

ACADÈMIA DE JURISPRUDÈNCIA I LEGISLACIÓ
DE CATALUNYA

BONA FE I HONRADESA EN ELS TRACTES EN EL DRET CIVIL DE CATALUNYA

DISCURS D'INGRÉS

de l'acadèmic de número

IL·LM. SR. JOAN EGEA FERNÁNDEZ

i

CONTESTACIÓ

de l'acadèmica de número

EXCMA. SRA. ENCARNA ROCA TRÍAS

27 d'octubre de 2011

BARCELONA

MMXI

DISCURS D'INGRÉS

de l'acadèmic de número

IL·LM. SR. JOAN EGEA FERNÀNDEZ

Excm. Sr. President de l'Acadèmia
Il·lms. Sres. i Srs. Acadèmics
Autoritats
Senyores i senyors

És per a mi un gran honor i motiu d'una emocionada satisfacció haver estat acollit per una institució que acumula l'experiència d'un col·lectiu humà que ha comptat entre els seus membres amb juristes tan prestigiosos com MARTÍ D'EIXALÀ, DURAN I BAS, VIVES I CEBRIÀ, BORRELL I SOLER, PELLA I FORGAS, Ramon M. ROCA SASTRE i PUIG BRUTAU, per esmentar-ne només alguns dels que ja formen part de la dilatada història de l'Acadèmia.

Així, doncs, les meves primeres paraules han de ser per agrair públicament als companys de l'Acadèmia la confiança que m'han conferit i que espero no decebre. Agraïment que em permetreu que particularitzi, molt especialment, en els acadèmics que van proposar la meua elecció: l'enyorat Josep Maria PUIG SALELLAS, ferm defensor de la nostra llengua i del nostre dret, i, no cal dir-ho, un gran jurista que va tenir una influència cabdal en les polítiques de desenvolupament del dret civil de Catalunya, marcant, ja des d'un inici, el camí que sortosament ens ha conduït que el Codi civil avui sigui una realitat; en Lluís PUIG I FERRIOL, home bo i savi que ha constituït un model a seguir tant en la universitat com en la judicatura, tot un luxe per al nostre dret civil; i en Josep Enric REBÈS I SOLÉ, qui ha sabut conjugar la seva gran solidesa com a administrativista amb l'estudi de la història del dret.

A l'últim, vull agrair a la companya i amiga Encarna ROCA TRIÀS que hagi acceptat fer la contestació al meu discurs d'ingrés. Aquesta és una circumstància que em provoca un sentiment molt especial i que em fa reviure, gratament, els meus inicis en el camp de la recerca del Dret en el si del seminari de dret civil de la Universitat de Barcelona. Les seves qualitats humanes i com a jurista són a bastament conegudes per tothom, així que conscientment ometré referir-m'hi, ja que

no voldria que, en aquest cas, l'elogi merescut es pogués confondre amb l'afalagament.

Vinc a ocupar en l'Acadèmia la medalla que porta el nom de l'il·lustre jurista Acaci Antoni DE RIPOLL I MÁS. Nascut a Barcelona l'any 1578, estudià Filosofia i Lleis a la Universitat de Salamanca, on es doctorà en ambdós drets; després, encara molt jove (tot just tenia vint anys), ensenyà dret com a *Legum interprete*, primer a la Universitat d'Osca i posteriorment a la de Barcelona. El 20 d'agost de 1624 va jurar el càrrec com a assessor de la Batllia General del Principat de Catalunya i advocat fiscal, ofici que va ocupar fins que, després que l'any 1632 la corona empenyorés la Batllia a la ciutat de Barcelona, en fos exclòs de la nova designació. Va ser oïdor de la Reial Audiència, regent del Reial i Suprem Consell d'Aragó¹ i advocat del Consolat de Mar, elegit per votació secreta dels seus magistrats —*nemine discrepante*—, com ell mateix s'encarrega de destacar.

La seva obra més destacada és: *Variae iuris resolutiones, multis diversorum senatum decisionibus illustratae, omnia sunt practicabilia quae hic resoluuntur & quotidianae praxi frequentissima ubi quamplurimae constitutiones Cataloniae declarantur*. [Lugduni, Sumptibus Jacobi, Andreae et Matthaei Prost, 1630]. Es tracta d'una obra que sovint s'ha ubicat, erròniament, en el gènere de les col·leccions jurisprudencials, quan en realitat pertany al de les qüestions. En aquesta obra, com en la majoria de la producció literària de RIPOLL, els aspectes procedimentals i pràctics tenen un protagonisme molt destacat (en aquest cas ocupen sis dels catorze capítols de l'obra), sense descuidar, però, el dret substantiu, representat per les principals institucions civils (matrimoni, dot, compravenda, arrendament, últimes voluntats i l'execució de censals i violaris). Totes aquestes matèries, com deia, s'analitzen a través del mètode de les qüestions, és a dir, plantejant la temàtica que vol tractar en forma de preguntes (*quaero*), a les quals l'autor dóna la pertinent *resolutio* (d'aquí el nom de l'obra), que completa amb la visió pràctica que en determinats casos proporcionen les sentències del Regi Senat. La decisió de publicar-la fou fruit, com explica ell mateix, de la bona acollida que havia tingut la primera de les seves obres *Practicabilia commentaria et quotidianae praxi frequentissima et decisiva, ad titulum D. de conditionibus et demonstrationibus, causis et modis eorum quae in testamento relinquuntur*. [Coloniae Allobrogum (Ginebra), apud Philippum Albert, 1617], que ja havia començat a preparar, sent molt jove, quan era professor de la Universitat d'Osca, i que, juntament amb la que publicà l'esperarreguerí Pau DURAN sobre la mateixa matèria, ha esdevingut de referència imprescindible per a l'estudi de la condició i el mode testamentaris.

Va addicionar una obra clàssica sobre el bon govern dels plets i causes que es portaven a la Reial Audiència i en altres tribunals del Principat i comtats del

¹ Francisco José MORALES ROCA, *Próceres habilitados en las Cortes del Principado de Catalunya, siglo XVII (1599-1713)*. Tom II, Hidalguía, Madrid, 1983, pàg. 67.

Rosselló, la qual originàriament, l'any 1603, havia publicat Lluís DE PEGUERA: *Praxis criminalis, et civilis, haec additionata iuribus, Decisionibusque diversorum Senatuum per nobilem Don Accacium de Ripoll*, [Ex praelo, ac aere Antonii Lacavalleria, in via Bibliopolarum, Barcinone, 1649].

És també autor del llibre més complet que s'ha escrit a Catalunya sobre les regalies: *Regaliarum tractatus eminentissimo et reverendissimo Alexandro Bichio episcopo carpektoracten S. R. E. Cardinali dicatus*² [Ex praelo Gabrielis Nogues; expensis Francisci Menescal, mercatoris bibliopole, & Gabrielis Nogues typographi, Barcinone 1644]. En aquesta matèria, destaca el seu posicionament contra el fet que el rei pogués designar vicecanceller una persona no natural de la Corona d'Aragó. RIPOLL admetia que la regalia «*dandi jurisdictiones et creandi officiales*» era una facultat típica del príncep, però considerava que no era omnímoda, sinó que estava sotmesa a limitacions, com «*abdició*» no odiosa per al rei en tant que es feia «*in beneficium et honorem vassallorum*». Val a dir que aquest no seria el criteri seguit per Felip IV, ja que acabaria nomenant el marquès de Montesclaros.

