consentit amb garantia.

No treballarem un tema de recent aparició a Catalunya, però que ja està apuntant problemes, com és el de l'anomenat *co-living*, consistent en el lloguer d'immobles per estances, amb compartició d'espais comuns més enllà dels propis d'un habitatge (cuina, menjador, etc.), com ara, gimnàs, biblioteca, sales de jocs, etc., i al qual s'associa la prestació de serveis diversos. Aquest tipus de contractes tenen com a destinataris principals treballadors d'empreses joves, però amb un cert poder adquisitiu, o estudiants de màsters, per exemple. Amb el pretext de crear sinèrgies i comunitats d'estils de vida afins, el *coliving* representa ja un nou repte per al ja malmès mercat de lloguer, almenys quant a l'augment de les rendes en el conjunt del mercat immobiliari del lloguer.

## **1. La necessitat d'elaborar disposicions generals aplicables a tots els contractes d'arrendament de béns.**

Deixant ara al marge els arrendaments de finques rústiques que tenen ja la seva regulació pròpia en el si del Codi civil de Catalunya (arts. 623-11 a 623-29), la regulació actual de l'arrendament de béns es troba continguda en el Codi civil espanyol (art. 1546 i ss) i en la Llei d'arrendaments urbans (Llei 29/1994, de 24 de novembre). El primer que crida l'atenció d'aquesta regulació és la inexistència d'unes disposicions generals aplicables a l'arrendament de béns, mobles i immobles, ja que el Codi civil espanyol en contempla només per a l'arrendament de béns immobles. Fruit d'aquesta manca de disposicions generals, no hi ha regulació relativa a l'arrendament dels béns mobles, tot i que les disposicions generals establertes per a l'arrendament de béns immobles s'acaben aplicant als de béns mobles, en la mesura en què la regulació sigui compatible amb la naturalesa d'aquesta classe de béns. El cert és que, a la pràctica, cada cop existeixen més sectors en què és molt freqüent la conclusió de contractes d'arrendament de béns mobles (per exemple, en l'àmbit de la maquinària industrial i de la construcció).

En l'actualitat, el lloguer de béns mobles està tenint un cert creixement fruit de la implantació de l'economia de plataforma, ja sigui a través de contractes P2P o en contractes B2C. En el primer cas, són els propietaris dels béns mobles infrautilitzats qui els lloguen per tal de rendibilitzar-los, mentre que els arrendataris acostumen a no voler adquirir en propietat determinats béns. Un exemple clar d'aquest supòsit és el lloguer d'automòbils, que poden dur a terme directament propietari del vehicle i arrendatari quan el primer no el necessita, ja sigui per hores o dies (seria el cas que possibilita, p. ex., la web [es.getaround.com](http://es.getaround.com)) o bé una empresa i l'arrendatari (les empreses tradicionals de lloguer de vehicles per dies i d'altres més recents que els lloguen per hores, per exemple, [ubeeqo.com](http://ubeeqo.com) o [es.audiondemand.com](http://es.audiondemand.com)).

L'auge de l'economia de plataforma i la possibilitat d'arribar a un gran nombre de destinataris ha provocat que també en altres àmbits estigui en expansió el lloguer de béns mobles. No és estrany trobar webs que ofereixen la possibilitat

de llogar els mobles per moblar un pis de lloguer (amueblarent.es) o llogar material esportiu (skimium.es).

En definitiva, tot i que els contractes d'arrendament de béns mobles han d'estar presidits pel màxim respecte per l'autonomia de la voluntat, el cert és que convindria disposar de normes de caràcter subsidiari per tal d'omplir les eventuais llacunes que es produeixin. D'altra banda, no es pot oblidar que en molts d'aquests contractes la posició arrendatària és ocupada per un consumidor, de manera que caldrà valorar la possibilitat d'incorporar normes tuïtives de naturalesa imperativa, que reequilibrin l'asimetria que es produeix habitualment en aquestes relacions contractuals. Des d'aquest punt de vista, ens plantejem la conveniència d'establir un conjunt de disposicions generals aplicables a qualsevol contracte d'arrendament de béns per tal de donar cobertura a l'arrendament de béns mobles, però també, i en la mesura en què no es prevegi una disposició especial, a l'arrendament de béns immobles, urbans i rústics.

Aquestes disposicions haurien de fer referència al concepte d'arrendament de béns, a la naturalesa de les normes –que, com ja hem apuntat, hauria de ser dispositiva i limitadament imperativa per als contractes de consum-, l'objecte, el preu i la seva determinació, la forma, la durada, la possibilitat de reconducció tàcita, la transmissió del dret sobre el bé arrendat, la cessió de contracte i la possibilitat de sotsarrendar, els efectes de la mort de qualsevol de les parts, les obligacions de les parts –introduint-hi la regulació de la conformitat entre les obligacions de l'arrendador-, el règim de les despeses, els remeis de les parts i l'extinció del contracte.

En relació amb els contractes de consum, caldria establir entre les disposicions generals normes relatives al caràcter irrenunciable que dels drets atorgats als consumidors, tal i com ja ho fa l'art. 621-2.2 del CCCat. respecte de la compravenda de consum. En aquest sentit, caldria exigir, per exemple, la necessitat que el contracte es documenti per escrit o en un altre suport durador si s'ha conclòs a distància o la inaplicació de normes restrictives de facultats associades a la conformitat del bé arrendat al contracte, tal i com ja ho fa el

CCCat. en matèria de compravenda, per exemple, en els arts. 621-21.2 o 621-27.4.

L'existència de disposicions generals aplicables a tots els contractes d'arrendament de béns permetria alleugerir la redacció de les seccions següents, tot evitant la reiteració d'aquells aspectes que ja s'hi contenen, i permetent la possibilitat d'establir excepcions en aquells casos que la naturalesa del objecte contractual així ho exigeixi.

## **2. Contractes d'arrendament d'habitatge per a ús temporal**

### **2.1. Contractes d'arrendament d'habitatge per a ús temporal**

#### **2.1.1. L'arrendament temporal en general.**

Itàlia i França compten amb sengles normes específiques per a la regulació de l'arrendament d'habitatge que pretenen donar resposta a necessitats sorgides de la disminució d'habitatges en règim de lloguer.

Itàlia regula el contracte d'arrendament d'habitatge en la Llei 9 de desembre de 1998, n. 431. La llei introdueix una breu regulació per als contractes d'arrendament d'habitatge d'ús temporal (art. 5), amb una finalitat doble: cobrir les necessitats dels usuaris que necessiten subscriure un contracte de durada breu i, al mateix temps, permetre als arrendadors alliberar l'habitatge en un temps també breu. Completen la regulació els Decrets de 5 de març de 1999 i de 30 de desembre de 2002.

La regulació preveu la participació de les associacions de propietaris i dels sindicats d'arrendataris, ja que desenvolupen un paper important en la fixació de les condicions contractuals i quant al compliment de les obligacions fiscals de les parts.

La característica principal d'aquests contractes és la seva durada curta. En aquest sentit, la durada mínima és d'un mes (per sota, es considera lloguer turístic, regulat per la Llei d'1 d'octubre de 2015, n. 27) i la màxima és de 18 mesos (no prorrogables) i no s'estableix cap limitació relativa a una durada mínima. Si es prorroga més enllà, l'art. 2.6 del Decret de 16 de gener de 2017 el converteix automàticament en un contracte ordinari de durada 4+4, previst a l'art. 2.1 de la Llei 431/1998. Pretén donar cobertura a necessitats diverses, com per exemple, que el propietari o l'arrendatari de l'habitatge hagi de residir transitòriament fora del seu municipi per motius laborals. En el primer cas, el propietari està interessat en posar en lloguer el seu habitatge per tal d'obtenir una rendibilitat que li permeti fer front, al seu torn, a les despeses que li genera el seu desplaçament. En el segon cas, és l'arrendatari que s'ha de desplaçar,



però no requereix un lloguer excessivament llarg. En tot cas, els motius que possibiliten aquest tipus de lloguer han d'estar previstos en els acords municipals corresponents, de manera que poden variar en funció del municipi on es trobi ubicat l'immoble.

La regulació contempla la facultat de desistir del contracte, però només a favor de l'arrendatari. Amb tot, no es tracta d'un desistiment *ad nutum* sinó causal, ja que exigeix la concurrència de motius greus i la prèvia notificació certificada i amb acusament de rebuda, del preavis mínim de tres mesos. Aquesta possibilitat és operativa, per tant, només en aquells contractes de durada superior als tres mesos i la imposició d'aquest preavis de tres mesos limita força l'exercici del dret de desistiment.

Pel que fa a la distribució de les despeses, llevat de pacte en contra, se segueix la rígida i detallada distribució que s'estableix a l'Annex D del Decret 16 gener 2017 . En línies generals, s'observa que l'arrendador es fa càrrec de les despeses de conservació i reparació extraordinàries, mentre que l'arrendatari ha de cobrir les de caràcter ordinari.

Una característica comuna als arrendaments d'habitatge per a ús temporal és que tant els contractes tipus com la renda (i la seva modificació a l'alça o a la baixa) estan establerts pels acords municipals adoptats en cada cas per l'ajuntament competent (art. 2 Decret 16 gener 2017), amb la particularitat que en el cas dels arrendaments per a estudiants és competent l'ajuntament on té la seu la universitat, eventualment amb l'acord dels ajuntaments confinats (art. 5.3 Llei 431/1998, art. 3 Decret 16 gener 2017.).

També és comuna l'obligatorietat d'utilització del model de contracte incorporat al Decret de 16 de gener de 2017 (art. 2.7 i 3.4) que conté totes les previsions incloses en la Llei 431/1998, el que comporta un control formal del compliment dels requisits legalment exigits .

En tots els contractes d'arrendament d'habitatge temporal, l'administració local exerceix el control del compliment dels requisits que permeten acollir-se a aquesta modalitat contractual, tant la general com la relativa als estudiants.

A França, el marc legislatiu de l'arrendament d'immobles ve definit per dues lleis especials, la Loi Alur (26 de març de 2014) i la Loi Elan (23 novembre 2018) i pel Codi de comerç (art. L145-1 i ss). També cal fer esment de la Llei 89-462, de 6 de juliol de 1989 que regula l'arrendament per a estudiants i l'arrendament temporal. Deixarem de banda, com hem fet anteriorment, l'arrendament d'habitatge permanent de caràcter ordinari.

Els contractes d'arrendament d'habitatge per a ús temporal troben la seva regulació a la Llei de 6 de juliol de 1989 i a la Llei Alur. La denominació emprada per l'art. 25-12 de la Llei 89-462, *bail mobilité*, és prou indicatiu de la necessitat que aquest contracte pretén satisfer: la necessitat de desplaçar-se de la residència habitual per motius diversos, ja siguin formatius o professionals. El mateix article considera que les disposicions que regulen aquest tipus de contractes són d'ordre públic. La llei imposa, entre d'altres, l'obligació de documentar per escrit el contracte que, a més, té un contingut obligatori (art. 25-13). La rigidesa de la forma i el contingut recorda a les normes tuitives pròpies de l'àmbit del dret de consum. L'anàlisi del contingut contractual revela clarament l'impacte de la informació que l'arrendador ha de comunicar a l'arrendatari.

Aquests contractes no poden tenir una durada inferior al mes i no poden superar els deu mesos, sense possibilitat de pròrroga ni de reconducció, de tal manera que si a la fi del contracte les parts conclouen un nou contracte sobre el mateix immoble, es considera subjecte a les disposicions aplicables als contractes de lloguer d'habitatge permanent.

A diferència de la regulació italiana, l'arrendatari pot desistir lliurement del contracte simplement preavisant l'arrendador amb un mes d'antelació (art. 25-15). També a diferència de la legislació italiana, no hi ha un control de la renda per part dels municipis, sinó que l'art. 25-16 declara explícitament la llibertat de renda.

Finalment, a Bèlgica existeix legislació diferent per a les tres regions que la configuren: Brussel·les, Valònia i Flandes. L'any 2018 les tres regions han aprovat normativa de contingut similar, de manera que l'analitzarem en conjunt, pel que fa a determinades modalitats d'arrendament d'habitatge.

Els canvis més significatius inclouen l'aparició de dos tipus de contractes d'arrendament: el co-arrendament i l'arrendament d'habitatge per a estudiants. També incorpora el desenvolupament dels contractes de curta durada (fins a 3 anys).

Els tres tipus de contracte tenen en comú que s'han de formalitzar per escrit. La norma enumera exhaustivament tota la informació que es pot sol·licitar al potencial arrendatari.

A més, el decret inclou l'obligació per l'arrendatari de contractar una assegurança contra incendis. Les noves disposicions també estableixen les regles en cas de mort de l'arrendatari.

En el cas concret del contracte d'arrendament de curta durada (que sigui residència principal del llogater), conclòs o renovat a partir de setembre de 2018, es permet la durada d'un, dos o tres anys màxim.

Les parts poden rescindir el contracte en qualsevol moment efectuant un preavis de tres mesos i pagant una indemnització equivalent al lloguer d'un mes. Si és l'arrendador qui decideix desistir, haurà de ser per necessitat pròpia o dels seus familiars.

### **2.1.2. El cas particular de l'arrendament d'habitatges per a estudiants.**

Com a modalitat específica del contracte d'arrendament temporal, la llei italiana fa referència aquells que tenen com a finalitat la satisfacció de les necessitats residencials dels estudiants universitaris desplaçats a ciutats distintes de les de la seva residència habitual. En aquest cas, el Decret de 16 de gener de 2017 proporciona un model de contracte en l'Annex C. Per tal que es pugui considerar un arrendament per a estudiants, cal que concorrin dos requisits: l'immoble ha d'estar ubicat en el municipi on té la seu la universitat o en una ciutat confinant, i l'arrendatari ha d'estar matriculat en un grau universitari o altres cursos d'importància (màsters, postgraus). Les persones que conclouen el contracte poden ser un o més estudiants o els seus progenitors i la durada de l'arrendament en aquest cas sí està delimitada per un període mínim i

màxim: entre sis mesos i tres anys. A diferència del contracte general d'arrendament per a ús temporal, en aquest cas el contracte es renova automàticament per un període de temps igual al primerament previst. Si l'estudiant decideix desistir, ho ha de comunicar al propietari amb un preavís mínim d'un mes i, en tot cas, amb un preavís mínim de tres mesos abans de la data de finalització.

La legislació francesa té força desenvolupat el contracte d'arrendament per a estudiants, el qual va ser establert per la Llei del 6 de juliol de 1989 que regula els arrendaments per a ús residencial. Per tant, està subjecta a les mateixes normes que les que regeixen l'arrendament destinat a residència principal, amb algunes particularitats. Segons la jurisprudència francesa, un habitatge és la residència principal d'un arrendatari si l'ocupa almenys vuit mesos a l'any.

No obstant això, és realment la Llei Alur la que estableix actualment el règim dels arrendaments estudiantils. En primer lloc, l'article 8 d'aquesta llei ha establert un mínim dels mobles i equipament amb els que han d'estar dotats els immobles per tal de garantir una vida digna per al llogater. Aquesta llista s'estableix pel Decret núm. 2015-981 del 31 de juliol de 2015. La llei Alur també ha reforçat específicament el règim d'arrendament d'estudiants, garantint així una certa seguretat jurídica per a l'arrendador i el llogater.

La principal característica d'aquests contractes és la seva durada, ja que és de nou mesos, a diferència de la durada del contracte ordinari d'arrendament d'habitatge moblat, que és d'un any. Aquesta especificitat va ser creada per la llei 32/2005, del 18 de gener, per adaptar-se a les necessitats dels estudiants, ja que la majoria dels estudiants han de ser allotjats durant un any acadèmic, és a dir, nou mesos. D'aquesta manera, si les necessitats de l'estudiant requereixen una durada superior, només podrà concloure un arrendament d'habitatge moblat de caràcter ordinari.

L'arrendament per a estudiants no es pot prorrogar ni reconduir tàcitament. Així doncs, el propietari pot recuperar immediatament l'habitatge passats els nou mesos i l'arrendatari es veu alliberat del pagament de la renda durant el període vocacional. A més a més, l'arrendador podrà llogar l'habitatge durant

les vacances mitjançant un contracte d'arrendament estacional i treure'n un rendiment.

Com el seu nom indica, l'arrendatari només podrà ser un estudiant que requereixi un habitatge durant el curs acadèmic. L'arrendador podrà sol·licitar la presentació d'una prova acreditativa del seu estatus.

Per tal d'evitar riscos d'incompliment de les obligacions de l'arrendatari, l'arrendador pot exigir garanties que assegurin el pagament. En aquest sentit, el propietari pot requerir:

- La realització d'un dipòsit o fiança en diners que no podrà excedir l'import de la renda corresponent a dos mesos.
- Un fiador que garanteixi el pagament, habitualment, els progenitors de l'estudiant. Aquesta garantia pot exigir-se amb caràcter solidari.
- Un aval bancari.

Les causes d'extinció anticipada del contracte són les mateixes que per al contracte d'arrendament d'habitatge moblat. En el cas de l'arrendatari, pot desistir en qualsevol moment, sempre que respecti el preavis d'un mes la seva intenció de donar per acabat el contracte, el que haurà de fer per escrit fefaent. En canvi, l'arrendador no pot extinguir el contracte abans del venciment. Tanmateix, existeixen excepcions en cas de concórrer causa il·legítima i greu (per exemple, l'impagament de la renda, causar perturbacions als veïns). En aquests casos, el preavis és de tres mesos.

Després de la finalització de l'arrendament, el propietari disposa d'un termini d'un mes per restituir la fiança dipositada, sempre que l'estat de l'habitatge i del seu mobiliari i equipaments sigui l'adequat.

Finalment, destacar que s'estableixen importants avantatges fiscals per als propietaris que concloguin arrendaments per a estudiants. Així mateix, l'Estat francès també ha previst ajuts per cobrir les despeses que genera la contractació.

Pel que fa a la regulació belga del contracte d'arrendament per a estudiants, només destaca el fet que està definit per una durada inicial d'un any i que

permet als estudiants finalitzar anticipadament el contracte, si concorren determinades condicions, així com la possibilitat de sotsarrendar parcialment l'immoble (p.ex., a un estudiant Erasmus).

## **2.2.- Contracte d'arrendament de local comercial**

La regulació del contracte d'arrendament de local comercial a Itàlia té diverses seus. El nucli de la regulació el constitueix la Llei 392/1978, però també cal tenir en compte el que preveuen els art. 1572 i 2643 del Codi civil.

El contracte d'arrendament de local comercial té una durada mínima de sis anys o de nou si l'activitat que s'hi desenvolupa és turística o teatral. No és possible establir una durada inferior i si la durada no es fa constar en el contracte, s'entén que la durada és la legalment prevista. En tot cas, és possible la tàcita reconducció al venciment del període, per sis o nou anys més, segons l'objecte comercial. No obstant, l'arrendador pot desistir del contracte un cop transcorreguts 6 o 9 mesos, segons l'objecte de l'activitat, si concorre causa justificada. Per exemple, que el necessiti personalment o per a la seva família. En aquest cas haurà de preavisar fefaentment l'arrendatari i demostrar que realment ha desenvolupat una activitat comercial en els 12 mesos posteriors. I, per tal d'evitar que l'arrendador aprofiti l'esforç comercial de l'arrendatari, la llei estableix que haurà de satisfer una indemnització corresponent a 18 (o 21 en el sector turístic) mensualitats de renda. Aquesta indemnització es duplica si l'arrendador inicia una activitat similar a la que desenvolupava l'arrendatari.

La Llei permet a les parts pactar que l'arrendatari pugui desistir en qualsevol moment sempre que notifiqui fefaentment a l'arrendador aquesta intenció, almenys sis mesos abans de la data en què el desistiment serà efectiu. Però, fins i tot en que s'hagi previst aquesta facultat, l'arrendatari pot desistir en qualsevol moment si existeixen motius greus. No obstant, la regulació no estableix el que constitueixen motius greus. La Sentència de la Corte Suprema (10624/2012) va aclarir que aquests motius poden fer referència a una

conjuntura econòmica desfavorable que impedeixi el pagament del lloguer o que el compelleixi a cessar en l'activitat; però també ho és una situació econòmicament molt favorable que requereix un local més gran per poder desenvolupar millor l'activitat econòmica. És a dir, una aplicació laxa de la clàusula *rebus sic stantibus*.

En qualsevol cas, el desistiment requereix un preavís de 12 mesos, que s'incrementa fins els 18 mesos en el cas de les activitats pròpies del sector turístic o teatral. La notificació té caràcter receptici i la llei imposa que es faci amb acusament de recepció.

Pel que fa a la renda, resta subjecta a la seva actualització anual a requeriment de l'arrendador, si bé l'increment no pot ser superior al 75% de les variacions de l'IPC (a Itàlia n'existeix un específicament referit als preus relatius a les famílies i treballadors per compte aliè).

Si el contracte s'extingeix per causa no imputable a l'arrendatari, té dret a una indemnització per les pèrdues comercials, equivalent a 18 mensualitats de la renda vigent. Cal tenir en compte, però que aquesta compensació està prevista només per aquells casos en què l'activitat comercial que es desenvolupa en el local implica relació amb una clientela vinculada a un territori. Si no existeix aquest vincle activitat-territori, no neix el dret a la indemnització.

La llei permet a l'arrendatari sotsarrendar o cedir el contracte sense el consentiment de l'arrendatari, sempre que si al mateix temps es cedeix el negoci que es desenvolupa en el local. És a dir, si l'arrendatari cedeix l'empresa a un tercer, automàticament li cedeix també el local en el qual es desenvolupa l'activitat. És necessari, però, la notificació fefaent a l'arrendatari, el qual només s'hi pot oposar per motius greus dins dels trenta dies següents a la recepció de la notificació.

La llei també permet la successió en el contracte en cas de mort de l'arrendatari, a favor del cònjuge, hereus o socis. Com en el cas anterior, es considera que l'arrendament té caràcter instrumental respecte de l'exercici de l'activitat comercial. També en aquest cas, l'arrendador s'hi pot oposar per motius greus i dins del mateix període esmentat anteriorment.

Es reconeixen drets d'adquisició preferent a l'arrendatari (tanteig i retracte). Aquests drets també es poden exercitar en cas que l'arrendatari pretengui llogar a tercers l'immoble al venciment del contracte (llevat que l'arrendatari hagués comunicat la seva intenció de no renovar el contracte, de resolució per incompliment per part de l'arrendatari, o per haver estat declarat en concurs). En qualsevol cas, ha d'oferir les mateixes condicions en què l'arrendador pretén llogar l'immoble al tercer.

Com en el cas dels contractes d'arrendament destinats a habitatge, també en el cas dels locals comercials existeix una modalitat de caràcter temporal. Està previst per impulsar l'activitat emprenedora en aquells sectors o en aquells territoris en què és incert l'èxit comercial d'una activitat, o també per aprofitar l'estacionalitat de la clientela en temporades de vacances, etc. En el cas particular de l'arrendament estacional, l'arrendatari està obligat a llogar l'immoble, durant la mateixa estació de l'any successiu, al mateix arrendatari si aquest li ho ha requerit de manera fefaent abans del venciment del contracte.

En aquests contractes existeixen dues clàusules clau: el caràcter temporal i la destinació. Els dos elements han de ser clarament especificats. En qualsevol moment, l'arrendatari ha de tenir la possibilitat de modificar la modalitat de contracte, mitjançant el corresponent requeriment a l'arrendatari, i convertir-lo a la modalitat ordinària.

En cas que la renda anual sigui superior a 250.000 € anuals, l'art. 79 de la Llei permet pactar terminis i condicions diverses de les establertes legalment.

A França, la regulació de l'arrendament de local es troba al Codi de comerç (art. L145-1 i ss). El seu àmbit d'aplicació s'estén a supòsits que podrien resultar dubtosos però que l'art. L145-2 recull. És molt detallada quant la durada, causes de desistiment del propietari i renda.

Pel que fa a la durada, l'art. 145-4, modificat per la recent Llei Elan, estableix una durada mínima de 9 anys. No obstant, la norma preveu que l'arrendatari pugui desistir del contracte cada vegada que expira un període triennal, sempre amb un previs fefaent mínim de sis mesos. Tanmateix, hi ha determinats contractes que, per raó de l'especialitat de la seva destinació, poden contenir



pactes en contra de la durada de nou anys (per exemple, és el cas de dels lloguers destinats exclusivament a oficines). En canvi, no existeix aquesta possibilitat en el cas d'arrendaments de locals arrendats per establir residències turístiques mencionades a l'art. L-321-1 del Codi de turisme (art. L145-7-1)

L'arrendador també té la possibilitat de desistir però en aquest cas no és una facultat lliure, sinó subjecta a causes concretes previstes en el Codi de comerç als arts. 145.4 paràgraf segon, que es remet als arts. 145-18, 145-21, 145-23 i 145-24.

La rigidesa aparent de la durada de nou anys prevista per l'art. 145-4 es veu matisada per l'art. 145-5 que preveu la possibilitat que, un cop l'arrendatari ha tingut ocasió d'entrar en el local, les parts poden modificar les disposicions del Codi relatives a l'arrendament de local, a condició de que la durada total de l'arrendament o dels arrendaments successius no sigui superior a tres anys. En finalitzar el període de tres anys, les parts no poden concloure un nou arrendament per explotar el mateix negoci en el mateix local, pactant en contra de les disposicions reguladores de la durada. És a dir, s'admet el pacte en contra amb un abast restringit a un primer contracte entre les parts. Si el contracte conclòs s'ha fet per durada inferior als nou anys i un mes abans del venciment del termini l'arrendatari continua en possessió de l'immoble perquè així ho ha permès l'arrendador, es considera que existeix un nou contracte d'arrendament regit per les disposicions de l'arrendament de local del Codi de comerç. L'única excepció a aquestes disposicions es dona en el cas que l'arrendament de local sigui de temporada.

En el cas dels arrendaments conclusos en aquestes circumstàncies especials, és obligatori elaborar un document que reflecteixi l'estat del local, ja sigui elaborat conjuntament per ambdues parts o per un tercer. Si no hi ha acord, intervindrà un auxiliar de l'administració de justícia a iniciativa de la part més diligent, i el cost serà compartit entre arrendador i arrendatari.

És important destacar que l'art. L145-9 estableix que els arrendaments de local comercial subjectes a les disposicions del Codi de comerç només s'extingeixen bé per desistiment, en els termes que hem esmentat anteriorment, bé per una

sol·licitud de renovació efectuada pel llogater efectuada sis mesos abans del venciment del contracte. Si no es produeix ni un fet ni l'altre, el contracte s'entén tàcitament reconduït per un nou període. L'arrendador que no s'hi oposi a la renovació, pot fer una proposta de modificació de la renda, que es farà d'acord amb els criteris fixats pel Decret del Consell d'Estat (art. L-145-11).

La renovació es configura com una dret atorgat únicament a l'arrendatari i és per aquest motiu que la denegació per part de l'arrendador ha de respondre a motius legítims (art. L145-17) o, en cas de no existir, ha d'indemnitzar l'arrendatari els danys i perjudicis que la seva decisió li ocasioni (art. L145-14). El dret de renovació és de tal importància que el Codi considera nul·les les clàusules tendents a impedir-lo o a modificar-lo en perjudici de l'arrendatari (arts. L-145-15 i L-145-16). Cal destacar que no allibera de la indemnització a l'arrendador, el cas que decideixi no renovar el lloguer per la seva decisió de fer obres de rehabilitació a l'immoble (art. L145-18).

Els arts. L145-31 i L145-32 regulen el sotsarrendament. Només s'admet en cas de pacte exprés o, en el seu defecte, d'autorització expressa concedida per l'arrendador i, en tot cas, el propietari ha de ser cridat a participar a l'acte de formalització del contracte. Això constitueix una mesura d'evitació de la defraudació dels interessos del propietari.

Si la renda pactada és superior a la del contracte principal, el propietari té dret a sol·licitar un increment equivalent de la renda del contracte principal, increment que, a falta d'acord entre les parts, serà determinat d'acord amb el procediment fixat per Decret del Consell d'Estat, en aplicació de les disposicions de l'art. L-145-56.

Quant a la renda, el lloguer inicial no està regulat i és determinat lliurement per les parts del contracte. L'arrendador no està obligat per la renda que pagava l'arrendatari anterior ni pels lloguers de referència. En principi es fixa segons el valor de lloguer de la propietat.

En el cas de locals vacants, el contracte pot preveure el pagament d'una quota d'entrada al propietari. Aquesta suma, fixada lliurement per les parts, és adquirida definitivament per l'arrendador i no ha de ser abonada al final del

contracte d'arrendament. Es pot pagar d'un sol cop a terminis, a més del lloguer. Aquesta clàusula s'anomena pas-de-porte. S'acostuma a pactar:

- ja sigui com a suplement de lloguer (el cas més freqüent), permetent que l'arrendador es protegeixi del risc d'una bretxa entre l'augment de la renda i el valor real de lloguer dels locals. Aquest suplement s'integrarà en el càlcul del lloguer durant la renovació del contracte d'arrendament.
- Com a compensació per certs elements, inclosos els beneficis comercials, proporcionats per l'arrendador no relacionats amb el lloguer, o a canvi de la depreciació del valor de mercat de les instal·lacions.

La renda pot ser modificada:

- Durant el contracte de lloguer. El lloguer es pot revisar segons les condicions especificades al contracte: la revisió triennial (legal) o segons una altra periodicitat de revisió especificada en el contracte (clàusula d'escala mòbil).
- En renovar el contracte d'arrendament. Quan finalitza el contracte d'arrendament (al cap de 9 anys com a mínim), el llogater, propietari del negoci explotat a les instal·lacions, gaudeix, com hem vist, del dret de renovació, si fa més de 3 anys que treballa en el negoci. En aquests casos, si l'arrendador desitja modificar l'import de la renda, ha d'iniciar un procediment especial per a la renovació del contracte d'arrendament.

### **2.3. Un breu apunt al voltant de la regulació de la llar compartida**

Bèlgica ha regulat específicament el contracte de coarrendament o contracte de lloguer d'habitatge compartit. En aquest cas, es tracta d'un contracte d'arrendament caracteritzat per l'existència d'un règim de responsabilitat solidària entre tots els residents en el pis, sempre que el contracte hagi estat subscrit per tots. En canvi, si existeix un arrendatari principal i la resta són

sotsarrendataris, no s'imposa legalment la solidaritat. Aquest contracte de lloguer es caracteritza per la responsabilitat solidària dels companys de pis, la facultat que se'ls concedeix de rescindir el contracte d'arrendament abans del termini, sempre que es trobi un reemplaçament (en cas contrari, la compensació es deu a altres companys de pis) i l'obligació dels companys de pis de signar un "acord de companys de pis", pacte que pretén garantir la màxima seguretat jurídica dels inquilins.

