

---

# Introducció al dret privat: civil i mercantil

---

PID\_00242845

Blanca Torrubia Chalmeta  
Mònica Vilasau Solana

---

Temps mínim de dedicació recomanat: 12 hores





*Els textos i imatges publicats en aquesta obra estan subjectes –llevat que s'indiqui el contrari– a una llicència de Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada (BY-NC-ND) v.3.0 Espanya de Creative Commons. Podeu copiar-los, distribuir-los i transmetre'ls públicament sempre que en citeu l'autor i la font (FUOC. Fundació per a la Universitat Oberta de Catalunya), no en feu un ús comercial i no en feu obra derivada. La llicència completa es pot consultar a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/legalcode.ca>*

# Índex

<b>Introducció</b> .....	7
<b>Objectius</b> .....	8
<b>1. Dret privat i dret públic. La sistematització del dret.</b>	
<b>Branques del dret</b> .....	9
1.1. El dret civil com a dret comú i privat general .....	11
1.2. La codificació del dret civil. Els drets civils territorials .....	12
<b>2. La persona com a protagonista del dret</b> .....	16
2.1. La persona física .....	16
2.1.1. La personalitat civil .....	16
2.1.2. Capacitat jurídica i capacitat d'obrar .....	17
2.1.3. Estat civil. El registre civil .....	18
2.1.4. La capacitat d'obrar .....	19
2.1.5. La nacionalitat .....	25
2.1.6. El veïnatge civil. El domicili .....	26
2.1.7. L'absència .....	27
2.2. Les relacions familiars .....	28
2.2.1. El matrimoni .....	28
2.2.2. La filiació .....	39
2.2.3. La pàtria potestat .....	39
2.2.4. El parentiu .....	40
2.3. La successió per causa de mort .....	41
2.3.1. La successió voluntària .....	42
2.3.2. La successió legal .....	42
2.3.3. Elements de la successió .....	43
2.4. La persona jurídica .....	45
2.4.1. La capacitat i la representació de la persona jurídica ....	46
2.4.2. Classes de persones jurídiques .....	46
2.4.3. L'extinció de la persona jurídica .....	49
<b>3. Els béns patrimonials. La propietat</b> .....	50
3.1. Concepte i classes de béns patrimonials .....	50
3.2. El rendiment dels béns patrimonials .....	52
3.3. El patrimoni: concepte i característiques .....	53
3.4. Drets sobre els béns patrimonials .....	54
3.4.1. La possessió .....	56
3.4.2. El dret real de propietat .....	57
3.4.3. La comunitat de béns .....	58
3.4.4. La propietat horitzontal i altres comunitats especials ...	60

3.5.	Els drets reals limitats .....	61
3.5.1.	Els drets reals limitats d'ús i gaudi .....	62
3.5.2.	Els drets reals limitats de garantia .....	63
3.5.3.	Els drets reals limitats d'adquisició preferent .....	64
3.6.	El Registre de la Propietat .....	65
3.7.	La propietat intel·lectual i els drets d'autor .....	67
<b>4.</b>	<b>El negoci jurídic</b> .....	<b>73</b>
4.1.	Concepte .....	73
4.2.	Classes de negoci jurídic .....	74
4.3.	Pressupòsits del negoci jurídic .....	75
4.3.1.	Consentiment de les parts .....	75
4.3.2.	Objecte cert .....	76
4.3.3.	Causa .....	76
4.4.	La forma del negoci jurídic .....	77
4.5.	La representació en el negoci jurídic .....	78
4.6.	L'aparença en el negoci jurídic. La presumpció i la ficció jurídiques .....	79
4.7.	Ineficàcia i invalidesa del negoci jurídic .....	80
<b>5.</b>	<b>Les obligacions</b> .....	<b>82</b>
5.1.	Concepte i elements de l'obligació .....	82
5.2.	Fonts de les obligacions .....	84
5.2.1.	En general .....	84
5.2.2.	El contracte. La tipicitat contractual .....	85
5.2.3.	La responsabilitat per fet il·lícit (responsabilitat extracontractual) .....	86
5.3.	Compliment i incompliment de les obligacions. La responsabilitat patrimonial universal .....	88
5.4.	Procediments d'execució col·lectiva. El concurs de creditors .....	91
5.5.	Extinció de les obligacions .....	91
<b>6.</b>	<b>El mercat. Empresaris i consumidors</b> .....	<b>94</b>
6.1.	El mercat. Empresaris i consumidors .....	95
6.1.1.	L'economia de mercat i la UE .....	95
6.1.2.	La lliure competència i la lleialtat competencial en el mercat .....	97
6.1.3.	La transparència i la informació en el mercat .....	98
6.1.4.	La regulació del comerç electrònic .....	102
6.2.	L'empresari .....	103
6.2.1.	Persona física i persona jurídica .....	104
6.2.2.	La societat col·lectiva .....	106
6.2.3.	La societat comanditària .....	107
6.2.4.	La societat anònima .....	107
6.2.5.	La societat de responsabilitat limitada .....	111
6.2.6.	La societat limitada nova empresa .....	115
6.2.7.	La societat comanditària per accions .....	115

6.2.8.	Formalitats i obligacions comptables de l'empresari .....	116
6.2.9.	El concurs de creditors .....	119
6.3.	El consumidor. Defensa dels interessos del consumidor .....	123
<b>7.</b>	<b>Tipologia de contractes</b> .....	126
7.1.	Compravenda .....	126
7.1.1.	Concepte .....	126
7.1.2.	L'obligació de lliurament. El sanejament .....	127
7.1.3.	El pas del risc .....	129
7.1.4.	Règims especials .....	130
7.1.5.	Contractes afins a la compravenda .....	131
7.2.	La donació .....	131
7.3.	Guarda i custòdia de béns .....	132
7.4.	L'arrendament de béns .....	133
7.4.1.	Règim general del Codi civil .....	133
7.4.2.	Règim especial dels arrendaments urbans .....	134
7.4.3.	Règim especial dels arrendaments rústics .....	136
7.5.	Contractes d'intermediació i contractes de distribució .....	137
7.5.1.	Mandat i comissió .....	138
7.5.2.	Contracte de corretatge i contracte d'agència .....	139
7.5.3.	Contractes de distribució .....	141
7.6.	Contracte de transport terrestre de mercaderies per carretera ....	142
7.7.	El préstec .....	144
7.8.	El lísing i el facturatge .....	146
7.9.	Contractes aleatoris .....	148
7.10.	Contractes per a la solució de litigis .....	149
<b>Resum</b> .....		151
<b>Exercicis d'autoavaluació</b> .....		153
<b>Solucionari</b> .....		155
<b>Abreviatures</b> .....		156
<b>Glossari</b> .....		157
<b>Bibliografia</b> .....		159



## Introducció

Aquest mòdul, titulat "Introducció al dret privat: civil i mercantil", ofereix una visió general de les institucions bàsiques del dret patrimonial. En aquest sentit, es mostren els instruments de què disposa la persona per a regular, d'acord amb el principi de l'autonomia de la voluntat, els seus interessos econòmics.

El dret civil és el dret general de la persona, el dret que l'estudia com a tal, sense cap qualificació, en l'àmbit de les seves relacions amb les altres persones. En aquest context, s'estudien qüestions com l'espai de temps durant el qual l'ordenament jurídic considera que la persona física existeix (naixement, mort), la manera que té de viure en la societat (estats civils: matrimoni, nacionalitat, veïnatge civil, etc.), els drets que li corresponen com a tal persona, l'espai temporal durant el qual se li atribueix capacitat per a realitzar actes jurídicament rellevants (capacitat) i les solucions que el dret li ofereix quan els seus interessos necessiten ser protegits (incapacitació, absència, etc.). També s'estudien els mecanismes per a publicar les diferents situacions que afecten la persona física (registre civil).

Ara bé, atès que, juntament amb la persona física, l'ordenament jurídic reconeix l'existència de la persona jurídica –una entitat abstracta resultant de l'organització de persones o béns destinada a aconseguir un fi estable i durador– i li atribueix facultats pròpies de la persona física, el dret civil també s'ocupa de la seva constitució i funcionament.

El dret mercantil s'ocupa de l'actuació econòmica de la persona en la seva condició d'empresària, de la seva intervenció en el mercat de béns i serveis. La integració d'Espanya a la Unió Europea ha significat un canvi en la concepció geogràfica del mercat, la qual cosa ha exigut una tasca constant d'acomodar la legislació nacional a les pautes marcades per les institucions europees per tal d'aconseguir la unitat de mercat entre tots els estats membres. En aquest context, i dins del dret mercantil, s'estudia l'estatut jurídic de l'empresari –es distingeix l'empresari persona física de l'empresari persona jurídica– i s'arbitren els mitjans de protecció jurídica del mercat i dels qui hi intervenen, incloent-hi, per tant, el consumidor. El dret mercantil vetlla pel funcionament correcte del mercat, que exigeix un règim de lliure competència –i lleial– i de transparència i informació, tant per als operadors econòmics com per als consumidors. El Registre Mercantil es constitueix com a mitjà de publicitat legal dels actes concernents als empresaris.

## Objectius

Els objectius que heu d'assolir els estudiants després de treballar aquest mòdul són els següents:

1. Comprendre l'enquadrament del dret privat dins l'ordenament jurídic.
2. Conèixer el moment en què la persona adquireix la capacitat jurídica i saber-la distingir de la capacitat d'obrar.
3. Conèixer els diferents estats civils de la persona.
4. Comprendre el concepte i el funcionament de la persona jurídica.
5. Comprendre i diferenciar el patrimoni i els rendiments del patrimoni.
6. Conèixer els principis bàsics del negoci jurídic com a manifestació de l'autonomia de la voluntat de la persona per a ordenar els seus interessos patrimonials i com a font d'obligacions i de responsabilitat.
7. Conèixer els trets característics dels principals tipus de contractes i poder-los distingir.
8. Conèixer els principis que la Constitució espanyola estableix pel que fa a la política econòmica i la transcendència de la incorporació d'Espanya a la Unió Europea.
9. Comprendre l'estatut jurídic de l'empresari i les diferències entre l'empresari persona física i l'empresari persona jurídica.
10. Conèixer la normativa bàsica que regula el funcionament correcte del mercat i comprendre la importància de protegir els interessos, tant dels empresaris com dels consumidors.



## 1. Dret privat i dret públic. La sistematització del dret. Branques del dret

Sense perjudici de la unitat substancial de l'ordenament jurídic, el dret es divideix en dos grans blocs segons els interessos que atén:

Es denomina *dret privat* el que s'ocupa preferentment de les relacions entre particulars, que per regla general poden pactar lliurement el que considerin convenient.

En canvi, es denomina *dret públic* el que s'ocupa prioritàriament de les relacions de cada un d'aquests particulars amb la comunitat, i es basa en la idea de coacció o imposició.

### Dret privat i dret públic

En general, es considera que cada individu ha de poder pactar lliurement en l'àmbit de la seva activitat econòmica personal (p. ex., el preu de venda del seu pis), mentre que, quant a les seves relacions amb la comunitat, hi ha d'haver normes prefixades que assegurin la contribució individual adequada per a sostenir aquesta comunitat (p. ex., en matèria d'impostos).

Les diferències entre dret públic i dret privat s'han anat establint d'acord amb criteris com els següents:

1) El **subjecte**: en el dret privat, els subjectes són els particulars. En el dret públic, una de les parts és l'Administració, l'Estat o un altre organisme públic, però com que aquests poden intervenir com a particulars en les relacions jurídiques, es considera que en dret públic l'Administració intervé per raó de la seva potestat i de l'autoritat que té conferida per a ordenar la vida de la comunitat.

2) L'**objecte**: l'objecte del dret públic és prestar un servei públic, mentre que el del dret privat és satisfer els interessos particulars dels individus que es relacionen.

3) La **relació dels subjectes**: la relació de l'administració amb l'individu és de superioritat; en canvi, la relació entre els particulars és d'igualtat.

4) El **caràcter de les normes**: en dret públic, per regla general les normes són **imperatives**, per la qual cosa no admeten pacte en contra. En dret privat, les normes acostumen a ser **dispositives**, és a dir, només regeixen quan les parts no han pactat res sobre això.

La divisió entre dret públic i dret privat es remunta a l'antiga Roma, però avui és antiquada. Hi continua havent un dret privat, regulador de les relacions entre particulars, i un dret públic, però els dos es basen en les necessitats de l'ésser humà. Moltes tècniques i relacions típiques del dret privat, les podem trobar en l'àmbit de les relacions amb l'Administració i a l'inrevés. En dret privat, cada vegada s'atén més l'interès general, de manera que proliferen les normes prefixades pels poders públics per a regir aquestes relacions. Aquesta proliferació mereix un judici positiu ja que **el dret privat no només ha d'atendre l'interès particular, sinó també l'interès social.**

#### L'interès social

És positiu, per exemple, que la Constitució declari que la propietat ha de complir una funció social (art. 33 de la CE). El Text refós de la Llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris declara nul·les les clàusules abusives dels contractes (art. 83.1 TRLGDCU).

Dins del **dret privat**, es distingeixen **tres branques** fonamentals:

- El **dret civil**, que estudia la persona com a tal, sense cap qualificació, en l'àmbit de les seves relacions amb les altres persones.
- El **dret mercantil**, que s'ocupa de l'actuació econòmica de la persona, en la seva condició d'empresària, en el mercat de béns i serveis. Avui dia, no obstant això, aquesta concepció històrica del dret mercantil com a dret especial (en el sentit de regular les mateixes matèries que el dret civil, si bé introduint normes especials pel fet d'intervenir la persona de l'empresari) ha estat superada. El dret mercantil és ara el **dret privat del tràfic econòmic**. Un dret l'especialitat del qual resideix a vetllar pels interessos de tots els participants en el mercat (operadors econòmics i consumidors) establint el règim jurídic de la seva intervenció. I, en aquest règim jurídic, s'integren les normes dels contractes, tant civils com mercantils, mentre que aquests possibiliten l'intercanvi de béns i serveis.
- El **dret laboral** o dret del treball, que regula les relacions entre persones en les seves respectives condicions de treballadores i empresàries i, per extensió, tot el mecanisme de la seguretat social.

Dins del dret públic, se solen distingir les categories següents:

- El **dret administratiu**, que estableix les normes de la relació entre l'administració pública i els particulars administrats.
- El **dret constitucional**, que estudia el règim constitucional i polític de l'Estat.

- El **dret penal**, que busca prevenir i, si escau, sancionar les conductes contràries al benestar general de la comunitat.
- El **dret processal**, que estudia el desenvolupament dels procediments judicials.
- El **dret financer i tributari**, que tracta tot allò que fa referència a l'activitat financera de l'Estat.
- El **dret eclesiàstic** de l'Estat, que s'ocupa de les relacions de l'Estat amb les esglésies.
- El **dret internacional públic**, que s'ocupa de fixar les regles de les relacions entre els diversos estats nacionals.

### 1.1. El dret civil com a dret comú i privat general

El dret va tenir l'origen en el dret civil. La denominació *dret civil* prové del *ius civile* del dret romà.

#### **Dret romà, codificació i recepció**

El *ius civile* era el dret fet pels ciutadans i per als ciutadans de Roma i es caracteritzava perquè se centrava en la persona. Enfront del *ius civile*, hi havia el *ius gentium*, que regulava les relacions entre romans i estrangers. Aquest dret no es diferenciava substancialment del *ius civile*, si bé era més senzill i menys formalista. Per la seva banda, el *ius honorarium* o *ius praetorium* era un dret de caràcter jurisdiccional basat en els edictes dels magistrats, els quals, en dictar reglaments i comunicacions en virtut del *ius edicendi*, adaptaven el dret a les necessitats socials del moment. En l'època de l'Imperi Romà d'Orient, Justinià I (emperador des de 527 fins a 567), codificarà tot aquest dret en l'obra *Corpus Iuris Civilis*.

Al segle XII es produeix un renaixement dels estudis jurídics a les universitats italianes, especialment a la de Bolonya, que comportarà la denominada *recepció del dret romà*. El *ius civile* s'integra llavors en l'anomenat *ius commune*, juntament amb el dret feudal i el dret de l'Església catòlica o *ius canonicum*. A partir de llavors, el *ius civile* passarà a designar el dret romà rebut pels diferents ordenaments territorials europeus –*ius municipale*.

El dret civil és dret comú perquè s'hi troben els principis informadors i els conceptes generals de tot l'ordenament jurídic i perquè és la branca que s'ocupa específicament d'estudiar la persona considerada en si mateixa. Enfront del **dret comú**, totes les altres branques del dret són **drets especials**, ja que regulen les relacions humanes des d'un punt de vista especial (treballador/ocupador, contribuent/Administració tributària, etc.), si bé els seus principis no s'oposen als del **dret comú**.

Quan es parla del dret civil com a dret comú també es fa referència al **caràcter supletori del dret civil** respecte de tot l'ordenament, tal i com estableix l'art. 4.3 Cc: "Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes".

El dret civil és també dret privat de caràcter general en el sentit que **s'aplica de manera general, per a totes les persones** possibles i en qualsevol relació que intervinguin o activitat que realitzin. El dret civil no exclou a priori cap subjecte del seu àmbit d'aplicació. Perquè aquesta exclusió es produeixi hi ha d'haver un altre dret privat especial que hi sigui aplicable, com per exemple el dret mercantil o el dret laboral.

#### Dret comú a Catalunya

El caràcter de dret comú que es predica del dret civil, a Catalunya es troba enunciat a l'art. 111-4 CCCat: "Les disposicions d'aquest Codi constitueixen el dret comú a Catalunya i s'apliquen supletòriament a les altres lleis".

## 1.2. La codificació del dret civil. Els drets civils territorials

L'origen de la diversitat d'ordenaments jurídics existents a Espanya es remunta a l'edat mitjana, període durant el qual van coexistir al territori peninsular diversos regnes, cadascun d'ells amb el seu propi dret. Després d'haver-se produït la unificació política nacional, va continuar persistint la diversitat jurídica i fins al segle XVIII els antics regnes van mantenir no només les seves antigues institucions jurídiques, sinó també autonomia legislativa.

Com a conseqüència tant de la guerra de Successió, en la qual València, les Balears i Catalunya havien donat suport a l'arxiduc Carles d'Àustria, com de l'important moviment centralista d'inspiració francesa, Felip V va voler imposar una estructura nacional unitària, el primer instrument de la qual va ser la unificació jurídica nacional.

Amb els **decrets de Nova Planta** es va abolir el dret especial de València, que ja no es tornarà a restablir, i es van suprimir els òrgans legislatius existents a Aragó, Catalunya i Mallorca. Pel que fa a aquests òrgans, encara que continuaven vigents per a la resolució de plets civils, com que no es podien renovar, es va perdre la possibilitat d'anar-los adaptant a les noves necessitats i, en conseqüència, es van aturar.

### Navarra

Va ser l'única que va quedar amb la possibilitat de legislar, fins que la va perdre per la Llei de 16 d'agost de 1841, conseqüència del conveni de Bergara de 1839, pel qual va acabar la primera guerra carlista. En aquesta llei es reconeixia el dret civil propi de Navarra, però se la privava de la potestat legislativa.

La **Llei de bases de 1888** va acceptar la forma de codi per al dret civil comú i la d'apèndix per a les legislacions forals, en els quals es contindrien les institucions forals que convingués conservar. Només es va redactar un apèndix: el dret foral d'Aragó.

Amb la publicació del **Codi civil de 1888-1889**, es culmina el procés codificador del dret castellà i es consagra d'una manera definitiva l'existència d'ordenaments jurídics diferents, cadascun amb el seu marc territorial propi. S'havia previst dur a terme el mateix procés d'actualització i codificació amb els restants drets civils existents: de Catalunya, Aragó i Mallorca.

### **Catalunya**

Ja ben entrat el segle XX, el dret civil català continuava sense estar recollit en un text, a l'estil d'un codi, de caràcter sistemàtic i modern. No se li havia donat l'oportunitat de codificar-se. En aquest sentit, tot i que molt mediatitzada per les circumstàncies polítiques, apareix l'anomenada Compilació del dret civil de Catalunya, de 21 de juliol de 1960, que pretén recollir, ordenar i sistematitzar les institucions del dret civil català. Hem de tenir en compte que les mateixes circumstàncies polítiques havien privat Catalunya de l'òrgan legislatiu propi i havien derogat i negat validesa a les normes jurídiques emanades del Parlament de Catalunya de 1932. Per tant, la Compilació només podia recollir normes considerades clàssiques del dret català, algunes de les quals certament s'utilitzaven molt poc i, a més, no tenien la possibilitat de ser modernitzades per la manca de capacitat legislativa.

La **Constitució de 1978** reconeix definitivament els drets històrics i, alhora, els òrgans legislatius o de producció de normes. Així, en l'actualitat hi ha diferents parlaments autonòmics que legislen en funció d'un sistema de competències. L'art. 149.1.8 CE reconeix la competència per a legislar a les comunitats autònomes. Aquest precepte estableix el següent:

Art. 149. 1. CE "L'Estat té competència exclusiva sobre les matèries següents:

8. Legislació civil, sens perjudici de la conservació, modificació i desenvolupament per part de les comunitats autònomes dels drets civils, forals o especials allà on n'hi hagi. En qualsevol cas, les regles relatives a l'aplicació i a l'eficàcia de les normes jurídiques, relacions juridicocivils relatives a les formes de matrimoni, ordenació dels registres i instruments públics, bases de les obligacions contractuals, normes per a resoldre els conflictes de lleis i determinació de les fonts del dret, d'acord, en aquest darrer cas, amb les normes del dret foral o especial".

En conseqüència, amb l'aprovació de la CE, **el dret civil es converteix en una matèria respecte la qual les CA poden assumir competències.**

Aquest precepte genera dubtes interpretatius; en concret, si totes les CA poden assumir competències en matèria de dret civil, o bé sols aquelles que tenien dret civil propi en el moment de l'entrada en vigor de la CE. Sembla que del tenor literal del precepte cal entendre que sols podrien assumir competència en dret civil aquelles CA que tenien dret civil propi en el moment d'aprovar-se la CE. Tanmateix, també és cert que, si bé algunes CA no poden legislar en matèria de dret civil perquè no tenien dret civil propi (i per tant no podrien dictar normes a l'empara de l'art 149.1.8 CE), ho fan d'acord amb altres preceptes i dicten normes que estan estretament vinculades al dret civil, com ara matèries relatives a defensa de consumidors i usuaris, persones jurídiques (associacions i fundacions), comerç interior o urbanisme.

## Conservació, modificació i desenvolupament

Una altra qüestió de gran transcendència és determinar l'abast de la frase “**conservació, modificació i desenvolupament**”. Pel que fa al cas, es poden identificar **tres tipus d'interpretacions**:

(i) Una interpretació molt restrictiva de la frase, que únicament reconeixeria competència legislativa en dret civil respecte a aquelles matèries regulades pel dret civil propi en el moment en què entrà en vigor la CE. Això comporta lògicament reduir l'àmbit d'actuació de les CA, i d'alguna manera, congelar la normativa que en el seu moment es va compilar. Es tracta d'una interpretació ancorada en l'ideal d'un dret civil únic per a tot l'Estat.

(ii) Una interpretació maximalista, que defensa que les CA que han assumit la competència en dret civil poden legislar en tot l'àmbit del dret civil, excepte el límit infranquejable que representa la clàusula “en tot cas...” continguda a l'art. 149.1.8., de tal manera que aquest seria l'únic límit que tindria l'activitat legislativa en dret civil. Es defensa aquesta interpretació, entre altres motius, pel fet que les Compilacions es van limitar a un àmbit específic del dret civil, especialment a causa de les circumstàncies polítiques del moment en què s'aprovaren. Aquesta posició rep el nom d'*autonomista* i preconitza la màxima competència en dret civil.

(iii) Una altra interpretació intermèdia, i que és la que segueix principalment el TC, és aquella que es basa en les “institucions connexes”. Segons aquesta configuració es poden legislar les matèries que tinguin relació amb aquelles contingudes en els drets forals existents en el moment d'aprovar-se la CE. És a dir, es pot actualitzar i innovar el dret civil contingut en les compilacions, però s'hauria de fer de manera que hi hagués un fil conductor entre el nucli existent inicial i el posterior desenvolupament legislatiu. Pel que fa a això, val la pena llegir la jurisprudència del TC, i concretament, les sentències STC 88/1993, de 12 de març, STC 156/1993, de 6 de maig i la STC 82/2016, de 28 d'abril.

En canvi, sí que hi ha acord a considerar la **competència exclusiva de l'Estat** pel que fa a les matèries que van precedides per la clàusula “en tot cas [...]”, si bé una d'elles –“bases de les obligacions contractuals”– no és fàcil d'interpretar i genera, també, un debat doctrinal.

Finalment cal tenir en compte la **clàusula de supletorietat** de l'art. 149.3 CE, que entra en joc en aquells casos en què les CA no han exercit les seves competències.

## El Codi civil de Catalunya

L'art. 9.2 de l'antic Estatut d'autonomia de Catalunya, per exemple, va assumir la corresponent competència. Això va permetre al Parlament de Catalunya realitzar una tasca legislativa intensa, en un procés de modernització del dret civil català, que es va iniciar amb la Llei 13/1984, de 20 de març, sobre la **compilació del dret civil de Catalunya**, que adopta la compilació de 1960 i l'adapta als nous principis constitucionals, i que va continuar amb un seguit de lleis sectorials, com la Llei de filiacions, la Llei de la successió intestada, la Llei de tutela o la Llei de relacions patrimonials entre cònjuges, que posteriorment van ser derogades i substituïdes pel Codi de successions de 1991 i el Codi de família de 1998; i també de diverses lleis patrimonials, com la Llei de regulació dels drets d'usdefruit, d'ús i d'habitació, la Llei de pensions periòdiques, la Llei de regulació dels drets de superfície, de servitud i d'adquisició voluntària o preferent, totes elles també derogades.

El 2002 es va iniciar un procés de codificació a Catalunya, de manera que es van integrar tot un conjunt de lleis civils catalanes en un únic cos legal, el **Codi civil de Catalunya**, aprovat per la Llei 29/2002, de 30 de desembre. Aquest codi es compon de sis llibres: el primer s'ocupa de les disposicions generals; el segon, de la persona i la família (Llei 25/2010, de 29 de juliol, del llibre segon del Codi civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família); el tercer, de la persona jurídica (Llei 4/2008, de 24 d'abril, del llibre tercer del Codi civil de Catalunya, relatiu a les persones jurídiques); el quart, de les successions (Llei 10/2008, de 10 de juliol, del llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions); el cinquè, dels drets reals (Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals), i el sisè, de les obligacions i els contractes aprovat per Llei 3/2017, de 15 de febrer. La Llei 5/2006 ha significat un pas més en la construcció del nou sistema jurídic privat català, en aportar una regulació nova, pròpia de Catalunya, d'institucions fonamentals en el dret de coses com són la possessió, la

propietat i les situacions de comunitat, especialment l'anomenada *propietat horitzontal*, i introduir la regulació dels drets de vol i d'hipoteca. Després, la Llei 10/2008, ha actualitzat un nombre significatiu d'institucions i deroga el Codi de successions de 1991 si bé conservant la seva empremta. Finalment, la Llei 25/2010 s'estructura sobre la base de l'anterior Codi de família, reordena els continguts, rectifica els errors i introdueix novetats importants per a adequar l'ordenament jurídic a la realitat social.

L'**Estatut d'autonomia de Catalunya**, que fou aprovat pel Parlament de Catalunya el 30 de setembre de 2005 i va entrar en vigor el 9 d'agost de 2006, estableix que "correspon a la Generalitat la competència exclusiva en matèria de dret civil, excepte en les matèries que l'article 149.1.8 de la Constitució atribueix en tot cas a l'Estat. Aquesta competència inclou la determinació del sistema de fonts del dret civil de Catalunya" (art. 129).

Las fonts del dret civil català són:

- 1) El Codi civil de Catalunya i les altres lleis civils del Parlament.
- 2) El costum (que només regeix en defecte de llei aplicable).
- 3) Els principis del dret propi (art. 111-1 Codi civil de Catalunya) (CCCat).

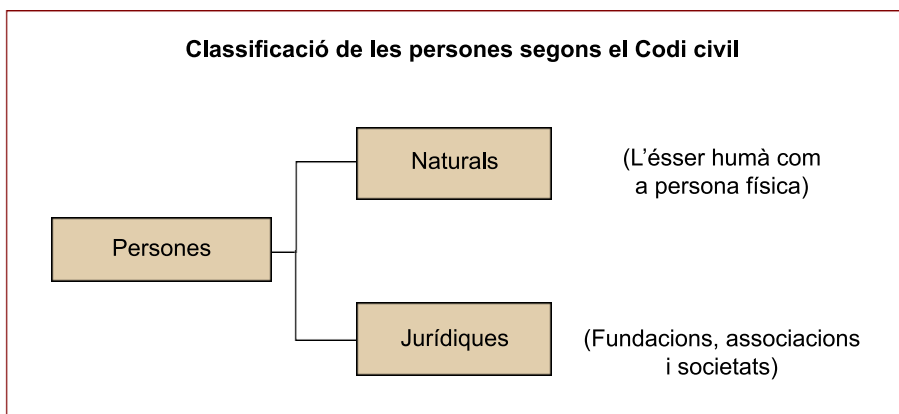
El **dret civil de Catalunya** té eficàcia territorial (s'aplica en tot el territori de Catalunya) sense perjudici de les excepcions que es puguin establir per raó de la matèria i de les situacions que s'hagin de regir per l'estatut personal o altres normes d'extraterritorialitat.

Un dels principals objectius del Govern de Catalunya ha estat incrementar l'autogovern a partir de la reforma de l'Estatut. Aquest incorpora moltes noves competències per al Govern de Catalunya, d'entre les quals destaquen la definició dels drets, deures i principis rectors que han d'inspirar les actuacions públiques, el reconeixement de l'autonomia dels ens locals i el dibuix d'una nova organització territorial catalana basada en el municipi, la vegueria i la comarca.

## 2. La persona com a protagonista del dret

Tot el dret gira al voltant de la persona, de l'individu. L'art. 10 de la CE declara que "la dignitat de la persona i els drets que li són inherents, el lliure desenvolupament de la personalitat, el respecte a la llei i als drets dels altres són fonament de l'ordre polític i de la pau social". La consideració de l'ésser humà com a titular d'uns drets inviolables és el que justifica el seu protagonisme davant el dret.

Quan parlem de *persona*, normalment pensem en una persona física, en un subjecte o individu. Però en dret hi ha també ens abstractes –sense consistència física– que són integrats per individus i als quals es reconeixen qualitats i capacitats pròpies de les persones físiques. Aquests ens abstractes que el dret tracta "com si" fossin persones físiques es denominen *persones jurídiques*.



### 2.1. La persona física

En aquest apartat estudiarem el concepte de personalitat civil i distingirem entre la capacitat jurídica i la capacitat d'obrar, com també alguns factors que determinen l'estat civil de la persona, en concret, la nacionalitat, el veïnatge civil (i el domicili) i l'absència.

#### 2.1.1. La personalitat civil

El Codi civil pren els conceptes de **naixement i mort**, que són purament biològics, per tal de crear conceptes jurídics que **permetin determinar el començament i la fi de la personalitat**.



Així, i a efectes jurídics, la personalitat civil s'adquireix en el moment de néixer amb vida, una vegada produït el despreniment sencer del si matern (art. 30 Cc). Però fins i tot abans del naixement, s'atorga tutela jurídica al concebut i no nascut (*nasciturus*).

### El *nasciturus*

L'article 29 del Cc assenyala que el naixement determina la personalitat, i que el *nasciturus* (concebut i no nascut) es considerarà nascut per a tots els efectes que li siguin favorables sempre que neixi amb les condicions a les quals es refereix l'article 30 del Cc.

Són exemples concrets de protecció al *nasciturus* l'art. 627 del Cc, que permet acceptar les donacions fetes als *nasciturus* a qui serien els seus representants si haguessin nascut, i els art. 959 i seg. del Cc, que preveuen les precaucions que haurà d'adoptar la vídua per tal d'afavorir els possibles fills pòstums.

### Codi civil de Catalunya

L'art. 211-1 del CCCat estableix el següent:

#### “Personalitat civil

1. La personalitat civil és inherent a la persona física des del naixement.
2. El concebut té la consideració de persona als efectes que li siguin favorables, sempre que arribi a néixer.
3. La personalitat civil s'extingeix amb la mort.”

Respecte a la capacitat successòria del *nasciturus*, l'art. 412-1 CCCat disposa: “Tenen capacitat per a succeir totes les persones que en el moment de l'obertura de la successió ja hagin nascut o hagin estat concebudes i que sobrevisquin al causant”.

Respecte a l'acceptació de donacions a favor del *nasciturus*, l'art. 531-21.3 CCCat, disposa: “Les persones que serien els representants legals dels concebuts si ja haguessin nascut poden acceptar les donacions que es facin a favor d'aquests”.

**L'extinció de la persona es determina per la seva mort.** El dret també assimila a la mort provada determinades situacions d'incertesa sobre la vida d'una persona, basades en fets objectius que indueixen a suposar que ha mort (art. 193 i seg. del Cc). En aquestes situacions, es declara que l'individu ha mort per posar fi a una situació d'incertesa que potser mai no es podria resoldre. La **declaració de mort** es basa en circumstàncies objectives, com ara que hagi transcorregut un període de temps llarg sense que es tinguin notícies de l'absent –que es redueix si l'absent ha patit un perill de mort imminent– i que les circumstàncies en què hagi desaparegut creïn sospita. Declarat mort un individu, els seus béns es reparteixen entre els hereus aplicant les normes de la successió *mortis causa*.

#### Llei 20/2011

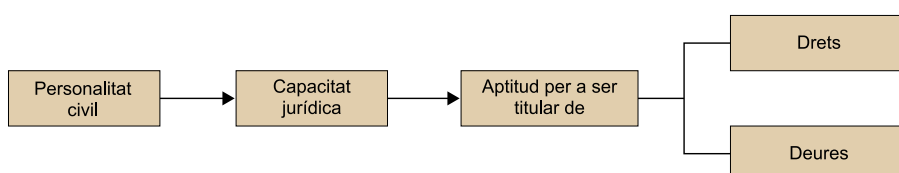
La Llei 20/2011, de 21 de juliol, del Registre Civil va donar nova redacció a l'article 30 Cc, que abans de la reforma exigia, per reputar-lo com a nascut (existent com a tal), que el fetus tingués figura humana i visqués vint-i-quatre hores senceres completament després del si matern.

#### La declaració de mort

Si la persona que és declarada morta aparegués posteriorment o es provés que existeix, recuperaria els béns en l'estat en què estaven i tindria dret al preu d'aquells que s'haguessin venut o a adquirir-los al mateix preu.

### 2.1.2. Capacitat jurídica i capacitat d'obrar

#### La personalitat civil i la capacitat jurídica



Per a la persona física, el dret distingeix entre la **capacitat jurídica** i la **capacitat d'obrar**.

La **capacitat jurídica** és l'aptitud per a ser titular de drets i obligacions. La tenen totes les persones pel simple fet de ser-ho. La **capacitat d'obrar** és l'aptitud per a poder exercitar aquests drets i obligacions. La capacitat d'obrar faculta l'individu per a obrar per si mateix, i les limitacions d'aquesta capacitat dependran de la situació en què es trobi l'individu en la societat.

Per exemple, un nadó pot succeir una persona que l'ha designat hereu en testament (té capacitat jurídica), però lògicament no pot acceptar l'herència (no té capacitat d'obrar), i el seu representant legal serà qui haurà de fer-ho.

### 2.1.3. Estat civil. El registre civil

Les diferents situacions en què es pot trobar una persona en la societat i de les quals depèn una determinada capacitat d'obrar es denominen **estats civils**. L'estat civil varia al llarg de la vida d'un individu de la mateixa manera que varien les seves capacitats intel·lectual i volitiva. L'estat civil és una matèria **d'ordre públic** per la seva rellevància en la societat i, per això, no es pot aconseguir lliurement per la voluntat de la persona (art. 1814 del Cc).

L'estat civil és la posició jurídica que té una persona física que pertany a una determinada comunitat en un moment determinat.

L'estat civil es determina en funció de diferents aspectes:

- 1) **Per la condició personal.** Els estats civils dependents de la condició personal són bàsicament dos: la majoria d'edat i la incapacitació. No obstant això, el menor pot emancipar-se i realitzar certs actes tot i no estar emancipat. A més, hi ha altres figures de protecció de la persona, com la tutela i la curatela.
- 2) **Per les relacions de família.** Els estats civils derivats de les relacions de família són el matrimoni, la filiació i el parentiu.
- 3) **Per la pertinença a un territori.** Els estats civils derivats de la pertinença a un territori són la nacionalitat, el veïnatge civil, el domicili i l'absència.

#### Capacitat d'obrar

En l'àmbit del dret, les possibilitats d'actuació d'un menor que encara no té prou discerniment són inferiors (més limitades) que les de la persona que ha arribat a divuit anys.

La importància que té conèixer i determinar l'estat civil de les persones fa necessari un registre on consti aquest estat civil. El **Registre Civil** fa públic l'estat civil de cada individu, de manera que qualsevol el pugui conèixer i pugui actuar en conseqüència.

Ens pot interessar conèixer si la persona amb qui volem signar un contracte és nacional o estrangera, si està casada o no i, en aquest cas, quin és el règim econòmic matrimonial al qual està subjecta per tal de determinar amb quins béns respondrà dels seus deutes, etc. El Registre Civil proporciona publicitat d'aquest fet.

El **Registre Civil** és una organització administrativa (servei públic), una col·lecció de llibres i un mitjà per a conèixer la veritat oficial (publicitat registral). El Registre Civil depèn del Ministeri de Justícia, i els assumptes referents a aquest són encomanats a la Direcció General dels Registres i del Notariat.

#### Registres inclosos en el Registre Civil

El Registre Civil està integrat per:

- a) Els **registres municipals**, a càrrec del jutge municipal o comarcal assistit pel secretari, llevat del que disposa l'article següent.
- b) Els **registres consulars**, a càrrec dels cònsols d'Espanya a l'estranger.
- c) El **Registre Central**, a càrrec d'un funcionari de la Direcció General (art. 10 de la Llei del Registre Civil, de 8 de juny de 1957).

La inscripció en el Registre Civil és **títol d'estat** i, per tant, és un mitjà específic per a provar els fets inscrits. Per aquest motiu, no es poden impugnar en un judici els fets inscrits en el Registre sense que alhora s'insti a rectificar l'assentament corresponent.

#### 2.1.4. La capacitat d'obrar

La capacitat d'obrar s'obté amb la majoria d'edat i es perd per incapacitació judicial. Però hi ha altres figures que permeten adquirir-la al menor o restringir-la (tutela i curatela).

##### a) La majoria d'edat

La persona, des que neix, va evolucionant; amb el transcurs del temps, va adquirint prou capacitat de discerniment (maduresa) per a poder obrar per si mateixa (capacitat d'obrar) i poder assumir plenament les conseqüències jurídiques dels seus actes. Es denomina *majoria d'edat* el moment en la vida de l'individu a partir del qual el dret considera que és jurídicament responsable i es pot autogovernar. El major d'edat és capaç i responsable. Amb això, el dret atribueix efectes jurídics a un fet biològic.

#### Registre Civil

La llei que regula el Registre Civil espanyol és del 8 de juny de 1957, i fou desplegada pel Reglament de 14 de novembre de 1958. Ambdues normes han estat modificades posteriorment moltes vegades. La LRC de 1957 fou derogada per la Llei 20/2011, de 21 de juliol, del Registre Civil, que entrà en vigor de forma completa el 30 de juny de 2017. Aquesta llei dissenya un registre civil únic informatitzat que s'articula sobre la base d'una oficina central, oficines generals i oficines consulars.

En el nostre dret positiu, la majoria d'edat s'assoleix als divuit anys (art. 12 de la CE, art. 315.1 del Cc i art. 211-4.1 CCCat). Amb la majoria d'edat, s'adquireix la capacitat d'obrar i, per tant, la persona més gran de divuit anys pot actuar vàlidament per ella mateixa.

Tanmateix, en determinats supòsits l'ordenament jurídic exigeix una edat superior, com és el cas de l'adopció, en què per a poder adoptar cal tenir 25 anys (art. 175 Cc i art. 235-30 b CCCat).

## b) L'emancipació

Una figura jurídica a mig camí entre la majoria i la minoria d'edat és l'emancipació. L'emancipació habilita el menor per regir la seva persona i els seus béns com si fos major d'edat amb algunes excepcions (art. 323 del Cc i 211-7 CCCat).

L'emancipació es pot aconseguir:

1) Per concessió o consentiment dels titulars de la potestat (art. 317 Cc i art. 211-8 b CCat).

Cal que el menor tingui setze anys i que doni el seu consentiment. És necessari que s'atorgui en escriptura pública o bé per la compareixença dels interessats al Registre Civil.

2) Per resolució judicial (art. 320 Cc i 211-10 CCCat).

L'art. 330 Cc contempla diferents supòsits que permeten a l'autoritat judicial atorgar el que es denomina com a *benefici de la major edat*.

3) Per vida independent, ex. art. 319 Cc i art. 211-11 CCCat, si bé aquest últim precepte estableix que la independència ha de ser econòmica.

4) El matrimoni, segons estableix l'art. 211-8 a CCCat), produeix l'emancipació. Així ho establí també l'art. 316 Cc, previ a la reforma introduïda per la Llei 15/2015, de 2 de juliol (LJV). Tanmateix, com a conseqüència de la LJV, l'emancipació ja no pot tenir lloc per matrimoni.

L'art. 46 Cc estableix que no poden contreure matrimoni els menors d'edat no emancipats. Abans de la reforma duta a terme per la LJV, prèvia dispensa judicial, un menor de setze anys i major de catorze anys podia contreure matrimoni (art. 48.2 Cc abans de l'esmentada reforma). La conseqüència de la celebració del matrimoni era l'emancipació (art. 316 Cc, suprimit per la LJV). Actualment, en la mesura que no és possible la dispensa d'edat a un menor no emancipat, no és possible que a través d'aquesta via indirecta (el matrimoni), es produeixi l'emancipació d'un menor de setze anys i major de catorze anys.

### Emancipació

Fins que no arribi a la majoria d'edat, l'emancipat no podrà adquirir diners en préstec, gravar o alienar béns immobles ni establiments mercantils o industrials o objectes de valor extraordinari sense el consentiment dels pares i, a falta de tots dos, sense el del seu curador.

Els efectes de l'emancipació són els que estableix l'art. 323 Cc i els arts. 211-7 i 211-12 CCCat.

Una institució semblant a la de l'emancipació és la del **benefici de la majoria d'edat**, que el jutge pot atorgar al subjecte tutelat més gran de setze anys que així ho sol·liciti després d'un informe previ del Ministeri Fiscal i que es regirà per les mateixes normes que regulen la situació de l'emancipat (art. 321 Cc).

#### El benefici de la majoria d'edat

El règim jurídic de les persones que s'hi troben sotmeses al benefici de la majoria d'edat no difereix del dels emancipats.

### c) El menor

El menor d'edat, té la capacitat d'obrar limitada.

Si bé segons la concepció inicial del Cc, en l'època de la seva redacció, els menors es consideren subjectes que no tenen capacitat d'obrar, a poc a poc, especialment a partir dels anys 80, aquesta concepció va evolucionant.

S'entén que l'adquisició de la capacitat d'obrar és quelcom gradual, en la mesura que no és el mateix un menor de tres anys que un de disset anys. En conseqüència, hi ha determinats actes que el menor podrà dur a terme, segons la seva maduresa i segons els usos socials. De fet, cada vegada hi ha més disposicions que permeten als menors actuar per si mateixos, tant en l'esfera patrimonial com en la personal. Així ho disposa, per exemple, l'art. 211-5 CCCat: "El menor pot fer per si mateix, segons la seva edat i capacitat natural, els actes següents [...]".

Les limitacions a la capacitat d'obrar dels menors d'edat han d'interpretar-se de manera restrictiva (art. 2 LOPJM, art. 211-3.3 CCCat).

A l'hora de determinar l'àmbit d'actuació dels menors d'edat cal tenir en compte dos eixos bàsics:

- (i) L'interès del menor (art. 154 Cc i art. 211-6 CCCat).
- (ii) El respecte al lliure desenvolupament de la seva personalitat.

La legislació estableix, en funció de l'edat i la maduresa del menor, una sèrie d'actes que pot dur a terme. Es distingeixen els següents supòsits:

**En funció de la seva maduresa o dels usos socials**, el menor pot realitzar certs actes relatius als seus drets de la personalitat o actes de naturalesa patrimonial.

- **Actes relatius a l'exercici dels drets de la personalitat:**

En aquest cas, el criteri és el de la maduresa del fill. L'art. 162.2. Cc exceptua de la representació legal dels fills "los actos relativos a los derechos de la personalidad que el hijo, de acuerdo con su madurez, pueda ejercitar por sí mismo". En un sentit similar es pronuncia l'art. 211-5 CCCat, segons el qual "el menor pot fer per si mateix, segons la seva edat i capacitat natural, els actes següents: a) Els relatius als drets de la personalitat, llevat que les lleis que els regulin estableixin una altra cosa".

Així, l'art. 3.1 de la LO 1/1982, de 5 de maig, de protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar i a la pròpia imatge, estableix que: "El consentimiento de los menores e incapaces deberá prestarse por ellos mismos si sus condiciones de madurez lo permiten, de acuerdo con la legislación civil". En un sentit similar, es pronuncia l'art. 154 Cc.

#### L'art. 9 LOPJM...

...afavoreix la participació del menor en la presa de decisions que l'afecten molt directament i estableix el dret del menor a ser escoltat

#### Exemple

Quan el menor autoritza que es captin i difonguin determinades imatges o bé que el seu nom pugui ser utilitzat per a la publicitat.

- **Actes de naturalesa patrimonial:**

L'art. 211-5 CCCat disposa:

"El menor pot fer per si mateix, segons la seva edat i capacitat natural, els actessegüents:

b) Els relatius a béns o serveis propis de la seva edat, d'acord amb els usossocials."

Així mateix, l'art. 1263 Cc, després de la reforma duta a terme per la Llei 26/2015, de 28 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència, disposa:

"No pueden prestar consentimiento:

1.º Los menores no emancipados, salvo en aquellos contratos que las leyes les permitan realizar por sí mismos o con asistencia de sus representantes, y los relativos a bienes y servicios de la vida corriente propios de su edad de conformidad con los usos sociales [...]".

### El menor pot realitzar altres actes **en funció de la seva edat**.

- **A partir dels 12 anys:**

Els fills hauran de ser informats/escoltats abans que es prenguin decisions que afectin directament la seva esfera personal o patrimonial (art. 211-6.2 CCCat i arts. 156.2, 159 i 161 Cc).

El menor haurà d'atorgar el seu consentiment per a ser adoptat (art. 235-40 CCCat i art. 177 Cc).

- **A partir dels 14 anys, el menor:**

- Pot optar per la nacionalitat espanyola o sol·licitar-la per carta de naturalesa i per residència (arts. 20.2.b i 21.3b Cc).
- Optar per un veïnatge civil diferent del que tingui (art. 14.3 Cc).
- Pot atorgar testament notarial (art. 663 Cc i art. 421.4 CCCat).
- Cal tenir present que a aquesta edat no es pot contreure matrimoni, ni tant sols amb dispensa judicial, en la mesura que la Llei 15/2015, de 2 de juliol, de jurisdicció voluntària (LJV) eliminà aquesta possibilitat.

**LJV**

Llei 15/2015, de 2 de juliol, de jurisdicció voluntària.

- **A partir dels 16 anys, el menor pot:**

- Administrar determinats béns: aquells que hagi obtingut amb la seva activitat que generi benefici o amb el seu treball (art. 236-25 c CCCat i art. 164.3 Cc).
- Ser emancipat per concessió de les persones que exerceixin la potestat, per part de l'autoritat judicial o bé com a conseqüència de dur una vida independent (arts. 317, 319, 320 i 321 Cc).
- Atorgar el consentiment informat en relació als tractaments mèdics (art. 9.4 Llei 41/2002, de 14 de novembre, bàsica reguladora de l'autonomia del pacient i de drets i obligacions en matèria d'informació i documentació clínica, i art. 212-2.1 CCCat).

### d) La incapacitació judicial

Pot ocórrer que determinades persones, assolida la majoria d'edat, no siguin naturalment capaces perquè no tenen prou discerniment.

El Codi civil preveu aquesta eventualitat i, en l'article 200, s'estableixen com a causes d'incapacitació, les malalties o deficiències persistents de caràcter físic o psíquic que impedeixen la persona governar-se per ella mateixa.

La incapacitació sols pot declarar-se per sentència judicial (art. 199 Cc) i comporta una restricció de la capacitat d'obrar de la persona que quedarà sotmesa a tutela o curatela segons s'estableixi en la sentència (art. 760 LEC).

La incapacitat no significa que l'incapaç no pugui actuar per ell mateix en cap àmbit, per això la sentència que en declari la incapacitat ha de fixar l'àmbit d'actuació en què l'incapaç no necessita que el tutor intervingui; per a totes les altres coses, la intervenció del tutor serà preceptiva. La sentència que declari la incapacitació ha d'establir el règim (de tutela o curatela) al qual queda subjecte l'incapacitat.

#### e) Institucions de protecció: tutela i curatela

La **tutela** comporta la representació legal del tutelat, si bé s'exclouen una sèrie d'actes d'aquesta representació legal (aquells que el tutelat pot realitzar per si mateix, perquè així ho determina la Llei o la sentència d'incapacitació (art. 267 Cc).

La tutela té com a finalitat la protecció del tutelat (menors no emancipats queno estan subjectes a la pàtria potestat/potestat parental o bé els incapacitats sila sentència així ho ha establert) i és de caràcter permanent.

D'acord amb el que preveu l'art. 763 LEC, cal autorització judicial per a internar-la persona sotmesa a potestat o tutela en un establiment adequat.

La **curatela** és un règim d'assistència o complement respecte l'àmbit patrimonial del subjecte. El seu caràcter és estable però d'actuació intermitent, i es caracteritza per completar la capacitat d'aquell sotmès a curatela per a la realització de determinats actes. En aquest cas, a diferència de la tutela, no té lloc una representació del subjecte sotmès a aquesta institució.

Procedeix la constitució de la curatela en els casos d'emancipació si qui ostenta la potestat respecte l'emancipat no pot exercir-la; per a aquells que obtinguin el benefici de la majoria d'edat (segons terminologia emprada pel Cc) i per als declarats pròdigs. També es pot constituir la curatela en aquells casos en què la sentència d'incapacitació així ho declari. La sentència determinarà l'àmbit en què cal l'assistència del curador. El curador intervinrà en aquells actes que el menor o el pròdig no puguin realitzar per si mateixos.

#### Capacitat/incapacitat

La capacitat de la persona es presumeix sempre i, per això, la incapacitat exigeix una sentència judicial fonamentada en les causes establertes per la llei.

## L'assistència

El CCCat, en els arts. 226-1 a 226-7, ha introduït la figura de l'assistència. Aquesta institució preveu que la persona major d'edat que ho necessiti per a tenir cura d'ella mateixa o dels seus béns, a causa de la disminució no incapacitant de les seves facultats físiques o psíquiques, pugui sol·licitar a l'autoritat judicial el nomenament d'un assistent.

En el nomenament de l'assistent, l'autoritat judicial ha de respectar la voluntat de la persona que ha de ser assistida.

Aquesta figura no ha de confondre's amb l'assistència que requereixen en determinats casos les persones sotmeses a tutela o curatela (art. 222-42 CCCat o art. 223-1.a CCCat), si bé cal reconèixer que tenen bastants punts de coincidència.

## f) Altres restriccions a la capacitat d'obrar

- **La prodigalitat**

El pròdig és aquella persona que com a conseqüència d'un comportament econòmic malgastador posa en perill el seu patrimoni, i en conseqüència, pot posar en risc el compliment dels deures que té vers determinats familiars (deure d'aliments).