Finalment, per encàrrec del Consolat de Mar, assumí la tasca que ell mateix qualifica de «*onus certè gravè meisque humeris imposuerunt, recusabam sanè illud subire, cum septuaginta septem anni me praemerent*», d'escriure el darrer dels seus tractats: *De magistratus Logiae Maris antiquitate, praeheminentia, iurisdictione, ceremoniis servandis de causis, modis eas tractandis & dicidendis tractatus communis ciuitatibus Romae, Acri, Maioricae, Pisae, Maricilae, Almeriae, Genovae, Brandi, Rodae, Moneae, Constantonopolin, Alemanieae, Messinae, Soriae, Valentiae, in quibus statuta Consultus Logiae sevantus Tractatus*. [Ex praelo Antonij Lacavalleria, Barcinonae, 1655].

Al llarg de la seva vida va publicar també un bon nombre d'al·legacions jurídiques, enteses com l'escrit d'argumentació en dret realitzat a favor d'una de les parts d'un judici contradictori. Algunes d'aquestes al·legacions de part —les més importants, per raó de la matèria o sovint per la contrastada solvència de l'autor, com en el cas de RIPOLL— s'imprimiren i es publicarien, convertint-se així en un gènere de literatura jurídica especialment rellevant. Concretament, en el Catàleg Col·lectiu de les Universitats de Catalunya consten les següents:

—*Nob. don Acacii de Ripoll et Pauli Benedicti Mas et Vidal V.I.D. elaborata & à grauissimis viris subscripta resolutio : pro dignitatibus obtinentibus canonicatos & pro canonicis Sedis Gerunden*. [s.n., 1626 o post.].

—*Memoriale in iure pro Eugenio Scannio. contra sorores Vives* [s.n., 1633 o post.].

² Aquesta obra va ser censurada al Perú per la Inquisició, per carta acordada l'1 de gener de 1663, sense que constin, però, els motius. V. Pedro M. GUIBOVICH, *Censura, libros e inquisición en Perú (1570-1754)*. CSIC, Escuela de Estudios Hispanoamericanos. Sevilla, 2003, pàg. 391.

—*Memorial en iustificació de la pretenció del Procurador Fiscal de la Ballia General en la causa se aporta entre ell y altres interessats de una, y lo Syndich de la ciutat de Barcelona: Ex Typis Laurenty Deu Typographi Baiulia G. Cathalonia, iuxta Aedes Regias, Barcinone 1637.*

—*Pro egregio Domno Francisco de Boxadors comite de Çavella contra Antonium Miralles civem honoratum Barcinone.* [Barcelona?: s.n., 1641 o post.]

—*Additio ad primvm ivris responsvm pro nobili Mariangela de Olzina et de Vilanova et Prats contra nobilem Albertam Marti.* [Barcelona s.n., 1659 o post.]

—*Additio pro excellentissima ducissa de Ixar contra nobilem Iosepham de Gurrea & tutores & haeredis nobilis Francisci de Gurrea circa dubium utrum vicecomitatus sint dignitates regales.* [Barcelona?, s.n., 1656 o post.]

—*Pro haerede Pauli Bertran quondam mercatoris praesentis civitatis contra reverendum vicarium perpetuum et comunitatem Sanctae Mariae de Mari praesentis ciuitatis.* [Barcelona?: s.n., 1658 o post.]

—*Pro manumissoribus testamenti admodum reverendi doct. Francisci Luciani de Codina quondam canonici Sanctae Ecclesiae Vicensis contra tutores et curatores pupillorum Trasserras & alios.* [Barcelona?: s.n., 1658 o post.]

—*Pro Sismundo Boffill I.C.D. et cive honorato Barcinonae contra Iosephum Roig chirurgum.* [Barcelona?: s.n., ca. 1660]

—*Iuris allegatio pro nobilibus Hieronimo de Miquel et Emerentiana Miquel, et Descallar coniugibus contra Nobilem Galcerandum de Senmanat & alios* [Barcelona?: s.n., 1629 o post.]

Al final de la seva vida s'ordenà sacerdot després d'haver estat casat i haver tingut dos fills. Morí l'any 1658 a l'edat de 80 anys.

El meu antecessor immediat en el setial de l'Acadèmia va ser Josep PUIG BRUTAU. Nascut a Barcelona el 9 de juny de 1909, es llicencià en dret per la Universitat de Barcelona i aquell mateix any s'incorporà al Col·legi d'Advocats, exercint la professió fins que la Guerra Civil ho estroncària. Després ja no exerciria d'advocat d'una manera activa, però intervindria com a expert en alguns dels contenciosos jurídics més rellevants que tingueren lloc a Catalunya, el més assenyalat de tots, el conegut cas *Barcelona Traction, Light and Power Company Limited*. Val a dir, però, que, tot i que efectivament no exercís com a advocat, aquest és l'únic títol distintiu que amb gran honor fa valer en la seva obra de més anomenada³, els *Fundamentos...*, en què a sota del nom consta «De l'Il·lustre Col·legi d'Advocats de Barcelona».

Va ser un renovador de la civilística espanyola en obrir-la a fonts bibliogràfiques i jurisprudencials molt poc habituals en aquells temps. Destacà molt espe-

³ Així ho fa notar Josep Delfí GUARDIA CANELA, «L'aproximació personal a la figura i obra de Josep Puig Brutau», publicat a *Iuris Privati Tantum*. Homenatge al jurista Josep Puig Brutau. Fundació Roca Sastre. UNED. Cervera, 2003, pàg. 80.

cialment pel seu paper en la introducció del realisme jurídic (*legal realism*) en el panorama jurídic espanyol, traduint algunes de les obres dels principals representants nord-americans d'aquest corrent del pensament jurídic, Roscoe POUND, Karl N. LLEWELLYN, L. J. LOEVINGER i Jerome FRANK, entre d'altres. D'altra banda, una altra traducció seva, en aquest cas de l'obra del jurista alemany Rolf SERICK *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles*, va contribuir decisivament que la doctrina i jurisprudència espanyola incorporessin la teoria de l'aixecament del vel.

Obviaré, però, fer una relació detallada de la producció jurídica de PUIG BRUTAU i em limitaré a destacar les seves obres més importants. La seva primera obra la va escriure en col·laboració amb un altre insigne jurista català, Ramon Maria ROCA SASTRE, considerat per molts com el seu autèntic mestre. Concretament va participar en l'elaboració d'onze capítols dels *Estudios de Derecho Privado*, (1948) que ROCA havia concebut per donar resposta al temari d'oposicions entre notaris. L'any 1951 publicà dues monografies cabdals, que ja indicaven quines havien de ser les petjades que seguiria la seva producció científica; em refereixo als *Estudios de derecho comparado* i *La jurisprudencia como fuente del Derecho*⁴. En efecte, en tant que ferm defensor de la jurisprudència com a autèntica font del dret, és lògic que aquesta ocupi un paper destacadíssim en totes les seves obres, i que opti per un plantejament que privilegia els problemes materials del tràfic jurídic, el cas concret, sobre els merament dogmàtics. De la mateixa manera, el dret comparat va ser omnipresent en la seva producció doctrinal i, sovint, objecte primordial de la seva anàlisi. En aquest sentit, l'any 1954 publicaria «Realism in Comparative Law» a la prestigiosa revista *The American Journal of Comparative Law* (vol. 3, núm. 1) i també la traducció dels quatre primers volums de l'edició espanyola del *Tratado de Derecho civil* d'ENNECCERUS, KIPP i WOLFF, amb unes valuosíssimes anotacions.

En la mesura que va ser un model de renovació de la doctrina jurídica espanyola de la segona meitat del segle XX, m'haig de referir, necessàriament, a la seva principal obra: *Fundamentos de Derecho civil*, que començà a publicar l'any 1953, amb una previsió inicial de tres volums i que acabaria, però, en tretze, l'últim dels quals publicat el 1981. En aquesta obra va saber unir, mitjançant el mètode comparatista, el dret civil espanyol —fins aleshores tributari exclusivament de la doctrina alemanya i italiana— amb el dret anglès i nord-americà del *Common Law*, i va esdevenir imprescindible en tots els despatxos d'advocats.