En principi, la finalitat d'aquest tipus de contracte s'adequa especialment a les necessitats d'habitatge dels estudiants, però no necessàriament. En aquest sentit, entenem que pot constituir una modalitat de llar compartida, si bé en aquest cas, sense la convivència del propietari de l'habitatge.

En tractar-se de la residència permanent dels coarrendataris, no contravindria la normativa turística catalana que no permet la cessió per estances dels habitatges quan són per a ús turístic (art. 66.2 Decret 159/2012, de 20 de novembre, d'establiments d'allotjament turístic i habitatges d'ús turístic). Així doncs, seria factible establir dues modalitats de llar compartida: una en sentit estricte, consistent en què el propietari de l'habitatge hi resideix i lloga la resta d'habitacions a tercers, i l'altra en què o bé es tracta d'un coarrendament, o bé d'un arrendament amb sotsarrendament consentit o, eventualment si així s'acorda en l'elaboració de la nostra regulació, permès legalment amb l'establiment de garanties per a l'arrendador.

### **3. Arrendament forçós d'habitatge en cas de cessió d'ús en supòsits de crisi de parella**

Arran d'un procediment de crisi matrimonial o de parella, el titular o cotitular de l'habitatge familiar, pot ser privat temporalment del seu ús, o del d'un altre habitatge, en virtut de l'aplicació dels arts. 233-20 i ss. i 234-8 CCCat. Aquesta privació de l'ús es pot dilatar en el temps, sobretot si pensem que un dels supòsits de cessió de l'ús de l'habitatge s'esdevé per raó de guarda dels fills menors, que poden tenir curta edat al moment de la crisi i que és en aquest supòsit que la norma preveu que només s'extingeixi la mesura per finalització de la guarda (art. 233-24.1: *"El dret d'ús s'extingeix (...) si es va atribuir per raó de la guarda dels fills, per l'acabament de la guarda"*).

El que plantejem a continuació és la compensació econòmica que, en aplicació de la regulació actual, obté el titular –exclusiu o cotitular- per raó d'aquesta privació i qüestionem si aquesta compensació és adequada, sobretot en els supòsits que una tercera persona conviu en convivència marital amb l'usuari de l'immoble i aquesta convivència no extingeix el dret d'ús d'aquest. Proposem a continuació, l'oportunitat d'introduir en seu de regulació de cessió de l'ús de l'habitatge per raó de guarda dels fills menors o per raó de major necessitat d'un dels cònjuges, la figura de l'arrendament forçós, tal com es contempla en d'altres ordenaments, a fi de resoldre la situació que s'esdevé d'una manera més justa i equilibrada.

#### **3.1. Privació de l'ús de l'habitatge i enriquiment injustificat a favor de l'usuari o d'un tercer**

El supòsit de fet que motiva la proposta de reforma del Codi civil de Catalunya en matèria d'atribució de l'ús de l'habitatge familiar en supòsits de crisi matrimonial o de parella és el següent: en virtut de sentència derivada de procediment de crisi matrimonial, l'ús de l'habitatge familiar ha estat atribuït a qui no és titular o no ho és en exclusiva i s'ha desposseït de l'immoble al seu titular exclusiu o cotitular. L'atribució de l'ús de l'habitatge ho ha estat per raó

de la guarda dels fills menors, a càrrec del progenitor que té atribuïda la guarda en exclusiva o fins i tot, en cas de guarda compartida amb el progenitor titular o cotitular de l'habitatge pel fet que s'hagi valorat que el beneficiari en té més necessitat. Amb posterioritat a l'adopció d'aquesta mesura i abans que s'extingeixi la guarda sobre els fills menors, el progenitor que té atribuït l'ús introdueix en l'habitatge a un tercer amb qui manté una relació de parella. Aquest últim és un aspecte afegit, atès que, com veurem, el sacrifici existeix igualment quan no s'introdueix una tercera persona en el gaudi de l'habitatge; aquesta introducció simplement fa més cruenta la situació.

El règim d'extinció del dret d'ús té una causalitat discriminada segons quin hagi estat el fonament de l'atribució. Així segons l'art. 233-24.1 CCCat: *"El dret d'ús s'extingeix (...), si es va atribuir per raó de la guarda dels fills, per l'acabament de la guarda"*- mentre que l'art. 234-24.2 CCCat estableix que: *"El dret d'ús, si es va atribuir amb caràcter temporal per raó de la necessitat del cònjuge, s'extingeix (...) b) Pel matrimoni o per convivència marital del cònjuge beneficiari de l'ús amb una altra persona."*-.

La discriminació respon a la voluntat de blindar l'interès dels menors i de pas, també, el del progenitor custodi. La mateixa norma es conté en relació a la prestació compensatòria que també s'extingeix per relació marital o matrimoni del creditor (art. 233-19.1b) CCCat). En definitiva, en el dret civil català, les prestacions que s'adrecen directament a protegir l'interès de l'ex cònjuge s'extingeixen amb motiu d'una nova relació de parella; aquesta circumstància fa que esdevingui injustificada la perpetuació de la solidaritat post-conjugal. En canvi, les prestacions que protegeixen l'interès dels fills es desvinculen de les vicissituds afectives dels progenitors fins i tot si aquestes es materialitzen en la introducció d'un tercer en l'habitatge familiar.

El sacrifici patrimonial que afavoreix a l'ex cònjuge usuari en detriment del cònjuge titular o cotitular privat de l'ús i que té sentit quan s'imposa en benefici dels fills comuns menors d'edat, potser s'ha de qüestionar quan el benefici afavoreix addicionalment a la nova parella del progenitor beneficiari de l'ús i fins i tot als fills que puguin sorgir d'aquesta nova relació o als fills que ho són només de la nova parella.

### 3.1.1. El valor econòmic de l'ús cedit i contemplació del greuge derivat de la presència d'un tercer en l'habitatge

És un fet inqüestionable que el dret d'ús que s'atribueix al progenitor que té la guarda dels fills quan la titularitat d'aquest habitatge correspon en tot o en part a l'altre progenitor té un valor econòmic<sup>84</sup> i dona lloc a un desplaçament patrimonial. En sentit invers, també és ben cert que l'immoble gravat per un dret d'ús de llarga durada per raó, per exemple, de la curta edat dels fills sotmesos a guarda en consideració a la qual s'ha atribuït aquell ús, veu intensament disminuït el seu valor econòmic i per tant, a efectes pràctics, limita força el valor de realització del bé per al seu titular. Alhora, la presència d'un tercer en l'habitatge per tolerància del beneficiari de l'ús per raó principalment de la relació sentimental entre ambdós, donada la privació d'aquest ús al titular o cotitular, fa més palès i potser menys justificable,

Aquest valor econòmic és tingut en compte pel legislador català –no en canvi pel legislador estatal<sup>85</sup>- en l'art. 233-20.7 CCCat respecte dues institucions: la contribució als aliments deguts als fills arran de la crisi (art. 232-2.4.b) i 233-2.6 CCCat) i el pagament de la prestació compensatòria (art. 232-2.5.b i 233-17 CCCat). Val a dir que el legislador ho té ben present atès que, en un mateix precepte, l'indicat art. 233-20 CCCat, ho reitera dos cops, a l'inici –apartat 1 en relació amb una mesura acordada pels cònjuges i causalitzant, tal com ja hem assenyalat, aquest acord: *“Els cònjuges poden acordar l'atribució de l'ús de l'habitatge familiar (...) a un d'ells, a fi de satisfer, en la part que escaigui, els aliments als fills comuns que convisquin amb el beneficiari de l'ús o la prestació*

---

<sup>84</sup> CERVILLA GARZÓN, MARIA DOLORES, *La atribución de la vivienda al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2005, pàg. 155 i ss, posa de relleu que aquesta valoració econòmica és la qüestió nuclear en matèria d'atribució de l'ús de l'habitatge i que la desposseïció del titular exigeix una compensació econòmica o indirecta.

<sup>85</sup> La doctrina s'ha referit a la conveniència d'una reforma a fons de l'art. 96 Cce, que es qualifica de precepte ambigu i obsolet, amb particular insistència en la necessitat d'introduir paràmetres de compensació al cònjuge privat d'ús. Vegi's CUENA CASAS, MATILDE, “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, a *Revista de Derecho civil*, vol. I. núm. 2, abril-juny 2016, pàg. 10 i ss; OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO, *op.cit.loc.cit.*, pàg. 315 i ss. o CABEZUELO ARENAS, ANA LAURA, “La necesaria reforma....*cit.loc.cit.* pàgs. 685 i 686. De manera més concreta, vegi's la proposta de ponderació del valor de l'ús als efectes de la liquidació del règim econòmic de *gananciales*: VELÁZQUEZ MARTÍN, MARÍA ÁNGELES, “Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de gananciales. Compensación al cónyuge desposeído” a *Actualidad Civil*, 2002, núm. 1, pàg. 343 i ss.

*compensatòria d'aquest-* i al final - apartat 7 en relació, semblaria, amb una mesura ordenada per l'autoritat judicial en defecte d'aquell acord: *“L'atribució de l'ús de l'habitatge, si aquest pertany en tot o en part al cònjuge que no n'és beneficiari, s'ha de ponderar com a contribució ne espècie per a la fixació dels aliments dels fills i de la prestació compensatòria que eventualment meriti l'altre cònjuge”* –, ben bé com si tingués recança pel sacrifici econòmic que s'esdevé en aquest cas; en seu de parella estable es reitera l'esmentada imputació en l'art. 234-8.3, reiteració que fa que sigui supèrflua, per redundant, la remissió expressa de l'art. 234-8.4 a l'art. 233-20.7 CCCat. I és que, com s'anuncia en el Preàmbul de la Llei, el legislador, en el Llibre Segon, ha volgut protegir els interessos del cònjuge titular.

Alhora, el Codi civil de Catalunya ha flexibilitzat el règim anterior quant a l'atribució de l'ús de l'habitatge, no en el formulat general pel que fa als criteris d'atribució, sinó per la previsió de substitució o commutació de la mesura, autoritzada en l'apartat 4 de l'art. 233-20 CCCat, i els supòsits d'exclusió contemplats en l'art. 233-21 CCCat<sup>86</sup>.

Tanmateix, l'estimació econòmica del dret d'ús que fa el legislador resulta insuficient pel fet que es limita a reconèixer aquest ús com a mitjà de pagament en espècie d'altres drets però omet la possibilitat del jutge d'assignar una valoració econòmica en forma de renda forçosa per a l'usuari en la part que no es pot resoldre mitjançant aquella imputació –justament la del valor del gaudi del cònjuge no titular o no titular exclusiu que és beneficia de l'ús per raó de la guarda-.

En el context del Codi civil espanyol no es preveu cap compensació ni directa ni indirecta per la privació del dret a usar l'habitatge i tampoc no conté cap revisió sobre les causes d'extinció del dret d'ús. En efecte, l'art. 96 del Codi civil espanyol es limita a establir criteris per a l'atribució de l'habitatge familiar en

---

<sup>86</sup> EGEA FERNÁNDEZ, JOAN, “Comentari a l'art. 233-20 CCCat”, a EGEA FERNÁNDEZ, JOAN i FERRER RIBA, JOSEP (dirs.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, pàg. 504, posa se manifest que la regulació anterior, massa rígida, impedia cap correcció sobre els criteris generals i per tant, *“comportava el risc que es produís un sacrifici desproporcionat dels interessos en conflicte”*.



cas de crisi però omet tota referència a les causes d'extinció de l'ús atribuït<sup>87</sup>. Tanmateix, es pot argumentar que la previsió extintiva que sí es conté en seu de pensió compensatòria en l'art. 101 Cce en cas de convivència marital o matrimoni amb tercera persona i no en canvi en l'art. 96, hauria d'avaluar l'opció negativa, a contrari, respecte l'atribució de l'ús de l'habitatge habitual.

No ha estat aquest el criteri acollit pel Tribunal Suprem a l'interpretar la norma. L'aplicació de l'art. 96 Cce ha donat lloc la Sentència núm. 641/2018, de 20 de novembre<sup>88</sup> va concloure que la introducció d'un tercer en habitatge familiar canvia l'estatus d'aquest habitatge que deixa d'estar vinculat a l'interès de la família al qual servia aquell ús –la família formada pels progenitors que han extingit la seva parella i els fills comuns- per passar a ser l'habitatge d'un nou i diferent nucli familiar –el que inclou al tercer convivent-<sup>89</sup>. Se sosté que això no comporta negar que, a l'empara del lliure desenvolupament de la personalitat,

---

<sup>87</sup> L'intent de modificar la regulació del Codi civil espanyol mitjançant l'[Anteproyecto de ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio](#) presentava una regulació molt més prolixa de la matèria però tampoc no preveia els supòsits d'extinció del dret d'ús per convivència marital o matrimoni amb tercera persona. En canvi, la proposta acadèmica de Codi civil elaborada per l'Asociación de Profesores de Derechos Civil (Tecnos, Madrid, 2018) sí contempla, en l'art. 219-29, la situació en una norma amb una redacció similar a la norma catalana si bé inclou un incís que permet donar sortida a situacions com la que ens ocupa atès que, si bé es preveu l'extinció del dret d'ús atribuït per raó de la guarda dels fills menors amb caràcter general amb la finalització de la guarda, s'afegeix l'eventualitat d'una limitació temporal de l'atribució en el cas que el manteniment d'aquesta "comprometa gravemente la economía del cónyuge no adjudicatario o fomente situaciones abusivas."

<sup>88</sup> El canvi ja s'insinuava en l'anterior STS núm. 33/2017 de 19 de gener (RJ 2017\754) que va reduir els aliments deguts als fills per la presència d'un tercer en l'habitatge familiar copropietat dels progenitors; en aquest cas s'advertia que "la presencia de un tercero en la vivienda familiar, cuyo uso fue asignado a la esposa e hijos menores en virtud de lo dispuesto en el artículo 96 del Código Civil, no se plantea desde la medida de uso, sino desde la prestación alimenticia" i que per això no es podia pronunciar en relació amb l'afectació sobre l'ús derivada de la presència del tercer. Anteriorment diverses Audiències Provincials havien dictat resolucions que ja acordaven l'extinció de l'ús arran de la presència del tercer. Així en la SAP de Madrid (secció 22a) núm 519/2018, de 12 de juny (JUR 2018\223603), la SAP de València (secció núm. 10a), 546/2012, de 18 juliol (JUR 2012\307999), la SAP de Valladolid (secció 1a) núm. 217/2012, de 18 de maig (JUR 2012\226812), la SAP de València (secció 10a), núm. 344/2011, de 9 de maig (JUR 2011\281277), la SAP de Màlaga (Secció 6a) núm. 456/2010, de 21 de setembre (JUR 2011\83336) o la SAP d'Almeria (secció 1a) 59/2007, de 19 de març (AC 2007\505).

<sup>89</sup> S'acull així, l'orientació interpretativa acordada en el document de [Conclusiones del "IV Encuentro de Magistrados y Jueces de familia y Asociaciones de Abogados de familia"](#) i "[VI Jornadas nacionales de Magistrados, Jueces de familia, Fiscales y Secretarios judiciales](#)" que es va celebrar a València el 26, 27 i 28 de 2009 i que precisament basava el seu criteri interpretatiu en la desafectació de l'habitatge arran de la nova convivència amb un tercer respecte de l'ús inicialment atribuït.

el cònjuge que té l'ús per raó de la guarda pugui establir noves relacions de parella, sinó que el que es qüestiona és si aquesta llibertat s'ha de fer en perjudici del progenitor no custodi. Es resol finalment que procedeix l'extinció de l'atribució de l'ús sobre l'habitatge familiar i que no és possible mantenir als menors i al progenitor custodi més enllà del temps necessari per a liquidar la societat de *gananciales* que era el règim econòmic matrimonial que subjectava als progenitors<sup>90</sup>.

Ateses les opcions legislatives divergents –una omissiva, la del legislador estatal i l'altra reguladora en detall, la del legislador català-, no és anticipable que el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en aplicació de la norma civil catalana, pugui arribar a una conclusió similar a la que es conté en l'esmentada sentència del Tribunal Suprem<sup>91</sup>. Ara bé, això no exclou que per altres recorreguts es pugui plantejar una solució davant la situació sorgida que afecti o no al manteniment de la mesura acordada respecte l'atribució de l'ús de l'habitatge.

El tema presenta un indubtable biaix de gènere atesa la implicació entre règim de guarda i atribució de l'ús de l'habitatge i donada l'estadística relativa a l'atribució de la guarda que en una proporció encara molt superior s'atribueix en exclusiva a la mare<sup>92</sup>. Cal plantejar si és convenient una modificació de la

---

<sup>90</sup> Anteriorment el Tribunal Suprem (STS 191/2011, de 29 març, RJ 2011\3021) ja havia resolt l'exclusió inicial de l'atribució de l'ús de l'habitatge en consideració, entre d'altres, de la nova relació de parella de qui pretenia l'ús si bé en un supòsit de guarda compartida. La mare havia adquirit un immoble en copropietat amb la seva nova parella i el Tribunal va entendre que l'art. 96 Cce no permetia obtenir una mena d'immoble reservat en detriment dels interessos del titular: *"como se ha dicho antes, la atribución del uso del que fue hasta el momento de la separación el domicilio familiar constituye una forma de contribuir al deber de alimentos de los hijos, aspecto que en el presente caso, se encuentra perfectamente cubierto por la aportación de la madre que no debe olvidarse, tiene también el deber de prestarlos a su hijo menor. La atribución del uso al menor y al progenitor se produce para salvaguardar los derechos de éste, pero no es una expropiación del propietario y decidir en el sentido propuesto por la recurrente sería tanto como consagrar un auténtico abuso del derecho, que no queda amparado ni en el art. 96, ni en el art. 7 CC."*

<sup>91</sup> De fet, recentment el Jutjat núm. 7 de Cerdanyola del Vallès, en Sentència de 21 de març de 2019, ha tingut ocasió de resoldre sobre la matèria i d'al·ludir i separar-se del plantejament jurisprudencial del Tribunal Suprem, precisament fent palès que les legislacions d'aplicació en la matèria són diverses en un i altre cas.

<sup>92</sup> Segons l'última estadística publicada per l'INE, segons la [Nota de premsa](#) publicada el 30 de setembre de 2019, en un 61,6 % dels casos s'atribueix en exclusiva a la mare, en un 33,8 % és compartida per ambdós progenitors, en un 4,4% s'atribueix en exclusiva al pare i en un 0,4% a institucions o familiars. Aquest biaix ha estat posat de relleu per MILÀ RAFEL, R. "Gènere i dret de família: una lectura de l'habitatge familiar a partir del Llibre segon del Codi civil de

regulació del Codi civil de Catalunya en aquest àmbit a fi de reequilibrar els interessos en joc<sup>93</sup> o si la regulació actual ja és prou justa malgrat el sacrifici del progenitor titular privat de l'ús, sigui quin sigui, és obvi, el seu gènere. Abans que això, cal valorar si amb la regulació present, la introducció d'un tercer en l'habitatge l'ús del qual s'ha cedit per raó de la guarda dels fills menors, ha de plantejar una eventual revisió de la mesura acordada o permet al cònjuge privat de l'ús l'exercici d'alguna acció orientada al seu rescabament econòmic.

La solució que calgui donar a la situació descrita ve en bona mesura condicionada per la naturalesa del dret que es reconeix a favor del cònjuge usuari i per les facultats que quant a la possessió de l'immoble se li reconeixin i que examinarem. Abans d'això, però, cal determinar quin és el fonament del dret atribuït i el nivell d'afectació a una determinada finalitat que exigirà, o no, reconèixer impacte jurídic sobre la situació antecedent a la presència sobrevinguda d'un tercer aliè al nucli familiar original i en consideració al qual es va reconèixer el dret d'ús.

D'entrada convé precisar que el titular del dret, en cas que s'adopti la mesura tant per raó de la guarda com per raó de la major necessitat, ho és el cònjuge i no els fills menors si el supòsit és el primer. L'ordenament, tant l'actual com ja feia el Codi de família, és clar en aquest punt i defuig de la noció de l'habitatge "niu" amb ús rotatori o no dels pares<sup>94</sup>. Aquesta precisió fa que algun autor plantegi objecció a la imputació del valor de l'ús en els aliments deguts als fills

---

Catalunya", *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 16 (2016), pàg. 143 i ss., tot contraposant la regulació del CCCat a la continguda en el Codi de família.

<sup>93</sup> De la mateixa manera que en seu d'aliments acordats arran de la crisi de parella, matrimonial o no, dels progenitors, s'ha de contemplar l'impacte econòmic que aquesta ruptura té, amb l'habitual pèrdua de nivell de vida per als integrants de la família, a fi d'intentar que aquesta minva del benestar econòmic afecti el menys possible als fills menors però que no suposi un sacrifici desproporcionat per a un dels progenitors respecte l'altre, ambdós igualment subjectes a les obligacions derivades de la potestat parental. Com assenyala RIBOT IGUALADA, JORDI, "Els aliments als fills: fonament i abast de l'obligació paterna", *Vintenes Jornades de Dret català a Tossa: Els reglaments europeus i l'evolució del dret català de contractes, família i successions*, organitzades per Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universitat de Girona, 20 i 21 de setembre de 2018: "Les normes aplicables han de contenir regles que reequilibrin aquest desavantatge i assoleixin una solució justa tant per al progenitor convivent com per al que contribueix sobretot aportant recursos econòmics."

<sup>94</sup> Expressament s'hi refereix la SAP de Barcelona (Secció 18a) núm. 125/2014, de 19 febrer (JUR 2014\84912) o la SAP de Barcelona (Secció 12a) núm. 476/2013, de 25 juny (JUR 2013\267431) que remet a la STSJCAT núm. 31/2008, de 5 setembre (RJ 2009\1449) en la qual es palesa que aquest ús rotatori, resultat de l'atribució al fill i a aquell progenitor amb qui en cada moment convisqui, és una font de conflictes i d'incomoditats per a tots.

menors atès que el titular d'un i altre dret no és el mateix<sup>95</sup>. Tot i així, i atesa la legitimació processal que la pròpia norma confereix al progenitor per a sol·licitar aquests aliments, fins i tot quan els fills ja són majors d'edat, i donat que els fills són usuaris materials de l'habitatge<sup>96</sup>, l'objecció és pot obviar fàcilment.

### 3.1.2. El fonament assistencial del dret i les facultats de l'usuari

El fonament de l'atribució de l'ús de l'habitatge és de caràcter assistencial i com en d'altres casos, és una manifestació de la solidaritat privada que alleugereix l'assistència que hauria de correspondre als poders públics en un estat del benestar<sup>97</sup> i que és especialment palesa quant a la perllongació d'obligacions entre els cònjuges un cop extingida la seva relació matrimonial<sup>98</sup> que impedeixen un *clean-break* orientat a l'autosuficiència econòmica post ruptura.

---

<sup>95</sup> Vegi's en aquest sentit SANTÓS MORÓN, MARÍA JOSÉ, "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma", a *Revista de Derecho Privado*, vol. I, núm. 3, juliol-setembre, 2014, pàg. 26.

<sup>96</sup> Vegi's OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO, "Atribución del uso de la vivienda y compensación económica: escenarios y propuestas de reforma" a CERDIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO (dir.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, SA, Madrid, 2017, pàg. 320.

<sup>97</sup> La tensió entre la solidaritat individual i la col·lectiva és un aspecte clau a l'hora de dissenyar les polítiques socials i familiars dels Estats. En el nostre context és clara la tendència cap a una subsidiarietat de l'assistència pública respecte la familiar o privada; així es palesa de manera ben vistosa en la Llei 14/2017, de 20 de juliol, de la renda garantida de ciutadania que, en l'article 7.2.d estableix que no tenen dret a la prestació: "*Les persones que no han interposat una reclamació judicial amb relació a una pensió d'aliments o compensatòria a la qual tenen dret però que no perceben, llevat dels casos que es determinin per reglament*". Vegi's l'interessant estudi de MAISONNASSE, FLORIANE, *L'articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, LGDJ, Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2016, pàgs. 94 i 95, en el que proposa superar la relació de subsidiarietat entre ambdues formes de solidaritat i avançar envers un model de complementarietat. La solidaritat col·lectiva concilia millor amb els principis de *clean-break* mentre que els drets d'execució continuada, com les prestacions alimentàries o el dret d'ús sobre l'habitatge perllongat en el temps a favor de qui no és titular exclusiu, dificulten la seva aplicació. L'opció per una reestructuració econòmica de la família després de la ruptura que passi, per exemple, per la venda de l'habitatge i la redistribució del guany, enlloc de per l'atribució/privació de l'ús de l'immoble durant un dilatat període de temps, pot permetre un resultat més equilibrat i just i tendir a un model d'autosuficiència que no primi els interessos d'un cònjuge sobre els de l'altre.

<sup>98</sup> En aquest sentit, ROCA TRIAS, ENCARNA, *Familia y cambio social. De la "casa" a la persona*. Madrid, Civitas, 1999, pàg. 169 i ss., identifica diverses concepcions del matrimoni i en destaca les següents: la concepció de cooperació per a tota la vida amb participació en els beneficis generats fins i tot post-ruptura, la concepció individualista que permet recuperar les inversions i compensar les pèrdues patrimonials realitzades i experimentades constant el matrimoni, i la concepció asseguradora que imposa a tots dos cònjuges respecte dels fills o a un respecte de l'altre la garantia de la subsistència després de la ruptura. Segons assenyala l'autora, el model espanyol i també el català se situen entre els dos últims models i aplica l'individualista a les relacions conjugals i l'assegurador als fills. Aquesta aproximació dogmàtica és pertinent a l'hora de ponderar els interessos en conflicte en situacions com la descrita en el cas objecte d'estudi i donar-hi una resposta adequada que no comporti un sacrifici desproporcionat dels interessos d'un dels ex cònjuges.

Aquesta finalitat assistencial es fa evident, entre d'altres, en seu d'obligació d'aliments prevista per a situacions de necessitat, que inclouen l'habitatge (art. 237-1 CCCat), en seu de pactes en previsió de futura ruptura de parella que exclouen els pactes de renúncia en allò que "*comprometin les necessitats d'atendre les necessitats bàsiques del cònjuge beneficiari de l'ús*" o pel fet que, defectivament, s'atribueixi l'ús, en cas de crisi matrimonial al cònjuge més necessitat. Aquesta finalitat assistencial té ple sentit respecte dels fills menors d'edat atès que deriva de les obligacions pròpies de la potestat parental (art. 236-17.1 CCCat) i de manera més discutible respecte de l'ex cònjuge amb qui, no obstant, es va formar una comunitat de vida que pot justificar una ponderada solidaritat post-conjugal. Ara bé, respecte del tercer que és parella del beneficiari de l'ús i que és introduït en l'habitatge amb el consentiment d'aquest però no de qui n'és el titular, el fonament es fa ben difícil de trobar i en realitat, la presència d'aquest tercer en l'habitatge familiar es justifica en virtut del lliure desenvolupament de la personalitat de l'usuari que ha de poder refer la seva vida amb posterioritat a la ruptura que ha motivat l'atribució de l'ús de l'habitatge.

El fonament assistencial del dret no impedeix considerar el valor econòmic de l'ús atribuït i aquest aspecte no és obviat pel legislador, atès que l'atribució –i la correlativa privació per al titular- es pren en consideració com a pagament dels aliments als fills o de la prestació compensatòria<sup>99</sup>. Aquest fonament permet considerar la voluntat de qui assisteix, com s'esdevé en seu d'aliments ex art. 237-10.2 CCCat, i el seu sacrifici patrimonial com a elements a ponderar a l'hora de concretar l'abast de la mesura assistencial.

---

<sup>99</sup> En aquest sentit, s'assenyala que una dels problemes conceptuals quan s'aplica l'art. 96 del Codi civil espanyol relatiu a l'atribució de l'ús de l'habitatge en procediments de ruptura és la de considerar que aquesta atribució és sempre gratuïta fins i tot en els casos en què el bé és de titularitat exclusiva del cònjuge al qual es priva de l'ús. La injustícia del resultat al que condueix la norma es relaciona amb l'absència d'una compensació econòmica per la privació de l'ús a aquell que és titular i amb l'assumpció generalitzada però errònia, que la norma planteja la gratuïtat del dret d'ús que a més, no es correspon amb la voluntat del legislador si s'analitzen els treballs parlamentaris que figuren entre els antecedents de la norma i que van conduir a la supressió de l'incís inicial incorporat a la norma que preveia compensacions adequades que anirien aparellades a la cessió de l'ús; la supressió va venir motivada per la inseguretat jurídica que una expressió tan oberta hauria comportat i no tant per la voluntat de concebre el dret com a una atribució gratuïta (OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO, *op.cit.loc.cit.*, pàg. 306 i ss.)

Així doncs, l'ús de l'habitatge serveix a l'exclusiva necessitat dels fills menors d'edat i no al lliure desenvolupament de la personalitat del cònjuge que en té la guarda. Els costos o mitjans materials per a la realització d'aquest lliure desenvolupament no han de ésser proveïts per l'ex cònjuge. La dificultat rau en la càrrega de convivència amb els fills menors del progenitor que en té la guarda i que per això té l'ús de l'habitatge i que ha de ser conciliable amb el fet que aquest progenitor pugui refer la vida en companyia de noves parelles. Tot i l'afecció que condiciona el destí de l'ús sobre l'habitatge familiar i al que tot seguit ens referirem, la confrontació de posicions jurídiques que resulta de l'atribució/privació de l'ús de l'immoble titularitat exclusiva o cotitularitat del subjecte privat no es pot resoldre eficaçment per la via de la imposició d'obligacions de no fer a l'ex cònjuge usuari –no permetre l'accés de terceres persones a l'habitatge-<sup>100</sup>, sinó mitjançant una adequada compensació econòmica per la privació de l'ús.

El dret de l'usuari de l'habitatge familiar és un dret real d'ús d'origen legal al qual, en allò no previst per la regulació específica (arts. 233-20 a 233-25 CCCat), s'aplica la regulació sobre els drets d'aquesta naturalesa (art. 562-6 a 562-8 CCCat)<sup>101</sup>. En el context de l'ordenament civil estatal sovintegen les aproximacions que, amb caràcter previ, es posicionen sobre el caràcter personal o real del dret familiar a usar l'habitatge del qual no s'és titular, o no en exclusiva, després de la ruptura de parella<sup>102</sup>. En el context del dret civil

---

<sup>100</sup> Aquesta va ser la solució adoptada per la Interlocutòria de l'Audiència Provincial de Madrid (secció 22a) núm. 188/2000, de 5 de maig (JUR 2012\337676) que va dictar providència per la que es requeria a l'ex esposa a fi que no fes extensiu l'ús sobre l'habitatge familiar propietat exclusiva de l'altre cònjuge al seu nou cònjuge i arran de l'incompliment de l'obligació negativa imposada, se la condemnava a indemnitzar els danys i perjudicis causats.