El pressupòsit per declarar una persona pròdiga és el fet de dilapidar el patrimoni en perjudici de determinats familiars. La sentència que declari la prodigalitat determinarà els actes que el pròdig no pot realitzar sense l'assistència del curador.

- **La declaració de concurs**

La Llei concursal 22/2003, de 9 de juliol, determina quina és la capacitat d'obrar del concursat.

Segons l'art. 40.1, en cas de concurs voluntari, el deutor conserva les facultats d'administració i disposició sobre el seu patrimoni, tot i quedar-ne sotmès l'exercici a la intervenció dels administradors concursals, mitjançant autorització o conformitat.

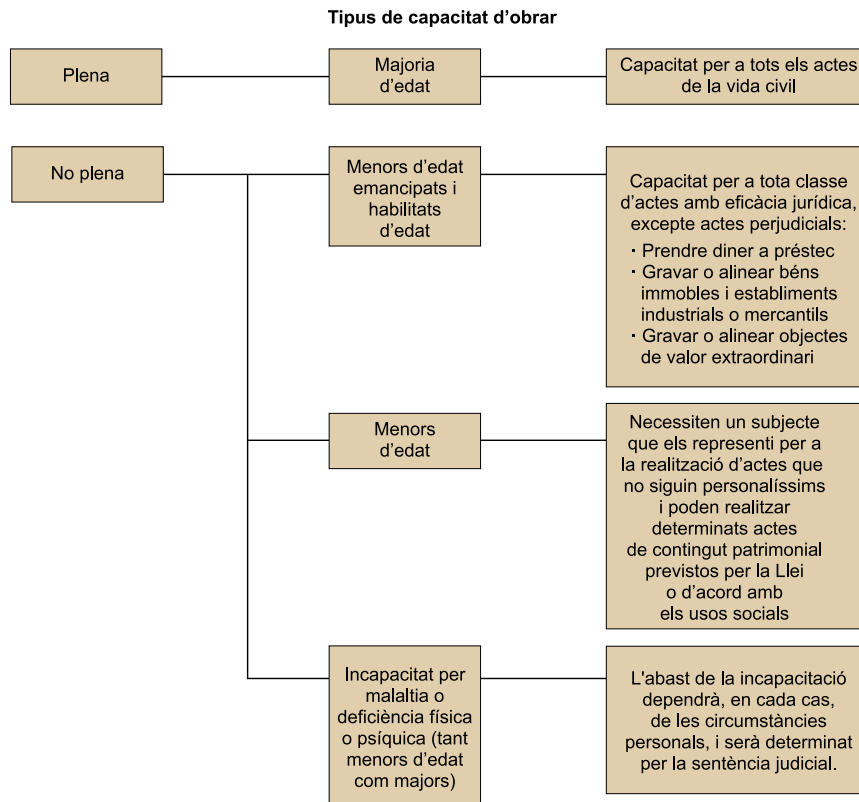
En el cas del concurs necessari, es suspendrà el deutor de l'exercici de les facultats d'administració i disposició respecte el seu patrimoni, essent substituït pels administradors concursals (art. 40.2).

Aquest esquema resumeix les possibles situacions en relació amb la capacitat d'obrar:

## Bibliografia

P. del Pozo; A. Vaquero; E. Bosch (2016). *Derecho civil de Cataluña. Derecho de familia* (2a. ed., pàg. 544 i seg.). Barcelona: Marcial Pons.





### 2.1.5. La nacionalitat

La nacionalitat és la qualitat que s'atribueix a una persona pel fet de pertànyer a una comunitat nacional organitzada en forma d'Estat. És un estat civil summament important, atès que determina la llei que regirà la capacitat, l'estat civil, els drets i els deures de família i la successió per causa de mort d'una persona (art. 9.1 del Cc). Per tant, la definició de la nacionalitat d'un subjecte determina quines seran les lleis que se li aplicaran, que normalment seran les de l'Estat del qual té la nacionalitat.

Els sistemes per a determinar o atribuir la nacionalitat d'una persona són de dos tipus:

- El sistema del *ius sanguinis* (dret de sang), que considera nacional d'un determinat país el fill de pares nacionals encara que neixi en un altre país.
- El sistema del *ius solii*, que considera nacional d'un país el qui neix dins el seu territori.

El nostre Codi civil segueix un sistema mixt que combina criteris dels dos sistemes esmentats.

## Espanyols segons el Codi civil

El Codi civil considera **espanyols d'origen**:

- 1) els nascuts de pare o mare espanyols;
- 2) els nascuts a Espanya de pares estrangers, si almenys un d'ells ha nascut també a Espanya (s'exceptuen els fills de funcionaris diplomàtics o consulars acreditats a Espanya);
- 3) els nascuts a Espanya de pares estrangers, si els dos estan mancats de nacionalitat o si la legislació de cap d'ells no atribueix al fill una nacionalitat, i
- 4) els nascuts a Espanya sense una filiació determinada (art. 17 del Cc).

La nacionalitat espanyola es pot **adquirir**:

- per adopció d'un menor d'edat (art. 19.1 Cc);
- per opció (art. 20 Cc): persones que estiguin o hagin estat subjectes a la pàtria potestat d'un espanyol, o el pare o mare de les quals eren espanyols nascuts a Espanya;
- per carta de naturalesa (art. 21 Cc) atorgada discrecionalment pel Govern quan concorren circumstàncies excepcionals;
- per residència en territori espanyol durant 10 anys (art. 22 Cc). S'estableixen terminis més curts per als refugiats (5 anys) i per als nacionals de països iberoamericans, Andorra, les Filipines, Guinea Equatorial, Portugal i els sefardites (2 anys). En els casos següents, només cal 1 any de residència legal, continuada i immediatament anterior a la petició:
  - Qui hagi nascut a Espanya;
  - Qui no n'hagi exercitat l'opció en el moment oportú;
  - Qui hagi esta subjecte a tutela, guarda o acolliment d'un ciutadà o institució espanyola durant 2 anys consecutius;
  - Qui hagi estat casat durant 1 any amb un ciutadà espanyol;
  - El vidu o vídua de ciutadà espanyol;
  - El nascut fora d'Espanya de pares o avis que originàriament havien estat espanyols.

### 2.1.6. El veïnatge civil. El domicili

El **veïnatge civil** és l'estat civil que determina la pertinença a un territori amb dret propi o a un territori regit pel dret civil general.

#### Adquisició del veïnatge civil

- *Per filiació* (dret de sang o *ius sanguinis*): el fet de ser fill d'una persona amb un determinat veïnatge civil fa que la persona adquireixi aquest veïnatge civil (p. ex., el fill d'un català seria català).
- *Per lloc de naixement* (dret del lloc de naixement o *ius soli*): el fet de néixer en un lloc implica que la persona adquireixi el veïnatge civil d'aquell lloc quan no es coneix la identitat dels progenitors o bé quan el veïnatge civil dels pares no és coincident.
- *Per opció*: la persona pot escollir quin veïnatge civil vol (p. ex., el fill del mateix català que s'ha vist abans pot escollir si vol adquirir el veïnatge de Catalunya o de la Comunitat Autònoma de Madrid).
- *Per residència*: la personal que viu de manera habitual i continuada un temps determinat en un lloc, adquireix automàticament el veïnatge civil d'aquell lloc (p. ex., el fill d'un català nascut a Madrid que viu deu anys a València, adquireix automàticament el veïnatge civil valencià, sempre que no hi hagi una declaració en contra).

#### Catalunya

Les persones estrangeres que adquireixin la nacionalitat espanyola resten sotmeses al dret civil català mentre mantinguin el veïnatge administratiu a Catalunya, llevat que manifestin la seva voluntat en contra (art. 111-3 CCCat).

La **regla general** és que tenen el veïnatge civil en territori de dret comú, o en un dels de dret especial o foral, **els nascuts de pares que tinguin aquest veïnatge** (art. 14.2 del Cc). Si en néixer el fill, o en ser adoptat, els pares tenen un veïnatge civil diferent, el fill tindrà el que correspongui a aquell dels dos respecte del qual la filiació hagi estat determinada abans; en defecte d'això, tindrà el veïnatge del lloc del naixement i, en darrer terme, el veïnatge de dret comú (art. 14. 3).

A més a més, el Codi civil permet **adquirir** el veïnatge civil:

- a) Per opció entre el veïnatge civil del lloc de naixement i el veïnatge civil d'un dels progenitors.
- b) Per residència continuada durant dos anys, sempre que l'interessat manifesti que aquesta és la seva voluntat, o
- c) Per residència continuada durant deu anys, sense declaració en contra durant aquest termini (art. 14.5 del Cc).

El **domicili** no constitueix cap estat civil ja que no influeix en la capacitat d'obrar de la persona. No obstant això, és rellevant per a determinar qüestions com el tribunal competent i el lloc d'exigibilitat de les obligacions per a cada subjecte.

El Codi civil estableix que, per a exercir els drets i complir les obligacions civils, el domicili de les persones naturals és el lloc on resideixen habitualment (art. 40 del Cc). El domicili es pot considerar, per tant, la seu jurídica d'una persona.

### 2.1.7. L'absència

En dret, es preveu la possibilitat que una persona abandoni el seu domicili sense que hagi deixat instruccions de com s'ha d'actuar durant la seva absència, de manera que s'estableixen normes per a assegurar que es mantinguin les seves relacions jurídiques sense que el seu patrimoni minvi per aquesta absència. Aquesta institució dirigida a assegurar els béns i la situació jurídica de l'absent es denomina *declaració d'absència* (art. 181 i seg. del Cc).

Un pas més enllà en el supòsit de desaparició d'una persona és aquell en què, donades les circumstàncies en què va desaparèixer o bé el temps transcorregut des de la desaparició, l'ordenament jurídic considera la persona morta. La declaració de mort (regulada en els arts. 193 a 197 Cc) té unes conseqüències legals: l'obertura de la successió de la persona i el repartiment de la seva herència; la dissolució del matrimoni i la cessació dels càrrecs.

#### Nota

El matrimoni no altera el veïnatge civil (art. 14.5 del Cc).

#### Absència legal

El Codi civil considera en situació d'absència legal el qui ha desaparegut del seu domicili o residència:

- passat un any d'ençà que va desaparèixer, o
- passats tres anys si va encomanar l'administració dels seus béns (art. 183 del Cc).

## 2.2. Les relacions familiars

Aquí estudiarem el matrimoni i les situacions de convivència, la filiació, la pàtria potestat i el parentiu.

### 2.2.1. El matrimoni

Es tracta de la institució fonamental consistent en la unió estable de dues persones (i ja no necessàriament d'un home i una dona a partir de la Llei 13/2005, d'1 de juliol) per a constituir una comunitat de vida plena.

L'article 44 del Cc reconeix a l'home i a la dona el dret de contraure matrimoni d'acord amb les disposicions d'aquest codi. I en el segon paràgraf, assenyalant que "el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o de diferente sexo".

La paraula *matrimoni* fa referència a dues realitats que, tot i que són diferents, depenen l'una de l'altra. D'una banda, designa el **negoci jurídic** per mitjà del qual els cònjuges manifesten la seva voluntat de casar-se i, de l'altra, es refereix a l'**estat conjugal**, a la unió legal dirigida a establir una plena comunitat de vida. I l'estat conjugal es crea, precisament, en virtut del negoci jurídic consentit pels contraents.

#### El dret a contraure matrimoni

El segon paràgraf de l'art. 44 del Cc es va afegir per la Llei 13/2005, d'1 de juliol, per la qual es modifica el Codi civil en matèria de dret de contraure matrimoni. La STC 198/2012, de 6 de novembre, va desestimar el recurs d'inconstitucionalitat interposat contra la Llei 13/2005. Respecte la decisió del TC hi ha diferents vots particulars. Vegeu el BOE núm. 286, de 28 de novembre de 2012, pàg. 168 i seg.

En l'actualitat, es discuteix de quina manera determinades regles que s'apliquen només a les persones casades es podrien estendre a les **unions de fet** o les **parelles de fet**, és a dir, parelles que fan vida marital sense estar casades. En l'àmbit estatal, no hi ha cap regulació general, però sí en l'àmbit d'algunes comunitats autònomes, que estenen a les parelles de fet determinades normes que són aplicables a les persones casades (p. ex., en matèria de pensions compensatòries, successió hereditària, etc.).

#### Parelles de fet

Són tretze les comunitats autònomes que regulen les parelles de fet:

Catalunya (capítol IV, "Convivència estable en parella", del títol III del llibre segon del Codi civil de Catalunya, aprovat per la Llei 25/2010, de 29 de juliol), Aragó (títol VI, "Deles parelles estables no casades", del llibre segon del Codi del dret foral d'Aragó, aprovat pel Decret legislatiu 1/2011, de 22 de març), Navarra (Llei foral 6/2000, de 3 de juliol, per a la igualtat jurídica de les parelles estables), València (Llei 5/2012, de 15 d'octubre, d'unions de fet formalitzades de la Comunitat Valenciana), Madrid (Llei 11/2001, de 19 de desembre, d'unions de fet de la Comunitat de Madrid), les Balears (Llei 18/2001, de 19 de desembre, de parelles estables), Astúries (Llei 4/2002, de 23 de maig, de parelles estables), Andalusia (Llei 5/2002, de 16 de desembre, de parelles de fet), el País Basc (Llei 2/2003, de 7 de maig, reguladora de les parelles de fet), les Canàries (Llei 5/2003, de 6 de març, per a la regulació de les parelles de fet a la Comunitat Autònoma de Canàries), Extremadura (Llei 5/2003, de 20 de març, de parelles de fet de la Comunitat Autònoma d'Extremadura) i Cantàbria (Llei 1/2005, de 16 de maig, de parelles de fet de la Comunitat Autònoma de Cantàbria) i Galícia (la disposició addicional tercera de la Llei 2/2006, de 14 de juny, de dret civil de Galícia equipara al matrimoni les relacions maritals mantingudes amb intenció o vocació de permanència). Castella - la Manxa i Castella i Lleó, per la seva banda, es limiten a regular el Registre de Parelles de Fet –que també regulen la resta de comunitats.

La manera com es constitueix el vincle matrimonial té transcendència no sols pel que fa als contraents (i els descendents), sinó també pel que fa a la societat, a tercers. Per aquesta raó tradicionalment ha estat una institució regulada per qui ostenta la potestat legislativa. El sistema que fixa les regles o criteris per determinar quin matrimoni té efectes jurídics i quines són les formes vàlides per celebrar-lo és el que es coneix com a *sistema matrimonial*.

El sistema matrimonial espanyol, és un sistema de matrimoni únic (civil) amb pluralitat de formes de formalització (és a dir, que es pot contreure tant per la via civil com per la via religiosa). L'Estat té competència exclusiva (ex. art. 149.1.8 CE) per a determinar les formes de matrimoni vàlides.

### A) Requisits del matrimoni

A l'hora d'enunciar els requisits del matrimoni es distingeix entre:

- La capacitat matrimonial.
  - El consentiment matrimonial.
  - Les formes o solemnitats que ha de tenir la celebració del matrimoni.
- 
- **La capacitat matrimonial**

La capacitat matrimonial es regula en els articles 46 i 47 Cc, modificats per laLlei 15/2015, de 2 de juliol (LJV).

Hi ha dos tipus de circumstàncies que afecten la capacitat per contreure matrimoni: els impediments denominats absoluts (afecten el subjecte respecte de qualsevol altre) i els impediments relatius (afecten la persona en relació a una altra persona concreta).

Per exemple, constitueix un impediment absolut l'edat: no poden contreure matrimoni els menors d'edat no emancipats. En canvi, seria un impediment relatiu aquell que impedeix una persona concreta A, contreure matrimoni amb una altra persona concreta B, però no li impedeix contreure matrimoni amb C. Es tracta de l'impediment de parentiu.

- **El consentiment matrimonial**

Segons determina l'art. 45.1 Cc, "no hi ha matrimoni sense consentiment matrimonial".

Circumstàncies com l'edat o la malaltia poden afectar l'aptitud del consentiment atorgat. La capacitat, també pot quedar afectada per raó de malalties, i és quan entra en joc l'art. 56.2 Cc. Segons aquest precepte, "si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, se exigirá por el secretario judicial, notario, encargado del Registro Civil o funcionario que tramite el acta o expediente, dictamen médico sobre

#### Art. 47.1 CC

L'art. 47.1 Cc prohibeix el matrimoni entre determinats parents, entre avis, fills i néts.

su aptitud para prestar el consentimiento". Per tant, no existeix, com a punt de partida, una prohibició de contreure matrimoni en aquests casos, sinó que en tot cas cal que s'acrediti la capacitat per a prestar el consentiment.

Un altre aspecte que caldrà tenir en compte és la possible concurrència de vicis en el consentiment de les persones que contreuen matrimoni.

- **Les formes o solemnitats que ha de tenir la formalització del matrimoni**

El consentiment ha d'expressar-se segons les formes previstes i reconegudes pel Cc. La prestació del consentiment té un caràcter solemne i ritual. D'acord amb l'art. 49 Cc, hi ha dues possibilitats de celebrar el matrimoni: (i) la forma reglada en el Cc, (ii) la forma religiosa legalment prevista.

Cal tenir en compte les modificacions introduïdes per la Llei 20/2011, de 21 de juliol, del Registre Civil, que havia d'entrar en vigor, respecte la majoria de les disposicions, al cap de tres anys des de la seva publicació. Tanmateix, la seva entrada en vigor es prorrogà novament fins al juny de 2017. Aquesta reforma determina que per a la celebració del matrimoni civil siguin competents l'alcalde o els regidors en qui la delegui, i per a l'autorització d'expedient, el secretari d'Ajuntament.

#### a) El matrimoni en forma civil

El matrimoni en forma civil es regula en els articles 51 a 58 del Codi civil espanyol. Es tracta de la cerimònia en què els contraents manifesten el consentiment matrimonial.

La tramitació de l'**expedient matrimonial** de manera prèvia a la celebració del matrimoni serveix per a verificar que no hi hagi cap obstacle que n'impedeixi la celebració.

L'art. 51.2 Cc estableix **qui és competent** per a celebrar el matrimoni.

La redacció d'aquest article és deguda a la DF 1.5 de la Llei 15/2015, de 2 de juliol. Aquest precepte entra en vigor el 30 de juny de 2017, segons preveu la DF 21.3. Tanmateix, la DGRN ha considerat que els notaris poden celebrar matrimonis a partir de l'entrada en vigor de la LJV (al cap de 20 dies de la seva publicació en el BOE) i no com sembla desprendre's de la seva disposició final 21.3, a partir del 30 de juny de 2017 (RDGRN de 3 d'agost de 2015).

#### b) El matrimoni en forma religiosa

#### Vici del consentiment

Per exemple, si qui ha contret matrimoni ho ha fet perquè ha patit un error greu, o ha estat sotmès a una gran pressió per celebrar-lo.

El matrimoni es pot celebrar vàlidament a Espanya fent servir una forma religiosa. Aquesta forma ha de pertànyer a una confessió religiosa que estigui inscrita i sigui reconeguda per l'Estat. Actualment estan reconeguts els matrimonis celebrats en forma religiosa que pertanyen a la religió catòlica, l'evangèlica, la jueva, i la islàmica.

## B) Efectes personals patrimonials del matrimoni

Com a conseqüència del matrimoni, sorgeixen una sèrie d'efectes personals i patrimonials que tenen transcendència tant pel que fa als cònjuges (i determinats familiars) com pel que fa a tercers.

Per exemple, si un dels cònjuges contreu un deute (en contractar la reforma de la cuina del pis que constitueix el domicili familiar) és rellevant de cara als creditors (tercers) determinar si del compliment de l'obligació (pagament del preu) respon sols el cònjuge que ha contractat l'obra (reforma de la cuina), o bé responen de forma solidària (conjuntament, tant aquell que ha contractat el servei com l'altre cònjuge).

El Codi civil espanyol (art. 66-68) descriu els drets i deures dels cònjuges, que operen en condicions d'igualtat, deures que formen part del contingut del matrimoni i que no admeten pacte en contra (vegeu també l'art. 231-2 CCCat).

La comunitat de vida creada com a conseqüència del matrimoni planteja determinades qüestions a les quals el legislador procura respondre: la forma de contribuir a les càrregues del matrimoni, l'organització i la relació entre els patrimonis dels cònjuges, i la responsabilitat davant de tercers.

L'ordenament jurídic fa servir determinats mecanismes per a proporcionar d'entrada una solució a les qüestions plantejades. És el que es denomina com a *règim econòmic matrimonial*, que en paraules de Díez-Picazo i Gullón "és el conjunt de regles jurídiques que disciplinen l'economia del matrimoni", és a dir, les regles de funcionament de la comunitat de vida matrimonial.

Els règims econòmics matrimonials poden classificar-se sobre la base de diferents criteris. La classificació que interessa ara és aquella que fa referència a la manera d'organitzar les masses patrimonials.

D'acord amb aquest criteri es distingeix entre els règims de separació de béns, de comunitat i de participació. A més a més, la llei preveu unes disposicions comunes que s'anomenen "règim primari" i que s'apliquen amb independència del règim econòmic concret del matrimoni.

- **Règim de separació de béns:**

Cada cònjuge segueix sent titular del seu respectiu patrimoni sense que hi hagi interferències entre els respectius patrimonis, i no hi ha un patrimoni comú dels cònjuges. En aquest sistema poden haver-hi diferents graus. Una separació de caràcter absolut, en què no hi ha cap tipus de comunicació entre els patrimonis dels cònjuges o bé un de separació atenuada, en què hi ha algun aspecte de caràcter comunitari, com per exemple, l'obligació de contribuir a les despeses familiars (Vila Ribas).

Durant el règim i també en el moment de la seva dissolució, no hi ha relació entre els patrimonis dels cònjuges, de manera que aquests actuen amb autonomia un respecte a

### Inscripció al Registre Civil

El matrimoni ha d'inscriure's al RC, en la mesura que és un dels actes relatius a l'estat civil de les persones. Aquesta inscripció no té caràcter constituïtiu, de tal manera que el matrimoni produeix efectes des de la seva formalització, tot i que la inscripció és necessària per al ple reconeixement dels efectes.

### Principi d'igualtat

La relació entre els cònjuges es regeix pel principi d'igualtat, d'acord amb la CE i tal i com preveuen els arts. 66 Cc i 231-2 CCCat.

### Capítols matrimonials

Els cònjuges pacten el règim econòmic en capítols matrimonials. Si no pacten res, el règim serà el que preveu el legislador (art. 231-10-1 CCCat i art. 1315 Cc).

l'altre. Es tracta del règim que resulta aplicable a Catalunya, les Balears i la Comunitat Valenciana si els cònjuges no en pacten un altre.

- **Règim de comunitat:**

En aquest règim es crea un patrimoni comú la titularitat del qual pertany a ambdós cònjuges.

Es distingeix entre un règim de comunitat universal, referit a tots els béns, els béns que es tenen en iniciar-se el règim i els adquirits durant la seva vigència. En aquest cas, existeix un sol patrimoni comú a ambdós cònjuges. L'altre sistema és el de comunitat parcial, en què no es posen en comú tots els béns presents i futurs, sinó els que es generen com a conseqüència de l'activitat econòmica dels cònjuges. En aquest cas existeixen tres patrimonis: l'individual de cada un dels cònjuges i el comú als dos. La massa de béns generada durant la vigència del règim es liquidarà en el moment de la dissolució del règim.

Aquest és el règim legal supletori en el Codi civil, de manera que si els cònjuges no pacten expressament a quin règim volen sotmetre's, els resultarà aplicable el règim de comunitat (societat de guanys).

- **Règim de participació en els guanys**

Es tracta d'una combinació dels dos règims descrits, si bé alguns autors assenyalen que no és més que una modalitat del règim de separació. Durant el matrimoni funciona com un règim de separació i únicament en el moment de la liquidació té característiques específiques (Vila Ribas).

El règim de participació tracta d'aprofitar els avantatges del règim de separació (durant la vigència del règim els cònjuges actuen independentment) amb els avantatges del règim de comunitat (els guanys es divideixen, de manera que no es considera com un benefici individual).

## **El règim primari:**

Hi ha una sèrie de normes que regulen l'economia bàsica del matrimoni i que són aplicables sigui quin sigui el règim econòmic matrimonial concret que reguli les relacions entre els cònjuges (vegeu els arts. 231-4 a 231-9 i 231-11 a 231-14 CCCat i 1.315-1.324 Cc).

Aquestes normes bàsiques fan referència als aspectes relatius a: les despeses familiars; la gestió domèstica i la responsabilitat per deutes familiars; el domicili familiar; els contractes entre els cònjuges i els drets viduals familiars.

- **Les despeses familiars**

Es consideren despeses familiars aquelles relatives al sosteniment de la família (art. 231-5 CCCat i art. 1318 Cc). Per tal de determinar què és una despesa familiar cal tenir en compte dos paràmetres:

(i) Pel que fa al seu objecte: es tracta de les despeses originades en conceptes d'aliments, en sentit ampli, les despeses ordinàries de conservació, manteniment i reparació de l'habitatge o d'altres béns d'ús de la família, i les relacionades amb l'atenció de previsió mèdica i sanitària. S'exclouen d'aquest concepte les despeses derivades de la gestió i defensa dels béns privats d'un dels cònjuges.

### **Despeses excloses**

Según Del Pozo, Vaquer y Bosch, se trata de gastos ejemplificativos, de modo que estos conceptos no agotan el contenido de gasto familiar (pág. 160).



(ii) Pel que fa al seu abast: el criteri delimitatiu són els usos/nivell de vida familiar.

Els cònjuges han de contribuir a fer front a les despeses familiars de la manera que pactin. Es pot tractar d'una contribució econòmica però també es té en compte el treball domèstic (art. 231-6.1 CCCat).

- **Gestió domèstica i responsabilitat per deutes familiars**

Pel que fa a les despeses ordinàries, qualsevol cònjuge pot actuar en interès de la família. Però cal determinar la responsabilitat davant de tercers pels deutes que es generin.

Respecte als cònjuges sotmesos al CCCat: la responsabilitat per les despeses familiars es regula a l'art. 231-8 CCCat. Tenint en compte aquest precepte, davant de terceres persones, ambdós cònjuges responen solidàriament de les obligacions concretes per a atendre les necessitats i les despeses familiars ordinàries d'acord amb els usos i el nivell de vida de la família. En cas d'altres obligacions, en respon el cònjuge que les contreu.

Si es tracta de cònjuges sotmesos al Cc, resulta aplicable l'art. 1319. Segons aquest precepte:

“Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y a las circunstancias de la misma.

De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge.

El que hubiere aportado caudales propios para satisfacción de tales necesidades tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial”.

- **El domicili familiar**

Es considera domicili familiar aquell que determina l'art. 231-3 CCCat i l'art. 70 Cc. El domicili familiar gaudeix d'una protecció especial i, per aquest motiu, s'estableixen una sèrie de cauteles per a disposar-ne (art.1320 Cc i art. 231-9 CCCat).

L'art. 231-9 CCCat exigeix el consentiment dels dos cònjuges per a poder disposar vàlidament del dret sobre l'habitatge familiar, amb independència del règim econòmic. El cònjuge no titular queda, per tant, protegit en la mesura que cal el seu **consentiment** per disposar de l'habitatge (art. 91.1 RH).

**Disposició de l'habitatge familiar sense el consentiment del cònjuge no titular**

Si s'ha disposat de l'habitatge sense l'autorització del cònjuge no titular, el negoci és anul·lable durant el termini de quatre anys. En conseqüència, el negoci produeix els seus efectes (és vàlid), però és susceptible de ser atacat durant un termini concret (quatre anys),

**Despeses familiars**

Els fills, comuns o no, mentre conviuen amb la família, han de contribuir proporcionalment a les despeses familiars (art. 231-6.2 CCCat). També han de fer-ho els parents que conviuen amb la família, si escau, i hauran de contribuir a les despeses familiars d'acord amb llurs possibilitats i les despeses que generin (art. 231-6.2 CCCat).

**Consentiment o autorització?**

El terme *consentiment* no és del tot correcte, en aquest context; seria més adequat parlar d'*autorització* –tal com disposa l'art. 231-9.2 CCCat. Vegeu Del Pozo, Vaquer i Bosch.

des que el cònjuge no titular en pren coneixement o bé des que s'inscriu en el Registre de la Propietat (art. 231-9.2 CCCat.)

Ara bé, el tercer adquirent gaudeix de certa protecció (de tal manera que l'acció de nul·litat no prosperaria pel que fa a l'adquisició), si es donen els següents requisits (art. 231-9.3 CCCat):

i.- l'adquisició és a títol oneros (per exemple, una compravenda)

ii.- és un adquirent de bona fe (desconeixia que l'habitatge tenia la consideració d'habitatge familiar), però a més a més cal que aquell que ha transmès l'habitatge hagi manifestat que no tenia el caràcter d'habitatge familiar.

#### L'adquirent de bona fe

En opinió de Del Pozo, Vaquer i Bosch, cal que es donin aquests dos requisits per a poder afirmar que el tercer és de bona fe i per tal que la impugnació del contracte no prosperi.

### • Els contractes entre els cònjuges

L'art. 1323 Cc. i l'art. 231-11 CCCat estableixen la llibertat de contractar entre cònjuges, amb independència del règim econòmic matrimonial.

Aquesta llibertat de transmissió entre els patrimonis dels cònjuges, especialment en els règims de separació, pot causar perjudicis als creditors i propiciar determinades operacions en aquells casos en què el patrimoni d'un dels cònjuges es pugui veure amenaçat per deutes. A fi i efectes d'eludir la responsabilitat patrimonial universal (art. 1911 Cc), un dels cònjuges pot transmetre béns a l'altre, ja sigui a títol oneros o bé a títol lucratiu, per tal que el seu patrimoni quedi sense contingut (o sensiblement disminuït) quan els creditors vulguin atacar-lo.

Per tal d'evitar aquest tipus d'operacions, i més concretament per protegir els creditors, l'ordenament pot establir diferents mecanismes. Un dels mecanismes és el de prohibir o limitar la contractació entre els cònjuges (vegeu els arts. 20 i 322 CDCC de 1960). Altres solucions legals són permetre la contractació entre cònjuges (de tal manera que puguin transmetre's béns a títol lucratiu i oneros entre si), però s'estableixen mesures de protecció dels creditors.

El CCCat estableix dues regles:

a) Presumpció de gratuïtat dels contractes subscrits entre cònjuges (art. 231-11 CCCat).

En cas d'impugnació judicial d'una transmissió, la prova del caràcter oneros de la transmissió correspon als cònjuges. I la raó de ser és que les transmissions gratuïtes tenen menys protecció en cas de negocis efectuats en perjudici dels creditors (art. 531-14 CCCat). Per tant, si el cònjuge A (deutor) ha venut el bé X al seu cònjuge (B), haurà de demostrar que efectivament és una venda i no una donació; haurà d'acreditar que efectivament hi va haver contraprestació per part de B a A. I si no es pot demostrar, els creditors d'A podran atacar directament el bé objecte de la transmissió (X) com si encara es trobés en el patrimoni d'A (deutor). La prova de la concurrència efectiva de la causa onerosa s'inverteix i correspon als cònjuges demandats. Es tracta d'una presumpció *iuris tantum*, que admet prova en contra.

#### Termini per accionar

Del Pozo, Vaquer i Bosch consideren que l'acció basada en l'art. 231-11 CCCat no està subjecta a cap termini, es tracta d'una acció d'inoponibilitat, i en la mesura que el CCCat no estableix cap termini, aquesta acció podrà exercir-se en qualsevol moment, mentre el crèdit pugui reclamar-se.

## b) Presumpció de donació (art. 231-12 CCCat):

L'art. 231-12 CCCat estableix la **presumpció de donació** segons la qual:

“1. En cas de declaració de concurs d'un dels cònjuges, els béns adquirits per l'altre a títol oneros durant l'any anterior a la declaració se subjecten al règim següent:

a) Si la contraprestació per a adquirir-los procedia del cònjuge concursat, se'n presumeix la donació.

b) En aquella part en què no es pugui acreditar la procedència de la contraprestació, se'n presumeix la donació de la meitat.”

### La presumpció de donació en el CCCat

El pressupòsit per a l'aplicació d'aquest precepte és que el cònjuge es troben situació de concurs segons els requisits de la Llei concursal. L'adquisició dels béns que és qüestionada ha d'haver-se produït durant l'any anterior a la declaració de concurs.

Si es donen aquestes circumstàncies i es demostra que la contraprestació per a adquirir el bé provenia del cònjuge concursat, es presumeix que hi ha una donació al no concursat. Si no es pot acreditar la procedència de la contraprestació per a adquirir el bé, es presumeix la donació de la meitat per part del cònjuge concursat.

El motiu són altra vegada les sospites que desperta una adquisició efectuada pel cònjuge no concursat, durant un temps anterior a la declaració del concurs. D'alguna manera s'està presumint que el concursat, en previsió de la possible declaració, va donar diners al seu cònjuge per tal de disminuir o fer desaparèixer el seu patrimoni en perjudici dels creditors.

Si el cònjuge adquirent no concursat no aconsegueix provar l'onerositat de l'adquisició, es presumeix que el diner li va donar el cònjuge concursat, la qual cosa beneficia els creditors d'aquest últim.

Si no es pot provar la procedència de la contraprestació, es presumeix la donació de la meitat (art. 231-12.1.b CCCat).

Finalment, es destrueix la presumpció si “s'acredita que en el moment de l'adquisició l'adquirent tenia ingressos o recursos suficients per a fer-la” (art. 231-12.2 CCCat).

- **Els drets viduals familiars**

El cònjuge supervivent té dret al parament de l'habitatge (art. 231-30 CCCat i 1321 Cc). Per tal que aquests drets siguin aplicables, cal que els cònjuges no es trobin separats legalment o de fet.

#### Any de viduïtat a Catalunya

A Catalunya resulta aplicable el denominat “any de viduïtat”, que atribueix al cònjuge supervivent el dret, durant l'any següent a la dissolució del matrimoni, a habitar el domicili familiar i a ésser alimentat a càrrec del patrimoni causant.

#### Article 231-30 CCCat:

“1. Correspon al cònjuge supervivent, no separat judicialment o de fet, la propietat de la roba, del mobiliari i dels estris que formen el parament de l'habitatge conjugal. Els dits béns no es computen en el seu haver hereditari.”

## C) Ineficàcia–Dissolució del matrimoni

Determinades circumstàncies, originàries o sobrevingudes, poden comportar la invalidesa o la dissolució del matrimoni.

- La declaració de nul·litat del matrimoni comporta la declaració d'inexistència del matrimoni.

- La separació suposa un cessament del deure de convivència, que està emparat per la llei, de manera que no es podria qualificar com a abandonament.
- El divorci constitueix una de les causes de dissolució del vincle matrimonial.

### Successives reformes legislatives del divorci

A banda de les reformes que van tenir lloc en 1981 com a conseqüència de l'entrada en vigor de la Constitució, cal tenir en compte altres modificacions legislatives rellevants:

La reforma efectuada per la Llei 15/2005, de 8 de juliol, de modificació del Codi civil i la Llei d'enjudiciament civil en matèria de separació i divorci, va simplificar de manera molt important la regulació de la separació i el divorci, ja que va eliminar l'exigència de causa legal perquè un dels cònjuges unilateralment pugui interposar la demanda de separació i/o de divorci respecte de l'altre.

La modificació efectuada per la Llei 15/2015, de 2 de juliol, de jurisdicció voluntària (LJV), permet la separació i el divorci per mitjà d'un conveni formulat davant lletrat de l'Administració de Justícia o en escriptura notarial.

### 1) Nul·litat del matrimoni: causes i efectes

La nul·litat és la conseqüència de la inexistència d'alguns dels requisits per a la validesa del matrimoni (per exemple, quan existeix un vici del consentiment).

Hi ha una sèrie de causes que permeten al·legar i declarar la nul·litat d'un matrimoni; són les que estableix l'art. 73 Cc, amb independència de la forma de celebració.

La legitimació per interposar l'acció es troba regulada a l'art. 74 Cc. En determinats casos es pot donar la convalidació del matrimoni nul (art. 75.2 i 76.2 Cc).

### 2) La separació matrimonial

Es distingeix, d'una banda, entre la **separació de fet i la judicial**, i d'altra banda, entre la **contenciosa i la de mutu acord**. L'entrada en vigor de la Llei 15/2015, ha introduït la separació notarial.

El principal efecte de la separació és que cessa el deure de convivència (ex. art. 68 Cc) i d'aquesta circumstància se'n deriven una sèrie de conseqüències.

La reforma de 1981, va regular la separació com una fase prèvia i necessària al divorci. La LJV estableix que no cal una causa concreta per tal que un dels cònjuges pugui sol·licitar-la.

Pel que fa als efectes específics de la separació decretada, l'art. 83 Cc és contendent:

#### Després de la separació...

...cessa la convivència però subsisteix el vincle matrimonial

“La sentencia o decreto de separación o el otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador que la determine producen la suspensión de la vida común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

Los **efectos de la separación matrimonial** se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así la declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 82. Se remitirá testimonio de la sentencia o decreto, o copia de la escritura pública al Registro Civil para su inscripción, sin que, hasta que esta tenga lugar, se produzcan plenos efectos frente a terceros de buena fe.”

L'art. 84 Cc estableix quins són els efectes de la **reconciliació**, que posa fi al procediment de separació.

La **separació de fet**, tot i el seu caràcter irregular, té efectes respecte al règim econòmic (art 1393.3 i 1388 Cc), a les relacions paternofilials (art. 156 i 159 Cc i art. 233-8 CCCat) i respecte a la filiació (art. 235-5.1 CCCat) i a la successió.

### 3) Dissolució del matrimoni

La dissolució del matrimoni pot tenir lloc, sigui quina sigui la seva forma, per la mort, la declaració de defunció d'un dels cònjuges, i pel divorci (art. 85 Cc).

La Llei 15/2005 va eliminar la necessitat de l'existència d'unes causes concretes per sol·licitar el divorci i va reduir dràsticament l'exigència del transcurs d'uns terminis específics per a sol·licitar-lo. És suficient que hagin transcorregut tres mesos des de la celebració del matrimoni perquè un dels cònjuges pugui sol·licitar judicialment el divorci.

Per altra banda, la LJV ha introduït la possibilitat que els notaris decretin la separació i el divorci quan aquests siguin de mutu acord i sense fills menors.

Com a conseqüència de la interposició de les demandes de nul·litat, separació i divorci, s'adopten una sèrie de mesures provisionals, exposades als arts. 102 i 103 Cc. Regulen aspectes relatius als fills, a l'ús de l'habitatge conjugal i al règim econòmic del matrimoni.

### 4) Efectes comuns als procediments de nul·litat, separació i divorci

Amb relació als efectes comuns als procediments de nul·litat, separació i divorci, es pot distingir una fase preliminar, una de pendència (des que s'interposa la demanda fins que es dicta sentència) i la fase definitiva, un cop la sentència és ferma.

Tot i que el Cc aborda de manera conjunta les mesures que es poden adoptar en aquestes fases de crisi matrimonial, no tots els efectes que es produeixen són comuns a aquestes institucions.

- Mesures provisionalíssimes (art. 104 Cc i arts. 771 a 774 de la LEC)
- Mesures provisionals: es produeixen per ministeri de la Llei (art. 103 Cc i art. 770 a 776 LEC). Les adopta el jutge, si no hi ha acord dels cònjuges, i en qualsevol cas han de ser aprovades judicialment.
- La sentència de nul·litat, separació i divorci: en aquest cas cal distingir: (i) existència d'un conveni regulador acordat entre els cònjuges i aprovat judicialment (art. 90 Cc i 233-2 CCCat), i (ii) adopció de les mesures per part del jutge (art. 91 Cc i 233-3 i 233-4 CCCat).

Quan hi ha nul·litat, separació o divorci, cal determinar una sèrie de qüestions importants relatives a aspectes tant personals (custòdia dels fills, règim de visites si escau, etc.) com patrimonials (atribució de l'ús de l'habitatge i aixovar familiar, contribució de cada cònjuge al sosteniment dels fills, pensió compensatòria a l'altre cònjuge pel desequilibri econòmic, etc.). Quan els cònjuges acorden per pacte la solució d'aquestes qüestions, ho fan mitjançant el **conveni regulador**. És un acord lliure, però exigeix que s'aprovi judicialment, de manera que quedin ben atesos els interessos dels menors i/o d'algun dels cònjuges. Si els cònjuges no arriben a un acord, el jutge resol aquestes qüestions.

#### Comunicació amb els avis

La Llei 42/2003, de 21 de novembre, modificà el Codi civil a fi de permetre que el conveni regulador estableixi un dret de comunicació i visites dels fills de la parella amb els avis i a fi que no es pugui impedir sense causa justa la relació dels fills amb els avis i parents pròxims

#### Pensió compensatòria

Aquesta pensió té per objecte compensar el desequilibri econòmic que la separació o el divorci produeix a un cònjuge en relació amb la posició de l'altre, que es tradueix en un empitjorament de la seva situació anterior en el matrimoni. La compensació pot consistir en una pensió temporal o indefinida, o en una quantitat única, que es determina en el conveni regulador o, si no hi ha acord dels cònjuges, en la sentència. En aquest últim cas, el jutge n'estableix l'import tenint en compte els acords a què hagin arribat els cònjuges; l'edat i l'estat de salut; la qualificació professional i les probabilitats d'accés a una feina; la dedicació passada i futura a la família; la col·laboració amb la seva feina en les activitats mercantils, industrials o professionals de l'altre cònjuge; la durada del matrimoni i de la convivència conjugal; la pèrdua eventual d'un dret de pensió; el cabal i els mitjans econòmics i les necessitats d'un cònjuge i de l'altre i qualsevol altra circumstància rellevant. En la sentència es fixen les bases per a actualitzar la pensió i les garanties per a la seva efectivitat (art. 97 Cc). L'art. 233-14 CCCat regula un mecanisme semblant, anomenat "prestació compensatòria".

#### Guarda i custòdia dels fills

Després de l'entrada en vigor de la Llei 15/2005, de 8 de juliol, en matèria de separació i divorci, el jutge pot acordar que la guarda i custòdia dels fills s'exerceixi de manera compartida quan els pares ho sol·licitin així. No procedirà la guarda conjunta quan qualsevol dels pares estigui sotmès a un procés penal iniciat per atemptar contra la vida, la integritat física, la llibertat, la integritat moral o la llibertat i indemnitat sexual de l'altre cònjuge o dels fills que conviuen amb tots dos. Tampoc no serà procedent quan el jutge adverteixi que hi ha indicis fundats de violència domèstica. Amb caràcter excepcional, el jutge, a instàncies d'una de les parts i amb l'informe del Ministeri Fiscal, podrà acordar la guarda i custòdia compartida argumentant que només d'aquesta manera es protegeix adequadament l'interès superior del menor (art. 92 del Cc). En el marc de la legislació civil catalana, i pel que fa a la cura dels fills i al pla de parentalitat, vegeu els arts. 233-8 a 233-13 CCCat.

### 2.2.2. La filiació

La **filiació** és la relació jurídica que hi ha entre pares i fills. Igual que en el naixement o en la mort, el concepte biològic i el jurídic no sempre coincideixen (p. ex., el fill per adopció és fill a tots els efectes jurídics, encara que biològicament no ho sigui).

La legislació civil distingeix entre filiació **per naturalesa** i **per adopció** (art. 108 i seg. Cc i arts. 235-1 i seg. CCCat).

- La **filiació per naturalesa** es basa en el fet biològic de la procreació i pot ser **matrimonial** o **no matrimonial**. És matrimonial quan el pare i la mare estan casats entre ells.
- La **filiació per adopció** es produeix en virtut d'un acte jurídic amb independència total dels vincles de sang.

En tot cas, com hem dit, totes dues atorguen efectes jurídics idèntics (art. 235-2.1 CCCat i art. 108.2 Cc), atès que es parteix del principi constitucional de no-discriminació per raó de naixement (art. 14 CE).

La determinació de la filiació té una sèrie de conseqüències: comporta establir la pàtria potestat/potestat parental així com els cognoms; també té conseqüències pel que fa a aliments i efectes successoris; i comporta l'assumpció de responsabilitats parentals envers els fills menors.

### 2.2.3. La pàtria potestat

La protecció dels menors s'articula de manera que els seus interessos quedin salvaguardats. Aquesta protecció correspon en general als pares: es tracta de la institució de la **pàtria potestat**. La pàtria potestat és un conjunt de drets i obligacions que tenen els pares respecte dels fills menors no emancipats (i en casos excepcionals, sobre els fills majors d'edat) que s'han d'exercir en benefici d'aquests. En general, l'exerceixen els dos progenitors (sempre que la filiació respecte de tots dos hagi estat determinada legalment) i produeix efectes importants tant en l'esfera personal (deure d'obediència dels fills, deure d'educació i protecció dels pares, etc.) com en l'esfera patrimonial.

#### Pàtria potestat i potestat parental

El Codi civil fa referència a *pàtria potestat*, mentre que la terminologia que fa servir el CCCat és la de *potestat parental*, si bé cal tenir en compte que, més que de potestat, es tracta d'una funció integrada per un conjunt de drets i deures que s'exerceixen en interès del fill (cfr. art. 236-2 CCCat).

Regulació de la pàtria potestat: arts. 162 a 171 Cc.

Regulació de la potestat parental: arts. 236-1 a 236-36 CCCat.

#### Privació de la potestat

La privació de la potestat únicament pot efectuar-se mitjançant sentència judicial (arts. 170 Cc i 236-6.3 CCCat).

#### Potestat prorrogada

En aquell cas en què s'incapaciti un menor, si previsiblement la causa d'incapacitació perdurarà un cop el menor assoleixi la majoria d'edat, en comptes de nomenar tutor es prorrogarà la potestat dels progenitors (arts. 171 Cc i 236-33 CCCat)

## Contingut de la pàtria potestat:

1) **Personal**: fa referència als respectius drets i deures dels progenitors i dels fills, com ara tenir-ne cura, alimentar-los (en un sentit ampli), proporcionar-los una formació integral, relacionar-se amb els fills i respectar-los (cfr. arts. 154.1 CC; 236-4 i 236-17 CCCat).

2) El contingut **patrimonial**, relatiu a l'administració dels béns dels fills o bé la contribució dels fills a les despeses familiars (arts. 164 a 168 CC i arts. 236-21, 236-23 a 236-31 CCCat).

Els pares representen el menor, ja que aquest no té capacitat d'obrar; però aquesta actuació és limitada si volen realitzar actes de disposició sobre els béns del menor, per tal com s'hauran de presentar causes justificades de necessitat o utilitat i es necessita autorització judicial. Si volen realitzar actes d'administració, l'actuació dels progenitors sí que és lliure.

A més de la pàtria potestat, hi ha **altres institucions de protecció del menor**:

- El **defensor judicial del menor**, nomenat pel jutge quan hi ha conflicte d'interessos entre el menor i els seus representants legals (pares o tutor) (arts. 299 a 302 Cc i arts. 224-1 a 224-5 CCCat).
- La **guarda administrativa**, acordada pel jutge en favor de l'òrgan administratiu encarregat de protegir el menor en el respectiu territori si els titulars de la pàtria potestat no el poden atendre.
- L'**acolliment**, que està dirigit a la guarda de menors abandonats o els progenitors dels quals no exerceixen adequadament la pàtria potestat (produïx la plena participació del menor en la vida de la família que el rep, però té caràcter provisional, ja que s'ha de procurar reinserir el menor en la seva pròpia família) (art. 228.9 CCCat).

### Convenció de drets del nen

La Convenció de drets del nen de les Nacions Unides, de 20 de novembre de 1989, ratificada per Espanya el 30 de novembre de 1990, marca l'inici d'una nova filosofia en relació amb el menor, basada en un reconeixement més destacat del paper que exerceix en la societat i en l'exigència d'un protagonisme més marcat. Aquest és l'objectiu de la Llei orgànica 1/1996, de 15 de gener, de protecció jurídica del menor, de modificació parcial del Codi civil i de la Llei d'enjudiciament civil.

## 2.2.4. El parentiu

La relació de parentiu en sentit estricte fa referència a les persones unides per vincles de sang. Els parents poden ser **ascendents** (pares, avis), **descendents** (fills, néts) i **col·laterals** (germans, oncles, nebots). El parentiu es determina segons les regles establertes per l'ordenament: arts. 915 a 923 Cc i arts. 441-4 a 441-3 CCCat.

### Potestat rehabilitada

Cas en què s'incapaciti un major d'edat i en comptes de designar tutor es rehabiliti la potestat (arts. 171 Cc i arts. 236-34 CCCat).

### La guarda de fet

La guarda de fet és la persona física o jurídica que ha acollit transitòriament un menor desemparat (o un incapaç) (arts. 303, 304 i 306 Cc i arts. 225-1 a 225-5 CCCat).

### Família política

La família política en dret no és tal família i per a designar els parents polítics s'utilitza el nom d'*afins*.



Una conseqüència patrimonial important derivada de la relació de parentiu és l'obligació recíproca de sostenir-se que imposa la legislació civil a determinats parents (cònjuges, ascendents, descendents i germans) quan estiguin en estat de necessitat (art. 142 i seg. Cc i arts. 237-1 i seg. CCCat). Aquesta obligació es denomina *deute alimentari* o *aliments*.

### 2.3. La successió per causa de mort

La mort determina l'extinció de la personalitat civil (art. 32 Cc). Aquest fet té tot un conjunt de conseqüències jurídiques. Una de les més importants des del punt de vista patrimonial és la de donar resposta a l'interrogant relatiu a què succeeix amb el patrimoni de la persona morta. Es tracta del patrimoni entès com el conjunt de relacions jurídiques de les quals el causant n'era titular.

Hipotèticament, l'ordenament jurídic pot donar diferents tipus de resposta a aquesta qüestió:

i.- Podria establir que les relacions s'extingeixin amb la mort del subjecte. Tanmateix aquesta opció comportaria una gran incertesa en el tràfic econòmic. Si la mort d'una persona comportés l'extinció de totes les seves relacions jurídiques, hi hauria pocs incentius a la celebració de negocis jurídics. Ningú no voldria arriscar-se a contractar (per si no se li pagués el preu), o a deixar diners (per si no els els retornessin); tampoc es tindria certesa de poder cobrar per la feina efectuada.

ii.- Una altra opció és buscar una altra persona que substitueixi el causant, que el succeeixi. Aquest subjecte pot ser triat per l'Estat o bé pot venir determinat per la pròpia voluntat del causant, segons la major o menor rellevància que es doni a la voluntat personal.

Històricament, des del dret romà i els sistemes que el segueixen, s'optà per reconèixer a la persona la potestat de decidir el destí del seu patrimoni després de la seva mort, si bé en cada ordenament jurídic s'ha atorgat major o menor marge a l'autonomia de la voluntat a l'hora de decidir el destí dels béns. L'ordenament jurídic espanyol s'incardina en aquest corrent. Els diferents sistemes jurídics que coexisteixen a l'Estat espanyol difereixen, entre altres aspectes, pel major o menor marge de llibertat que es concedeix al testador. Així, la legislació civil catalana estableix una llegítima més reduïda que la del Codi civil espanyol, i en conseqüència, el causant té més marge per a decidir el futur del seu patrimoni.

A Espanya, s'ha de partir necessàriament de l'art. 33.1 CE que reconeix expressament **la propietat privada i l'herència**.

El negoci jurídic que permet articular la voluntat del causant és **el testament**. Hi ha diferents tipus de testaments, en funció de les formalitats i els subjectes que hi intervenen (per exemple, si hi intervé o no un notari). Així, es distingeix entre testament obert, testament tancat, testament hològraf o bé testament en perill de mort.

L'exigència de formalitats persegueix assegurar que la voluntat del causant és efectivament la que determina el destí dels seus béns i que és respectada.

La successió d'un subjecte es pot estudiar d'una manera dinàmica, tenint en compte el factor temporal. En aquest sentit, cal partir del moment previ, quan el subjecte decideix o no fer testament.