⁴ Precisament, l'Acadèmia va voler retre-li un homenatge pòstum reeditant, l'any 2006, en col·laboració amb l'Editorial Bosch, *La jurisprudencia como fuente del derecho. Interpretación creadora y arbitrio judicial*, precedida d'uns interessantíssims estudis introductoris realitzats per Ramón CASAS VALLÉS, Encarna ROCA TRÍAS i Víctor FARRERES COMELLA.

Estudis del dret format fora de les càtedres universitàries, el seu contacte amb el món universitari es limità a professar dos cursos a la Universitat de Puerto Rico, país en el qual té, encara avui, un reconeixement extraordinari. La Universitat Autònoma de Barcelona esmenaria aquest allunyament fent públic reconeixement de la seva vàlua en distingir-lo, l'any 1981, amb el títol de doctor *honoris causa*; vàlua que aquesta Acadèmia també havia reconegut, vint anys enrere, en aquest cas, elegint-lo com a membre.

PUIG BRUTAU ha estat un dels juristes catalans més importants del segle XX, amb el mèrit afegit que, d'una banda, sense pertànyer a l'acadèmia universitària, la seva influència en els departaments de dret civil va ser destacadíssima i, de l'altra, que, sense ser pròpiament un advocat en exercici, les seves obres continuen sent un instrument imprescindible en tots els despatxos d'advocats. Però, sobretot, era un home humil, que se sentia tributari del saber que hem heretat de tots els grans juristes que ens han precedit. Morí a Barcelona la nit de Sant Joan de 2003, a l'edat de 94 anys.

Passo tot seguit a la lectura del meu discurs d'ingrés, que, com ja s'ha dit, s'intitula: *Bona fe i honradesa en els tractes en el dret civil de Catalunya*.

I

LA BONA FE COM A PRINCIPI CONSUBSTANCIAL AL DRET CIVIL DE CATALUNYA

L'aprovació de la Primera llei del Codi civil de Catalunya ha estat, sens dubte, la fita més destacada en l'exercici de la competència legislativa de la Generalitat en matèria civil. Ho ha estat, en primer lloc, pel significat altament simbòlic que comporta l'aprovació d'un codi general, però també perquè, amb el Codi, el dret civil català s'ha vist enfortit amb un conjunt de normes que, en sintonia amb la tradició del dret continental europeu, fixen les regles bàsiques que han de regir la seva aplicació i eficàcia i també l'actuació dels particulars en les relacions jurídiques. En aquest sentit, l'article 111-1 CCCat s'erigeix en una de les seves normes centrals, ja que alhora que ubica els principis generals del dret entre els elements que integren l'ordenament civil català, en determina també la posició que ocupen en el nostre sistema de fonts. Tot això, sense menystenir el paper cabdal que l'article 111-2 CCCat assigna a aquests principis pel que fa a la interpretació i la integració del nostre dret i la funció de filtre que, seguint el que ja disposava la DF 4a CDCC, els atorga l'article 111-5 CCCat en l'aplicació del dret supletori.

En fi, es pot dir que les disposicions preliminars del títol I del Llibre primer, molt especialment les que es refereixen als principis generals del dret, proporcionen als operadors jurídics un conjunt de normes que palesen la voluntat del legislador català de seguir maldant per una aplicació del dret més propera a la rea-

litat social i, per això, també més justa. Efectivament, la llibertat civil (art. 111-6 CCCat), la bona fe (art. 111-7 CCCat), de la qual deriven, com a especificitat, la doctrina de l'abús del dret i la de no anar contra els propis actes (art. 111-8 CCCat) i en certa mesura també l'equitat, són expedients que, respectant sempre el principi de seguretat jurídica, permeten complementar el dret legislatiu.

1. *La bona fe en la tradició jurídica catalana*

Abans d'entrar en l'anàlisi específica del principi de la bona fe, convé fer una breu referència, per la vinculació que ha tingut, en el dret català històric, amb el seny natural, l'equitat i la bona raó, ja que van ser la via per la qual el *ius commune* va penetrar en el nostre sistema jurídic i, amb aquest, el principi de la bona fe. Efectivament, com és sabut, a finals del segle XII es va estendre arreu de Catalunya, com a la major part d'Europa, un nou dret que gaudia del favor del rei, dels juristes i de la nova classe comerciant catalana, però que, cal dir-ho també, va trobar una certa oposició de la noblesa, perquè implicava la pèrdua de part dels seus privilegis, i del poble, que el trobava molt més complex que el dret visigot, que era el que s'havia aplicat fins aleshores. En efecte, inicialment, la propagació del dret comú va topiar amb unes primeres reaccions legislatives amb les quals es pretenia impedir que els advocats poguessin al·legar-lo judicialment. En aquest sentit, per exemple, la Constitució *Encara statuim* de Jaume I, feta a la Cort de Barcelona de 1251, va prohibir, precisament a instàncies de la noblesa, l'al·legació del *ius commune*, alhora que establí un sistema de fonts que, en un primer nivell, es concretava en els usatges i els costums i, subsidiàriament, en el seny natural. El cert és, però, que la vigència efectiva d'aquesta Constitució no va tenir el sentit que la inspirava, sinó que, a la pràctica, el seny natural va ser la via per la qual els juristes van incorporar a l'ordenament català el dret canònic i el romà, considerat el dret per excel·lència, el més ajustat a la recta raó. Més endavant, el Capítol de Cort de Martí l'Humà, a la Cort de Barcelona de 1409, fixaria com a fonts del dret català: «Usatges de Barcelona e Constitucions, e Capítols de Cort de Catalunya, Usos, Costums, Privilegis, Immunitats, e Libertats de quiscuna conditio, e de las Universitas, e dels singulars d'aquellas, *dret comu, equitat e bona raho*». Aquest Capítol de Cort fou completat, gairebé dos segles després, per la Constitució de Felip II de 1599 que establí l'ordre de prelación també en el dret supletori, segons el qual primer s'havia d'acudir al dret canònic i després al civil i la doctrina dels doctors, ordenant al mateix temps que l'equitat fos entesa segons les regles del dret comú i la doctrina dels doctors⁵.

⁵ Per a un estudi més aprofundit d'aquesta qüestió, podeu veure Joan EGEA FERNÁNDEZ i Josep Maria GAY ESCODA, «Eficàcia de les normes a la tradició jurídica catalana des de la baixa edat mitjana fins al Decret de Nova Planta», RJC (1979), núm. 3, pàg. 513-520.

S'explica, doncs, que el dret català, com altres ordenaments culturalment afins, heretés el principi de la bona fe del dret romà de l'època postclàssica, on, com a evolució de les anomenades accions de bona fe i les de dret estricte, se centrava, sobretot, en el contracte, d'on va passar, a través de l'*actio doli* (D. 4, 3, 1 i ss. i 2, 21)⁶, a tot tipus de relacions jurídiques. OLIBA, per exemple, dedica tota una secció dels seus *Comentaris als Bonae fidei iudicii*⁷, definint-los com aquells en què el jutge no resta vinculat a allò que li demanen, sinó que pot determinar, *ex bono et aequo*, quina és la quantitat que s'ha de restituir. Tot seguit explicita que *bonum et aequum* significa una crida a l'equitat natural, al marge del dret, a la qual s'arriba a través de la recta voluntat i la simplicitat natural, fora de qualsevol astúcia o subtils artificis legals. Precisament, va ser en l'àmbit de les relacions contractuals on els juristes catalans, a l'empara de la crida que les constitucions catalanes feien a l'equitat com a sinònim de la raó natural, emfasitzaven la vinculació entre equitat i bona fe. En aquest sentit, MIERES⁸, després de fer seva la doctrina de BALDUS que definia l'equitat com allò que la raó persuadeix, cita un text del Digest (16, 3, 31 §1), que afirma que la bona fe en els contractes requereix summa equitat, afegint que aquesta no només s'ha de donar entre els contractants, sinó també en relació amb les altres persones possiblement afectades, cosa que el mateix text justinianeu il·lustra amb l'exemple de l'obligació que té el dipositari d'un objecte robat de restituir-lo al propietari que li reclama. Igualment, RIPOLL⁹, després d'afirmar que la bona fe es pot entendre en un sentit general, com a oposada a frau o dol, explica que també és sinònim de justícia, que sobre la base de la summa equitat permet al jutge prescindir d'allò que ha estat convingut per les parts.