<sup>101</sup> EGEA FERNÁNDEZ, JOAN, *op.cit.loc.cit.*, pàg. 520, posa de manifest la caracterització del dret com a dret d'ús malgrat la regulació continguda en l'art. 233-20 i ss. no utilitzi aquesta terminologia i sembli voler referir-lo a una mera situació possessòria.

<sup>102</sup> Vegi's, entre d'altres, GOÑI RODRÍQUEZ DE ALMEIDA, MARÍA, "La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad", a *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, 2008, pàg. 2522 y ss., CUENA CASAS, MATILDE, "Régimen jurídico de la vivienda familiar", a YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO y CUENA CASAS, MATILDE (coords.), *Tratado de Derecho de la familia*, t. III, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pàg. 275 y ss, o CERVILLA GARZÓN, MARÍA DOLORES, "Su estudio desde la doctrina" a CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO (dir.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Editorial Reus, Madrid, 2017, pàg. 15 i ss. Aquesta última autora es posiciona decididament a favor de la naturalesa personal del dret que té eficàcia real si s'inscriu en el Registre de la Propietat. Especialment expressiva en aquest aspecte es mostra a "Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día", *InDret*, 4/2017, pàg. 6. Sovint es contraposa la naturalesa familiar del dret al seu

català, en canvi, és generalitzada l'assumpció de la naturalesa real del dret reconegut que es caracteritza com a un dret d'ús, la regulació general del qual, com hem dit, es conté en els articles 562-6 a 562-8 a més de les disposicions comunes al dret d'ús i d'habitació previstes en els arts. 562-1 a 562-4 CCCat. El caràcter real resulta del poder immediat i directe sobre la cosa i de la seva oposabilitat *erga omnes*<sup>103</sup>; s'assenyala, a més, que la previsió en l'art. 562-7 d'un dret d'ús que recaigui sobre un habitatge i que porta a qüestionar el sentit de la coexistència amb el dret autònom d'habitació ex art. 562-9 CCCat, segurament té a veure amb la voluntat de donar cobertura jurídica al dret d'ús reconegut en l'art. 233-20 CCCat<sup>104</sup>.

Aquesta regulació, tot i contenir previsions addicionals sobre les previstes en la legislació anterior i que han resolt qüestions ben rellevants com la relativa a la tinença de l'habitatge per tolerància de tercers (art. 233-20.7 CCCat), a les obligacions per raó de l'habitatge (233-23 CCCat) o al règim de disponibilitat de l'immoble gravat per l'ús (art. 233-25 CCCat), no ha precisat les facultats que corresponen al titular del dret i que són pressupòsit de l'eventual compensació per la privació de l'ús al titular.

En efecte, quant a l'abast de les facultats de l'usuari, si apliquem, a manca de norma especial en seu d'atribució de l'ús de l'habitatge derivada de la crisi matrimonial, la prevista en l'art. 562-4 CCCat, en seu de disposicions comunes dels drets d'ús i habitació, en resulta que l'usuari només pot gravar o alienar el seu dret si hi consent el titular, la qual cosa admetria *a contrari*, la cessió parcial en arrendament o amb més raó, la tolerància de la presència del tercer<sup>105</sup>. En el

---

caràcter real (SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, BLANCA, "La atribución del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia" a LASARTE, CARLOS i CERVILLA, MARÍA DOLORES (dirs.), *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo blanch, València, 2018, pàg. 766), com si un dret familiar hagués necessàriament de revestir naturalesa personal o no pogués sotmetre's a la categorització personal-real i se subjectés a una naturalesa autònoma.

<sup>103</sup> EGEA FERNÁNDEZ, JOAN, *op.cit.loc.cit.*, pàg. 520 i ss.

<sup>104</sup> Així ho constata DEL POZO CARRASCOSA, PEDRO, VAQUER ALOY, ANTONI i BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE, *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*. 6a edició, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2018, pàg. 420.

<sup>105</sup> DEL POZO CARRASCOSA, PEDRO, VAQUER ALOY, ANTONI i BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE, *idem*, pàgs. 420 i 421, es refereixen a l'omissió de la norma actual sobre la qüestió en relació amb el dret d'ús regulat pel llibre cinquè, que sí es preveia en la legislació anterior –Llei 13/2000, de 20 de novembre, de regulació dels drets d'usdefruit, d'ús i d'habitació-. Els autors resolen l'omissió entenent que l'arrendament total de l'habitatge s'ha d'assimilar a un acte de disposició segons la finalitat raonablement deduïda de la norma i que per tant, requereix el consentiment del

cas però, del dret d'ús que examinem, la naturalesa alimentària del dret exclouria aquella disponibilitat<sup>106</sup> encara que, en realitat, el consentiment del titular podria justificar una modificació sobrevinguda en el fonament del dret.

D'altra banda, el dret d'ús de l'habitatge es troba expressament afectat per disposició legal a la satisfacció del dret d'aliments dels fills i al pagament de la prestació compensatòria. L'art. 233-20.1 CCCat estableix que la mesura s'acorda "a fi de satisfer, en la part que escaigui" una o ambdues prestacions per molt que, si l'atribució resulta de l'acord dels cònjuges i si així es preveu, l'afecció pot no concórrer<sup>107</sup>. Des del nostre punt de vista, aquesta afecció limita les facultats de l'usuari que per tant, no es lliure de donar una altra destinació al bé<sup>108</sup>. L'art. 562-6 CCCat preveu que l'ús serveixi per a atendre les necessitats pròpies de l'usuari i les de les persones que hi convisquin, però aquest últim grup de subjectes no s'identifica mitjançant una designació genèrica a concretar voluntàriament per l'usuari en cada moment, sinó que es delimita en el moment de la constitució del dret per a referir-la exclusivament als fills menors, i en el seu cas els majors d'edat econòmicament dependents, nascuts de la relació en crisi. És cert que el tercer convivent posseeix l'habitatge per tolerància de l'usuari però en realitat aquest no té legitimació per a consentir la detenció del bé o si més no, requereix, així mateix, del consentiment del cònjuge privat de l'ús. Tanmateix i com hem avançat, la solució a la

---

titular i que per a l'arrendament parcial no serà preceptiu aquest consentiment que podrà ser lliurement realitzat per l'usuari. En contra es manifesta EGEA FERNÁNDEZ, JOAN, *op.cit.loc.cit.*, pàg. 506, amb ocasió de l'estudi sobre l'art. 233-20 CCCat però amb referència a la contraposició entre el dret d'ús i el dret d'usdefruit: "*el dret d'ús només faculta per posseir i utilitzar l'habitatge per atendre les pròpies necessitats i les de les persones que convisquin (art. 562-6 CCCat), de manera que no es pot confondre amb la facultat de gaudi que és més àmplia i pròpia del dret real d'usdefruit (...). En aquest sentit, el beneficiari del dret d'ús no pot llogar o cedir a tercers alguna de les peces de l'habitatge i això encara que es pugui considerar sobrerera per a les seves necessitats*".

<sup>106</sup> DEL POZO CARRASCOSA, PEDRO, VAQUER ALOY, ANTONI i BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE, *idem*, pàgs. 416 i 417 quant a la caracterització del dret real d'ús.

<sup>107</sup> EGEA FERNÁNDEZ, JOAN, *op.cit.loc.cit.*, pàg. 506.

<sup>108</sup> ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO, *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*, PPU, Barcelona, 1992, pàgs. 234 i 235, descriu la legitimació possessòria del cònjuge no titular arran de l'atribució del dret d'ús que té l'amplitud que correspongui al títol del cònjuge privat de l'ús però alhora assenyalava que aquesta legitimació no es configura simplement com una facultat que es pot exercitar o no potestativament, sinó subjecta a una càrrega: "*el cónyuge al que se atribuye la vivienda familiar no sólo puede usarla con carácter exclusivo, sino que tiene también el deber de hacerlo y de hacerlo de acuerdo con la finalidad que motivó la atribución: el no uso o el uso de la vivienda familiar que contradiga el interés que se pretende proteger a través del mismo, extinguen la situación posesoria creada y determinan que la posesión de la vivienda se confiera a su titular*".



problemàtica sorgida no pot passar per posar a l'usuari davant la disjuntiva de veure's privat de l'ús i per extensió, sobretot, privar d'aquest ús també als fills sota la seva guarda o expulsar de l'habitatge a la nova parella i no introduir-ne cap fins a finalitzada la guarda. Tampoc pot passar per l'exercici d'una acció de desnonament del titular privat contra el convivent deslligada de la mesura adoptada en el procediment matrimonial.

L'estimació del valor de l'ús del progenitor sobre l'habitatge familiar, que no és el titular exclusiu de l'immoble i que no el té per raó de la seva necessitat sinó per la guarda dels fills, és clau per a ampliar les facultats derivades de la seva legitimació possessòria: l'afecció al compliment de determinades finalitats cediria o es complementaria per la naturalesa onerosa de l'intercanvi.

### **3.2. Mesures per a reequilibrar una situació injusta: titular desposseït- subsistència del dret d'ús i introducció d'un tercer en l'habitatge per tolerància de l'usuari**

#### **3.2.1. La difícil prosperabilitat d'una acció d'enriquiment injustificat**

El tercer que entra a conviure en l'habitatge familiar amb el progenitor guardador ocupa aquest habitatge com a mer detentor, en precari, per la tolerància de l'usuari. Descartada la viabilitat d'una acció de desnonament exercitada pel titular privat de l'ús contra el convivent o cònjuge de l'usuari, de molt incert recorregut atesa la legitimació possessòria de l'usuari beneficiari d'una possessió exclusiva i tot i l'afecció de l'ús, cal valorar la possibilitat d'exercitar altres accions que el titular pugui adreçar directament contra el convivent, al marge dels remeis que ofereix el dret de família. En particular, hem de valorar la viabilitat d'una acció d'enriquiment injustificat. La procedència d'una acció d'aquesta naturalesa no orientada a extingir la mesura relativa a l'atribució de l'habitatge<sup>109</sup>, permetria, a diferència del que s'esdevé arran de la

---

<sup>109</sup> L'Audiència Provincial de Barcelona (Secció 12a) en Sentència de 3 de març de 2003 ( JUR 2003\196943) va distingir clarament els supòsits i va advertir que fer contribuir al tercer en les despeses familiars era una qüestió inèdita: *"Mas aquí no se ha discutido si el compañero sentimental tiene o no tiene que pagar algo por residir en la vivienda de cuya mitad es propietario el señor Santiago, cuestión que tampoco tenemos conocimiento de que se haya*

resolució del Tribunal Suprem de 20 de novembre de 2018, un reequilibri econòmic amb criteris estrictament patrimonials i deixaria indemne l'interès dels fills menors que mantindrien la seva residència en l'habitatge.

El pressupòsit de l'acció d'enriquiment injustificat, no expressament regulada pel legislador, però sí inferida del sistema jurídic i aplicada jurisprudencialment, és l'enriquiment o increment d'un patrimoni a costa d'un patrimoni aliè sense que concorri una justa causa que permet retenir l'enriquiment o increment patrimonial experimentat.

En efecte, s'esdevé un desequilibri entre dos patrimonis derivat d'un desplaçament de béns o valors, o fins i tot d'un estalvi de despeses, que, tot i ser lícit, està mancat d'un fonament o una raó jurídica que legitimi el titular del patrimoni beneficiat a retenir allò rebut<sup>110</sup>. La doctrina s'ha ocupat de precisar que en aquests casos, en realitat, l'enriquiment és just si bé resulta injustificat retenir el benefici ocasionat<sup>111</sup>. La justícia de l'enriquiment ve donada per la licitud de l'enriquiment, que no és contrari a l'ordenament jurídic. En el nostre cas, l'enriquiment del tercer troba la seva empara en la tolerància de l'usuari i en la norma que no preveu l'extinció del dret d'ús en aquest supòsit però el desplaçament patrimonial sobre l'ús a favor del cònjuge no titular o no titular en exclusiva està afectat al benefici exclusiu d'uns determinats subjectes, i la norma no l'estén a aquest tercer, motiu pel qual manca justificació a la retenció del benefici.

---

*suscitado nunca ante los tribunales, sino de si por esa convivencia ha de limitarse el derecho de uso conferido a uno de los ex cónyuges por razón de tener consigo a una hija menor, que es cosa bien diferente”.*

<sup>110</sup> MARCO MOLINA, Juana, “L'enriquiment injustificat”, a *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 15-1 (2015), pàg. 22 i ss. L'autora completa el seu estudi amb una proposta de regulació de la institució. En el cas que exposem, l'enriquiment que dona lloc a l'obligació de restitució es manifestaria en l'estalvi de despeses que en concepte d'habitatge obté el convivent per raó del desplaçament patrimonial a favor de la persona usuària de l'habitatge. Així, l'autora concreta l'enriquiment o increment d'un patrimoni “*quan, per raó de l'activitat de la persona empobrida o per un desplaçament de béns des del seu patrimoni: a) El patrimoni de l'obligat experimenta un increment de béns, una disminució de deutes o càrregues o un estalvi de despeses*”.

<sup>111</sup> BADOSA COLL, Ferran, “El enriquecimiento injustificado. La formación de su concepto” a BOSCH CAPDEVILA, Esteve (director), *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Bosch, Barcelona, 2012, pàg. 82 i ss. Assenyala l'autor que mitjançant la institució de l'enriquiment injustificat, se sotmet l'enriquiment/empobriment a un doble judici: quant al judici de licitud amb el resultat del judici serà necessàriament afirmatiu i quant a la justificació, que és un plus sobre la licitud, podrà resultar positiu o negatiu. En aquest últim cas, sorgirà, a càrrec de l'enriquit, l'obligació de restitució (pàgs. 128 i 129).

L'acció s'ha exercitat esporàdicament i el resultat no ha estat exitós. Així, l'Audiència Provincial de Madrid, en Sentència núm. 325/2017 de 10 juliol (JUR\2017\216669), va desestimar sengles pretensions de desnonament per precari i de rescabament per enriquiment injust<sup>112</sup>. En aquesta ocasió i quant a l'acció per enriquiment injust, el cònjuge privat de l'ús de l'habitatge, que era de la seva propietat exclusiva, sol·licitava 11.520 euros més la quantitat que s'esdevingués fins a l'execució de la sentència, a raó de 650 € mensuals, en concepte dels danys i perjudicis causats i amb base en la valoració del cost de l'habitatge i dels aliments que percebia l'ex cònjuge per a satisfer despeses corrents de subministraments i alimentació i dels quals s'aprofitava el convivent. En el supòsit succeïa a més, que el convivent residia en l'habitatge en companyia del seu propi fill, subjecte aliè a la família en consideració a la qual s'havia atribuït l'ús de l'habitatge.

El motiu principal pel qual es desestima la pretensió es basa en la manca de correlació entre l'empobriment del demandant i l'enriquiment del demandat, en el benentès que l'empobriment preexistia a aquest enriquiment i subsistirà malgrat el tercer no ocupi l'habitatge. Sense dubte aquest podria ser un argument de pes si no fos perquè l'aproximació doctrinal a la institució de l'enriquiment injust, que essent una institució no regulada comporta un especial esforç constructiu, posa de manifest que existeix una jerarquia entre els factors de l'enriquiment i l'empobriment segons la qual l'enriquiment ocupa un lloc principal o preminent. La relació que cal establir entre enriquiment i empobriment no és una relació de causalitat sinó d'imputació i és, com assenyala BADOSA<sup>113</sup>, el que se sol expressar amb la utilització de la locució "a costa de". L'enriquit obté un benefici o guany a costa del patrimoni de

---

<sup>112</sup> Anteriorment la SAP de Barcelona núm. 329/2008, de 28 de maig (JUR 2008\266886) va partir de la mateixa exigència quant a la correlació entre enriquiment i empobriment i igualment va desestimar la pretensió: "*el hecho de que el Sr. José viva en la misma casa sin pagar alquiler, no supone un empobrecimiento correlativo del demandante, quien no ha visto con esta nueva situación empeorar sus expectativas sobre la casa que no puede usar para sí, ni arrendarla a tercero porque el uso lo tienen atribuido sus hijos durante su minoría de edad y mientras perdure, como es el caso, a la madre, quien, no hay que olvidar que al ser copropietaria de la vivienda, tiene también derecho a usarla como tal.*"

<sup>113</sup> BADOSA COLL, Ferran, *ídem*, pàg. 121 i ss. En aquest sentit, tampoc no es planteja adequament el pressupòsit de la institució atès que es parteix que tant l'atribució patrimonial com la retenció de l'enriquiment que se'n derivi han de ser injustificats quan en realitat, només la retenció ho ha de ser.

l'empobrit. S'aclareix, per tant, que aquesta imputació és econòmica i prescindeix de la causa material de l'enriquiment; això significa, en definitiva, que l'enriquiment no necessàriament ha de tenir una causalitat immediata en l'empobriment.

Entenem que la pretensió de rescabament no podrà abraçar el valor de l'ús del convivent per tot el temps durant el qual aquest ha posseït l'habitatge sinó que aquest rescabament només permetrà recuperar les quantitats des de la seva reclamació extrajudicial o judicial. La raó d'aquesta limitació s'ha de relacionar amb la tolerància que el titular ha observat respecte la situació possessòria mentre no ha exercitat cap acció de rescabament i que posteriorment el vincula com a una manifestació dels propis actes (art. 111-8 CCCat).

### **3.2.2. Introducció d'un tercer en l'habitatge i alteració sobrevinguda de les circumstàncies**

Com sabem, les mesures acordades en procediment són revisables en cas d'alteració sobrevinguda i substancial de les circumstàncies concurrents al moment de dictar-les<sup>114</sup>. Pel que fa a l'aplicació de la doctrina *rebus sic stantibus*, cal palesar que el requisit d'imprevisibilitat i extraordinarietat que s'exigeix en la seva seu natural –les relacions contractuals<sup>115</sup>–, cedeix en el context familiar que analitzem<sup>116</sup> i no només en relació a la revisió de mesures

---

<sup>114</sup> Es fa la precisió respecte d'aquesta modificació que això no suposa una excepció al principi de cosa jutjada, com se sol dir, sinó una aplicació legalment tipificada de la doctrina *rebus sic stantibus*. Vegi's BAYO DELGADO, JOAQUIM, "Comentari a l'art. 233-7 del CCCat" a EGEA FERNÁNDEZ, JOAN i FERRER RIBA, JOSEP (dirs.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, pàg. 422.

<sup>115</sup> Tot i l'aplicació "normalitzada" de la doctrina *rebus* que també en aquest context va resultar de les controvertides Sentències del Tribunal Suprem núm. 333/2014 de 30 de juny (RJ 2014\3526) i núm. 591/2014 de 15 d'octubre (RJ 2014\6129) i que van suposar un gir jurisprudencial. Hem tingut ocasió de valorar que aquesta aplicació normalitzada només hauria de tenir cabuda precisament en contextos aliens a la causa onerosa, com el familiar que examinem o en seu d'atribucions gratuïtes (art. 644 Cce). Vegi's RUBIO GIMENO, GEMMA, "Riesgo contractual y alteracions sobrevenida de las circunstancias", a GRAMUNT FOMBUENA, MARILÓ i FLORENSA TOMÀS, CARLES ENRIC (dirs.), *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Dykinson, Madrid, 2016, pàg. 200.

<sup>116</sup> L'ordenament espanyol, arran de l'última modificació dels arts. 90.3 y 100 Cce mitjançant la Llei 15/2015, de 2 de juliol, de jurisdicció voluntària, ha suprimit, fins i tot, l'al·lusió al caràcter substancial de la variació de circumstàncies; el primer precepte, a més, ja no es refereix a l'alteració de circumstàncies, sinó al mer canvi. La modificació, en cas de respondre a la intenció d'afeblir els requisits de la *rebus*, resulta poc coherent amb el manteniment de la menció original en l'art. 91. MORENO FLÓREZ, ROSA MARIA, *Alteración de las circunstancias en*

sinó també en d'altres àmbits com l'eficàcia vinculant dels acords en previsió de futura ruptura ex art. 231-20.5 CCCat.

La jurisprudència enuncia els requisits habituals que ha de tenir el canvi en clau de *rebus* i en els quals la petició de modificació de mesures s'ha d'emparar però en sentit estricte, el fet que una persona perdi la feina o que una persona millori o empitjori per la raó que sigui la seva situació econòmica en el decurs del temps no té res d'extraordinari ni tampoc d'estrictament imprevisible. Es tracta més aviat, d'una imprevisibilitat convencional o pactada o merament contextual respecte a l'acord o les mesures judicialment dictades en un moment donat: en el moment de concloure l'acord o de dictar les mesures el fet que després s'ha esdevingut simplement no va ser una variable contemplada. És la rellevància del canvi respecte la situació antecedent, i no pas el seu caràcter extraordinari o imprevisible, allò que justifica la modificació de les mesures.

La introducció d'un tercer en l'habitatge familiar permet argumentar que s'ha esdevingut una alteració sobrevinguda de les circumstàncies a fi d'exercitar una acció de modificació de mesures a l'empara de l'art. 233-7 CCCat i art. 775 LEC<sup>117</sup>. Es tracta d'un canvi que no ha estat causat per qui insta la modificació de la mesura, tal com s'exigeix per a fer prosperar l'acció, si bé, segurament, la jurisprudència només qualificarà de rellevant l'alteració si aquesta introducció ha donat lloc a una convivència sostinguda en el temps i amb projecció de permanència. Una situació conjuntural o no mínimament consolidada no serà presa en consideració als efectes pretesos<sup>118</sup>.

---

*Derecho de Familia. Instituciones viejas para tiempos nuevos*, Dykinson, Madrid, 2018, pàg. 107 i ss. intenta treure l'entrellat d'aquesta erràtica modificació.

<sup>117</sup> Vegi's la SAP de Barcelona (secció 18a) núm. 290/2011, de 15 d'abril (JUR 2011\198240): *"En el caso de autos se ha acreditado la variación sustancial de circunstancias, pues mientras que en el momento del divorcio de las partes, en fecha 4 de julio de 2007, la Sra. María Angeles vivía con los hijos comunes en el domicilio familiar, en la actualidad lo hace con su actual compañero, tal como se ha referido en el anterior fundamento de derecho. Ello ha de tener una consecuencia en la contribución a los gastos de la vivienda, pues goza de demandada de un mayor sustento económico del que carecía cuando se pactó en convenio de divorcio, el pago por entero de los gastos de hipoteca que grava la vivienda familiar, impuestos de la vivienda y suministros a cargo del actor."*

<sup>118</sup> SAPs de Barcelona (secció 12a) núm. 852/2018, de 12 setembre (JUR 2018\247772) o núm. 78/2018 de 2 febrer (JUR 2018\81507).

En tot cas, la revisió però, no recaurà directament sobre la mesura relativa a l'atribució de l'ús de l'habitatge, tret que s'acordi la substitució per una altra mesura, atès que la norma contempla el supòsit i hi dona una solució, sinó sobre altres mesures com la contribució als aliments/despeses familiars i fins i tot, per a revisar el règim de guarda. El cert és, però, que per la via de la revisió de la mesura relativa als aliments o a la guarda, l'atribució de l'ús de l'habitatge pot variar i fins i tot, en cas de copropietat, conduir a la divisió de la cosa comuna per a una millor reorganització de l'economia familiar<sup>119</sup>, tot reequilibrant així els interessos del menor i dels progenitors. Vagi per endavant que, als efectes de concretar aquesta divisió, no pot ser un criteri de preferent atribució per interès qualificat o superior ex art. 552-11.5 CCCat l'haver ocupat l'habitatge durant el temps en què ha estat vigent la mesura relativa a la seva atribució/privació a un dels cotitulars. Els criteris que van determinar aquesta atribució/privació són de caire estrictament familiar i per tant, no poden condicionar l'ulterior procediment de divisió de la cosa comuna en perjudici de qui va ser privat de l'ús de l'immoble.

### **3.2.3. Eventual modificació d'altres mesures: substitució de l'habitatge per pensió d'aliments, minoració de la prestació alimentària a càrrec del progenitor privat de l'ús o modificació del règim de guarda**

— La presència del tercer es pren en consideració com a supòsit que eventualment comporta una millora de la situació econòmica del progenitor que té la guarda i que pot conduir a una substitució de l'atribució de l'ús amb revisió de la mesura inicialment acordada, bé per, en cas de cotitularitat del bé, desplaçar aquest ús al cònjuge que no té la guarda però que actualment i arran del canvi de circumstàncies ha passat a ser el més necessitat a partir de la valoració de la capacitat econòmica actual de l'altre progenitor (art. 233-20.4)<sup>120</sup>, bé per, més fàcilment, acordar l'exclusió sobrevinguda de l'atribució en cas de titularitat exclusiva del progenitor no guardador i novament en

---

<sup>119</sup> La STS núm. 76/2018, de 17 setembre (RJ 2018\6126), si bé en un supòsit en el que els fills ja havien assolit la majoria d'edat, posa èmfasi precisament en el fet que la venda de l'habitatge en comunitat permetrà una millora ostensible de la situació econòmica de qui fins aleshores era usuària de l'immoble i per això posa un límit temporal de dos anys a aquest ús.

<sup>120</sup> Vegi's la STS núm. 8/2014, de 3 febrer (RJ 2014\1568).

consideració a la capacitat econòmica del progenitor guardador (art. 233-21.1.a) CCCat.

La distinció és subtil però rellevant: no extingim sinó que variem sobrevingudament l'atribució o l'excloem.

Mentre que la norma no permet extingir per la mera presència del tercer, sí permet revisar en aquest i en d'altres casos les mesures acordades si sobrevé una alteració de circumstàncies.

Entenem no obstant que aquesta solució presenta dos inconvenients: el primer és que no sembla procedent una atribució *ex novo* de l'ús de l'habitatge per major necessitat si no és en el primer procediment de ruptura tot i que no hi ha una norma que ho digui de manera expressa tal com sí la trobem en seu de prestació compensatòria (art. 233-14.2 i art. 233-18 CCCat)<sup>121</sup>. El segon inconvenient es planteja en relació amb el judici sobre la capacitat econòmica de qui fins aleshores era usuari: aquest judici no pot basar-se únicament en la presència actual, però no garantida en un futur, del tercer en l'habitatge.

En tot cas, si prospera la modificació de la mesura, i atesa l'obligació alimentària al pagament de la qual s'imputava l'ús de l'habitatge en el supòsit que fos titularitat o cotitularitat del progenitor que ara recupera l'ús, comportarà un increment de la quantia de la prestació alimentària preexistent o l'establiment de la mesura si anteriorment l'ús absorbia íntegrament l'obligació alimentària del progenitor titular.

L'estreta vinculació entre l'atribució de l'ús de l'habitatge i l'obligació d'aliments es troba expressament i insistentment reiterada en la legislació, tal com ja hem tingut ocasió d'assenyalar, fins al punt de donar lloc a una afecció d'aquell ús a la satisfacció d'aquests aliments.

És per això també, que mitjançant la satisfacció d'una pensió alimentària es pot excloure sobrevingudament l'atribució de l'ús de l'habitatge<sup>122</sup> sense que operi, però, el *ius variandi* a favor de l'obligat en els termes de l'art. 237-10.2 CCCat,

---

<sup>121</sup> BAYO DELGADO, JOAQUIM, *op.cit.loc.cit.*, pàg. 423, considera que aquesta atribució *ex novo*

<sup>122</sup> Així ho va resoldre el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en Sentència núm. 8/2014 de 3 de febrer (RJ 2014\1568).

atesa l'existència d'una regulació especial, i alhora, es pot mantenir l'atribució de l'ús de l'habitatge però prendre en consideració la presència d'un tercer per minorar l'abast de la pensió d'aliments<sup>123</sup>. Novament l'objecció a aquesta possibilitat s'ha de relacionar amb la realitat incerta sobre la que es basa l'augment de capacitat econòmica del progenitor que té la guarda a l'efecte de minorar l'obligació d'aliments de l'altre i per tant, no serà tant la introducció del tercer, com la relació estable de parella –que no necessàriament, de “parella estable”- amb aquest, el que permetrà sustentar la pretensió de modificació de mesures.

— Recordem que en el cas que examinem, l'atribució de l'ús al cònjuge no titular o no titular en exclusiva reconeix a favor d'aquest una legitimació possessòria sobre l'habitatge al servei de la guarda dels fills menors. Per tant, l'ús de l'habitatge que entri en contradicció amb l'interès que aquest ús protegeix haurà de comportar l'extinció de la mesura<sup>124</sup>. Ara bé, la introducció del tercer, si bé és evident que interfereix en la quotidianitat dels menors sotmesos a guarda que conviuen amb el progenitor guardador que inicia una nova relació de parella i que la realitza en l'habitatge en el qual es desenvolupa aquesta convivència, no necessàriament suposa una vulneració de l'interès dels menors. Tot i així, hem de fixar-nos que la norma, quan relaciona els elements que cal tenir en compte per a la determinació de la guarda dels menors esmenta expressament i en primer lloc, a continuació de l'al·lusió a la vinculació afectiva entre els fills i cadascun dels progenitors, “*les relacions amb les altres persones que conviuen en les llars respectives*”. Aquestes “altres persones” inclouen a subjectes diversos i entre ells, sense dubte, a la nova parella d'un i/o altre progenitor<sup>125</sup>. La convivència estable del progenitor que té

---

<sup>123</sup> Tal com resolde el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya en Sentència núm. 25/2018, de 15 març (RJ 2018\2537) en un supòsit d'exclusió de la mesura sobre atribució de l'ús de l'habitatge en el que no concorria la variable de la presència d'un tercer però amb recurs a la commutació de la mesura. En el context de l'aplicació del Codi civil espanyol, la STS núm. 33/2017, de 19 enero (RJ 2017\754) va resolde la qüestió també en aquest sentit, tot assenyalant que la presència d'un tercer en l'habitatge es plantejava en el cas no des de la mesura de l'atribució de l'ús, sinó precisament respecte la prestació d'aliments.

<sup>124</sup> ESPIAU ESPIAU, SANTIAGO, “La vivienda familiar...*cit.*” pàg. 235.

<sup>125</sup> VIÑAS MAESTRE, DOLORS, “*Comentari a l'art. 233-11 del CCCat*” a EGEA FERNÁNDEZ, JOAN i FERRER RIBA, JOSEP (dirs.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Atelier, Barcelona, pàg. 450, referencia la presència de



la guarda amb un tercer permet sustentar la concurrència d'un canvi sobrevingut que permeti revisar el règim de guarda i modificar-lo. La modificació de la guarda pot portar aparellada la modificació de la mesura sobre l'atribució de l'ús de l'habitatge segons els criteris d'assignació que hem descrit i permetre, per tant, la recuperació de l'ús per al titular en cas de guarda compartida o de guarda a càrrec d'aquest últim.