Un cop es produeix la mort d'un subjecte (el que s'anomena *causant*), cal determinar com es regirà la seva successió. Aquesta, pot tenir lloc per mitjà de la voluntat que el subjecte hagi manifestat (mitjançant el testament, o pacte successori a Catalunya), i si manca aquesta voluntat, sobre la base de les previsions legals (el que es coneix com a *successió ab intestato*).

### 2.3.1. La successió voluntària

Per tal de saber si una persona ha fet o no **testament**, els interessats poden consultar-ho al registre d'últimes voluntats. Els notaris, quan algú atorga testament, han d'enviar-ne una comunicació a aquest registre que pertany al Ministeri de Justícia, indicant que un determinat subjecte ha fet testament, i la data i el lloc on s'ha fet.

En cas que s'hagi efectuat **testament notarial**, les persones legitimades poden demanar una còpia del testament per a conèixer quina és la voluntat del causant. Si s'ha fet **testament hològraf** (que el causant ha escrit personalment sense acudir a un fedatari públic), caldrà seguir un procediment davant de l'autoritat judicial per a assegurar que va ser escrit pel testador.

Així mateix, cal tenir en compte que una persona podrà atorgar tants testaments com vulgui, i la regla que resulta aplicable és que el **testament posterior deroga l'anterior** (art. 422-9.2 CCCat).

El nucli essencial del testament és la **declaració de voluntat**, i caldrà assegurar que la voluntat no hagi sofert cap tipus de vici; en cas que n'hagi sofert (per exemple si el causant va ser objecte de manipulacions, o se'l va sotmetre a pressions perquè atorgués testament en un determinat sentit), el testament es podrà impugnar i sol·licitar-ne la nul·litat (arts. 422-1 i 422-2 CCCat).

El testament, a Catalunya, ha de tenir un contingut mínim: ha de contenir necessàriament institució d'hereu, i si no és així, tret de determinats casos, el testament serà nul (art. 422-1.3 CCCat).

### 2.3.2. La successió legal

Si no es disposa de la voluntat del causant, és la Llei qui determina qui són els successors d'un subjecte. És el que s'anomena com a *successió ab intestato* (sense testament). Aquesta successió es regeix per una sèrie de regles que tenen principalment en compte el **grau de parentesc**, de manera que els parents més propers exclouen els més llunyans (art. 441-5 CCCat). Ara bé, a part d'aquest principi, també resulta aplicable la regla segons la qual la successió pot tenir lloc **per estirps** (és a dir, per branques). Així, per exemple, en la successió de l'avi (A), i si els fills X i Y han mort abans que el causant, el succeiran els

respectius néts per estirps: de manera que X-1 i X-2 es repartiran la part del seu pare (X) i Y-1, Y-2 i Y-3 es repartiran la part del seu pare (Y) (vegeu l'art. 441-8.2 CCCat).

Juntament amb els parents, en el cas de la successió intestada, el cònjuge o el convivent en parella estable també té uns drets en la successió (art. 441-2.3 CCCat).

### 2.3.3. Elements de la successió

Una qüestió que es planteja és la de la compatibilitat entre la successió testada i la intestada. És a dir, si es pot regir la successió en part basant-se en les normes de la successió testada i en una altra part, en la intestada. Pensem el cas en què el causant ha distribuït sols part del seu patrimoni, i no ha dit res de la resta. Què succeeix amb la part de què no ha disposat? El Cc admet la compatibilitat entre successió testada i intestada (art. 658 Cc), a diferència del que succeeix en el marc del CCCat.

Per a poder succeir un subjecte a un altre (el denominat *causant*), cal que es compleixi una regla primordial: aquell que estigui cridat a una herència ha de sobreviure el causant, encara que sigui només durant unes hores (com estableixen els arts. 745 Cc i 412-1 CCCat).

Hi ha previsions expressives relatives al concebut però no nascuts en el moment de la mort del causant; es pot dir que la capacitat successòria del *nasciturus* queda en suspens i cal esperar i verificar si el concebut neix amb vida i per tant té capacitat successòria (art. 966 Cc).

També pot designar-se hereu una **persona jurídica** o bé declarar la constitució d'aquesta en el propi negoci testamentari (art. 412-2 CCCat).

- **Transmissió dels béns del causant**

La transmissió dels béns hereditaris al cridat (designat com a hereu bé per la voluntat del causant, bé per la Llei) no és automàtica, sinó que cal que el cridat accepti. Aquesta facultat concreta que té el cridat per a pronunciar-se sobre si accepta o no una herència és el que s'anomena *ius delationis* (art. 461-1 CCCat), i a la vegada pot ser objecte de transmissió si la persona cridada mor sense exercitar aquest dret (art. 461-13 CCCat).

- **Què es pot transmetre?**

Constitueixen objecte de la successió tots els béns i drets d'una persona excepte aquells que siguin personalíssims; cal tenir en compte que també es transmeten els deutes. Per tal d'evitar que el patrimoni del causant que tingui molts deutes pugui perjudicar el patrimoni del cridat a succeir-lo de forma universal, la Llei permet l'acceptació a benefici d'inventari (art. 461-14 CCCat), amb la

qual cosa es produeix una separació entre el patrimoni del cridat que ha acceptat i aquell del causant (art. 461-20 CCCat), de tal manera que la responsabilitat patrimonial universal *ex art.* 1911 Cc es limita al patrimoni del causant.

- **Com opera la designació?**

En principi, aquell qui substitueix un causant **és l'hereu**, figura que es contraposa a la del **legatari** (títol particular).

L'hereu assumeix la posició del causant, i per tant, també n'assumeix els drets i les obligacions (no obstant pot acceptar a benefici d'inventari).

El legatari, en canvi, és un successor a títol particular. Hi ha molts tipus diferents de llegats.

En el marc de la legislació civil catalana, per tal que un testament sigui vàlid, ha de contenir necessàriament institució d'hereu, llevat que contingui nomenament de marmessor universal (administrador) o bé que sigui atorgat per una persona subjecta al dret de Tortosa (art. 422-3 CCCat), a diferència del que succeeix en el marc del Cc, en què es podria repartir tota l'herència en llegats.

- **Límit a l'autonomia de la voluntat: la llegítima**

L'ordenament estableix quin ha de ser el destí (designa qui serà el beneficiari) d'una part del patrimoni del causant. Es tracta de la llegítima, que en el marc del Cc pot arribar a ser de dos terços de l'haver hereditari, mentre que en el marc del CCCat és d'un quart de l'haver hereditari. En el marc del Cc, a més a més, en funció dels subjectes que concorrin, la quota serà una o altra (en funció de si juntament amb els fills concorre el cònjuge del causant).

En parlar de la llegítima, cal analitzar dos aspectes claus: (i) la forma de computar-la i (ii) qui són els legitimaris.

(i) El càlcul de la llegítima es fa sobre la regla de *relictum* (allò que queda en el moment d'obrir-se la successió), menys els deutes del causant, i se li suma el *donatum* (atribucions a títol gratuït que el causant va fer). És a dir, un cop restats els deutes s'intenta reconstruir el patrimoni del causant amb aquells béns que van sortir durant un període de temps (perquè el causant va fer donació a favor d'un familiar o d'un tercer), i per tal de no perjudicar els drets dels legitimaris (arts. 451-5 i 451-6 CCCat).

(ii) Els legitimaris vénen determinats als arts. 451-3 i 451-4 CCCat. Cal subratllar que en determinats casos el legitimari pot ser privat de la llegítima; és el que es coneix com a *desheretament*, si bé cal fer-ho atenint-se a determinades causes i amb determinades formalitats (arts. 451-17 i 451-18 CCCat).

- **La comunitat hereditària**

Mentre no es pronuncien els cridats a una herència es produeix una situació d'interinitat; és el que es denomina com a *herència jacent*, i si hi ha més d'un subjecte cridat a succeir, entre els cridats es produeix una situació de comunitat hereditària, que es regula amb regles particulars segons es tracti del Cc o del CCCat. En el primer cas, la situació de comunitat és més propera a la comunitat germànica, mentre que en el segon cas, és més similar a la comunitat romana o per quotes.

- **La situació d'interinitat acaba amb l'acceptació de l'herència**, mitjançant la qual el cridat o cridats es converteixen en hereus. L'acceptació pot ser expressa o tàcita. Un cop acceptada l'herència, cal procedir a la partició, és a dir, fer efectiva la designació que va fer el causant, amb béns concrets.

#### Interrogatio in iuris

Per acabar amb la situació d'interinitat, es pot demanar als anomenats a heretar que es pronuncin i acceptin (o no) l'herència (art. 461-12 CCCat).

## 2.4. La persona jurídica

Les persones jurídiques poden adquirir i posseir béns de totes les classes, i també poden contreure obligacions i exercitar accions civils o criminals, d'acord amb les lleis i les regles de la seva constitució (art. 38.1 Cc).

La raó de l'existència de la persona jurídica, la trobem en la capacitat d'acció limitada de l'home considerat de manera aïllada.

#### La persona jurídica

Molts dels objectius humans no poden ser aconseguits per un únic ésser humà perquè ultrapassen els seus mitjans o duren més que la seva vida, o s'aconsegueixen d'una manera més econòmica o millor si diverses persones actuen en grup.

La **persona jurídica** es pot definir com una entitat que resulta de l'organització de persones o béns destinada a aconseguir un fi estable i durador i a la qual el dret reconeix facultats i qualitats pròpies de la persona física (p. ex., denominació, domicili, nacionalitat, patrimoni, drets i responsabilitats) per tal d'assegurar que compleixi aquest fi.

El patrimoni i l'actuació de la persona jurídica queden separats, des del moment que neix, del patrimoni i l'actuació de les persones físiques que l'han constituïda. Aquesta conseqüència, que és lògica i necessària quan es persegueixen els fins per als quals legalment va ser constituïda, pot ser aprofitada en determinats supòsits per a burlar les normes que s'estableixen en dret per tal de complir amb les exigències de justícia. I per això també el dret disposa de mecanismes que posen remei a aquesta elusió de les normes.

#### L'aixecament del vel

El Tribunal Suprem, en sentència de 3 de juny de 2004, a propòsit de la doctrina de l'aixecament del vel assenyala que: "La idea bàsica es que no cabe la alegación de la separación de patrimonios de la persona jurídica por razón de tener personalidad jurídica, cuando tal separación es, en la realidad, una ficción que pretende obtener un fin fraudulento, como incumplir un contrato, eludir la responsabilidad contractual o extracontractual, aparentar insolvencia, etc."

### 2.4.1. La capacitat i la representació de la persona jurídica

Com hem apuntat, el dret atribueix qualitats pròpies de la persona física a la persona jurídica. Tanmateix, no són equivalents, i això es manifesta en diversos aspectes: la persona jurídica no es pot expressar per ella mateixa, no pot parlar; per això, necessita persones físiques que expressin la seva voluntat. Es tracta d'un supòsit de l'anomenada *representació legal*. El conjunt de persones que actuen en nom de les persones jurídiques es denominen *òrgans*.

#### Persona jurídica

No podem veure una persona jurídica passejant amb bicicleta pel carrer.

#### Òrgan

La idea d'òrgan està relacionada amb el paper que exerceixen els òrgans del cos humà. En la persona jurídica, s'utilitza aquest llenguatge metafòric per a fer veure que, igual que en l'ésser humà, els òrgans formen part indivisible del cos i, per tant, quan els òrgans estan en funcionament, és el mateix cos qui actua.

El nombre i el funcionament dels diferents òrgans varien segons les diferents persones jurídiques, però sempre trobem dos òrgans fonamentals:

- a) L'òrgan decisor, en què els integrants conformen la voluntat de la persona jurídica (p. ex., la junta general en la societat anònima i en la societat de responsabilitat limitada, que està integrada per tots els socis que decideixen per majoria la voluntat d'aquestes societats).
- b) L'òrgan executor, que representa la persona jurídica davant tercers i executa la voluntat conformada per l'òrgan decisor. Aquest òrgan és el que obliga la persona jurídica en el tràfic jurídic (p. ex., els administradors en les societats anònimes i en les limitades).

### 2.4.2. Classes de persones jurídiques

El Codi civil, en l'art. 35, distingeix entre persones jurídiques d'interès públic i persones jurídiques d'interès privat. Les primeres són les **corporacions**, les **associacions d'interès públic** i les **fundacions**. Les segones són les **associacions d'interès privat**.

#### Catalunya

A Catalunya, la regulació de les persones jurídiques es troba al Llibre III del CCCat.

En un primer moment, només s'atribuïa personalitat jurídica als ens integrats per diverses persones que perseguissin un interès públic. Es considerava que calia concedir-los un benefici pel bé que podien aconseguir per a la comunitat. Posteriorment, l'atribució de personalitat jurídica es va basar no tant en l'existència d'un interès públic com en l'existència de conjunts de persones i béns que actuaven en el tràfic buscant una certa independència respecte als seus components individuals. Es van admetre llavors les persones jurídiques d'interès privat.

#### Les persones jurídiques d'interès públic

Les **corporacions d'interès públic** són persones jurídiques de dret públic. Es diferencien de les associacions i fundacions en el fet que no són creades per la voluntat dels seus components, sinó per la voluntat del legislador en de-

fensa de l'interès públic (interès general). La corporació és creada per llei (per exemple, la Corporació Catalana de Televisió o la Corporació Metropolitana de Transport Públic).

Les **associacions d'interès públic** tenen una finalitat no lucrativa: no persegueixen un guany per als seus integrants, sinó que tenen una finalitat cultural, benèfica, esportiva, etc. L'art. 22 de la CE reconeix com a fonamental el dret d'associació i n'estableix la inscripció en el registre d'associacions amb l'únic efecte de fer-ho públic.

#### Article 22

- 1) Es reconeix el dret d'associació.
- 2) Les associacions que persegueixin fins o que utilitzin mitjans tipificats com a delictes són il·legals.
- 3) Les associacions constituïdes a l'empara d'aquest article s'hauran d'inscriure en un registre amb l'únic efecte de fer-ho públic.
- 4) Les associacions podran ser dissoltes o es podran suspendre les seves activitats només en virtut d'una resolució judicial motivada.
- 5) Es prohibeixen les associacions secretes i les de caràcter paramilitar (art. 22 de la CE).

La promulgació de la Llei orgànica 1/2002, de 22 de març, reguladora del dret d'associació va significar la derogació de l'antiga Llei d'associacions de 1964. La nova llei es basa en la capacitat d'autoregular-se de la mateixa associació i en la no-ingrència de les administracions públiques. Els membres de les associacions inscrites no responen personalment dels deutes de l'associació i els possibles beneficis s'han de destinar a complir els fins de l'entitat: mai no s'han de repartir entre els associats.

Podran constituir associacions i formar-ne part les persones físiques i les jurídiques, tant si són públiques com si són privades. Les persones físiques necessiten tenir la capacitat d'obrar i no estar subjectes a cap condició legal per a exercir aquest dret. En cas de menors no emancipats de més de catorze anys, necessitaran el consentiment –acreditat documentalment– de les persones que hagin de suplir la seva capacitat.

#### Acord de constitució

Les associacions es constitueixen mitjançant l'acord de tres o més persones físiques o jurídiques constituïdes legalment i que es comprometen a posar en comú coneixements, mitjans i activitats per tal d'aconseguir unes finalitats lícites, comunes, d'interès general o particular, i es doten dels estatuts que en regeixen el funcionament.

L'acord de constitució, que inclourà l'aprovació dels estatuts, s'haurà de formalitzar mitjançant una acta fundacional en document públic o privat. Amb l'atorgament de l'acta, l'associació adquirirà la seva personalitat jurídica i la plena capacitat d'obrar, sense perjudici de la necessitat de ser inscrita a partir del que estableix l'article 10 (art. 5.1 i 2 de la Llei orgànica 1/2002).

#### Les associacions

Les associacions són agrupacions d'una pluralitat de persones físiques (malgrat que també hi pot haver persones jurídiques) per a desenvolupar una activitat determinada o per a assolir uns objectius determinats i compartits per tots. La seva intenció és sense ànim de lucre, no hi ha una voluntat de guany de diners. Vegeu els arts. 321-1 a 324-7 CCCat (Títol II del Llibre III).

Les **fundacions** són entitats constituïdes sense ànim de lucre que, per voluntat del seu creador, tenen afectat amb caràcter durador el seu patrimoni a la realització de fins d'interès general.

Les fundacions es regulen per la Llei 50/2002, de 26 de desembre, de fundacions, que estableix que aquestes es regeixen per la voluntat del fundador – que les pot constituir per un acte *inter vivos* o *mortis causa*–, pels seus estatuts i, en tot cas, per la llei.

### Les fundacions

1) Les fundacions tindran personalitat jurídica des que l'escriptura pública de la seva constitució s'inscriu en el registre de fundacions corresponent. La inscripció només podrà ser denegada quan l'escriptura no s'ajusti a les prescripcions de la llei.

2) Només les entitats inscrites en el registre al qual es refereix l'apartat anterior podran utilitzar la denominació *fundació* (art. 4 de la Llei 50/2002).

Podran constituir fundacions les persones físiques i les persones jurídiques, tant si són públiques com si són privades. Les persones físiques necessitaran tenir capacitat per a disposar gratuïtament dels béns i els drets en què consisteixi la dotació. Les fundacions són, de fet, patrimonis adscrits a un fi d'interès general. L'administració d'aquest patrimoni i la realització de les activitats pròpies de la fundació s'encomana a un òrgan denominat generalment *patronat*, l'actuació del qual està sempre subjecta a la voluntat del fundador.

### Les persones jurídiques d'interès privat

Les persones jurídiques d'interès privat són les societats civils i mercantils, que són associacions que persegueixen un lucre per als socis.

### La cooperativa

En la cooperativa, constituïda per persones unides per necessitats socioeconòmiques comunes, destaca el propòsit de millorar les condicions de vida dels membres i de l'entorn comunitari en el qual es mouen, desenvolupant una activitat empresarial de base col·lectiva en la qual la idea de grup com a tal està per sobre de l'individu. El servei mutu i l'aportació pecuniària de la totalitat dels membres és el que permet el compliment d'una funció que tendeix a aquesta millora en les relacions humanes i els interessos col·lectius.

Estan regulades per la Llei de cooperatives de 16 de juliol de 1999 (LCoop), si bé en totes les comunitats autònomes que han usat la seva competència en aquesta matèria també hi ha lleis de cooperatives que són aplicables a les cooperatives constituïdes al seu territori (per exemple, la Llei 18/2002, de 5 de juliol, de cooperatives regeix per a les cooperatives que duen a terme la seva activitat principalment a Catalunya). La societat cooperativa s'ha de constituir mitjançant escriptura pública, que s'ha d'inscriure en el Registre de Societats Cooperatives. Amb la inscripció adquirirà personalitat jurídica (art. 7 LCoop). Poden revestir la forma de cooperativa de primer i segon grau (art. 1.4 LCoop). I excepte en els supòsits previstos per la LCoop, les cooperatives de primer grau han d'estar integrades, almenys, per tres socis, i les de segon grau han d'estar constituïdes, almenys, per dues cooperatives (art. 8 LCoop). L'activitat comuna varia segons el tipus de necessitat de què es tracti. La LCoop, en l'article 6, estableix les de treball associat, les de consumidors i usuaris, d'habitatges, agraris, d'explotacions comunitàries de la terra, de serveis, del mar, de transportistes, d'assegurances, sanitàries, d'ensenyament i de crèdit. En les cooperatives de consum, per exemple, són els mateixos cooperativistes els qui adquireixen els productes del fabricant o del distribuïdor a l'engròs per vendre'ls entre ells, amb el que s'evita la intervenció d'intermediaris que n'encareixen el preu. En les cooperatives d'explotació comunitària de la terra, els cooperativistes aporten les seves terres per explotar-les entre tots.

#### La fundació

La fundació és conseqüència d'un acte fundacional de dotació o aportació d'una massa de béns per a afectar aquest patrimoni al compliment d'una finalitat d'interès general. Vegeu els arts. 331-1 a 336-4 CCCat (Títol III del Llibre III).

#### Idees

- La cooperativa és una societat de persones i no de capital.
- La finalitat és millorar les condicions de vida dels socis i el seu entorn.

#### Cooperatives de consum

En les cooperatives de consum els mateixos cooperativistes adquireixen els productes del fabricant o majorista per vendre'ls entre ells i evitar així intermedis que n'encareixin el preu. D'altra banda, en les cooperatives d'explotació comunitària de la terra els cooperativistes aporten les seves terres per explotar-les entre tots.



### 2.4.3. L'extinció de la persona jurídica

A diferència del que ocorre amb la persona física, la mort de la qual determina l'extinció de la seva capacitat jurídica, la persona jurídica, quan decideix dissoldre's o és obligada a fer-ho, manté la seva capacitat jurídica. Això és així perquè l'extinció de la persona jurídica no és automàtica, sinó que és un procés que comença amb la concurrència d'una causa de dissolució (p. ex., impossibilitat de complir el fi per al qual es va constituir, pèrdua del patrimoni, acord de l'òrgan decisor, etc.). Ara bé, una vegada dissolta, la persona jurídica ha de liquidar les relacions jurídiques pendents (p. ex., cobrar el que se li deu, pagar el que deu, etc.) i, per tal de poder-ho fer, ha de mantenir la personalitat jurídica que, no obstant això, queda disminuïda, per tal com només queda facultada per a fer les operacions pròpies de la liquidació: operacions pendents i destinació del líquid sobrant segons la naturalesa de la persona jurídica. Una vegada fetes les operacions liquidadores, la inscripció de l'extinció de la persona jurídica en el registre pertinent determina la cessació de la seva personalitat jurídica.

#### **Dissolució de la persona jurídica**

Quan hi ha una causa de dissolució de la persona jurídica, aquesta no s'extingeix, sinó que entra automàticament (*ipso iure*) en període de liquidació i manté la seva personalitat jurídica a l'efecte de poder fer les operacions liquidadores.

### 3. Els béns patrimonials. La propietat

#### 3.1. Concepte i classes de béns patrimonials

Es consideren **béns patrimonials** les coses que són susceptibles d'apropiació, això és, de pertinença personal (art. 333 del Cc).

Els **béns extrapatrimonials**, en canvi, estan constituïts pels anomenats *drets de la personalitat*, que, encara que són béns perquè d'alguna manera reporten un valor a l'individu, no són susceptibles de ser valorats econòmicament. Es tracta dels drets fonamentals ja estudiats, que són inherents al concepte de persona. Per a aquests drets no poden regir els modes d'adquisició dels drets patrimonials subjectius, ja que els drets de la personalitat es generen en el mateix instant de la concepció.

Dels béns es pot destacar que han de tenir una **existència real**, encara que aquesta no ha de ser tangible (p. ex., el dret d'un compositor sobre la seva obra). I per a ser apropiables, també han de ser **susceptibles de titularitat**, de manera que queden excloses les coses fora del comerç o *extra commercium*.

Tant la doctrina com la legislació realitzen diferents classificacions dels béns en què queden remarcades les seves diverses qualitats. Una de les més rellevants és la que distingeix entre els **béns mobles** i els **béns immobles**.

**Béns immobles** són els que no es poden moure i **béns mobles** són els que sí que es poden desplaçar sense que amb això s'alteri la seva naturalesa.

El Codi civil no defineix els béns mobles i els immobles, sinó que enumera els que considera immobles en l'art. 334 Cc. Dels supòsits previstos, la doctrina distingeix immobles **per naturalesa** (p. ex., les finques o predis), **per incorporació** (p. ex., el que està unit a un immoble de manera definitiva o fixa i el que s'hi ha construït) i **per destinació** (p. ex., les estàtues, els relleus i les pintures col·locats en edificis per l'amo de l'immoble). Els béns no compresos

#### Béns

A partir d'ara, utilitzarem la paraula *béns* per a referir-nos als béns patrimonials.

#### Béns extra commercium

Són les coses que no poden ser "apropiades", com per exemple l'aire, l'espai, etc.

#### Art. 334 Cc

La classificació que es fa servir en aquest precepte obeeix a una època concreta en què la propietat immobiliària era considerada la principal riquesa i font d'ingressos, i la relació de béns inclosos dins de cada categoria obeeix a aquesta mentalitat de finals del segle XIX.

en l'art. 334 del Cc i, en general, tots els que es poden transportar d'un punt a un altre sense detriment de la cosa immoble a la qual estan units es consideren mobles (art. 335 del Cc).

La distinció entre béns mobles i immobles és molt important perquè els immobles han estat considerats béns més valuosos que els mobles –fins al segle XIX l'economia ha estat principalment agrària. Per això, el tràfic de negoci amb immobles requereix més exigències que el tràfic amb mobles (p. ex., la transmissió d'un immoble necessita la plena capacitat d'obrar –no la pot fer un emancipat–, una forma especial –escritura pública– i, als efectes de publicitat, la inscripció en el Registre de la Propietat).

Una altra **classificació** rellevant és la que distingeix entre **béns de domini públic** i **béns de domini privat**. Els de **domini públic** són aquells que, a més de pertànyer a l'Estat o a qualsevol òrgan de l'Administració pública, estan destinats a un ús públic (camins, carrers, obres públiques en general) o bé estan destinats a un servei públic (muralles, mines) (art. 339 i seg. del Cc). Com que satisfan l'interès general i es consideren de tots, són béns **inalienables**, **inembargables** i **imprescriptibles**, és a dir, no es poden vendre, no es poden embargar, ni tampoc es poden adquirir amb el transcurs del temps (prescripció adquisitiva). Els béns de l'Estat o de l'Administració pública que no tenen aquestes característiques són béns de propietat privada, i també són de domini privat els que pertanyen a particulars, individualment o col·lectivament.

Pel que fa a la classificació dels béns, la legislació civil catalana únicament fa referència a la classificació entre els béns mobles i els immobles (art. 511-2 CCCat).

Els béns poden ser **fungibles** o **genèrics** si s'identifiquen pel seu gènere o quantitat i són substituïbles en una relació jurídica (p. ex., pomes, ovelles, etc.) i **no fungibles** o **específics** si s'identifiquen per la seva individualitat (p. ex., un quadre, un moble, etc.). Quan es fa un negoci sobre béns fungibles, el lliurament de qualsevol d'aquests implica compliment (p. ex., el lliurament de 100 kg de pomes reineta). No obstant això, les parts poden designar un bé determinat com a específic (p. ex., triar una ovella determinada per la quantitat de llet que dóna). En aquests casos, el bé es converteix en específic per voluntat de les parts.

### **Els diners**

Són el bé fungible per excel·lència: qualsevol moneda o bitllet equival a una altra o un altre del mateix valor, sense que importi quin és. Aquest és el motiu pel qual no es pot reclamar la seva propietat, atès que, per a fer-ho, cal identificar l'objecte reclamat i els diners no es poden identificar.

### **El valor dels béns**

Avui dia, amb una economia bàsicament industrial i comercial, el valor dels mobles supera en molts casos el dels immobles, i per això s'atorga una importància especial als mobles (p. ex, la lletra de canvi, el pagaré) i es creen registres com el d'Hipoteca Mobiliària i Penyora sense Desplaçament de la Possessió, en què s'inscriuen determinats drets sobre béns mobles.

Els béns són **consumibles** si el primer ús n'esgota la utilitat i **no consumibles** si aquesta no s'esgota. La consumibilitat pot ser econòmica (p. ex., aliments) o jurídica (p. ex., un bé es consumeix jurídicament amb la venda: la utilitat econòmica continua per al comprador, però el venedor esgota la jurídica). Tots els béns són jurídicament consumibles encara que no ho puguin ser econòmicament.

Els béns poden ser **divisibles** si les parts resultants de la divisió constitueixen béns autònoms que mantenen la mateixa funció i naturalesa que el bé original (p. ex., una finca) i **indivisibles** si perden la seva funció i naturalesa quan es divideixen (p. ex., una taula).

### 3.2. El rendiment dels béns patrimonials

Els béns admeten, en principi, tres aprofitaments possibles:

- a) L'**ús** comporta que s'utilitzi el bé sense que se n'alteri la integritat, per això només és possible respecte de béns econòmicament no consumibles (p. ex., l'ús de l'habitatge).
- b) El **gaudi** consisteix a obtenir la utilitat d'un bé, sense alterar-lo, per mitjà dels fruits que produeix (p. ex., recollir el raïm en una finca de vinyes).
- c) La **disposició** d'un bé implica alterar-ne la integritat física (p. ex., menjar-se una poma) o jurídica (p. ex., transmetre un bé).

La utilitat derivada de l'ús i el gaudi d'un bé (la disposició s'estudia quan es tracten els drets reals) necessita, en ocasions, una sèrie de despeses per a ser obtenir-la. És a dir, per a aprofitar un bé, de vegades s'hi ha d'invertir. Aquestes inversions poden ser de tres tipus:

- a) **Despeses necessàries**, que es dirigeixen a conservar la cosa i la seva utilitat ordinària (p. ex., el menjar de les vaques).
- b) **Despeses útils**, que són les inversions que incrementen el valor del bé i de la seva utilitat (p. ex., vitamines per a les vaques, que augmenten el nombre de litres de llet que produeixen diàriament).
- c) **Despeses de luxe**, que incrementen el valor de la cosa però no la seva utilitat, ja que signifiquen un pur adornament (p. ex., els collars de les vaques).

Quan aquestes despeses les fa qui no és el propietari del bé (p. ex., un arrendatari), es planteja la qüestió de si aquest ha d'indemnitzar aquell per aquestes despeses quan el bé li sigui retornat. El nostre ordenament resol en cada cas el que escau, si bé per regla general el propietari ha d'indemnitzar per les **despeses necessàries i útils** si les va fer un posseïdor de bona fe (no escaurà,

#### Béns consumibles

L'art. 337 Cc, en proporcionar una definició dels béns consumibles, els confon amb els béns fungibles. Aquest precepte estableix que "los bienes muebles son fungibles o no fungibles. A la primera especie pertenecen aquellos de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman; a la segunda especie corresponden los demás". Tanmateix, el concepte de bé fungible no és equivalent a bé consumible. Així, per exemple, una pilota de futbol és un bé fungible, però no és un bé consumible.

per tant, si les va fer qui va robar el bé). I pel que fa a les **despeses de luxe**, se les podrà quedar qui les va fer si es poden retirar del bé sense danyar-lo, llevat que el propietari se les vulgui quedar pagant-les-hi.

Pel que fa a la liquidació de l'estat possessori i al pagament de les despeses realitzades i qui ha de fer-hi front, vegeu els arts. 453 i 454 Cc i l'art. 522-4 CCCat.

Els **fruits** són els rendiments a la producció periòdica dels quals està destinat econòmicament el bé que els produeix, sense que això impliqui l'alteració de la seva substància.

#### Els fruits

Vegeu la definició de *fruits* que fan l'art. 355 Cc i l'art. 511-3 CCCat.

Els fruits són productes o utilitats que genera un bé i el Codi civil distingeix tres classes de fruits (art. 355 i seg. del Cc), que són les següents:

- a) Els **fruits naturals**, que són les produccions espontànies de la terra i les cries i altres productes dels animals.
- b) Els **fruits industrials**, que són els que produeixen els predis de tota mena en benefici del cultiu o del treball.
- c) Els **fruits civils**, que són el lloguer dels edificis, el preu de l'arrendament de terres i les rendes que produeixen els diners (interessos).

Al seu torn, els fruits poden estar:

- a) *pendents*
- b) *separats*, és a dir, segregats naturalment del bé (de la terra, els arbres, etc), i
- c) *percebuts*, és a dir, aprehesos amb la intenció de tenir-los com a propis.

Els fruits naturals i industrials només s'adquireixen si se separen efectivament; en canvi, els fruits civils s'adquireixen a mesura que es van produint, dia a dia.

### 3.3. El patrimoni: concepte i característiques

S'entén per *patrimoni* el conjunt de béns i drets de contingut econòmic que pertanyen a una persona.

La idea de patrimoni com a conjunt de béns que, malgrat la seva heterogeneïtat, formen una unitat pel fet de pertànyer a un titular únic va néixer per tal d'explicar el funcionament en el tràfic jurídic d'una diversitat de béns com si es tractés d'un tot únic.

#### Exemples

En acabar l'arrendament d'una finca rústica, l'arrendatari només es pot quedar els fruits separats i això encara que tota la collita estigui pendent i hagi fet les despeses per a la seva producció. En canvi, qui tingui uns diners invertits cobrarà els interessos proporcionals al temps de durada del contracte si aquest es resol per qualsevol causa, ja que aquests es meriten cada dia.

#### El patrimoni

El patrimoni es considera jurídicament com un tot que supera els béns i els drets concrets que el componen.

L'herència, que per si mateixa és un patrimoni sense titular actual, es tracta com un conjunt unitari de béns que s'ofereix als hereus. L'art. 1911 del Cc estableix que cada persona respongui de les seves obligacions amb tots els béns presents i futurs, és a dir, amb tot el seu patrimoni, si bé hi ha una sèrie de béns que són inembargables (arts. 605 i 606 LEC).

El vertader patrimoni d'una persona és el que resulta de descomptar els deutes que configuren el passiu d'aquesta persona als béns i els drets que en componen l'actiu.

La característica fonamental del patrimoni és que es considera com un tot únic un conjunt heterogeni de béns i drets, és a dir, la **unitat**. Aquesta unitat es basa en el **principi de subrogació real**, segons el qual hi pot haver entrades i sortides de béns (substitució de béns i drets per uns altres) sense que això n'afecti l'essència (p. ex., surt un cotxe i entren els diners de la venda). Per això, encara que el valor del patrimoni pot variar, sempre continua essent el patrimoni d'un titular, i en morir el subjecte el patrimoni és objecte de transmissió (art. 411-1 i seg. CCCat).

### 3.4. Drets sobre els béns patrimonials

En dret privat, és fonamental distingir, dins els drets dels quals pot ser titular una persona, entre **drets personals** i **drets reals**. Cada un d'aquests comporta que s'apliqui un règim jurídic diferent.

El **dret real** comporta una relació immediata, directa, entre el titular d'aquest i la cosa objecte del dret. Això imposa als tercers un deure de respecte i abstenció envers aquest dret. El **dret personal** implica una relació de deute entre dos subjectes, un creditor i un deutor, sense relació immediata amb cap cosa.

A partir d'aquestes característiques, apareixen un seguit de **diferències** entre un règim jurídic i l'altre en diversos aspectes:

- **Pel subjecte:** el dret real implica un subjecte actiu determinat (el titular) i un de passiu indeterminat (qui pertorba aquest dret real). El dret personal implica dos subjectes determinats: deutor i creditor.
- **Per l'objecte:** el dret real té com a objecte directe una cosa determinada. El dret personal té com a objecte immediat una conducta, una prestació (donar, fer o no fer).

#### El principi de subrogació real

Es manifesta dins la institució de la declaració de mort si després de la declaració de mort es presenta l'absent o es prova que viu. En aquest sentit, s'estableix que aquest recobrarà els seus béns en l'estat en què estiguin i tindrà dret al preu dels que s'hagin venut o als béns que s'hagin adquirit amb aquest preu (art. 197 Cc). I això perquè recupera "el seu" patrimoni.

- **Per l'eficàcia:** el dret real és oponible davant tothom –*erga omnes*– ja que tothom és un pertorbador potencial (p. ex., tothom pot arrabassar el bé sobre el qual recau el dret real). Per això es diu que es tracta d'un dret absolut que es caracteritza per la **reipersecutorietat**, això és, el dret acompanya la cosa a qualsevol lloc on vagi. El dret personal és relatiu, i només el deutor el pot pertorbar o incomplir.
- **Pel paper que exerceix l'autonomia de la voluntat:** l'àmbit d'aquest principi en el dret real és molt reduït, i la llei predetermina en gran manera el règim d'aquest tipus de drets. El dret personal es regeix fonamentalment pel que han pactat les parts lliurement.
- **Per l'origen:** el dret real s'adquireix seguint **la teoria del títol i el mode**, és a dir, un títol que justifiqui l'adquisició i el lliurament efectiu del bé sobre el qual recau (mode). També es pot adquirir el dret real per **usucapió**, això és, per la possessió continuada del bé sobre el qual recau durant un període de temps determinat. El dret personal s'adquireix pel simple títol, normalment un negoci jurídic. El dret personal no es pot adquirir amb la prescripció adquisitiva o usucapió.
- **Per la durada:** el dret real tendeix a ser perpetu. El dret personal neix per tal d'acomplir-se i extingir-se. Per això, les accions per a reclamar els drets personals prescriuen abans.
- **Per la desaparició de la cosa:** aquesta provoca que el dret real s'extingeixi. En el cas d'un dret personal, si la prestació consisteix a donar una cosa, la desaparició d'aquesta provoca que el dret recaigui sobre una altra cosa diferent o, si escau, sobre una quantitat de diners en concepte d'indemnització.
- **Pel seu accés al registre:** els drets reals, per regla general, són inscriptibles en els registres existents a aquest efecte. Els drets personals, no.

### **La compravenda**

La diferència entre ambdós tipus de drets s'aprecia en la compravenda. Per l'acord o pacte de compravenda, sorgeix per al venedor l'obligació personal de lliurar la cosa venuda i, per tant, un dret d'exigir aquest lliurament a favor del comprador, així com el dret del venedor d'exigir-ne el preu. Ara bé, una vegada efectuat el lliurament, neix a favor del comprador el dret real de propietat. Si abans de lliurar la cosa objecte de la compravenda aquesta fos sostreta, el comprador podria demanar al venedor una indemnització per haver incomplert, aquest, la seva obligació de lliurar la cosa. Si la cosa se sostreu després de lliurar-la, el comprador, que ja és propietari de la cosa, la podrà reclamar a qui l'hagi sostreta.

Aquesta solució és la que el nostre ordenament jurídic ha previst per a l'adquisició dels drets reals, com per exemple la propietat, i és el que es coneix com a *teoria del títol i del mode*. El títol (el contracte de compravenda) per si mateix no transmet la propietat del bé; cal el lliurament (el mode), per exemple mitjançant l'atorgament d'escriptura pública. Tanmateix, en altres ordenaments jurídics, com per exemple el francès, la solució és diferent, i amb el títol (contracte) ja es transmet la propietat.

### 3.4.1. La possessió

En el Codi civil, la regulació dels drets reals es troba en el Llibre II, que duu per títol "De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones", que inclou, en el Títol V, la regulació de la possessió. D'altra banda, el Llibre III fa referència a "Los diferentes modos de adquirir la propiedad".

Pel que fa a la legislació civil catalana, el Llibre V del Codi civil de Catalunya regula els drets reals, i el Títol II, la possessió. El Títol V del Llibre V del CCCat fou reformat mitjançant dues Lleis: la Llei 5/2015, de 13 de maig, que comportà una revisió a fons del règim de propietat horitzontal, i la Llei 19/2015, de 29 de juliol, que incorporà al CCCat la regulació d'una nova modalitat de comunitat, la propietat compartida.

Abans d'escometre el concepte de cada dret real, convé fer una referència a la possessió.

La possessió és la simple tinença d'una cosa –o d'un dret real– independentment del títol que la pugui justificar, que pot no existir.

Art. 521-1.1 CCCat:

"La possessió és el poder de fet sobre una cosa o un dret, exercit per una persona, com a titular, o per mitjà d'una altra persona".

La possessió es pot referir a la propietat (p. ex., la possessió del cotxe) o a un altre dret real (p. ex., si es travessa de manera continuada la finca del veí, es té una servitud de pas), excepte els drets reals de garantia.

La possessió és una mera **situació de fet** que normalment està justificada per un dret, si bé és independent del fet que existeixi o no aquest dret. Ara bé, la possessió, encara que no respongui a la vertadera titularitat d'un dret, fa que sembli que aquest dret existeix. Per això, es diu de la possessió que, a més d'un fet, crea una **aparença de dret**.

En aquest sentit, justament, l'art. 521-2 CCCat estableix que la possessió no pot ésser clandestina.

Existeixen diferents maneres de posseir. Dins les maneres de posseir, es pot destacar la diferenciació que fa la doctrina entre la **possessió de bona fe** i la **possessió de mala fe**. El posseïdor de bona fe és el qui creu que la seva possessió està justificada en un dret real adquirit legítimament (sia cert o no), mentre que el posseïdor de mala fe és el qui sap que cap dret real no empara la seva possessió.

#### Possessió i propietat

El qui roba un cotxe el posseïx encara que no sigui el seu propietari. L'ordenament jurídic opta per protegir la simple tinença física de la cosa (el bé), amb independència del fet que es tingui o no títol (dret) que habiliti per posseir. La qüestió del títol en tot cas es discutirà davant de l'autoritat judicial, interposant l'acció que correspongui.

#### Possessió de bona fe i de mala fe

Vegeu els arts. 433 i 1950 Cc, i l'art.521-7 CCCat.



També és important distingir entre **possessió en concepte d'amo** i **possessió en concepte de tenidor de la cosa o del dret** (p. ex., l'arrendatari no posseeix en concepte d'amo, sinó en concepte de tenidor de la cosa). Vegeu l'art. 521-1.2 CCCat.

#### La possessió en concepte d'amo

Significa que el posseïdor actua públicament com si fos el titular del dret real en qüestió.

Un qüestió cabdal en relació amb la possessió és la relativa a la **liquidació de l'estat possessori**. Aquesta situació es dona quan el posseïdor ha de lliurar la cosa a aquell que l'hagi vençut en la seva possessió. Per exemple, el propietari que havia estat desposseït i ha exercit l'acció reivindicatòria, ha vist reconegut el seu dret de propietat i la cosa ha de ser retornada pel posseïdor no propietari al propietari.

#### Formes d'adquirir la possessió

Vegeu l'art. 438 Cc i l'art. 521-2 CCCat.

En liquidar la possessió, caldrà determinar alguns aspectes, donar resposta a què succeeix amb els fruits, les despeses que s'han realitzat durant el temps que ha durat la possessió i les millores que s'hagin introduït en el bé (vegeu els arts. 451 a 458 Cc i els arts. 522-3 a 522-5 CCCat).

### 3.4.2. El dret real de propietat

L'art. 348 del Cc defineix la propietat com el dret de gaudir i disposar d'una cosa, sense més limitacions que les establertes en les lleis. La propietat es concep, en aquest sentit, com el dret absolut sobre una cosa.

Aquesta definició obeeix a una concepció liberal del dret de propietat, que es correspon al moment en què va ser aprovat el Codi civil i que és un reflex fidel de la ideologia liberal burgesa, que va veure reconegut el dret de propietat com el poder de gaudir i disposar d'una cosa de la manera més absoluta. Avui dia, no obstant això, aquesta concepció ja no és del tot vàlida: la propietat d'un bé aprofita el seu propietari, però l'ús d'aquest bé ha d'estar en sintonia amb l'interès de la comunitat.

#### La funció social de la propietat

L'art. 33 de la CE, després de reconèixer el dret a la propietat privada, afegeix que "la funció social d'aquest dret en delimitarà el contingut, d'acord amb les lleis".

#### Concepte i configuració de la propietat

Respecte a la noció del dret de propietat i a la nova configuració d'aquest, emparada en la Constitució, són molt il·lustratius els següents articles del CCCat:

L'art. 541-1 CCCat, que fa referència al concepte del *dret de propietat*:

"1. La propietat adquirida legalment atorga als titulars el dret a usar de forma plena els béns que en constitueixen l'objecte i a gaudir-ne i disposar-ne.

2. Els propietaris conserven les facultats residuals que no s'han atribuït a terceres persones per llei o per títol."

L'art 541-2 CCCat, que expressament reconeix la funció social del dret de propietat, de tal manera que "les facultats que atorga el dret de propietat s'exerceixen, d'acord amb la seva funció social, dins dels límits i amb les restriccions que estableixen les lleis."

El contingut típic del dret de propietat, o el que és el mateix, les **facultats** que el propietari té sobre la cosa són les següents:

1) **Facultat de lliure disposició**, que inclou la facultat d'alienar la cosa tant amb un negoci oneros (p. ex., la compravenda) com gratuïtament (p. ex., la donació), la facultat de gravar-la amb uns altres drets reals (p. ex., constituir un usdefruit sobre el bé) i la facultat de transformar-la.

2) **Facultat de lliure aprofitament**, que inclou el dret d'usar la cosa (obtenir-ne la utilitat o rendibilitat normal), de gaudir-la (percebre'n els fruits i productes) i de consumir-la (si es tracta d'un bé econòmicament consumible).

3) **Facultat de tenir la cosa i de reivindicar-la** en cas de ser-ne desposseït. La reivindicació d'un bé correspon al propietari desposseït (propietari no posseïdor) davant el posseïdor no propietari (qui el va desposseir del bé o un tercer). Per a això, el propietari ha de demostrar que és el titular del bé, ha d'identificar perfectament la cosa que reivindica, i la persona a qui es reclama la cosa ha de ser la posseïdora i no ha de tenir cap títol que la faculti per a retenir-la en el seu poder (p. ex., un contracte d'arrendament).

#### Acció reivindicatòria

Acció del propietari davant del posseïdor per a reclamar la possessió del bé.

### 3.4.3. La comunitat de béns

En els supòsits en què més d'un subjecte sigui titular d'un dret o d'un objecte es produeix una situació de cotitularitat que es pot organitzar de diferents maneres.

La cotitularitat implica un sol poder jurídic compartit (copropietat, usdefruit...) i es distingeix així de la coincidència de diferents titularitats que poden recaure sobre una cosa.

Per exemple, un subjecte és propietari i un altre té una servitud de pas sobre l'esmentada finca. En el primer cas, A i B són propietaris de la finca X. En el segon cas, A és propietari de la finca X i B és el titular d'una servitud de pas respecte a la finca X.

**La comunitat de béns pot tenir diferent origen:**

- Per una pluralitat de subjectes: per exemple, dos germans compren conjuntament un cotxe.
- Per la unitat d'objecte: ja sigui un bé (el cotxe) o una unitat patrimonial (l'herència d'una persona integrada, per exemple, per un pis, un terreny, dos cotxes i diners en un compte corrent)
- Per l'homogeneïtat del poder jurídic (propietat, usdefruit, etc., però no propietat i usdefruit de manera separada).

Les situacions de cotitularitat jurídica real poden organitzar-se sobre la base de dos models: a) el de la comunitat romana, anomenada també *ordinària* o *per quotes* i b) la comunitat germànica o en mà comú.

### a) Comunitat romana:

La comunitat romana es troba regulada en els arts. 392 i seg. Cc. i els arts. 551-1 CCCat.

Cada comuner té una quota pròpia, una participació ideal de la unitat d'objecte o titularitat. Aquesta quota té les característiques següents:

- La quota determina el valor del dret de cada comuner.
- Constitueix l'instrument de quantificació de la participació dels comuners en el conjunt de les facultats i deures que li corresponen.
- És la mesura de vot: la participació de cada comuner en els assumptes comuns ve determinada en proporció al valor del seu dret en la comunitat.
- Cada comuner té, respecte a la quota, la plena propietat, i per tant, en té també plena disposició (art. 399 Cc).
- Qualsevol comuner pot exercir l'acció de dividir la cosa comú; la situació de comunitat és vista com una situació transitòria i desavantatjosa i que pot abandonar-se. Cada comuner pot disposar lliurement del seu dret en la comunitat i exercir en qualsevol moment, llevat de les restriccions legals o voluntàries que escaiguin, l'acció de divisió (art. 552-3 i 552-10 CCCat i art. 400 Cc). Es tracta de l'*actio communi dividundo* (acció de divisió de la cosa comuna).

En la comunitat, cada comuner té dret a usar directament la cosa comú, complint les condicions establertes (si bé les parts poden pactar allò que considerin); cada comuner pot interposar accions per a defensar la cosa comú i participar dels beneficis (fruits) en funció de la seva quota i té l'obligació de contribuir a les càrregues i despeses en funció de la seva participació.

Pel que fa a l'organització del règim de comunitat, la legislació distingeix entre els actes d'administració (realitzar actes de conservació) i els de disposició (per exemple, constituir una servitud respecte al bé); per cadascun d'aquests casos s'estableixen majories diferents.

L'**extinció de la comunitat** es pot produir per tres circumstàncies concretes, que són: destrucció de la cosa, reunió de totes les quotes en una sola mà i divisió.

#### **Diferència entre comunitat de béns i societat**

La comunitat és presidida pel principi d'autonomia amb relació a les seves normes de funcionament, ja que el Codi civil estableix unes regles per tal que funcionin subsidiàriament de les establertes pels mateixos comuners. En la comunitat també destaca el principi de proporcionalitat (art. 393 Cc), tant per als beneficis com per a les càrregues, que és la manifestació de la participació en la cosa comuna o quota.

Precisament, la principal diferència entre ambdues figures és que en una comunitat de béns els comuns són propietaris d'una cosa; cadascú té la propietat d'una part d'aquesta cosa i, en principi, el seu objectiu comú és el de mantenir i millorar aquesta cosa. En una societat, les persones posen en comú béns o diners amb la finalitat d'obtenir un guany d'aquesta posada en comú; desenvolupen una activitat destinada a obtenir el guany que els ha fet constituir la societat. En aquesta última s'estableix una relació jurídica de posar en comú béns, diners o indústria, amb el desig de repartir els guanys que se n'obtinguin, atès que la societat pretén obtenir un guany o lucre, en contraposició amb la comunitat, que es proposa un estricte ús o gaudiment de la cosa.

En la diferenciació es destaca, doncs, l'actitud de la voluntat de les parts cap a un aprofitament estàtic del bé, per tal de considerar la situació com una comunitat, davant de l'*affectio societatis* o voluntat de constituir una unitat de grup per a fer una actuació col·lectiva.

#### b) Comunitat germànica:

La comunitat germànica o en mà comú parteix d'una concepció col·lectivista, a la qual se subordina l'interès de l'individu. La comunitat es considera com una situació permanent i és contemplada com una forma avantatjosa de dur a terme determinades funcions econòmiques.

Constitueixen supòsits de comunitat germànica: el de la comunitat hereditària (la regulada en el Cc), el de la comunitat de societat de guanys del Cc, i també els aprofitaments comunals (de pastures o de llenya, en què qui en gaudeix és perquè pertany a un determinat municipi).

La comunitat germànica es caracteritza per:

- una situació permanent i estable, que obeeix a determinades funcions econòmiques,
- normalment existeixen vincles personals entre els integrants d'aquesta comunitat,
- normalment no hi ha quotes,
- no es reconeix a cada comuner el dret a demanar la divisió de la cosa.

#### 3.4.4. La propietat horitzontal i altres comunitats especials

La **propietat horitzontal** és una copropietat especial perquè recau sobre immobles dividits en pisos i locals que poden ser utilitzats de forma independent.

Un element clau de la propietat horitzontal és el títol constitutiu, on es descriu l'edifici i la delimitació. En la majoria dels casos, tot i que no és obligatori, consta en una escriptura pública, i per tant, podrà tenir accés al registre de la propietat.

#### Bibliografia

L. Díez-Picazo; L. Gullón (2012). *Sistema de Derecho civil. Volumen III. Tomo 1. Derechos Reales en general* (8a. ed.). Madrid: Tecnos.

El títol constitutiu ha de contenir, com a mínim, la descripció de l'edifici, així com dels pisos i locals als quals s'atribueix una quota de participació. També té un contingut dispositiu: l'estatut de la propietat horitzontal.

D'aquesta manera, es pot distingir entre la propietat exclusiva de cada un dels pisos (com a objecte independent) i l'existència d'una copropietat conjunta i inseparable sobre els altres elements comuns de l'edifici (ascensors, escala, etc.).

#### Catalunya

La regulació de la propietat horitzontal a Catalunya ha sofert una modificació important per mitjà de la Llei 5/2015, de 13 de maig, que reforma tot el capítol III del Títol V (art. 553-1 a 553-59).

#### Objectes independents i objectes comuns

L'edifici es descompon en objectes independents, pisos i objectes comuns. Els objectes comuns no són elements independents, no tenen pertinença dels pisos i el seu aprofitament ha de ser comú i general per a tots: s'exclou qualsevol aprofitament de tipus autònom. Pel fet de posseir-lo es té dret a utilitzar els béns comuns de l'edifici.