Ara bé, potser on els juristes clàssics catalans es van ocupar amb més amplitud de la bona fe va ser en seu d'usucapció, cosa que segurament s'explica pel desajustament que hi havia, ja des de l'Usatge *Omnes causae*, entre aquest principi general i el règim de la prescripció adquisitiva, atès que no es preveia (ni es preveu avui) un règim que diferenciï entre la usucapció de bona fe i de mala fe.

⁶ Aquesta acció permetia obtenir la reparació del dany causat per l'autor de les maniobres fraudulentés i indicava que les parts, en qualsevol relació jurídica rellevant, havien de mantenir un mínim comportament honest, sense enganys i sense aprofitar-se de la ignorància de l'altre. En qualsevol cas, cal ser conscients, però, que en aquest àmbit, com en molts d'altres, els juristes romans no pensaven amb la lògica de les nostres categories, com ha posat en relleu, en referir-se a l'*Obligatio naturalis*, Reinhard ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon, München, 1990, pàg. 9.

⁷ Antoni OLIBA, *Comentariorum de actionibus*. Barcinonae, apud Gabrielem Graellium et Gerardum Dotilium. Anno 1606, Part. I, Lib. II, pàg. 320 i ss.

⁸ *Apparatus super constituionibus Curiarum Cathaloniae*. Barcinonae, 1621, vol. II, Collatio VIII, Cap. II núm. 30. Pel que fa a l'estudi dels diferents significats que l'equitat té en aquest autor del segle XV, vid. J. VALLET DE GOYTISOLO, *Equidad y buena razón según el jurista gerundense del siglo XV, Tomás Mieres*. ADC (1977), vol. 30, núm. 1, pàg. 20 i ss.

⁹ Acaci Antoni de RIPOLL, *Variae iuris resolutiones*. Lugduni, Sumptibus Jacobi, Andreae et Matthaei Prosa. 1630, cap. IX, núm. 15, pàg. 329 i ss.

D'això, però, me n'ocuparé més endavant, en tractar de la relació entre bona fe, dret imperatiu i seguretat jurídica, on veurem també el paper que històricament ha tingut la bona fe en l'acció publiciana. Ara em limitaré a recordar que, avui, l'article 531-24.1 CCCat segueix afirmant que la usucapció no exigeix títol ni bona fe, és a dir, n'hi ha prou amb que la possessió sigui en concepte de titular del dret, pública, pacífica i ininterrompuda. Això no només no s'avé amb l'afirmació del preàmbul de la Llei que aprovà el Llibre cinquè, que emfasitza que sent la bona fe un dels seus principis inspiradors, mai no s'atorga protecció jurídica a qui actua de mala fe, sinó que tampoc no acaba d'encaixar amb l'article 111-7 CCCat. S'explica, però, pel fet que aquest darrer precepte, sense renunciar a la voluntat de constituir un veritable principi o regla d'aplicació general, es refereix, més específicament, a l'anomenada bona fe objectiva. En efecte, la rellevància jurídica de la bona fe en sentit subjectiu, com veurem més endavant, no deriva només de la seva formulació com a principi general, el que es conté per exemple en l'article 111-7 CCCat, sinó que cal que la norma concreta la cridi expressament.

2. *Els projectes harmonitzadors del dret europeu com a model inspirador de l'article 111-7 CCCat*

La bona fe, en tant que principi general, no requereix cap mena de consagració normativa. Tot i això, el codificador català ha optat per incloure-la en les disposicions preliminars del títol I del Llibre primer, concretament a l'article 111-7 CCCat. I ho ha fet adoptant una fórmula que constitueix una de les manifestacions més clares de la incorporació al dret civil de Catalunya de conceptes jurídics ajustats als estàndards europeus i de com l'exercici de la competència legislativa de la Generalitat serveix per apropar l'ordenament civil català a Europa, unificant-ne les regles¹⁰.

Tot i que la literalitat de l'article 111-7 CCCat sembla circumscriure la bona fe i l'honradesa en els tractes a l'àmbit de les relacions jurídiques privades, la seva ubicació dins les disposicions preliminars i el seguit de normes del mateix Codi que en fan aplicació permeten entendre, com veurem més endavant, que el seu abast és molt més ampli. De fet, resulta una obvietat dir que el dret civil de Catalunya conté un elevat nombre de preceptes que criden específicament la bona fe en àmbits que no es poden qualificar estrictament de relacions jurídiques, com és el cas, per posar només un parell d'exemples, de l'accessió i la possessió.

¹⁰ Per a una anàlisi econòmica de l'actual procés d'harmonització del dret contractual europeu, a propòsit del *Draft Common Frame of Reference*, al qual després em referiré, podeu veure Fernando GÓMEZ POMAR; Juan José GANUZA FERNÁNDEZ, «Fundamentos económicos de la armonización del Derecho privado europeo», *InDret* 2/2001, pàgs. 1-29 (http://www.indret.com/pdf/822_es.pdf), on se centren a analitzar la importància que té la determinació d'estàndards harmonitzats per millorar el benestar de les societats europees.

Tanmateix, són casos que es refereixen a la bona fe en sentit subjectiu i, per tant, en els quals no n'hi ha prou que estigui formulada com a principi, sinó que és fonamental que la mateixa norma cridi a la bona fe.

Precisament, en l'àmbit de les relacions contractuals que el dret comunitari pretén regular amb caràcter uniforme, la bona fe és un dels principis generals que més fermament l'impregnen. Així es desprèn, d'una banda, del mateix tenor de les directives comunitàries relatives a la protecció del consumidor i de l'usuari¹¹, que han harmonitzat d'una forma molt intensa els diferents ordenaments dels estats membres en matèria contractual i, d'altra, del fet que el Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees (TJCE) l'ha incorporada expressament a moltes de les seves resolucions¹². La bona fe és també un principi comú a la pràctica totalitat dels ordenaments d'aquests mateixos estats i d'aquí que, sense anar més lluny, l'incorporin totes les propostes d'harmonització del dret contractual europeu adoptant una fórmula que s'inspira en la que, als Estats Units, emprà, fa més de trenta anys, el § 205 del *Restatement (second) of contracts*, de l'*American Law Institute* (1981), que, sota la rúbrica «*Duty of good faith and fair dealing*», estableix que, més enllà de les obligacions que el contracte imposa a cadascuna de les parts, hi ha també la d'actuar d'acord amb les exigències de la bona fe i l'honradesa en els tractes en el seu compliment i execució.