#### **3.2.4. *De lege ferenda*: l'arrendament forçós com el remei reequilibrador més adequat per a una situació econòmicament injusta**

Plantejat el greuge econòmic que pateix qualsevol titular desposseït de l'ús del seu habitatge, suggerida la intensificació d'aquest greuge des d'una dimensió ètica o moral quan el bé del qual se l'ha desposseït passa a ser ocupat sense cap cost per un tercer i examinades les diverses solucions que segons l'ordenament actual poden permetre reconduir la situació en la qual un tercer, per tolerància de la persona usuària, ocupa gratuïtament l'habitatge del qual no és titular exclusiu aquella persona, ens preguntem sobre l'oportunitat de proposar un ajustament de la regulació catalana en la matèria a fi de contemplar una compensació directa per al titular privat de l'ús i valorem que la possibilitat d'instar i acordar judicialment un arrendament forçós pot ser la mesura més equilibrada per a considerar i atendre de manera justa tots els interessos en joc.

Aquesta opció ha estat contemplada per d'altres ordenaments: així, l'art. 12.7 de la Llei 7/2015, del País Basc, de 30 de juny, de relacions familiars en supòsits de separació o ruptura dels progenitors, estableix que en el cas que s'atribueixi l'habitatge a un dels progenitors, si aquest és privatiu de l'altre o comú de tots dos, es fixarà una compensació per la pèrdua de l'ús a favor del progenitor titular o cotitular no adjudicatari, tenint en compte les rendes pagades pel lloguer d'habitatges similars i la capacitat econòmica dels membres de la parella.

---

fills d'un dels progenitors amb el qual el menor ha vingut convivint, la nova parella de qualsevol dels progenitors i els seus fills si escau o també membres de la família extensa.

Una norma amb contingut similar es contenia en l'art. 6.1 de la Llei de la Generalitat Valenciana, 5/2011, de 1 d'abril de relacions familiars dels fills i filles els progenitors dels quals no conviuen, que va ser declarada inconstitucional per raons competencials per la STC 192/2016, de 16 de novembre (RTC 2016\192).

Ambdues normes preveuen una compensació directa per la minva patrimonial que pateix el cònjuge privat de l'ús si bé la crítica que s'ha fet a aquest plantejament legislatiu, que d'entrada es considera escaient, és la imperativitat amb la que s'enuncia la figura<sup>126</sup>, més intensa en el cas de la legislació valenciana derogada<sup>127</sup> que en la basca, atès que aquesta última almenys introdueix la ponderació de la renda a satisfer en funció de la capacitat econòmica dels membres de la parella<sup>128</sup>. Alhora, la previsió de l'ordenament basc resulta també objectable per un altre motiu relacionat amb les causes d'extinció del dret de l'usuari: l'art. 12.11.d de la Llei 7/2015 estableix que la convivència de l'usuari amb un tercer extingeix l'ús tot prescindint de si l'ús es va atribuir per raó de la guarda dels fills menors (art. 12.2 de la Llei) o de la major dificultat d'un dels cònjuges per accedir a un altre habitatge (art. 12.3 y 4 de la Llei). Considerem que si s'ha establert una compensació econòmica directa, una renda en definitiva, per l'ús que el cònjuge faci de l'habitatge, aquest, tret que la convivència amb el tercer causi perjudici als fills i això, si

---

<sup>126</sup> MARTÍNEZ CALVO, JAVIER, "La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo" a *Revista de Derecho civil*, vol. VI, núm. 3, 2019pàg. 174, qüestiona el caràcter imperatiu de la norma i considera que l'establiment d'una compensació ha de ser discrecional per part del jutge tret del supòsit en el qual un tercer passi a residir en l'habitatge, cas en el qual sí hauria de ser preceptiva.

<sup>127</sup> DE VERDA BEAMONTE, JOSÉ RAMÓN, "Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar: un estudio jurisprudencial de la legislación valenciana sobre la materia", a *Diario La Ley (Estudios doctrinales)*, 2014, núm. 8299, pàg. 14, advertia, segons allò que resultava de l'experiència jurisprudencial en l'aplicació de la norma, que es tractava d'una mesura rogada que s'havia de plantejar en el primer procediment de ruptura, no en modificació de mesures, i que la pretensió s'havia d'acompanyar del corresponent peritatge o prova del preu mig dels lloguers de la zona.

<sup>128</sup> Tot i així, respecte la regulació basca s'observa que la compensació es preveu de manera indistinta tant si l'ús s'ha atribuït per raó de la guarda com si ho ha estat per raó de la major necessitat del membre de la parella usuari. Es qüestiona si té sentit una compensació en aquest últim cas. La norma tampoc resol el supòsit en el qual es faci distribució de l'habitatge per torns i la titularitat correspongui només a un dels progenitors: escaurà en aquest cas igualment l'establiment d'una compensació? Vegi's SEISDEDOS MUIÑO, ANA, "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la ley 7/2015, del Parlamento vasco", a *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, novembre 2015, pàg. 159

escau, serà motiu d'altres mesures, l'usuari ha de tenir les facultats possessòries d'un arrendatari i per tant, entre aquestes, la de tolerar la presència de tercers en l'habitatge.

En aquest sentit, més encertada sembla la formulació de la norma continguda en el Codi civil francès (arts. 255, 262-1 i 285-1) i que permet al jutge, en seu de mesures provisionals, atribuir a un d'ells el gaudi de l'habitatge o compartir entre ambdós aquest gaudi, amb indicació del caràcter gratuït o no i, eventualment, recollint l'acord dels cònjuges sobre l'import d'una indemnització per l'ocupació, i en seu de mesures definitives, establir un arrendament forçós, previst únicament però, pel cas que el cònjuge privat de l'ús sigui titular exclusiu.

La solució que planteja la STS de 20 de novembre de 2018 passa pel desnonament dels menors residents en l'habitatge arran de l'extinció de l'ús concedit i si la guarda es manté en qui fins aleshores era usuari. Aquest resultat s'esdevé per raó de la presència del tercer en aquest habitatge i per la tolerància de la persona usuària que comporta, segons considera el Tribunal Suprem, una alteració sobrevinguda de les circumstàncies que es van tenir en compte a l'hora d'adoptar la mesura que ha de donar lloc a l'extinció del dret d'ús.

Reprement les reflexions ja expressades, si bé entenem que aquesta resolució és discutible però argumentable en aplicació de l'art. 96 Cce<sup>129</sup>, precepte que no preveu en absolut la situació, no es pot, en canvi, traslladar al nostre ordenament, que sí ha pres una opció legislativa conscient sobre el supòsit.

En efecte, la presència estable del tercer comporta una alteració sobrevinguda de les circumstàncies que pot tenir impacte sobre els aliments deguts o sobre el règim de guarda però no sobre l'atribució de l'habitatge familiar si no és indirectament per raó de la modificació d'aquelles mesures. En el primer cas, principalment orientada la modificació a minorar l'obligació d'aliments del

---

<sup>129</sup> CUENA CASAS, MATILDE, "Uso de la vivienda familiar...*cit.loc.cit.*", pàg. 34, malgrat considerar que la situació creada és "escandalosa e indignante para el dueño del inmueble" a més de "extraordinariamente humillante" y vulneradora de la dignitat del titular, conclou que, en aplicació de l'art. 96, l'extinció de l'ús atribuït per raó de la guarda no és procedent per presència d'un tercer.

progenitor titular i a incrementar la del progenitor beneficiari de l'ús; també pot comportar l'exclusió sobrevinguda del dret d'ús amb substitució per una altra mesura mitjançant el pagament o increment de la pensió alimentària de qui recupera l'ús<sup>130</sup>. En el segon cas, la modificació es concretarà en un trànsit cap a una guarda compartida o, més rarament, una guarda exclusiva a càrrec del progenitor no usuari amb revisió, si escau i per via indirecta també, de la mesura relativa a l'habitatge. Fins i tot, segons les circumstàncies, es podrà sol·licitar i obtenir un escurçament del dret d'ús per la millora de la situació econòmica de l'usuari arran de la convivència amb el tercer. Però en qualsevol d'aquests supòsits la mera presència del tercer i l'afirmació del canvi d'estatus del domicili familiar pel fet que ara serveix a una família diversa a la que va motivar l'adopció de la mesura, no serà motiu suficient per a extingir el dret d'ús.

Alhora, l'eventualitat d'obtenir una compensació econòmica pel gaudi que el tercer obté de l'habitatge cedit per a finalitats alienes a aquest gaudi, si bé considerem que és una opció ben plausible, no ha comptat amb un reconeixement jurisprudencial que permeti garantir l'exercici exitós de l'acció a manca d'un reconeixement legal explícit i per tant, de la mà del recurs a un pretensió per enriquiment injustificat.

Considerem, doncs, que l'abordatge possible del problema, mitjançant solucions mediates i de resultat incert, no és satisfactori.

El legislador català hauria de fer un pas més en el reconeixement de la necessària estimació econòmica del dret d'ús atribuït a qui no és titular o no ho és en exclusiva de l'habitatge i contemplar, com d'altres ordenaments, la compensació directa per aquest ús<sup>131</sup>. Aquesta solució, en comparació amb l'adoptada pel Tribunal Suprem, evita el desnonament dels fills de l'habitatge que ha estat el seu fins a aleshores i protegeix, en abstracte i en general, més

---

<sup>130</sup> O mitjançant la substitució de l'habitatge privatiu d'un progenitor per un altre de comú perquè per exemple estava arrendat en el moment de la ruptura i després deixa d'estar-ho, com s'esdevé en el supòsit examinat en la STS núm. 5/2015, de 16 de gener (RJ 2015\355).

<sup>131</sup> En el context de l'ordenament estatal consideren preferible la compensació directa a la indirecta OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO, *op.cit.loc.cit.*, pàg. 326 i ss. o ZUMAQUERO GIL, L., "La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial régimen jurídico actual y propuestas de reforma", a *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 41, 2016, pàgs. 111 i ss.

adequadament els seus interessos<sup>132</sup>. S'evita d'aquesta manera, el sacrifici econòmic desproporcionat i injust que per al cònjuge privat de l'ús suposa la presència del tercer que a costa seva cobreix, sense cost, la seva pròpia necessitat d'habitatge i fins i tot, la de la seva descendència, comuna o no, amb el cònjuge usuari.

Cal afegir, a més, i com s'ha vist, que aquesta solució no és inèdita i que ja ha estat explorada per d'altres ordenaments ja sigui mitjançant una compensació per la privació al titular de la facultat d'usar o mitjançant l'establiment d'un arrendament forçós<sup>133</sup>. La dificultat rau en determinar la ponderació del valor de l'ús del qual és privat el titular un cop descomptat l'import que correspongui a la satisfacció dels aliments dels fills segons la quantia de l'obligació que se li imposi.

Referir-se a la quantia de la renda mitjana per l'arrendament d'un immoble de característiques similars a aquell sobre el que recau l'ús pot ser la manera més objectiva de xifrar l'abast de la base d'aquesta compensació mitjançant el recurs a les taxacions corresponents. Sobre aquesta base –o la meitat, o el percentatge que escaigui, d'aquesta base si el cònjuge privat de l'ús només és titular d'una quota sobre l'immoble- caldrà descomptar l'import dels aliments deguts als fills que s'imputin a cobrir la seva necessitat d'habitatge. Si l'ús de

---

<sup>132</sup> Només de forma molt aïllada trobem algun autor que defensa la modificació de la regulació en el sentit d'estendre la convivència marital com a causa d'extinció de l'ús en tots els casos. Així MOLL DE ALBA LACUVE, CHANTAL, "Análisis crítico de la regulación de la extinción de la vivienda familiar en el Código civil catalán y reforma del art. 96 CC" en a CERDIRA BRAVO DE MANSILLA, GUILLERMO (dir.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, SA, Madrid, 2017, pàg. 212. No sembla aquesta la solució més encertada, sobretot si es planteja amb automatisme i sense posar en relació la mesura amb altres que hi puguin estar relacionades. Palesem que ordenaments com l'italià que contenia una norma en aquest sentit (art. 155 *quater* del Codi civil, derogat mitjançant el Decret Legislatiu núm. 154 de 28 desembre de 2013) va ser objecte d'un control de constitucionalitat que va concloure (mitjançant Sentència núm. 308 de 31 de juliol de 2008) que la convivència amb un tercer no imposava al jutge la necessitat d'extingir l'ús sense un control previ dels interessos dels menors. Per tant, la convivència amb un tercer no pot determinar un judici apriorístic que el qualifiqui com a fet perjudicial per als menors que resideixen en l'habitatge. El Tribunal Suprem espanyol ha optat per l'extinció de l'ús si bé entenem que el legislador, ni l'estatal ni el català, hauria d'adoptar una solució rígida en aquest punt i que la compensació econòmica per la privació de l'ús resulta un remei més equilibrat.

<sup>133</sup> Així recordem que, en el context espanyol, l'ordenament basc (art. 12.7 de la Llei 7/2015) o valencià (art. 6 de la Llei 5/2011, declarada inconstitucional) van aprovar sengles iniciatives de compensació per la privació de l'ús; ordenaments estrangers han resolt el tema amb recurs a la figura de l'arrendament forçós: el francès (art. 285 del Code civil), l'alemany (§ 1568a, núm. 5 del BGB) o el portugués (art. 1793 del Código civil).

l'habitatge s'atribueix per raó de la necessitat d'un dels cònjuges, és previsible que la compensació sigui residual si bé no s'ha de descartar íntegrament d'avançada.

En ambdós casos la compensació és independent de la presència o no d'un tercer en l'habitatge però l'onerositat palesa de l'atribució en el primer cas, atesa la compensació xifrada per l'ús cedit a un dels cònjuges per raó de la seva guarda sobre els fills menors, empara les facultats possessòries d'aquest quant a la tolerància de la presència del tercer. En el segon cas, si la compensació és residual o inexistente atès que l'ús se cedeix temporalment per raó de la major necessitat d'un dels cònjuges, el fonament d'aquest ús, basat en la solidaritat post-conjugal, és el que ja determina per llei l'extinció del dret davant la presència del tercer.

La compensació es basa en el valor de l'ús de l'immoble i exigeix determinar el percentatge d'aquest valor que no és imputable a d'altres prestacions com els aliments dels fills, la prestació compensatòria o la prestació alimentària que en forma d'ús de l'habitatge es reconeix a l'altre cònjuge. En el cas més simple en el que l'ús es gaudeix per raó de la guarda dels fills, la compensació es pot basar també, i com hem dit, en el preu estimat de la renda que el progenitor que té la guarda hauria de satisfer en una llar compartida.

Si no es veu clara la fórmula, es pot optar per fórmules més obertes i menys precises com la inclusió d'una adequada o equitativa compensació que no evitarà, no obstant, el recurs a taxacions que permetin determinar, en cas de desacord entre els cònjuges, una xifra no arbitrària. Es pot objectar que la introducció d'una compensació directa pot donar lloc a un expedient massa condicionat, en la seva aplicació, per la discrecionalitat judicial. En tot cas, el mateix s'esdevé respecte els supòsits ja regulats de compensació indirecta quant a la determinació de l'abast de la imputació a la pensió d'aliments o a la prestació compensatòria<sup>134</sup>. I almenys, incertesa per incertesa, el resultat

---

<sup>134</sup> De fet, l'absència de criteris per a la fixació de la compensació indirecta per via de la imputació a la pensió d'aliments o a la prestació compensatòria és motiu d'objecció per als estudiosos d'ordenaments com l'estatal que no preveu cap tipus de compensació i a l'hora de valorar quina és la proposta de compensació més adequada. Es conclou que és més segura i menys arbitrària la compensació directa. Vegi's, a més dels autors citats en la nota anterior, a SANTOS MORÓN, MARIA JOSÉ, "La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia

pretès és, en abstracte i d'avançada, més just i equilibrat per a tots els interessos implicats.

#### **4.- Sotsarrendament no consentit amb garantia**

L'eventual regulació sobre el contracte d'arrendament de béns haurà de considerar si estableix una norma general sobre sotsarrendament que n'estableixi la prohibició tret que concorri el consentiment de l'arrendador o bé acull una opció més liberal i preveu la possibilitat de l'arrendatari de sotsarrendar lliurement total o parcialment el bé arrendat.

En seu d'arrendament rústic, la norma, l'art. 623-26 CCCat, és limitativa del sotsarrendament i demana autorització en contracte o consentiment exprés de l'arrendador.

En l'àmbit del dret estatal, la norma civil general permet el sotsarrendament lliure en l'art. 1550 del Codi civil espanyol:

*“Cuando en el contrato de arrendamiento de cosas no se prohíba expresamente, podrá el arrendatario subarrendar en todo o en parte la cosa arrendada, sin perjuicio de su responsabilidad al cumplimiento del contrato para con el arrendador”*

La norma en seu d'arrendaments urbans en relació amb l'habitatge habitual, l'art. 8.2 de la Llei d'arrendaments urbans, és de signe oposat i en aquell context, la possibilitat de sotsarrendar exigeix la prèvia comunicació i autorització de l'arrendador i alhora, s'estableix una límitació objectiva atès que el sotsarrendament només pot ser parcial:

*“La vivienda arrendada sólo se podrá subarrendar de forma parcial y previo consentimiento escrito del arrendador.”*

La restricció objectiva cal relacionar-la amb el fet que si l'arrendatari ha desocupat l'habitatge, aquest ha deixat de servir a la finalitat de cobrir la seva pròpia necessitat d'habitatge i per tant, que l'arrendament passarà a ser-ho per a ús divers del d'habitatge, mentre que el sotsarrendament sí podrà ser per aquesta finalitat<sup>135</sup>

---

<sup>135</sup> QUICIOS MOLINA, MARIA SUSANA, “Comentario al art. 1550 Cce” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (DIR.), *Comentarios al Código civil*, T. VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pàg. 10979.



Mentre que en relació amb l'arrendament de local en el qual s'exerceixi una activitat professional o comercial el sotsarrendament només demana la prèvia comunicació a l'arrendador i remunera a aquest amb la facultat d'eleva la renda fins a un 20% si recau sobre la totalitat de l'immoble (art. 32 LAU).

La previsió en l'àmbit de les propostes de dret contractual europeu parteix de la prohibició de sotsarrendar els béns sense el consentiment de l'arrendador (art. IV.B.-7:103 DCFR) si bé la negativa de l'arrendador ha de ser motivada i es reconeix a l'arrendatari un dret de desistiment del contracte d'arrendament en cas que es denegui el consentiment sense un motiu suficient:

- (1) *“El arrendatario no puede subarrendarlos bienes sin el consentimiento del arrendador.*
- (2) *Si se deniega el consentimiento al arrendatario sin un motivo suficiente, el arrendatario puede resolver el contrato notificándolo al arrendador en un plazo razonable.*
- (3) *En caso de subarrendamiento, el arrendatario sigue siendo responsable del cumplimiento de las obligaciones contractuales.”*

L'opció de sotmetre el règim del sotsarrendament al de la cessió del contracte no ens sembla del tot adequada ni per tant, el dret de l'arrendador de resoldre el contracte en qualsevol supòsit de sotsarrendament. Com sabem, en el sotsarrendament, l'arrendatari continua vinculat pel contracte d'arrendament conclòs i per tant, no es produeix una novació subjectiva del contracte que necessàriament hagi de comptar amb el consentiment de l'altra part contractual.

Tot i que el contracte d'arrendament no se sol caracteritzar com a dimanant de prestacions personalíssimes ex art. 1.161 Cce, la justificació de les restriccions legals al lliure sotsarrendament es vinculen a la rellevància que per a l'arrendador té l'ús i la conservació de la cosa<sup>136</sup>, atès que la major o menor solvència dels sotsarrendatari és irrellevant ja que l'arrendatari continua vinculat contractualment.

---

<sup>136</sup> VAQUER ALOY, ANTONI, “Nuevas partes del contrato y subarrendamiento”, en VAQUER ALOY, ANTONI; BOSCH CAPDEVILA, ESTEVE i SÁNCHEZ GONZÁLEZ, MARÍA PAZ (coords.), *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia*, Vol. 2, 2012, Atelier, Barcelona, pàg. 1090.

Ara bé, la mobilitat actual de professionals i treballadors i la major flexibilitat de les dedicacions porta a plantejar la conveniència d'un règim més elàstic quant a l'ús del bé arrendat, especialment quan aquest és un habitatge. Un determinat professional o treballador resident en una ciutat pot ser traslladat temporalment a d'altres localitats, subjecte o no aquest trasllat a una intermitència previsible. En aquesta situació, aquest professional o treballador pot tenir interès en mantenir un habitatge en la ciutat d'origen però inevitablement ha de satisfer la seva necessitat d'habitatge en l'indret al qual és traslladat temporalment. Si bé és cert que aquesta qüestió pot ser tinguda en compte al moment de concloure el contracte mitjançant l'autorització del sotsarrendament i que en cas contrari, transcorregut el termini mínim de vigència del contracte, l'arrendatari podrà desistir, també ho és que la situació de trasllat pot ser sobrevinguda i per tant, imprevista al moment de contractar l'arrendament i que el desistiment pot no ser una opció convenient per a l'arrendatari que després del trasllat, haurà de tornar a la ciutat d'origen.

En definitiva, la prestació d'una caució o garantia addicional podria donar una sortida més equilibrada a la situació i emparar un sotsarrendament merament comunicat sempre que l'arrendatari, a més de mantenir la responsabilitat original pel compliment de les obligacions derivades del contracte, garantís especialment el compliment de les obligacions de conservació del bé per part del sotsarrendatari. Es podria considerar, a més, la possibilitat d'un increment moderat de renda durant el període de vigència del sotsarrendament.

# **CAPÍTOL III: CAP A UNA REGULACIÓ DEL CONTRACTE DE SERVEIS EN EL CODI CIVIL DE CATALUNYA**

## **1.- Plantejament previ**

En aquest capítol es planteja una regulació de caràcter general del contracte de serveis en el Llibre Sisè del Codi civil de Catalunya. Així, s'estudien els trets característics que hauria d'incorporar una futura regulació. La proposta s'emmiralla en les aportacions acadèmiques que han donat lloc a propostes harmonitzadores del Dret contractual europeu que han unificat un cos de Dret contractual i que incorporen la referència general al contracte de serveis així com als diferents tipus que aquest pot integrar. En concret, és el DCFR el text que serveix de base i que ha inspirat, com veurem, les propostes estatals de modernització del Dret de contractes.

Convé assenyalar que l'estudi es limita al contracte de serveis en general i deixà per a futures publicacions les particularitats que es poden desprendre dels diferents tipus contractuals de serveis.

## **2.- El contracte de serveis com a tipus contractual general**

Amb l'aprovació de la Llei 3/2017, de 15 de febrer, el legislador català va iniciar la incorporació al Codi civil de la matèria relativa a les obligacions i els contractes, tot incorporant alguns dels contractes ja regulats en el nostre ordenament jurídic i afegint-ne d'altres que encara no gaudien d'una regulació en ell. Al mateix temps, la Llei 3/2017 establí l'estructura del llibre sisè tenint en compte el caràcter de codi obert, de formació successiva, estructura que havia de permetre la incorporació de regulacions futures. Aquesta estructura bàsica

es disposa en tres títols de formulació àmplia: el Títol I, relatiu a les disposicions generals –encara per fer-, el Títol II, relatiu als tipus contractuals – del qual ja es troba iniciada la seva regulació- i el Títol III, relatiu a les fonts no contractuals de les obligacions –encara no elaborat-.

El Preàmbul de la Llei 3/2017 permet situar el contracte d'arrendament de serveis en l'àmbit dels contractes sobre activitat aliena, dels quals actualment només hi trobem la regulació del contracte de mandat i la gestió d'affers aliens. El llibre sisè situa el contracte de mandat en l'àmbit dels contractes de serveis i, en particular, de gestió, més enllà d'una mera relació de confiança o d'amistat, i posa èmfasi en la gestió d'affers jurídics per encàrrec del mandant i d'acord amb les seves instruccions.

Segons el Preàmbul, *“es parteix d'una idea de serveis en sentit ampli, que pot incloure diversos tipus contractuals, com els contractes d'obra, prestació d'informació i assessorament, de disseny, de dipòsit o de mandat”*. I cal tenir en compte que la secció primera del capítol segon del Títol segon s'ha reservat per a la regulació de les disposicions generals relatives a tots els contractes de serveis. És aquí on volem centrar la nostra atenció, més que en la regulació concreta de tots els tipus contractuals.

## **2.1. La regulació del contracte de serveis en les propostes harmonitzadores del Dret contractual europeu: especial referència al DCFR.**

El llibre IV del DCFR (*“Specific contracts and the rights and obligations arising from them”*) incorpora, en l'apartat C, la figura del contracte de serveis. Aquesta

proposta s'emmiralla en una altra presentada per l'*Study Group on A European Civil Code*<sup>137</sup>.

El DCFR estableix sis modalitats contractuals: contracte de construcció, contracte de manteniment i reparació de béns, de depòsit i emmagatzematge, de disseny i elaboració de projectes, d'informació o consell i de tractament mèdic.

En el present treball l'estudi es limitarà a la regulació general del contracte de serveis, tot i deixant a banda l'examen de cada un dels tipus contractuals definits en el paràgraf anterior.

Observem que el DCFR planteja una regulació general del contracte de serveis així com una part més específica que, a través de capítols, on detalla disposicions específiques per als diferents contractes regulats<sup>138</sup>.

## **2.2. La regulació del contracte de serveis en les propostes de modernització del Codi civil.**

Els contractes de serveis, en sentit ample, són una part important de l'entramat econòmic i social actual, i posen de manifest la necessitat de modernització de la normativa en matèria d'obligacions i contractes existent.

Pel que fa al Codi civil espanyol, constatem que és necessària una actualització que permeti superar l'escassa regulació de l'arrendament de serveis prevista

---

<sup>137</sup> STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE: *Service Contracts* (PEL SC), 2017, Oxford: OUP Oxford.

<sup>138</sup> Vegi's el que estableix l'art. IV.C.-1:101 DCFR: *(I) This Part of Book IV applies: (a) to contracts under which one party, the service provider, undertakes to supply a service to the other party, the client, in Exchange for a price; and (b) with appropriate adaptations, to contracts under which the service provider undertakes to supply a service to the client otherwise than in exchange for a price. (II) It applies in particular to contracts for construction, processing, storage, design, information or advice, and treatment.*

en l'art. 1544 CCE i la que resulta dels arts. 1583 a 1587 CCE per remissió. La Proposta de Codi civil elaborada per l'Associació de Professors de Dret civil de 2016 ja incorpora una regulació del contracte de serveis en els arts. 581-1 i següents. Aquest text s'inspira en l'esborrany del Marc Comú de Referència (DCFR, per les sigles en anglès) que incorpora en el seu llibre IV.C, de forma completa i sistemàtica, el contracte de serveis.

Així mateix, la Comissió de Codificació també incorpora, en la seva proposta de regulació del Codi civil (d'ara endavant, "la Proposta"), la regulació del contracte de serveis. En la darrera versió la regulació del contracte de serveis ocupa el Títol VI del Llibre IV (de les obligacions i contractes). Serà aquesta proposta, i no la de l'Associació, la que centrarà l'objecte del nostre estudi.

En el context català, com ja hem dit, la secció primera del capítol segon del Títol es reserva per a la regulació de les disposicions generals relatives als contractes de serveis. També, i en l'àmbit català, trobem disposicions en el Codi de Consum de Catalunya (d'ara endavant, CCons.) que n'hi fan referència. El CCons contempla els serveis des de la perspectiva de les obligacions que s'imposen als professionals que els presten (arts. 251-1 i ss CCons).

Així doncs, el CCons es fixa, en primer lloc, en el serveis acompanyants d'un contracte de compravenda, i estableix que la regulació no afectarà als serveis que siguin accessoris a la venda. Tanmateix, si la prestació de serveis és amb aportació de materials o béns, cal que l'accessorietat recaigui sobre allò aportat.

Constatem que cal plantejar una regulació general del contracte de serveis (més enllà de les particularitats que exigeixi cada tipus) que incorpori previsions de caràcter general per als diferents tipus de contractes que l'integren. Així, caldria concretar l'obligació de conformitat amb el contracte, com succeeix en el DCFR (més enllà de notificar la manca de conformitat previsible ex art. IV.C.-

2:110, també s'imposa la conformitat al constructor ex art. IV.-C.- 3:104 i també se'n fa una aplicació pel que fa al dipòsit del bé a l'art. IV.C.- 5:105; així mateix, l'art. IV.C.- 6:104 estableix la conformitat del disseny encomanat i l'art. IV.C.- 7:105 en l'assessorament o informació rebuts. El decaigut projecte del CESL feia referència a la conformitat en els arts. 155 i 156 en seu de remeis per a cas d'incompliment i permetia exigir aquesta obligació a propòsit del contracte de serveis).

En conseqüència, la regulació del contracte de serveis també hauria d'expressar els remeis subjacents a la falta de conformitat. Es plantegen alguns interrogants de tipus sistemàtic i de contingut:

- a) cal establir una regulació general sobre conformitat, informació precontractual (obligacions de cooperació i advertiment) i dret de desistiment per als contractes de serveis en la secció primera del Capítol II del Títol II del Codi civil de Catalunya?
- b) O delimitar-ho específicament per a cada tipus de contracte de servei, tal i com fa el DCFR?
- c) O bé és pertinent que quan es reguli el Títol I del Codi civil de Catalunya (reservat per a la regulació de les parts generals de l'obligació i del contracte) s'hi estableixin allí les normes generals per a tots els tipus contractuals, tenint en compte els principis que informen la contractació que afecta els consumidors?

Tal i com veurem més endavant, la nostra aposta anirà dirigida a l'establiment d'una regulació general sobre la conformitat i la informació precontractual i dret de desistiment per als contractes de serveis en la secció que li reserva el Codi civil de Catalunya, és a dir, en la secció primera del del Capítol II del Títol II.





### **3. Característiques que sorgeixen de la regulació general del contracte de serveis**

La regulació del contracte de serveis en el DCFR (així com també en els PECS) limita la seva aplicació a aquells contractes en què una de les parts és un professional o prestador del servei i l'altra part, qui rep el servei, un client; segons aquest apartat a canvi d'una remuneració. Tanmateix, en el següent, veiem que l'article permet que no n'hi hagi. Així doncs, no és l'onerositat un requisit definitori del contracte en les propostes harmonitzadores del Dret contractual europeu. En sentit contrari, veurem que la regulació que fa la Proposta de modificació del Codi civil també enquadra l'onerositat en la seva definició tot i que no fa distinció entre professional i client sinó entre parts.

#### **3.1. Parts en el contracte de serveis**

El DCFR delimita les parts que intervenen en el contracte de serveis; el professional o qui presta el servei i el client.