D'aquesta manera, la pertinença comuna passa a ser accessòria del pis, ja que l'edifici no existeix jurídicament. Només existeixen els pisos i els seus accessoris d'ús comú. Cada propietari d'un pis té un únic dret de propietat, però que s'exerceix com a exclusiu respecte del pis, i compartit respecte de les pertinences comunes.

El règim jurídic de la propietat horitzontal és aplicable a totes aquelles situacions en què es combina propietat d'elements privatis en exclusiva i en comunitat amb els altres en els elements comuns (art. 553-1.1 CCCat).

#### La comunitat especial per torns

Es tracta d'aquell règim jurídic de comunitat que es caracteritza perquè atribueix als cotitulars un dret d'aprofitament i gaudi exclusiu del bé que n'és objecte per unitats temporals periòdiques anomenades *torns*. Els drets dels cotitulars sobre el bé no es configuren jurídicament per mitjà de quotes, com en la comunitat romana, sinó per mitjà de torns. Els cotitulars poden transmetre el seu dret sobre el torn però no poden exercir l'acció de divisió.

Aquest tipus de comunitat es regulà per la Directiva 2008/122/CE, de 14 de gener de 2009, (que derogà la Directiva 94/47/CE), implementada a l'ordenament espanyol per la Llei 4/2012, de 6 de juliol, (que derogà la Llei 42/1998, de 15 de desembre).

El capítol IV del Títol V del Llibre V del Codi civil de Catalunya ha optat per regular els drets d'aprofitament per torns en els arts. 554-1 a 554-12 CCCat.

#### La propietat compartida

Es tracta d'un nou tipus de situació de comunitat que ha estat introduïda en la legislació catalana per la Llei 19/2015, de 29 de juliol, i es regula al capítol VI, Títol V, Llibre V del CCCat (arts. 556-1 a 556-12).

Es configura com una comunitat amb distribució del poder i de la possessió entre els comuns. El propietari material té l'ús i gaudi de la cosa i pot disposar de la seva quota. També se li atribueix un dret d'adquisició gradual de la quota del propietari formal.

### 3.5. Els drets reals limitats

La propietat és el dret real per excel·lència, el seu prototipus, el que comporta el grau màxim de poder respecte d'una cosa que es reconeix al seu titular. Davant del dret de propietat, la doctrina fa referència als drets reals limitats, o drets

en cosa aliena. Es predica el caràcter de "limitat" perquè no atorguen un poder ple sobre un objecte i perquè **limiten o comprimeixen el lliure exercici de la propietat**.

Els drets reals, tenint en compte la seva funció econòmica, es classifiquen en drets reals de gaudi i drets reals de realització de valor.

En el Codi civil, al llibre II, títols VI i VII es regulen alguns d'aquests drets; en el CCCat els drets reals limitats es regulen en el llibre V, títol IV.

### 3.5.1. Els drets reals limitats d'ús i gaudi

Els drets d'ús i gaudi permeten al titular utilitzar totalment o parcialment una cosa aliena o bé apropiarse els fruits que produeix la cosa. Dins d'aquesta categoria, s'inclouen l'usdefruit, els drets d'ús i habitació, la servitud, els censos i el dret de superfície.

a) **L'usdefruit** (art. 467 i seg. Cc i arts. 561-1 a 561-37 CCCat) atorga el dret d'usar els béns aliens i gaudir-ne amb l'obligació de conservar-ne la forma i substància. El nu propietari del bé perd les facultats d'ús i gaudi a favor del titular de l'usdefruit denominat *usufructuari*. Aquest ha de conservar la forma i substància de la cosa, la qual cosa significa que no en pot alterar la destinació econòmica ni la pot destruir. L'usdefruit, molt habitual en les relacions familiars, busca concedir a una persona la utilitat d'un bé sense que el propietari en perdi la titularitat. Per això, és una característica essencial de l'usdefruit la limitació temporal de la seva durada encara que perduri durant tota la vida de l'usufructuari (usdefruit vitalici).

b) Els **drets d'ús i habitació** (art. 523 i seg. del Cc i arts. 562-1 a 562-11 CCCat) són semblants a l'usdefruit, si bé estan limitats a les necessitats del titular. Aquest titular tindrà el dret de percebre els fruits d'una cosa aliena –dret d'ús–, o bé d'usar les habitacions d'una casa aliena –dret d'habitació–, o bé d'ambdues coses (dret d'ús i habitació). Ara bé, sempre amb el límit de les necessitats de l'usuari o habitacionista. No es poden percebre tots els fruits ni es poden ocupar totes les habitacions, sinó només aquells que siguin suficients per a les necessitats del titular d'aquests drets.

c) La **servitud** (art. 530 i seg. del Cc i arts. 566-1 a 566-13 CCCat) és un gravamen imposat sobre un immoble en benefici d'un altre immoble que pertany a un propietari diferent. L'immoble a favor del qual es constitueix la servitud es diu *predi dominant*, i l'immoble que la pateix s'anomena *predi servent*. L'obligació de prestar el servei en què consisteix la servitud recau sobre el predi, no sobre el seu propietari. L'adquirent del predi servent adquireix una finca gravada amb una servitud. Les servituds es poden constituir voluntàriament (p. ex., per un acord entre els propietaris dels predis servent i dominant) o per

#### Usdefruit i nu propietari

Si un bé està gravat amb un usdefruit, el propietari continua essent el titular d'aquest bé, però no el podrà usar, gaudir ni consumir econòmicament, perquè aquestes facultats corresponen ara a l'usufructuari. En aquest cas, el propietari es denomina *nu propietari* en al·lusió a un dret de propietat que ha quedat "nu".

#### Temporalitat de l'usdefruit

Com que l'usdefruit és temporal, si l'usufructuari arrenda el bé usufructuat, l'arrendament no es podrà allargar més temps que el de l'usdefruit.

#### Predi i hisenda

Els conceptes de predi i hisenda són sinònims del que coneixem com a *finca rústica*.

imposició legal. El Codi civil imposa una sèrie de servituds amb la finalitat d'assegurar unes bones relacions de veïnatge (p. ex., la servitud d'aqüeducte per a, després d'una indemnització, poder passar l'aigua a través dels predis intermedis; la servitud de vista per a obrir les finestres i poder tenir vistes a través d'un predi aliè, etc.).

d) Els **censos** són una obligació que grava el titular d'una finca, encara que aquell canviï, i que l'obliguen a pagar un cànon o rèdit anual. Les causes d'aquesta obligació poden ser diverses. Els censos són drets reals que, malgrat que són arcaics, atès el seu caràcter perpetu, perduren avui dia. La llei facilita l'extinció del cens (la seva redempció) per tal com sovint resulta, per aquest caràcter perpetu, excessivament costós i poc útil per a ambdues parts. Pel que fa a la legislació catalana, vegeu els arts. 565-1 a 565-33 CCCat.

e) El **dret de superfície** és aquell que permet a una persona edificar o plantar sobre sòl aliè i gaudir del que ha edificat o plantat pagant una renda periòdica al propietari del terreny. Aquest dret mai no es pot pactar amb caràcter perpetu i perquè tingui efecte s'ha d'inscriure en el Registre de la Propietat.

f) Els **drets d'aprofitament parcial** es troben regulats en els arts. 564-1 a 564-6 CCCat.

### 3.5.2. Els drets reals limitats de garantia

Com indica el seu nom, els drets reals de garantia intenten garantir que es compleixi una obligació a favor d'un creditor. Aquests drets permeten al creditor vendre la cosa donada en garantia si el deutor incompleix l'obligació garantida (la qual cosa es diu *realització de la garantia*) i quedar-se amb l'import corresponent al deute, però ha de tornar el sobrant al deutor.

D'aquesta manera, el creditor s'assegura que veurà satisfeta l'obligació pactada: o bé per compliment voluntari del deutor, o bé perquè, havent incomplert aquest la seva obligació, el creditor li pot exigir que la compleixi o que torni el deute garantit.

#### **Devolució del sobrant**

Realitzar la garantia implica vendre obligatòriament el bé i tornar el sobrant al deutor. En cas d'incompliment per part del deutor, el creditor no es pot quedar el sobrant ni el mateix bé: el pacte en contra d'aquest principi (**pacte comissori**) està prohibit perquè comportaria un enriquiment injustificat per al creditor.

Com tot dret real, el de garantia recau sobre el bé (reipersecutorietat) i, per això, qui adquireixi el bé ho fa amb el gravamen de respondre segons les condicions estipulades. D'altra banda, el dret real és accessori del deute, amb la qual cosa si s'extingeix el deute, s'extingeix també el dret real de garantia.

Dins dels drets reals de garantia, les figures clàssiques són aquestes:

a) La **hipoteca**, que afecta en garantia un bé immoble i del qual el deutor conserva la possessió. Perquè aquest dret real sigui vàlid, cal que es formalitzi en escriptura pública i que s'inscriuï en el Registre de la Propietat (art. 145 de la LH).

b) La **penyora**, que afecta en garantia un bé moble i la possessió del qual passa al creditor. La penyora no és inscriptible; per això, i a fi d'impedir que el bé desaparegui, es traspasa la possessió al creditor.

### Llei d'hipoteca mobiliària i penyora sense desplaçament

La figura de la penyora era poc útil i costosa si el deutor necessitava per al seu treball els béns donats com a penyora. Per aquesta raó, entre d'altres, es va promulgar la Llei d'hipoteca mobiliària i penyora sense desplaçament, de 16 de desembre de 1954. Ambdues garanties, perquè siguin vàlides, s'han de constituir en escriptura pública i s'han d'inscriure en el Registre Especial d'Hipoteca Mobiliària i Penyora sense Desplaçament (integrat al Registre de la Propietat). La **hipoteca mobiliària** només s'estableix per a uns béns determinats (establiments mercantils, automòbils i uns altres vehicles de motor, aeronaus, maquinària industrial i la propietat intel·lectual i la industrial), i la **penyora sense desplaçament de la possessió**, per a uns altres (fruits pendents i collites esperades dins del mateix any agrícola en què se subscriu el contracte, fruits separats o productes de les explotacions, animals i les seves cries i productes, i màquines i eines d'aquestes explotacions).

### Drets reals de garantia al CCCat

El Llibre V, Títol VI, capítol IX, del CCCat regula els drets reals de garantia (arts. 569-1 i seg.), que es poden constituir per a assegurar el compliment d'una obligació principal:

- a) El dret de retenció: arts. 569-3 a 569-11
- b) La penyora: arts 569-12 a 569-22
- c) L'anticresi: arts. 569-23 a 569-26
- d) La hipoteca: arts. 569-27 a 569-42

### 3.5.3. Els drets reals limitats d'adquisició preferent

Els drets d'adquisició preferent creen limitacions que afecten la facultat de disposició del propietari. I això perquè restringeixen la llibertat d'elecció de la persona que pot adquirir la propietat del bé (tanteig i retracte) o perquè obliguen el propietari a vendre el bé a una persona determinada si aquesta ho vol així (opció).

El **tanteig** és un dret de preferència que faculta una persona per adquirir una cosa determinada en el supòsit que el seu propietari la vulgui alienar, pagant per aquesta el mateix preu que volia pagar un tercer.

#### Hipoteca mobiliària i penyora

Amb la creació de la hipoteca mobiliària i la penyora sense desplaçament de possessió, s'amplia el nombre de drets reals de garantia i es flexibilitzen les condicions de la seva constitució.

#### Dret de retenció

Quan el propietari d'un cotxe l'ha dut al taller a reparar i no paga l'import de la seva reparació, el titular del taller pot exercitar el dret de retenció respecte a l'automòbil mentre no li sigui pagat el deute pel propietari del vehicle.



El **retracte** és un dret de preferència que faculta una persona per adquirir una cosa quan el propietari l'hagi alienada, **subrogant-se** (es col·loca) en la posició del comprador.

En general, quan hi ha un dret de tanteig sobre un bé, el propietari que el vulgui alienar ho ha de comunicar al titular d'aquest dret perquè aquest pugui decidir si l'exercita o no. Si el propietari no fa aquesta comunicació, neix per al titular el dret de tanteig i el dret de retracte, de manera que es pot quedar el bé abonant el mateix preu que va pagar el comprador.

El tanteig o el retracte poden néixer per un **acord** entre les parts (tanteig o retracte convencional) o per **imposició de la llei** (tanteig o retracte legal).

Si hi ha diversos copropietaris d'un bé, el Codi civil atorga preferència als copropietaris si un d'ells vol transmetre la seva part a un estrany a la copropietat (art. 1522.1 del Cc). La Llei d'arrendaments rústics i la Llei d'arrendaments urbans concedeixen preferència a l'arrendatari si el propietari vol alienar el bé (art. 91 i seg. de la LAR i art. 25 de la LAU).

Finalment, l'**opció de compra** faculta el titular d'aquest dret per decidir comprar o no un determinat bé.

### 3.6. El Registre de la Propietat

El Registre de la Propietat és la institució jurídica que té la finalitat de registrar els diferents drets reals sobre béns immobles, de manera que els tercers puguin comprovar l'existència i la realitat d'aquests drets.

Amb el sistema d'inscripció, s'ofereix als tercers seguretat jurídica sobre qui és el propietari d'un immoble determinat, els gravàmens que pot tenir, etc.

El Registre segueix un sistema de folis reals. En cada foli, hi ha les dades sobre una finca. L'ingrés de la finca en el Registre, en què es descriu per primera vegada i es fan constar els drets reals sobre aquesta (en particular, qui n'és el propietari), es denomina *immatriculació*. Cada finca, des del moment que s'immatricula, té un número propi.

Una vegada obert el foli real, la resta d'anotacions que es fan constar respecte de la finca es denominen *assentaments registrals*. Els assentaments registrals poden ser de diversos tipus:

a) La **inscripció** és l'anotació per la qual es fan constar els actes i contractes dirigits a crear, transmetre, modificar, etc. un dret real sobre la finca. En general, la inscripció és facultativa; tanmateix, com hem vist, en el cas de la hipoteca, la inscripció és necessària perquè aquest dret real neixi (la inscripció és constitutiva).

#### El retracte

Vegeu els arts. 568-1 a 568-27 CCCat (regulat com un dret real, pròpiament) i els arts. 1.507 a 1.525 CC (retracte convencional i retracte legal).

#### Opció de compra

El dret d'opció de compra faculta l'optant perquè l'amo d'una cosa (optatari) la hi vengui en unes condicions determinades. Vegeu els arts. 568-8 a 568-12 CCCat i art. 14 RH.

#### El Registre de la Propietat

La regulació legal del Registre de la Propietat apareix en la Llei hipotecària de 8 de febrer de 1946 i en el Reglament hipotecari de 14 de febrer de 1947.

**b) L'assentament de presentació** fa constar que s'ha presentat un document públic en el Registre per tal de ser objecte d'inscripció. Com que la inscripció pot trigar un temps, amb aquest assentament es deixa constància del que es vol inscriure, i la data de la inscripció serà, a tots els efectes, la de l'assentament de presentació (art. 24 de la LH).

**c) L'anotació preventiva** deixa constància registral de determinades situacions jurídiques que poden afectar els drets inscrits. Per això, són assentaments transitoris, ja que adverteixen sobre determinats fets que tindran o no incidència en el Registre (demandes, embargaments, etc.).

**d) La nota marginal** consigna, en el marge del full, alguns fets, circumstàncies, advertiments i referències d'índole molt diferent, i la seva importància és accessòria.

**e) L'assentament de cancel·lació** contradiu o cancel·la un assentament anterior, sia una inscripció, una nota marginal o una anotació preventiva.

El Registre de la Propietat s'articula i funciona seguint el que denominem *principis registrals*. Entre aquests principis, es poden destacar els següents:

**a) El principi de publicitat formal** (el Registre és públic i pot ser consultat per qualsevol persona interessada).

**b) El principi d'oposabilitat** (el contingut del Registre és oposable davant tercers, encara que aquests no en coneguin el contingut).

**c) El principi de legalitat o qualificació registral** (el registrador ha de comprovar la legalitat formal i material del document que es vol inscriure).

**d) El principi de legitimació**, que és conseqüència de l'anterior (es presumeix, *iuris tantum*, que el contingut del Registre és vertader i legal).

**e) El principi de fe pública registral** (el tercer que adquireixi de bona fe i a títol oneros algun dret de persona que aparegui amb facultats per a transmetre'l en el Registre serà mantingut en la seva adquisició, una vegada que hagi inscrit el seu dret, encara que després s'anul·li o es resolgui el de l'atorgant per virtut de causes que no constin en el mateix Registre).

### 3.7. La propietat intel·lectual i els drets d'autor

Si bé la creació intel·lectual és consubstancial a tota persona, la protecció de la propietat intel·lectual –com a règim jurídic que atorga una propietat sobre el resultat d'aquesta creació– apareix de la mà del mercat. La propietat intel·lectual i els mercats sempre han evolucionat (i continuen evolucionant) plegats.

#### Els privilegis d'impressió

La necessitat de reconèixer drets exclusius sobre una "propietat intel·lectual" es va fer palesa arran d'un desenvolupament tecnològic cabdal a mitjans del segle XV: la impremta de Gutenberg. La impremta va obrir un nou mercat per a les creacions literàries, en fer possible distingir entre la creació intel·lectual i els exemplars "tangibles" que permeten comercialitzar-la a escala massiva. El "privilegi" d'impressió (facultat en exclusiva de publicar l'obra) regulava el mercat, evitava l'enriquiment injust (per part d'altres impressors "pirates"), i va ser aprofitat pels estats per a aplicar mesures de censura i de taxació, per mitjà de l'anomenada "licència" d'impressió (*imprimatur*). El règim dels privilegis d'impressió tenia poc a veure amb el règim de propietat intel·lectual que coneixem avui, però el podem considerar com a precursor del règim actual.

No va ser fins al segle XVIII, en el context de la Il·lustració, que van aparèixer les primeres lleis modernes de PI entorn a l'autor (creador intel·lectual) i atorgant un dret exclusiu (una propietat) sobre el resultat d'aquesta activitat creativa (obra). L'objectiu ja no és només regular el mercat, sinó també, i molt especialment, estimular la creació intel·lectual i el progrés de les arts, en benefici últim de la comunitat.

El règim de la propietat intel·lectual és un incentiu per a estimular la creació i, per descomptat, la inversió en la creació. D'aquesta manera, s'afavoreix el desenvolupament cultural d'una comunitat, en benefici de tots.

Tot i que les lleis que la protegeixen són (continuen essent) **lleis nacionals** aplicables només dins de les fronteres de cada estat, la propietat intel·lectual –justament per aquesta "intangibilitat"– té un vessant clarament **internacional**, en la mesura que l'obra pot ser fàcilment explotada més enllà de les fronteres de l'estat que l'ha vist néixer. Mitjançant tractats internacionals, els estats membres es comprometen mútuament a protegir l'autor estranger com si fos nacional i a assegurar-li un mínim de drets. Els més importants són el Conveni de Berna de 1886 (autors), el Conveni de Roma de 1961 (artistes i productors de fonogrames) i els Tractats d'Internet de 1996 que s'actualitzen al món digital.

#### Els mercats de la PI

La PI té un pes important en els mercats internacionals: llibres, música, continguts audiovisuals, art, etc. Formen una part important dels mercats actuals. Prova d'això és que els estats membres de l'Organització Mundial del Comerç (OMC) estan obligats –per mitjà de l'Acord sobre els Aspectes de Drets de Propietat intel·lectual Relacionats amb el Comerç de 1995 (ADPIC)– a protegir els mínims dels Convenis de Berna i Roma, encara que no els hagin signat.

Tot i això, les lleis de protecció de la propietat intel·lectual continuen essent lleis nacionals, que s'apliquen en l'àmbit territorial de cada estat. Per tal d'assegurar que l'exercici dels drets nacionals de PI no obstaculitzi el bon funcionament del "mercat interior" a la **Unió Europea**, s'ha acordat que no es pot discriminar els autors europeus per raó de la seva nacionalitat i que, un cop han estat lícitament distribuïts en un estat membre, els exemplars han de

#### Nota

Aquest apartat ha estat redactat per Raquel Xalabarder.

#### La llibertat de creació...

...és un dret fonamental, reconegut constitucionalment.

#### OMPI

<http://www.ompi.org>

#### OMC

<http://www.wct.org>

poder circular (ser revenuts) lliurement per tota la UE (esgotament comunitari del dret de distribució per la primera venda de l'exemplar). També s'han adoptat diferents Directives comunitàries (que els estats membres han de "transposar" a la llei nacional) per a harmonitzar les lleis nacionals en temes puntuals, com ara els programes d'ordinador, les bases de dades, el termini de protecció, els drets de lloguer i préstec, les emissions per satèl·lit i la retransmissió per cable, el dret de participació per la revenda d'obres d'art o, en general, els drets d'autor a la societat de la informació.

En aquest marc, altament influït pels acords internacionals i les Directives de la UE, el **Text Refós de la Llei de Propietat intel·lectual (TRLPI)**, aprovat pel Reial Decret Legislatiu 1/1996, és la norma actualment vigent a Espanya (i ha estat modificat en diverses ocasions).

### **Propietat intel·lectual i dret d'autor**

Normalment, quan es parla de *propietat intel·lectual*, s'inclouen no només els drets d'autor (que els anglosaxons anomenen *copyright*), sinó també els drets de propietat industrial (patents, marques i signes distintius, dissenys industrials). A Espanya, en canvi, utilitzem el nom de "propietat intel·lectual" per a referir-nos directament als drets d'autor i als drets connexos. Possiblement, aquesta nomenclatura s'arrossega des de la primera llei que hi va haver a Espanya per a protegir el dret d'autor i que duia per títol "Llei de propietat intel·lectual" (Llei de 1879).

D'altra banda, parlar de *dret d'autor* (*copyright*, en anglès) és una simplificació, ja que en aquesta denominació s'inclouen no solament obres (literàries, artístiques i científiques), sinó també les prestacions d'actors, cantants o productors sobre qui no es reconeixen els drets d'autor, sinó drets afins (també anomenats *veïns* o *connexos*) als drets d'autor.

El règim de la propietat intel·lectual és un **règim jurídic fonamental en la societat actual**, amb efectes tant econòmics com culturals, ja que fomenta la creació i la inversió en la creació de productes que serveixen per al desenvolupament cultural.

La propietat intel·lectual atorga a l'autor un conjunt de **drets** sobre la seva **obra**, durant un **temps**, i subjecte a **altres límits legals**.

#### **a) Autor i obra**

Els conceptes d'*autor* i d'*obra* són, per tant, els pilars fonamentals i indisso-ciables del règim de la PI: no hi ha obra sense autor, ni autor sense obra.

*Obra* és tota **creació original**.

Segons l'art. 10.1 TRLPI:

"Són objecte de propietat intel·lectual totes les creacions originals literàries, artístiques o científiques expressades per qualsevol mitjà o suport, tangible o intangible, actualment conegut o que s'inventi en el futur, entre les quals es comprenen: [...]".

L'*originalitat* és un concepte jurídic indeterminat, que només es pot apreciar en cada cas concret i en virtut de les circumstàncies de la creació.

**Autor és la persona natural que crea una obra.** Quan l'obra és el resultat de la **col·laboració** de diferents autors, tots ells són coautors (i copropietaris) de l'obra. La llei preveu situacions excepcionals on una persona jurídica pot ser titular *ab origine* dels drets d'autor (**obra col·lectiva** i programa d'ordinador).

Encara que de vegades és molt difícil distingir-les (i fins i tot sovint tenen molt valor), **el dret d'autor no protegeix les idees ni la informació**; només protegeix l'expressió de la creació original.

## b) Drets personals i patrimonials

Els drets que la llei confereix a l'autor (i als titulars de drets connexos) són de naturalesa diversa:

- **Drets morals** (divulgació, atribució, integritat, accés i retirada) intransmissibles i irrenunciables destinats a protegir els interessos personalíssims de l'autor respecte a la seva obra.
- **Drets d'explotació** (reproducció, distribució, comunicació pública i transformació) que ofereixen a l'autor la possibilitat d'obtenir un rendiment econòmic del seu esforç creatiu i de controlar "en exclusiva" l'explotació de la seva obra (la facultat absoluta d'autoritzar i prohibir els actes d'explotació).
- **Altres drets anomenats "de simple remuneració"** que, si bé no permeten a l'autor exercir cap tipus d'"exclusivitat" sobre la seva obra, sí que li permeten obtenir un rendiment econòmic (aquests drets són normalment intransmissibles i irrenunciables i de gestió col·lectiva obligatòria).

## c) Drets connexes: altres titulars i prestacions protegides

A més del "dret d'autor", la llei de PI confereix també una protecció molt semblant (encara que menor) a altres persones, naturals o jurídiques, que d'alguna manera contribueixen a la creació o a l'explotació d'aquestes obres: és el cas dels artistes (intèrprets i executants), el productor de fonogrames, el productor audiovisual, les entitats de radiodifusió, el fabricant de bases de dades, el realitzador de meres fotografies i a algunes produccions editorials. En aquests casos, parlem de **drets connexes**. Aquests titulars, la llei només els confereix (alguns) drets d'explotació (reproducció, distribució i comunicació pública), excepte en el cas dels artistes (intèrprets i executants) que també tenen reconeguts els drets morals d'atribució i integritat.

## d) Termini de protecció

La protecció d'aquests drets no és eterna, sinó que es protegeix únicament durant **un termini: de 70 anys *post mortem auctoris***, encara que a Espanya és **d'aplicació transitòria el termini de 80 anys després de la mort de l'autor** previst en la Llei de 1879 per a aquelles obres d'autors morts abans del 7 de desembre de 1987 (entrada en vigor de la LPI de 1987). Els **terminis de protecció dels drets connexos són més curts i no es calculen sobre la base de la vida de l'autor**: 70 anys des de la interpretació/execució o enregistrament per als fonogrames (artistes i productors); 50 anys des de l'enregistrament per als productors audiovisuals i les entitats de radiodifusió; 25 anys des de la realització de la mera fotografia; 15 anys des de la fabricació de la base de dades, etc. Una vegada esgotats aquests terminis (segons correspongui) l'obra/prestació entra en el "**domini públic**" i podrà ser explotada (i utilitzada) per qualsevol.

#### El domini públic...

... el componen les obres i prestacions el termini de protecció de les quals ja s'ha esgotat.

#### e) Límits o excepcions

Mentre l'obra està protegida, la llei recull un **llistat d'excepcions o límits**, és a dir uns supòsits en els quals la llei directament autoritza certs actes d'explotació (negant a l'autor la possibilitat d'exercir els seus drets exclusius) i, en alguns casos, li confereix simplement un dret a ser remunerat (per exemple la remuneració per còpia privada o per préstec públic). Els límits normalment responen a la necessitat d'atendre a altres **drets fonamentals o interessos públics** que es consideren tan o més importants que el dret d'autor (pensi's, per exemple, en la llibertat d'expressió, la llibertat de creació artística, la llibertat de donar i rebre informació, el dret a l'educació i a la recerca, etc). En poques paraules, els límits al dret d'autor són la manifestació de **la funció social** que, com tota propietat, té la propietat intel·lectual. Entre aquests límits trobem l'anomenat "*dret de cita*", la paròdia, els límits d'il·lustració de l'ensenyament i per a finalitats de recerca, el límit a favor de certs usos d'obres òrfenes, el préstec públic, i diversos límits dirigits a facilitar la difusió de la informació d'actualitat, etc.

Per a poder-se emparar en un límit legal, l'acte d'explotació ha de quedar circumscrit en les circumstàncies concretes que es dibuixen per a cada límit (i sempre en harmonia amb el criteri interpretatiu de la "regla dels tres passos" de l'art.40 bis TRLPI); si no es compleixen aquestes circumstàncies, l'acte d'explotació no autoritzat es converteix en una infracció. A internet (i en contextos de xarxes digitals) l'àmplia definició (i interpretació) dels drets exclusius suposa una major pressió sobre la interpretació de l'abast d'aquests límits legals, amb freqüència mal equipats per a adaptar-se als canvis tecnològics constants i a la ràpida evolució dels mercats.

#### f) Llicències i regles contractuals

A més d'aquests aspectes fonamentals del règim de la PI, la llei recull algunes **regles destinades a limitar o interpretar els contractes** (cessió de drets i llicències) que l'autor o titular pugui conferir a tercers i que estan bàsicament destinats a protegir l'autor (normalment, la part contractual més feble) enfront

dels possibles cessionaris o llicenciataris. És important tenir present que **no més poden ser objecte de cessió o llicència els drets d'explotació** (els morals i els de simple remuneració són, normalment, intransmissibles). Entre aquestes regles, podem destacar que la cessió de drets sobre el conjunt de l'obra futura o sobre modalitats d'explotació desconegudes al moment d'efectuar la cessió és considerada nul·la de ple dret; o que, en cas de dubte o silenci contractual, caldrà fer una interpretació restrictiva (*pro auctoris*) de les clàusules contractuals.

També és important tenir present que la llei estableix règims contractuals específics per a alguns contractes: d'edició, d'execució musical i de producció audiovisual.

### g) Les llicències *Creative Commons*

Un format de llicències de PI que ha obtingut una gran acceptació, especialment a internet, són les **llicències *Creative Commons***, amb les quals l'autor (o titular) autoritza el "públic" en general a fer actes d'explotació de la seva obra, subjecte a unes condicions que l'autor escull (i que són les, finalitats comercials i/o la transformació).

Amb la llicència CC, l'autor autoritza l'ús de la seva obra però l'obra continua estant protegida (no entra en el domini públic); si no ho estigués, no seria necessària cap llicència. El sistema és molt senzill: l'autor que crea una obra i en vol autoritzar l'ús i l'explotació al públic en general tria alguna de les llicències CC, la identifica amb el símbol CC i indica la llicència elegida. Les llicències CC s'atorguen a favor del públic en general, i permeten als usuaris identificar fàcilment les condicions que l'autor ha establert per a l'explotació de la seva obra. Quan un usuari decideix utilitzar una obra amb una llicència CC es converteix en llicenciatarí i es compromet a acceptar i respectar les condicions de la llicència establerta per l'autor. Totes les llicències CC permeten als usuaris, reproduir, distribuir i comunicar al públic l'obra o prestació protegida, per a fins no comercials, per a tot el món, per a tots els formats d'explotació i de forma gratuïta. L'autor podrà escollir si vol autoritzar també els usos comercials i/o si permet que es modifiqui i transformi la seva obra o prestació. Només quan l'autor autoritza la transformació de la seva obra pot decidir si imposar la clàusula del *copyleft* (obligació contractual de sotmetre l'obra derivada a la mateixa llicència).

### h) Les entitats de gestió col·lectiva

Sovint, els autors i els titulars encarreguen la gestió dels seus drets a entitats de gestió col·lectiva per tal de llicenciar tots aquells actes d'explotació (teatres, cinemes, TV, discoteques, sales de festa, transports, escoles, etc.) que l'autor,

#### El Commons...

...no equival al domini públic. El *Commons* el componen el conjunt d'obres i prestacions llicenciades amb una llicència CC.

#### Lectura recomanada

R. Xalabarder (2006). "Les llicències Creative Commons: una alternativa al copyright?" [article en línia]. UOC Papers (núm. 2). UOC. <<http://www.uoc.edu/uocpapers/2/dt/cat/xalabarder.pdf>>

individualment, no podria llicenciar. Les entitats de gestió (societats de gestió col·lectiva de drets de propietat intel·lectual) són associacions formades pels mateixos autors o titulars de drets: artistes, productors, editors, etc.

Aquestes entitats actuen en cada territori en virtut dels “acords de cooperació recíproca” que tenen subscrits amb les entitats d'altres països i que els permeten la gestió recíproca dels diferents catàlegs al territori nacional de cada entitat de gestió. Normalment, estan més o menys especialitzades segons el tipus d'obres (musicals, coreogràfiques, plàstiques) i de titulars (autors, artistes, productors).

Les entitats actualment existents a Espanya es podrien ordenar (de manera molt simplificada) en tres grups:

### 1) Societats d'autors

- SGAE (Societat General d'Autors i Editors): [www.sgae.es](http://www.sgae.es)
- DAMA (Associació Drets d'Autor de Mitjans Audiovisuals): [www.damautor.es](http://www.damautor.es)
- VEGAP (Visual, Entitat de Gestió d'Artistes Plàstics): [www.vegap.es](http://www.vegap.es)
- CEDRO (Centre Espanyol de Drets Reprogràfics): [www.cedro.org](http://www.cedro.org)

### 2) Societats d'artistes

- AIE (Societat d'Artistes Intèrprets o Executants d'Espanya): [www.aie.es](http://www.aie.es)
- AISGE (Associació d'Actors Intèrprets, Societat de Gestió d'Espanya): [www.aisge.es](http://www.aisge.es)

### 3) Societats de productors

- AGEDI (Associació de Gestió de Drets intel·lectuals): [www.agedi.es](http://www.agedi.es)
- EGEDA (Entitat de Gestió de Drets de Productors Audiovisuals): [www.egeda.es](http://www.egeda.es)



## 4. El negoci jurídic

### 4.1. Concepte

En l'àmbit jurídic, la doctrina sol distingir tres conceptes cada uns dels quals, d'alguna manera, significa una superació de l'anterior: es tracta dels conceptes de **fet jurídic**, **acte jurídic** i **negoci jurídic**.

El **fet jurídic** és un fet natural que es produeix en el curs de la naturalesa i al qual el dret atribueix determinades conseqüències. Es caracteritza perquè és un fet involuntari, en el sentit que no depèn d'un acte de la voluntat humana (p. ex., la mort d'una persona).

L'**acte jurídic**, precisament perquè es tracta d'un acte, implica un comportament voluntari de la persona que el fa i el dret li atribueix una sèrie de conseqüències independentment de si han estat volgudes o no per aquesta persona (p. ex., el suïcidi).

El **negoci jurídic** és un comportament d'una persona que, a més de voluntari, incideix en el món jurídic i es regeix per les regles jurídiques que aquesta persona determina, i té eficàcia vinculant per a les parts que intervenen reconeguda pel dret (p. ex., realització d'un contracte d'assegurança de vida).

El negoci jurídic constitueix un conjunt de normes aplicables a aquells actes jurídics que comporten una autoregulació. I per això, el dret privat és l'àmbit jurídic en què escau estudiar-lo i, en aquesta instància, trobem una gamma variada de negocis jurídics: capitulacions matrimonials, testaments, constitució de societats, compravendes, arrendaments, etc.

L'existència del negoci jurídic és possible perquè, en el nostre ordenament, el **principi d'autonomia de la voluntat** hi té un paper primordial. Segons aquest principi, les parts d'una relació jurídica poden establir "los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público" (art. 1255 del Cc).

És a dir, la llibertat que el dret atorga a la persona perquè compleixi els seus fins i que li permet crear voluntàriament una regla jurídica i sotmetre-s'hi voluntàriament té els seus límits en les lleis, la moral i l'ordre públic. Aquests tres paràmetres delimiten el món de la llibertat del món del caos, de les coses

#### L'autonomia de la voluntat

L'ordenament jurídic reconeix als particulars la possibilitat de regularitzar les seves relacions (de fer contractes). Això és el que agilita la vida moderna. Penseu que cada dia i a totes hores contractem: sortim de casa i agafem un autobús, fem un contracte de transport; comprem una ensimada o un diari i fem un contracte de compravenda; anem a la universitat i fem un contracte d'arrendament de serveis...

En tots aquests exemples hi ha un contracte, perquè hi ha una oferta, una demanda i un consentiment, ja que acceptem contractar el servei o adquirir la cosa i l'altra part accepta portar-nos al lloc on volem (un cop li mostrem el document contractual, que és el tiquet), vendre'ns la pasta o el diari...

#### L'ordre públic

S'entén per *ordre públic* el conjunt de lleis imperatives, ja que les dispositives admeten, per definició, pactes en contra.

il·lògiques i de la injustícia i, en aquest sentit, no es pot dir que amputin la llibertat de l'individu, sinó que estableixen el marc en què aquesta es desenvolupa de manera autèntica i plena.

## 4.2. Classes de negoci jurídic

La doctrina fa diferents tipus de classificacions del negoci jurídic i se'n deriva un règim jurídic especial aplicable a cada tipus de negoci.

Es parla de negocis **unilaterals**, **bilaterals** i **plurilaterals**. En els unilaterals, el negoci neix per la declaració de voluntat d'una sola persona que és qui estableix les regles d'una determinada relació jurídica (p. ex., el testament). En els bilaterals, el negoci neix per la concurrència de la voluntat de dues parts (p. ex., el contracte de compravenda) i, en els plurilaterals, de més de dues (p. ex., el contracte de societat).

### Definició de *part*

*Part*, en una relació jurídica en dret, fa referència a una determinada posició jurídica (p. ex., comprador o venedor) que pot ser composta per diverses persones físiques o jurídiques (p. ex., un grup d'amics que compren una casa a la muntanya seria la part compradora en aquesta compravenda, encara que aquesta part estigui integrada per diversos subjectes unipersonals).

També es distingeix entre negocis **onerosos** i **gratuïts**. Els negocis onerosos són aquells en què una part rep de l'altra una cosa que té un valor igual o molt semblant al que aquesta ha de lliurar. És a dir, hi ha una correspondència en el valor de les prestacions que han de fer recíprocament les parts –prestació i contraprestació– (p. ex., la compravenda). Els negocis gratuïts són aquells en què no hi ha aquesta correspondència i, consegüentment, una part no rep res o rep una cosa de valor molt inferior a canvi de la seva prestació (p. ex., la donació o el testament). En aquest sentit, quan diem en dret que una transmissió o una adquisició es fa a títol oneros, expressem que aquesta adquisició o transmissió significa una contraprestació d'igual valor; en canvi, si diem que l'adquisició o la transmissió es fa a títol gratuït, expressem la falta de contraprestació.

### Gratuït en contra d'onerós

El Codi civil utilitza indistintament les expressions *a títol gratuït*, *a títol lucratiu* i *a títol de liberalitat* per a referir-se als actes que no es fan a títol oneros.

Es distingeixen també els negocis ***inter vivos*** i els ***mortis causa***. Els primers no depenen de la mort d'una persona per a ser eficaços; en canvi, els segons sí (p. ex., el testament).

Una altra classificació és la que distingeix negocis **commutatus** i **aleatoris**. En els negocis commutatus, es fixen per endavant les prestacions recíproques de manera equivalent. En els aleatoris, en canvi, l'efectivitat de la prestació d'una de les parts o el valor d'aquesta prestació depenen de l'atzar (en determinades assegurances –per ex., de danys– el pagament per part de l'assegurador i la quantia de la indemnització depenen del fet que ocorri el fet assegurat i de l'abast d'aquest).

També és una classificació important la que distingeix entre negocis **de disposició** i **d'administració**. Els primers produeixen un canvi en la titularitat del bé (p. ex., la compravenda o la hipoteca). El bé passa a pertànyer a una altra persona o a estar gravat amb drets a favor d'una persona diferent. Els negocis d'administració s'utilitzen per a conservar els béns i obtenir-ne l'aprofitament natural sense que es produeixi, per tant, un canvi de titularitat (p. ex., la poda d'arbres i la recollida de fruits).

### 4.3. Pressupòsits del negoci jurídic

Perquè un negoci jurídic existeixi, el Codi civil exigeix que hi hagi tres requisits: el **consentiment** dels contractants, un **objecte** cert que sigui matèria del contracte i una **causa** de l'obligació que s'estableix (art. 1261 del Cc).

#### 4.3.1. Consentiment de les parts

El consentiment és un pressupòsit lògic del negoci jurídic, ja que es basa en un acte de voluntat de les persones que hi intervenen. Sense aquesta voluntat lliure, no es pot considerar que hi hagi un negoci jurídic, atès que no hi ha una decisió efectiva. El Codi civil recull quatre **vicis de la voluntat** o **vicis del consentiment**: si concorre algun d'aquests vicis, el negoci es pot anul·lar, de manera que la persona que el va patir pot impugnar el negoci jurídic perquè deixi de produir efectes atès que no el volia realment.

#### Vici del consentiment

Quan la voluntat està viciada i, per tant, no s'atorga el consentiment lliurement, es parla de *vici de la voluntat* en el negoci jurídic.

1) L'**error** és una falta d'adequació entre la realitat i el coneixement que en té el subjecte, una falsa representació de la realitat. Perquè sigui considerat com a vici del consentiment, l'error ha de ser essencial (ha de recaure sobre algun aspecte fonamental del negoci) i ha de ser imputable al subjecte (ha d'haver fet tot el possible per conèixer la realitat).

2) La **violència** implica que s'ha obtingut el consentiment mitjançant una força irresistible (art. 1267.1 del Cc). Té, per tant, un àmbit d'aplicació molt reduït (p. ex., que algú agafi la mà d'un contractant per tal d'obligar-lo a signar). La **intimidació**, molt més comuna que la violència, significa que s'ha inspirat a un dels contractants "el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes" (art. 1267.2 del Cc.).

3) El **frau** o **engany** consisteix a induir la realització d'un contracte amb paraules o maquinacions insidioses, amb intenció d'enganyar (art. 1269 del Cc). El frau ha de ser greu, és a dir, ha de provocar engany i ha de ser el motiu que ha portat l'altra part a contractar, i no ha de ser utilitzat per les dues parts contractants (art. 1270 del Cc).

### 4.3.2. Objecte cert

L'objecte del negoci jurídic és aquella cosa sobre la qual les parts presten el seu consentiment. Poden ser objecte de negoci jurídic totes les **coses** disponibles, és a dir, que no siguin fora del comerç dels homes, incloses les futures, i tots els **serveis** que no siguin contraris a les lleis o als bons costums (art. 1271 del Cc).

L'objecte del negoci jurídic ha de ser lícit, possible i determinat –o determinable.

La licitud de l'objecte exclou del negoci jurídic les coses sotretes al tràfic (p. ex., béns de domini públic: platges, rius, etc.), les coses comunes a tots (p. ex., l'aire), els béns o els drets que no tenen un contingut patrimonial (p. ex., el dret a l'honor) i els serveis il·lícits (p. ex., apallissar algú) o immorals. La impossibilitat pot ser tant material com legal. La determinabilitat de l'objecte implica que, encara que en el moment de subscriure el negoci no existeixi de manera específica, es fixin les regles que permetin concretar-lo.

#### Determinació de l'objecte

Per exemple, la compra de part d'una collita que encara no existeix però en què es fixen les característiques relatives a la qualitat dels fruits.

### 4.3.3. Causa

La causa és la justificació, la finalitat última que persegueix el negoci jurídic. La causa ha d'existir i ha de ser lícita –no es pot oposar a les lleis ni a la moral– (art. 1275 del Cc). A l'hora de determinar la licitud de la causa, s'avalua l'operació en conjunt, les circumstàncies o context del negoci, a diferència del que ocorre quan es vol determinar la licitud de l'objecte, situació en què s'avaluen les coses o serveis per si mateixos.

#### Licitud de la causa

Un laboratori farmacèutic pot estar autoritzat per a fabricar i vendre una determinada droga. Si la venda d'aquesta droga la fa un narcotraficant, aquest negoci serà nul perquè la causa és il·lícita, i això malgrat que l'objecte –la droga i el preu– sigui lícit considerat per si mateix.

En aquest context, es parla de *negoci simulat* per tal de referir-se a aquell en què les parts que intervenen manifesten conscientment una cosa diferent de la que persegueixen realment. La simulació pot ser de dos tipus:

- **Simulació absoluta**, quan les parts no volen fer cap negoci; en aquest cas, el negoci jurídic és inexistent per falta de consentiment.
- **Simulació relativa**, quan les parts no volen el negoci jurídic que manifesten, sinó un altre de diferent.

### Exemple de simulació relativa

Un supòsit típic de simulació relativa és fingir que es fa una compravenda quan en realitat es vol fer una donació. La finalitat és eludir l'impost de donacions, que és més costós que l'aplicable a la compravenda. En aquest cas, el negoci no és una compravenda, però sí que valdrà com a donació si es compleixen els requisits d'aquesta. Es tracta d'evitar el frau de llei aplicant a les parts les regles del negoci que volien eludir.

Les parts intenten defraudar l'ordenament, ja que pretenen evitar que s'apliquin les regles del negoci jurídic que realment volen fer, perquè són més costoses que les del negoci que simulen. En la simulació relativa, el negoci aparent no valdrà, perquè no és el que volien les parts, però sí que pot valer el negoci que volien ocultar si es compleixen els requisits d'aquest.

Diferent del negoci simulat és el **negoci indirecte**, en què les parts, mitjançant la realització d'un negoci jurídic, provoquen un resultat propi d'un altre tipus de negoci. Aquí no intenten defraudar el dret, ja que no hi ha una finalitat il·lícita; i per això, s'apliquen –en la mesura del possible– les regles del negoci manifestat.

### Exemple de negoci indirecte

A, que deu 6.000 euros a B, lliura a aquest el seu cotxe –valorat en aquesta quantitat–, de manera que s'entén que ha pagat el deute. A i B pacten que si al cap de quatre mesos A paga en metàl·lic la quantitat de 6.000 euros, incrementada amb l'interès corresponent a B, A recuperarà el seu cotxe. Externament és una compravenda, però internament és una manera de garantir al creditor –que té el cotxe– el pagament d'un deute; en això no hi ha cap intenció fraudulenta.

## 4.4. La forma del negoci jurídic

La forma constitueix el mitjà amb què les parts exterioritzen la seva voluntat de negoci. Tota declaració de voluntat té una forma. La forma més simple és l'oral o verbal.

En el dret espanyol, es consagra el principi de **llibertat de forma** com a principi inspirador del sistema de negocis. Així, es considera que el negoci jurídic és obligatori, sigui quina sigui la forma en què s'hagi subscrit, sempre que hi hagi els requisits essencials perquè sigui vàlid, és a dir, **consentiment, objecte i causa** (art. 1278 del Cc).

Es diu que un negoci jurídic és formal quan es necessita una forma diferent de l'oral perquè neixi o perquè es provi que existeix.

### L'escriptura pública

L'escriptura pública és un document atorgat (elaborat) per un notari. El notari és un funcionari que dóna fe del que manifesta, per això aquestes declaracions són considerades com a vàlides en dret (encara que es pot provar posteriorment que no ho siguin). Les escriptures públiques donen fe del fet que motiva el seu atorgament i de la data d'aquest (art. 1218.1 del Cc). Dels notaris i d'uns altres funcionaris, els registradors, es diu que són *fedataris públics*, ja que testifiquen la veracitat d'una determinada afirmació: en donen fe.

### Negoci jurídic formal

En el negoci jurídic formal s'exigeix, per exemple, simple constància per escrit, constància en escriptura pública, inscripció en determinats registres del document que conté aquesta voluntat, etc.

En algun cas excepcional, la llei exigeix que, perquè el negoci jurídic sigui vàlid, aquest s'ha de subscriure complint una forma determinada i, si no es compleix, el negoci no arriba a néixer (p. ex., la hipoteca requereix l'escriptura pública i la inscripció en el Registre de la Propietat). En aquests supòsits, es diu que la forma és **constitutiva** o també *ad solemnitatem*.

Fora d'aquests supòsits de caràcter excepcional, en els altres casos, la forma compleix una **funció probatòria**, ja que és més fàcil provar l'existència i fixar el contingut d'un negoci jurídic que consti per escrit que no pas del negoci que s'ha fet oralment. En aquests casos, es diu que la forma és *ad probationem*.

El Codi civil permet a les parts del negoci que, en determinats supòsits, es puguin obligar recíprocament a fer constar el negoci jurídic en escriptura pública (art. 1279 i 1280 del Cc).

#### 4.5. La representació en el negoci jurídic

En general, la persona interessada en un negoci jurídic determinat actua per ella mateixa, de manera que recauen sobre ella les conseqüències d'aquesta actuació. No obstant això, de vegades i per diferents causes (lloc, temps, coneixements específics, etc.) és obligat o convenient que una tercera persona intervingui en lloc de la interessada.

La **representació** és una figura segons la qual una persona (representant) actua de manera que les actuacions tenen transcendència en dret i les conseqüències recauen sobre una tercera persona (representat). El representant substitueix la voluntat del representat, obra com si el mateix representat fos qui negociés.

Quan hi ha representació, apareixen **tres subjectes**: el representant, el representat i el tercer.

La representació significa una **actuació per compte d'altri** (les conseqüències de l'actuació del representant recauen en un tercer, el representat). El representant obra en virtut d'una ordre o **mandat** donats pel representat. Aquesta ordre és un negoci jurídic dirigit a regular la relació entre representant i representat (**relació interna**) i es refereix a les instruccions del representat i al preu, si escau, de l'actuació del representant.

L'actuació del representant amb els tercers es pot dur a terme **en nom propi** o **en nom d'altri**. Quan el representant actua **en nom propi**, ell mateix queda obligat amb els tercers.

##### Representant que actua en nom propi

En Pere encarrega a en Joan que compri la rentadora que la veïna d'en Joan, la Maria, ofereix a bon preu –mandat–, i en Joan subscriu el contracte de compravenda amb la

##### El tercer

És la persona amb qui negocia el representant de manera que les conseqüències jurídiques d'aquesta negociació recaiguin sobre el representat.

seva veïna. En el contracte de compravenda, apareix com a venedora la veïna i com a comprador en Joan. Per tant, els drets i les obligacions que genera la compravenda per a cada part corresponen a en Joan i a la Maria. Això és, la Maria només pot reclamar el preu a en Joan i en Pere no pot fer reclamacions a la Maria sobre l'estat de la rentadora, les haurà de fer el mateix Joan. En la hipòtesi que en Joan no lliurés la rentadora a en Pere, aquest la hi podria reclamar per virtut del mandat, que al seu torn, genera drets i obligacions propis d'aquest negoci entre en Joan i en Pere.

Ara bé, si el representat atorga **poder de representació** al representant, aquest podrà actuar en nom del representat. El poder normalment es formalitza en escriptura pública i fa referència a la **relació externa**, la del **poderdant** (representat) amb els tercers en el negoci jurídic realitzat pel representant **apoderat**.

### Representant que actua en nom del representat

En el cas anterior, si en Pere apodera en Joan, en el contracte de compravenda apareixerà la veïna com a venedora i en Pere com a comprador –ja que en Joan va actuar en nom d'en Pere, **en nom d'altri**, i per tant, els drets i les obligacions que genera la compravenda corresponen a la Maria i a en Pere.

La representació pot ser **voluntària** (convencional) i **legal** (art. 1259.1 del Cc). Es parla de *representació legal* quan la llei estableix obligatòriament la representació per a un supòsit determinat, i ho fa delimitant, a més a més, l'àmbit d'actuació del representant. La *representació voluntària*, al contrari, neix de la voluntat o la decisió de l'interessat, que és qui delimita l'àmbit d'actuació del representant.

#### Exemples

Alguns exemples de representació legal són la representació de les persones incapaces o dels menors d'edat pels seus pares o tutors, i la de les persones jurídiques pels seus òrgans.

## 4.6. L'aparença en el negoci jurídic. La presumpció i la ficció jurídiques

L'aparença té un paper molt important en dret perquè és un indicatiu del fet que una cosa pot ser real i això comporta, de vegades, que es doni rellevància jurídica a la mera aparença a favor d'alguns interessos en joc. De fet, seria impossible que el tràfic de béns i serveis es desenvolupés fluidament si no es reconegués una presumpció de certesa a determinades situacions d'aparença. La protecció de l'aparença es manifesta en les diverses **presumpcions** que s'estableixen en dret.

La simple possessió d'una cosa indica que, en principi, qui la posseeix n'és el propietari, i el dret protegeix aquesta aparença de manera que qui vulgui discutir la propietat ho ha de fer per la via judicial i no per la força. Igualment, si algú ven béns, aparentment n'és el propietari. Si haguéssim d'exigir en cada cas la prova de la correspondència entre aparença i realitat, gravariem l'acte amb un afegit de dificultats.

Una presumpció és un judici racional en virtut del qual es dona per vàlida alguna cosa que, encara que no se sap si ha passat o no, sembla que realment ha ocorregut segons les dades de què disposem. Per tant, en la presumpció, hi ha racionalitat, es dona per feta una cosa racionalment possible.