¹¹ Hom pot citar, per exemple, l'article 8 de la Directiva 94/47 CE del Parlament Europeu i del Consell, de 26 d'octubre de 1994, relativa a la protecció dels adquirents en allò que afecta determinats aspectes dels contractes d'adquisició d'un dret d'utilització d'immobles en règim de temps compartit; l'article 4.2 de la Directiva 97/7/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 20 de maig de 1997, relativa a la protecció dels consumidors en matèria de contractes a distància; l'article 3 de la Directiva 2002/65 CEE del Parlament Europeu i del Consell, de 23 de setembre de 2002, relativa a la venda a distància de serveis financers; l'article 2 lletra h) de la Directiva 2005/29/CE del Parlament europeu i del Consell, d'11 de maig de 2005, relativa a les pràctiques comercials deslleials de les empreses en les seves relacions amb els consumidors en el mercat interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consell, les directives 97/7/CE, 98/27/CE i 2002/65/CE del Parlament Europeu i del Consell, i el Reglament (CE) núm. 2006/2004 del Parlament Europeu i del Consell [«Directiva sobre les pràctiques comercials deslleials»]; i l'article 3 de la Directiva 93/13/CEE del Consell, sobre clàusules abusives en els contractes celebrats amb consumidors. Sobre el principi de la bona fe en l'àmbit del dret derivat comunitari, la seva incorporació als estats membres i els problemes que aquesta ha plantejat, vid. Ana QUIÑONES ESCÁMEZ, «Buena fe y lealtad contractual», a *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*, a Sixto Sánchez Lorenzo (Editor), Bosch, Pamplona 2009, pàg. 356 i ss., i, més recentment, des de la perspectiva de la formació del contracte en les iniciatives d'harmonització del dret europeu, Ricardo DE ÀNGEL YAGÜEZ, «Lealtad en el periodo precontractual» (La conducta de las partes en las negociaciones preliminares según proyectos de Derecho contractual europeo y conforme a otros trabajos prelegislativos), ADC. Tom LXIII, fasc. II, abril-junio, 2010, pàgs. 575 a 636.

¹² Es pot esmentar, a títol d'exemple, la Sentència del Tribunal de Primera Instància (Sala 2a ampliada) de 8 de maig de 2007, Afer T-271-04, en un cas de trencament de les negociacions adreçades per a l'arrendament d'un edifici, propietat de l'empresa Citymo SA, a la Comissió de les Comunitats Europees, on es resol que «[A] la vista del conjunto de las consideraciones que preceden, procede declarar que la Comisión ha violado, de forma suficientemente caracterizada, el principio de buena fe y ha abusado de su derecho a no contratar, al haber informado tardíamente a la demandante de su decisión de romper los tratos previos a la celebración del contrato».

Les esmentades propostes d'harmonització sempre es refereixen a la bona fe i a l'honradesa en els tractes conjuntament, gairebé com una expressió inseparable, i aquesta és precisament la fórmula que també ha adoptat el Codi civil de Catalunya, generalitzant-la més enllà del dret contractual. Efectivament, la plasmació normativa d'ambdues exigències que ha dut a terme la Primera llei del Codi civil de Catalunya s'inspira directament en la «*good faith and fair dealing*» dels *Principles of European Contract Law 1998*, que va preparar la *Commission of European Contract Law* (Comissió LANDO)¹³, seguint el mateix criteri que ja havien adoptat els *Principles of International Commercial Contracts*, publicats l'any 1994 per l'Institut Internacional per a la Unificació del Dret Privat (UNIDROIT)¹⁴ i que coincideix —perquè s'hi fonamenta— amb el que es conté al *Draft Common Frame of Reference –DCFR*, que la Comissió Europea va publicar el 2008, amb caràcter provisional i un any després ja com a *full edition* preparada per l'*Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group)*, que hom pot considerar la manifestació més important d'aquest procés harmonitzador¹⁵.

Tot i que, formalment, el precepte català no parla de principis, sinó d'exigències —com si els volgués atribuir un valor vinculant més fort que el merament principal—, el cert és que el preàmbul no dubta a definir la bona fe i l'honradesa en els tractes com a autèntics principis de caràcter general, que es projecten més enllà de l'àmbit contractual.

En qualsevol cas, cal remarcar que l'expressa ubicació de la bona fe entre les disposicions preliminars del Codi civil de Catalunya no introdueix cap innovació en el nostre ordenament jurídic, sinó que, com passa amb la resta de principis incorporats en aquestes mateixes disposicions, la bona fe (incloent-hi el seu vesant objectiu, que avui s'identifica amb l'honradesa en els tractes) ha inspirat el nostre dret pràcticament des de sempre i els tribunals l'han anat aplicant també

¹³ Concretament, la trobem a l'article 1201 dels *The Principles of European Contract Law*, Parts I and II, prepared by the Commission on European Contract Law, 1999, Kluwer Law International, The Hague, 2000, on, sota la rúbrica *Freedom of Contract*, s'estableix que «(1) *Parties are free to enter into a contract and to determine its contents, subject to the requirements of good faith and fair dealing, and the mandatory rules established by these Principles. (2) The parties may exclude the application of any of the Principles or derogate from or vary their effects, except as otherwise provided by these Principles*». Hi ha una traducció espanyola a càrrec de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo i Fernando Martínez Sans, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003.

¹⁴ Segons l'article 1.7 dels «Principles UNIDROIT», en el comerç internacional, les parts han d'actuar amb bona fe i lleialtat negocial, que són deures que no es poden excloure ni limitar.

¹⁵ En el DCFR, la bona fe es configura com una mena de clàusula o regla que també serveix per generalitzar l'objectiu de justícia, tot i admetre que hi ha països —els del *Common Law*— que no li reconeixen el caràcter de regla general d'aplicació directa, però que en canvi contenen una diversitat de regles que desenvolupen una funció equivalent a la de la bona fe. Concretament, el DCFR exigeix que la bona fe i l'honradesa en els tractes estiguin presents en tot l'iter contractual, és a dir, tant a l'hora de decidir si se celebra un contracte, en les negociacions preliminars [1:103], com en la determinació del contingut [1:102] i el seu compliment. Finalment, li atorga rellevància també en la interpretació i integració del contracte [8:102 i 9:101].

amb tota normalitat. El fet, però, que ara s'integri en el frontispici del Codi serveix per esvaïr qualsevol dubte sobre la seva vigència i estalvia haver d'identificar-lo per via inductiva, alhora que realça, de forma totalment diàfana, el paper cabdal que en l'actualitat segueix tenint en el nostre ordenament.

Per al Codi civil de Catalunya la confiança que deriva de l'actuació d'acord amb la bona fe és el fonament de les relacions humanes i reforça la seguretat jurídica. Aquest és, precisament, el rerefons de l'article 111-7 CCCat en la mesura que el mateix preàmbul anuncia que va més enllà de l'àmbit exclusivament contractual, la qual cosa no treu, és clar, que, tot i la voluntat declarada de donar-li aquest abast més ampli dins les relacions juridicoprivades, a la pràctica sigui en seu contractual on la referència a la bona fe i, sobretot, a l'honradesa en els tractes¹⁶ és més escaient. Ho demostra el fet que el legislador català hagi adoptat una fórmula que coincideix literalment amb l'emprada per les iniciatives harmonitzadores del dret europeu de contractes a les quals m'acabo de referir.

En aquest sentit, el document de treball que l'Observatori del Dret Privat de Catalunya va fer servir per a la redacció de l'Esborrany d'Avantprojecte de Llei¹⁷ textualment afirmava que «[L]a noció de bona fe és una de les exportacions més destacables del *Civil Law* a d'altres cultures jurídiques i especialment a la cultura del dret uniforme (article 7 Convenció de les Nacions Unides sobre els contractes de compravenda internacional de mercaderies, feta a Viena l'11 d'abril del 1980; article 1.7 dels Principis UNIDROIT sobre els contractes comercials interna-

¹⁶ Referint-se precisament a l'àmbit contractual, més en concret a la consagració del principi general de bona fe a l'article 1:201 dels PECL, L. DíEZ-PICAZO, E. ROCA i A. M. MORALES, *Los principios del Derecho Europeo de Contratos*, Civitas, Madrid, 2002, pàgs. 155-156, afirmen que és un arquetip o model de conducta social: l'honradesa en els tractes, l'actuació curosa i diligent, la confiança en la paraula donada, no defraudar la confiança que s'ha suscitat en els tercers. S'aspira a aconseguir —afegeixen— que el desenvolupament de les relacions obligatòries es produeixi d'acord amb allò que la consciència social considera com a principis necessaris, tot i que el legislador no els hagi explicitat i les parts tampoc els hagin formulat contractualment, perquè es consideren implícits. Des d'una perspectiva semblant, però en relació amb l'article 7.2 CC, A. LAMARCA MARQUÈS, *El hecho del acreedor y la imposibilidad de la prestación*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2001, pàg. 34, assenyalava que la jurisprudència s'acull a l'anomenada *exceptio doli generalis* per permetre que el deutor pugui reaccionar enfront de les pretensions del creditor contràries a la bona fe. Destaca també que la bona fe es pot veure com a font d'allò que la doctrina alemanya ha anomenat deures de protecció (*Schutzpflichten*) —contraposats als deures de prestació—, que aconpleixen la funció de permetre el rescabament dels danys patits per les parts al marge del deure de prestació (incompliment), però vinculats a l'execució de l'obligació.