En aquest estudi farem referència a prestador del servei i a client/prestatari, indistintament.

#### **3.2. L'onerositat del contracte**

L'art. IV.-C:2:101 DCFR presumeix l'onerositat del contracte si el prestador del servei és un empresari o professional<sup>139</sup>.

Considerem que convindria establir, com a regla general, el caràcter onerós del contracte, llevat que les parts n'haguessin pactat la seva gratuïtat. Si no s'ha fixat cap preu ni cap criteri per a la seva determinació, convindria recórrer a

---

<sup>139</sup> Vegi's, especialment, LOOS, B.M., "Service contracts" a HARTKAMP et al., (Eds.): *Towards a European Civil Code*, Nijmegen: Kluwer Law international, 2011, p. 768 a 770.

normes tipus la de l'art. 621-5.1 CCCat. Així doncs, aquest article estableix que si el contracte conclòs no determina el preu ni estableix els mitjans per a determinar-lo, “s’entén que el preu és el generalment cobrat en circumstàncies comparables, en el moment de la conclusió el contracte i amb relació a béns de naturalesa similar”; per tant, i, en el context d’un contracte de serveis, caldria veure quin és el preu d’un servei similar.

L’art. 1582 de la Proposta s’orienta en el sentit de determinar el preu (en cas que no estigui fixat per les parts) segons els criteris del mercat en el moment de la conclusió del contracte<sup>140</sup>.

### **3.3. Les obligacions precontractuals en el contracte de serveis.**

La informació en el dret de consum ha adquirit una rellevància gairebé dogmàtica. Així, un dels principis informadors del Dret contractual europeu és, sense dubte, el que recull l’article IV.-C:2:102 DCFR, tot i establint les obligacions precontractuals d’avís o d’informació que veiem a continuació.

#### **3.3.1. Deure d’advertiment**

La doctrina palesa la necessitat d’incorporar (en la línia del DCFR) una relació relativa als deures de cooperació entre els contractants<sup>141</sup>.

Així, esdevé necessària la col·laboració entre les parts a fi d’assolir una execució correcta del servei. Pensem, per tant, que aquesta col·laboració ha

---

<sup>140</sup> L’art. 1582 de la Proposta diu així: “*Salvo acuerdo en contrario, quien presta un servicio tiene derecho a una retribución. Si el contrato no hubiere fijado la retribución ni el modo de determinarla, se fijará según los criterios a los que las partes implícitamente se hubieran remitido, o que resulten del tipo de contrato, o de los usos y, en su defecto, los criterios de mercado en el momento de la celebración del contrato. Si otra cosa no deriva del contrato o de los usos, la retribución será exigible una vez que el servicio se haya prestado*”.

<sup>141</sup> FERRER RIBA, J., “Vicissituds de la prestació de Serveis: deures de cooperació, instruccions i modificació del contracte” a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (Coord): *Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d’obligacions al Codi civil de Catalunya*, Documenta Universitaria: Girona, p. 233.

d'incloure el deure entre les parts de prestar-se la informació necessària i, si escau, segons la naturalesa del bé o del servei o resulta raonablement del contracte, ha d'incorporar, també, la facultat del prestador del servei de sol·licitar les instruccions que siguin necessàries per a una correcta execució del servei.

Convé aquesta referència perquè en la contractació de serveis esdevé impossible preveure-ho tot *ex ante*. A més, el propi contracte de serveis es defineix per una materialització progressiva i dinàmica i la prestació inútil és un cost que el prestador del servei no recupera.

A manca d'una regulació concreta, en el nostre ordenament, aquest deure de cooperació es pot deduir del principi general de la bona fe i l'honradesa en els tractes (art. 111-7 CCCat)<sup>142</sup>.

Anem a veure, amb més detall, quins són els principals deures d'advertiment que s'assenyalen en les propostes harmonitzadores del Dret contractual europeu (en especial referència, el DCFR) així com en la proposta de la Comissió de Codificació.

Si ens situem en una fase precontractual, l'art. IV-C: 2:102 DCFR recull i aplica en el contracte de serveis un dels principis més rellevants (i també denostats per la doctrina<sup>143</sup>) del Dret de consum. L'extrapolació de les normes de

---

<sup>142</sup> DE BARRÓN ARNICHES, P.: "Libro IV. Parte C. Servicios. Capítulo 2" a VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., *Derecho europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo I, Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2012, p. 1161, així, aquesta autora assenjala també que l'art. 1276 CCE es refereix a la informació precontractual publicitària, tot i indicant que les afirmacions o declaracions dels professionals de la publicitat o realitzades en activitats de promoció d'un producte o servei, queden inserides en el contracte i tenen un valor vinculant per al prestador del servei.

<sup>143</sup> CARRASCO PERERA, Á: "Desarrollos futuros del Derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de la Directiva de los Derechos de los Consumidores", a CÁMARA LAPUENTE, S., (Dir.): *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Thomson Reuters Civitas: Cizur Menor, 2012, p. 314: *La lista de "deberes de información" son un cáncer en el cuerpo del Derecho de consumo.*, En sentit contrari, tot i considerant la informació precontractual com un "pilar" en el Dret de consum, vegi's: LLÁCER MATAÇAS, M.R., "Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del Derecho

protecció de consumidors a altres àmbits com pot ser la contractació general ha estat estudiat, amb profunditat, per GRAMUNT FOMBUENA. Així, aquesta autora constata que el legislador català ha optat per un model integrador; queda palesa en la norma de l'art. 621-2 CCCat, en què, després de la definició del contracte de compravenda ex art. 621-1 CCCat, l'art. 621-2.1. especifica quan la compravenda ho és de consum<sup>144</sup>. Així, el legislador europeu també segueix aquesta tendència a admetre l'aplicació de normes de consum als contractes mixtos o amb doble finalitat. O, com passa amb el DCFR, res no impedeix que en l'exercici de la pròpia competència en dret civil el legislador decideixi aplicar, si així ho considera apropiat, els mateixos cànons de regulació de contractes de consum a qualsevol contracte de regulació de caràcter privat, com passa, per exemple, amb gran part de les normes de conformitat en el DCFR. A aquest aspecte ens hi referirem més endavant.

Convé fer notar, aquí, que el Capítol III del Llibre II del DCFR dedica una bona part al deure precontractual d'informació que, com a regla general, ha de cobrir les expectatives raonables del destinatari de la norma i que no es limita a la contractació de consum, sinó que també s'aplica a les relacions entre professionals quan la provisió d'informació es correspon amb la bona pràctica comercial (art. II-3:101 (1) i (2) DCFR).

El Capítol 3 del Llibre II del DCFR, amb un total de tretze articles, atorga una gran importància al deure precontractual d'informació que, com a regla general, ha de permetre salvar les expectatives raonables que tenia el destinatari; aquest no fa referència exclusivament al consumidor ja que també s'aplica a relacions entre professionals (b2b) quan la provisió d'informació es correspon amb la bona pràctica comercial (vegi's art. II.- 3:101 DCFR).

---

de Consumo: información y documentación" a LLAMAS POMBO, E., *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Vol. 2, La Ley: Madrid, 2006 p. 10.

<sup>144</sup> GRAMUNT FOMBUENA, M., "La contractació amb consumidors en el Llibre Sisè" a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (Coord): *El Llibre Sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de Llei*, Documenta Universitaria: Girona, p. 233-234. Sobre això vegi's també la contribució de LLÁCER MATAÇAS, M.R., "La codificació del Derecho contractual de consumo como especialidad civil" a LLÁCER MATAÇAS, M.R., (Coord): *La codificación del Derecho contractual de consumo en el Derecho civil catalán*, Dykinson: Madrid, 2015, p. 49 i ss.

En l'àmbit del contracte de serveis, el llistat de deures precontractuals s'estén a ambdues parts; a diferència de la contractació general de consum, en què s'adoptava una perspectiva unilateral.

Què ens assenyala l'art. IV. C.- 2:102 (així com també ho fa l'art. 1:103 PEL SC):

*IV.C.-2:102: Deberes precontractuales de advertir*

*(1) El prestador de servicios tiene el deber precontractual de advertir al cliente si llega a su conocimiento el riesgo de que el servicio solicitado:*

*(a) puede no lograr el resultado indicado o previsto por el cliente;*

*(b) puede perjudicar otros intereses del cliente; o*

*(c) puede resultar más caro o requerir más tiempo de lo que el cliente razonablemente había previsto.*

*(2) El deber de advertir recogido en el apartado (1) no es aplicable si el cliente: (a) ya conoce la existencia de los riesgos a los que se hace referencia en el apartado (1); o*

*(b) es razonable suponer que los conoce.*

*(3) Si se materializa uno de los riesgos mencionados en el apartado (1) y el prestador de servicios incumplió su deber de advertir, no tendrán efecto los cambios posteriores introducidos en el servicio por el agente en virtud del Artículo 2:109 (Variación unilateral del contrato de servicio) del Título C del Libro IV que se basen en la materialización del riesgo, salvo que el prestador del servicio demuestre que el cliente hubiera celebrado el contrato igualmente aunque hubiese sido advertido. Lo anterior*

*será sin perjuicio de cualquier otra acción, incluidas acciones en caso de error, de que el cliente pueda disponer.*

*(4) El cliente tiene el deber precontractual de advertir al prestador del servicio si tiene conocimiento de hechos inusuales que puedan encarecer el servicio o causar que este requiera más tiempo respecto de lo previsto por el agente, o que ocasionen daños a éste o a terceros cuando se preste.*

*(5) Si se producen los hechos a que se refiere el apartado (4) y el prestador del servicio no fue debidamente advertido, podrá: (a) reclamar indemnización por los daños sufridos por no haber sido advertido; y (b) solicitar una modificación del plazo acordado para la prestación del servicio. (6) A los efectos de lo dispuesto en el apartado (1), se presume que el prestador del servicio conoce los riesgos mencionados si resultan obvios dados los hechos y circunstancias ya conocidas, y teniendo en cuenta la información con la que debe contar sobre el resultado indicado o previsto por el cliente y las circunstancias en que se prestará el servicio. (7) A efectos de lo dispuesto en el apartado (2)(b), no es razonable suponer que el cliente conoce un riesgo simplemente porque sea un profesional del ramo, o esté aconsejado por quienes lo son, en el campo pertinente, salvo que dichos terceros actúen en calidad de agentes del cliente, en cuyo caso es aplicable lo dispuesto en el Artículo 1:105 (Imputabilidad) del Libro II.*

En primer lloc hem d'assenyalar que aquest deure d'advertència reposa sobre totes les modalitats establertes de contractació de serveis <sup>145</sup>. Observem que són relacions recíproques, que s'exigeixen a qui presta el servei i a qui el rep. Destaquem, també, que les obligacions de l'art. IV.-C:2:102 s'estenen en una fase precontractual; més endavant farem referència, també, a aquelles que s'imposen en el sí de l'execució del contracte (art. IV.C.- 2:108 DCFR, per exemple).

---

<sup>145</sup> Tanmateix, en seu de contracte de disseny hi ha alguna especialitat (vegi's art. IV. C- 6:102 DCFR).

Pel que fa al prestador del servei, aquest està obligat a advertir a l'altra part, abans de la formalització del contracte, si, essent conscient del risc que el servei sol·licitat no aconsegueixi el resultat desitjat, si pot lesionar altres interessos que pugui tenir el receptor del servei o si aquell pot acabar resultant més car d'allò que s'havia inicialment previst o convé més temps del que raonablement es pot esperar (així, IV.C.-2:102 DCFR)<sup>146</sup>. Observem, doncs, que aquest deure d'informació es relaciona amb aquell deure general derivat de la bona fe que evoca la necessitat d'informar que recau sobre una de les parts sobre alguna circumstància que l'altra part ignora i que pot resultar fonamental per acabar de conformar la seva decisió de contractar. La revisió de la Proposta de Modificació del CCE estableix, en l'art. 1583, el deure precontractual d'informació del prestador del servei, que diu així:

*“1. Antes de la celebración del contrato, el prestador del servicio ha de informar al cliente de los riesgos que conozca, sobre el Servicio en cuestión, en concreto:*

*a) que no se pueda alcanzar el resultado pretendido por el cliente,*

*b) que se puedan lesionar otros intereses del cliente, o*

*c) que pueda resultar más oneroso o requerir más tiempo del que razonablemente podía esperar el cliente.*

Coincideixen l'art. IV.C.-2:102 DCFR i l'art. 1583 de la Proposta quan estableixen aquesta deure d'advertiment al prestador del servei. Tanmateix, observem com la Proposta estableix una presumpció consistent en què si els riscos eren manifestos, es presumeix que el prestador els coneixia. En canvi,

---

<sup>146</sup> Per tot vege's DE BARRÓN ARNICHES, P., "Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia", *InDret* 3/2008, pàg. 8 i DE BARRÓN ARNICHES, P.: "Libro IV. Parte C. Servicios. Capítulo 2" op cit., p. 1157.

el DCFR no estableix aquesta presumpció<sup>147</sup>. Així doncs, aquesta obligació d'advertiment serà exigible si una o altra part coneixia o raonablement podien conèixer la informació sobre la qual havien d'advertir<sup>148</sup>. Tanmateix, no li haurà d'advertir si l'altra part ja coneixia o podia conèixer aquesta informació<sup>149</sup>.

Si el prestador del servei no compleix amb aquesta obligació, tant el text de la Proposta com el DCFR incorporen unes conseqüències. Així doncs, no podrà demanar cap modificació del contracte si es presenten circumstàncies<sup>150</sup> que no li són favorables en el decurs de l'execució contractual (ambdós textos incorporen una excepció: que el client/prestatari, si hagués estat advertit, hagués contractat igualment el servei).

A més a més, s'estableix la possibilitat per a qui rep el servei d'accionar la resta de remeis previstos, inclòs el que fa referència a l'error<sup>151</sup>. Així, en el DCFR s'amplia la protecció ja que és aquesta part qui pot escollir quin remei instarà en front de l'incompliment contractual<sup>152</sup>.

Podem pensar que si el prestador del servei no aconsegueix amb aquesta obligació precontractual, és a dir, si era conscient que les expectatives del client/prestatari no es podien dur a terme i tot així no l'hi ho advertí, es produiria una situació d'abús o d'explotació de l'autonomia de la part dèbil, provocada per aquest coneixement efectiu o potencial de la part forta de la relació

---

<sup>147</sup> Així mateix, la Proposta estableix que aquesta presumpció no és aplicable si el client coneixia ja els riscos o si es podia presumir que els conegués. Afegeix, també, que no es pot presumir que el client conegués un risc encara que fos pèrit en la matèria o si ha estat assessorat per un pèrit, excepte que hagués actuat com a mandatari i fos coneixedor del risc.

<sup>148</sup> ALONSO PÉREZ, M.T., "La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios (Estudio de Derecho Contractual Europeo)", *InDret* 3/2012, p 7.

<sup>149</sup> Així coincideix amb la justificació de l'art. 22 de la Directiva 2006/123/CE, relativa al mercat interior de Serveis

<sup>150</sup> L'art. IV.C.-2:109 estableix la possibilitat per ambdues parts de modificació del servei que ha de ser prestat. També en fa esment la Proposta en l'art. 1590.

<sup>151</sup> Els PEL SC feien referència, per contra, al remei indemnitzatori ex art. 4:107 PECL.

<sup>152</sup> En qualsevol cas, podrà exigir una indemnització per tots els danys soferts, inclosos els morals, i tant pel lucre cessant com per la pèrdua materialment soferta cfr. paloma p. 1158 i art. III.-3:701 DCFR.



contractual, que s'aprofita de la capacitat de negociació de la part feble<sup>153</sup>. Això ens porta a constatar que el que persegueix la regulació dels deures precontractuals és enfortir l'autonomia de la part dèbil. Així, la llibertat contractual, des d'un punt de vista substantiu, significa que la protecció de la part dèbil del contracte opera mitjançant un control més extens del procés de formació del contracte, i pretén assegurar l'exercici idoni de llibertat contractual de la part més dèbil<sup>154</sup>: que el consentiment que es presti sigui plenament conscient, més enllà de que sigui lliure i exacte<sup>155</sup>.

Com assenyala FERRER I RIBA, *“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 CCE) 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*<sup>156</sup>.

Per tant, i en aquest context, es pot determinar que el contracte presenta 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. Existeixen escenaris en què tot i que no s'han respectat

---

<sup>153</sup> Això ens portaria cap a l'estudi d'altres figures tals com l'avantatge injust o el dol incidental.

<sup>154</sup> CHEREDNYCHENKO, O. O., *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, Utrecht: Sellier European Law Publishers, 2007, p. 10, “(...) to which extent the weaker party must be protected in order to be able to enjoy a real freedom of contract, or, in other words, where the freedom of one party ends and the freedom of the other party begins”. En un mismo sentido, véase GRUNDMAN, S., “European Contract Law(s) of What Colour?” *ERCL*, Issue 2/2005, p. 195. Vegi's també CIACCHI, C., “Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union” *ERCL* 3/2010, pp. 303-318.

<sup>155</sup> Convé assenyalar el cas *Bürgschaft* (BVerfG 10 d'octubre de 1993, BVerfGE 89, 214). Vegi's, MAK, C., *Fundamental rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008, pp. 75-83.

<sup>156</sup> FERRER RIBA, J., “Vicissituds de la prestació de Serveis... cit, p. 230. El que ens trasllada, també, en l'escenari del dol incidental (1270.2 CCE) que dibuixa una solució en clau indemnitzatòria.

escurpulosament els deures precontractuals, el contracte es conclou i és vàlid. Aquesta situació pot venir provocada per una violació de deures precontractuals, d'informació o d'advertiment, que condueixen a un dels contractants a celebrar un contracte que li resulta menys favorable o diferent del que hagués conclòs si hagués obtingut tota la informació que era rellevant, íntegra i correcta.

GARCÍA RUBIO i OTERO CRESPO assenyalen que existeixen situacions en les quals, malgrat no haver-se respectat d'una forma escurpulosa els deures precontractuals, el contracte se celebra, és vàlid, i no procedeix, a priori, la desvinculació d'aquest. Aquesta situació pot derivar de la violació de deures precontractuals, d'informació, que han conduït al fet que un dels contractants, el més feble, hagi celebrat un contracte que li ha resultat desavantatjós, diferent del que hagués acordat si, per exemple, hagués comptat amb una informació íntegra i correcta<sup>157</sup>.

En supòsits com el descrit a dalt la desvinculació contractual pot no procedir perquè, per exemple, les circumstàncies del cas no permeten considerar l'existència d'un vici del consentiment que pogués anul·lar el contracte que ha resultat en una situació desavantajosa per a una de les parts. En el context del Codi civil espanyol sí que es permet, no obstant això, que la part perjudicada per un contracte que li vincula en condicions desavantajoses com a conseqüència d'una violació d'un deure precontractual obtingui una indemnització, a través de la figura del dol incidental ex art. 1270.2 CCE .

En el Codi civil, la responsabilitat contractual per una informació *in contrahendo* només esdevé exigible en cas de dol, i troba la seva causa en la infracció d'un deure de conducta durant la negociació del contracte, que li autoritza a reclamar una indemnització però que no li permet instar la resolució per incompliment del contracte (1270.2 CCE) .

---

<sup>157</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>, P., OTERO CRESPO, M., "La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo", *InDret*, abril 2010.

Pel que concerneix a l'aplicació de la bona fe en sentit objectiu en la formació del consentiment, aquesta s'ha canalitzat, en el Dret de consum, a través del deure d'informar, estacionat en una fase precontractual. Així, la bona fe cristal·litza en un deure d'informació estatutari; això constitueix una característica de la relació contractual de consum. També el DCFR inclou preceptes relatius a les conseqüències que es deriven d'un defecte d'informació precontractual; per exemple, els arts. II.-3:109 (2) i (3) DCFR, tot i establint els remeis en cas d'incompliment d'un deure d'informació, i es preveu la responsabilitat pels danys que ha ocasionat a l'altra part per incomplir el deure d'informació (3) i, en el cas del segon apartat, si el contracte arribés a celebrar-se, deixa fora de perill sempre una solució purament indemnitzatòria.

En sentit objectiu, doncs, la bona fe enuncia normes de conducta col·lectiva que són pròpies d'una consciència honesta i lleial, i poden considerar-se implícites per al normal funcionament d'un negoci jurídic. Així mateix, la bona fe en sentit objectiu també pot entendre's com una conducta ètica significada pels valors de l'honradesa, la lleialtat, el just repartiment de la pròpia responsabilitat.

D'altra banda, en la contractació de consum, l'asimetria informativa sol ser evident ja que, normalment, en els contractes en massa, l'absència de negociació és inherent a ells. Per a això s'articula el conjunt de regles que constitueixen els deures informatius, a fi de corregir l'asimetria existent entre les parts. El panorama ofert per la legislació de consum és molt diferent al del Codi civil: el primer conté un conjunt de normes que detallen els aspectes del contracte sobre els quals l'empresari té obligació d'informar .

En la contractació entre particulars regulada pel Codi civil, aquest deure precontractual d'informació no està resolt adequadament, a diferència del que succeeix en la regulació dels contractes amb consumidors . Perquè, quin ha de ser la càrrega d'informar-se entre les parts? El Codi civil espanyol no té una regla general que imposi deures precontractuals d'informació, encara que si que conté regles que ajuden a pal·liar aquesta absència; per exemple, quan el

legislador permet anul·lar el contracte al contractant que erra sobre les qualitats essencials de la cosa. Es fa necessària, doncs, una regla general sobre deures precontractuals d'informació, a partir de la qual podrien derivar-se deures específics per a casos concrets . A més, el sistema jurídic hauria de preveure solucions per a la part que ha sofert el dèficit d'informació que li permetessin desvincular-se o no del contracte; així, com assenyala ja el TRLGDCU en l'art. 65, que preveu la integració contractual, caldria permetre que fos la part perjudicada pel contracte la que instés o bé la resolució o rescissió del contracte o l'adaptació del mateix en funció de la rellevància de la informació omesa o falsejada i la seva repercussió sobre l'economia del contracte.

A fi de protegir la part feble en el contracte de serveis, podem pensar, també, en l'establiment de normes tipus la de la "*legal neighbourhood*", o norma de la comunitat; aquesta escenifica l'obligació de les parts negociadores de considerar els interessos de l'altra part, i permet instrumentar un deure de cooperació entre les parts en la fase precontractual –que el veurem més endavant en aquest treball-. Aquest tipus de normes han de definir i delimitar les relacions negocials precontractuals; el que persegueixen no és tant lliurar la possibilitat a la part feble d'anul·lar el contracte sinó de revestir-la d'immunitat davant la possibilitat que, sense un consentiment del tot conscient, celebri contractes perjudicials per a sí<sup>158</sup>.

Per tant, la regla relativa a la informació precontractual (obligacions de cooperació i advertiment) entenem que caldria ubicar-la, juntament amb una regulació general sobre conformitat -com veurem més endavant- en la secció primera del Capítol II del Títol II del Codi civil de Catalunya.

Podem assenyalar que el consentiment informat és la versió moderna de l'expressió de la llibertat contractual; en aquest sentit, en aquesta etapa prèvia a la formació del contracte, el deure d'informació imposa un deure de veracitat

---

<sup>158</sup> BIGWOOD, R., "Contracts by Unfair Advantage: From Exploitation to Transactional Neglect", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 25, Issue 1, March 2005, p. 85 I 86.

entre les parts, amb la finalitat d'obtenir un consentiment no sols lliure, sinó també conscient.

En un context de contractació entre particulars, la normativa civil no determina, explícitament, un deure d'informació entre les parts, encara que això s'ha resolt, com ja hem vist, a través del principi de la bona fe que, aplicat en una fase precontractual, consisteix en establir deures precontractuals d'informació.

Com ja s'ha dit *supra*, l'art. IV.C.- 2:102 (5) estableix les conseqüències en el cas que qui complís amb el deure d'informació o d'avertiment fos qui fes l'encàrrec, el prestador del servei podrà reclamar una indemnització i un reajust del termini de compliment del contracte.

Si, per contra, és el prestador del servei qui no compleix amb el deure d'avertiment, haurà de respondre en cas d'incompliment contractual per no assolir el resultat esperable per aquell que ha fet l'encàrrec i haurà d'atenir-se al contracte sense demanar-ne la modificació..

Estableix l'art. IV.C.-2:102 DCFR que el prestador del servei, si té coneixement que el servei sol·licitat per l'altra part no es podrà resoldre de la forma prevista per aquella o si pot perjudicar-ne els seus interessos, l'ha d'advertir en aquest sentit<sup>159</sup>.

---

<sup>159</sup> Les conseqüències que preveu el legislador europeu per al cas que el prestador del servei incompleixi aquest deure són, tal i com preveu l'art. IV.C.-2:102 (3): *no tendrán efecto los cambios posteriores introducidos en el servicio por el agente en virtud del Artículo 2:109 (Variación unilateral del contrato de servicio) del Título C del Libro IV que se basen en la materialización del riesgo, salvo que el prestador del servicio demuestre que el cliente hubiera celebrado el contrato igualmente aunque hubiese sido advertido. Lo anterior será sin perjuicio de cualquier otra acción, incluidas acciones en caso de error, de que el cliente pueda disponer*

També el prestatari (o client en la terminologia del DCFR) té el deure precontractual d'advertir al prestador del servei si té coneixement d'algun fet que pugui fer més oneros el servei o que li requereixi més temps. Tanmateix, aquest no pot justificar el seu incompliment en el sentit d'assenyalar que el prestador coneixia o podia conèixer aquest advertiment

En seu de remeis, com hem vist, el DCFR es manté en la línia favorable de conservar el negoci jurídic. Això és així en tot el cos legal.

El principi de conservació del contracte, directament relacionat amb el principi de seguretat<sup>160</sup> (cfr. Principis 28 DCFR i l'art. 0:204 dels *Principes directeurs*<sup>161</sup>), revela una nova concepció que prioritza la composició d'interessos originàriament volguda i justifica el disseny d'instruments que permetin adaptar el contracte amb la finalitat de salvar el projecte econòmic que els contractants consideraven apte per a satisfer els seus interessos.

En el Dret contractual de consum, aquest principi té el seu màxim enunciat en els arts. 83 i 119 TRLGDCU, que procuren diferents tècniques jurídiques amb l'objectiu de mantenir el contracte, tot evitant que sigui declarat nul o ineficax quan aquest contingui clàusules invàlides.

Que preval la nul·litat parcial sobre la total s'enuncia a través de l'axioma "*utile per inutile non vitiatur*"<sup>162</sup>, que propaga també el *favor contractus* o *favor negotii*<sup>163164</sup>.

---

<sup>160</sup> Principi 17.5 DCFR: "el principio de la "conservación del contrato" (faveur pour le contrat), en virtud del cual, a la hora de tratar las cuestiones relacionadas con la interpretación, la invalidez o el cumplimiento de un contrato se dará prioridad a la perspectiva que otorgue eficacia al contrato frente a la que no lo haga, si ésta resulta perjudicial para los intereses legítimos de una de las partes".

<sup>161</sup> Art. 0:204: "Cuando el contrato esté sujeto a interpretación o cuando su validez o cumplimiento estén amenazados, se optará por preservar su eficacia si su desaparición perjudicara a los intereses legítimos de una de las partes".

<sup>162</sup> TOMÁS, G., "Utile per inutile non vitiatur: can *favor contractus* be considered a European *regula iuris*?" *ERCL* 12(3), 2016, pp. 259-286.

Així, en el Dret contractual de consum, observem una preferència clara pels remeis que permeten la conservació del contracte. L'art. 114 TRLGDCU assenyala l'obligació de lliurament del venedor al consumidor i usuaris de productes que siguin conformes amb el contracte (principi de conformitat). El venedor respondrà enfront del comprador de qualsevol falta de conformitat amb el contracte (art. 118 TRLGDCU). L'art. 119 estableix els remeis pels quals ha d'optar el consumidor, en primer lloc, davant una falta de conformitat: això és, la reparació o substitució del producte. La preferència per aquests remeis evidencia un sistema que persegueix la conservació del contracte. En segon lloc, el consumidor podrà triar entre la rebaixa del preu o la resolució del contracte, en els següents casos: a) si la reparació o substitució no poguessin ser exigides per resultar objectivament impossibles o desproporcionades; b) quan la reparació i la substitució no es duguin a terme en un termini raonable [art. 120 b) TRLGDCU]; c) si conclosa la reparació i/o després de la substitució del producte, aquest continua sent no conforme amb el contracte [art. 120 d) i f) TRLGDCU] o d) quan el venedor es negui a reparar o substituir el producte.

Com dèiem, i en relació amb la conservació del negoci jurídic, si qui incompleix aquest deure d'advertiment del contracte és el prestador, es manté l'eficàcia; si per contra es el prestatari, se'n modifica el contingut. Tanmateix, com hem vist, es pot al·legar l'error i això ens porta a altres possibilitats com ara l'anul·lació del contracte (vegi's art. II.-7201 DCFR) i, en aquest cas, un dels remeis previstos per a l'error és, precisament, l'adaptació del contracte (art. II.-7:203 DCFR).

---

<sup>163</sup> QUESADA GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> C., "El principio de conservación del contrato en el derecho de consumo", en AÑO VEROS TERRADAS, B., LLEBARÍA SAMPER, S., (2016): *El contrato: apuntes para una revisión. Principios y reglas ante el mercado, la política y el conflicto*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2016, p. 305 i ss.

<sup>164</sup> Vegi's KORNET, N., "Evolving general principles of International Commercial Contracts. The UNIDROIT Principles and Favor Contractus", *Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n°2011/07*, 2011, pp. 1-20.

### 3.3.2. Obligació de cooperar entre les parts:

En qualsevol negociació, cal considerar els interessos que tenen ambdues parts<sup>165</sup>; d'aquí podem extreure que, en la fase precontractual, existeix un deure de cooperació entre les dues parts del contracte<sup>166</sup>.

Aquest tipus de normes, d'informació o d'avertiment, han de delimitar les relacions negocials precontractuals; donar contingut a aquesta obligació significa entendre que la finalitat última d'aquests deures és preservar l'emissió d'un consentiment conscient.<sup>167</sup> La preservació de l'autonomia de la voluntat, en un sentit substantiu, implicar l'aproximació a la norma *ex ante*; per tant, qualsevol regulació que pretengui abordar la normativa de serveis ha de preveure normes que evitin la conclusió de contractes injustos o altament desequilibrats<sup>168</sup>.