Les presumpcions poden ser de dos tipus:

- a) Les *iuris tantum*, que admeten prova en contra.
- b) Les *iuris et de iure*, que no admeten prova en contra per a desvirtuar-les.

En canvi, quan es desconeix si un fet ha ocorregut o no i no hi ha indicis racionals que en puguin donar certesa, es fingeix que el fet es va produir o, si escau, que no es va produir. La falta d'un judici racional de probabilitat condueix a la **ficció**.

#### Exemple de ficció jurídica

Per al supòsit que dues persones cridades a succeir-se recíprocament morin i no es pugui determinar quina ho va fer primer, l'art. 33 Cc estableix que es presumeixen morts a l'hora. Es tracta d'una ficció que estableix l'ordenament jurídic per a donar una solució a un problema, atès que les conseqüències jurídiques serien diferents en un cas i en l'altre.

### 4.7. Ineficàcia i invalidesa del negoci jurídic

La ineficàcia o invalidesa del negoci jurídic significa que aquest no té cap efecte o que no produeix tots els efectes que corresponen al seu contingut.

La ineficàcia es pot deure a **causes originàries**, això és, que ja existien en el moment de realitzar el negoci, o a **causes sobrevingudes**, això és, quan mancant de vicis inicials el negoci, determinats fets esdevinguts posteriorment provoquen que aquest negoci es pugui impugnar.

Dins la **ineficàcia originària** del negoci jurídic, la doctrina inclou els supòsits següents:

1) La **inexistència** implica que al negoci, li falta algun dels seus requisits essencials: consentiment, objecte o causa. En aquest cas, no es pot dir que el negoci hagi nascut ni tampoc que hagi estat viciat.

2) La **nul·litat** es produeix per tres causes possibles:

- perquè el negoci és contrari a la llei, a la moral o a l'ordre públic;
- perquè té una causa il·lícita;
- o perquè el seu objecte és una cosa que resta fora del comerç.

3) L'**anul·labilitat** es produeix com a conseqüència de dues causes possibles:

- la falta de capacitat d'obrar d'un intervinent (p. ex., un negoci realitzat per un menor sense l'assistència dels pares o representants legals), i
- l'existència d'un vici de la voluntat.

#### Les conseqüències de l'anul·labilitat

Són menors que les de la inexistència i la nul·litat i afecten només l'interès de la part que pot resultar perjudicada per aquesta. I per això, el negoci anul·lable només pot ser impugnat per la part perjudicada dins d'un termini prescriptible –limitat– de quatre anys.

#### La inexistència i la nul·litat

Són difícils de distinguir; de fet, les conseqüències són les mateixes en ambdós casos: no es produeix cap efecte jurídic, qualsevol persona pot impugnar el negoci encara que no hi tingui interès i l'acció per a impugnar-lo no prescriu.



4) Respecte a la **rescissió**, el Cc tracta aquesta figura en els articles 1290 i següents, que recullen un conjunt de supòsits heterogenis en què el denominador comú és el perjudici produït pel negoci jurídic a terceres persones (creditors, absents, representats per virtut de representació legal, etc.).

#### Art. 321 CDCC

Recull un supòsit de rescissió per lesió en el preu en les transmissions oneroses de béns immobles.

Els supòsits d'**ineficàcia sobrevinguda** es poden sistematitzar en quatre:

1) La **revocació** és permesa pel dret en molt pocs supòsits de negocis unilaterals, és a dir, creats per la voluntat d'una única persona que es retracta d'aquesta voluntat i converteix el negoci en ineficax. Els supòsits de revocació són limitats perquè pot perjudicar els drets de terceres persones (p. ex., la revocació del testament).

2) La **resolució** del negoci jurídic s'admet a favor d'una part quan l'altra incompleix les obligacions que li corresponen (art. 1124 del Cc), o quan sobrevenen circumstàncies que provoquen que les obligacions que ha de complir siguin excessivament costoses. En ambdós casos, es produeix una ruptura de l'equilibri inicial del negoci i, per això, es permet a una de les parts impugnar-lo.

#### **Rebus sic stantibus**

La clàusula sobreentesa *rebus sic stantibus* ('mentre les coses segueixin igual'), l'aplica la jurisprudència en casos excepcionals per justificar, en consideració a l'excessiva onerositat sobrevinguda, la resolució del negoci per una de les parts (p. ex., en situació d'estat de guerra). El que sí que sol admetre la jurisprudència és la **revisió** del negoci o la readequació a les noves circumstàncies.

3) El **desistiment** és una facultat que es reconeix a una part del negoci jurídic si es presenta una causa justa prevista per la llei. Aquests supòsits són escassos, atès que el desistiment significa un perjudici per a la contrapart encara que estigui justificat per a la part que desisteix, i per això es permet.

#### Exemples de desistiment

L'art. 1594 CC faculta l'amo de l'obra per desistir de construir si indemnitza el contractista. En el marc de la legislació de defensa de consumidors i usuaris, el desistiment es troba regulat i previst com un mecanisme de tutela del consumidor.

4) La **denúncia**, per la seva banda, es permet en els supòsits de negocis de durada prolongada que no tenen fixat un termini per al seu acabament. En aquests casos, es considera que ningú no pot estar obligat per a tota la vida i, per això, es permet que qualsevol de les parts pugui denunciar el negoci quan vulgui. Ara bé, per tal de no perjudicar excessivament la contrapart, de manera que pugui mitigar els efectes perjudicials de la denúncia (p. ex., buscar una altra persona que abans de la denúncia vulgui negociar), abans de la denúncia, s'ha de fer un **preavis**.

#### El preavis

És un avís fet amb anticipació per a assenyalar la data en què el negoci jurídic quedarà sense efecte.

## 5. Les obligacions

### 5.1. Concepte i elements de l'obligació

L'obligació en dret privat és la relació que hi ha entre dos subjectes per mitjà de la qual un d'ells (el creditor) pot exigir a l'altre (el deutor) una prestació determinada (donar, fer o no fer alguna cosa) i del compliment de la qual respon aquest amb tot el seu patrimoni.

#### Catalunya

La Llei 3/2017 de 15 de febrer, aprova el Llibre VI del Codi civil de Catalunya, relatiu a les obligacions i els contractes.

En el nostre dret, hi ha un règim d'obligacions doble: el de les **obligacions civils** (nascudes de negocis jurídics civils) i el de les **obligacions mercantils** (nascudes de negocis jurídics mercantils). El motiu d'aquesta distinció és històric ja que al final del segle XIX es considerava que el dret dels comerciants exigia regles diferents de les dels ciutadans no comerciants. Avui dia, **aquesta distinció no té sentit**. No obstant això, hi continua havent dos codis, civil i mercantil, que regulen determinades obligacions paral·lelament (compravenda civil i mercantil, mandat i comissió, etc.). I això malgrat que sovint les solucions són les mateixes.

#### Obligacions civils/mercantils

Avui dia, es considera injustificada la distinció entre obligacions civils i mercantils basada en raons històriques, ja que també els ciutadans tenen mentalitat empresarial (especulen, inverteixen, etc.). De fet, en les regulacions modernes, ja no es fa aquesta distinció (p. ex., contractes d'assegurança, contractes borsaris, etc.).

Són elements de l'obligació els elements **personals** (creditor i deutor) i l'element **objectiu** (la prestació).

Les **posicions jurídiques de creditor i de deutor** poden estar encarnades per un o diversos subjectes. Quan ho estan per més d'un subjecte, és important determinar si tots els subjectes han d'actuar units o si ho poden fer separatament i, en cada cas, quin pot ser l'abast de la seva actuació.

En aquest context, es parla d'*obligacions mancomunades* quan qualsevol dels subjectes que ocupa una posició jurídica només pot exigir (si és creditor) o només ha de satisfer (si és deutor) la part de l'obligació que li correspon. En canvi, es parla d'*obligacions solidàries* quan, tractant-se de creditors solidaris, qualsevol d'ells pot exigir la satisfacció total de l'obligació o quan, tractant-se de deutors solidaris, el creditor pot exigir a qualsevol d'ells que compleixi íntegrament l'obligació. Ara bé, quan un creditor solidari exigeixi el compliment total de l'obligació, després haurà de repartir als altres la part respectiva i, si

un deutor solidari paga el total de l'obligació, podrà repetir després –reclamar– a la resta de deutors solidaris la part respectiva de cada un. En el cas que un deutor solidari sigui insolvent, la resta de deutors (art. 1145.3 del Cc) suportarà aquesta insolvència, mentre que si un deutor mancomunat és insolvent (art. 1145.3 del Cc), l'haurà de suportar el creditor, ja que no repercuteix en els altres deutors (art. 1139 del Cc).

### **Solidaritat de deutors**

La solidaritat de deutors és més beneficiosa per al creditor que la mancomunitat i això perquè es pot dirigir contra qualsevol deutor pel total del deute en lloc de dirigir-se a cada un per la seva part. D'aquesta manera, s'evita haver de fer diverses reclamacions perquè es pot dirigir, per exemple, contra el deutor més solvent.

### **Exemple**

Suposem que A, B i C són tres deutors mancomunats que deuen 6.000 euros a D. Si B resulta insolvent, D cobrarà 2.000 euros de A i 2.000 euros de C i suportarà el fet que l'obligació no es pugui complir íntegrament. Al contrari, si fossin deutors solidaris, D reclamaria els 6.000 euros a A o a C, i el qui pagués de tots dos podria reclamar a l'altre 3.000 euros.

El Codi civil, per tal de beneficiar el deutor, estableix en l'art. 1137 la regla que **les obligacions no són solidàries llevat que es pacti així expressament**. Tanmateix, la jurisprudència ha deduït que hi ha pacte de solidaritat en determinats supòsits sense que s'hagi estipulat expressament per la conducta de les parts i per tal d'afavorir el creditor. El Codi de comerç no estableix res sobre això, però la doctrina dedueix la **regla de la solidaritat** ja que, en els diversos supòsits de **pluralitat de deutors** (transport combinat, socis col·lectius, signants en una lletra de canvi, etc.), aquests es consideren obligats solidaris.

Pel que fa al **canvi dels subjectes**, res no impedeix que aquests variïn al llarg de la vida de l'obligació. En general, es considera que, sigui qui sigui el creditor, això no afecta el deutor i, per això, el canvi de creditor –figura que es coneix com a *cessió de crèdit*– no necessita el consentiment del deutor (encara que sigui convenient comunicar-ho perquè pagui a la persona adequada). Al contrari, sí que importa al creditor un canvi del deutor, ja que, en respondre aquest amb tot el seu patrimoni, el del segon deutor pot ser molt diferent del del primer; per això, el canvi de deutor requereix el consentiment del creditor (art. 1205 del Cc).

### **La cessió del crèdit**

En la cessió de crèdit, el creditor primitiu respon davant el nou creditor del fet que el crèdit existeix i que és vàlid, però no de la solvència del deutor, és a dir, no es fa responsable que el deutor pagui el deute (art. 1529 del Cc i 348 del Ccom).

L'element objectiu de l'obligació és la **prestació**, allò que el creditor pot exigir al deutor. Les obligacions poden tenir tres tipus de prestacions: donar, fer o no fer alguna cosa (art. 1088 del Cc). I tota prestació, com qualsevol objecte d'un negoci jurídic, ha de ser lícita, possible i determinada.

## 5.2. Fonts de les obligacions

### 5.2.1. En general

D'acord amb l'art. 1089 del Cc: "Las obligaciones nacen de la ley, de los contratos y cuasi contratos, y de los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia".

Les obligacions que neixen per llei mai no es presumeixen, només són exigibles les determinades expressament en el Codi civil o en unes altres lleis.

Pel que fa als **quasicontractes**, aquests es defineixen com els fets lícits i purament voluntaris dels quals resulta obligat el seu autor envers un tercer i, de vegades, una obligació recíproca entre els interessats (art. 1887 del Cc). El Codi civil regula dos supòsits de quasicontractes:

1) La **gestió de negocis aliens**: el qui s'encarrega voluntàriament de l'agència o administració dels negocis d'un altre, sense mandat d'aquest, està obligat a continuar-ne la gestió fins al termini de l'assumepte i les seves incidències, o a requerir l'interessat perquè el substitueixi en la gestió si es troba en estat de poder-ho fer per ell mateix (art. 1888 del Cc).

2) El **cobrament de l'indegut**: quan es rep alguna cosa de la qual no es tenia el dret de cobrar-la i que ha estat lliurada indegudament per error, sorgeix l'obligació de restituir-la (art. 1895 del Cc; en els articles següents, es regula el règim de la devolució).

La característica principal del quasicontracte és que neixen obligacions sense un acord previ entre les parts.

#### Obligacions naturals

A més de les fonts citades en l'art. 1089 del Cc, determinats fets poden donar lloc al naixement d'una obligació sense necessitat d'acceptació per l'altra part, com ocorre en els casos de **promesa pública de recompensa** (p. ex., oferir diners a qui trobi un gos extraviat, concursos radiofònics, etc.), o de les obligacions denominades *naturals*, també anomenades *morals*, perquè no són jurídicament exigibles. Una vegada feta l'atribució patrimonial en què consisteixen, no se'n pot reclamar la devolució.

#### La ratificació

La ratificació per part de l'amo del negoci produeix els mateixos efectes que el mandat exprés, i el mateix ocorre quan, sense ratificar-lo, aprofita els avantatges de la gestió (art. 1893 del Cc).

#### L'obligació natural

Els deutes de joc constitueixen el supòsit típic d'obligació natural, ja que la llei no preveu cap acció per reclamar el pagament d'allò que es guanyi en un joc de sort o atzar –prohibit– (art. 1798 Cc).

### 5.2.2. El contracte. La tipicitat contractual

Dins la categoria del negoci jurídic, el contracte ocupa un lloc molt destacat. El contracte es caracteritza per l'acord voluntari de dues parts per a crear, modificar o extingir una relació jurídica. L'art. 1254 del Cc estableix el següent: "El contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio". De l'acord de voluntats en què consisteix un contracte, poden sorgir drets reals i drets personals.

#### Acord de voluntats

L'acord de voluntats diferencia el contracte d'uns altres negocis jurídics en què apareix una única declaració de voluntat (p. ex., el testament).

El que caracteritza el contracte i li dóna individualitat dins els negocis jurídics és la seva patrimonialitat.

#### Patrimonialitat

La patrimonialitat diferencia el contracte d'uns altres negocis jurídics que tenen com a objecte relacions jurídiques familiars o personals no patrimonials (p. ex., el matrimoni), si bé en les relacions de dret de família hi ha figures contractuals (p. ex., capitulacions matrimonials, conveni regulador, etc.).

El naixement del contracte es diu *perfecció*. El contracte es perfecciona, neix, quan obliga les parts a complir el que han pactat. En el nostre dret, la major part dels contractes es perfeccionen amb el consentiment. El temps durant el qual el contracte es compleix es denomina *execució*. I el moment en què totes les prestacions pactades s'han acomplert (han estat realitzades) es diu *consumació* del contracte.

Ara bé, abans que neixi el contracte, hi sol haver un període de temps en què les parts, mitjançant converses, ajusten les seves pretensions respectives. Dins d'aquest període, la doctrina distingeix diverses situacions jurídiques: els **tractes preliminars**, en què les parts prenen contacte i discuteixen possibles condicions del pacte sense que cap d'elles adopti una posició ferma ni s'obligui; l'**oferta**, que normalment segueix els tractes preliminars i en què una de les parts estableix una sèrie de condicions fixes dins les quals estaria disposada a pactar amb l'altra i que vincula la part que la fa. L'oferta es pot revocar fins que l'altra part l'accepti. L'oferta, sorgeix el contracte; en cas de fer una contraoferta, la part que va fer la primera oferta serà qui l'haurà d'acceptar per tal d'arribar a un acord, i així successivament.

En alguns supòsits de ruptura injustificada o sobtada dels tractes preliminars o de revocació de l'oferta, la doctrina considera que, havent-hi mala fe per part de qui trenca els tractes o retira l'oferta, es podria generar una responsabilitat envers l'altra part per les "expectatives creades".

#### El precontracte

És un acord de voluntats dins el període de formació del contracte pel qual les parts s'obliguen a contractar en el futur. Part de la doctrina considera que es tracta d'un con-

tracte perfecte l'execució del qual s'ajorna a un moment posterior (de manera que el seu incompliment originaria responsabilitat).

De la mateixa manera que el Codi civil estableix en l'art. 3 les regles d'interpretació de les normes, també les estableix per als contractes en els art. 1281 i següents.

La regla bàsica en la interpretació dels contractes civils és la d'**esbrinar la voluntat de les parts** i fer que aquesta prevalgui quan els termes literals amb què els contractants es van expressar no siguin els adequats (art. 1281 del Cc). Unes altres regles segueixen els criteris clàssics d'interpretació: històrica (art. 1282 del Cc), sistemàtica (art. 1285 del Cc) i la teleològica del mateix art. 1281 del Cc; si bé es pot destacar la formulació del **principi de conservació del contracte** en l'art. 1284 del Cc: "Si alguna clàusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto". I també el de la **interpretació de l'obscuritat en contra de qui la va originar** en l'art. 1288 del Cc: "La interpretación de las cláusulas oscuras de un contrato no deberá favorecer a la parte que hubiese ocasionado la oscuridad".

En la realitat social determinats contractes han nascut sense una norma que els hagi previst però amb la finalitat de servir a la voluntat de les parts.

Per això, distingim entre: *contracte típic*, que és un contracte previst per normes objectives que el regulen (p. ex., compravenda, mandat, societat), i *contracte atípic*, que és un contracte que no està regulat per una norma legal i la existència del qual és possible a l'empara del principi d'autonomia de la voluntat consagrat pel nostre ordenament jurídic.

### 5.2.3. La responsabilitat per fet il·lícit (responsabilitat extracontractual)

La responsabilitat extracontractual és l'obligació de reparar un dany causat com a conseqüència d'un fet il·lícit.

A diferència de la responsabilitat contractual, el dany no es genera per incomplir una obligació derivada d'un negoci jurídic anterior realitzat entre el causant del dany i qui el pateix. El dany extracontractual és un dany derivat d'un fet il·lícit pel mer fet d'haver-se produït.

La doctrina i la jurisprudència han sistematitzat els requisits que s'han de presentar perquè hi hagi responsabilitat extracontractual:

#### Manifestacions del principi de conservació del contracte

Són la ratificació del negoci anul·lable o de la gestió de negocis aliens.

#### L'art. 1902 Cc

D'acord amb l'art. 1902 del Cc: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

1) **Supòsits objectius:** una acció o omissió de l'agent (voluntària o involuntària); la producció d'un dany, real i demostrat, i que l'acte (acció o omissió) sigui antijurídic –contrari al dret.

2) **Supòsit causal:** hi ha d'haver una relació directa de causalitat (causa-efecte) entre l'acte de l'agent i el dany produït.

3) **Supòsit subjectiu:** hi ha d'haver *dolo* o culpa per part de l'agent. El frau és una actuació dirigida directament a obtenir el resultat danyós, i la culpa és una falta de la diligència –cura, previsió– requerida, una negligència. Per tant, si l'agent actua amb diligència, en principi no serà responsable dels danys derivats de la seva actuació.

#### **Dolo...**

... equival a intencionalitat.

El requisit o supòsit subjectiu es tendeix a matisar cada vegada més: es fa responsable qui causa un dany amb la seva actuació, independentment que hagi obrat sense dol ni culpa. Es tracta de l'anomenada *responsabilitat objectiva*; es respon pel dany objectiu que causa l'agent al marge de la intencionalitat de l'acte. Tanmateix, el sistema continua essent de responsabilitat subjectiva, però les excepcions són cada vegada més nombroses. El motiu rau en la falta de control del dany que genera l'activitat de l'home en una economia desenvolupada. I per això, de vegades determinats empresaris i possibles causants del dany estan obligats a subscriure una assegurança de responsabilitat civil obligatòria (p. ex., la de l'automòbil).

#### **Responsabilitat objectiva**

Són exemples de responsabilitat objectiva la derivada per accidents de caça, de circulació i nuclears. També és objectiva la responsabilitat civil per béns i serveis defectuosos (Reial decret legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries (TRLGDC).

De vegades, la jurisprudència, respectant l'exigència que la conducta sigui culpable, *ha invertit la càrrega de la prova*, exigint al causant del dany que provi que va actuar diligentment.

S'ha d'assenyalar també que la responsabilitat extracontractual afecta no només els causants del dany, sinó també determinades persones que responen pels actes dels que han causat el dany.

#### **La càrrega de la prova**

En principi, la prova de la culpa correspondria al perjudicat, que és qui reclama una indemnització pels danys que se li han causat.

En aquest sentit, l'art. 1903 del Cc assenyala el següent:

"La obligación que impone el artículo anterior es exigible, no sólo por los actos u omisiones propios, sino por los de aquellas personas de quienes se debe responder.

Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda. Los tutores lo son de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía.

Lo son igualmente los dueños o directores de un establecimiento o empresa respecto de los perjuicios causados por sus dependientes en el servicio de los ramos en que los tuvieran empleados, o con ocasión de sus funciones. [...]

La responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon toda la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño."

Es tracta, com s'aprecia, d'estendre la responsabilitat a determinats subjectes per la diligència que aquests han de tenir a l'hora d'atendre (pare, tutor) o d'escollir (empresari, titulars de centres d'ensenyament) les persones que en depenen.

### 5.3. Compliment i incompliment de les obligacions. La responsabilitat patrimonial universal

Perquè es consideri que el deutor ha complert la prestació a la qual està obligat, la doctrina exigeix que hi hagi tres requisits: **identitat** (que es lliuri o es faci el que s'ha pactat, no una altra cosa diferent), **integritat** (només complir íntegrament la prestació significa compliment) i **indivisibilitat** (el creditor té dret d'exigir que la prestació es faci completament en un únic acte i no se li pot exigir que rebi parcialment les prestacions en què consisteix l'obligació –art. 1169 del Cc–).

#### Integritat

En el cas del lliurament de títols valor (lletres de canvi, pagarés, xecs), l'obligació es complirà íntegrament amb el cobrament: no n'hi ha prou de lliurar el títol valor (art. 1170.2 i 1170.3 del Cc).

L'obligació pot tenir un **termini** de compliment, és a dir, un moment fixat per les parts perquè aquella sigui exigible, que serà quan s'hagi de complir. Si no s'ha fixat cap termini, el moment d'exigibilitat, el determina la llei. En aquest sentit, el Codi civil determina que les obligacions civils són exigibles des del mateix moment en què es contreuen (art. 1113 del Cc); el Codi de comerç (art. 62 del Ccom), en canvi, estableix que seran exigibles:

- al cap de deu dies de contreure's si comporten una acció ordinària (obligacions l'incompliment de les quals dóna dret a l'altra de reclamar a l'òrgan jurisdiccional que en reconegui el dret i, si escau, que condemni la part incomplidora a pagar una quantitat, però no a fer els actes necessaris per al pagament),
- o l'endemà si comporten una execució (obligacions l'incompliment de les quals per una part dóna dret a l'altra de reclamar a l'òrgan judicial que faci totes les actuacions necessàries perquè la part incomplidora efectui el pagament).



Al seu torn, l'obligació s'ha de complir al lloc pactat i si les parts no han establert res. L'art. 1171 del Cc disposa: "tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde ésta existía en el momento de constituirse la obligación. En cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor."

El retard en el compliment de l'obligació en dret es diu *mora*. La mora no és un incompliment, sinó un compliment retardat. I per això, quan l'obligació no es compleix, ni tan sols fora de termini, ja no som davant d'un supòsit de mora, sinó d'un incompliment de l'obligació.

Ara bé, si el termini acordat per les parts té caràcter essencial, el retard en el compliment no donarà lloc a la mora, sinó a l'incompliment (p. ex., s'acorda el lliurament d'un vestit de casament per al dia abans de la celebració i es lliura un dia després). Normalment el compliment retardat satisfà, almenys en part, el creditor, però si hi ha un termini fixat com a essencial, el compliment retardat no satisfà en absolut l'interès d'aquell.

Perquè es despleguin jurídicament els efectes que el dret atribueix a la mora, s'han de complir uns altres supòsits, a més del retard en el compliment de l'obligació: aquest retard ha de ser imputable al deutor (conseqüència del dol o la culpa del deutor), l'obligació ha de ser exigible (ha d'haver vençut el termini) i el creditor ha de reclamar al deutor que compleixi l'obligació.

Aquesta reclamació del creditor al deutor s'anomena *interpel·lació* i, per a les obligacions civils, es pot fer judicialment o extrajudicial (per carta, oralment, etc.), encara que no serà necessària quan l'obligació o la llei ho declarin així expressament i quan la designació del moment del compliment sigui motiu determinant per a establir l'obligació (art. 1100 del Cc). En les obligacions mercantils, tanmateix, no es necessita la interpel·lació perquè la morositat es produeixi i ho fa l'endemà del dia assenyalat per al seu compliment si s'ha aquest assenyalament, que pot resultar de l'acord de les parts o d'una norma legal. En les obligacions que no el tinguin, des del dia que el creditor interpel·li judicialment el deutor o el requereixi notarialment perquè pagui (art. 63 del Ccom).

Quan el deutor incorre en mora, el creditor pot reclamar, a més que es compleixi l'obligació, que se l'indemnitzi pels danys i perjudicis que el retard li hagi ocasionat. Ara bé, el creditor haurà de provar aquests danys, ja que el retard per si mateix no té per què causar-los.

L'incompliment de l'obligació implica la no-execució de la prestació de manera definitiva, sia perquè el deutor no està disposat a complir, sia perquè el compliment és objectivament impossible. I en dret, les conseqüències en un cas o en l'altre són diferents.

Quan l'incompliment es deu a dol o culpa del deutor, el creditor pot optar entre demanar el compliment o resoldre l'obligació i, en ambdós casos, a més a més pot reclamar la indemnització per danys i perjudicis.

Si el creditor opta per complir i el deutor s'hi nega, aquell podrà demanar per la via judicial que el jutge condemni el deutor a complir (compliment forçós de l'obligació). Aquest compliment significa l'execució de la prestació tal com va ser pactada i, per això, es denomina *compliment en forma específica*. Ara bé, pot resultar que el compliment específic sigui impossible (p. ex., perquè s'ha perdut el bé específic objecte de l'obligació); llavors caldrà acudir a l'anomenat *compliment per equivalent*, que és una indemnització que el deutor haurà de satisfer al creditor en substitució de la prestació impossible.

El compliment per equivalent és subsidiari del compliment específic; per tant, només escau quan aquest és impossible. Si el creditor opta perquè es **resolgui** l'obligació, aquesta deixa d'existir i les prestacions que hagin esdevingut s'hauran de tornar. En ambdós supòsits, el creditor podrà reclamar –provant-los– els danys i perjudicis que se li hagin causat. Els danys i perjudicis comprenen el **dany emergent**, que és el dany efectivament causat, i el **lucre cessant**, que és el guany que s'ha deixat d'obtenir com a conseqüència del dany sofert (art. 1106 del Cc).

### **Dany emergent**

Si A compra al gener una màquina de fer gelats per a la seva fàbrica de gelats, després subscriu un contracte de venda de molts litres de gelat que s'hauran de lliurar al juny i, finalment, la màquina no és lliurada, A patirà un dany emergent (p. ex., les quantitats que s'han de pagar per incomplir el contracte de venda de gelat) i un lucre cessant (el preu del gelat que hauria venut).

Es parla de *cas fortuït* i de *força major* per a referir-se a aquells supòsits en què l'incompliment sobrevé per causes estranyes a la voluntat del deutor, causes que les parts no van poder preveure ni evitar. Com que l'incompliment no és imputable al deutor, aquest no ha de respondre i, per tant, no s'apliquen les regles del compliment específic o per equivalent i tampoc no ha d'indemnitzar el creditor pels danys i perjudicis causats.

### **Cas fortuït**

Si un transportista amb un carregament de pomes arriba amb tal retard que aquestes s'han podrit i el retard s'ha produït per un tall imprevist a les carreteres d'accés a la ciutat de destinació com a conseqüència d'una protesta, l'incompliment es deu a un cas fortuït. Si el tall s'havia anunciat, llavors no hi haurà cas fortuït, perquè es podria haver previst el fet i es podria haver actuat en conseqüència (no subscriuint el contracte de transport, p. ex.).

A fi d'assegurar que les obligacions es compleixen, l'ordenament estableix un seguit de mesures que en faciliten la satisfacció. D'aquestes, la principal és la **responsabilitat patrimonial universal**, això és, tot el patrimoni del deutor, tant present com futur, se subjecta al compliment de les seves obligacions.

#### Principi de responsabilitat

El principi de responsabilitat patrimonial universal es formula en l'art. 1911 del Codi civil, que diu que "del cumplimiento de sus obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros".

Si el deutor no compleix amb l'obligació, el creditor la pot executar disposant, a aquest efecte, de tot el conjunt de béns i drets presents i futurs del deutor. És clar que la major o menor efectivitat d'aquesta garantia depèn de la quantia del patrimoni del deutor; per això, si aquest és escàs, el principi de responsabilitat patrimonial universal li proporcionarà poca seguretat.

#### 5.4. Procediments d'execució col·lectiva. El concurs de creditors

Quan una persona té deutes davant diversos creditors que poden cobrar alhora, hi ha el perill que els més previnguts (d'alguna manera, els més desconsiderats amb el deutor) cobrin amb promptitud els seus crèdits de manera que el patrimoni del deutor disminueixi i la resta de creditors (més considerats o, potser, menys informats) restin perjudicats perquè no hi ha prou béns ni drets per a satisfer els seus crèdits. Per evitar-ho, tant el deutor com els creditors poden sol·licitar que s'obri un procediment judicial que té com a efecte principal que tots els crèdits del deutor se satisfan alhora i conjuntament. D'aquesta manera, la major part dels creditors se subjecten a les mateixes condicions i s'evita que la rapidesa d'uns perjudiqui els altres. Aquesta igualtat en la subjecció de tots els creditors a un únic procediment per a exigir els seus crèdits s'anomena *par conditio creditorum* (els creditors estan en igualtat de condicions).

#### Par conditio creditorum

El principi general que va a regir el concurs és el principi de *par conditio creditorum*, graduant-se la seva aplicació en funció de la preferència al cobrament dels crèdits sobre la massa concursal.

Aquests procediments s'anomenen *d'execució col·lectiva o universal*. Són d'execució **col·lectiva** perquè els creditors actuen conjuntament davant el deutor i són d'execució **universal** perquè no intenten vendre uns béns determinats per tal de cobrar els seus crèdits, sinó liquidar tot el patrimoni del deutor.

**Qualsevol persona, física o jurídica, pot ser declarada en concurs.** Ara bé, hi ha algunes especificitats per a certs tipus de subjectes (especialment, per a les societats). Veurem més detalladament aquest procés en el capítol corresponent a l'estatut jurídic de l'empresari (apartat 6.2.9).

#### 5.5. Extinció de les obligacions

L'art. 1156 del Cc estableix sis causes d'extinció de les obligacions.

"Las obligaciones se extinguen: Por el pago o cumplimiento. Por la pérdida de la cosa debida. Por la condonación de la deuda. Por la confusión de los derechos de acreedor y deudor. Por la compensación. Por la novación."

La primera causa d'extinció, el **pagament** o **compliment**, ja ha estat tractada en el subapartat 5.3, al qual ens remetem.

La segona és la **pèrdua de la cosa deguda**, que, com ja sabem, provoca la impossibilitat de complir l'obligació perquè no es pot fer la prestació deguda. La pèrdua s'ha de deure a un cas fortuït o de força major; altrament, la culpa o dol del deutor l'obligarà a respondre segons les regles de l'incompliment. Ara bé, l'art. 1182 del Cc, que desenvolupa aquesta causa extintiva, estableix el següent: "Quedarà extinguida la obligació que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora"; és a dir, la concreta per a les obligacions específiques, però no per a les genèriques o fungibles, la qual cosa ha conduït la doctrina a sostenir que en el nostre sistema jurídic continua pervivint la vella regla del *genus nunquam perit* (el gènere no desapareix mai) i, per tant, si la cosa perduda és genèrica, l'obligació no s'extingirà, atès que la prestació es podrà fer amb béns del mateix gènere.

#### **Exemple**

Imaginem que A, un magatzemista i distribuïdor de gra, es compromet amb B a vendre-li 50 kg de blat. A pot especificar l'obligació separant aquests 50 kg de la resta de gra. Si no l'ha especificada (no ha fet aquesta separació) i un incendi destrueix el seu magatzem, continuarà obligat a lliurar els 50 kg de blat a B, ja que com que la cosa no és determinada, l'ordenament entén que no s'ha perdut. Si, en canvi, especifica l'obligació, en cas d'incendi s'haurà extingit per pèrdua de la cosa. La regla del *genus nunquam perit* ha estat molt criticada per la doctrina perquè aplicar-la pot provocar situacions injustes.

La tercera causa d'extinció és la **condonació del deute**, és a dir, el perdó d'aquest per part del creditor. Aquest perdó pot ser exprés o tàcit (p. ex., si el creditor lliura voluntàriament al deutor el document privat justificatiu d'un crèdit –art. 1188 del Cc–).

La quarta és la **confusió de drets**, que s'esdevé quan en una mateixa persona es reuneix la condició de deutor i la de creditor (p. ex., el deutor succeeix per herència el creditor).

La cinquena causa d'extinció de les obligacions és la **compensació**, que ocorre quan dues persones són recíprocament creditores i deutores l'una de l'altra. Els crèdits d'ambdues s'extingeixen en la part concurrent (p. ex., A deu a B 500 euros per la compra d'una taula i B deu a A 1.000 euros per un préstec que A li va fer. Les obligacions es compensen i resulta un únic deute de 500 euros a favor de A).

Les condicions perquè escaigui la compensació, les estableix el Codi civil en l'art. 1196 quan afirma el següent:

"Para que proceda la compensación, es preciso: 1. Que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro. 2. Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado. 3. Que las dos deudas estén vencidas. 4. Que sean líquidas y exigibles. 5. Que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor."

En darrer lloc, el Codi civil es refereix a la **novació** com a causa extintiva de les obligacions, que comporta un acord entre les parts pel qual s'extingeix l'obligació convinguda anteriorment i se substitueix per una altra de nova (que substitueix l'anterior o en fa una novació). A més de la novació extintiva, s'admet la novació modificativa que, en lloc d'extingir una obligació anterior, simplement modifica elements d'aquesta (p. ex., A i B acorden expressament extingir l'obligació de pagament de 50 euros que A té envers B i substituir-la per l'obligació de A de rentar el cotxe de B).

## 6. El mercat. Empresaris i consumidors

Per a poder explicar, des d'un punt de vista jurídic, la manera com es desenvolupa el trànsit patrimonial actual, hem de partir del marc del nostre sistema econòmic. Aquest marc s'estableix en l'anomenada "Constitució econòmica".

En sentit estricte, s'anomena *constitució econòmica* el conjunt de normes contingudes en la constitució d'un país que en regeixen la vida econòmica. En sentit ampli, la constitució econòmica comprèn també les normes de caire econòmic contingudes en les lleis generals. En l'àmbit del dret contractual, aquesta normativa és transcendent perquè determina el marc legal de l'intercanvi de béns i serveis, el model econòmic.

Una economia planificada per complet impedirà que es desenvolupi la llibertat contractual dels particulars i, en l'altre extrem, una economia lliure, sense cap control, deixarà el feble a la mercè del fort i ho justificarà basant-se en una llibertat contractual mal entesa.

La nostra Constitució, conseqüència de la política de consens que en buscava l'aprovació per la majoria dels partits, és intencionadament ambigua en relació amb el model econòmic escollit. No obstant això, hi ha dos articles molt importants en aquest context: l'art. 33, que reconeix el **dret a la propietat privada**, i l'art. 38, que proclama la **llibertat d'empresa en el marc de l'economia de mercat**. Ara bé, ambdós drets es delimiten en la mateixa Constitució: la propietat privada, per la funció social, i la llibertat d'empresa, per les exigències de l'economia general i, si és el cas, de la planificació. La situació sistemàtica d'aquests articles dins la Constitució (capítol segon, "Drets i llibertats", del títol I, "Dels drets i deures fonamentals") fa que sigui aplicable el que disposa l'art. 53.1 de la mateixa Constitució; per tant, vinculen tots els poders públics, que en tot cas n'hauran de respectar el contingut essencial, i l'exercici d'aquests drets i llibertats només es podrà regular per llei. Per això, encara que es permeti la planificació econòmica (art. 131 de la CE) i la iniciativa pública en l'activitat econòmica (art. 128.2 de la CE), no es podrà impedir en cap cas el contingut essencial de la llibertat d'empresa. Aquest contingut essencial exigeix la llibertat d'entrada, exercici i sortida del mercat; la lliure competència entre els operadors econòmics, i el lliure joc de l'oferta i la demanda.

La regulació del mercat és, per tant, fonamental.

En el mercat de béns i serveis, participen fonamentalment dues classes de subjectes:

- l'**empresari**, que és qui ofereix els béns i serveis, i
- el **consumidor**, que és qui els vol adquirir juntament amb uns altres empresaris.

## 6.1. El mercat. Empresaris i consumidors

### 6.1.1. L'economia de mercat i la UE

El mercat, entès com el sistema més idoni per a assignar eficientment els recursos escassos i generar el màxim de riquesa, és el referent de l'activitat contractual en el nostre ordenament. I alhora, aquesta activitat contractual és la que possibilita l'intercanvi de béns i serveis.

L'entrada d'Espanya a la Unió Europea (Tractat d'adhesió a les Comunitats Europees, de 12 de juny de 1985), un dels objectius principals de la qual és crear un mercat únic (un espai d'intercanvis entre tots els estats membres en què hi hagi igualtat de condicions) com a via per a la integració econòmica i, en darrer terme, política, ha fet que s'incorpori al nostre ordenament el dret comunitari i que s'hagi d'adaptar a les pautes marcades per les institucions europees.

#### Estats membres

Són estats membres de la Unió Europea: Bèlgica, França, Alemanya, Itàlia, Luxemburg i els Països Baixos (1951); Dinamarca, Irlanda i el Regne Unit (1973); Grècia (1981); Espanya i Portugal (1986); Àustria, Finlàndia i Suècia (1995), Estònia, Letònia, Lituània, Polònia, la República Txeca, Hongria, Eslovàquia, Eslovènia, Malta i Xipre (2004), Bulgària i Romania (2007) i Croàcia (2013).

L'article 3 del Tractat de la Unió Europea (TUE), estableix el següent:

La Unió ha d'establir un mercat interior. Ha d'actuar en pro del desenvolupament sostenible d'Europa basat en un creixement econòmic equilibrat i en l'estabilitat dels preus, en una economia social de mercat altament competitiva, tendent a la plena ocupació i al progrés social, i en un nivell elevat de protecció i millora de la qualitat del medi ambient. Així mateix, ha de promoure el progrés científic i tècnic. La Unió ha de combatre l'exclusió social i la discriminació i ha de fomentar la justícia i la protecció socials, la igualtat entre dones i homes, la solidaritat entre les generacions i la protecció dels drets de l'infant. La Unió ha de fomentar la cohesió econòmica, social i territorial i la solidaritat entre els estats membres. La Unió ha de respectar la riquesa de la seva diversitat cultural i lingüística i ha de vetllar per la conservació i el desenvolupament del patrimoni cultural europeu. La Unió ha d'establir una unió econòmica i monetària la moneda de la qual és l'euro (apt. 3 i 4).

Per la seva banda, l'article 26 del Tractat de funcionament de la Unió Europea (TFUE), assenyala:

La Unió ha d'adoptar les mesures destinades a establir el mercat interior o a garantir-ne el funcionament, de conformitat amb les disposicions pertinents dels tractats. El mercat interior ha d'implicar un espai sense fronteres interiors, en el qual la lliure circulació de mercaderies, persones, serveis i capitals s'ha de garantir d'acord amb les disposicions dels tractats.

#### TUE

Tractat de la Unió Europea, versió consolidada publicada en el *Diari Oficial de la Unió Europea* (DOUE) el 30 de març de 2010.

#### TFUE

Tractat de funcionament de la Unió Europea, versió consolidada publicada en el *Diari Oficial de la Unió Europea* (DOUE) el 30 de març de 2010.

Les normes emanades de la Unió Europea són aplicables a Espanya de la mateixa manera que si haguessin estat promulgades pels òrgans competents de l'Estat espanyol. Dins del dret comunitari, la doctrina distingeix el **dret comunitari originari** i el **dret comunitari derivat**. El primer, el constitueixen els tractats comunitaris.

**Nota**

Els quatre documents que configuren la constitució material de la Unió Europea són el TFUE, el TUE, el TCECA i la Carta de Drets Fonamentals de la Unió Europea (CDF).

**Tractats comunitaris**

**Tractat constitutiu de la Comunitat Europea del Carbó i de l'Acer (CECA)**, signat el 18 d'abril de 1951 a París; **Tractat constitutiu de la Comunitat Econòmica Europea (CEE)**, signat a Roma el 25 de març de 1957 al mateix temps que el **Tractat constitutiu de la Comunitat Europea de l'Energia Atòmica (EURATOM)** –tots dos són coneguts conjuntament com a *tractats de Roma*–; **Tractat de fusió**, signat a Brussel·les el 8 d'abril de 1965, que va establir una única Comissió i un únic Consell per a les tres comunitats europees existents fins llavors; **Acta única europea**, signada a Luxemburg i a La Haia, que va introduir les adaptacions necessàries per a completar el mercat interior; **Tractat de la Unió Europea**, signat a Maastricht el 7 de febrer de 1992, que va canviar el nom de Comunitat Econòmica Europea pel de Comunitat Europea i que també va introduir noves formes de cooperació entre els governs dels estats membres (per exemple, en defensa i justícia i interior); **Tractat d'Amsterdam**, signat el 2 d'octubre de 1997, que va modificar i renumerar els tractats de la UE i de la CE. Va lligar a aquell les versions consolidades dels tractats de la UE i de la CE, i també va canviar els articles del Tractat de la Unió Europea assignant-los números en comptes de les antigues lletres; Tractat de Niça, signat el 26 de febrer de 2001, que modifica la composició i funcionament de les institucions per a preparar-les per a l'ampliació i el Tractat de Lisboa, signat el 13 de desembre de 2007, que regula l'abast i els procediments de la labor futura de la Unió.

El Tractat constitutiu de la Comunitat Econòmica Europea (TCE) és l'actual Tractat de Funcionament de la Unió Europea (TFUE).

El dret comunitari derivat és l'emanat pels òrgans comunitaris que tenen potestat normativa. Les normes comunitàries principals, atès que tenen caràcter general, són el reglament i la directiva.

1) El **reglament** té un abast general (per a tots els estats membres), és obligatori en tots els seus elements (en el seu contingut) i és directament aplicable a cada Estat membre. És a dir, el reglament atribueix drets i obligacions als seus destinataris des que es publica –fet que ocorre en el *Diari Oficial de la Comunitat Europea* (DOCE).

2) La **directiva**, en canvi, en principi no té eficàcia directa, per la qual cosa no vincula els ciutadans dels estats membres ni es pot fer valer directament per aquests. Això és així perquè la directiva va dirigida a l'Estat membre perquè aquest, mitjançant disposicions legals internes, incorpori al seu ordenament les normes de la directiva. Aquest fenomen d'incorporació de la directiva es coneix com a *transposició*.



El Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees admet l'efecte directe de la directiva quan un Estat membre no fa la transposició en el temps fixat per aquesta, i els particulars en poden invocar el contingut davant qualsevol entitat controlada per l'Estat.

### 6.1.2. La lliure competència i la lleialtat competencial en el mercat

Com hem vist, la lliure competència és un element consubstancial al model d'organització econòmica de la nostra societat i constitueix, en el pla de les llibertats individuals, la primera forma –i més important– en què es manifesta l'exercici de la llibertat d'empresa. La **Llei 15/2007, de 3 de juliol, de defensa de la competència (LDC)** intenta garantir que hi hagi una competència suficient i protegir-la davant de qualsevol atac contrari a l'interès públic. La llei estableix un seguit de conductes prohibides:

En primer lloc (art. 1.1 de la LDC), es **prohibeixen els acords entre empreses** que tinguin com a objecte, produeixin o puguin produir l'efecte d'impedir, restringir o falsejar la competència en tot el mercat nacional o en una part. Aquests acords s'anomenen *pràctiques col·lusòries* (p. ex., els acords per a fixar preus o unes altres condicions comercials o de servei, per a limitar o controlar la producció o la distribució, per a repartir-se el mercat o les fonts d'aprovisionament, etc.).

En segon lloc, es prohibeix (art. 6 de la LDC) l'**abús de posició dominant** en el mercat: no la posició de domini per si mateixa, sinó l'abús (p. ex., imposar preus o unes altres condicions comercials o de servei no equitatius, limitar la producció o la distribució en perjudici injustificat de les empreses o dels consumidors, negar-se injustificadament a satisfer les demandes de compra de productes o de prestació de serveis, etc.). Els art. 1 i 6 de la LDC són un reflex fidel dels art. 81 i 82 del TCE.

Els articles 81 i 82 del TCE són els actuals articles 101 i 102 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea (TFUE).

La LDC preveu determinats supòsits d'autorització de les pràctiques col·lusòries si contribueixen a millorar la producció o la comercialització de béns i serveis, o a promoure el progrés tècnic o econòmic (l'abús de posició dominant mai no es pot autoritzar) i el procediment per a fer-lo possible. També estableix mesures de control de les concentracions d'empreses per a evitar que es creïn grups d'empreses que saturin un sector econòmic concret i un control dels ajuts públics per a evitar que això afecti les empreses competidores.

Una altra faceta de la competència que també està regulada és la de la lleialtat en la competència. La **Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial (LCD)** va introduir un canvi radical en la concepció tradicional del dret de la competència deslleial, que va passar de concebre's com un ordenament dirigit a resoldre els conflictes entre competidors a convertir-se en un

#### Lectura recomanada

Podeu veure la Sentència del Tribunal de Justícia de les Comunitats de 12 de juliol de 1990 (assumpte C 188/89, cas A. Foster, G. A. H. M. Fulford-Brown, J. Morgan, M. Roby, E. M. Salloway, P. Sullivan contra British Gas, PLC), que conté una síntesi completa sobre l'efecte vertical de la directiva.

instrument d'ordenament i control de les conductes en el mercat i dels interessos col·lectius del consum. Aquesta norma la modifica notablement la Llei 29/2009, de 30 de desembre, per la qual es modifica el règim legal de la competència deslleial i de la publicitat per a la millora de la protecció dels consumidors i usuaris. La competència deslleial s'articula ara sobre la base d'una clàusula general que reputa deslleial "tot comportament que resulti objectivament contrari a les exigències de la bona fe" (art. 4 de la LCD); d'una enumeració de conductes tipificades com a deslleials en general (art. 5 i seg. LCD) i d'una enumeració de pràctiques específicament deslleials envers els consumidors o usuaris (art. 19 i seg. LCD).

### **Conductes deslleials en general**

Són conductes deslleials crear confusió amb l'activitat, les prestacions o l'establiment aliens (actes de confusió); utilitzar o difondre indicacions incorrectes o falses, ometre les veritaderes (actes d'engany); fer manifestacions sobre l'activitat, les prestacions, l'establiment o les relacions mercantils d'un tercer que siguin aptes per a menyscar el seu crèdit en el mercat (actes de denigració), etc.

### **Pràctiques deslleials amb els consumidors o usuaris**

Així es preveuen les pràctiques enganyoses adreçades a crear en els consumidors o usuaris confusió, inclòs el risc d'associació, amb qualssevol béns o serveis, marques registrades, noms comercials o altres marques distintives d'un competidor, sempre que siguin susceptibles d'afectar el comportament econòmic dels consumidors i usuaris, les pràctiques enganyoses sobre codis de conducta o altres distintius de qualitat, les pràctiques esgües i promocionals enganyoses, les pràctiques enganyoses en la postvenda, les pràctiques de venda piramidal, les encobertes, les agressives per coacció; les agressives per assetjament o les agressives en relació amb els menors.

## **6.1.3. La transparència i la informació en el mercat**

Un segon supòsit necessari perquè el mercat funcioni adequadament és que se'n proporcionin informació a tots aquells que hi participen, és a dir, que hi hagi transparència.

La transparència del mercat s'aconsegueix fonamentalment mitjançant tres institucions jurídiques:

- 1) La **propietat industrial**: signes distintius, patents, dissenys i models d'utilitat.
- 2) La **publicitat comercial**, que dona notícia sobre els productes.
- 3) A través del Registre Mercantil es fan públiques les dades dels empresaris que participen en el mercat.

La transparència en el mercat proporciona, d'aquesta manera, seguretat i permet prendre decisions basades en una informació prèvia, adequada i suficient.

- 1) La **propietat industrial**

Els signes distintius de l'empresari es regulen per la **Llei 17/2001, de 7 de desembre, de marques (LM)**. La llei regula la marca i el nom comercial i suprimeix el caràcter registral dels rètols d'establiment (existent amb l'anterior Llei 32/1988 de marques), i deixa la protecció d'aquesta modalitat de propietat industrial a les normes comunes de competència deslleial.

La **marca** es defineix com "todo signo susceptible de representación gráfica que sirva para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras".

I preveu que aquests signes poden consistir en els elements següents:

- a) les paraules o les combinacions de paraules, incloses les que serveixen per a identificar les persones;
- b) les imatges, les figures, els símbols i els dibuixos;
- c) les lletres, les xifres i les seves combinacions;
- d) les formes tridimensionals, entre les quals s'inclouen els embolcalls, els envasos i la forma del producte o la seva presentació;
- e) els sons, i
- f) qualsevol combinació dels signes que, amb caràcter enunciatiu, s'esmenten en els apartats anteriors (art. 4 de la LM).

Per la seva banda, el **nom comercial** es defineix com "todo signo susceptible de representación gráfica que identifica a una empresa en el tráfico mercantil y que sirve para distinguirla de las demás empresas que desarrollan actividades idénticas o similares".

La marca i el nom comercial són drets d'ús exclusiu, de manera que, una vegada inscrits en l'Oficina Espanyola de Patents i Marques (OEPM), el seu titular gaudeix d'un dret de monopoli sobre l'ús que pot durar tota la vida, ja que es concedeixen per deu anys prorrogables indefinidament per períodes de la mateixa durada.

Igual que els signes distintius, els drets sobre les invencions constitueixen el que es coneix com a *drets de propietat industrial*, caracteritzats perquè es tracta de drets d'explotació exclusiva. La **Llei 11/1986, de 20 de març, de patents d'invenció i models d'utilitat (LP)** regula ambdues modalitats de propietat industrial. La **patent** és un certificat expedit per l'OEPM que concedeix al seu titular l'exclusiva del dret d'explotació d'una invenció d'aplicació industrial durant vint anys improrrogables. La LP determina que són patentables les invencions noves que impliquen una activitat inventiva i que són susceptibles d'aplicació industrial i, després de la Llei 10/2002, de 29 d'abril, s'admet la patentabilitat de les invencions biotecnològiques (art. 4 de la LP).

El **certificat de protecció del model d'utilitat** és un certificat expedit per l'OEPM que atorga l'exclusiva de l'explotació, durant deu anys improrrogables, d'una invenció que, essent nova i implicant una activitat inventiva, consisteix-

xi a donar a un objecte una configuració, una estructura o una constitució que produeixin algun avantatge apreciable en la pràctica per al seu ús o fabricació (p. ex., estris, instruments, eines, aparells, dispositius o parts d'aquests). L'altura inventiva necessària per al certificat de protecció del model d'utilitat és més reduïda que la requerida per a la patent; a més a més, aquesta requereix novetat mundial i el certificat, novetat en l'àmbit de l'Estat espanyol.

Per la seva banda, la **Llei 20/2003, de 7 juliol, de protecció jurídica del disseny industrial** estableix el règim jurídic de la protecció de la propietat industrial del disseny, i el defineix com l'aparença de tot un producte o d'una part derivada, en particular, de les característiques de les línies, els contorns, els colors, la forma, la textura o els materials del producte per si mateix o de la seva ornamentació (art. 1).