¹⁷ A. LAMARCA MARQUÈS; P. SALVADOR CODERCH (*Notes per un Títol Preliminar del codi civil de Catalunya. Esborrany d'Avantprojecte*, Document de treball [inèdit], datat el 23 d'octubre de 2001) proposaven les següents redaccions alternatives del que, aleshores, era l'article 5 de l'esborrany: «Bona fe [i honradesa en els tractes]: 5.a. En les relacions [jurídiques] regulades per aquest Codi s'observarà el principi de la bona fe i honradesa en els tractes. 5.b. En l'aplicació d'aquest Codi a les relacions que regula es tindran sempre en compte les exigències de la bona fe i honradesa en els tractes. 5.c. En les relacions de dret privat cal observar sempre les regles de la bona fe. 5.d. En les relacions regulades per aquest Codi s'observaran sempre les regles de la bona fe». Al final s'aclaria que les variants eren fonamentalment estilístiques, tot i que destacaven l'esment a l'honradesa en els tractes a les dues primeres.

cionals; article 1:201 dels Principis del dret contractual europeu de la Comissió LANDO). Aquesta és una de les raons per les quals l'esborrany incorpora una regla sobre bona fe en les diferents versions de l'article cinquè. L'altra és la relació que el principi pot tenir amb la creixent influència de les normes socials en el discurs jurídic i en la pràctica de l'aplicació del dret».

En efecte, es pot dir que la crida que el Codi civil de Catalunya fa a la bona fe i a l'honradesa en els tractes suposa donar entrada a l'ordenament jurídic, per bé que de forma indirecta, a les normes socials, és a dir, les que fixen les regles o estàndards que defineixen els límits d'una conducta acceptable¹⁸. Des d'aquesta perspectiva es pot afirmar que la bona fe que ha de presidir les relacions jurídiques implica que cada part és responsable de la seva conducta deslleial o, el que és el mateix, reflecteix obligacions morals —normes— més que meres convencions¹⁹.

Atesos aquests antecedents i, sobretot, la generalitat com finalment ha quedat formulat l'article 111-7 CCCat, és clara la voluntat del legislador català d'implementar estàndards socials d'honradesa, lleialtat i raonabilitat en les relacions juridicoprivades i en les posicions jurídiques en general, concebant el principi de la bona fe com una font autònoma de deures legals, amb les matisacions i els límits que després s'indicaran, i amb diferent valor segons tingui una significació subjectiva o objectiva. Això no exclou, és clar, que alhora sigui també un principi informador del nostre sistema jurídic que es projecta a través de la interpretació i la integració de les normes jurídiques.

Aquesta incorporació explícita de la bona fe com a eix vertebrador del sistema jurídic català s'ha produït de forma paral·lela al canvi que, mitjançant la reforma dels respectius codis civils, també ha tingut lloc en el dret intern de diferents països de la Unió Europea. Per exemple, a Holanda, amb l'entrada en vigor, l'any 1992, del Llibre sisè del Codi civil holandès (*Burgerlijk Wetboek*, en endavant BW), s'incorporà la bona fe com un principi bàsic en les relacions obligacionals, la qual cosa significa que, més enllà dels contractes, ha de ser exigible en tot tipus de relació obligacional (art. 6:2 BW)²⁰. De fet, per als contractes, l'arti-

¹⁸ Pel que fa a la importància de les normes socials com a guia de conducta i també com a substitut i complement de la llei, hom pot veure el treball de Richard MCADAMS i Eric RASMUSEN, «Norms and the Law», a *The Handbook of Law and Economics*, edited by A. Mitchell Polinsky and Steven M. Shavell. Vol. 2. Elsevier North-Holland publications, 2007, pàg. 1575, on expliquen que no va ser fins als anys noranta que els estudiosos del dret, sobretot els analistes econòmics, van dedicar la seva atenció a les normes socials com a fonts que incorporen un ordre informal en l'anàlisi jurídica.

¹⁹ Així ho entenen MCADAMS i RASMUSEN, «Norms and the Law», *cit.*, vol. 2, pàg. 1599, referint-se a la bona fe que ha de presidir la formació i el compliment dels contractes.

²⁰ Jacob HIJMA, «Modern Codification of Property Law and Contract Law. The Dutch Experience», a *L'exercici de les competències sobre dret civil de Catalunya*, Materials de les Onzènes Jornades de Dret Català a Tossa, Tirant lo Blanch, València, 2002, pàg. 178, fins i tot va més enllà i considera que aquesta regulació fa exigible la bona fe i l'honradesa en qualsevol acte patrimonial multilateral.

cle 6:248 BW ja li atribueix eficàcia integradora, quan afirma que els efectes jurídics del contracte no es limiten tan sols als que hagin estipulat les parts, sinó que inclouen també els que deriven de la llei, del costum o de les exigències de la bona fe. A Alemanya, en la darrera reforma del dret d'obligacions duta a terme l'any 2002, la rellevància de la bona fe s'ha centrat en l'àmbit dels contractes en massa; en aquest sentit, el § 307 BGB considera ineficaces les condicions generals de la contractació que contravinguin la bona fe. Igualment, el Projecte de reforma del Codi civil francès en matèria d'obligacions, amb el qual es pretén harmonitzar el dret francès als Principis LANDO i a l'Esborrany d'un Marc Comú de Referència²¹, estén també la bona fe a tot l'iter contractual. Finalment, a Espanya, la proposta d'*Avantprojecte de Llei de modernització del Dret d'obligacions i contractes*, que ha elaborat la Comissió General de Codificació del Ministeri de Justícia, segueix aquesta mateixa tendència d'ampliar l'abast de la bona fe més enllà d'allò previst a l'article 1258 CC (i també a l'article 7.1 CC, que només es refereix a l'exercici dels drets), és a dir, la incorpora en tot l'iter contractual²², però sense fer cap esment a l'honradesa en els tractes.

Per cloure aquest apartat, cal recordar que el principi de la bona fe també és present en l'àmbit del dret internacional dels contractes. A títol d'exemple, podem citar l'article 7.1 de la Convenció d'11 d'abril de 1980 de les Nacions Unides sobre els contractes de compravenda internacional de mercaderies (Instrument d'adhesió d'Espanya de 17 de juliol de 1990), segons el qual en la interpretació de la Convenció s'ha de tenir en compte el seu caràcter internacional i la necessitat de promoure la uniformitat en la seva aplicació i l'observança de la bona fe en el comerç internacional²³, a banda, és clar, de la consideració com a principi general que permeti integrar les llacunes de la mateixa Convenció.

²¹ Yves PICOD, «Les projets français sur la réforme du droit des obligations», *InDret* 4/2009, pàgs. 1-12, a pàg. 3 (http://www.indret.com/pdf/677_fr.pdf).