L'art. IV.C.- 2:103 DCFR assenyala aquesta obligació de cooperar mitjançant un llistat exemplificatiu d'accions que donen contingut a aquesta obligació. Així, per exemple, s'apunta la necessitat que la part que rep el servei, en la mesura que hagi de sol·licitar permisos o llicències, les obtingui en el termini que sigui raonable. Entenem que no era necessari un llistat tan exhaustiu com el que pregona el DCFR perquè moltes de les indicacions o obligacions que recull

---

<sup>165</sup> BIGWOOD, R., (2005): "Contracts by Unfair Advantage: From Exploitation to Transactional Neglect" ... *cit* pp. 85-86.

<sup>166</sup> Cfr. VAN ERP, J.H.M., "The Pre-contractual Stage" en HARTKAMP, A., HESSELINK, M.W., HONDIUS, E., MAK, C., DU PERRON, E., (2011): *Towards a European civil code*, Alphen aan den Rijn: kluwer law international, 2011, p. 497.

<sup>167</sup> BIGWOOD, R., (2005): "Contracts by Unfair Advantage: From Exploitation to Transactional Neglect" ... *cit.*, p. 86, "*legal neighborhood does not function here to give P any sort of claim-right against D, but rather to invest P with an "immunity" against having her resources transferred away from her (under the colour of an objective contract) without her fully responsible consent. Also, the point of recognizing both the moral duty of protecting the vulnerable and the juristic disability of legal neighbourhood is to prevent vulnerable persons from coming to harm, which can be understood in terms of the vulnerable person's welfare interests, autonomy interests, or both*".

<sup>168</sup> TWIGG-FLESNER, C., *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham: Edward elgar publishing, 2016, p. 540: "*Thus, within national literature on contract law, it has been generally acknowledged that contract law is not neutral, but has distributive consequences.*"



aquest article s'englobarien dintre del concepte de la bona fe contractual que presideix, també, l'esfera anterior a la celebració del contracte<sup>169</sup>.

En quins estadis es dóna aquest deure de cooperació: no només en una fase precontractual sinó també en un escenari d'execució del contracte.

La intensitat notable de cooperació que caracteritza el contracte de serveis es tradueix en un alt catàleg, com hem vist, de càrregues d'informació, advertiment i instrucció en interès propi i de l'altre contractant. Com s'ha dit ja, la prestació del servei exigeix una materialització dinàmica en què poden aparèixer circumstàncies que tornin més onerosa l'execució o que requereixin més temps. Així, la cooperació entre les parts ajuda a corregir les desviacions que puguin produir-se<sup>170</sup>.

Quin tipus d'obligacions es deriven: el DCFR contempla que si la part que rep el servei no compleix amb els deures establerts per l'article, (en concret, no transmet la informació al prestador quan aquest li demana o no li dóna quan raonablement li hauria de donar), la norma permet al prestador interrompre la prestació o dur-la a terme en relació amb les expectatives que raonablement podria esperar el client. Si, en canvi, l'incompliment del deure de cooperació ocasiona un augment del temps o del preu, el prestador del servei podrà escollir entre una indemnització o un reajustament del termini d'execució<sup>171</sup>.

Observem, doncs, que la norma opta per donar continuïtat i conservació al negoci jurídic establert entre les parts. Tanmateix, també s'imposa la càrrega al

---

<sup>169</sup> Així ho indica, DE BARRÓN ARNICHES, P.: "Libro IV. Parte C. Servicios. Capítulo 2" op cit. p. 1165.

<sup>170</sup> FERRER RIBA, J., "Vicissituds de la prestació de Serveis... cit, p. 227. Assenyala aquest autor, a més, que 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 al client, constitueix una pèrdua de valor, que cal evitar tant com sigui possible (p. 228).

<sup>171</sup> Vegi's, especialment, LOOS, B.M., "Service contracts" op.cit., p. 770.

prestador del servei de comunicar la seva decisió d'interrompre la prestació o de concretar un resultat segons un estàndard mitjà de qualitat de forma expressa i segons el que estableix l'art. IV.-C-2:108 (així, l'art. IV.C.-2:103, apartat 2, diu així: *“Si el cliente no cumple los deberes contemplados en los apartados 1(a) o (b), el prestador del Servicio puede o bien interrumpir la prestación o llevarla a cabo conforme a las expectativas, preferencias y prioridades que razonablemente podría esperar el cliente, a tenor de la información y las directrices proporcionadas, siempre que advierta al cliente conforme a lo dispuesto en el art. IV.C.-2:108 (obligación contractual de información del prestador del servicio).*

Com hem vist, no s'imposa una conseqüència pròpia de l'incompliment sinó que, com detecta la doctrina, parlaríem d'un remei propi de la impossibilitat sobrevinguda que impedeix al professional dur a terme el treball tal i com s'havia acordat<sup>172</sup>. Però el DCFR sí que empra la paraula “obligació”. Observem que els comentaris als PEL SC assenyalen, també, que l'incompliment d'aquest deure pot provocar una situació pròpia de la “*mora creditoris*”.<sup>173</sup>

En conclusió, podem entendre que el deure de cooperar no és pròpiament una obligació del client sinó una càrrega que el legislador li imposa necessària per a l'obtenció del resultat esperat.

Constatem que el contingut de deures de cooperació es pot derivar del principi general de la bona fe i la honradesa en els tractes (art.111-7) i que no seria necessari un catàleg extens com el presentat per l'art. IV-C:2:103. Tanmateix, convindria dissenyar normativament quin és el règim de la seva eficàcia jurídica, és a dir, quines són les conseqüències del seu incompliment.

---

<sup>172</sup> DE BARRÓN ARNICHES, P.: “Libro IV. Parte C. Servicios. Capítulo 2” op cit. p. 1167.

<sup>173</sup> STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE: *Service Contracts* (PEL SC): op. cit., pàg. 190.

Hem vist, doncs, els deures de cooperació en la fase precontractual i veurem, també, el seu trasllat en la fase d'execució del contracte (*infra* 3.4).

### 3.3.3. El límit als deure d'advertiment : el principi d'autoresponsabilitat

En un context de contractació civil, el principi d'autoresponsabilitat assenyala que cada part ha de procurar-se la informació que li sigui accessible; no obstant això, en determinats contractes l'accés a aquesta informació *ex ante* pot ser una tasca difícil <sup>174</sup>.

Podem prendre, com a referència, el paradigma de l'excusabilitat que assenyala el l'art. 1104 CCE (*“La culpa o negligència del deutor consisteix en l'omissió d'aquella diligència que exigeixi la naturalesa de l'obligació i correspongui a les circumstàncies de les persones, del temps i del lloc. Quan l'obligació no expressi la diligència que ha de prestar-se en el seu compliment, s'exigirà la que correspondria a un bon pare de família”*).

Cal assenyalar aquí la necessitat de determinar quines eren les qualitats personals de la part feble i examinar si podia haver estat més diligent. Així mateix, caldria rebaixar la diligència en funció de quin hagi estat la conducta de l'altra part <sup>175</sup>.

Així, ens sembla encertada l'opció de NAVAS NAVARRO, que palesa la necessitat de responsabilitzar les parts a “autoinformar-se” o a recórrer a un expert amb la finalitat d'obtenir la informació necessària abans de prendre una decisió i més quan els contextos en què es negocia normalment no són senzills o

---

<sup>174</sup> GARCÍA RUBIO, M.P., “La información precontractual: buenas intenciones, cuestionables remedios” en LLÁCER MATACÁS, M<sup>a</sup>.R., (Coord.) (2015): *La codificación del Derecho contractual de Consumo en el Derecho civil catalán*, Madrid: Dykinson, 2015, p. 165.

<sup>175</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., “Comentarios al art. 1266” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.) (2013): *Comentarios al Código civil. Tomo VII*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 9106.

simples sinó complexos <sup>176</sup>; assumint que vivim en un context líquid <sup>177</sup>, canviant i, per tant, complicat, i, per tant, cal exigí un grau de diligència major als contractants que no poden ser aliens al context en què estan celebrant el negoci jurídic.

### 3. 4.- Obligacions d'advertència de caràcter contractual

Durant l'execució del contracte també s'estenen els deures de cooperació. És a dir, els contractants han de col·laborar i proporcionar-se la informació necessària. En aquest apartat inclouríem la facultat del prestador del servei de sol·licitar informació per a l'execució del servei i a l'altra part de prestar-la.

Aquest, en el sentit que li atorga el DCFR, té el deure d'advertir al prestador del servei si descobreix o és conscient que poden ocórrer fets que provoquin que la prestació del servei sigui més costosa o que requereixi més temps del que inicialment es va establir (art. IV.C.-2:102 (4)). A més a més, es presumeix que el client/prestatari coneixia els fets si aquests eren obvis en funció de les circumstàncies manifestament conegudes per aquest.

---

<sup>176</sup> NAVAS NAVARRO, S., (2015): *op.cit.*, pp. 184-191. L'autora divideix els contextos en simples, complicats i complexos. Els primers són estables; un context simple és "el terreno de lo conocido y un cambio de circunstancias se interpreta por los sujetos como un cambio "sustancial" e "imprevisible", aunque, en realidad, no lo sea, ya que si se hubieran contemplado todas las circunstancias, desde una perspectiva global, se habría podido prever esa alteración". En el cas del context complicat, aquest també és ordenat i estable, però cal fer un anàlisi més exhaustiu dels fets ja que cal donar respostes que no es formen automàticament, sinó que requereixen coneixements específics. I, els contextos complexos, són aquells que són dinàmics, inestables en què una alteració de les circumstàncies pot provocar conseqüències importants. En un sentit contrari s'expressa MOMBORG URIBE, R., (2011): *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts. Comparative perspectives*, tesi doctoral, Universitat de Utrecht, p. 279: "Practical experience shows that it is impossible for the parties to contemplate the occurrence and scope of all the possible factors that may potentially disturb their obligations, and, in addition, to negotiate the distribution of the possible risks that can arise from occurrence of those hypothetical circumstances. It is not realistic to assume that the parties themselves will always provide for solutions in their agreements".

<sup>177</sup> BAUMAN, Z., *Vida líquida*, Barcelona: Paidós, 2005, p. 9, tot i assenyalant "la sociedad "moderna líquida" es aquella en que las condiciones de actuación de sus miembros cambian antes de que las formas de actuar se consoliden en unos hábitos y en una rutina determinadas".

També la Proposta incorpora un article relatiu a les instruccions del prestatari (art. 1589), tot i indicant que el prestador del servei ha de seguir les instruccions rebudes i que no serà responsable de l'incompliment si així ho fa. A més a més, si aquesta mateixa part considera que alguna de les instruccions del prestatari constitueix una modificació del contracte que no excedeix de les permeses unilateralment pel mateix text, haurà de comunicar-ho al client i si aquest no la retira, el prestador del servei s'haurà d'ajustar a aquesta instrucció. És a dir, si les instruccions comporten una modificació substancial del contracte, el prestador del servei així ho ha d'advertir i, si qui encarrega el servei no revoca la instrucció en un termini raonable, s'entén que accepta el possible increment del preu o bé l'allargament del termini de compliment.

Convindria afegir, a més, l'obligatorietat del prestador del servei d'advertir si, en cas de seguir les instruccions el contracte no es pot arribar a complir o bé si es pot frustrar el resultat. Si malgrat tot qui encarrega el servei no revoca la instrucció, podríem establir dos possibilitats per al prestador del servei: el desistiment unilateral del contracte<sup>178</sup> o prestar el servei segons les instruccions rebudes<sup>179</sup>.

Si, finalment, la part que encarrega el servei no compleix el deure de donar instruccions, el DCFR estableix que el prestador del servei té dret a una indemnització o a una modificació del termini establert<sup>180</sup>.

Tanmateix, no existeix una obligació de fer, de recercar els possibles riscos: el deure d'advertiment queda limitat a la informació que el prestador del servei ha de prestar per tal d'executar el servei raonablement. Això és així per evitar un excés de paternalisme o de dirigisme contractual impropis del Dret de contractes.

---

<sup>178</sup> Amb la possibilitat de reclamar el pagament del preu de la part del servei que ja hagi estat executada.

<sup>179</sup> LOOS, B.M., "Service contracts" op.cit., p. 770.

<sup>180</sup> Potser convindria establir dues possibilitats. Si l'altra part incompleix el deure de donar instruccions, el prestador del servei podria, prèvia comunicació: suspendre l'execució o bé executar el servei d'acord amb les expectatives que raonablement pugui tenir qui l'encarrega.

L'art. IV.C.-2:107 DCFR, i en aquesta línia, estableix el deure del client de prestar instruccions. La Proposta ho inclou en l'art. 1589 d'una forma molt similar. Així doncs, si així resulta del contracte o de la naturalesa del servei, qui rep el servei ha de donar instruccions al prestador d'aquest. El DCFR parla de donar les instruccions de manera tempestiva.

Si durant l'execució del contracte i com a conseqüència de seguir les instruccions del client/prestatari, el prestador considera que no pot complir el contracte, el DCFR estableix l'obligació per aquest d'advertir-ho, en tal sentit, a l'altra part. També si les instruccions comporten una alteració substancial del contracte (així, art. 1589.3 Proposta i art. IV.-C:2:107.(3)). Si la part que rep el servei no revoca la instrucció en un termini raonable, el prestador del servei continuarà prestant-lo en funció de les instruccions rebudes i no serà responsable de l'incompliment contractual que se'n pugui derivar.

En el mateix sentit que assenyalàvem en l'apartat anterior, l'art. IV.-C: 2:108 DCFR estén, aquí ja en fase contractual, l'obligació pel prestador d'advertir de la possibilitat que no s'obtingui el resultat, o bé que altres interessos del prestatari quedin afectats o bé que el servei sobrevingudament esdevingui més car.

La diferència amb els deures precontractuals és que les obligacions d'advertir afecten a totes dues parts, mentre que l'obligació contractual de prestar informació només obliga al prestador del servei<sup>181</sup>.

Així, per exemple, l'art. IV.C.- 2:108 DCFR normativitza l'obligació d'advertiment del prestador del servei si aquest té motius per a pensar que la realització del contracte requereix més temps del que es va preveure o si la prestació del servei pot costar més del que s'havia establert a priori. És a dir, aquests deures d'advertiment són rellevants i poden recaure en ambdues parts:

---

<sup>181</sup> Adverteix ALONSO PÉREZ, M.T., "La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios... cit., p. 11 i 12.

el prestador del servei, com hem vist, pot haver d'advertir del risc que el servei prestat causi danys al client/prestatari o sigui més car o més lent de l'esperat i aquell que fa l'encàrrec, 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.

Finalment, i durant l'execució del contracte, també cal preveure que qui fa l'encàrrec ha de respondre, raonablement, a les peticions d'informació que li formuli el prestador del servei (així, atès l'art. IV.C.- 2:103 DCFR)

### **3.5. La distinció entre obligacions de resultat i d'activitat en el sí del contracte de serveis: el cas paradigmàtic de l'art. IV.C.- 2:106 DCFR.**

El DCFR aporta, en matèria de regulació del contracte de serveis, un aspecte innovador relatiu a la obligació de resultat com a element que permet definir el contracte de serveis, a manca de pacte entre les parts. És a dir, si en el contracte no s'ha establert expressament la presència d'obligacions enfocades cap a un resultat, aquest es podria exigir si fos raonable per part de qui encarrega el servei.

Alguna doctrina interpreta l'art. IV.C.-2:106 DCFR en el sentit de l'establiment d'un deure del prestador del servei d'obtenir un resultat en la prestació del servei<sup>182</sup>. En el DCFR, 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), dipòsit (IV.- C: 5:105), disseny (IV.-C.-6:104) i subministrament d'informació objectiva (IV.- C:7:105.2). En un altre sentit, en d'altres, es deixa la determinació a les circumstàncies del cas.

---

<sup>182</sup> Vegi's, especialment, CRESPO MORA, M<sup>a</sup> C: "Las obligaciones de medios y resultados de los prestadores de servicios en el DCFR", *InDret* 2/2013, p. 1-43.

La qüestió que caldrà resoldre, llavors, és qui ha d'assumir la responsabilitat en cas d'incompliment del servei quan no s'ha establert una obligació contractual d'assolir cap resultat concret. Entraran en joc, aleshores, criteris presumptius com, per exemple, les expectatives que tindria, raonablement, qualsevol part que encarregués el servei en les mateixes circumstàncies.

Recentment, en l'àmbit mercantil, la Proposta de Codi mercantil, elaborada per la Secció de Dret Mercantil de la Comissió General de Codificació, incorpora un article innovador que fa referència a les obligacions de mitjans i de resultat. Així, l'article 415-2 diu:

*“Supuestos de obligaciones contractuales.*

*1.- La obligación contractual puede consistir en proporcionar un resultado o simplemente poner los medios posibles para conseguirlo.*

*2.- Cuando no se hubiera pactado expresamente, para determinar en qué medida una obligación obliga a proporcionar un resultado o solo a poner los medios para conseguirlo, se tendrán en cuenta principalmente:*

*a) Los términos en que esté redactado el contrato.*

*b) El precio y demás elementos del mismo.*

*c) La mayor o menor idoneidad que, para alcanzar un resultado, tengan los medios a utilizar.*

*d) La incidencia que para el cumplimiento de la obligación tuvieran las aptitudes de la parte que asumió el encargo.*



Com dèiem, convé determinar, en aquest cas, qui té la càrrega de la prova de l'incompliment de l'obligació<sup>183</sup>. Per tal de resoldre la qüestió, es pot recórrer a la referència de la causa subjectiva del negoci: quin és el sentit pràctic d'aquest.

Aquesta la podem relacionar amb la *causa in concreto* de la doctrina italiana, per diferenciar-la de la "*causa in astratto*". Així doncs, la *causa in astratto* prescindeix del context negocial; per contra, la *causa in concreto* es defineix en el marc del contracte. En aquesta línia, la *causa in concreto* ha de ser entesa com una realització concreta de la funció abstracta del contracte, però sense arribar a identificar la causa amb els interessos dels contractants. És a dir, ha de separar-se la causa dels motius. En el nostre context, DE CASTRO ha assenyalat que l'anomenada causa concreta pot ser útil amb la finalitat de delimitar la causa en el seu aspecte subjectiu, és a dir, "*separar el supòsit de fet de tot allò que sigui jurídicament indiferent per a caracteritzar al negoci*"<sup>184</sup>. El que determina la noció de causa concreta és una valoració de cada contracte atès el resultat que amb ell es busca o que amb ell s'hagin proposat aconseguir les parts<sup>185</sup>.

Així doncs, i traslladant aquesta noció de *causa in concreto* a la contractació de serveis, en les obligacions de resultat podem dir que el prestador del servei garanteix l'interès últim que es busca a través de l'obligació, que s'integra en el sí del deure de prestació; en canvi, en les obligacions de mitjans, aquell prestador no garanteix l'interès que mou al creditor a contractar (causa

---

<sup>183</sup> El conflicte es planteja en els arts. 1137 i 1138 del Codi civil francès. El primer fa referència a la diligència del bon pare de família en el deure de custodiar alguna cosa i el segon estableix que el deutor només es pot exonerar de l'incompliment de l'obligació en aquells casos de cas fortuït (que caldrà provar). La doctrina francesa classifica el 1137 com una obligació de mitjans i el 1138 de resultat. Així doncs, en les obligacions de resultat, es presumeix la culpa del deutor si es produeix un incompliment i li correspon a aquest darrer acreditar el cas fortuït que el pugui eximir. En les obligacions de mitjans, en canvi, el creditor haurà de provar, necessàriament, la negligència del deutor per tal de fer-lo responsable de l'incompliment.

<sup>184</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., (1985): *El Negocio Jurídico*, Madrid: Civitas, p. 228.

<sup>185</sup> Vegi's l'obra de ROLLÍ, R., (2008): *Causa in astratto e causa in concreto*, Verona: CEDAM, pp. 45-246.

subjectiva) sinó que únicament s'obliga a realitzar una activitat de la forma pactada i, en el seu defecte, amb diligència.

En determinats contractes (obligació de mitjans) la part que encarrega el servei haurà de demostrar que el prestador de serveis no va actuar diligentment. Caldrà determinar en quins supòsits el prestador del servei pot negar l'incompliment. Per tant, i com assenyala ELIZALDE, "*tratándose de una simple actividad o de medios, correspondería al dañado acreditar la negligencia de los referidos profesioanels. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha invertido la carga de la prueba, a favor del perjudicado, quin solo debe acreditar la ruina, asigandno a los profesionales que intervinieron en la construcción la prueba de su diligencia, exigència que se agrava en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación*"<sup>186</sup>.

La regulació establerta per la Proposta de Codi Mercantil segueix el camí del DCFR i del decaigut projecte del CESL (art. 148). Aquest darrer, en l'article 148 establia que:

#### *Obligación de lograr un resultado y obligación de competencia y diligencia*

*1. El prestador del servicio deberá lograr cualquier resultado específico exigido por el contrato.*

*2. A falta de obligación contractual, expresa o implícita, de alcanzar un resultado específico, el prestador del servicio deberá ejecutar el servicio relacionado con la diligencia y competencia que quepa esperar razonablemente de un prestador de servicios y de conformidad con las leyes y demás disposiciones jurídicas vinculantes aplicables al servicio relacionado.*

---

<sup>186</sup> ELIZALDE, F.: "Las obligaciones de medios y de resultado en la Propuesta de Código Mercantil", *InDret* 3/2014, p. 11.

3. Para determinar la competencia y diligencia que razonablemente cabe exigir del prestador del servicio, deberán tenerse en cuenta, entre otras circunstancias: (e) la naturaleza, magnitud, frecuencia y previsibilidad de los riesgos que entraña la prestación del servicio relacionado para el cliente; (f) si se produce un daño, los costes de las medidas preventivas que habrían evitado que se produjera este daño o uno similar; y (g) el tiempo del que se dispone para la prestación del servicio relacionado.

4. Si, en un contrato entre un comerciante y un consumidor, el servicio relacionado incluye la instalación de los bienes, esta deberá realizarse de tal modo que los bienes instalados sean conformes con el contrato, tal como exige

5. En las relaciones entre un comerciante y un consumidor las partes no podrán excluir la aplicación del apartado 2, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor.

Observem que el CESL parlava de la diligència i competència raonable que es pot exigir a un prestador de serveis. Per contra, el DCFR utilitza el criteri de la raonabilitat; és a dir, si no es va preveure en el contracte l'establiment de cap resultat, el prestador del servei haurà d'assolir el resultat previst per qui encarrega el servei sempre que aquest sigui un resultat raonable. Això ens du a fer referència al criteri de la raonabilitat .

Aquest criteri, recentment, s'ha aproximat al concepte jurídic de la bona fe; això és així perquè les tradicions del *common law* (d'on sorgeix el concepte de la raonabilitat) i del *civil law* (d'on emergeix el principi jurídic de la bona fe) cada vegada es concilien més.

La doctrina insisteix en què haurien de ser les parts contractants les que assenyalessin en el sí del contracte si aquest es relaciona amb una obligació de mitjans o de resultat. Si a través de les normes d'interpretació del contracte

no s'obté una resposta, caldria integrar el contracte a través d'una norma com la del IV.C.- 2:106 DCFR.

La incorporació d'una norma dispositiva que permeti, en aquells casos en què no s'hagi pactat, que el deutor de la prestació quedi obligat a garantir o no el resultat, esdevé, doncs, una decisió de política legislativa. Aquesta opció es referendada pel DCFR però, en canvi, no es recull ni en la Proposta de Codi Mercantil ni s'establia, tampoc, en el decaigut projecte del CESL. Aquest darrer, en l'art. 148.2 recollia que: *“a falta de un resultado exigible, el deudor deberá cumplirlo con diligencia y competencia que quepda esperar razonablemente”*..

Així doncs, el CESL introduïa una norma per la qual el prestador del servei quedava vinculat per una obligació de mitjans. La protecció, en aquell cas, s'estenia cap al prestador del servei i no cap a qui l'encarregava. El DCFR, per contra, concreta la protecció de la part dèbil del contracte de serveis mitjançant la incorporació de la norma de l'art. IV. C.- 2:106, que vincula el prestador del servei a l'obtenció d'un resultat (raonable)<sup>187</sup>.

Com hem assenyalat ja anteriorment, segons la regulació que preveu el DCFR, el prestador del servei ha d'aconseguir el resultat declarat en el contracte. Si no existeix una declaració expressa o tàcita, cal que s'obtingui el resultat que raonablement desitjaria qualsevol persona que encarregués el servei, segons la informació i advertències que aquest prestador del servei hagi pogut fer amb anterioritat a la conclusió del contracte. Si tot i així no s'aconsegueix el resultat esperat, la persona que ha fet l'encàrrec podrà recórrer als remeis previstos en casos d'incompliment, que s'estudiaran més endavant. Enfront de la reclamació d'aquell que fa l'encàrrec, el prestador del servei pot al·legar, també, que el

---

<sup>187</sup> Adverteix LOOS, B.M., “Service contracts” op.cit, p. 776-777, que la distinció no és tan clara en el DCFR. Així, per exemple, un tractament mèdic no requerirà, normalment, l'obtenció d'un resultat sinó que haurà de seguir els estàndards normals per a tractaments similars. Tanmateix, hi ha una excepció: si pacient i metge han establert una obligació de resultat. El mateix pot passar amb la prestació d'assessorament jurídic; l'advocat normalment estarà sotmès a una obligació de mitjans i no de resultat; però, si se li requereix, per exemple, aportar determinada informació sobre la darrera sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, haurà de proporcionar la informació correcta.

resultat no s'ha aconseguit com a conseqüència de l'incompliment d'aquell del seu deure de col·laboració.

Tanmateix, recentment, s'ha matisat aquesta afirmació: així, coincidim amb ALONSO PÉREZ quan diu que *“este artículo no establece la obligación del prestador de desarrollar una actividad diligentemente en el caso de que no sea exigible un resultado. En realidad, nada se dice explícitamente acerca de qué ocurre cuando no hay obligación de alcanzar el resultado, por ello estos artículos se han interpretado en el sentido de que, en principio, el prestatador de la obligación de hacer está obligado a la consecución de dicho resultado y que, en el Trabajo apliado a su consecución, debe comportarse con diligencia”*<sup>188</sup>.

La configuració de les obligacions contractuals com a obligacions de resultat permeten que el principi de conformitat reguli les conseqüències de l'incompliment.

En el nostre context, és significativa la doctrina contrària a la distinció mitjans/resultats ja que esdevé innecessària quan la regulació del contracte de serveis incorpora la referència a la conformitat. L'incompliment de l'obligació de prestar un servei es relaciona, com veurem *infra*, amb la manca de conformitat (per exemple, vegi's l'art. 89 del decaigut projecte CESL) que no depèn de cap criteri d'imputació subjectiva sinó que és un principi neutre. Així, la noció de mitjans/resultats es relaciona amb la diligència mentre que l'incompliment, filtrat per la conformitat, es manté al marge de criteris subjectius.<sup>189</sup>

---

<sup>188</sup> ALONSO PÉREZ, M.T., “La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios... cit, p. 181.

<sup>189</sup> VAQUER ALOY, A., “La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores”, a CÁMARA LAPUENTE, S., (Dir.): *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Thomson Reuters Civitas: Cizur Menor, 2012, p. 442 i ss. Conclou l'autor que en el DCFR podria tenir sentit la distinció entre mitjans i resultats perquè es regula el contracte de tractament mèdic, que és un camp lligat a les obligacions de mitjans, però que no té cap sentit en el CESL.

Aquesta assimilació de conceptes o aquest trasllat de normes pròpies del contracte de compravenda al contracte de serveis que defensa VAQUER ALOY, té doctrina detractora com ALONSO PÉREZ. Per a aquesta autora, les particularitats del contracte de serveis fan inviable l'aplicació d'alguns mecanismes bàsics del règim d'incompliment en matèria de compravenda (per exemple, no podem parlar de restitució dels serveis). A més, la valoració del nivell de diligència en matèria de serveis serà, en molts casos, l'instrument idoni per a determinar el grau de compliment del contracte (sobretot en els casos en què el prestador de serveis estigui sotmès a una obligació de mitjans i no de resultat)<sup>190</sup>.

En el nostre context, les propostes de modernització del Codi civil espanyol, també han fet referència a aquesta qüestió.

Així, tant la PAPDC com la darrera versió de la proposta de modernització del Codi civil manlleven la referència al resultat que fa el DCFR. La proposta acadèmica presentada per l'Associació de Professors de Dret civil estableix, en l'art. 582-6, fa referència a l'obligació d'aconseguir un resultat. Aquest article diu així:

*Obligación de alcanzar un resultado.*

*1. El prestador debe lograr cualquier resultado expresamente exigido por el contrato o que se corresponda con las expectativas que haya generado a través de sus declaraciones públicas o en el proceso de negociación.*

*2. También debe obtener el resultado no comprometido expresamente que sea razonablemente esperado por el principal, por no existir riesgo*

---

<sup>190</sup> ALONSO PÉREZ, M.T., "La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios... cit., pp. 182 i 183 i ELIZALDE, F.: "Las obligaciones de medios y de resultado en la Propuesta de Código Mercantil... cit., p. 14.

*sustancial que pueda impedir su consecución empleando la diligencia exigible.*

Veiem, per tant, que se supera la dicotomia doctrinal entre obligació de mitjans i de resultat com a criteri delimitador de categories contractuals, però, al mateix temps, es concep l'extensió d'un deure de prestació assumit a través del contracte que comprèn, en molts casos, l'obtenció d'un resultat determinat.

Així mateix, i en relació amb aquesta darrera qüestió, l'art. 1588 de la darrera proposta de modernització del Codi civil presentada per la Comissió General de Codificació es refereix a la prestació de resultat i prestació d'activitat:

*Art. 1588: Prestación de resultado y prestación de actividad*

*1. Cuando las partes hubieren pactado el resultado que había de obtenerse o cuando, a pesar de la falta de pacto, el cliente podía razonablemente esperar determinado resultado, el prestador del servicio cumplirá su obligación si aquel resultado se consigue; pero cuando el contrato tuviere por objeto solamente la prestación de determinada actividad sólo habrá incumplimiento contractual cuando no se preste dicha actividad en los términos estipulados.*

Hem de fer referència, aquí, a la proposta de contracte d'obra elaborada per la Secció civil de la Comissió General de Codificació. Així, no es fa una definició del contracte sinó que s'exposa un llistat d'accions que poden realitzar-se sobre un bé immoble (construir-lo, mantenir-lo, millorar-lo...), sobre un bé moble (fabricar-lo, reproduir-lo...). però no es fa una equiparació amb la consecució d'un resultat. Tanmateix, la Proposta de Codi Mercantil, quan defineix el

contracte d'obra, sí que l'equipara amb qualsevol resultat convingut entre les parts (vegi's l'art. 521-1 de la Proposta)<sup>191</sup>.

Aquestes definicions del contracte d'obra ens permeten constatar que es desdibuixa la seva concepció tal i com està definida actualment i que no podem afirmar que s'equipari amb la consecució d'un resultat<sup>192</sup>.