## 2) La publicitat comercial privada

La **Llei 34/1988, d'11 de novembre, general de publicitat (LGP)** estableix, a l'efecte de la seva aplicació, el concepte de publicitat, que limita a la publicitat comercial privada:

"Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones." (art. 2 de la LGP)

Aquesta llei estableix les disposicions generals i els tipus de publicitat il·lícita. També regula els contractes publicitaris.

La LGP (reformada per la Llei 29/2009) declara **il·lícita**:

a) La publicitat que **atempti contra la dignitat de la persona o vulneri els valors i drets reconeguts en la Constitució**, especialment aquells als quals es refereixen els articles 14 (igualtat), 18 i 20, apartat 4 (dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar, a la imatge pròpia i a la protecció de la joventut i de la infantesa). S'entendran inclosos en la previsió anterior els anuncis que presentin a les dones de forma vexatòria, bé utilitzant particular i directament el seu cos o parts del mateix com mer objecte desvinculat del producte que es pretén promocionar, bé la seva imatge associada a comportaments estereotipats que vulnerin els fonaments del nostre ordenament coadjuvant a generar la violència que es refereix la Llei Orgànica de mesures de protecció integral contra la violència de gènere.

Després de la promulgació de la Llei orgànica 1/2004, de 28 de desembre, de mesures de protecció integral contra la violència de gènere, s'inclouen els anuncis que presentin les dones de manera vexatòria, o bé utilitzant particularment i directament el seu cos o parts d'aquest com a mer objecte desvinculat del producte que es pretén promocionar, o bé usant la seva imatge associada amb comportaments estereotipats que vulnerin els fonaments del nostre ordenament.

**b) La publicitat adreçada a menors que els inciti a la compra d'un bé o d'un servei**, explotant-ne la inexperiència o credulitat, o en la qual apareguin persuadint de la compra pares o tutors. No es pot, sense un motiu justificat, presentar als nens en situacions perilloses. No s'ha d'induir a error sobre les característiques dels productes, ni sobre la seva seguretat, ni tampoc sobre la capacitat i aptituds necessàries en l'infant per a utilitzar-los sense produir dany a ell mateix o a tercers.

c) La publicitat **subliminar**, definida com la publicitat que, mitjançant tècniques de producció d'estímuls d'intensitats frontereres amb els llindars dels sentits o anàlogues, pugui actuar sobre el públic destinatari sense ser conscientment percebuda.

d) La publicitat **que infringeixi el que disposa la normativa** que regula la publicitat de determinats productes, béns, activitats o serveis.

e) La **publicitat enganyosa**, la **publicitat deslleial** i la **publicitat agressiva**, que tenen el caràcter d'actes de competència deslleial en els termes que preveu la Llei de competència deslleial.

Després de la reforma de 2009, el règim de la publicitat il·lícita es remet al de la competència deslleial, i s'evita la duplicitat de règims de repressió (una mateixa pràctica publicitària podia ser alhora publicitat il·lícita i competència deslleial), com ocorria anteriorment. La Llei de competència deslleial considera deslleial la publicitat qualificada d'il·lícita per la Llei general de publicitat.

### 3) El Registre Mercantil

El Registre Mercantil és un instrument de publicitat per a la seguretat del tràfic juridicomercantil. Com a oficina pública, és a totes les capitals de província i unes altres ciutats previstes reglamentàriament, i se n'encarreguen un o diversos registradors mercantils que depenen de la Direcció General dels Registres i del Notari del Ministeri de Justícia. També pot ser considerat com el conjunt de llibres que es conserven sota la responsabilitat del registrador.

L'objecte del Registre Mercantil és inscriure els actes i contractes relatius als empresaris i uns altres subjectes inscriptibles, legalitzar els llibres dels comerciants, dipositar els comptes anuals dels empresaris i uns altres subjectes obligats a dipositar-los i tramitar els expedients per a designar experts i auditors. El Registre Mercantil és un registre de persones (els empresaris), a diferència del Registre de la Propietat, que és un registre de béns.

La inscripció de l'empresari individual és facultativa i la de les societats és obligatòria. Per a facilitar la informació, hi ha el *Butlletí Oficial del Registre Mercantil* (BORME), en què es publica l'extracte de totes les inscripcions fetes en el Registre. I, a més a més, el Registre és públic, de manera que qualsevol persona interessada pot sol·licitar informació de les dades que hi figuren. La publicitat de les dades registrals beneficia qui les fa públiques, de tal manera que, una vegada publicades les dades en el BORME, són oposables a qualsevol tercer, encara que no les conegui (principi d'oposabilitat).

Si una societat ha destituït el seu administrador i posteriorment aquest subscriu amb un tercer (p. ex., un client habitual de la societat) un contracte actuant en nom de la societat, una vegada publicada la destitució en el BORME, la societat ja no quedarà obligada per aquest contracte. Si el contracte subscrit fos anterior a la publicació, la societat quedaria obligada per aquest, l'hauria de complir.

#### **6.1.4. La regulació del comerç electrònic**

El comerç electrònic i, en general, la contractació a distància plantegen problemes nous respecte de la contractació "tradicional". En particular, pot ser que s'ignori la identitat de qui ofereix els productes (amb les dificultats que això comporta a l'hora de fer una reclamació), no hi ha seguretat que el misatge que rebem no hagi estat manipulat per tercers, el producte real pot ser diferent de l'ofert a la Xarxa o pot arribar tard, etc. En definitiva, no hi ha els mecanismes de control real que permet la compra presencial.

Tots aquests problemes que planteja la negociació per Internet s'han intentat solucionar amb diverses normes, de les quals en destaquen dues en el dret espanyol (al marge de les modificacions introduïdes per la Llei 47/2002, de 19 de desembre, de reforma de la Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç detallista, en matèria de contractes a distància).

##### **Reial decret 899/2009**

El Reial decret 899/2009, de 22 de maig, ha aprovat la **Carta de drets de l'usuari dels serveis de comunicacions electròniques**. Aquests drets són, a més dels reconeguts pel TRLGCU, el d'obtenir una connexió a la xarxa telefònica pública des d'una ubicació fixa, a subscriure contractes i rescindir-los, i a canviar d'operador de manera segura i ràpida conservant el número telefònic, a la informació veraç i actualitzada sobre les condicions ofertes pels operadors, a rebre serveis de comunicacions electròniques amb garanties de qualitat, a la continuïtat del servei, i a una indemnització en cas d'interrupcions, a una facturació desglossada, a la desconnexió de determinats serveis i a triar el mitjà de pagament, a una atenció eficaç per l'operador, a unes vies ràpides i eficaces per a reclamar, a prestacions especials per a persones amb discapacitat i de renda baixa, a una protecció especial en la utilització de serveis de tarifació addicional i a la protecció de les dades de caràcter personal (art. 3 de la Carta).

En aquest sentit, la **fidedignitat** (sense manipulació) i la **confidencialitat** dels missatges electrònics es poden aconseguir utilitzant una **signatura electrònica reconeguda**, que equival a la signatura manuscrita a efectes jurídics. Aquest concepte i les garanties que s'han de complir perquè els dispositius de creació de signatures es puguin considerar segurs es regulen en la **Llei 59/2003, de**

**19 de desembre, de signatura electrònica.** Qualsevol missatge enviat per via electrònica (p. ex., un correu electrònic) és una signatura electrònica, una comunicació de voluntat feta per aquesta via; però únicament equival a la signatura manuscrita si l'emissor disposa dels mecanismes de xifratge i de tramesa que assegurin que no hi hagi hagut cap manipulació per tercers. Aquesta és la matèria, juntament amb unes altres qüestions, que regula la llei.

Per la seva banda, la **Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i comerç electrònic** (LSSICE) ha comportat una regulació global i nova de la contractació electrònica. En aquesta llei, es recull un concepte ampli de **serveis de la societat de la informació** que engloba, a més de la contractació de béns i serveis per via electrònica, el subministrament d'informació per aquest mitjà (p. ex., el que fan els diaris o revistes que es poden trobar a la Xarxa); les activitats d'intermediació relatives a la provisió d'accés a la Xarxa; la transmissió de dades per xarxes de telecomunicacions; la realització de còpies temporals de les pàgines d'Internet sol·licitades pels usuaris; l'allotjament en els mateixos servidors d'informació, serveis o aplicacions facilitats per uns altres, o la provisió d'instruments de recerca o d'enllaços a uns altres llocs d'Internet, i també qualsevol altre servei que es presti a petició individual dels usuaris (baixada de fitxers de vídeo o àudio, etc.), sempre que representi una activitat econòmica per al prestador. Aquests serveis són oferts pels operadors de telecomunicacions, els proveïdors d'accés a Internet, els portals, els cercadors o qualsevol altre subjecte que disposi d'un lloc a Internet per mitjà del qual dugui a terme les activitats indicades, inclòs el comerç electrònic.

La LSSICE ha estat reformada en diferents ocasions: a) per la Llei 32/2003, de 3 de novembre, general de telecomunicacions (BOE núm. 264, de 4 de novembre); b) per la Llei 59/2003, de 19 de desembre, de firma electrònica (BOE núm. 304, de 20 de desembre); c) per la Llei 25/2007, de 18 d'octubre, de conservació de dades relatives a les comunicacions electròniques i xarxes públiques de comunicacions (BOE núm. 251 de 19 d'octubre); i d) per la Llei 56/2007, de 28 de desembre, de mesures d'impuls de la societat de la informació (BOE núm. 312, de 29 de desembre).

## 6.2. L'empresari

L'empresari es pot definir com la persona física o jurídica que desenvolupa, en nom propi i habitualment, una activitat d'intermediació en el mercat de béns i serveis, i que adquireix la titularitat dels drets i les obligacions que són conseqüència d'aquesta activitat.

### 6.2.1. Persona física i persona jurídica

El Codi de comerç (art. 1 del Ccom) considera *empresari persona física* qui, tenint capacitat legal per a exercir el comerç, s'hi dedica habitualment. I pel que fa a l'*empresari persona jurídica*, només considera com a tal les **societats mercantils**, regulades pel mateix Codi de comerç o per lleis especials.

La catalogació com a empresari comporta, d'una banda, la subjecció a un conjunt de normes específiques que integren l'anomenat *estatut jurídic de l'empresari* i, d'altra banda, la qualificació de *mercantils* de determinats contractes pel fet d'intervenir en ells en la seva condició d'empresari (p. ex., comissió, dipòsit, préstec, etc.).

La dualitat dels nostres codis civil i de comerç fa que també es regulin separatament les **societats civils** i les mercantils. El Codi de comerç segueix un criteri formal:

"El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código." (art. 116 del Ccom)

I per això, part de la doctrina (aquesta és una qüestió molt discutida i encara oberta) considera que si la societat es constitueix en escriptura pública i s'inscriu en el Registre Mercantil, serem davant d'una societat mercantil. Per la seva banda, el Codi civil, que defineix la societat com "un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias" (art. 1665 del Cc), segueix un criteri objectiu (atén l'objecte social) per tal de determinar la naturalesa de les societats:

"Las sociedades civiles, por el objeto a que se consagren, pueden revestir todas las formas reconocidas por el Código de comercio. En tal caso, les serán aplicables sus disposiciones en cuanto no se opongan a las del presente Código." (art. 1670 del Cc)

Per això, s'ha considerat que són empresàries les societats civils que, fins i tot sense haver-se constituït amb les formalitats de les mercantils, tinguin un objecte mercantil, és a dir, que intervinguin en el mercat de béns i serveis.

A més a més, la realitat mostra que des de fa temps actuen en el mercat ens amb personalitat jurídica (públics i privats) que fan una activitat semblant a la de les societats mercantils (p. ex., caixes d'estalvis, cooperatives, societats agràries de transformació, etc.); i per això, la doctrina advoca per ampliar gradualment el concepte d'empresari, de manera que aquests operadors econòmics hi tinguin cabuda.

#### Comerçant

El Codi de comerç, que data de l'any 1885, utilitza l'expressió *comerçant* per a referir-se al que nosaltres coneixem com a *empresari*.

#### Empresari

Són empresaris les societats, no els socis pel simple fet de pertànyer-hi.



En matèria de societats, se sol fer una distinció fonamental pel que fa a la responsabilitat que assumeixen els socis. D'una banda, es troben aquelles en les quals la **responsabilitat dels socis és limitada**: es restringeix a l'aportació que s'ha de fer a la societat, que esdevé la responsable davant tercers (està subjecta al principi de responsabilitat patrimonial universal –art. 1911 del Cc–). Dins d'aquesta categoria, hi ha les societats mercantils, la SA, la SRL, la SLNE i la societat comanditària per accions. D'altra banda, es distingeixen les societats en què la **responsabilitat dels socis és il·limitada**, això és, va més enllà de l'aportació que s'obliguen a fer a la societat, de tal manera que, quan el patrimoni de la societat no sigui suficient per a pagar als creditors, aquests podran procedir contra el patrimoni dels socis que responen davant d'ells de manera solidària. En aquesta categoria, entren les societats civils i dues societats mercantils: la col·lectiva i la comanditària.

#### Limitar la responsabilitat

Les societats permeten, a més d'ampliar recursos, limitar la responsabilitat dels socis a l'aportació que facin. La responsabilitat de la societat és sempre il·limitada.

Els elements que caracteritzen les societats capitalistes s'oposen radicalment als de les personalistes. En aquest grup s'inclouen aquelles societats que no prenen en compte les condicions personals dels socis sinó la seva aportació de capital. Es tracta de societats en què la relació és *intuitus pecuniae* (p. ex: SA., SRL).

El Reial decret legislatiu 1/2010, de 2 de juliol, pel qual s'aprova el text refós de la llei de societats de capital (LSC) ha posat fi a la dispersió de la normativa que fins ara regulava les societats de capital i que generava discordances i llacunes respecte de les quals la doctrina i la jurisprudència oferien solucions dispars. La LSC considera i regula com a societats de capital la societat anònima, la societat de responsabilitat limitada i la societat comanditària per accions. Ara hi ha un règim jurídic bàsic i comú per a totes aquestes societats que es completa amb normes específiques i peculiars de cadascun dels tipus socials.

Per la seva banda, la Llei 25/2011, d'1 d'agost, de reforma parcial de la llei de societats de capital i d'incorporació de la directiva 2007/36/CE del Parlament Europeu i del Consell, d'11 de juliol, sobre l'exercici de determinats drets dels accionistes de les societats cotitzades ha modificat la LSC per reduir el cost d'organització i funcionament, modernitzar-la i suprimir algunes de les diferències més injustificades entre el règim de les societats anònimes i de les societats de responsabilitat limitada.

Els tipus principals de societat mercantil que hi ha són:

- Societat col·lectiva
- Societat comanditària
- Societat anònima
- Societat de responsabilitat limitada
- Societat limitada nova empresa
- Societat comanditària per accions

### 6.2.2. La societat col·lectiva

Regulada en els articles 125 i següents del Codi de comerç, la societat col·lectiva és la forma més simple i més antiga de societat mercantil. Aquesta societat neix a l'edat mitjana fruit de les necessitats dels mercaders de l'època i de l'evolució dels vincles familiars cap a vincles obligacionals propers, conseqüència de l'expansió geogràfica de les activitats i de la cerca de finançament fora de l'entorn familiar. L'aportació dels socis pot consistir en treball (**socis industrials**) o en béns i drets de contingut econòmic.

La societat col·lectiva és el prototip de societat personalista. En el seu règim jurídic estan presents totes les característiques típiques d'aquesta classe de societats:

**a) Responsabilitat personal, il·limitada, solidària i subsidiària dels socis col·lectius** pels deutes socials (art. 127 CdeC). És **subsidiària**, ja que per a satisfer els deutes de la societat cal procedir contra el patrimoni de la societat abans que contra el dels socis; **il·limitada**, atès que els socis hi responen amb tot el seu patrimoni; **solidària**, ja que a qualsevol d'ells s'exigeix el total de les reclamacions insatisfetes per la societat, sense perjudici del dret de repetició que té tot deutor solidari que paga. Davant del tercer creditor, cada soci es comporta com si fos deutor únic. I si un soci paga, pot reclamar a la resta de socis la part proporcional del deute pagat.

**b) Administració de la societat vinculada a la condició de soci** (art. 129 CdeC).

I, conseqüència de tot això:

**c) Subjecció de la transmissió de la condició de soci al consentiment de tots els altres socis** (art. 143 CdeC).

El contracte de societat col·lectiva ha de constar en escriptura pública i s'ha d'inscriure en el Registre Mercantil.

El contingut de l'escriptura pública està establert expressament. S'hi ha d'expressar el nom, cognom i domicili dels socis; la raó social; el nom i cognom dels socis als quals s'encomani la gestió de la companyia i l'ús de la signatura social; el capital que cada soci aporti en diner efectiu, crèdits o efectes, amb expressió del valor que es doni a aquests o de les bases sobre les quals se n'hagi de fer l'apreuament; la durada de la companyia; les quantitats que, si escau, s'assignin a cada soci gestor anualment per a les seves despeses particulars. També es poden consignar en l'escriptura tots els altres pactes lícits i condicions especials que els socis vulguin establir (art. 125 CdeC).

Malgrat que actualment la constitució de societats col·lectives és residual, la seva importància resideix en el caràcter de societat mercantil general del tràfic. Així, el règim jurídic de la societat col·lectiva s'aplica quan no resulta clar el tipus social constituït, quan s'ha de completar la normativa de tipus socials especials i quan, havent-se manifestat la voluntat de constituir una societat anònima o una societat de responsabilitat limitada, no es compleixen els requisits exigits per a constituir-les vàlidament i no obstant això desenvolupen activitats mercantils (art. 39.1 LSC).

### 6.2.3. La societat comanditària

Regulada en els articles 145 i següents del Codi de comerç, la societat comanditària es diferencia de la col·lectiva en el fet que, a més de l'existència de **socis col·lectius** als quals s'aplica el mateix estatut jurídic que el dels socis de la societat col·lectiva, hi ha altres socis que no hi responen de manera il·limitada, sinó només amb les aportacions que facin a la societat. Es denominen **socis comanditaris** i, a diferència dels col·lectius, no poden gestionar la societat i ni tan sols ser apoderats d'un soci gestor (art. 148 CdeC).

La prohibició de gestió es justifica, precisament, en el seu règim de responsabilitat limitat al que han aportat; més enllà d'això, els tercers no poden reclamar res. Si se'ls permetés gestionar la societat, podrien comprometre el patrimoni dels col·lectius escometent operacions més arriscades que les que escometrien aquests.

L'escriptura social de la societat en comandita ha d'incorporar les mateixes circumstàncies que la col·lectiva, constar en escriptura pública i inscriure's en el Registre Mercantil. La presència dels socis comanditaris comporta la necessària existència d'un patrimoni social inicial, encara que tots els col·lectius fossin socis industrials.

En la raó social, no es poden incloure mai els noms dels socis comanditaris.

Si algun comanditari inclou el seu nom o consent incloure'l en la raó social, queda subjecte, respecte als tercers, a les mateixes responsabilitats que els gestors, sense adquirir més drets que els que li corresponen com a comanditari.

### 6.2.4. La societat anònima

L'article 1.3 LSC estableix que, "en la societat anònima, el capital, que està dividit en accions, s'integra per les aportacions dels socis, els quals no responen personalment pels deutes socials".

L'anònima ha de tenir un **capital mínim** de seixanta mil euros i s'ha d'expressar precisament en aquesta moneda (art. 4.2 LSC). Amb això es vol aconseguir que aquesta forma social només l'emprin societats d'una certa entitat. Es constitueixen mitjançant escriptura pública i inscripció de la mateixa en el Registre Mercantil. La inscripció es publica en el *Butlletí Oficial del Registre Mercantil* (BORME). El capital social de la SA està dividit en accions. L'acció representa una part proporcional (alíquota) del capital, confereix al titular un conjunt de drets i és un títol de participació.

Les **accions representen parts alíquotes del capital social**, de manera que el resultat de multiplicar el nombre d'accions pel seu valor nominal ha de ser igual a la xifra de capital social. Es diu que les accions tenen tres valors diferents que no s'han de correspondre necessàriament: el valor nominal, el valor de mercat i el valor comptable. El valor nominal és el valor fixat com a part del capital social i és sempre el mateix (tret que es modifiqui per acord de la junta general en supòsits de modificació del capital). En canvi, el valor de mercat depèn de la bona o mala marxa de la societat. Quant al valor comptable, és

#### Capital social

El capital social és una xifra que es manté invariable al llarg de la vida de la societat, tret que, per acord de la junta, s'augmenti o redueixi.

El patrimoni, no obstant això, varia contínuament.

el resultat de dividir el patrimoni net comptable entre el nombre d'accions. El capital social de la societat anònima ha d'estar subscrit íntegrament (distribuït entre tots els socis) i desemborsat almenys una quarta part del valor nominal de cadascuna de les accions en moment d'atorgar l'escriptura de constitució de la societat.

L'acció confereix una sèrie de drets mínims al soci:

- a) El dret a participar en el repartiment de **beneficis** i en el patrimoni resultant de la liquidació quan aquesta es realitzi.
- b) El dret de **subscripció preferent**, que suposa que, quan la societat emeti noves accions (augmentant el capital) o obligacions convertibles en accions, l'accionista té dret a comprar-ne un nombre proporcional al valor nominal de les accions de les quals ja sigui titular.
- c) El dret d'**assistir i votar** a les juntes generals i el d'impugnar els acords socials.
- d) Finalment, el **dret d'informació** és un dret relativament limitat, ja que no implica que el soci pugui demanar tota la informació que vulgui, sinó que s'exerceix amb la possibilitat de consultar, amb un límit temporal abans de la celebració de la junta general, els documents relatius a aquesta, i durant la celebració de la junta general, de sol·licitar verbalment les informacions o aclariments que considerin convenients sobre els assumptes de l'ordre del dia.

**Les accions es poden** representar mitjançant títols (**títols valor de participació social**), que poden ser nominatius o al portador, o **mitjançant anotacions en compte**. Tots dos casos tenen la consideració de **valors mobiliaris** (art. 92.1 LSC). La representació mitjançant anotacions en compte es regeix per les regles del mercat de valors i implica un canvi del concepte de títol valor, ja que no existeix un títol material en el qual es plasmin els drets, sinó un simple assentament comptable, no susceptible de possessió ni lliurament material.

Les **aportacions** que faci el soci a la societat, que s'entenen fetes a títol de propietat, tret que expressament s'estipuli una altra cosa, poden ser de diners (aportacions dineràries) o de tot tipus de béns o drets patrimonials valorables econòmicament (aportacions no dineràries); se n'exclouen expressament les prestacions de treball i els serveis. La LSC estableix mecanismes per a controlar la realitat d'aquestes aportacions.

En els estatuts de les societats de capital es pot establir l'obligació, per a tots o algun dels socis, de fer prestacions accessòries diferents de les aportacions. N'ha d'expressar el contingut concret i determinat i si s'han de fer gratuïtament o mitjançant retribució, i també les eventuais clàusules penals per incompliment. En cap cas les prestacions accessòries integraran el capital social. Poden consistir a donar (p. ex. diners), fer (p. ex. prestar un servei) o no fer (p. ex. no fer competència a la societat).

**Els òrgans de la societat anònima són dues:** la junta general, que és l'òrgan deliberant i de decisió, i els administradors, que constitueixen l'òrgan d'execució.

Els auditors de comptes s'encarreguen de comprovar la veracitat i la correcció de l'administració dels comptes, però no són pròpiament un òrgan de la societat.

La idea bàsica és que la junta general decideix i l'òrgan d'administració executa. Aquesta separació de tasques, però, poques vegades es dona en la gran societat anònima, dominada sovint per uns quants socis majoritaris que controlen l'actuació de l'òrgan d'administració.

Les juntes generals poden ser ordinàries o extraordinàries, i han de ser convocades pels administradors de la societat. La junta **general ordinària** s'ha de reunir necessàriament dins dels sis primers mesos de cada exercici per a censurar la gestió social, aprovar, si escau, els comptes de l'exercici anterior i resoldre sobre l'aplicació del resultat. També es pot celebrar en qualsevol moment una **junta extraordinària** (que tracti d'assumptes diferents dels de la junta ordinària) per a decidir sense esperar a la junta general ordinària. D'altra banda, hi ja l'anomenada **junta universal**, que s'entén convocada i vàlidament constituïda per a tractar qualsevol assumpte sempre que estigui present o representat tot el capital social i els assistents acceptin per unanimitat la celebració de la junta. La junta universal es pot reunir en qualsevol lloc del territori nacional o de l'estranger (art.178 LSC).

Els **administradors** els tria la junta general i la designació és lliurement revocable. Excepte disposició contrària dels estatuts, no han de ser necessàriament accionistes, cosa que està d'acord amb el caràcter capitalista de la societat anònima.

Han d'exercir el càrrec durant el termini que assenyalin els estatuts socials, el qual ha de ser igual per a tots ells i no pot excedir de sis anys.

L'**estructura de l'òrgan d'administració** pot consistir en **un administrador únic** o en diversos. Si n'hi ha més d'un, la seva actuació pot ser de diferents tipus:

**a)** cada administrador pot disposar de plenes facultats de gestió i representació (**administradors solidaris**);

**b)** poden actuar per unanimitat (**administradors mancomunats**, el límit legal dels quals és dos);

**c)** poden operar mitjançant acords (**consell d'administració**). Si l'administració es confia conjuntament a més de dues persones, aquestes obligatòriament han de constituir l'anomenat *consell d'administració*, que pren les decisions per majoria dels membres presents, sempre que acudeixin a la reunió, o hi estiguin representats, la meitat més un dels components. Aquesta forma d'actuació facilita el funcionament ordinari de la societat.

#### **Càrrec d'administrador**

El càrrec d'administrador és gratuït, tret que els estatuts estableixin el contrari.

El consell pot delegar algunes de les funcions que té en comissions executives, o en un o més consellers delegats.

L'àmbit de representació dels administradors és ampli i inclou tots els actes compresos en l'objecte social delimitat en els estatuts. Cap limitació a aquest àmbit és vàlida davant de tercers i la societat respon fins i tot dels actes dels administradors que ordinàriament s'entenguin compresos dins de l'objecte social davant de tercer de bona fe que va actuar sense culpa greu, encara que n'estiguin exclosos pels estatuts.

D'aquesta manera, la societat sempre queda obligada per l'actuació dels administradors en aquests termes i es protegeix la seguretat del tràfic en el sentit que, en apoderar un administrador, es crea l'aparença que tindrà totes les facultats pròpies de l'objecte social; així, davant de tercer, aquesta aparença s'ha de fer efectiva.

A més del **deure de diligent administració**, als administradors se'ls imposen altres deures, com el de **lleialtat i el de secret**, i una sèrie de **prohibicions**: utilitzar el nom de la societat i invocar la condició d'administrador, aprofitar oportunitats de negoci, competència i intervenir en els acords o decisions relatius a operacions en les quals tinguin conflicte d'interessos.

En aquest context, hi ha aprovat un "codi de conducta" no obligatori, pensat sobretot per a societats que cotitzen, i que busca "moralitzar" l'actuació dels administradors de les grans companyies, cosa que a més afavoreix l'entrada d'administradors experts aliens als diferents grups d'accionistes.

Els administradors tenen l'obligació de **formular**, en el termini màxim de tres mesos comptats a partir del tancament de l'exercici social, **els comptes anuals**, l'informe de gestió i la proposta d'aplicació del resultat. Els comptes anuals comprenen el balanç, el compte de pèrdues i guanys, un estat que reflecteixi els canvis en el patrimoni net de l'exercici, un estat de fluxos d'efectiu i una memòria.

Aquests documents formen una unitat i s'han de redactar amb claredat i han de mostrar la imatge fidel del patrimoni, de la situació financera i dels resultats de la societat. Els comptes anuals han de ser aprovats per la junta general i dipositats en el Registre Mercantil. El balanç i el compte de pèrdues i guanys han de seguir l'estructura i les regles de valoració de les partides dels articles 35 i següents del Codi de comerç. Les societats poden presentar un balanç abreujat, en el qual no han de desglossar amb detall cadascuna de les partides si, durant dos anys consecutius, en la data de tancament de l'exercici concorren, almenys, dues de les circumstàncies següents: el total de les partides de l'actiu no supera els 2.850.000 euros; la xifra anual de negoci no supera els 5.700.000 euros; i el nombre mitjà de treballadors ocupats no supera els cinquanta (art. 257 LSC).

### Designació de funcions

En cas de ser nomenat administrador una persona jurídica, aquesta ha de designar una sola persona natural per a l'exercici permanent de les funcions pròpies del càrrec.

### Reserva legal

La societat anònima està obligada a realitzar una reserva legal. Així, una part dels beneficis de l'exercici (un 10% fins a arribar com a mínim al 20% del capital social) s'ha de reservar obligatòriament, de la qual només es pot disposar per a compensar pèrdues si no hi ha altres reserves disponibles (perquè les ha constituït voluntàriament la societat) suficients.

El **repartiment de dividendes** als accionistes només es pot fer amb càrrec al benefici net de l'exercici o a reserves de lliure disposició, i cal que el valor del patrimoni no sigui, ni quedi amb el repartiment, inferior al capital social (art. 273.2 LSC).

### 6.2.5. La societat de responsabilitat limitada

La societat de responsabilitat limitada (SRL) va sorgir com una forma híbrida entre la societat col·lectiva i l'anònima. Es buscava regular una societat amb responsabilitat limitada a l'aportació (al patrimoni social) però amb pocs socis que mantinguessin relacions personals entre si. Actualment està regulada en la LSC.

"En la societat de responsabilitat limitada, el capital, que està dividit en participacions socials, s'integra per les aportacions de tots els socis, els quals no responen personalment dels deutes socials." (art. 1.2 LSC)

Aquesta forma social pren, de l'anònima, la limitació de responsabilitat dels socis al patrimoni social, i en aquest sentit és capitalista; en canvi, pren de la societat col·lectiva elements reguladors propis de relacions personals entre pocs socis, units per vincles sovint familiars o afectius; i en aquest punt és personalista. D'això en resulta la diferència fonamental entre la societat anònima i la limitada: el capital d'aquestes està dividit en **participacions**, que són **quotes abstractes**, i constitueixen un conjunt de drets que no es poden incorporar a títols valor. La condició de soci no s'"objectiva", no s'incorpora a un títol, perquè és una cosa personal. La diferència no és solament abstracta. La participació no es pot subjectar mai a un règim de transmissió lliure, i fins i tot aquesta es pot arribar a prohibir; mentre que l'acció és, en principi, de lliure transmissió.

En la SRL es busca mantenir una comunitat personal; en l'anònima això, en principi, és igual, ja que la persona dels socis és irrellevant, el que importa és el capital. La visió teòrica del legislador és que l'anònima respon a una gran societat amb molts socis i relacions impersonals i la limitada, a una societat petita en què la relació personal és rellevant. El que ocorre és que, en la pràctica, és legalment possible una societat anònima petita amb comunitat personal entre els socis i una gran societat il·limitada. En aquest sentit, s'ha criticat el legislador espanyol que, en lloc de dissenyar dues formes socials amb trets distintius clars (una anònima gran empresa, amb un capital mínim més elevat i un règim societari rígid, i una limitada reservada per a la petita societat, amb un règim societari flexible i dispositiu), hagi creat dues formes societàries polivalentes.

La LSC considera la SRL societat de capital, igual que la SA. A continuació només assenyalarem algunes de les diferències més rellevants entre totes dues societats.

La constitució d'aquesta forma social requereix un capital social mínim de tres mil euros, que ha d'estar **enterament subscrit** (distribuït entre els socis) i **totalment desemborsat** des d'un principi (no hi ha dividendes passius). La creació de la SRL exigeix, igual que l'anònima, l'atorgament d'escriptura pública i la inscripció en el Registre Mercantil; amb la inscripció la societat adquireix la personalitat jurídica, però, a diferència de l'anònima, cal dur a terme els diferents tràmits telemàticament, no presencial.

La tramitació telemàtica la regula en part el RD 1332/2006, de 21 novembre, pel qual es regulen les especificacions i condicions per a l'ús del document únic electrònic (DUE), per a la constitució i la posada en marxa de societats de responsabilitat limitada mitjançant el sistema de tramitació telemàtica.

Igual que en la SA, únicament es poden aportar **béns o drets patrimonials** susceptibles de valoració econòmica. I hi ha un sistema de control d'aquestes aportacions.

No obstant això, el control difereix respecte al de l'anònima en les aportacions no dineràries, atès que no es fa un informe pericial sobre el valor del bé, sinó que els socis responen solidàriament davant de la societat i davant dels creditors socials de la realitat d'aquestes aportacions i del valor que se'ls hagi atribuït en l'escriptura.

El règim de les participacions és diferent del de les accions. Les **participacions socials no tenen el caràcter de valors, no poden estar representades per mitjà de títols o d'anotacions en compte ni es poden denominar accions** (art. 92.2 LSC).

En principi, totes les participacions atorguen els mateixos drets, però en els estatuts es poden crear classes de participacions (art. 94.1 LSC). Contràriament al que ocorre amb les accions de la SA, les participacions poden atorgar vot plural (alteració de la proporció entre el valor nominal i el vot).

La titularitat de cada participació consta en un llibre de registre. En cas de transmissió, aquesta ha de constar en el llibre de registre perquè el nou soci pugui exercir els drets com a tal davant de la societat (art. 104 LSC).

El més característic en matèria de participacions és el **règim de transmissió**. Davant del principi de lliure transmissibilitat d'accions, en la limitada regeix el principi contrari: les participacions **mai són lliurement transmissibles**.

El règim de **transmissió voluntària *inter vivos*** serà el que estableixin els estatuts, si bé s'haurà de subjectar a les regles de la LSC, que declara nul·les les clàusules estatutàries que facin pràcticament lliure la transmissió voluntària de les participacions socials per actes *inter vivos*. D'altra banda, estableix que únicament són **vàlides les clàusules que prohibien** la transmissió voluntària de les participacions socials per actes *inter vivos* si els estatuts reconeixen al



soci el **dret a separar-se** de la societat en qualsevol moment. No obstant això, els estatuts poden impedir la transmissió voluntària de les participacions per actes *inter vivos*, o l'exercici del dret de separació, durant un període de temps no superior a cinc anys a comptar de la constitució de la societat. Si no en disposen res els estatuts, **serà lliure la transmissió voluntària** de participacions per actes *inter vivos* entre socis, i també la realitzada en favor del cònjuge, **ascendent o descendent del soci o en favor de societats pertanyents al mateix grup** que la transmissió. Per a la transmissió a **un tercer diferent** dels enunciat, el soci que vulgui transmetre la seva participació o participacions **ho ha de comunicar per escrit als administradors**: hi ha de fer constar el nombre i les característiques de les participacions que pretén transmetre, la identitat de l'adquirent i el preu i altres condicions de la transmissió. La transmissió ha de ser **aprovada per la junta general**. La societat només pot denegar el consentiment si comunica al transmissor, per conducte notarial, la identitat d'un o diversos socis o tercers que adquireixin la totalitat de les participacions. Els socis concurrents a la junta general tenen preferència per a l'adquisició. (art. 107 LSC).

Quant a la **transmissió mortis causa**, en principi, l'hereu o legatari de les participacions es fa soci, però els estatuts poden establir un dret d'adquisició preferent a favor dels altres socis. També es regula la transmissió forçosa. Així, en cas d'embargament de participacions socials, els socis i, si així s'ha previst, la societat es poden subrogar en lloc d'adjudicar-se en la subhasta.

Els òrgans són, com en la societat anònima, la **junta general i els administradors**. La regulació bàsica és semblant a la de la societat anònima, però hi ha algunes diferències notables.

Es faculta la **junta general**, llevat de disposició contrària dels estatuts, a **impartir instruccions a l'òrgan d'administració** o sotmetre a autorització l'adopció per aquest òrgan de decisions o acords sobre determinats assumptes de gestió. Aquesta ingerència de la junta en els assumptes dels administradors no allibera aquests de la responsabilitat que l'execució de les instruccions pugui generar.

L'article 160 LSC recull, per a totes les societats de capital, una llista d'assumptes que són competència de la junta: aprovació dels comptes anuals, aplicació del resultat i aprovació de la gestió social; nomenament i separació dels administradors, dels liquidadors i, si escau, dels auditors de comptes, i també exercici de l'acció social de responsabilitat contra qualsevol d'ells; modificació dels estatuts socials; augment i reducció del capital social; supressió o limitació del dret de subscripció preferent i d'assumpció preferent; transformació, fusió, escissió o cessió global d'actiu i passiu i trasllat de domicili a l'estranger; dissolució de la societat; aprovació del balanç final de liquidació i qualsevol altres assumptes que determinin la llei o els estatuts.

La junta general és convocada pels administradors. El règim de la junta ordinària, extraordinària i universal és el que hem vist per a la societat anònima, atès que el TRLSC unifica el règim jurídic de les societats capital.

En matèria de **dret d'informació**, els socis poden sol·licitar per escrit, abans de la reunió de la junta general o verbalment durant aquesta, els informes o aclariments que considerin necessaris sobre els assumptes de l'ordre del dia. Els administradors estan obligats a proporcionar-los-hi, oralment o per escrit, d'acord amb el moment i la naturalesa de la informació sol·licitada, excepte en els casos en què, segons el parer del mateix òrgan, la publicitat d'aquesta perjudiqui els interessos socials. Aquesta excepció no és procedent quan la sol·licitud tingui el suport dels socis que representin, almenys, el 25% del capital social.

Hi ha, a més, una norma sobre el **conflicte d'interessos** que impedeix que el soci exerceixi el dret de vot en una sèrie de casos en els quals l'acord que es prendrà l'afecta especialment (art. 190 LSC).

Aquests casos es donen quan es tracti d'adoptar un acord que l'autoritzi a transmetre participacions de les quals sigui titular, que l'exclouï de la societat, que l'alliberi d'una obligació o li concedeixi un dret, o pel qual la societat decideixi anticipar-li fons, concedir-li crèdits o préstecs, prestar garanties a favor seu o facilitar-li assistència financera, així com quan, essent administrador, l'acord es refereixi a la dispensa de la prohibició de competència o a l'establiment amb la societat d'una relació de prestació de qualsevol tipus d'obres o serveis. Les seves participacions s'han de deduir del capital social per a computar les majories.

### **Societat unipersonal**

En l'àmbit de les societats de capital, és possible l'existència d'una **societat unipersonal**. Aquesta possibilitat, regulada en la LSC, reflecteix que el dret de societats respon cada vegada més a criteris purament tècnics, d'imputació de relacions jurídiques i organització de l'activitat empresarial. Amb això es perd la idea clàssica, tant personal com humana, que la societat és una manera de conjuminar esforços per a l'assoliment d'una finalitat comuna.

### **Societats limitades o anònimes laborals**

Les societats anònimes o limitades en les quals més del 50% del capital sigui de titularitat dels treballadors per temps indefinit i a jornada completa poden tenir el caràcter de societats laborals (Llei 4/1997, de 24 de març). A més, el nombre d'hores a l'any treballades pels treballadors per temps indefinit que no siguin socis no poden excedir del 15% en relació amb el total de les treballades pels socis treballadors. Aquestes societats tenen un tracte fiscal avantatjós.

### **Societats professionals**

Són societats que tenen per objecte social l'exercici en comú d'una activitat professional, que és aquella per a l'acompliment de la qual cal una titulació universitària oficial o una titulació professional per a l'exercici de la qual sigui necessari acreditar una titulació universitària oficial i la inscripció en el corresponent col·legi professional. Per tant, és la mateixa societat la que actua com a advocat, economista, auditor o metge, per exemple. Es poden constituir d'acord amb qualsevol de les formes societàries previstes en les lleis i es regeixen pel que disposa la Llei 2/2007, de 15 de març i, supletòriament, les normes

corresponents a la forma social adoptada, amb la qual cosa els socis hi han de respondre en funció d'aquesta forma.

### 6.2.6. La societat limitada nova empresa

La LSC regula la societat nova empresa com a limitada especial (art. 434 LSC), amb un capital que no pot ser inferior a 3.000 euros ni superior a 120.000 euros, que es pot constituir amb rapidesa utilitzant mitjans telemàtics i que gaudia, a més, d'un règim de comptabilitat simplificat. La inscripció es pot aconseguir a les 48 hores d'atorgar l'escriptura si es compleixen una sèrie de requisits. Aquestes facilitats, no obstant això, es veuen contrapesades amb una sèrie de regles especials més restrictives que les de la limitada ordinària. Així, a més del límit màxim de capital social,

- la denominació social ha d'estar formada pels dos cognoms i el nom d'un dels socis fundadors, seguits d'un codi alfanumèric;
- només poden ser socis les persones físiques, i no poden ser més de cinc en crear l'entitat;
- només es poden dur a terme modificacions en la denominació, el domicili social i el capital social; aquest últim, dins dels límits màxim i mínim.

Aquest nou tipus social ha tingut molt poc èxit en la pràctica, possiblement perquè les especialitats –totalment innecessàries– que s'introdueixen respecte al règim de la limitada ordinària la fan poc atractiva.

A més, com hem vist, el sistema telemàtic de creació s'ha estès a totes les SRL des de l'any 2006 i el règim simplificat de comptabilitat ha estat derogat el 2007. Els avantatges inicialment fixats, per tant, ja no són tals.

### 6.2.7. La societat comanditària per accions

La LSC ha incorporat la regulació que contenia el Codi de Comerç per a la societat comanditària per accions en els articles 151 a 157. En aquesta societat, el **capital està dividit en accions** i s'integra per les aportacions de tots els socis, la qual cosa fa que s'assembli molt a la societat anònima. A diferència d'aquesta, però, **un dels socis, almenys, respon personalment** dels deutes socials com a soci col·lectiu (art. 1.4 LSC). En la pràctica és molt infreqüent utilitzar aquest tipus social.

La peculiaritat d'aquest tipus social resideix en el fet que als administradors, pel simple fet de ser-ho, se'ls tracta com a socis col·lectius. D'aquesta manera, ha de figurar el nom en els estatuts socials; i, des que accepten el nomenament fins al moment de la publicació en el BORME de la inscripció del seu cessament, responen dels deutes socials de manera personal, subsidiària, solidària i il·limitada. La separació del càrrec d'administrador requereix la modificació dels estatuts socials i, si aquesta té lloc sense una causa justa, el soci té dret a la indemnització de danys i perjudicis. Els socis no gestors són socis comanditaris.

#### Societat comanditària per accions

La societat comanditària per accions es regeix, en allò que no està previst per a aquest tipus social, pel que estableix la LSC per a les societats anònimes (art. 3.2 LSC).

La LSC també regula la societat anònima europea, que és una anònima que opera en diversos països comunitaris (art. 455 i seg.), i les societats cotitzades, que són societats anònimes les accions de les quals estan admeses a negociació en un mercat oficial de valors (art. 495 i seg.). Per la seva banda, la Llei 3/2009, de 3 d'abril, sobre modificacions estructurals de les societats mercantils (LME) regula la transformació, fusió, escissió, cessió global d'actiu i passiu, i el trasllat internacional del domicili social de les societats mercantils (personalistes i capitalistes).

#### Agrupacions d'interès econòmic

D'altra banda, les agrupacions d'interès econòmic (Llei 12/1991, de 29 d'abril, d'agrupacions d'interès econòmic), són societats que compleixen una funció auxiliar per al desenvolupament de l'activitat econòmica dels seus socis, però sense que la societat participi en aquesta activitat ni hi incideixi. Es regeixen per la Llei 12/1991 i, en el que no s'hi recull, per les normes de la societat col·lectiva (la responsabilitat dels socis p. ex., és la mateixa que la dels socis de la col·lectiva). El supòsit típic d'agrupació d'interès econòmic és el de diversos professionals liberals (p. ex., arquitectes, economistes, advocats, metges, etc.) que busquen suportar en comú les despeses auxiliars (lloguer de local, material informàtic, auxiliars administratius, etc.).

### 6.2.8. Formalitats i obligacions comptables de l'empresari

La llei estableix diferents exigències formals i obligacions comptables per a la constitució i el desenvolupament de l'activitat empresarial.

#### a) Empresari persona física

El Codi de comerç no exigeix que l'empresari individual (empresari persona física) s'inscriui en el Registre Mercantil. L'article 1 considera comerciants a els qui, tenint capacitat legal per exercir el comerç, s'hi dediquen habitualment.

L'habitualitat en l'exercici del comerç es presumeix des que la persona que es proposi exercir-lo anuncia per circulars, diaris, cartells, rètols exposats al públic, o d'una altra manera qualsevol, un establiment que tingui per objecte alguna operació mercantil (art. 3 Ccom). Actualment cal pensar en l'anunci mitjançant qualsevol tecnologia de la informació i comunicació (TIC).

La **capacitat legal** per a l'exercici habitual del comerç es reconeix a les persones majors d'edat i que tinguin la lliure disposició dels seus béns (art. 4 Ccom). Els menors de divuit anys i els incapacitats, no poden iniciar el comerç, però poden continuar, per mitjà dels seus guardadors, el comerç que haguessin exercit els seus pares o els seus causants (art. 5 Ccom). Això és conseqüència del principi de conservació del negoci que regeix en dret mercantil.

**No poden exercir el comerç** ni tenir càrrec ni intervenció directa administrativa o econòmica en companyies mercantils o industrials:

- Les persones inhabilitades per sentència ferma en els casos previstos en la Llei concursal mentre no hagi conclòs el període d'inhabilitació.
- Els que, per lleis o disposicions especials, no puguin comerciar.

### **Càrrecs públics**

La mateixa prohibició, però limitada als districtes, províncies o pobles en què desenvolupen les seves funcions s'aplica a:

- Magistrats, jutges i funcionaris del Ministeri Fiscal en servei actiu.
- Caps governatius, econòmics o militars de districtes, províncies o places.
- Empleats en la recaptació i l'administració de fons de l'Estat, nomenats pel Govern, exceptuant-ne els que administrin i recaptin per assentament, i els seus representants.

**Els estrangers i les societats constituïdes a l'estranger** poden exercir el comerç a Espanya; amb subjecció a les lleis del seu país, en el que es refereixi a la seva capacitat per contractar, i a les disposicions d'aquest Codi, en tot allò que concerneixi a la creació dels seus establiments dins del territori espanyol, a les seves operacions mercantils i a la jurisdicció dels tribunals espanyols, amb excepció del que pugui establir-se pels tractats i convenis internacionals (art. 13 CCom).

A l'efecte d'interpretació d'aquest article, convé recordar que la pertinença a la Unió Europea obliga a respectar el lliure establiment de persones i prestació de serveis i la lliure circulació de persones, mercaderies, capitals i serveis.

**Si l'empresari individual és una persona casada**, responen dels deutes adquirits en l'exercici del comerç els béns propis del cònjuge que l'exerceixi (privatius) i els adquirits amb aquestes resultes (que, si estigués casat en règim de societat de guanys, serien comuns). Perquè els altres béns comuns quedin obligats, és necessari el consentiment de tots dos cònjuges (art. 6 Ccom). Aquest consentiment es presumeix quan s'exerceixi el comerç amb coneixement i sense oposició expressa del cònjuge que hagi de prestar-lo i quan, en contreure matrimoni, es un dels cònjuges estigués exercint el comerç i ho continués fent sense oposició de l'altre (arts. 7 i 8 CCom). El consentiment per obligar els béns propis (privatius) del cònjuge del comerciant ha de ser exprés en cada cas. Aquest pot revocar lliurement en qualsevol moment, tant el con-

sentiment exprés com el presumpte. El règim previst per a l'empresari casat s'aplica sempre que no hi hagin acords contraris continguts en capitulacions matrimonials degudament inscrites en el Registre Mercantil.

## b) Societats mercantils

Les societats mercantils han de constar obligatòriament en l'escriptura pública i han de ser inscrites en el Registre Mercantil.

La inscripció per a l'empresari social, a diferència del que ocorre amb l'empresari individual, és constitutiva en el sentit que, a partir d'aleshores, la societat tindrà la personalitat juridicomercantil i la plena capacitat d'actuació en el tràfic.

## c) Obligacions comptables

Per la incidència que tenen en el tràfic, els empresaris estan obligats a portar una comptabilitat ordenada que detalli les seves operacions (art. 25 i seg. del Ccom).

El Codi de comerç obliga a portar determinats llibres (**comptabilitat en sentit formal**): el **llibre diari** i el **llibre d'inventaris i comptes anuals** i, a més a més, per a les societats, serà obligatori el **llibre d'actes**. També podran portar uns altres llibres que considerin convenients. En tancar l'exercici, els empresaris també han de formular els comptes anuals de la seva empresa (**comptabilitat en sentit material**), que comprenen el balanç, el compte de pèrdues i guanys, un estat que reflecteixi els canvis en el patrimoni net de l'exercici, un estat de fluxos d'efectiu i la memòria. Aquests documents formen una unitat. L'estat de fluxos d'efectiu no serà obligatori quan així ho estableixi una disposició legal. Els comptes anuals s'han de redactar amb claredat i mostrar la imatge fidel del patrimoni, de la situació financera i dels resultats de l'empresa, de conformitat amb les disposicions legals. En la comptabilització de les operacions s'ha d'atendre la seva realitat econòmica i no només la seva forma jurídica (art. 34 del Ccom).

Per a desenvolupar la seva activitat, l'empresari necessita un suport físic (l'establiment mercantil) i la col·laboració de persones que poden estar subjectes a ell per un contracte laboral (personal laboral), o bé es pot tractar d'auxiliars independents (agents, intermediaris, distribuïdors, etc.) que subscriuen amb l'empresari contractes de naturalesa mercantil.

### 6.2.9. El concurs de creditors

El **concurs de creditors** té la seva base legal en la Llei 22/2003 de 9 de juliol, concursal. A partir de la seva entrada en vigor s'introdueix un únic procediment per a resoldre les situacions d'insolvència (tant civils com mercantils) davant del jutjat del mercantil, independentment que estiguem davant d'un concurs voluntari o necessari.

La llei preveu la possibilitat d'arribar a **acords de refinançament** (especialment amb entitats bancàries) com un recurs per evitar acudir a un procediment concursal davant una **situació d'insolvència**. La **declaració del concurs** es produeix quan no s'ha pogut superar la situació d'insolvència.

#### 1) Refinançament o renegociació del deute

La primera d'elles és el **refinançament** del deutor, o la renegociació de deutes amb els creditors (amb tots, o amb part d'ells, normalment les entitats financeres amb les quals es tinguin els deutes més quantiosos). Així, amb freqüència el deutor en dificultats negocia un refinançament (una millora de les condicions creditícies per als deutes ja existents, un termini més ampli per a pagar, etc.), però té por que en aquest interval els creditors puguin executar béns importants, o sol·licitar el concurs. Per això, l'article 5 bis LC permet al deutor posar en coneixement del jutjat que seria competent per a declarar el concurs que ha iniciat aquestes negociacions. Amb això, aconseguix que durant un termini de tres més un mesos no es puguin iniciar execucions sobre els béns i drets que siguin necessaris per a desenvolupar la seva activitat professional o empresarial; i que, si algun creditor sol·licita el concurs durant els tres mesos següents a la comunicació, aquesta sol·licitud no s'admeti a tràmit (art. 15.3 LC). Transcorreguts tres mesos, el deutor té un mes per demanar el concurs si no ha salvat la situació d'insolvència (pot ser que l'hagi salvada si va aconseguir refinançar-se adequadament, o si de sobte ha rebut comandes importants). Si ho fa dins d'aquest mes, s'entendrà que ha complert amb el deure de demanar el concurs a temps.

Aquesta comunicació de negociacions busca, per tant, guanyar temps per aconseguir un refinançament i evitar la insolvència (i el concurs). Ocorre, no obstant això, que, en la immensa majoria de supòsits, s'acaba sol·licitant el concurs. Per això, en l'argot financer sovint es parla d'una *situació de preconcurs*. Si es realitza una comunicació de l'article 5 bis LC, no se'n pot tornar a formular una altra dins del termini d'un any (s'evita, d'aquesta manera, l'encadenament de comunicacions, amb la finalitat d'impedir o paraitzar continuadament les possibles execucions).