²² L'Avantprojecte atorga rellevància a la bona fe, entre altres àmbits, en el compliment de la condició (article 1114); en el termini (art. 1119 i 1121); en les relacions entre els deutors solidaris (art. 1133); en el pagament (art. 1158); en el compliment de les obligacions (art. 1192.3); en la integració del contracte (art. 1243); en els tractes preliminars (art. 1245); en la consideració de clàusules abusives (art. 1262); en la interpretació del contracte (art. 1279), etc. Anteriorment, la reforma de l'article 1262 CC, operada per la disposició adicional quarta de la Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i del comerç electrònic, ja havia incorporat la bona fe com a criteri per determinar la perfecció del contracte, establint que hi ha consentiment des que l'oferent coneix l'acceptació o des que havent-la remès l'acceptant no pot ignorar-la sense faltar a la bona fe.

²³ Com ha posat en relleu Alfonso-Luis CALVO CARAVACA, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* [artículo 7], a Luis Díez-Picazo y Ponce de León (dir.), Civitas, Madrid, 1998, pàg. 7, en el Projecte de Convenció, la referència a la bona fe se circumscriu al comportament dels contractants i no a la interpretació judicial de la Convenció.

II

BONA FE EN SENTIT OBJECTIU I EN SENTIT SUBJECTIU

Tot i que la *bona fides* és un principi general reconegut per gairebé tots els ordenaments jurídics des del dret romà, és molt difícil donar-ne un concepte precís, i encara ho és més fer-ho amb caràcter unitari, de manera que valgui per a tots els supòsits en què pugui ser rellevant; ans al contrari, caldrà estar sempre al cas concret. Això vol dir que la bona fe no té el mateix significat en la possessió que en l'accessió o en el procés de negociació i en el compliment dels contractes, per posar alguns exemples. Aquesta és la raó per la qual l'article 111-7 CCCat no en dóna una definició, sinó que es limita a qualificar-la com a una exigència en les relacions jurídiques privades. Ja he avançat, però, que en determinats casos, la bona fe no s'aplica estrictament com a principi o clàusula general, sinó que és necessari que el precepte en qüestió la cridi i concreti què entén per bona fe, de manera que en aquest punt el jutge pràcticament no tindrà marge d'actuació i s'haurà de limitar a comprovar si es donen els requisits que fixa la llei.

En qualsevol cas, sense que calgui entrar ara en l'anàlisi detallada de les diferents concepcions de la bona fe, em centraré en la dual²⁴, que és la predominant, és a dir, la que distingeix dos sentits de la bona fe: el subjectiu, referit, d'una banda, a l'absència de dol o frau i bàsicament, també, a la condició que una persona tingui en una concreta posició jurídica en relació amb el coneixement de les circumstàncies generals que l'envolten; i l'objectiu, que l'entén com a regla de conducta que adquireix valor normatiu²⁵. Aquesta és una categorització que, tot i que

²⁴ És minoritària la posició dels qui sostenen una concepció unitària de la bona fe. Aquesta és la posició que, per exemple, manté Delia Matilde FERREIRA RUBIO, *La buena fe. El principio general en el derecho civil*, Montecorvo, Madrid 1984, pàg. 94, quan afirma que la bona fe sempre és objectiva, en el sentit que representa una pauta de conducta abstracta, en la que comunament hom anomena objectiva i referida a un concret comportament d'una persona en la subjectiva.

²⁵ Com assenyalava F. CAMACHO EVANGELISTA, *La buena fe en el cumplimiento de las obligaciones*, Univeridad de Granada, 1962, pàg. 14, la distinció entre aquests dos sentits de la bona fe té el seu origen en la doctrina alemanya del segle XIX. Inicialment, Karl Georg VON WÄCHTER, *Die bona fides, insbesondere bei der Ersitzung des Eigenthums*, Leipzig: Edelman, 1871-VI, 149, partia de la teoria psicològica pura, és a dir, com a fet intel·lectiu o creença errònia, però aquest posicionament va ser criticat pel seu contemporani Carl Georg BRUNS, *Das Wesen der bona fides: Bei der Ersitzung*. Putthammer & Mühlbrecht, Berlin, 1872, que considerava que la bona fe es pot entendre com una creença però també com un mode de comportament que indica allò que és honest i recte. Ha estat a partir d'aquestes dues posicions que s'han situat els intents posteriors de definir la bona fe. En el dret positiu, se sol assenyalava que la distinció més nítida entre la bona fe objectiva i la subjectiva és la que fan els articles 2 i 3 del Codi civil suís. En la doctrina espanyola, n'hi ha prou amb remetre's, per tots, a la distinció que fa J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios a la Ley sobre condiciones generales de la contratación*. [Comentari a la disposició addicional 1a, 3 (article 10 bis, 1 apts. 1r i 4t)], Aurelio Menéndez Menéndez y Luis Díez Picazo y Ponce de León (dirs.), Jesús Alfaró Aguila-Real (coord.), pàg. 935, on afirma: «La buena fe objetiva y subjetiva corrigen el sistema aunque en supuestos diversos, siempre en favor de unos mismos valores. Lo hacen de modo inverso: la buena fe objetiva corrige el sistema en contra del sujeto que no observa las exigencias de dicha buena fe, y la buena fe subjetiva en favor del sujeto en una situación irregular, pero de buena fe».

ja es podia intuir en el dret romà²⁶, lògicament tampoc no la trobem explicitada en la tradició jurídica catalana, per bé que es pugui entendre que hi era latent. En efecte, històricament el dret català ha donat rellevància a la que avui anomenem bona fe en sentit subjectiu, sobretot, en l'àmbit de la liquidació de les situacions possessòries (adquisició de fruits i abonament de despeses)²⁷ i de la protecció de l'aparença jurídica (protecció de tercers adquirents). Però també va donar cabuda a la bona fe considerada en sentit objectiu, i ho va fer específicament en seu de les relacions contractuals, com a derivada de la categorització —presa també del dret romà i que van fer seva els autors catalans— que distingia entre els contractes *bonae fidei* i els *stricti iuris*²⁸. En els primers, segons hem vist, el jutge disposava d'una gran llibertat d'apreciació perquè, tenint en compte la lleialtat de les convencions (*bona fides*), es podia apartar de la literalitat del contracte²⁹. Això volia dir que, un cop acreditat que el deutor havia incomplert el contracte, el jutge el podia condemnar a tot allò que, d'acord amb la bona fe³⁰, hagués hagut de donar o de fer. En bona mesura deixava de ser un instrument de resolució judicial dels conflictes relatius a l'incompliment d'unes concretes relacions bilaterals i passava a erigir-se en una mena de principi ètic que presidia les actuacions jurídiques en general.

²⁶ L'objectiva se sol identificar amb un fragment de Claudius TRIFONINUS (D. 16,3,31 pr.), i la subjectiva amb un altre d'Herennius MODESTINUS (D. 50,16.109).

²⁷ El caràcter subjectiu està implícit, per exemple, a OLIBA, *Comentariorum...*, cit. Part II Llib. 1, núm. 59, pàg. 215, on afirma que «bona fides et mala fides sint passionis animi, et in animo consistant, non possunt verè neque directo probari ... et ideò ex coniecturis et iudicis probantur. Vid. també Bonaventura DE TRISTANY, *Sacri Supremi Regii Senatus Cathaloniae Decisiones*. Tom I, Decis. XIX, núm. 31, pàg. 426, Barcelona, 1686, on afirma que el comprador no pot recuperar les millores fetes en els béns comprats amb gravamen fideïcomissari, si coneixia que la cosa estava gravada, és a dir, si era de mala fe. Les millores necessàries (les que es fan per perpètua utilitat de la cosa) —segueix dient— el comprador les pot recuperar del fideïcomissari que reivindica, tant si és de bona com de mala fe.

²⁸ Vid. Francesc MOLI, *Tractatus celebris et insignis de ritu nuptiarum et pactis in matrimonio conventis*, Barcelona, 1617, Lib. I, Comparatio XXI, pàg. 57 i, també, Francesc FERRER, *Comentarius analiticus ad Constitutionem ex insignoribus Principatis Cathaloniae primam, sub. Titulo Solutio Matrimonio, Incipientem Hac Nostra*, Ilerdae 1629 Tempus I, Declaratio 5, núm. 53, qualificant el dot com a contracte de bona fe.