ALONSO PÉREZ afirma, a més, que en aquestes propostes de la secció civil, "se *desdibuja el tipo contractual específico del contrato que hoy se conoce como arrendamiento de Servicios*"<sup>193</sup>. Les propostes regulen en el títol VI relatiu al contracte de serveis, el contracte d'obra (capítol II) però contempen un capítol I que fa referència a les disposicions generals, aplicables, també, al contracte d'obra. Tanmateix, no podem afirmar que es dibuixi un tipus contractual concret pel que el prestador del servei es comprometí, només, a desenvolupar una activitat. Les disposicions generals estan pensades, segurament, pel que coneixem com a arrendament de serveis, és a dir, contractes de serveis que articulen prestacions de fer de mitjans o de mera activitat.

Observem, per tant, que tots els instruments acadèmics estudiats fan referència a aquesta qüestió. El Llibre Sisè del Codi civil de Catalunya hauria de precisar el deure de diligència amb què cal executar la prestació, d'acord amb la naturalesa i les circumstàncies del servei encarregat, més enllà d'establir una obligació de resultat concreta. Pel que fa a la seva ubicació sistemàtica pensem que, al ser una característica pròpia del contracte de serveis, encaixaria en la secció primera del capítol segon del Títol segon, com a disposicions generals aplicables a tots els contractes de serveis, més enllà que, en determinats tipus contractuals de serveis, es pugui establir una obligació de resultat. Convindria,

---

<sup>191</sup> Concretament, en el segon paràgraf: *se entiende por obra la elaboración, reparación o transformación de una cosa, así como la consecución, por medio de otra actividad, de cualquier otro resultado susceptible de entrega o puesta a disposición del comitente.*

<sup>192</sup> L'art. 1588 CCE- en seu de contracte d'obra- aposta clarament pe rla consecució d'un resultat.

<sup>193</sup> ALONSO PÉREZ, M.T., "La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios... cit., pp .198 i ss.



per tant, establir la possibilitat que el servei consisteixi en una consecució d'un resultat (que ha de ser el pactat o el que raonablement pugui esperar el prestatari). En tot cas cal, això sí, imposar un deure de diligència sobre el prestador del servei, d'acord amb el d'una persona raonable i amb la naturalesa i circumstàncies del servei encarregat.

L'alineació de la regulació catalana amb l'establerta pel DCFR permetria l'establiment de paradigmes propis d'un dret contractual més just, tot i malgrant per aconseguir protegir adequadament la part feble del contracte; en aquest cas, qui encarrega el servei.

### **3.6. La conformitat en el contracte de serveis**

Recentment, la Directiva (UE) 2019/770 del Parlament Europeu i del Consell, de 20 de maig de 2019, relativa a determinats aspectes dels contractes de subministrament i serveis digitals, estableix, en el considerant 11, que:

*“La presente Directiva debe establecer normas comunes sobre determinados requisitos relativos a los contratos entre empresarios y consumidores para el suministro de contenidos o servicios digitales. Con este fin, deben armonizarse plenamente las normas sobre la conformidad de los contenidos o servicios digitales con el contrato, las medidas correctoras en caso de falta de conformidad o de incumplimiento en el suministro y las modalidades para exigir dichas medidas correctoras, así como sobre la modificación de contenidos o servicios digitales”.*

Observem aquí, doncs, la importància que el legislador comunitari atorga al principi de conformitat. La Directiva considera, a tall d'exemple, que *“la falta de suministro de actualizaciones que se hayan acordado en el contrato debe considerarse una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales. Además, las actualizaciones defectuosas o incompletas también deben considerarse una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales,*

por cuanto ello supondría que dichas actualizaciones no se realizan de la forma estipulada en el contrato” (CDO 44).

Així, l'article 1 de la Directiva té com a objectiu:

*“La finalidad de la presente Directiva es contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, proporcionando a la vez un alto nivel de protección de los consumidores, a través del establecimiento de normas comunes sobre determinados requisitos relativos a los contratos celebrados entre empresarios y consumidores para el suministro de contenidos o servicios digitales, en particular normas sobre: — la conformidad de los contenidos o servicios digitales con el contrato, — las medidas correctoras en caso de falta de conformidad o incumplimiento del suministro y las modalidades para exigirlos, y — la modificación de los contenidos o servicios digitales”.*

D'entrada convé assenyalar que la conformitat s'ha predicat, sobretot, en els béns, però no en els serveis.

Tanmateix, com indica ARNAU RAVENTÓS, no hi ha cap argument tècnic que aconselli predicar només la conformitat dels béns però no dels serveis<sup>194</sup>. Com hem vist, el Dret europeu l'avalua; també la Directiva (UE) 2015/2302, del Parlament Europeu i del Consell, de 25 de novembre de 2015, relativa als viatges combinats i als serveis de viatges combinats, predica la conformitat dels serveis en l'art. 13.3 Diu així:

*“3. Si cualquiera de los servicios del viaje no se ejecuta de conformidad con el contrato de viaje combinado, el organizador deberá subsanar la falta de conformidad, salvo:*

---

<sup>194</sup> ARNAU RAVENTÓS, L., “La conformitat de la prestació al contracte”: questions des del Codi de Consum, a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (Coord): Els Reglaments europeus i l'evolució del Dret català de contractes, família i successions, Documenta Universitaria: Girona, 2019, p. 103 i ss.

a) si resulta imposible, o

b) si ello entraña un coste desproporcionado, teniendo en cuenta la gravedad de la falta de conformidad y el valor de los servicios del viaje afectados.

Se aplicará el artículo 14 si el organizador, de conformidad con las letras a) o b), no subsana la falta de conformidad”.

Veiem, doncs, que s'identifica la falta de conformitat amb la inexecució o execució incorrecta del servei. Així, l'art. 13.1 d'aquesta Directiva diu que: “Los Estados miembros garantizarán que el responsable de la ejecución de los servicios de viaje incluidos en el contrato de viaje combinado sea el organizador, con independencia de que estos servicios vayan a ser ejecutados por el organizador o por otros prestadores de servicios de viaje”.

VAQUER ALOY ha plantejat, extensivament, el concepte de conformitat des d'una perspectiva generalista aplicable al dret d'obligacions i contractes, més enllà del contracte de compravenda<sup>195</sup>.

Aquest concepte és realment conegut en l'àmbit del dret de consum, delimitat en, com dèiem, el contracte de compravenda. Així, la falta de conformitat en la compravenda és un concepte unitari que “pretende describir cualquier desviación de los bienes respecto de las expectativas del comprador en el contrato de compraventa”<sup>196</sup>. Podem dir que la conformitat consisteix en què el disseny que les parts es van fer de la prestació es correspongui amb la cosa finalment entregada.

---

<sup>195</sup> Vegi's, VAQUER ALOY, A, “El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?”, *Estudios Monográficos, ADC*, Tomo LXIV; 2011, fasc. I.

<sup>196</sup> *Ibidem*, p. 11

Una de les característiques més assenyalades de la noció de falta de conformitat, almenys en seu de contracte de compravenda, és la seva objectivitat; és a dir, no demana culpa sinó que se sol vehicular a través d'una presumpció. Vegem-ho.

Per exemple, l'art. 114 TGRDLCU indica que: *El vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto.* Més endavant, l'art. 116.1 relata un detall de què s'entén per conformitat.

*1. Salvo prueba en contrario, se entenderá que los productos son conformes con el contrato siempre que cumplan todos los requisitos que se expresan a continuación, salvo que por las circunstancias del caso alguno de ellos no resulte aplicable: a) Se ajusten a la descripción realizada por el vendedor y posean las cualidades del producto que el vendedor haya presentado al consumidor y usuario en forma de muestra o modelo. b) Sean aptos para los usos a que ordinariamente se destinen los productos del mismo tipo. c) Sean aptos para cualquier uso especial requerido por el consumidor y usuario cuando lo haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de celebración del contrato, siempre que éste haya admitido que el producto es apto para dicho uso. d) Presenten la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor y usuario pueda fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del producto y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los productos hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o en el etiquetado. El vendedor no quedará obligado por tales declaraciones públicas si demuestra que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, que dicha declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato o que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el producto.*

Veiem, doncs, que la conformitat en el contracte de compravenda està molt estesa i acceptada en l'àmbit del Dret de consum. El legislador català, amb l'aprovació del llibre Sisè del Codi civil de Catalunya, s'aparta de la noció de vicis ocults i de sanejament per evicció pròpia del CCE i, amb bon criteri, acull la noció de conformitat<sup>197</sup> i generalitza aquest remei a tota compravenda, i no només a la de consum o a la compravenda internacional de mercaderies (CISG). Tanmateix, el legislador català no fa referència al règim de conformitat en els contractes de subministrament digital i, ja hem vist, la importància que li atorga la Directiva<sup>198</sup>. Si observem la Directiva sobre continguts digitals, es fa una divisió entre elements objectius i subjectius per a la conformitat.

Així doncs, l'art. 6 contempla l'obligació per a l'empresari de subministrar continguts o serveis digitals que compleixin els requisits objectius i subjectius establerts més endavant. Cal que siguin conformes a les descripcions i tinguin la funcionalitat que disposa el contracte; que siguin aptes pels objectius pels que el consumidor els necessita i que se subministrin amb el conjunt d'accessoris i instruccions i assistència establert en el contracte (art. 7). Com a requisits objectius, la Directiva estableix la necessitat que la qualitat del servei o contingut digital sigui similar a la que presentaria un contingut o servei del mateix tipus. A més a més, estableix l'obligació per a l'empresari de vetllar per la comunicació i subministrament al consumidor de *“las actualizaciones, incluidas las relativas a la Seguridad, que sean necesarias para mantener la conformidad de los contenidos o Servicios digitales durante el período:*

*a) en que deban suministrarse los contenidos o Servicios digitales con arreglo al contrato, cuando este prevea el suministro continuo durante un período, o*

*b) que el consumidor pueda razonablemente esperar habida cuenta del tipo y la finalidad de los contenidos o Servicios digitales, y teniendo en cuenta las*

---

<sup>197</sup> També present en el Codi Consum de Catalunya ex art. 242-2.

<sup>198</sup> Vegi's, especialment, CÁMARA LAPUENTE, S., "El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015", *InDret 3/2016*, p. 30 i ss.

*circunstancias y la naturaleza del contrato, cuando este establezca un único acto de suministro o una serie de actos de suministro separados.*

Tanmateix, la Directiva exclou a l'empresari de responsabilitat si el consumidor no instal·la l'actualització que li proporciona l'empresari, sempre que l'hagués informat sobre la disponibilitat de l'actualització i que les instruccions d'instal·lació fossin les pertinents. Tampoc hi ha falta de conformitat si el consumidor accepta la divergència.

L'article 9 contempla, a més, la integració incorrecta dels continguts o serveis digitals com una falta de conformitat.

Les mesures establertes per la Directiva en cas de falta de conformitat són variades (art. 14): el consumidor pot escollir que els continguts o serveis digitals siguin posats en conformitat, que se li apliqui una reducció del preu o que es resolgui el contracte segons el que estableix l'article<sup>199</sup>.

---

<sup>199</sup> L'art. 14 de la Directiva diu així: *1. En caso de falta de conformidad, el consumidor podrá exigir que los contenidos o servicios digitales sean puestos en conformidad, que se le aplique una reducción proporcionada del precio o que se resuelva el contrato de conformidad con las condiciones establecidas en el presente artículo. 2. El consumidor tendrá derecho a exigir que los contenidos o servicios digitales sean puestos en conformidad, salvo que resulte imposible o que ello suponga al empresario costes desproporcionados, teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso, y entre ellas: a) el valor que tendrían los contenidos o servicios digitales si no hubiera existido falta de conformidad, y b) la relevancia de la falta de conformidad. 3. El empresario pondrá los contenidos o servicios digitales en conformidad con arreglo al apartado 2 en un período razonable de tiempo a partir del momento en que el consumidor haya informado al empresario sobre la falta de conformidad, sin cargo alguno y sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los contenidos o servicios digitales y la finalidad que tuvieran los contenidos o servicios digitales para el consumidor. 4. El consumidor podrá exigir una reducción proporcionada del precio con arreglo al apartado 5, si los contenidos o servicios digitales se suministran a cambio del pago de un precio, o bien la resolución del contrato con arreglo al apartado 6, en cualquiera de los casos siguientes: a) la medida correctora consistente en poner los contenidos o servicios digitales en conformidad resulta imposible o desproporcionada con arreglo al apartado 2; b) el empresario no ha puesto los contenidos o servicios digitales en conformidad con arreglo al apartado 3; c) subsiste la falta de conformidad pese al intento del empresario de poner los contenidos o servicios digitales en conformidad; d) la falta de conformidad es de tal gravedad que se justifica la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato, o e) el empresario ha declarado, o así se desprende claramente de las circunstancias, que no pondrá los contenidos o servicios digitales en conformidad en un plazo razonable o sin inconvenientes significativos para el consumidor. 5. La reducción del precio será proporcionada a la disminución del valor de los*

Quina ha estat la integració que ha fet el Llibre sisè del principi de conformitat?

L'art. 621-20 CCCat diu:

*Criteris per a determinar la conformitat*

*1. El bé és conforme al contracte si compleix els requisits següents:*

*a) Tenir la quantitat, la qualitat, el tipus, les prestacions i l'ús pactats.*

*b) Ésser lliurat amb l'empaquetatge o envasament acordats.*

*c) Ésser subministrat amb els accessoris i les instruccions estipulats en el contracte.*

*2. La conformitat exigeix, llevat que s'hagi pactat altrament o que per les circumstàncies del cas algun d'aquests criteris no sigui aplicable, que el bé:*

*a) S'ajusti a la descripció feta pel venedor.*

*b) Sigui idoni per a l'ús habitual a què es destinen els béns del mateix tipus.*

*c) Tingui les qualitats i prestacions habituals que el comprador pot esperar segons la naturalesa del bé en béns del mateix tipus i, si escau, segons les*

---

*contenidos o servicios digitales suministrados, en comparación con el valor que tendrían los contenidos o servicios digitales si fueran conformes. Cuando el contrato estipule que los contenidos o servicios digitales se suministren durante un período a cambio del pago de un precio, la reducción en precio se aplicará al período durante el cual los contenidos o servicios digitales no hayan sido conformes. 6. Cuando los contenidos o servicios digitales se suministren a cambio del pago de un precio, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato solo si la falta d*

*declaracions del venedor o de tercers d'acord amb el que disposa l'article 621-24.2.*

*d) Tingui les qualitats i prestacions de la mostra o el model que el venedor hagi presentat al comprador.*

*e) Estigui embalat o envasat de la manera habitual o, si escau, de manera adequada per a conservar i protegir el bé o donar-hi la destinació que correspongui.*

*3. La inadequació del bé per a ésser destinat a un ús particular manifestat pel comprador al venedor en el moment de la conclusió del contracte comporta manca de conformitat, sempre que el venedor hagi admès la possibilitat d'aquest ús.*

Què inclou la falta de conformitat: el compliment defectuós o inexacte, el retràs, els vicis o defectes de la cosa i fins i tot la prestació diferent a la pactada.

El caràcter omnicomprensiu ens permet parlar de la noció de conformitat material i jurídica en el Llibre Sisè.

La conformitat material és la que fa referència a la quantitat, qualitat i tipus de la cosa i/o servei (els requisits subjectius de què parla la Directiva ex art. 7). Si la cosa entregada (recordem que el Llibre Sisè l'emmarca en el contracte de compravenda) compleix amb aquest esquema, hi haurà conformitat i sinó incompliment. Recordem que la conformitat no té en compte la imputació subjectiva al venedor o al prestador: com assenyala Vaquer, "*la falta de conformidad se caracteriza por su objetividad o, si se prefiere, neutralidad*".



L'art. 621-20 CCCat combina, com veiem, criteris objectius i subjectius; pel que fa al criteris objectius, són clars: quantitat, la qualitat, el tipus, les prestacions i l'ús pactats.

I, subjectivament, les expectatives del comprador i/o prestador del servei: Tingui les qualitats i prestacions habituals que el comprador pot esperar segons la naturalesa del bé en béns del mateix tipus i, si escau, segons les declaracions del venedor o de tercers (coincideixen amb els requisits subjectius de la Directiva, art. 8).

Sobre les expectatives del prestatari, el decaigut projecte del CESL establia, en l'art. 100, g (Annex I), i en relació amb el contingut digital, que aquest havia de tenir, en tot cas, "*las cualidades que el comprador pueda esperar*". El que valorem aquí, per tant, són expectatives raonables. La raonabilitat és un concepte jurídic indeterminat que no ajuda a concretar la manca o no de conformitat<sup>200</sup>.

Tanmateix, la voluntat de les parts permet modificar alguns dels criteris establerts per l'art. 621-20. Així, el criteri central de conformitat és la voluntat de les parts del contracte<sup>201</sup>.

És a dir, l'art. 621-20.1 parla de la conformitat segons aquells usos pactats o si és conforme amb l'envasament acordat. Una vegada més, observem, la primacia que l'ordenament jurídic català atorga a l'autonomia de la voluntat de les parts (art. 111-6 CCCat).

---

<sup>200</sup> YANGUAS GÓMEZ, R., "El principio de conformidad y su aplicación a los contenidos digitales", a CÁMARA LAPUENTE, S., (Dir.): *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Thomson Reuters Civitas: Cizur Menor, 2012, pp. 482-483.

<sup>201</sup> VAQUER ALOY, A., "La conformidad de la prestación en la nueva regulación de la compraventa en Cataluña", a SERRANO DE NICOLÁS, Á., (Coord): *Estudios sobre el Libro Sexto del Código civil de Cataluña*, Madrid: Colegio Notarial de Cataluña, p. 220.

Això cobra sentit en el contracte de serveis ja que són les parts les que dissenyen com ha de ser la prestació i, per tant, en cert sentit és lògic que siguin elles qui conformin què cal entendre per incompliment (allò que no sigui conforme a allò pactat).

Una vegada s'han establerts els criteris que dissenyaran la conformitat (quantitat, qualitat, envasament, etc) no hi haurà jerarquia entre els criteris ja que tots seran iguals de rellevants a fi de determinar la manca o no de conformitat.

Paradigmàticament, en el CCCat, malgrat està enquadrat en l'entorn del contracte de compravenda, com ja hem dit, observem una prestació de fer en l'art. 621-21 CCCat:

*“1. Si el contracte estableix la instal·lació del bé, la instal·lació incorrecta comporta manca de conformitat si ha estat feta:*

*a) Pel venedor o per algú altre sota la seva responsabilitat.*

*b) Pel comprador o per algú altre sota la seva responsabilitat, si la incorrecció obeeix a una deficiència en les instruccions proporcionades pel venedor.*

*2. En la compravenda de consum, és ineficaç qualsevol pacte, clàusula o estipulació que modifiqui, en perjudici del consumidor, el règim que estableix l'apartat 1.*

Obsevem que es produeix la mutació d'un contracte que, ja no podem qualificar com a compravenda sinó que s'emmarca millor en la tipologia dels serveis<sup>202</sup>; si

---

<sup>202</sup> Així, ARNAU RAVENTÓS, L., “La conformitat de la prestació al contracte”: op.cit., p. 107.

la instal·lació té un cost superior al preu del bé instal·lat sembla que ens trobem, doncs, davant d'un contracte de serveis<sup>203</sup>.

Per concloure la regulació de la conformitat en l'entorn català (i en el contracte de compravenda), cal palesar que aquest règim acaba per substituir a les normes en matèria de sanejament. Així doncs, ARNAU RAVENTÓS puntualitza que la remissió a les normes de sanejament cal entendre-la efectuades (a Catalunya) a les normes en matèria de conformitat. *“l'argument tècnic el proporciona l'art. 111-4 CCCat, que situa el CCCat com a dret supletori de tota regulació, catalana o no, aplicable a Catalunya. I aquesta supletorietat porta a les normes en matèria de conformitat perquè són les que ocupen l'espai que haurien ocupat les normes en matèria de sanejament si el legislador català s'hagués inspirat en un model com el que encara es manté en el Codi estatal. El resultat final és, doncs, que la integració de la conformitat a un altre contracte de servei (entenenç com a tal el d'arrendament de cosa) la facilita, en aquest cas per aplicació supletòria, el CCCat<sup>204</sup>.*

Per altra banda, el DCFR no inclou la conformitat com a principi general sinó que l'estableix per a cada una dels tipus contractuals. Així, si bé l'art. IV.-C:2:104 DCFR fa referència a que els materials i eines utilitzats pel prestador siguin conformes al contracte, i que l'art. IV.C.-2:110 DCFR parla de la càrrega de notificar la falta de conformitat anticipadament, és en els diferents tipus contractuals on es detalla la manca de conformitat (per exemple, en l'art. IV.-3:104 (1), en matèria de construcció).<sup>205</sup> La doctrina conclou, tanmateix, que la conformitat és un criteri general de prestació de serveis ja que *“(...) en todos los supuestos en que el prestador de servicios se obliga a obtener un determinado*

---

<sup>203</sup>L'art. 2 de la Directiva (UE) del Parlament i del Consell, del 17 d'abril de 2019, sobre *la mejor y la aplicación y modernización de las normas de protección de los consumidores de la UE*, defineix el contracte de Serveis així: *todo contrato, con excepción de un contrato de venta, en virtud del cual el comerciante provee o se compromete a proveer un servicio, incluido un servicio digital, al consumidor.*

<sup>204</sup> Així, ARNAU RAVENTÓS, L., “La conformitat de la prestació al contracte”: op.cit., p.111.

<sup>205</sup> Aquest art. diu així: *“The constructor must ensure that the structure is of the quality and description required by the contract. Where more than one structure is to be made, the quantity also must be in conformity with the contract”*. Així ho assenyala VAQUER ALOY, A, “El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones? op cit., p. 29.

*resultado, obligación que, en el sistema del DCFR, se presume para todo contrato de servicios, salvo que otra cosa resulte de los pactos entre las partes o del concreto tipo contractual. Prueba de ello es que se alude como criterios de conformidad a la especie, a la cantidad, a la calidad o a la descripción de la prestación, ideas que sólo encajan con un resultado, y las más de las veces con un resultado tangible o mensurable, incluido el supuesto del asesoramiento*<sup>206</sup>.

Si ens fixem amb l'art. IV.C.- 2:110 DCFR, que incorpora l'obligació de notificar anticipadament la falta de conformitat, és a dir, que el prestatari ha d'advertir al prestador que no aconseguirà el resultat pretès, observem com és una eina que persegueix el compliment del contracte tal i com s'havia pactat. Veiem, novament, el tret essencial del contracte de serveis: la contínua col·laboració exigida entre les parts<sup>207</sup> per tal que s'arribi a concloure el contracte de la forma inicialment pactada.

La qüestió que sorgeix de la lectura de l'art. IV.C.- 2:110 DCFR és la de si s'imposa una obligació o càrrega al prestatari d'anticipar-se i notificar una manca de conformitat.

Els comentaris oficials al DCFR es plantegen, precisament, aquesta qüestió: en un altre sentit, és el prestador del servei qui té la càrrega de complimentar-lo, d'executar-lo segons allò previst. Així, el dubte que sorgeix és quin és el límit en què aquesta obligació de notificació deixa de ser exigible al prestatari<sup>208</sup>.

---

<sup>206</sup> Idem

<sup>207</sup> DE BARRÓN ARNICHES, P.: "Libro IV. Parte C. Servicios. Capítulo 2" op cit., p. 1099 i ss.

<sup>208</sup> Els comentaris oficials assenyalen, doncs, que: "*The question is whether it is necessary to impose an obligation on the client to notify the service provider of anticipated non-performance while the service is still under way. It is true that the interests of both parties to the service contract are met when the client signals that performance of the service may not lead to the outcome required. But it is also true that it is the service provider's job to achieve that result, and that it may be considered undesirable to burden the client with taking care of problems which should be dealt with by the service provider. Moreover, imposing an obligation to notify on the client in the course of the service process raise the question whether and to what extent the*

Si el prestatari no compleix adequadament aquesta obligació de notificació, el DCFR n'estableix dues: una indemnització pels danys que es puguin derivar de la pèrdua com a conseqüència de l'incompliment i l'establiment d'un nou termini per a la prestació del servei.

La Proposta també considera el principi de conformitat en l'article 1591, tot i establint que:

*“1. La conformidad del cliente con las prestaciones realizadas por el prestador del servicio en ejecución del contrato podrá hacerse expresa o tácitamente o de modo presunto cuando no haya protesta u oposición.*

*2. Si durante el periodo de realización del servicio el cliente llegar a conocer que el prestador no logrará alcanzar el resultado previsto o razonablemente previsible, deberá advertírsele oportunamente. Exceptúase el caso de que ello no pudiera ser desconocido por el prestador del servicio.*

*3. La omisión de tal advertencia por el cliente le hará responsable de los gastos y desembolsos que el prestador del servicio haya realizado pero que hubiera podido evitar”.*

La Proposta limita la indemnització com a remei en cas que el prestatari no compleixi amb l'obligació d'advertiment.

Finalment, considerem que la regulació de la conformitat en el CCCat convindria ubicar-se en seu de part general, sense perjudici que en els diferents tipus de contractes de serveis s'establís una particularitat específica, tal i com fa el DCFR.

---

*client must also investigate the performance of the service in order to discover failures that could be the object of notification (p. 1691).*

Caldria concretar, a més, la facultat per al prestador del servei de corregir la manca de conformitat una vegada rebuda la notificació. A més, la regulació hauria de preveure que el prestatari pogués rebutjar aquesta correcció si aquesta no es pogués fer sense retard o amb inconvenients per aquesta part o si tingués motius raonables per creure que el prestador no complirà amb aquesta correcció o si el retard comportés un incompliment essencial.

Els remeis que caldria descriure en un supòsit de falta de conformitat abraçarien la possibilitat de suspendre el pagament del preu mentre la correcció estigués pendent i, en la línia del Dret dels consumidors, si la correcció de la manca de conformitat no fos possible, el prestatari podria exigir una rebaixa del preu o una resolució del contracte (excepte, en aquest darrer cas, que l'incompliment fos d'escassa importància). En qualsevol supòsit caldria preveure una possible indemnització de danys.

### **3.7. Modificació unilateral en la prestació de servei**

La dinàmica que caracteritza el contracte de serveis imposa la necessitat de dedicar un precepte a la possibilitat que les parts modifiquin el contracte durant l'execució d'aquest, sempre que sigui necessari per a l'obtenció del resultat que es pretén.

Així, el DCFR ho contempla en el l'art. IV.C.- 2:109 DCFR; imposa una obligació de notificar prèviament la necessitat de modificar el contracte.

Aquest article constitueix una excepció al principi de vinculació contractual que consagren tots els ordenaments jurídics. La conformitat del contracte és tan transcendental que es permet modificar el contracte a fi d'obtenir el resultat pretès.

Tanmateix, considerem que cal ser cautelosos a l'hora d'establir un precepte com aquest; convé partir del principi que el contracte de serveis només es pot modificar pels consentiment d'ambdues parts i cap d'elles pot imposar, a l'altra,

una modificació no desitjada. Ara bé, això també ha de ser compatible amb les alteracions que puguin derivar dels deures d'advertència i/o cooperació o de les instruccions que el prestatari pugui donar al prestador del servei en el decurs de l'execució del contracte.

La Proposta també incorpora un article relatiu a aquesta modificació unilateral (art. 1590) encara que no fa referència (com si que ho fa el DCFR) al canvi sobrevingut de les circumstàncies (paràgraf 2, lletra d). Si es produeix una alteració sobrevinguda de les circumstàncies referendada en l'art. III.-I:110 DCFR, queda justificada la modificació unilateral<sup>209</sup>.

### 3.8. Extinció del contracte

Finalment, cal plantejar les causes d'extinció del contracte. Més enllà de les causes generals d'extinció aplicables a tot contracte, caldria fer referència a determinades particularitats.

Així, una causa d'extinció seria l'incompliment del termini pactat<sup>210</sup>.

El DCFR estableix una causa d'extinció relativa a la voluntat unilateral del prestatari. Així, l'art. IV.C.- 2:111 permet resoldre la relació contractual al prestatari sempre que ho notifiqui al prestador del servei; si ho fa justificadament, no haurà d'abonar cap tipus d'indemnització; per contra, la resolució serà vàlida però el prestador podrà reclamar una indemnització prevista en el Llibre III.

Convindria distingir l'extinció per desistiment unilateral en els contractes amb una durada indefinida (en què, si hi ha l'antelació suficient, qualsevol de les dues parts podria donar per extingit el contracte, tot i salvant el dret a una remuneració corresponent a la part ja executada que podria reclamar el

---

<sup>209</sup> Sobre la figura de l'alteració sobrevinguda de les circumstàncies vegi's, entre altres, RUBIO GIMENO, G., "Riesgo contractual y alteración sobrevenida de las circunstancias" a GRAMUNT FOMBUENA, M., FLORENSA I TOMÁS, C.E., (Dir.) *Codificación y reequilibrio de la asimetría negociada*, Madrid: Dykinson, 2017, p. 197 i ss.

<sup>210</sup> Convé anotar aquí que la Proposta considera nul el contracte en què una persona s'obliga a prestar Serveis durant tota la vida o per un període que sigui notòriament superior a l'usual per al tipus de servei de què es tracti.

prestador); per contra, si el contracte té una durada determinada, també es pot preveure l'extinció unilateral per part del prestatari però subjecta a l'abonament d'una indemnització pels danys que pugui causar al prestador del servei.

Convé aquí diferenciar el dret de desistiment que en l'àmbit del dret de consum s'atorga al consumidor, que no necessita al·legar cap motiu ni justificar la seva decisió. L'art. 68 TRLGDCU rubrica aquest dret i es justifica com un dret que s'atorga a la part feble de la relació, el consumidor. En l'àmbit del dret de família trobem normes similars; així doncs, pensi's amb els pactes atorgats pels cònjuges, una vegada produïda la ruptura, fora de conveni regulador (art. 233-5 CCCat)<sup>211</sup>. El CCCat permet desistir d'aquests si s'han atorgat sense assistència lletrada en el període de tres mesos des de que van ser adoptats i, com a màxim, fins el moment de contestació a la demanda (233-5.2 CCCat). Això és així perquè la finalitat del legislador és que l'emissió del consentiment sigui del tot lliure i amb una apreciació exacta de la realitat: la situació de vulnerabilitat personal que caracteritza aquests episodis justifica la necessitat de permetre al cònjuge que no estigui acompanyat per un advocat desfer-se del pacte. I és més complexa la situació quan, una vegada produïda la ruptura, encara no ha acabat la convivència (situació que es pot allargar); el legislador permet deixar sense eficàcia aquest acord, a través de la facultat d'arrepentiment (com un *cooling off period*)<sup>212</sup>. També l'art. 62 TRLGDCU atribueix al consumidor la facultat de desistiment en aquells contractes de prestació de serveis o subministrament de béns de tracte successiu o continuat.