Si l'acord de refinançament s'aconsegueix, es produeixen altres efectes:

a) serà irrevocable en el cas d'un concurs posterior (encara que aquest acord pot haver estat perjudicial per al deutor),

#### Concurs voluntari o necessari

El concurs voluntari s'obre a sol·licitud del propi deutor; el concurs necessari, a sol·licitud d'un creditor.

#### Acords de refinançament

Amb aquests acords, el deutor que es troba en situació d'insolvència actual o imminent, pretén renegociar les condicions dels seus crèdits intentant obtenir ampliacions dels seus crèdits o dels seus terminis, o fins i tot, aconseguir-ne de nous per a poder seguir realitzant l'activitat empresarial i superar, així, la situació d'insolvència, amb la qual cosa quedaria fora del pressupost objectiu de la declaració de concurs.

b) els ingressos de tresoreria ocasionats per l'acord seran, en el cas d'un concurs posterior, crèdits contra la massa en la seva meitat, i crèdits privilegiats en l'altra meitat (és l'anomenat “privilegi del *fresh money*”),

c) aquest acord podrà ser estès en determinats supòsits a la resta de creditors titulars de passius financers, fins i tot quan es tracti de crèdits dotats de garantia.

Aquesta “extensió” d'acords s'ha utilitzat en algunes ocasions amb èxit, “obligant” a creditors financers a quitacions i/o esperes pactades amb altres creditors.

La segona institució d'evitació del concurs, introduïda per la Llei de suport als emprenedors, és l'acord **extrajudicial de pagaments** (arts. 231 a 242 LC), reformada per la Llei 25/2015.

Mitjançant aquest acord, el deutor aconsegueix un conveni amb els creditors (amb la majoria de creditors, que vincula a la minoria) per a pagar els deutes amb ajornaments, quitacions, i fins i tot cessió de béns.

Com el seu nom indica, és un *acord extrajudicial*, perquè no s'acudeix a l'autoritat judicial (ni té les “garanties” pròpies d'un procés judicial), sinó que el deutor sol·licita del registrador mercantil (si és empresari o entitat inscribible al Registre Mercantil), d'un notari (si és persona física no empresari), o de la Cambra de comerç (si és persona jurídica, o una persona natural empresari) el nomenament d'un “mediador concursal” que elabori un pla de pagaments juntament amb el deutor, i el presenti als creditors.

Aquest acord el poden realitzar persones físiques o jurídiques, ja que és requisit (entre d'altres) la reduïda dimensió de l'activitat econòmica del deutor: si és persona física, el seu passiu no ha de superar els cinc milions d'euros, i si és persona jurídica, el seu concurs no ha de ser complex. La sol·licitud es publica i es comunica al jutjat que seria competent per a conèixer del concurs –es fa la comunicació de l'article 5 bis LC abans esmentada–, i des de llavors els creditors que puguin resultar afectats no podran iniciar ni continuar cap execució sobre el patrimoni del deutor durant el termini de tres mesos.

El notari o registrador nomenarà el mediador (si la sol·licitud es va dirigir a la Cambra de comerç, aquesta actuarà com a mediador), que haurà de reunir la condició de mediador d'acord amb la Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils, i per actuar com a administrador concursal.

La proposta d'acord extrajudicial de pagaments pot contenir esperes per un termini no superior a deu anys; quitacions, cessió de béns o drets en o per a pagament; i conversió de deute en accions, participacions o préstecs participatius. A més, inclourà un pla de pagaments, amb detall dels recursos que es preveuen per al seu compliment, i un pla de viabilitat. La majoria necessària per aprovar-ho és, com a regla general, el 60% del passiu.

En cas que s'aprovi, l'acord extrajudicial de pagaments provoca:

a) l'ajornament o remissió pactats,



b) la vinculació de tots els creditors (excepte els titulars de crèdits de dret públic i els creditors amb garantia real, en la part del crèdit que no excedeixi del valor de la garantia). Però fins i tot els creditors amb garantia real poden quedar vinculats si hi voten a favor, o si una majoria elevada del passiu amb garantia real hi vota a favor.

Si no s'aconsegueix un acord i es dóna el cas d'una situació d'insolvència del deutor, el mediador concursal ha de sol·licitar la **declaració de concurs**; i el mateix ocorre si s'aconsegueix un acord i s'incompleix. Les especialitats més rellevants d'aquest “concurso consecutiu” són que existeix un termini de comunicació de crèdits, i un tràmit d'elaboració i aprovació de l'informe concursal (no n'hi haurà prou, amb aquesta finalitat, amb els documents que s'haguessin elaborat, sense garanties judicials, a l'efecte de l'expedient extrajudicial); el mediador serà, en principi, l'administrador concursal; i els crèdits derivats de l'expedient extrajudicial tindran la consideració de crèdits contra la massa.

Hi ha especialitats en la tramitació de l'acord extrajudicial de pagaments quan es tracta de persones naturals no empresaris. D'entre elles cal destacar-ne les següents: que el propi notari a qui es realitza la sol·licitud podrà impulsar les negociacions entre deutor i creditors, sense nomenar per a això a un mediador; que s'escurcen els terminis fixats en el règim general per a certs tràmits; i que l'acord podrà consistir en quitacions, esperes o cessió de béns, però no en la conversió del deute (el deutor no és empresari, i no pot oferir a canvi accions, participacions ni préstecs participatius).

El problema de l'acord extrajudicial de pagaments és la falta de garanties (no hi ha una comprovació objectiva que les dades aportades pel deutor són correctes, que els creditors que voten són realment creditors i per aquesta quantia, etc.), i que ha de portar-se a terme en terminis molt curts (es comunica l'obertura de l'expedient al jutge que seria competent per a tramitar el concurs, i es disposa de quatre mesos per evitar execucions de béns i peticions de concurs pels creditors). Potser per això, aquesta figura ha tingut molt poc èxit fins avui.

## 2) La declaració de concurs: requisits i procediment

Qualsevol persona, física o jurídica, pot ser declarada en concurs, i fins i tot “entitats” que no tenen personalitat jurídica, com l'herència. Ara bé, sí que hi ha algunes especialitats per a certs tipus de subjectes (per a les societats).

El requisit objectiu per a declarar el concurs és la **situació d'“insolvència”** del deutor.

S'hi troba la persona que “no pot complir regularment les obligacions exigibles”.

La Llei fixa els casos en què s'entén que es manifesta aquest estat d'insolvència, i sobre la base dels quals podrà sol·licitar el concurs el deutor o un creditor: l'embargament infructuós de béns; el sobreseïment general en els pagaments; l'embargament generalitzat de béns del deutor; l'alçament de béns o la liquidació precipitada d'aquests; i l'incompliment general d'alguna d'aquestes obligacions durant tres mesos: obligacions tributàries, obligacions salarials, i pagaments a la Seguretat Social (art. 2.4 LC).

Després de la reforma de la Llei orgànica del poder judicial (LOPJ) de 21 de juliol de 2015, el coneixement dels concursos de persones naturals no empresaris correspon als jutjats de primera instància. I, els jutges mercantils tenen coneixement dels concursos de persones físiques empresaris i de persones jurídiques, que són la immensa majoria.

En qualsevol de tots dos casos, el **jutge competent** serà aquell en el territori del qual el deutor tingui el centre dels seus interessos principals, entenent per “centre” el lloc on el deutor exerceix de manera habitual i recognoscible per a tercers l'administració d'aquests interessos.

En el cas de deutor persona jurídica, es presumeix que el centre dels seus interessos principals es troba en el lloc del domicili social (però es podria demostrar el contrari, per a sol·licitar-ho en un altre), essent ineficax a aquests efectes el canvi de domicili operat en els sis mesos anteriors a la sol·licitud del concurs.

La sol·licitud de concurs pot fer-la el **deutor** (concurs voluntari). Amb això obliga els creditors a arribar a un acord, per a evitar més execucions, i a veure com superar una situació de crisi, etc. La Llei parteix de la premissa que és bo que el deutor sol·liciti el concurs quan prevegi una insolvència propera, o quan ja sigui insolvent, i per això n'“incentiva” la sol·licitud. Amb aquesta finalitat fixa un termini de dos mesos des que tingui coneixement, o hagi de tenir-ne, de la seva insolvència, per a sol·licitar el concurs. Si no ho fa en aquest termini, el concurs es presumirà culpable.

#### Contingut complementari

Si en aquest termini de dos mesos realitza la comunicació de l'article 5 bis LC, i després demana el concurs dins dels següents quatre mesos, també haurà complert el termini legal, i el concurs no es declararà culpable (si més no, per aquesta raó).

La sol·licitud de concurs també pot provenir de **qualsevol creditor (concurs necessari)**. No fa falta que la quantia del seu crèdit sigui important, qualsevol creditor pot demanar la declaració, si bé caldrà que la fonamenti en el fet que s'ha donat algun dels supòsits establerts en l'article 2.4 LC als quals abans s'ha fet referència.

A la pràctica, els concursos iniciats per sol·licitud de creditors han estat molt pocs (al voltant del 5%), perquè és difícil per a ells demostrar algun dels fets de l'article 2.4 LC, i s'arrisca a haver de suportar les despeses del procés si es desestima la sol·licitud.

El jutge admet a tràmit la sol·licitud si compleix els requisits legals (de legitimitat i d'aportació de la documentació fixada per la llei). Després d'això, si la sol·licitud la va presentar el deutor, declararà el concurs si de la documentació aportada, apreciada en el seu conjunt, en resulta l'existència de fets que acreditin la insolvència al·legada. Com s'observa, la declaració no és automàtica, sinó que el jutge ha de comprovar que hi ha insolvència. Si la sol·licitud la presenta un creditor, en alguns casos el jutge, automàticament, declara el concurs (si es basa en un embargament o en una recerca de patrimoni infructuosos o que hagués donat lloc a una declaració administrativa o judicial d'insolvència); i en els altres, dóna audiència a les parts. Quan s'hagin practicat les proves sol·licitades per les parts i s'hagin sentit aquestes parts, el jutge declararà o no el concurs.

Si es declara el concurs, l'acte de declaració es publica al BOE a mode d'extracte i s'insereix en el registre públic concursal. Aquest, no és un registre *stricto sensu*, sinó un simple portal al web en el qual es publiquen totes les dades rellevants sobre els concursos declarats. A més, aquesta situació es fa constar en els registres pertinents (civil, si és persona física; mercantil, si és empresari; i de la propietat o de béns mobles –si escau–, si existeixen béns inscrits a nom del deutor).

La **declaració del concurs** evita, per tant, que els creditors puguin cobrar el seu crèdit de manera separada: tots queden sotmesos a un mateix i únic procediment. D'altra banda, el deutor, ja no podrà actuar lliurement, sinó la seva activitat és intervinguda, o fins i tot pot arribar a ser l'administració concursal qui prengui les decisions patrimonials.

L'administració concursal és nomenada pel jutge en el mateix acte de declaració de concurs, i en general, l'integra una sola persona: un advocat en exercici, amb experiència d'almenys cinc anys, que hagi acreditat formació especialitzada en dret concursal; un economista, auditor de comptes o titulat mercantil, amb experiència d'almenys cinc anys, amb especialització demostrable en l'àmbit concursal.

El procés concursal té una **fase comuna** en la qual es determina la situació real d'insolvència o il·liquiditat del deutor. Es formula l'inventari i es valoren els béns que componen l'actiu; l'abast i el valor dels deutes que componen el passiu, així com l'ordre de cobrament dels creditors (que, a més, determina si queden vinculats, si escau, pel conveni); i les causes de la insolvència. Aquesta determinació la duu a terme l'administració concursal en el seu informe. A partir d'aquest informe, els creditors i el deutor tenen coneixement del patrimoni del deutor.

Seguidament, es decideix si s'intenta un **conveni**, o si s'acudeix a la **liquidació**. Si el deutor no sol·licita la liquidació, s'intenta arribar a un conveni, i poden haver-hi diverses propostes que, normalment, es voten en una junta general de creditors. Si no es proposa o aprova cap conveni, o si ho demana directament el deutor, es realitza la liquidació dels béns, amb la finalitat de pagar el que es pugui. En aquesta liquidació s'intentarà una venda del patrimoni del deutor com un conjunt, i es pagarà els creditors, per ordre, en funció de la seva graduació (creditors privilegiats, ordinaris o subordinats).

### **6.3. El consumidor. Defensa dels interessos del consumidor**

Fins fa poc, el consumidor era el subjecte passiu del mercat i, en conseqüència, els seus interessos no es tenien en compte directament a l'hora de regular l'activitat econòmica. La presa de consciència d'aquest fet es produeix a mitjan segle XX a Europa i Amèrica del Nord. En aquest moment, ja s'havia constatat que la debilitat econòmica o la falta d'informació del consumidor afavorien que s'aprofités aquesta situació per a imposar-li condicions contractuals abusives i oferir-li productes defectuosos. I per això, sorgeix el moviment de defensa del consumidor.

#### **El Reial decret legislatiu 1/2007**

El RD legislatiu de 16 de novembre, pel qual s'aprova el Text refós de la llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris i altres lleis complementàries, ha refós en un únic text la Llei 26/1984, de 19 de juliol, general per a la defensa dels consumidors i

usuaris i les normes de transposició de les directives comunitàries dictades en matèria de protecció dels consumidors i usuaris que incideixen en els aspectes regulats en aquesta, que regularitza, aclareix i harmonitza els textos legals que hagin de ser refosos.

El Text refós (TR) de la LGDCU considera consumidors o usuaris les persones físiques o jurídiques que actuen en un àmbit aliè a una activitat empresarial o professional. És a dir, intervenen en les relacions de consum amb fins privades, contractant béns i serveis com a destinataris finals, sense incorporar-los, ni directament, ni indirectament, a processos de producció, comercialització o prestació a tercers.

El TR incorpora, així mateix, les definicions d'empresari –persona física o jurídica que actua en el marc de la seva activitat empresarial o professional, ja sigui pública o privada–, productor, producte i proveïdor. El concepte de proveïdor és el de qualsevol empresari que subministra o distribueix productes en el mercat, que es distingeix del venedor, que, encara que no es defineix, és qui intervé en un contracte de compravenda en l'àmbit d'aplicació d'aquesta llei, actuant en el marc de la seva activitat empresarial.

Estructurat en quatre llibres, pel que fa a nosaltres, el més destacable és el segon, que regula les relacions jurídiques privades. Aquest llibre conté les disposicions generals dels contractes amb els consumidors i s'estableix el règim comú del dret de desistiment en aquells contractes en els quals es preveu tal dret, es preveu el règim jurídic en matèria de clàusules contractuals no negociades individualment i clàusules abusives. Es consideren 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. El TR recull una llista de clàusules abusives (arts 85 a 91), cosa que enforteix la protecció del consumidor que adquireix un habitatge. Considera clàusules abusives aquelles que li traslladin despeses que corresponguin al professional, com els impostos en els quals el subjecte passiu és el venedor, o les despeses de les connexions als subministraments generals de l'habitatge.

També es regulen els contractes amb consumidors subscrits a distància i fora dels establiments mercantils i el règim de garanties i serveis postvenda.

El llibre tercer conté el règim de responsabilitat civil per danys causats per productes i serveis defectuosos i regula la responsabilitat civil causada per productes defectuosos i per la resta dels béns i serveis.

El llibre quart incorpora la regulació específica sobre viatges combinats i conté el règim de resolució del contracte i el de responsabilitats.

En aquest context, també s'ha de destacar la **Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació (LCGC)**, que les conceptua com les clàusules predisposades la incorporació de les quals al contracte sigui imposada per una de les parts, independentment de l'autoria material d'aquestes, de la seva aparença externa, de la seva extensió i de qualssevol altres circumstàncies, i que hagin estat redactades amb la finalitat de ser incorporades a una pluralitat de contractes.

La contractació mitjançant condicions generals és imprescindible en una economia massificada en què no es pot discutir individualment cada un dels milions de contractes que es fan. Aquestes condicions generals poden aparèixer tant en les relacions de professionals entre ells com entre aquests i els consumidors. En un cas i en l'altre, s'exigeix que les condicions generals formin part del contracte, que siguin conegudes o que hi hagi possibilitat real de conèixer-les (alguns casos de contractació no escrita) i que es redactin de manera transparent, amb claredat, concreció i senzillesa. Però, a més a més, s'exigeix que no siguin abusives quan es contracta amb un consumidor. El concepte de clàusula contractual abusiva té, per tant, el seu àmbit propi en la relació amb els consumidors. La LCGC estableix que les clàusules pactades amb condicions generals que siguin il·legibles, ambigües, obscures o incomprensibles no formaran part del contracte (tant si es pacta amb els consumidors com si no).

Cada vegada es fa més atenció al consumidor o usuari com a participant fonamental en el mercat, tant en el pla nacional com en el comunitari. N'és un reflex la normativa adreçada a regular institucions relacionades amb el tràfic patrimonial privat. Així, al marge d'altres normes que veurem més endavant, podem esmentar:

1) **Llei de 24 de juny de 2011, de crèdit al consum** (a la qual s'ha fet referència en el punt 6.6), que centra la protecció en els consumidors, en la publicitat, a informar-los i determinar conceptes com el cost total del crèdit i la taxa anual equivalent (TAE), i intenta servir també per a donar més transparència al cost dels crèdits i per a poder contrastar les diferents ofertes.

2) **Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç detallista**. No només mira d'establir unes regles de joc en el sector de la distribució i regular noves fórmules contractuals, sinó també de corregir els desequilibris entre les grans i les petites empreses comercials i, sobretot, de mantenir la lliure i lleial competència, cosa que es materialitza en una millora continuada dels preus i de la qualitat i en unes altres condicions de l'oferta i el servei al públic, la qual cosa significa un benefici per als consumidors.

#### Clàusules abusives

Les clàusules abusives seran nul·les de ple dret i es tindran per no posades. La part del contracte afectada per la nul·litat s'integrarà conformement al que disposa l'article 1258 del Codi civil i al principi de bona fe objectiva (art. 83 TRLGDCU).

## 7. Tipologia de contractes

En el nostre dret hi ha una regulació civil dels contractes i una altra de mercantil. Les raons són purament històriques: la mentalitat del subjecte privat del segle XIX (de subsistència) es contraposava a la del comerciant (ànim de lucre). Avui dia aquesta duplicitat no té sentit, atès que la idea de lucre s'ha generalitzat. De fet, les lleis modernes de contractes solen regular figures concretes sense distingir si són civils o mercantils (contracte d'assegurança, contractes del mercat de valors, contracte de transport, etc.). També el dret privat comunitari projectat, que es tradueix ara com ara en el *Draft Common Frame of Reference* (DCFR) i en la Proposta de reglament relativa a una normativa comuna de compravenda europea, proposa una regulació única dels diferents contractes.

Quant a les **fonts de regulació**, els contractes mercantils es regeixen pel Codi de comerç i lleis especials, i si no n'hi ha, pel dret comú (art. 50 CCom). Els usos, no obstant això, són aplicables abans que el dret comú (art. 2 CCom). La jurisprudència, com ja sabem, no és font del Dret, però en la seva funció de “complementar” l'ordenament jurídic, resulta crucial en la interpretació i aplicació de les normes.

Enfront de la juxtaposició civil-mercantil, allò que sí està enfrontat a la regulació “ordinària” dels contractes és la figura dels **contractes amb consumidors**. Així, es distingeix una regulació B2B (*business to business*), d'aquella relació d'empresari a consumidor, B2C (*business to consumer*), i fins i tot de les relacions entre consumidors, C2C (*consumer to consumer*). No obstant això, aquesta regulació específica de contractes amb consumidors no ha de veure's com a inspirada en principis contraris a la regulació general B2C, sinó com a una exigència de major transparència per permetre que el consumidor pugui informar-se de manera adequada sobre el producte o servei.

A continuació, tractarem alguns dels contractes més comuns en la pràctica.

### 7.1. Compravenda

#### 7.1.1. Concepte

La compravenda és el contracte pel qual una de les parts s'obliga a lliurar una cosa determinada, i l'altra s'obliga a pagar-ne un preu determinat a canvi.

#### Contingut complementari

Un paper important del valor de la jurisprudència pot veure's en l'admissió de la clàusula *rebus sic stantibus*, en les STS 30 juny i 15 octubre 2015, enfront d'un criteri restrictiu plasmat en les STS 17 i 18 gener 2013.

Com en molts altres contractes, la compravenda es regula per partida doble, tant en el Codi civil (art. 1445 i seg.) com en el Codi de comerç (art. 325 i seg.). Aquest últim considera mercantil la compravenda de béns mobles quan la finalitat és lucrar-se en la revenda.

### Polèmica doctrinal

El Codi de comerç considera la compravenda mercantil aquella en la qual el comprador és un mediador entre el fabricant i el consumidor que espera obtenir un lucre per la diferència entre el preu del que compra i el que ven. No té importància que transformi el bé que compra per revendre'l. Hi ha una gran polèmica doctrinal sobre si la venda feta per un empresari a un consumidor és civil o mercantil (la majoria considera que és civil), i sobre quina és la naturalesa de l'adquisició de béns d'equip per a integrar-los en l'activitat empresarial (la majoria entén que l'adquisició de matèries primeres és mercantil i la de maquinària, civil). La raó de la polèmica és que el règim dels vicis ocults i del pas del risc és, com veurem a continuació, diferent en cada cas.

#### ¿Què és mercantil?

És mercantil tant la compra de fruita per a revendre-la tal qual, com la compra de fruita per a revendre-la transformada en suc.

### 7.1.2. L'obligació de lliurament. El sanejament

El venedor està obligat al lliurament del bé, és a dir, a transmetre la seva propietat al comprador i a respondre del sanejament.

La compravenda, per si mateixa, no transmet la propietat del bé, sinó que obliga a aquesta transmissió. Perquè el comprador sigui propietari es requereix l'acord de compravenda (títol) i el lliurament del bé (mode). A més de lliurar, el venedor ha de respondre del "sanejament", és a dir, que el bé és seu i no té cap defecte. El sanejament comprèn dos aspectes: sanejament per evicció i per vicis.

L'evicció s'esdevé quan es priva el comprador, per sentència ferma i en virtut d'un dret anterior a la compra, de tota o part de la cosa comprada (art. 1475 Cc). En aquest cas, el comprador té dret a exigir del venedor: la restitució del preu que tenia la cosa venuda en el temps de l'evicció –tant si és superior o inferior que el de la venda, els fruits o rendiments–, si s'hagués condemnat a lliurar-los a qui l'hagi vençut en el judici, les costes del plet, les despeses del contracte, si els hagués pagat el comprador, i els danys i interessos i les despeses voluntàries o de pur esbarjo o adornament, si es va vendre de mala fe (art. 1478 Cc). El venedor respon de l'evicció encara que no s'hagi expressat res en el contracte; tanmateix, els contractants poden augmentar, disminuir o suprimir aquesta obligació legal del venedor.

#### Suprimir o reduir l'evicció

Per a suprimir-la o reduir-la cal que el venedor ignori que no és el propietari (de bona fe); altrament, hi hauria un frau per part seva. Cal assenyalar que el joc de l'article 85 del Codi de comerç exclou la responsabilitat per evicció en el cas d'adquisicions fetes en botigues obertes al públic, ja que el comprador adquireix la cosa de manera irreivindicable. El verdader propietari deixa de ser-ho i només pot reclamar contra el venedor per haver alienat un bé que no era seu.

El **sanejament per vicis** obliga el venedor a respondre, encara que els ignori, pels vicis o defectes ocults que pugui tenir la cosa venuda, si la fan impròpia per a l'ús a què es destina, o si disminueixen de tal manera aquest ús que, en cas d'haver-los conegut el comprador, no l'hauria adquirit o hi hauria donat menys preu. No obstant això, el venedor no respon dels defectes manifestos o que estiguin a la vista, ni tampoc dels que no ho estiguin, si el comprador és un pèrit que, per raó del seu ofici o professió, els hauria de conèixer fàcilment (art. 1484 Cc).

### **Exclusió**

Es pot excloure aquesta responsabilitat sempre que el venedor ignori els vicis o defectes ocults de l'objecte venut.

El comprador, en cas de vicis ocults, pot optar entre desistir del contracte, cas en què se li abonen les despeses que va pagar, o rebaixar una quantitat proporcional del preu, segons el parer dels pèrits. Si el venedor coneixia els vicis o defectes ocults de la cosa venuda i no els va manifestar al comprador, li indemnitzarà, en cas de desistiment, els danys i perjudicis (art. 1486 Cc). Les accions per a fer la reclamació s'extingeixen als sis mesos en la compravenda civil (art. 1490 Cc) i als trenta dies en la compravenda mercantil (art. 342 Ccom), comptats des del lliurament de la cosa venuda.

El Codi de comerç es refereix també als **vicis o defectes en la quantitat o qualitat** i estableix terminis molt breus de reclamació per al comprador: en l'acte quan les mercaderies estan a la vista i quatre dies quan estan embolicades o embalades. En aquests casos, el comprador pot optar per la rescissió o pel compliment del contracte, d'acord amb el que es convingui, però sempre amb indemnització dels perjudicis que se li haguessin causat per aquests defectes (art. 336 Ccom).

### **Reconeixement de les mercaderies**

El venedor pot evitar aquesta reclamació exigint en l'acte del lliurament que es faci el reconeixement de les mercaderies, quant a quantitat i qualitat, a satisfacció del comprador.

En matèria de responsabilitat per vicis hi ha una regulació especial quan el comprador és un consumidor. Els articles 114 i seg. del TRLGDCU incorporen la regulació de la derogada Llei, 23/2003 de 20 de juliol, de garanties en la venda de béns de consum.

El venedor té l'obligació de lliurar al consumidor i usuari productes que siguin conformes amb el contracte, i de respondre davant seu de qualsevol falta de conformitat que existeixi en el moment del lliurament del producte.



### Article 116 TRLGDCU

Llevat de prova en contra, l'art. 116 TRLGDCU estableix que els productes són conformes amb el contracte sempre que compleixin tots els requisits que assenyalen, llevat que per les circumstàncies del cas algun no resulti aplicable, i que són:

- a) ajust a la descripció feta pel venedor i amb les qualitats presentades al consumidor i usuari en forma de mostra o model;
- b) aptitud per als usos a què ordinàriament es destinin els productes del mateix tipus;
- c) aptitud per a qualsevol ús especial requerit pel consumidor i usuari quan l'hagi posat en coneixement del venedor en el moment de subscriure el contracte, sempre que aquest hagi admès que el producte és apte per a l'ús esmentat;
- d) qualitat i prestacions habituals d'un producte del mateix tipus que el consumidor i usuari pot esperar amb fonament, tenint en compte la naturalesa del producte i, si escau, les declaracions públiques sobre les característiques concretes dels productes fetes pel venedor, el productor o el seu representant, en particular en la publicitat o en l'etiquetatge.

No hi ha lloc a responsabilitat per faltes de conformitat que el consumidor i usuari coneixen o no han pogut ignorar amb fonament en el moment de la realització del contracte o que tenen l'origen en materials subministrats pel consumidor i usuari.

El consumidor i usuari té dret a la reparació del producte, a la substitució, a la rebaixa del preu o a la resolució del contracte, d'acord amb el que es preveu en el TRLGDCU.

### Incompatibilitats

L'exercici d'aquestes accions és incompatible amb l'exercici de les accions derivades del sanejament per vicis ocults de la compravenda. En qualsevol cas, el consumidor i usuari té dret, d'acord amb la legislació civil i mercantil, a ser indemnitzat pels danys i perjudicis derivats de la falta de conformitat.

### 7.1.3. El pas del risc

La doctrina del risc en la compravenda determina qui ha de suportar les conseqüències de la pèrdua de la cosa per cas fortuït o força major.

Si el risc el suporta el venedor, el comprador pot resoldre el contracte (el venedor quedarà sense el bé i sense el preu), o exigir el lliurament d'una altra cosa igual si era genèrica (el venedor perdrà dues coses i rebrà el preu d'una). Si el suporta el comprador, haurà de pagar el preu encara que no hagi rebut el bé, o si l'ha rebut i l'ha perdut.

La doctrina entén que en la compravenda civil el risc passa al comprador amb la perfecció del contracte (amb l'acord de compravenda). Des de llavors la pèrdua de la cosa per cas fortuït o força major l'ha de suportar el comprador. En canvi, en la compravenda mercantil el pas del risc es produeix amb el lliurament de la cosa (art. 331 i 333 Ccom), si bé, el lliurament s'entén fet per part del venedor amb la posada a disposició del comprador de la cosa objecte de la compravenda (als seus magatzems, a bord del vaixell o de l'aeronau que la transporta al lloc indicat pel comprador etc.).

## L'acte de lliurament

El lliurament és un acte que requereix la col·laboració del comprador. Aquest ha d'aprehendre la cosa comprada, i per això es considera que quan el venedor ha fet tots els actes que permeten l'aprehensió per part del comprador, ha lliurat la cosa. La posada a disposició s'assimila al lliurament, a l'efecte que el venedor no hagi de suportar un risc injustificat per la demora en rebre del comprador, encara que objectivament són actes diferents.

### 7.1.4. Règims especials

a) En matèria de compravenda internacional, el **Conveni de Viena** d'11 d'abril de 1980 (firmat per Espanya el 1990) s'aplica, bàsicament, en el cas que un ciutadà espanyol porti a terme una compravenda amb un ciutadà estranger que sigui nacional d'un país que també hagi firmat el Conveni.

b) També se solen aplicar en l'àmbit del comerç internacional (i també en el nacional), quan comprador i venedor es troben en llocs diferents, una sèrie de regles encunyades per la pràctica comercial internacional anomenades **INCOTERMS**. En aquest cas no s'aplica ni el Codi de comerç ni la normativa nacional dels contractants.

Els INCOTERMS (*international commercial terms*) no són costum verdader ni normes que obliguin per elles mateixes, sinó que obliguen les parts perquè aquestes, voluntàriament, decideixen que s'apliquin. Fan referència no solament al contracte de compravenda i al pas del risc, sinó també al transport (qui el contracta, qui el paga, des d'on es fa) i a l'assegurança.

#### Dos exemples

Si, p. ex., les parts estableixen que la compravenda es fa FOB (franc a vaixell o *free on board*), el venedor s'obliga a lliurar a bord del vaixell i, fins llavors, suporta les despeses de transport i els riscos de pèrdua de la mercaderia per cas fortuït o força major; l'assegurança la contracta el comprador i aquest també paga el noli (preu del transport marítim), i les llicències d'exportació les ha de gestionar el venedor.

Si, p. ex., les parts estableixen que la compravenda és CIF (cost, assegurança i noli o *cost, insurance and freight*), el comprador ha de pagar el preu de la compravenda, l'assegurança i el noli, i suporta els riscos per cas fortuït o força major des del moment que el venedor lliura a bord del vaixell.

c) La Llei de **venda de béns mobles a terminis**, de 13 de juliol de 1998, conté la regulació dels contractes de venda a terminis de béns mobles corporals no consumibles i identificables, i n'exclou les compravendes destinades a la revenda al públic (les mercantils). La llei exigeix que el contracte consti per escrit i estableix un contingut mínim. El comprador pot desistir de l'adquisició en un termini de set dies des del lliurament del bé, i també pot anticipar en qualsevol moment els terminis que li quedin per pagar, i així estalvia els interessos corresponents als terminis esmentats i satisfà una compensació per anticipació. Possiblement el més destacable d'aquesta llei és la regulació del Registre de venda a terminis de béns mobles, integrat en el Registre de béns

#### Cosa genèrica

Si la cosa és genèrica, el risc només passa al comprador quan la cosa estigui especificada (art. 1452 Cc i 334.1 Ccom), en el sentit de concretada dins d'un gènere. Per exemple, 100 l de vi d'una qualitat determinada d'una collita concreta.

#### Fixació dels INCOTERMS

Els incoterms es fixen periòdicament per part de la Cambra de Comerç Internacional.

mobles, i l'eficàcia que atribueix a les inscripcions en aquest. Les parts poden pactar que la propietat del bé no s'adquireixi fins al pagament de l'últim termini (clàusula de reserva de domini).

Si el contracte s'inscriu en el Registre la clàusula de reserva de domini serà oposable a qualsevol tercer, encara que no la conegui.

### 7.1.5. Contractes afins a la compravenda

A banda dels règims especials de determinades compravendes, hi ha determinats negocis jurídics que s'assimilen a la compravenda.

La **permuta** és el contracte pel qual "cada un dels contractants s'obliga a donar una cosa per rebre'n una altra" (art. 1538 Cc). En ser tan semblant a la compravenda, els codis no la regulen de manera específica, sinó que declaren aplicable a aquesta les regles de la compravenda (art. 1451 Cc i 346 Ccom), si bé les obligacions, per a totes dues parts, són les del venedor (no hi ha comprador, és a dir, la persona que paga el preu).

El **subministrament** és un contracte pel qual es fixen una sèrie de terminis per al lliurament i pagament d'una certa quantitat de béns en cada termini. És semblant a una sèrie de compravendes successives, prefixades en terminis i quantitats. A diferència de la compravenda a terminis, en el subministrament cada remesa és independent de les altres.

En el contracte estimatori una part lliura a una altra una sèrie de béns perquè aquesta els vengui i li torni al cap d'un temps el preu dels béns venuts i la resta de béns no venuts.

#### Quiosquers

Els quiosquers fan contractes estimatoris amb revistes, diaris, col·leccionables, etc.

### 7.2. La donació

La donació és un acte de liberalitat pel qual una persona (donant) disposa gratuïtament d'una cosa a favor d'una altra (donatari), que l'accepta (art. 618 del Cc).

La donació consisteix, per tant, en el lliurament d'un bé sense contraprestació a canvi, i per això és el contracte gratuït per excel·lència.

#### Quan sí n'hi ha contraprestació

No obstant això, en determinats casos pot ser rellevant una certa contraprestació del donatari, la qual cosa enterboleix el caràcter gratuït de la donació. Així, es pot fer la donació per a compensar els serveis prestats per una persona, sempre que no constitueixin deutes exigibles. Un exemple és el de les propines, que són donacions remuneratives. D'altra banda, en la donació es pot imposar un petit gravamen al donatari, de valor molt inferior al que es rep.

La donació no ha estat mai vista amb gaire favor per part de l'ordenament, perquè considera en principi estrany que una persona es desprengui d'un bé a canvi de res (es podria tractar d'un moment d'eufòria o d'una decisió presa sense haver-ne sospesat les circumstàncies). Per això el Codi civil imposa una forma determinada per a les donacions d'immobles, que han de constar en escriptura pública, i que prohibeix al donant empobrir el seu patrimoni en perjudici dels seus hereus o creditors (si la donació es fa en frau d'aquests, es pot revocar la donació (art. 1111 i 1291.3 Cc). En aquesta línia, el donant també s'ha de reservar, en plena propietat o en usdefruit, els béns necessaris per a viure en un estat corresponent a les seves circumstàncies (art. 634 Cc) i no pot donar per via de donació més del que pot donar per testament, de tal manera que és inoficiosa en tot el que excedeixi aquesta mesura (art. 636 Cc).

Com és regla general de tot contracte, la donació és irrevocable. Tanmateix, el Codi civil permet que el donant recuperi els béns en certs casos: quan tingui fills o sàpiga que en té amb posterioritat a la donació (art. 644 Cc), quan s'incompleixin els gravàmens imposats al donatari i en el supòsit d'ingritud d'aquest (art. 648 Cc).

### 7.3. Guarda i custòdia de béns

Els propietaris de béns de vegades no poden o no volen custodiar-los, i encomanen aquesta tasca a terceres persones. El **contracte de dipòsit** és aquell pel qual una persona (dipositari) guarda un bé d'una altra (dipositant) amb la finalitat estricta de custodiar-lo. Quan a l'única finalitat de guarda o custòdia s'afegeix la possibilitat d'ús per part del dipositari, no hi ha dipòsit verdader. Per això els codis assenyalen que en tals casos no s'apliquen les regles del dipòsit, sinó les del préstec (penseu en el dipòsit de diners) o les del contracte de què es tracti (art. 1768 Cc i 309 Ccom).

El dipòsit és un contracte real, és a dir, es perfecciona amb el lliurament de la cosa (art. 1758 Cc i 305 Ccom). Si és civil, és gratuït, llevat de pacte en contra (art. 1760 Cc), mentre que si és mercantil, és retribuït, llevat de pacte en contra (art. 304 Ccom). Perquè el dipòsit sigui mercantil es requereix que almenys el dipositari sigui comerciant, que les coses dipositades siguin objecte de comerç i que el dipòsit constitueixi per si mateix una operació mercantil, o es faci com a causa o a conseqüència d'operacions mercantils (art. 303 Ccom). El dipositari pot retenir la cosa dipositada fins que se li pagui el preu del dipòsit o els danys i perjudicis ocasionats (art. 1780 Cc)

Un supòsit especial de dipòsit és el fet en **magatzems generals de dipòsit**, que són entitats dedicades professionalment a la custòdia de béns no peribles. Els magatzems lliuren al dipositant documents transmissibles que permeten transmetre els béns mentre aquests són dipositats. També poden ser donats en penyora mitjançant la transmissió a terceres persones d'un títol denominat *warrant*.

#### La donació a Catalunya

Vegeu els arts. 531-7 a 531-22 CCCat. El Llibre V CCCat no regula la donació com un contracte, sinó com un sistema d'adquisició de béns (art. 531-1 CCCat).

La Llei 40/2002, de 14 de novembre, regula el contracte d'**aparcament de vehicles**, i estableix el règim jurídic aplicable als aparcaments en què una persona cedeix, com a activitat mercantil, un espai en un local o recinte del qual és titular per a l'estacionament de vehicles de motor, amb els deures de vigilància i custòdia durant el temps d'ocupació, a canvi d'un preu determinat en funció del temps real de prestació del servei. S'exclouen, entre d'altres, els aparcaments gratuïts i els que es fan a la via pública (encara que s'hi pagui). L'empresari ha de respondre de la custòdia del vehicle i dels accessoris units a aquest de manera inseparable. El pacte en contra –que solia constar en el document que expedeix automàticament la maquina d'entrada–, que esmentava que no es responia de la sostracció, és invàlid.

## 7.4. L'arrendament de béns

L'**arrendament de béns** és un contracte pel qual una de les parts (llogater) s'obliga a donar a l'altra (arrendatari) el gaudi o ús d'una cosa per temps determinat i preu cert (art. 1543 Cc).

S'hi permet, per tant, a una persona, l'ús i gaudi d'una cosa amb pagament d'un preu o renda al propietari.

### Arrendament d'obres i serveis

L'arrendament de béns és diferent de l'**arrendament d'obres o serveis**, pel qual "una de les parts s'obliga a executar una obra o a deixar a l'altra un servei per un preu cert" (art. 1544 Cc). De l'**arrendament de serveis** neix una obligació de fer; el seu objecte és l'activitat o feina que ha de desenvolupar una de les parts. La regulació que fa el Codi civil referida a criats i a assalariats resulta desfasada actualment i la major part de les relacions de serveis dependents per compte d'altri estan subjectes al dret laboral. De l'**arrendament d'obra** neix una obligació de resultat, i el seu objecte és l'obra o resultat que s'ha de produir. Malgrat la inclusió dins dels arrendaments, el d'obra no té res a veure amb aquesta figura, i el Codi civil no parla de llogater i arrendatari, sinó d'amo de l'obra i contractista. Malgrat que l'objecte d'aquest contracte pot ser molt variat (la jurisprudència ha reconegut com a tals, p. ex., la instal·lació de radiadors, la col·locació de pròtesis dentals i la construcció i instal·lació de grues de càrrega i descàrrega en un vaixell), el Codi civil centra la seva regulació en la construcció, reparació i rehabilitació d'edificis.

### 7.4.1. Règim general del Codi civil

La regulació continguda en el Codi civil s'aplica a tots els arrendaments de béns mobles, i també als arrendaments d'immobles no subjectes a lleis especials (p. ex., l'arrendament d'una finca rústica per a ús recreatiu).

Com a obligacions del llogater es poden assenyalar la de lliurament a l'arrendatari de la cosa objecte del contracte, la de fer durant l'arrendament totes les reparacions necessàries a fi de conservar-la en estat de servir per a l'ús al qual ha estat destinada i la de mantenir l'arrendatari en el gaudi pacífic de l'arrendament per tot el temps del contracte (art. 1453 Cc).

Respecte a les obligacions de l'arrendatari, aquestes són pagar el preu de l'arrendament, usar la cosa arrendada com un diligent pare de família, destinant-la a l'ús pactat i, en defecte de pacte, al que s'infereixi de la naturalesa de la cosa arrendada segons el costum de la terra, a pagar les despeses que ocasioni l'escriptura del contracte (art. 1555 Cc) i a respondre del deteriorament o pèrdua que tingués la cosa arrendada, tret que es provi que no s'ha ocasionat per culpa seva (art. 1563 Cc).

Dins de l'arrendament es poden assenyalar dues figures: la de cessió de l'arrendament i la del sotsarrendament.

La cessió implica un canvi en la persona de l'arrendatari, i exigeix, com és regla general en el canvi de deutor, el consentiment del creditor (aquí, el llogater).

El Codi civil no regula la cessió però la doctrina entén que és possible amb aquest consentiment.

En el sotsarrendament l'arrendatari (sotsarrendador) lloga, al seu torn, el bé arrendat a un tercer (sotsarrendatari).

En general, encara que hi ha excepcions, no hi ha relació jurídica ni drets exigibles entre el propietari i el sotsarrendatari.

L'arrendatari pot subarrendar si això no està prohibit expressament en el contracte (art. 1550 Cc).

#### **7.4.2. Règim especial dels arrendaments urbans**

Els arrendaments urbans estan regulats per la Llei 29/1994, de 24 de novembre (LAU). La regulació d'aquests arrendaments ha estat afectada per vaivens importants en la política legislativa.

##### **La regulació dels arrendaments**

La llei anterior, de 24 de desembre de 1964, defensava fèrriament els drets de l'arrendatari. Destacava el règim de la pròrroga forçosa, que consistia en la possibilitat que tenia l'arrendatari, si així ho desitjava, de prorrogar l'arrendament de manera indefinida, alhora que aquest dret era transmissible als seus hereus i, fins i tot, a certs familiars en transmissions *inter vivos*. D'altra banda, les rendes antigues s'havien convertit en ridícules per efecte de la inflació (especialment en els arrendaments realitzats abans de 1956). Amb aquestes condicions ningú no volia llogar el seu habitatge o el seu local de negoci, amb la qual cosa la protecció es va tornar en contra del protegit. Aquesta situació es va modificar amb el Decret llei de 30 d'abril de 1985, que va establir el règim de lliure determinació de les parts de la durada dels contractes subscrits després de l'entrada en vigor d'aquesta. Amb aquesta nova regulació l'efecte va ser contrari a la regulació de 1964 i l'arrendatari mancava d'una garantia mínima de permanència en l'habitatge o local. La Llei 29/1994 ha estat modificada per la Llei 4/2013, de 4 de juny, de flexibilització i foment del mercat de lloguer d'habitatges, i per la Llei 2/2015, de 30 de març, de desindexació de l'economia espanyola.

La LAU actual distingeix els arrendaments de finques urbanes **que es destinen a habitatge** i els que es destinen a usos **diferents del d'habitatge**. El primer és el que recau sobre una edificació habitable, la destinació primordial de la qual és satisfer la necessitat permanent d'habitatge de l'arrendatari. La LAU estableix una sèrie de normes de caràcter imperatiu dirigides a protegir l'arrendatari.

La LAU considera com a usos diferents de l'habitatge els arrendaments de finques urbanes realitzats per temporada, d'estiu o qualsevol altra, i els realitzats perquè s'exerceixi a la finca una activitat industrial, comercial, artesanal, professional, recreativa, assistencial, cultural o docent, qualssevol que siguin les persones que les portin a terme. Aquests arrendaments no tenen protecció especial, i el règim es deixa al pacte de les parts.

#### La LAU de 1964

Amb la LAU de 1964 l'arrendatari d'un local de negoci gaudia d'una sèrie de drets irrenunciabls: pròrroga forçosa, dret de traspàs del local sense necessitat de consentiment del propietari, etc. Actualment, la normativa només s'aplica si les parts no l'exclouen de manera expressa i fan referència a cada un dels preceptes exclosos.

La durada de l'arrendament d'habitatge és pactada lliurement per les parts. Si aquesta és inferior a cinc anys, arribat el dia de venciment del contracte aquest es prorroga obligatòriament per terminis anuals fins que l'arrendament assoleixi una durada mínima de cinc anys, llevat que l'arrendatari manifesti al llogater la seva voluntat de no renovar-lo amb, com a mínim, trenta dies d'antelació a la data d'acabament del contracte o de qualsevol de les seves pròrrogues (art. 9.1 LAU).

Si passats els cinc anys de durada, cap de les parts no notifica a l'altra, almenys amb un mes d'antelació, la seva voluntat de no renovar-lo, el contracte s'ha de prorrogar obligatòriament per terminis anuals fins a un màxim de tres anys més (art. 10.1 LAU).

La renda és fixada lliurement per les parts i durant els cinc primers anys s'actualitza obligatòriament prenent com a referència l'índex de preus al consum. Si, arribada la data de venciment del contracte, una vegada transcorreguts com a mínim cinc anys de durada, cap de les parts no notifica l'altra, almenys amb un mes d'antelació a aquella data, la voluntat de no renovar-lo, el contracte s'ha de prorrogar obligatòriament per terminis anuals fins a un màxim de tres anys més. Passat aquest termini, la renda s'incrementa pel sistema que hagin pactat les parts i, si no n'han pactat cap, per l'IPC. Les despeses necessàries ha de realitzar-les el llogater, i l'arrendatari ha de consentir que es realitzin obres de millora l'execució de les quals no pugui ajornar-se raonablement fins al final de l'arrendament.

#### Arrendament d'un local

L'arrendament de local destinat a una activitat empresarial o professional pot ser, llevat de pacte exprés en contra, cedit i subarrendat sense necessitat del consentiment del propietari, encara que se li ha de notificar fefaentment i aquest té dret a un increment de la renda.

Si el propietari vengués l'habitatge arrendat, l'arrendatari té dret de tempteig i de retracte per aconseguir l'habitatge en propietat, amb el mateix preu que el tercer que volia adquirir-la. La cessió del dret d'arrendament requereix el consentiment escrit del llogater, i també el sotsarrendament, que només pot ser parcial.

En cas de mort de l'arrendatari, es poden subrogar al contracte:

- a) el cònjuge de l'arrendatari que conviscués amb ell,
- b) la persona que hagués conviscut amb l'arrendatari de manera permanent en relació d'afectivitat anàloga a la de cònjuge, amb independència de la seva orientació sexual, durant, almenys, els dos anys anteriors al temps de la mort,
- c) els descendents de l'arrendatari que en el moment de la mort estiguessin subjectes a la seva pàtria potestat o tutela o que haguessin conviscut habitualment amb ell durant els dos anys precedents;
- d) els ascendents i germans de l'arrendatari que hi haguessin conviscut habitualment durant els dos anys precedents a la seva mort, i
- e) les persones diferents de les esmentades que sofreixin una minusvalidesa igual o superior al 65%, sempre que tinguin una relació de parentiu fins al tercer grau col·lateral amb l'arrendatari i hagin conviscut amb aquest durant els dos anys anteriors a la mort (art. 16 LAU).

### 7.4.3. Règim especial dels arrendaments rústics

La Llei 49/2003, de 26 de novembre, d'arrendaments rústics (LAR), s'aplica a aquells contractes mitjançant els quals se cedeixen temporalment una o diverses finques, o part d'aquestes, per a l'**aprofitament agrícola, ramader o forestal** a canvi d'un preu o renda. Es poden realitzar arrendaments rústics entre persones físiques o jurídiques.

Cal destacar el canvi d'orientació que representa la supressió del requisit de la "professionalitat", exigit per la LAR de 1980, i del límit quantitatiu per a evitar l'acumulació de terres. L'objectiu de la nova llei és aconseguir una flexibilització del règim dels arrendaments rústics.

Aquests arrendaments tenen una durada mínima de cinc anys. És nul·la i es té per no posada tota clàusula del contracte per la qual s'estipuli una durada inferior.

#### En els casos de ruptura matrimonial

En els casos de nul·litat del matrimoni, separació judicial o divorci de l'arrendatari, el cònjuge no arrendatari pot continuar l'ús de l'habitatge arrendat quan li sigui atribuït, d'acord amb el que s'estableix en els art. 90 i 96 Cc.



La renda es fixa en diners i és la que pactin lliurement les parts. No obstant això, si la fixen en espècie, o en part en diners i en part en espècie, cal dur a terme la conversió en diners. També poden establir les parts el sistema d'actualització de renda que considerin oportú. Pactada l'actualització, a falta d'estipulació en contrari, la renda s'actualitza per a cada anualitat per referència a l'IPC.

El llogater i l'arrendatari estan obligats a permetre la realització de les obres, reparacions i millores que hagi de realitzar, o pugui fer-ho, l'altra part contractant.

L'arrendatari que sigui agricultor professional, les cooperatives agràries, les cooperatives d'explotació comunitària de la terra, les societats agràries de transformació i les comunitats de béns tenen els drets de tempteig, retracte i adquisició preferent en qualsevol transmissió *inter vivos* de finques rústiques arrendades, incloent-hi les donacions, aportacions a societat, permutes, adjudicacions en pagament o qualsevol altra diferent de la compravenda. Aquests drets no procedeixen:

- a) en les transmissions a títol gratuït quan l'adquiridor sigui descendent o ascendent del transmissor, parent fins al segon grau de consanguinitat o afinitat o el seu cònjuge;
- b) en la permuta de finques rústiques, quan s'efectuï per a agregar una de les finques permutades, i sempre que siguin inferiors a 10 hectàrees de secà, o una de regadiu, els predis que es permuten (art. 22 LAR).

### L'agricultor professional

La LAR considera agricultor professional a qui obté uns ingressos bruts anuals procedents de l'activitat agrària superiors al doble de l'indicador públic de renda d'efectes múltiples (IPREM) i la dedicació directa i personal del qual a aquesta activitat representa, almenys, el 25% del seu temps de treball.

La cessió i el sotsarrendament es deixa al pacte de les parts i, en tot cas, ha de referir-se a la totalitat de la finca o explotació, i ha d'atorgar-se per tot el temps que resti del termini de l'arrendament per una renda que no pot ser superior a la pactada entre llogater i arrendatari. L'arrendatari no pot cedir o subarrendar la finca o explotació sense el consentiment exprés del llogater. El consentiment esmentat no és necessari quan la cessió o sotsarrendament s'efectua a favor del cònjuge o d'un dels descendents de l'arrendatari; en aquest cas n'hi ha prou amb la notificació fefaent al llogater (art. 23 LAR). A Catalunya resulta aplicable la Llei 1/2008, de 20 de febrer, de contractes de conreu.

## 7.5. Contractes d'intermediació i contractes de distribució

Els productes o serveis elaborats per l'empresa necessiten clients que els adquireixin, i s'hi fidelitzin per a aconseguir la continuïtat i l'increment de les comandes. La tasca d'intermediaris o **d'empresaris independents** és fonamental per a l'assoliment d'aquests objectius. Els intermediaris actuen **per comp-**

### L'IPREM

L'IPREM ha substituït el salari mínim interprofessional com a indicador o referència del nivell de renda que serveix per a determinar la quantia de determinades prestacions o per a accedir a determinades prestacions, beneficis o serveis públics (p. ex. beques i subvencions). La seva quantia es determina anualment en la Llei de pressupostos generals de l'estat.

**te de l'empresari**, en el seu interès, i el seu guany consisteix, en general, en una comissió sobre el preu de les comandes. En canvi, els empresaris independents actuen **per compte propi** quan comercialitzen els productes o serveis de l'empresari.

### 7.5.1. Mandat i comissió

El mandat és un contracte pel qual "s'obliga una persona a prestar algun servei o fer alguna cosa, per compte o encàrrec d'una altra" (art. 1709 Cc). Es tracta d'un concepte ampli, en el qual cap qualsevol actuació d'una persona per compte d'una altra.

L'actuació per compte aliè significa que els efectes de l'actuació que realitza una persona repercuteixen en el patrimoni d'una altra diferent (la persona per compte de qui s'actua).

El mandat passa a considerar-se mercantil –i a denominar-se *comissió*– "quant tingui per objecte un acte o operació de comerç i sigui comerciant o agent mediador del comerç el comitent o el comissionista" (art. 244 Ccom).

Mandat i comissió són els contractes bàsics de mediació, mitjançant els quals una persona (mediador –mandatari o comissionista–) fa una activitat (p. ex., compra de matèries primeres, recerca de canals de distribució, contractació del transport, etc.) per compte d'una altra (principal –mandant o comitent–). Aquests contractes es basen en la confiança (*intuitu personae*), i d'aquí les notes distintives enfront d'altres contractes.

#### Mandat i comissió

En la comissió mercantil està prohibit per al mediador delegar l'execució de l'encàrrec, llevat de pacte exprés en contra (art. 261 Ccom). En el mandat civil, encara que sí que està permesa aquesta delegació, el mediador respon en la majoria dels casos de l'actuació del substituït (art. 1721 Cc). Si el mediador no té instruccions concretes, ha de fer el que, segons la naturalesa del negoci, faria un bon pare de família (art. 1719 Cc), o el que dicti la prudència i sigui conforme a l'ús de comerç (art. 265 Ccom). Però el caràcter *intuitu personae* es manifesta especialment en la revocabilitat lliure del contracte (art. 1732.1 i 1733 i seg. Cc i 279 Ccom) i en l'extinció per mort del mediador (art. 1732 Cc i 280 Ccom), i també en la possibilitat de renúncia del mandatari (art. 1736 Cc).

Com que es tracta, en tot cas, d'una actuació per compte d'altri, en aquests contractes és molt important distingir si el mediador actua en nom propi o aliè.

Quan el mediador contracta en nom propi resta obligat d'una manera directa, com si el negoci fos seu, amb les persones amb què contracta, les quals no tenen acció contra el mandant o comitent, ni aquests contra aquelles, i resten sempre fora de perill les que corresponguin respectivament al mandant o comitent i al mediador entre si. Quan contracta en nom aliè (del mandant o co-

mitent), el contracte i les accions derivades d'aquest produeixen l'efecte entre el mandant o comitent i les persones que contracten amb el mediador (art. 1717 Cc i 243 i seg. Ccom). Perquè el mediador pugui actuar en nom del principal (mandant o comitent) necessita tenir poder per a això. L'apoderament i el fet de mantenir-se dins dels límits del poder és el que permet l'actuació en nom aliè.

Es parla així de **relació interna** per a referir-se al fet que sorgeix del contracte de mandat o comissió entre el principal i el mediador (drets i obligacions de les parts), i de **relació externa** per a referir-se a la que, en funció que existeixi o no poder de representació, es produeix entre el principal o el mediador i els tercers.

### **Exemple**

Imaginem que, sense tenir poder de representació, el mediador compra mitja tona de pomes a nom propi amb els diners que li ha donat el principal. En el contracte figura com a comprador el mediador, i com a venedor la persona que ha venut aquestes pomes. En no haver-hi poder de representació, no hi ha accions entre el principal i el venedor per a reclamar, p. ex., defectes de quantitat o qualitat (la reclamació l'ha de fer el mediador) o el preu d'aquestes (el pagament l'ha d'exigir el venedor al mediador). D'altra banda, si el mediador es nega posteriorment a lliurar les pomes esmentades al principal, aquest pot invocar el contracte (comissió o mandat) per exigir tal lliurament i fer valer els seus drets.

En matèria de retribució, els dos codis segueixen sistemes diferents. El mandat és gratuït llevat de pacte en contra o que el mandatari es dediqui a l'acompliment de serveis de l'espècie a què es refereix el mandat. Per la seva part, la comissió és retribuïda llevat de pacte en contra.

Per a la comissió de compravenda el Codi de comerç estableix una sèrie de regles especials (prohibició d'autoentrada, prohibició de préstec, venda al fiat o a terminis sense autorització del comitent i pacte de garantia) que la doctrina considera extrapolables a altres supòsits de comissió.

### **Prohibició d'autoentrada**

La prohibició d'autoentrada significa que el comissionista no pot ser el tercer que contracta amb el comitent, és a dir, no pot comprar per a ell mateix el que se li ha encomanat vendre, ni pot vendre ell mateix el que se li ha encomanat comprar si no està autoritzat pel comitent. La comissió de garantia és la que percep el comissionista sobre una venda, a més de la comissió ordinària. Amb això el comissionista respon de l'operació davant el comitent en cas que el tercer no ho faci (p. ex., si el tercer no paga el preu d'un camió del comitent, l'ha d'abonar el comissionista, i pot reclamar després al tercer aquest pagament i els danys i perjudicis).

## **7.5.2. Contracte de corretatge i contracte d'agència**

Dins de l'àmbit de la mediació es troben també el contracte de corretatge i el d'agència. El de **corretatge** és un contracte atípic en el qual el mediador (corredor), a diferència del que ocorre amb el mandat i la comissió, no contracta amb el tercer, sinó que es limita a buscar un tercer que reuneixi determinades

condicions i a posar-lo en contacte amb el principal. El principal vol que el mediador busqui la persona que reuneixi circumstàncies precises per contractar-lo després ell mateix o decidir no fer-ho.

### Exemples de corretatge

Exemples de corretatge són les agències matrimonials o determinats contractes amb agències immobiliàries per a llogar un pis. Al principal no li són indiferents les circumstàncies físiques i personals del tercer i ell mateix vol tancar el tracte.

La doctrina entén que el corredor té dret al preu pactat en cas que el principal i el tercer arribin a un acord, és a dir, contractin efectivament. No obstant això, si s'hagués establert una regla de retribució diferent, caldria atendre en primer lloc el que s'ha pactat per part de les parts. La jurisprudència estén el dret a la retribució del corredor quan el principal i el tercer tanquen el tracte una vegada acabat l'encàrrec de corretatge.

El **contracte d'agència** està regulat per la Llei sobre contracte d'agència de 27 de maig de 1992. A diferència de la comissió, que es caracteritza per ser ocasional, en l'agència les necessitats de mediació són contínues i referides a un sector determinat de l'activitat empresarial.

L'article 1 d'aquesta llei estableix: "Pel contracte d'agència una persona natural o jurídica, denominada *agent*, s'obliga davant una altra de manera continuada o estable, a canvi d'una remuneració, a promoure actes o operacions de comerç per compte d'altri, o a promoure'ls i concloure'ls per compte i en nom aliens, com a mediador independent, sense assumir, llevat de pacte en contrari, el risc i ventura de tals operacions".

La remuneració de l'agent pot consistir en un tant alçat, en una comissió sobre les operacions realitzades i en una combinació de totes dues modalitats. L'agent, llevat de pacte en contra, no té el dret que se li reemborsin les despeses que ocasionen la seva actuació. També aquí és possible el pacte de garantia, de manera que l'agent respongui de la bona finalitat de l'operació, que s'ha d'establir per escrit i amb expressió de la comissió a percebre, de manera que el pacte resulta nul en un altre cas.

La Llei de 1992 permet a les parts incloure el pacte de restricció o limitació de les activitats professionals a desenvolupar per part de l'agent un cop extingit el contracte esmentat. Aquest pacte de limitació de la competència no pot tenir una durada superior a dos anys, a comptar des de l'extinció del contracte.

El principal s'assegura d'aquesta manera la dedicació del mediador, de manera que no serveixi als interessos d'altres competidors seus.

A l'extinció del contracte, l'agent té dret a l'anomenada *indemnització per clientela*. Aquesta indemnització procedeix quan hagi aportat nous clients a l'empresari o hagin estat incrementades sensiblement les operacions amb la clientela preexistent.

### Indemnització

Per a això cal que l'activitat anterior de l'agent pugui continuar produint avantatges substancials a l'empresari i que resulti equitativament procedent per l'existència de pactes de

#### Persona agent

L'agent, si contracta amb tercers, ho fa sempre en nom aliè, a diferència del que ocorre amb la comissió, en què pot fer-ho també en nom propi.

limitació de competència, per les comissions que perdi o per les altres circumstàncies que es presentin.

### 7.5.3. Contractes de distribució

Els contractes de distribució se celebren entre empresaris independents. L'empresari els béns del qual o serveis es distribueixen, està interessat a controlar i fer un seguiment de l'activitat de col·locació dels productes o serveis que desenvolupa el distribuïdor al mercat, amb vista a assegurar la creació, el foment i el manteniment de la clientela final. Aquest mateix interès fa que el distribuïdor s'integri a la xarxa del productor, integració que varia en funció de la intensitat dels vincles de col·laboració que es creen. Aquests vincles són lleugers en la distribució autoritzada, estrets en la concessió i reforçats en la franquícia.

La **franquícia** és un contracte a través del qual el franquiciador transmet al franquiciat el dret de desenvolupar un model d'empresa. El que es transmet és un dret, no l'empresa en si mateixa, que –quant a activitat econòmica de mediació al mercat– no és susceptible de tràfic jurídic. Per aquest motiu, la transmissió d'aquest dret ha de fer-se sobre la base de la transmissió d'aquells elements que, integrats dins de l'establiment mercantil –quant a conjunt d'elements disposats per l'empresari per al desenvolupament adequat de l'empresa–, a més de ser jurídicament transmissibles, permeten que cada franquiciat concret desenvolupi la seva activitat de manera semblant al propi franquiciador.

En el dret espanyol no hi ha una regulació material completa del contracte de franquícia, per aquest motiu, s'ha d'entendre que es tracta d'un contracte atípic.

La franquícia es regula per primera vegada en el nostre dret a la Llei 7/1996, de 15 de gener, d'ordenació del comerç minorista, amb un únic precepte: l'art. 62. Resulta desentencada la ubicació de la franquícia en l'àmbit del comerç minorista, atès que la característica fonamental de la franquícia és l'acord de distribució entre franquiciador i franquiciat, i no la relació comercial entre franquiciat i consumidor. A l'apartat 3 de l'art. 62 es regula, d'una banda, el deure d'informació previ a la celebració del contracte que s'imposa al franquiciador, a fi que el franquiciat pugui decidir lliurement i amb coneixement de causa la seva incorporació a la xarxa de franquícia, i d'altra banda, es remet a la potestat reglamentària la fixació de les altres condicions bàsiques per a l'activitat de "cessió de franquícies". El desenvolupament normatiu va tenir lloc pel RD 2485/1998, que ha estat derogat pel RD 201/2010, de 26 de febrer, pel qual es regula l'exercici de l'activitat comercial en règim de franquícia i la comunicació de dades al registre de franquiciadors. Aquesta norma també reglamenta el Registre de franquiciadors, creat únicament amb la finalitat d'informar i publicitar. Aquest registre depèn orgànicament de la Direcció general de política comercial del Ministeri d'Indústria, Turisme i Comerç (art. 5.2).

El contracte de **concessió** es pot definir com aquell pel qual una de les parts –concessionari– posa el seu establiment al servei de l'altra –concedent– i s'obliga, per un temps determinat o indefinit, a adquirir productes del concedent, normalment de marca, per a revendre'ls, en règim d'exclusiva, en una zona geogràfica determinada, i a prestar assistència tècnica, si escau, als clients

tant abans com després de la venda, suportant el risc i ventura dels contractes de venda que celebra amb ells i garantint-los el sanejament per vicis o defectes ocults dels productes que ven.

El contracte de concessió és un contracte mercantil, consensual i legalment atípic, si bé socialment típic (consagrat en el tràfic negocial i definit i caracteritzat per la doctrina i la jurisprudència). El règim jurídic aplicable a aquest contracte serà el que resulti dels pactes per les parts amb els límits de l'art. 1255 Cc. i el respecte a la bona fe contractual consagrat en els art. 1258 Cc i 57 CCom.

El contracte de **distribució selectiva** és aquell pel qual un fabricant s'obliga a vendre els seus productes únicament als venedors que, sobre la base de criteris tècnics i/o qualitatius, han estat seleccionats per ell; i aquests venedors s'obliguen: a revendre'ls en els seus establiments en règim de no exclusiva, respectant les pautes marcades pel fabricant; a prestar, si escau, assistència tècnica als consumidors; i a no vendre els productes contractuals a revenedors no autoritzats.

Es tracta d'un contracte legalment atípic, si bé socialment típic, en què s'ha d'estar amb allò estipulat per les parts per a determinar-ne el règim jurídic aplicable. La distribució selectiva (també anomenada *autoritzada o oficial*) constitueix per al fabricant un sistema de selecció dels empresaris que, en qualitat de venedors autoritzats, distribuiran els seus productes entre els consumidors en les condicions tècniques i de qualitat que busca. Aquest sistema s'empra, en general, per a distribuir productes d'alta tecnologia, la qual cosa requereix la preparació tècnica del personal per a assessorar els clients en la venda (maneig) i prestar assistència tècnica postvenda (reparació i manteniment), la qual cosa adquireix una importància especial en el sector informàtic –distribució de maquinari i programari– i de productes cosmètics de luxe identificats amb una marca de prestigi que requereix, a més d'una determinada ubicació i decoració de l'establiment de venda, preparació comercial del personal a fi de no desmillorar el prestigi de la marca.

## **7.6. Contracte de transport terrestre de mercaderies per carretera**

En el contracte de transport de mercaderies per carretera el portador desplaça físicament una mercaderia, d'un lloc a un altre. Fins a fa uns anys el contracte es regulava per partida doble en tots dos Codis, però la **Llei d'11 de novembre de 2009**, del contracte de transport terrestre de mercaderies (LCTTM) va substituir aquesta regulació per una d'única, que ja no distingeix entre transport civil i mercantil.

El transport de **viatgers** està molt regulat administrativament, donat el valor essencial del subjecte transportat, i les regles que ho regeixen són substancialment diferents del transport de mercaderies. En els casos en què el transport de mercaderies per carretera sigui **internacional** s'aplica, com a regla general, un Tractat internacional, el Conveni de Ginebra, de 16 de maig de 1956 (normalment anomenat Conveni CMR), ratificat per Espanya en 1973. Per la seva banda, el transport de **mercaderies per mar** es regula a la Llei de navegació marítima, de 2014, i en nombrosos convenis internacionals. El transport de **mercaderies per aire** es regula a la Llei de navegació aèria, de 1960 (modificada en 1969, 2003 i 2010), i també hi és rellevant la Llei de seguretat aèria, de 7 juliol 2003.

Els **judges mercantils** són els **judges competents** en els litigis derivats d'aquest contracte. I quan aquests litigis no excedeixin de 15.000 euros també ho seran les **Juntes arbitral de transport**, que requereixen, a més, que cap de les parts que intervenen en el contracte hagi manifestat expressament a l'altra la seva voluntat en contra.

En el contracte de transport hi intervenen **tres subjectes**: el carregador o remitent (contracta l'enviament dels béns), el portador o transportista (realitza el transport), i el destinatari o consignatari (a qui s'envien les mercaderies i que pot ser el propi carregador o un tercer).

La part fonamental de la regulació del contracte és la relativa a la **responsabilitat per la càrrega**: determinar qui respon si la càrrega arriba en mal estat, o amb retard. Les disposicions legals en aquest punt tenen caràcter imperatiu, i qualsevol clàusula contractual que pretengui reduir o minorar el règim de responsabilitat del portador és ineficaç, i es té per no exposada.

En principi, el carregador respon dels danys que la mercaderia sofreixi en el transport i pels retards produïts per culpa del carregador/destinatari, per una instrucció no motivada d'aquests, per una acció negligent del portador, per vici propi de la mercaderia o per circumstàncies que el portador no va poder evitar i les conseqüències de les quals no va poder impedir (això és, cas fortuït o força major). No obstant això, qui ha de provar que els danys es van deure a aquestes circumstàncies és el transportista. És a dir, el portador respon, tret que demostri que el retard o l'avaria es van deure a les circumstàncies assenyalades. Això, de fet, el perjudica notablement, per aquest motiu té dret a examinar els paquets, i a fer constar les seves objeccions (les anomenades *reserves*) si considera que les mercaderies ja estaven avariades o mal condicionades.

L'import de la **indemnització** per avaries serà la pèrdua de valor que experimentin les mercaderies; quan la pèrdua de les mercaderies és total serà el valor de mercat de les mercaderies. L'import de la indemnització en cas de retard serà el perjudici que es provi que ha ocasionat aquest retard. A causa del rigor d'aquest règim, es beneficia d'una sèrie de **limitacions**, de manera que si respon ho fa amb un límit quantitatiu: per als supòsits d'avaria, un terç de l'Indicador públic de renda d'efectes múltiples/dia per quilo de pes brut de mercaderia perduda o avariada (l'any 2016, 5.916 € per quilo de mercaderia); per als supòsits de retard, el preu del transport. El límit no opera si l'avaria o el retard va ser per engany del portador o per una infracció conscient i voluntària del deure jurídic assumit. El carregador i el portador poden acordar que, en casos d'avaria o retard, es pagui una quantitat superior a aquest límit, però això suposarà un increment del preu del transport.

El portador ha de disposar d'un **vehicle idoni** per al transport en el lloc i el temps pactats. La **càrrega i descàrrega**, corresponen, en principi, respectivament, al carregador i al destinatari; però aquestes operacions poden ser assumides pel portador.

El pagament del preu, anomenat **port**, correspon al carregador, si la mercaderia viatja "a ports pagats"; o al destinatari, si viatja "a ports deguts". En aquest segon cas, el carregador és responsable subsidiari si el destinatari no paga. Si quan han arribat les mercaderies el destinatari no paga, el portador pot, en un termini de deu dies, dipositar-les i demanar la venda de la mercaderia suficient per a obtenir-ne el preu.

El carregador té l'anomenat **dret de disposició**, que consisteix en la capacitat d'ordenar al portador que detingui el transport, que retorni la mercaderia al seu origen o que la lliuri en un lloc o a un destinatari diferent dels de la carta de port. En tals casos, caldrà indemnitzar el portador per les despeses i danys

que s'hagi ocasionat; i no pot dividir-se l'enviament. El portador té el **dret/deure de vendre la mercaderia** que es trobi en perill de deteriorament en certs supòsits: durant el transport, quan hi hagi risc de pèrdua de la mercaderia; o si el destinatari no accepta la mercaderia quan arriba a la destinació, i hi ha aquest risc de pèrdua.

Com a regla general, les accions derivades del contracte **prescriuen** en el termini d'un any (art. 79 LCTTM).

### 7.7. El préstec

El préstec és un contracte en el qual "una de les parts lliura a l'altra, o alguna cosa no fungible perquè la faci servir durant un cert temps i després la retorni, cas en què s'anomena **comodat**, o diners o una altra cosa fungible, amb la condició de tornar un altre tant de la mateixa espècie i qualitat, cas en què conserva simplement el nom de **préstec**" (art. 1740.1 Cc).

El **préstec d'ús** o comodat, que és essencialment gratuït (art. 1740.2 Cc), es regeix pels art. 1741 i seg. Cc. Es perfecciona amb el lliurament del bé i el comodant no pot reclamar la cosa prestada fins que no hagi conclòs l'ús per al qual la va deixar, llevat que en tingués necessitat urgent. Si no es va pactar la durada del comodat ni l'ús a què havia de destinar-se la cosa prestada, i aquest no resulta determinat pel costum de la terra, el comodant la pot reclamar a voluntat seva.

El **simple préstec**, denominat també **mutu**, es regula per partida doble en els codis civil i de comerç. Les regles del Codi de comerç s'apliquen al préstec mercantil, que és aquell en el qual una de les parts contractants és comerciant i les coses prestades es destinen a actes de comerç (art. 311 Ccom). La resta de préstecs són civils.

Per regla general, el préstec és gratuït, és a dir, no merita interessos, llevat que les parts així ho pactin. En el préstec mercantil el pacte d'interessos ha de constar per escrit (art. 314 Ccom), mentre que en el civil no cal cap forma.

Els interessos que es pacten solen denominar-se **remuneratius**, i tenen com a finalitat evitar les conseqüències negatives de la inflació, o també que el prestador obtingui un guany.

#### Llei contra la usura

La Llei contra la usura de 23 de juliol de 1908 declara nul tot contracte de préstec en què s'estipuli un interès notablement superior al normal dels diners i manifestament desproporcionat d'acord amb les circumstàncies del cas o en condicions tals que resulti lleoní, amb motius per estimar que el prestatari ha acceptat a causa de la seva situació anguniosa, de la seva inexperiència o de les seves facultats mentals limitades. També declara nul el contracte en el qual se suposa que es rep una quantitat major que la lliurada veritablement, amb qualssevol entitat i circumstàncies. És també nul·la la renúncia del

#### Exemple de comodat

Si el nostre veí ens deixés la màquina de tallar la gespa, això seria un comodat.



fur propi, dins de la població, feta pel deutor en aquesta classe de contractes. Malgrat que el Codi de comerç estableix que "Es pot pactar l'interès del préstec sense taxa ni limitació de cap espècie" (art. 315.1 Ccom), el Tribunal Suprem entén que aquest article s'ha d'entendre modificat per la Llei de 1908, si bé admet que els interessos en el préstec mercantil poden ser superiors als usuals en un préstec civil.

A part dels interessos remuneratius hi ha els **de demora**, que són els que es generen de manera automàtica per la no-devolució de la quantitat lliurada en el temps pactat. El Codi de comerç estableix que si no se n'ha pactat la quantia, aquesta ha de ser la de l'interès legal (art. 316.1 Ccom). Els interessos de demora no necessiten pacte de les parts, i constitueixen una compensació del perjudici que causa al prestador la mora del prestatari en el compliment de la seva obligació.

### **Anatocisme i excepció**

En el préstec no es preveu, en principi, l'"anatocisme", és a dir, que els interessos vençuts i no pagats es computin també a l'efecte d'aplicar sobre aquests l'interès pactat en el termini següent. No obstant això, l'art. 1109 Cc estableix l'excepció següent: "Els interessos vençuts reporten l'interès legal des que són reclamats judicialment, encara que l'obligació hagi guardat silenci sobre aquest punt". Tanmateix, el Codi de comerç permet pactar la capitalització dels interessos líquids i no satisfets al final de cada termini i, en ser considerats com a capital, s'hi aplica el tipus d'interès (art. 317 Ccom).

Es pot assenyalar que si el prestador rep el capital sense manifestar que es reserva el dret a cobrar els interessos, s'extingeix l'obligació de pagar-los (art. 110 Cc i 318 Ccom), i que si el prestatari paga interessos sense estar acordats, no pot reclamar-los com a pagament indegut (art. 1756 Cc).

La llei de 24 de juny de 2011, de **crèdit al consum**, estableix un règim especial per a préstecs a favor de consumidors. Els contractes sotmesos a aquesta Llei han de constar per escrit o en un altre suport durador, s'han de redactar amb una lletra que resulti llegible i amb un contrast d'impressió adequat i es formalitzen a tants exemplars com parts intervinguin. S'estableix un contingut mínim per a evitar que s'abusi o no s'informi adequadament al consumidor. A més, es regula la modificació del cost total del préstec, el reemborsament anticipat, la taxa anual equivalent (TAE) –cost total del crèdit, expressat en un percentatge anual sobre la quantia del crèdit concedit–, la informació sobre bestretes en descoberts, etc.

El consumidor pot posar fi, gratuïtament i en qualsevol moment, a un contracte de crèdit de durada indefinida, però a més, pot desistir del contracte en un termini de catorze dies naturals sense necessitat d'indicar-ne els motius i sense cap penalització.

L'establiment, en la Llei de 1995, d'un límit per als descoberts pactats de 2,5 vegades l'interès legal dels diners, ha servit a la jurisprudència per a utilitzar aquesta xifra com a referent per a determinar quan un interès resulta desproporcionat (encara que no es tracti d'interès fixat per a un descobert pactat).

És destacable la facultat que es concedeix al consumidor de poder exercitar els drets que li corresponguin, no solament davant el proveïdor dels béns o serveis adquirits mitjançant un contracte de crèdit, sinó també davant l'empresari que hagués concedit el crèdit si existeix pacte de finançament entre proveïdor i finançador.

### **Exemple d'exercici de drets**

Recentment un grup de persones que havien contractat cursos d'idiomes i els havien finançat mitjançant entitats bancàries es va trobar que l'empresa d'idiomes va entrar en fallida i no va poder impartir aquests cursos. Les entitats de crèdit reclamaven als consumidors el pagament del preu. Els consumidors podien negar-se al pagament quan l'entitat bancària tenia un acord de finançament amb l'empresa d'idiomes. En un altre cas, la falta de pacte podia impedir la "comunicació" al finançador de les excepcions oposables a l'empresa d'idiomes i els consumidors havien d'abonar el preu.

A banda de la Llei de 2011, la Llei de 31 de març de 2009 dicta regles específiques per a la contractació amb els consumidors de préstecs o crèdits hipotecaris i de serveis d'intermediació per a la formalització de contractes de préstec o crèdit. Bàsicament, obliga a donar una informació molt detallada al consumidor sobre les característiques del contracte.

En matèria de préstec hipotecari hi ha, a més, normes específiques, contingudes en la Llei de 30 de març de 1994, per a facilitar la subrogació en les hipoteques. I, recentment, s'ha dictat la Llei 1/2013, de 14 de maig, de mesures per a reforçar la protecció als deutors hipotecaris, reestructuració de deute i lloguer social (que substitueix el RD Llei 27/2012, de mesures urgents per a reforçar la protecció als deutors hipotecaris), que persegueix evitar el desnonament i mantenir un habitatge digne en el cas de persones que s'han quedat sense recursos.

## **7.8. El lísing i el facturatge**

El contracte de **lísing** és un contracte de finançament en què intervenen tres persones: el fabricant d'un bé, l'empresa lísing i l'usuari del bé. En la seva modalitat general, l'usuari acorda amb l'empresa lísing que aquesta compri el bé al fabricant i després li'n permeti l'ús durant un temps determinat, pagant una renda en els terminis pactats. En finalitzar el termini pactat, l'usuari pot

- a) prorrogar el termini,
- b) donar per acabat el contracte, i
- c) comprar el bé per l'anomenat **preu residual**, que sol ser petit.

Aquest contracte permet a l'usuari que no pot comprar un determinat bé o que no li interessa, utilitzar-lo pagant una renda periòdica, i a l'empresa lísing obtenir un guany per la diferència entre el preu que paga pel bé i la quantia dels terminis que cobra de l'usuari.

## Líasing i rënting

El líasing compleix una funció creditícia i a l'usuari li sol resultar més profitós que la compra del bé a terminis, ja que, encara que les quotes són cares, les pot deduir en determinats casos en els seus impostos, en tractar-se generalment de béns d'equip, les despeses dels quals es consideren despeses d'empresa. Diferent del líasing és el **rënting**, que és un contracte d'arrendament ordinari en el qual l'empresa de rënting té un conjunt de béns que arrenda als usuaris, i és aquesta la que elegeix els béns esmentats –que solen ser de vida llarga– (un exemple típic són les empreses de lloguer de cotxes).

Com a variant de la figura general es troba el *lease-back*, en el qual el propietari d'un bé el ven a l'empresa líasing, obté liquiditat, i després l'arrenda a l'esmentada empresa pagant terminis periòdics.

El problema fonamental que planteja el líasing és el de les relacions entre les parts. En principi existeix una relació entre el fabricant i l'empresa líasing i una altra entre l'empresa líasing i l'usuari. I per això, si el bé resulta defectuós, l'usuari no pot reclamar directament al fabricant (no existeix relació jurídica entre ells) i de vegades, a més, l'empresa líasing exclou la seva responsabilitat per defectes del bé. És per això que és important pactar en el contracte les clàusules que permetin solucionar aquests problemes.

## Pactes

És comú pactar que l'empresa no es responsabilitza que el bé sigui adequat a les necessitats de l'usuari (és aquest qui el tria), que l'usuari es compromet a pagar les despeses de manteniment i reparació del bé, i l'obligació de l'usuari de contractar una assegurança a favor de l'empresa líasing per al cas de pèrdua o deteriorament del bé.

El **facturatge** és un contracte atípic, que té una funció bàsica que consisteix en el cobrament per l'empresa de facturatge dels crèdits que tenen els seus clients. Ara bé, a aquesta prestació bàsica poden afegir-se'n moltes altres que canvien la funció econòmica del contracte. Així, a més d'intentar el cobrament dels crèdits, l'empresa de facturatge es pot obligar a:

- a) assumir el risc d'insolvència del deutor del client, de manera que encara que es produeixi un impagat per part del deutor pagui ella mateixa el client;
- b) anticipar els diners al client sense esperar al venciment del crèdit;
- c) anticipar una quantitat del crèdit (p. ex., un 80%) i donar la resta quan el cobri del deutor del client. Aquest pacte és molt comú.

En afegir-se aquests pactes, el contracte s'allunya del que seria una mediació per a passar a ser una comissió de garantia o un contracte de crèdit.

El preu que cobra l'empresa de facturatge és major com més gran sigui la seguretat que proporcioni, i per això s'ha d'ajustar a les condicions pactades.

Una altra funció que poden complir les empreses de facturatge és la de facilitar informació sobre les empreses, ja que amb el temps arriben a conèixer els empresaris del seu entorn, la seva solvència, expectatives i altres circumstàncies que fan que puguin donar assessorament sobre aquestes circumstàncies.

#### Establiments financers de crèdit

Tant les empreses de facturatge com les de lísing es consideren "establiments financers de crèdit" i es regulen pel RD de 26 d'abril de 1996.

### 7.9. Contractes aleatoris

Els contractes aleatoris o de risc són aquells en els quals la quantia de la prestació, l'existència mateixa o algunes de les seves característiques depenen de l'atzar. Com que algun aspecte de la prestació és indeterminat, no es poden aplicar als contractes aleatoris les regles d'altres figures contractuals. Les parts especulen en aquest tipus de contractes i cada una espera que la sort l'afavoreixi (p. ex., en "jugar" en borsa) i assumeixen el risc inherent a aquest contracte.

El contracte de **renda vitalícia** obliga una persona (el deutor) a pagar a una altra una pensió o rèdit anual durant tota la vida d'aquesta a canvi d'un capital en béns mobles o immobles, la propietat del qual es transfereix al deutor amb la càrrega de la pensió (art. 1790 Cc). Com s'aprecia, el temps que dura aquesta obligació i, consegüentment, la quantia d'aquesta, són desconeguts, i depenen del que visqui la persona beneficiària.

La distinció entre el **joc** i l'**aposta** no té transcendència pràctica, ja que tots dos estan sotmesos al mateix règim jurídic (art. 1799 Cc). El que sí que és rellevant és la distinció entre jocs i apostes prohibits i lícits. Per als primers s'aplica la regla de l'art. 1798 Cc, que configura el deute de joc com una obligació natural, és a dir, no pot reclamar-se judicialment, però si es paga voluntàriament no es pot reclamar la devolució del que s'ha pagat excepte en casos en què hi hagi hagut frau o es tracti d'un menor o una persona inhabilitada per a administrar els seus béns. Per als jocs lícits, s'aplica la regla de l'art. 1801 Cc, que configura el deute de joc, en aquest cas, com a deute civil, si bé amb la possibilitat que el jutge pugui desestimar la demanda quan la quantitat que es va posar en el joc o en l'aposta sigui excessiva, o reduir l'obligació en el que pugui excedir dels usos d'un bon pare de família.

El **contracte d'assegurança** és el prototip dels contractes aleatoris. L'art. 1 de la Llei de contracte d'assegurança, de 8 d'octubre de 1980, el defineix com "aquell pel qual l'assegurador s'obliga, mitjançant el cobrament d'una prima i en el cas que es produeixi l'esdeveniment el risc del qual és objecte de cobertura, a indemnitzar, dins dels límits pactats, el dany produït a l'assegurat o a satisfer un capital, una renda o altres prestacions convingudes".

#### Regulació de les companyies d'assegurances

Les companyies asseguradores han de comptar amb una autorització administrativa i inscriure's en un registre especial del Ministeri d'Economia per a poder operar. Els requisits i l'estructura estan regulats pel RD legislatiu de 29 d'octubre de 2004, pel qual s'aprova el text refós de la Llei d'ordenació i supervisió de les assegurances privades. Aquestes

companyies solen servir-se d'agents mediadors en la contractació, l'activitat dels quals està regulada per la Llei de 17 de juliol de 2007, de mediació d'assegurances privades.

Els subjectes que intervenen en el contracte són, a més de l'**assegurador**, que és l'obligat a pagar la indemnització en el cas que es produeixi l'esdeveniment danyós:

**a) l'acceptant de l'assegurança**, que és la persona que contracta l'assegurança amb l'assegurador i, per tant, assumeix les obligacions derivades del contracte, en concret el pagament de la prima.

**b) l'assegurat**, que és el titular de l'interès objecte del contracte (el propietari de l'objecte assegurat, normalment), o la persona la malaltia, mort o supervivència de la qual determina el sinistre.

**c) el beneficiari**, que és la persona que cobrarà la indemnització.

### **Subjectes intervinents**

Pot ocórrer que l'acceptant, l'assegurat i el beneficiari siguin la mateixa persona, si bé això no és necessari; p. ex., una persona (acceptant) pot assegurar que a la mort d'un treballador seu (assegurat) la companyia d'assegurances pagui una indemnització als seus descendents (beneficiaris).

## **7.10. Contractes per a la solució de litigis**

La **transacció** és un contracte pel qual les parts, donant, prometent o retinent cada una alguna cosa, eviten la provocació d'un plet o posen terme a un que havia començat (art. 1809 Cc). Perquè sigui factible la realització d'aquest contracte, és necessari que existeixi una controvèrsia, que és la que es pretén resoldre mitjançant la transacció, i que hi hagi reciprocitat en les concessions que fan les parts, si bé no és necessària una equivalència exacta dels sacrificis respectius.

L'**arbitratge** és un mitjà de solució de litigis al marge de la via judicial. Està regulat per la Llei d'arbitratge, de 23 de desembre de 2003. A l'arbitratge s'acudeix normalment com a via més ràpida que la judicial.

El conveni arbitral –l'acord de les parts– pot consistir en una clàusula incorporada en un contracte o en un acord independent, i ha d'expressar la voluntat de les parts de sotmetre a arbitratge totes o algunes de les controvèrsies que hagin sorgit o puguin sorgir respecte d'una determinada relació jurídica, contractual o no contractual. Cal que consti per escrit, en un document firmat per les parts o en un intercanvi de cartes, telegrams, tèlex, fax o altres mitjans de telecomunicació que deixin constància de l'acord.

### **Requisit de constància per escrit**

Es considera complert aquest requisit quan el conveni arbitral consti i sigui accessible per a la consulta ulterior en suport electrònic, òptic o d'un altre tipus. També ho és el que consti en un document al qual s'hagin remès en qualsevol de les formes esmentades. Així mateix, es considera que hi ha conveni arbitral quan en un intercanvi d'escrits de

demanda i contestació la seva existència sigui afermada per una part i no sigui negada per l'altra.

L'arbitratge pot ser **de dret**, en el cas en què els àrbitres resolen el litigi aplicant les normes jurídiques corresponents, o **d'equitat**, en el cas en què els àrbitres resolen la controvèrsia d'acord amb el seu coneixement i saviesa. Els àrbitres només poden decidir en equitat si les parts els han autoritzat expressament per a això.

La resolució que adopten els àrbitres es denomina **laude**. El laude ha de constar per escrit i ha d'estar firmat pels àrbitres, el quals poden fer constar la seva opinió discrepant. Així mateix, ha d'estar motivat (ha d'expressar els motius que condueixen a la resolució), llevat que les parts hagin convingut una altra cosa.

La **mediació**, institució que permet trobar solucions efectives i rendibles a determinats conflictes entre parts i que és una alternativa al procés judicial o a la via arbitral, l'ha regulada la Llei 5/2012, de 6 de juliol, de mediació en assumptes civils i mercantils.

S'entén per *mediació* el mitjà de solució de controvèrsies, sigui quina sigui la seva denominació, en què dues o més parts intenten voluntàriament arribar per si mateixes a un acord amb la intervenció d'un mediador (art. 1 Lmed.). S'inclouen en l'àmbit d'aplicació de la Llei els conflictes civils i mercantils transfronterers.

Queden exclosos, en tot cas, de l'àmbit d'aplicació de la Llei els assumptes que afectin drets i obligacions que no estiguin en la disposició de les parts en virtut de la legislació aplicable; la mediació penal, la mediació amb les administracions públiques, la mediació laboral i la mediació en matèria de consum.

La Lmed subjecta la mediació a una sèrie de principis (voluntarietat i lliure disposició; igualtat de les parts i imparcialitat dels mediadors i confidencialitat), estableix l'Estatut del mediador i regula el procediment de mediació. Així mateix, preveu que es pugui elevar a escriptura pública l'acord al qual s'ha arribat després d'un procediment de mediació, el qual d'aquesta manera es converteix en títol executiu que pot ser objecte d'execució en la via judicial (art. 25 Lmed.)

## Resum

En aquest mòdul, "Dret privat: civil i mercantil", ens hem ocupat de la persona com a protagonista del dret i de la seva actuació en el tràfic jurídic.

Des del punt de vista del dret civil, la persona s'estudia com a tal, sense cap qualificació que la signifiqui. S'estudien les conseqüències jurídiques de determinats fets biològics (naixement i mort) i els mecanismes de protecció de la persona i dels seus interessos patrimonials en situacions en què no pot actuar per si mateixa (protecció del *nasciturus*, de l'absent o de l'incapaç). El dret civil també s'ocupa de la persona jurídica, a la qual es reconeixen facultats d'actuació en el tràfic jurídic, de manera que pot ser titular de drets i obligacions, si bé per a això ha d'actuar per mitjà dels seus òrgans. Es tracten les maneres amb què l'autonomia de la voluntat permet a les persones realitzar negocis jurídics amb conseqüències patrimonials. I s'estudia el règim de responsabilitat al qual està sotmesa la persona com a conseqüència d'haver contret obligacions de caràcter contractual o extracontractual.

Des del punt de vista del dret mercantil, la persona interessa per la seva condició d'empresària, de persona física o jurídica que duu a terme una activitat d'intermediació en el mercat de béns i serveis. La condició d'empresària sotmet la persona a un estatut jurídic propi, l'estatut de l'empresari, i l'obliga a portar una comptabilitat ordenada i adequada de l'activitat que fa. La condició d'empresari persona jurídica s'adquireix amb la inscripció en el Registre Mercantil, registre que dona publicitat als actes que fan els empresaris en el si de la seva empresa. Com que l'element definidor del mercat és la competència, en una economia de mercat cal tutelar-la jurídicament i arbitrar les mesures necessàries perquè hi hagi transparència en aquest mercat. I tot això, sense perdre de vista l'altra part que intervé en el mercat, el consumidor, els interessos del qual mereixen una protecció especial perquè es tracta de la part dèbil. En aquest context, es pot destacar que la incorporació d'Espanya a la Unió Europea comporta una tasca d'adaptació contínua a les pautes marcades per les seves institucions amb l'objectiu d'aconseguir la unitat de mercat entre els estats membres.





## Exercicis d'autoavaluació

El senyor Federico Pérez, empresari individual dedicat a la venda d'olles de pressió, ha inventat una olla magnètica que incorpora una tècnica que permet una cocció ultrarràpida dels aliments. Està casat en règim de guanys amb Elvira Seco. Amb aquestes dades, contesteu les següents preguntes.

1. El senyor Federico Pérez...,

- a) com a empresari individual, mai no podrà obtenir una patent.
- b) com a empresari individual, mai no podrà realitzar un acte de competència deslleial.
- c) Ambdues són falses.

2. Si el senyor Federico Pérez vol comercialitzar en exclusiva la seva invenció...

- a) ha d'obtenir una patent.
- b) ha d'obtenir una marca.
- c) Ambdues són vertaderes.

3. Si el senyor Federico Pérez obté la concessió de la marca Ollolux...

- a) podrà impedir que els tercers utilitzin una marca igual o similar a Ollolux per a olles.
- b) podrà impedir que els tercers utilitzin una marca igual o similar a Ollolux per a mitges.
- c) Ambdues són vertaderes.

4. Si el senyor Federico Pérez obté la marca Ollolux per a la seva olla, però no sol·licita la patent...

- a) podrà impedir que els tercers fabriquin una butaca amb les mateixes característiques.
- b) podrà impedir que els tercers utilitzin una marca igual per a olles.
- c) Ambdues són falses.

5. Si el senyor Federico Pérez escrivís als seus clients dient-los que les seves olles són les úniques fabricades amb materials no contaminants i això fos fals en recomanar, alhora, el boicot als altres venedors de la zona, aquesta actuació...

- a) constituïria una pràctica col·lusòria.
- b) constituïria un acte de competència deslleial.
- c) Ambdues són vertaderes.

La Mariló García, el Sergi López i el Martí Silvelo volen constituir una societat i se'ls plantegen les qüestions següents:

6. Si volguessin que la seva responsabilitat en la societat quedés limitada a l'aportació realitzada...

- a) haurien de constituir una societat personalista.
- b) podrien constituir una societat anònima.
- c) Ambdues són falses.

7. Si volguessin que la Mariló aportés la propietat de la qual ella és propietària i que està valorada en 100.000 euros i el Sergi i el Martí aportessin 5.000 euros cadascú...

- a) haurien de constituir una societat anònima.
- b) haurien de constituir una societat de responsabilitat limitada.
- c) Ambdues són falses.

8. Si volguessin que les parts en què es dividís el capital social arribessin a cotitzar en borsa...

- a) podrien constituir una societat de responsabilitat limitada.
- b) haurien de constituir una societat anònima.
- c) Ambdues són vertaderes.

9. Si el Manel Iuca vol celebrar un contracte amb el Joan Blat, de manera que el Manel permeti al Joan distribuir les galetes actuant en nom i per compte propis...

- a) haurà de fer un contracte de compravenda.
- b) haurà de fer un contracte d'intermediació.
- c) Ambdues són falses.

10. En el mateix cas de la pregunta anterior...

- a) haurà de fer un contracte de transport.
- b) haurà de fer un contracte de distribució.
- c) Ambdues són falses.

## **Solucionari**

### **Exercicis d'autoavaluació**

1. c

2. a

3. a

4. b

5. b

6. b

7. c

8. b

9. c

10. b

## Abreviatures

- art.** Article o articles.
- BOE** *Butlletí Oficial de l'Estat.*
- BORME** *Butlletí Oficial del Registre Mercantil.*
- Cc** Codi civil.
- CCCat** Codi civil de Catalunya.
- Ccom** Codi de comerç.
- CE** Constitució espanyola.
- DGRN** Direcció General dels Registres i del Notariat.
- LAR** Llei d'arrendaments rústics.
- LAU** Llei d'arrendaments urbans.
- LC** Llei concursal.
- LCD** Llei de competència deslleial.
- LCCFEM** Llei de contractes celebrats fora de l'establiment mercantil.
- LCGC** Llei de condicions generals de la contractació.
- LDC** Llei de defensa de la competència.
- LEC** Llei d'enjudiciament civil.
- LGP** Llei general de publicitat.
- LH** Llei hipotecària.
- LM** Llei de marques.
- LME** Llei sobre modificacions estructurals de les societats mercantils.
- Lmed** Llei de mediació.
- LOCM** Llei d'ordenació del comerç detallista.
- LP** Llei de patents.
- LSC** Llei de societats de capital.
- LSSI** Llei de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic.
- p. ex.** per exemple.
- RH** Reglament hipotecari.
- STC** Sentència del Tribunal Constitucional.
- STS** Sentència del Tribunal Suprem o sentències del Tribunal Suprem.
- TFUE** Tractat de funcionament de la Unió Europea.
- TUE** Tractat de la Unió Europea.
- TRLGDCU** Text refós de la llei general per a la defensa de consumidors i usuaris.
- TRLPI** Text refós de la llei de propietat intel·lectual.
- TS** Tribunal Suprem.

## Glossari

**acte jurídic** *m* Comportament voluntari de la persona que el fa i al qual el dret atribueix una sèrie de conseqüències independentment de si han estat volgudes o no per aquesta persona.

**bé de domini públic** *m* Bé que, a més de pertànyer a l'Estat o a qualsevol òrgan de l'administració pública, és afecte a un ús públic (camins, carrers, obres públiques en general) o bé es destina a un servei públic (muralles, mines).

**bé immoble** *m* Bé que no es pot moure.

**bé moble** *m* Bé que pot ser desplaçat sense que amb això s'alteri la seva naturalesa.

**capacitat d'obrar** *f* Aptitud per a poder exercitar aquests drets i obligacions. La capacitat d'obrar faculta l'individu per a obrar per ell mateix, i les limitacions d'aquesta capacitat dependran de la situació en què es trobi l'individu en la societat.

**capacitat jurídica** *f* Aptitud per a ser titular de drets i obligacions. La tenen totes les persones pel simple fet de ser-ho.

**constitució econòmica** *f* Conjunt de normes contingudes en la constitució d'un país que en regeixen la vida econòmica.

**consumidor -a** *m i f* Persona física o jurídica que actua en un àmbit aliè a una activitat empresarial o professional.

*sin.* usuari

**contracte** *m* Acord voluntari entre dues parts per a crear, modificar o extingir una relació jurídica.

**dret personal** *m* Dret que implica una relació de deute entre dos subjectes, un creditor i un deutor, sense relació immediata amb cap cosa.

**dret privat** *m* Dret que s'ocupa preferentment de les relacions entre particulars, els quals per regla general poden pactar lliurement el que considerin convenient.

**dret públic** *m* Dret que s'ocupa prioritàriament de les relacions de cada un d'aquests particulars amb la comunitat i que es basa en la idea de coacció o imposició.

**dret real** *m* Dret que constitueix una relació immediata, directa, entre el titular d'aquest i la cosa objecte del dret. Això imposa als tercers un deure de respecte i abstenció envers aquest dret.

**empresari -ària** *m i f* Persona física o jurídica que desenvolupa, en nom propi i habitualment, una activitat d'intermediació en el mercat de béns i serveis i que adquireix la titularitat dels drets i obligacions que són conseqüència d'aquesta activitat.

**estat civil** *m* Cada una de les formes en què es pot trobar una persona en societat i de què depèn una determinada capacitat d'obrar.

**fet jurídic** *m* Fet natural que es produeix en el curs de la naturalesa i al qual el dret atribueix determinades conseqüències.

**fruit** *m* Rendiment a la producció periòdica del qual està destinat econòmicament el bé que el produeix, sense que això signifiqui que s'alteri la seva substància.

**herència** *f* Conjunt de relacions jurídiques –drets i obligacions que no s'extingeixen per la mort i que són transmissibles– que són objecte de la successió.

**negoci jurídic** *m* Comportament realitzat per una persona que, a més de voluntari, incideix en el món jurídic, es regeix per les regles jurídiques que aquesta persona determina i té eficàcia vinculant per a les parts que hi intervenen reconeguda pel dret.

**obligació** *f* Relació existent entre dos subjectes per mitjà de la qual un d'ells (el creditor) pot exigir a l'altre (el deutor) una prestació determinada (donar, fer o no fer alguna cosa) del compliment de la qual respon aquest amb tot el seu patrimoni.

**patrimoni** *m* Conjunt de béns i drets de contingut econòmic que pertanyen a una persona.

**persona jurídica** *f* Entitat que resulta de l'organització de persones o béns destinats a aconseguir un fi estable i durador i a la qual el dret reconeix facultats i qualitats pròpies de la

persona física (p. ex., denominació, domicili, nacionalitat, patrimoni, drets i responsabilitats) per tal d'assegurar que compleixi aquest fi.

**possessió** *f* Simple tinença d'una cosa –o d'un dret real– independentment del títol que la pugui justificar, que pot no existir.

**presumpció** *f* Judici racional en virtut del qual es dóna per existent algun fet que, encara que no es coneix si ha ocorregut o no, sembla que realment ha ocorregut segons les dades de què disposem. Per tant, en la presumpció, hi ha racionalitat, es dóna per fet un esdeveniment racionalment possible.

**principi de responsabilitat patrimonial universal** *m* Mesura per a assegurar que es compleixen les obligacions que l'ordenament estableix, de manera que tot el patrimoni del deutor, tant present com futur, se subjecta al compliment de les seves obligacions.

**registre de la propietat** *m* Institució jurídica que té la finalitat de registrar els diferents drets reals sobre béns immobles, de manera que els tercers puguin comprovar l'existència i la realitat d'aquests drets.

**Registre Mercantil** *m* Instrument de publicitat per a la seguretat del tràfic juridicomercantil. Pot ser considerat com a oficina pública i com a conjunt de llibres (en aquest cas, s'escriu en minúscules) que es conserven sota la responsabilitat del registrador.

**representació** *f* Figura segons la qual una persona (representant) actua de manera que les actuacions tenen transcendència en dret i en què les conseqüències recauen sobre una tercera persona (representat). El representant substitueix la voluntat del representat, obra com si el mateix representat fos qui negociés.

**societat anònima** *f* Societat capitalista en la qual el capital social mínim (60.000 euros) està dividit en accions i els socis responen dels deutes de la societat fins al límit de la seva aportació.

**societat col·lectiva** *f* Societat personalista en la qual els socis col·lectius responen dels deutes socials personalment, solidàriament i il·limitadament entre ells i subsidiàriament amb la societat.

**societat comanditària** *f* Societat personalista en la qual hi ha dos tipus de socis: els col·lectius, que responen dels deutes socials de la mateixa manera que els socis de la societat col·lectiva, i els comanditaris, que responen fins al límit de la seva aportació.

**societat de responsabilitat limitada** *f* Societat capitalista en la qual el capital social mínim (3.000 euros) està dividit en participacions i els socis responen dels deutes de la societat fins al límit de la seva aportació.

**societat limitada nova empresa** *f* Societat de responsabilitat limitada amb un règim especial.

**successió mortis causa** *f* Subrogació ('posada en lloc de') d'una persona en les relacions jurídiques transmissibles d'una altra persona a causa de la mort d'aquesta darrera.

**usuari -ària** *m i f* Vegeu consumidor-a.

## Bibliografia

- Albaladejo, M.** (2010). *Compendio de Derecho Civil*. Barcelona: Ed. Bosch.
- De la Cuesta, J. M. (dir.); Valpuesta, E.; Torrubia, B.; Llorente, C. (coord.)** (2016). *Derecho mercantil I*. Barcelona: Huygens.
- De la Cuesta, J. M. (dir.); Valpuesta, E.; Torrubia, B.; Llorente, C. (coord.)** (2016). *Derecho mercantil II*. Barcelona: Huygens.
- Del Pozo, P.; Vaquer, A.; Bosch, E.** (2016). *Derecho civil de Cataluña. Derecho de familia* (2a. ed.). Barcelona: Marcial Pons.
- Díez-Picazo, L.; Gullón, L.** (2011). *Instituciones de Derecho civil*. Madrid: Tecnos.
- Díez-Picazo, L.; Gullón, L.** (2012). *Sistema de Derecho civil. Volumen III. Tomo 1. Derechos Reales en general* (8a. ed.). Madrid: Tecnos.
- Lacruz Berdejo, J. L. i altres** (2002). *Elementos de derecho civil*. Madrid: Dykinson.
- Lasarte, C.** (2012). *Principios de derecho civil*. Madrid: Marcial Pons.
- Sánchez Calero, F.** (2010). *Principios de derecho mercantil*. Madrid: McGraw-Hill.
- Sánchez Calero, F.** (2011). *Instituciones de derecho mercantil*. Madrid: McGraw-Hill.
- Uría, R.** (1999). *Derecho mercantil*. Madrid: Marcial Pons.
- Vicent Chuliá, F.** (2007). *Introducción al derecho mercantil*. València: Tirant lo Blanch.
- Vila Ribas, C.** (1995). "Régimen económico matrimonial". A: *Enciclopedia Jurídica Básica, Vol IV* (1a. ed., pàgs. 5690-5692). Madrid: Civitas.