Observem, per tant, la diferència entre aquell dret de desistiment atorgat pel DCFR i el que atorga la norma de consum, ja que la norma de consum no demana justificació ni limita el dret a l'abonament d'una indemnització o

---

<sup>211</sup> BELUCHE RINCÓN, I., "El contrato de servicios: el derecho del cliente a desistir de forma unilateral", *Revista de Derecho civil*, vol. II, núm. 2 (abril-junio 2015), p. 70 i ss.

<sup>212</sup> RUBIO GIMENO, G., *Autorregulación de la crisis de pareja (Una aproximación desde el Derecho civil catalán)*, Madrid: Dykinson, 2014, p. 61.



compensació. El DCFR a més parla de resoldre el contracte, no de desistiment<sup>213</sup>.

La mort o incapacitació del prestador del servei extingeix el contracte si s'ha conclòs en atenció a les seves qualitats personals (art. 1592.4 Proposta); tampoc s'extingiria per mort del prestatari, tret que aquesta faci impossible o inútil la prestació del servei.

---

<sup>213</sup> Així, DE BARRÓN ARNICHES, P.,. *“Libro IV...cit. assenyala que: “En definitiva, el DCFR ha pretendido posibilitar el ejercicio sencillo de este derecho de resolución contractual que se configura como uno de los remedios ante el incumplimiento, aunque también cabe en otros supuestos. Se regulan los supuestos en los que cabe el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por el prestador del servicio, en función de que la resolución se considere o no justificada”.*

## **CAPÍTOL IV: CONCLUSIONS**

### **PRIMERA.- La moralització del Dret dels contractes**

La moralització contemporània del Dret de contractes confirma el seu caràcter polític assenyalant la rellevància d'aquest en la construcció d'una societat més justa. Es pot sostenir, doncs, que el legislador està advocant per la introducció de normes marcadament socials que facin viables la igualtat i llibertat dels contractants, formal i materialment.

### **SEGONA.- Els deures precontractuals com a fórmula general**

La referència als deures precontractuals caldria articular-la de forma genèrica i amb algunes exemplicacions, tot i posant el centre d'atenció en les conseqüències jurídiques que comporta el seu incompliment.

### **TERCERA.- La cautela en la modificació unilateral del contracte**

Cal partir del principi que el contracte de serveis només es pot modificar pels consentiment d'ambdues parts i que cap d'elles pot imposar a l'altra una modificació no desitjada. Tanmateix, cal fer compatible aquest principi amb el deure de cooperació i les conseqüències que es derivin de les facultats reconegudes per la norma de donar instruccions i/o advertiments.

### **QUARTA.- L'emplaçament sistemàtic de la regulació general del contracte de serveis en el CCCat.**

Cal establir una regulació general sobre conformitat, informació precontractual (obligacions de cooperació i advertiment) i dret de desistiment per als contractes de serveis en la secció primera del Capítol II del Títol II del Llibre Sisè del Codi civil de Catalunya.

#### **CINQUENA.- Un marc general per als contractes d'arrendament de béns.**

La legislació vigent en matèria de contracte d'arrendament de béns és incompleta i es troba fragmentada. És necessari dotar-la d'un marc general que abasti tots els contractes amb independència de la naturalesa mòbil o immòbil del bé. Les normes contingudes a les disposicions generals han de ser majoritàriament dispositives, però també imperatives en aquells casos en què es pretengui la major tuïció d'alguna de les parts, com ara les persones consumidores o l'arrendatari d'un habitatge.

El millor instrument per a l'establiment d'aquest marc general és el Codi civil de Catalunya, amb independència que determinades qüestions hagin de quedar reservades per a disposicions especials per regular qüestions més conjunturals, com ara la limitació de la renda.

#### **SISENA.- La regulació de nous escenaris en l'arrendament d'habitatge.**

La durada actual prevista per als arrendaments urbans destinats a habitatge s'ha revelat insuficient per emparar el dret a l'habitatge. La cobertura de la necessitat d'habitatge requereix estabilitat temporal i actualment això no s'ha aconseguit. La crisi econòmica i la mobilitat, ja sigui per raons d'estudi o per motius professionals, han provocat la proliferació de nous escenaris que requereixen l'atenció del legislador.

L'estudi de models de dret comparat ha palesat que cal allargar la durada mínima dels contractes d'arrendament d'habitatge, que cal regular els

arrendaments transitoris o temporals, entre els quals el d'estudiants, i que és necessari regular la llar compartida, tant a través de la possibilitat que el propietari resident a l'immoble llogui per estances la resta de l'habitatge, com possibilitant el sotsarrendament o fomentant el coarrendament, sempre amb un règim reforçat de garantia per al propietari.

### **SETENA.- L'actualització del contracte d'arrendament de local de negoci**

L'arrendament de local de negoci ha de merèixer una atenció especial per part del legislador, introduint alguna norma protectora del petit comerç en la línia de les Directives més recents de la UE, que impulsen els Estats membres a estendre la regulació establerta per als contractes amb consumidors a autònoms i microempreses. Aquestes mesures han de tendir, bàsicament, a controlar la durada i l'increment de la renda. Tanmateix, aquesta opció requereix la implicació de les administracions públiques implicades perquè també depèn del model de municipi que es pretengui dissenyar.

També en aquest cas, els models comparats ens ofereixen solucions mereixedores de l'atenció del legislador, sobretot, quant als dos elements assenyalats: durada i renda.

### **VUITENA.- Arrendament forçós sobre l'habitatge familiar en cas de cessió del seu ús en supòsits de crisi de parella**

El greuge econòmic que pateix qualsevol titular o cotitular desposseït de l'ús del seu habitatge arran d'un procediment de crisi de parella s'intensifica quan el bé del qual se l'ha desposseït passa a ser ocupat sense cap cost per un tercer amb la tolerància de l'usuari i sense que el titular o cotitular pugui promoure l'extinció del dret d'ús per aquesta circumstància.

Examinades les diverses solucions, de resultat incert, que segons l'ordenament actual i en el context del dret de família, poden permetre reconduir aquesta situació, escau proposar un ajustament de la regulació catalana en la matèria a fi de contemplar una compensació directa per al titular privat de l'ús. Concloem que la possibilitat d'instar i acordar judicialment un arrendament forçós pot ser la mesura més equilibrada per a considerar i atendre de manera justa tots els interessos en joc.

### **NOVENA.- Sotsarrendament d'habitatge habitual sense consentiment de l'arrendador i amb prestació de garantia suficient**

Una opció legislativa generalitzada en matèria de sotsarrendament és la d'exigir el consentiment de l'arrendador. La mobilitat de professionals i treballadors que poden haver de disposar d'habitatges en indrets geogràficament allunyats en intervals de temps, permet considerar la conveniència de prendre una opció diversa. La norma podria emparar el sotsarrendament si l'arrendatari presenta una garantia addicional suficient; també es podria considerar i introdueixi un incentiu econòmic per a l'arrendador en forma d'elevació de la renda. Fins i tot es pot preveure que en cas de sotsarrendament sigui exigible la contractació d'una assegurança per part de l'arrendatari que cobreixi qualsevol sinistre relacionat amb l'ús del bé pel sotsarrendatari.



## BIBLIOGRAFIA

- ALONSO PÉREZ, M.T., “La función de las obligaciones precontractuales de advertencia en la formación del contrato de servicios (Estudio de Derecho Contractual Europeo)”, *InDret* 3/2012,
- ARISTOTELIS., *Ethica Nicomachea*, Volumen II, Trad. Josep Batalla, Barcelona: Fundació Bernat Metge, 1995.
- ARNAU RAVENTÓS, L., “La conformitat de la prestació al contracte”: questions des del Codi de Consum, a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (Coord): Els Reglaments europeus i l’evolució del Dret català de contractes, família i successions, Documenta Universitaria: Girona, 2019.
- BADOSA COLL, F., “Sentència 31/2010, de 28 de juny”, en *Revista Catalana de Dret Públic. Especial Sentència sobre l’Estatut*, 2010,
- BADOSA COLL, F., “El enriquecimiento injustificado. La formación de su concepto” a BOSCH CAPDEVILA, E. (Director), *Nuevas perspectivas del derecho contractual*, Bosch, Barcelona, 2012,
- BAUMAN, Z., *Vida líquida*, Barcelona: Paidós, 200
- BAYO DELGADO, J., “Comentari a l’art. 233-7 del CCCat” a EGEA FERNÁNDEZ, J. i FERRER RIBA, J. (dirs.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d’ajuda mútua*, Atelier,
- BEALE, H., “The story of EU contract law- from 2011 to 2014”, a TWIGG-FLESNER, C., (2016): *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Chaltenham- Northampton: Edward Elgar Publishing, 2016.
- BELUCHE RINCÓN, I., “El contrato de servicios: el derecho del cliente a desistir de forma unilateral”, *Revista de Derecho civil*, vol. II, núm. 2 (abril-junio 2015).
- BIGWOOD, R., “Contracts by Unfair Advantage: From Exploitation to Transactional Neglect”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 25, Issue 1, March 2005.
- BUSCH *et al.*, “The Rise of the Platform Economy: A New Challenge for the EU Consumer Law”, *EuCML* 1/2016.
- CÁMARA LAPUENTE, S., “El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015”, *InDret* 3/2016.

- CARRASCO PERERA, Á., *Derecho de contratos*, 2ª edición, Cizur Menor: Aranzadi 2017.
- CARRASCO PERERA, Á: “Desarrollos futuros del Derecho de consumo en España, en el horizonte de la transposición de la Directiva de los Derechos de los Consumidores”, a CÁMARA LAPUENTE, S., (Dir.): *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores*, Thomson Reuters Civitas: Cizur Menor, 2012.
- CERVILLA GARZÓN, M.D., “Naturaleza jurídica del derecho a usar la vivienda familiar. Revisión y puesta al día”, *InDret*, 4/2017, puesta al día”, *InDret*, 4/2017.
- CERVILLA GARZÓN, M.D., “Su estudio desde la doctrina” a CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (Dir.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar* Editorial Reus, Madrid, 2017.
- CERVILLA GARZÓN, M.D., *La atribución de la vivienda al cónyuge no titular*, Marcial Pons, Barcelona-Madrid, 2005,
- CHEREDNYCHENKO, O. O., *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party. A comparative Analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risky Financial Transactions*, Utrecht: Sellier European Law Publishers, 2007,
- CIACCHI, C., “Party Autonomy as a Fundamental Right in the European Union” *ERCL* 3/2010, pp. 303-318.
- COLLINS, H., “Does Social Justice Require the Preservation of Diversity in the Private Laws of Member States of Europe? a WILHELMSSON, T., PAUNIO, E., POHJOLAINEN, A., (Eds.): *Private Law and the Many Cultures in Europe*, Alpehn aan den Rijn: Kluwer Law International, 2007.
- COLLINS, H., “Market Integration, Social Justice, and Autonomous Agreements: Regulating Transactions in Europe” a Roppo, V., (Ed.): *A European Civil Code?: Perspectives and Problems*, Milano: Guiffre, 2005.
- CRESPO MORA, Mª C: “Las obligaciones de medios y resultados de los prestadores de servicios en el DCFR”, *InDret* 2/2013.
- CUENA CASAS, M., “Régimen jurídico de la vivienda familiar”, a YZQUIERDO TOLSADA, MARIANO y CUENA CASAS, MATILDE (coords.), *Tratado de Derecho de la familia*, t. III, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017.
- CUENA CASAS, M., “Uso de la vivienda familiar en situación de crisis matrimonial y compensación al cónyuge propietario”, a *Revista de Derecho civil*, vol. I. núm. 2, abril-juny 2016,



- DE BARRÓN ARNICHES, P., “Cuestiones sobre el contrato de servicios diseñado en el Marco Común de Referencia”, *InDret* 3/2008.
- DE BARRÓN ARNICHES, P.: “Libro IV. Parte C. Servicios. Capítulo 2” a VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA, E., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P., *Derecho europeo de Contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo I, Atelier libros jurídicos, Barcelona, 2012.
- DE CASTRO VÍTORES, G., “Cláusula penal, contratante débil y principio de buena fe: Acervo contractual europeo y derecho español”, en Bosch Capdevila, E., (Dir.): *Derecho contractual europeo. Problemática, propuestas y perspectivas*. Barcelona: Bosch, 2009.
- DE CASTRO Y BRAVO, F., (1985): *El Negocio Jurídico*, Madrid: Civitas.
- DE ELIZALDE DE IBARBIA, F., *El Contenido del contrato*, Pamplona: Aranzadi, 2015, p. 45.
- DE VERDA BEAMONTE, J.R., “Menores de edad, alimentos, régimen de convivencia y atribución del uso de la vivienda familiar: un estudio jurisprudencial de la legislación valenciana sobre la materia”, a *Diario La Ley (Estudios doctrinales)*, 2014, núm. 8299.
- DEL POZO CARRASCOSA, P., VAQUER ALOY, A. i BOSCH CAPDEVILA, E., *Derecho Civil de Cataluña. Derechos reales*. 6a edición, Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, Sao Paulo, 2018,
- DÍAZ – AMBRONA, M<sup>a</sup> D. , “El hipotecante no deudor y el consumidor en materia de energía eléctrica como consumidores vulnerables” en *Revista del Ministerio Fiscal*, nº4, 2017, pp. 76-101.
- EGEA FERNÁNDEZ, J., “Comentari a l’art. 233-20 CCCat”, a EGEA FERNÁNDEZ, J.i FERRER RIBA, J.(dirs.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d’ajuda mútua*, Atelier, Barcelona.
- EIDENMÜLLER, H., FAUST, F., GRIGOLEIT, C., JANSEN, N., WAGNER, G., ZIMMERMANN, R., “Towards a revision of the consumer acquis”, *Common Law Market Review*, 48, 2011.
- ELIZALDE, F.: “Las obligaciones de medios y de resultado en la Propuesta de Código Mercantil”, *InDret* 3/2014.
- ESPIAU ESPIAU, S., *La vivienda familiar en el ordenamiento jurídico español*, PPU, Barcelona, 1992.
- FAUVARQUE-COSSON, B., MAZEAUD, D., (Eds): *Terminologie contractuelle commune, Project de cadre commun de référence*, Paris: Société de Législation Comparée, 2008.

- FAUVARQUE-COSSON, B., MAZEAUD, D., (Eds.): *Terminologie contractuelle commune, Projet de cadre commune de référence*, Paris: 2008.
- FERRER RIBA, J., “Vicissituds de la prestació de Serveis: deures de cooperació, instruccions i modificació del contracte” a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (Coord): *Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d’obligacions al Codi civil de Catalunya*, Documenta Universitaria: Girona.
- FOUILLÉE., *La science sociale contemporaine*, Paris: Hachette, 1880.
- GARCÍA RUBIO, M.P., “La información precontractual: buenas intenciones, cuestionables remedios” en LLÁCER MATAÇAS, M<sup>a</sup>.R., (Coord.) (2015): *La codificación del Derecho contractual de Consumo en el Derecho civil catalán*, Madrid: Dykinson, 2015.
- GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>, P., OTERO CRESPO, M., “La responsabilidad precontractual en el Derecho contractual europeo”, *InDret*, abril 2010.
- GARCÍA VICENTE, J.R., “Comentarios al art. 1266” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., (Dir.) (2013): *Comentarios al Código civil. Tomo VII*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.
- GIRLADO BUSTAMANTE, C., “La justicia en el derecho privado contractual: una realidad en construcción”, *Revista de Derecho Privado* (57), Universidad de los Andes (Colombia), 2017.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, I. (2009): “Los principios Lando”, a BOSCH CAPDEVILA, E., (Dir.): *Derecho contractual europeo*, Barcelona, 2009.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, MARÍA, “La especial naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su inscripción en el Registro de la Propiedad”, a *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, 2008.
- GORDLEY, J., (1981): “Equality in Exchange”, *California Law Review*, Volum 69, Issue 6.
- GRAMUNT FOMBUENA, M., “La contractació amb consumidors en el Llibre Sisè” a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (Coord): *El Llibre Sisè del Codi civil de Catalunya: anàlisi del Projecte de Llei*, Documenta Universitaria: Girona.
- GRUNDMAN, S., “European Contract Law(s) of What Colour?” *ERCL*, Issue 2/2005,
- GUTMAN, K., *The Constitutional Foundations of European Contract Law. A Comparative Analysis*, 2014, Oxford: Oxford University Press.
- HESSELINK, M.W “Five political ideas of European Contract Law”, *ERCL* 2/2011.

- HESSELINK, M.W., "Contract theory and EU contract law", en Twigg-Flesner, C., *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2016.
- HESSELINK, M.W., "Democratic contract law" *ERCL* 11(2), 2015.
- HESSELINK, M.W., "SME in European Contract Law", a BOELE-WOELKI, K., GROSHEIDE, F.W. (Eds.): *The Future of European Contract Law. Liber Amicorum E.H. Hondius*, Alphen aan den Rijn: Kluwer law international, 2007.
- HESSELINK, M.W., "The Politics of a European Civil Code", *European Law Journal*, Vol. 10, n°6, 2004.
- HESSELINK, M.W., "Unjust Conduct in the Internal Market. On the Role of European Private Law in the Division of Moral Responsibility between EU, its Members States and Their Citizens", *Yearbook of European Law*, Vol. 35, n°1, 2016
- HESSELINK, M.W., *CFR&Social Justice*, Munich: Sellier European Law Publishers, 2008.
- HONDIUS, E., "The Protection of the Weak Party in a Harmonised European Contract Law: A Synthesis" *Journal of Consumer Policy* 27, 2004.
- KENNEDY, D., "The Political Stakes in "Merely Technical" Issues of Contract Law", *European Review of Private Law* 1, 2001.
- KLIJNSMA, J.G., *Contract law as fairness: a Rawlsian perspective on the position of SMEs in European contract law*, 2014, Tesi doctoral, UvA.
- KORNET, N., "Evolving general principles of International Commercial Contracts. The UNIDROIT Principles and Favor Contractus", *Maastricht European Private Law Institute, Working Paper n°2011/07*, 2011
- KUKATHAS, C., PETTIT, P., *La teoría de la justicia de John Rawls y sus críticos*, Madrid: Ed. Tecnos, 2004.
- KYMLICKA, W., *Contemporary Political Philosophy. An Introduction*, 2a edición, Oxford: Oxford University Press.
- LANDO, O, BEALE, H., (Eds.): *Principles of European Contract Law, Parts I and II*, The Hague: Kluwer, 2000.
- LANDO, O., "The structure and the Legal Values of the Common Frame of Reference (CFR)", *ERCL* 2/2007.
- LANDO, O., CLIVE, E., PRÜM, A., ZIMMERMANN, R., (Eds.): *Principles of European Contract Law, Part III*, The Hague: Kluwer, 2003.

- LLÁCER MATAACÁS, M.R., “La codificación del Derecho contractual de consumo como especialidad civil” a LLÁCER MATAACÁS, M.R., (Coord): *La codificación del Derecho contractual de consumo en el Derecho civil catalán*, Dykinson: Madrid, 2015,
- LOOS, B.M., “Service contracts” a HARTKAMP et al., (Eds.): *Towards a European Civil Code*, Nijmegen: Kluwer Law international, 2011
- LURGER, B., (2011): “The Social Side of Contract Law and the New Principle of Regard and Fairness”, en HARTKAMP, A, HESSELINK, M.J, HONDIUS, E, MAK, C, DU PERRON , E, *Towards a European Civil Code*, Alphen aan Den Rijn: Kluwer Law International.
- LURGER, B., “Protection of Consumers in European Private Law” a BROWNSWORD, R., MICKLITZ, H-W., NIGLIA, L., WEATHERILL, S., (2011): *The Foundations of European Private Law*, Oxford: Hart Publishing.
- MAISONNASSE, F., *L’articulation entre la solidarité familiale et la solidarité collective*, LGDJ, Lextenso éditions, Issy-les-Moulineaux, 2016
- MAK, C., *Fundamental rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008
- MAK, C., *Fundamental rights in European Contract Law. A Comparison of the Impact of Fundamental Rights on Contractual Relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2008.
- MANKO, R., “Contracts for supply of digital content. A legal analysis of the Commission’s proposal for a new directive”, *EPRS*, 2016.
- MARCO MOLINA, Juana, “L’enriquiment injustificat”, a *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 15-1 (2015)
- MARTÍNEZ CALVO, J., “La extinción del derecho de uso sobre la vivienda familiar como consecuencia de la convivencia con un tercero. Reflexiones a la luz de la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo” a *Revista de Derecho civil*, vol. VI, núm. 3, 2019.
- MATAACÁS, M.R., “Obligaciones vinculadas a la formación del contrato y codificación del Derecho de Consumo: información y documentación” a LLAMAS POMBO, E., *Estudios de derecho de obligaciones: homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez*, Vol. 2, La Ley: Madrid, 2006

- MICKLITZ, H.-W.: *The politics of justice in European Private Law. Social Justice, Access Justice, Societal Justice*. Cambridge University Press, 2018.
- MICKLITZ, H.-W., “Failure or ideological preconceptions- thoughts on two grand projects: the European Constitution and the European Civil Code”, *EUI Working Papers Law 2010/04*, 2010.
- MILÀ RAFEL, R. “Gènere i dret de família: una lectura de l’habitatge familiar a partir del Llibre segon del Codi civil de Catalunya”, *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 16 (2016).
- MILLER, L., *The Emergence of EU Contract Law: Exploring Europeanization*, Oxford: Oxford University Press), 2011.
- MOLL DE ALBA LACUVE, C., “Análisis crítico de la regulación de la extinción de la vivienda familiar en el Código civil catalán y reforma del art. 96 CC” en a CERDIRA BRAVO DE MANSILLA, G. (Dir.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, SA, Madrid, 2017,
- MOMBERG URIBE, R., (2011): *The effect of a change of circumstances on the binding force of contracts. Comparative perspectives*, tesi doctoral, Universitat de’Utrecht, *that the parties themselves will always provide for solutions in their agreements”*.
- MOMBERG URIBE, R., (2015): “Análisis de los modelos de vinculación del código civil y la legislación de protección al consumidor. Hacia un principio general de protección de la parte débil en el derecho privado”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, nº2.
- MORENO FLÓREZ, R.M., *Alteración de las circunstancias en Derecho de Familia. Instituciones viejas para tiempos nuevos*, Dykinson, Madrid, 2018,
- NAVAS NAVARRO, S., “La normal inestabilidad de las circunstancias en el Derecho de Familia y de Sucesiones (Sobre la toma de decisiones en contextos complejos y su relevancia en el Derecho)”, a ARNAU RAVENTÓS, L., ZAHINO RUIZ, M<sup>a</sup> (2015): *Cuestiones de Derecho sucesorio catalán. Principios, legítima y pactos sucesorios*, Madrid: Marcial Pons, 2015.
- NICOLUSSI, A., (2014): “Etica del contratto e contratti di durata per l’esistenza della persona”, en NOGLER, L., y REIFNER, U., (Eds.), *Life Time Contracts. Social Long-term contracts in Labour, Tenancy and Consumer Credit Law*, The Hague: Eleven international publishing
- OLIVA BLÁZQUEZ, F., “Atribución del uso de la vivienda y compensación económica: escenarios y propuestas de reforma” a CERDIRA BRAVO DE

- MANSILLA, G. (Dir.), *Menores y crisis de pareja: la atribución del uso de la vivienda familiar*, Reus, SA, Madrid, 2017.
- QUESADA GONZÁLEZ, M<sup>a</sup> C., “El principio de conservación del contrato en el derecho de consumo”, en AÑOVEROS TERRADAS, B., LLEBARÍA SAMPER, S., (2016): *El contrato: apuntes para una revisión. Principios y reglas ante el mercado, la política y el conflicto*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, 2016.
  - QUICIOS MOLINA, M.S., “Comentario al art. 1550 Cce” en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO (DIR.), *Comentarios al Código civil*, T. VIII, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pàg. 10979.
  - RAWLS, J., *El liberalismo político*. Traducció al castellà d'Antoni Domènech, Barcelona: Crítica, 1996.
  - RAWLS, J., *Teoría de la justicia*. Traducción de María Dolores González, 2<sup>a</sup> ed., 11<sup>a</sup>. México: Fondo de cultura económica, 1971, reimpressió 2015, pp. 17- 530.
  - REDING, V., “The Next Steps Towards a European Contract Law for Businesses and Consumers, en Schulze, R., Stuyck, J., (Eds.) (2011): *Towards a European contract law*, Munich: sellier. European law publishers, 2011.
  - REICH, N., *General Principles of EU Civil Law*, Cambridge, Antwerp y Portland: Intersentia, 2014.
  - RIBOT IGUALADA, J., “Els aliments als fills: fonament i abast de l'obligació paterna”, *Vintenes Jornades de Dret català a Tossa: Els reglaments europeus i l'evolució del dret català de contractes, família i successions*, organitzades per Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universitat de Girona, 20 i 21 de setembre de 2018
  - ROCA TRIAS, E., *Familia y cambio social. De la “casa” a la persona*. Madrid, Civitas, 1999,
  - ROLLI, R., (2008): *Causa in astratto e causa in concreto*, Verona: CEDAM
  - ROPPO, V., (2011): “Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo”, *Revista de Derecho Privado*, nº20, enero- Junio 2011.
  - ROPPO, V., “Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo”, *Revista de Derecho Privado*, nº20, Enero- Junio 2011, p.184.
  - RUBIO GIMENO, G., *Autorregulación de la crisis de pareja (Una aproximación desde el Derecho civil catalán)*, Madrid: Dykinson, 2014.

- RUBIO GIMENO, G., “Riesgo contractual y alteracions sobrevenida de las circunstancias”, a GRAMUNT FOMBUENA, M. i FLORENSA TOMÀS, C.E. (Dir.), *Codificación y reequilibrio de la asimetría negocial*, Dykinson, Madrid, 2016, pàg. 200.
- SÁNCHEZ-CALERO ARRIBAS, B., “La atribución del uso de la vivienda familiar en la jurisprudencia” a LASARTE, C. i CERVILLA, M.D. (Dir.), *Ordenación económica del matrimonio y de la crisis de pareja*, Tirant lo blanch, València, 2018.
- SANTÓS MORÓN, M.J., “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de custodia exclusiva de un cónyuge: evolución jurisprudencial y anteproyecto de reforma”, a *Revista de Derecho Privado*, vol. I, núm. 3, juliol-setembre, 2014.
- SCHULZE, R., “The New Shape of European Contract Law”, *EuCML* 4/2015.
- SCHULZE, R., STAUDENMAYER, R., (2016): *Digital revolution. Challenges for contract law*, en SCHULZE, R., STAUDENMAYER, R., (Eds.) (2016): *Digital revolution. Challenges for contract law*, Hart: Oxford, 2017.
- SCHULZE, R., STUYCK, J., (Eds.): *Towards a European contract law*, Munich: sellier. European law publishers, 2011.
- SEISDEDOS MUIÑO, A., “La atribución del uso de la vivienda familiar en caso de ruptura de los progenitores: análisis de la ley 7/2015, del Parlamento vasco”, a *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 bis, novembre 2015
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE: *Service Contracts* (PEL SC), 2017, Oxford: OUP Oxford.
- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE., *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law (DCFR)*, Edited by Von Bar and Clive, Sellier european law publishers: Munich, 2009.
- STUDY GROUP ON SOCIAL JUSTICE IN EUROPEAN PRIVATE LAW., “Social Justice in European Contract Law: a Manifesto”, *European Law Journal*, Vol. 10, nº6, 2004.
- STUYCK, J., “Do we need “Consumer Protection” for Small Businesses at EU Level”?, a PURNHAGEN, K., ROTT, P., (2014): *Varieties of European Economic Law and Regulation*, Cham: Springer International Publishing, 2014,
- TJON SOEI LEN., (2017) *Minimum contract justice: a capabilities perspective on sweatshops and consumer contracts*, Hart Publishing, Portland.
- TOMÁS, G., “Utile per inutile non vitiatur: can *favor contractus* be considered a European *regula iuris*”? *ERCL* 12(3), 2016, pp. 259-286.

- TWIGG-FLESNER, C., *Research Handbook on EU Consumer and Contract Law*, Cheltenham: Edward elgar publishing, 2016.
- VAN ERP, J.H.M., “The Pre-contractual Stage” en HARTKAMP, A., HESSELINK, M.W., HONDIUS, E., MAK, C., DU PERRON, E., (2011): *Towards a European civil code* Alphen aan den Rijn: kluwer law international, 2011,
- VAQUER ALOY, A., “El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?”, *Estudios Monográficos, ADC*, Tomo LXIV; 2011, fasc. I.
- VAQUER ALOY, A., “La conformidad de la prestación en la nueva regulación de la compraventa en Cataluña”, a SERRANO DE NICOLÁS, Á., (Coord): *Estudios sobre el Libro Sexto del Código civil de Cataluña*, Madrid: Colegio Notarial de Cataluña
- VAQUER ALOY, A., “La revision de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores”, a CÁMARA LAPUENTE, S., (Dir.): *La revisión de las normas eurpeas y nacionales de protección de los consumidores*, Thomson Reuters Civitas: Cizur Menor,
- VAQUER ALOY, A., “Nuevas partes del contrato y subarrendamiento”, en VAQUER ALOY, A.I; BOSCH CAPDEVILA, E. i SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.P. (Coords.), *Derecho europeo de los contratos: libros II y IV del marco común de referencia*, Vol. 2, 2012, Atelier, Barcelona, pàg. 1090.
- VELÁZQUEZ MARTÍN, M.Á., “Contenido económico del derecho de uso en la liquidación de ganaciales. Compensación al cónyuge desposeído” a *Actualidad Civil*, 2002,
- VIÑAS MAESTRE, D., “Comentari a l’art. 233-11 del CCCat” a EGEA FERNÁNDEZ, J. i FERRER RIBA, J. (dirs.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d’ajuda mútua*, Atelier, Barcelona,
- WADDINGTON L., “Vulnerable and confused: the protection of vulnerable consumer under EU Law”, *European Law Review*, 2013, nº6.
- WILHELMSSON, T., “Varieties of Welfarism in European Contract Law”, *European Law Journal*, Vol. 10, nº6, 2004.
- YANGUAS GÓMEZ, R., “El principio de conformidad y su aplicación a los contenidos digitales”, a CÁMARA LAPUENTE, S., (Dir.): *La revisión de las normas eurpeas y nacionales de protección de los consumidores*, Thomson Reuters Civitas: Cizur Menor, 2012.
- ZUMAQUERO GIL, L., “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en caso de crisis matrimonial régimen jurídico actual y propuestas de reforma”, a *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, núm. 41, 2016.