²⁹ Vid. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, cit., pàg. 789, i també Joan MIQUEL, *Dret privat romà*, Marcial Pons, Madrid 1995, pàg. 299.

³⁰ Els *bona fidei negotia* es caracteritzaven per obligar no solament a allò que s'havia estipulat, sinó també al que derivava de la bona fe. Sobre l'aplicació d'aquest principi a la *locatio conductio rei*, hom pot veure ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, cit., pàg. 375. Aquesta nova categoria va substituir la de les *actiones bona fidei* del dret romà clàssic i les *actiones stricti iuris*, configurant-se ja com un principi que regia els contractes. Així la *bona fides* era el mitjà del qual se servien el pretor i els juristes romans per proporcionar una base jurídica i una sanció als negocis que no tenien el seu fonament en les lleis romanes. Pel que fa, més genèricament, a la significació jurídica de bona fe en el dret romà i la seva evolució en el dret modern, hom pot veure el treball d'Andreas VON TUHR, «La buena fe en el Derecho romano y en el Derecho actual», RDP, núm. 146, 1925, pàgs. 337-341.

1. *La bona fe subjectiva*

Un dels significats més usuals de bona fe és el que la identifica amb l'absència de comportaments dolosos o fraudulents, equiparant-la gairebé a una manifestació del principi *neminen laedere*, és a dir, com el deure de no danyar o enganyar a un altre. De fet, aquest ja havia estat el punt de partida de la doctrina clàssica catalana, que, referint-se per exemple al contracte de compravenda, afirmava que la bona fe podia tenir dues accepcions: la primera entesa com a absència de frau, malícia o fingiment³¹ i la segona, que la identificava amb l'equitat. Entesa en la primera accepció, la bona fe havia d'estar present en tot tipus de contracte. Això, evidentment, no ens ha de fer perdre de vista que la contraposició ordinària ha de ser entre bona i mala fe, i que aquesta última no s'ha d'identificar necessàriament amb el dol, a banda que, a diferència de la culpa, no hi ha graus de bona o mala fe. La identificació entre bona fe i absència de comportament dolós és d'arrel romana on la trobem formulada en la regla *fides bona contraria est fraudi et dolo* (PAULO, D. 17, 2, 3, 3) i, modernament, se n'han fet ressò també nombrosos preceptes del Codi civil de Catalunya i la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya³². Excepcionalment, aquesta significació de la bona fe, tot i participar d'una naturalesa clarament subjectiva, es pot considerar que té un valor principal i, per tant, que regeix encara que la norma en qüestió no s'hi remeti expressament.

Les normes que en el Codi civil de Catalunya identifiquen la bona fe amb l'absència de dol o de frau són força abundants. Un exemple el trobem a l'article 426-55 CCCat, que, en relació amb l'exercici de les facultats dispositives en el fideïcomís de residu, estableix que el fiduciari ha d'actuar de bona fe, sense ànim de defraudar el fideïcomís. El mateix sentit té el frau al fideïcomís en l'article 426-42 CCCat quan preveu l'oposició judicial dels fideïcomissaris als quals el fiduciari ha notificat la intenció de realitzar un determinat acte que sospiten serà fraudulent; i, un cop ja ha estat adquirit el fideïcomís, l'article 426-50 CCCat, el qual possibilita que el fideïcomissari impugni els actes del fiduciari realitzats en frau del fideïcomís. Seguint en el dret successori, l'article 431-25.4 CCCat, després de reconèixer que l'heretament no limita les facultats de l'heretant per disposar a títol oneros dels seus béns, faculta l'instituït hereu per impugnar, en vida de l'heretant, els actes dispositius que es puguin considerar atorgats en dany o frau d'heretament.

Aquest és el sentit que cal donar també a tots aquells preceptes que, sense al·ludir expressament a la mala fe, sancionen el cridat a l'herència que actua en

³¹ RIPOLL, *Variae iuris...*, cit., cap. XI, núm. 20, pàg. 330.

³² Per exemple, a la STSJC de 29 de desembre de 2008, que, en relació amb la facultat del marmessor d'interpretar el testament, afirma que s'ha de subjectar als criteris legals d'interpretació i que la seva decisió pot ser revisada jurisdiccionalment si és inexacta, tant si ha incorregut en dol o culpa com si l'ha presa de bona fe.

frau dels creditors per deutes del causant. Concretament, l'article 461-8 CCCat priva el cridat que ha sostret o amagat béns de l'herència de la facultat de repudià-la, fent-lo esdevenir hereu pur i simple. De forma semblant, l'article 461-21.5 CCCat disposa que l'hereu que actua fraudulent en els pagaments i les realitzacions de béns perd el benefici d'inventari. Igualment, en seu de règim econòmic matrimonial, més específicament en relació amb la determinació del crèdit en el règim de participació, l'article 232-19 b) i c) CCCat estableix que per tal de calcular el patrimoni final s'han d'incloure els béns disposats a títol oneros per disminuir fraudulentament els guanys, així com el valor de les obligacions i dels gravàmens constituïts fraudulentament. En canvi, d'altres preceptes que aparentment hom podria pensar que sancionen la voluntat de defraudar els creditors, en realitat prescindeixen de la intenció fraudulenta, és a dir de la bona o mala fe. Efectivament, quan l'article 531-14 CCCat, que analitzarem detalladament més endavant, disposa que no perjudiquen els creditors dels donants les donacions fetes per aquests després que hagi nascut el crèdit si manquen altres recursos per a cobrar-lo, està traient protagonisme a la intenció de defraudar (*consilium fraudis*) i posant èmfasi únicament en el perjudici que pateix el creditor (*eventus damni*), per molt que, per explicar-ho, la doctrina sovint hagi afirmat que aquests actes impliquen un frau *in re ipsa*. De fet, ni tan sols es presumeix el frau, sinó que per accionar contra el donatari n'hi ha prou que la garantia patrimonial del deutor hagi desaparegut o sigui insuficient. En aquesta mateixa línia hem d'ubicar l'article 461-7 CCCat, segons el qual la repudiació de l'herència en perjudici dels creditors de l'hereu no es pot oposar a aquests, com també —passant novament al dret de família— els articles 232-9.1 i 232-24 CCCat, el primer referit al fet que si no hi ha béns suficients per satisfer la compensació econòmica per raó del treball, el creditor pot demanar la reducció o la supressió de les donacions o atribucions particulars en pacte successori fetes pel cònjuge deutor durant la vigència del règim, i el segon, que adopta la mateixa regla per al cas que no hi hagi béns suficients per satisfer el crèdit de participació.

L'engany o frau com a sinònim de mala fe també se sanciona a l'article 531-13.2 CCCat, en seu de donacions, on, partint del principi segons el qual no hi ha responsabilitat derivada del sanejament per evicció o per vicis amagats (apt. 1), s'estableix que si el donant coneixia que el bé era aliè o l'existència dels vicis o defectes ocults (mala fe), ha d'indemnitzar els donataris de bona fe —els que ignoren el defecte o que la cosa donada és aliena— pels danys i perjudicis causats pels vicis ocults o per l'evicció.

Finalment, aquesta mateixa concepció de la bona fe constitueix també la base de l'article 542-22 CCCat, que, en relació amb les coses perdudes, tan sols reconeix el dret al premi si la persona que les troba és de bona fe. Aquí la bona o mala fe depèn del comportament que hom té després d'haver trobat l'objecte, és a dir, el trobador és de mala fe si, coneixent qui és el propietari, no li restitueix,

sinó que el consigna a l'ajuntament corresponent, o, si coneixent que es tracta d'un objecte que algú ha oblidat, el restitueix al posseïdor i exigeix el premi corresponent a la troballa de les coses perdudes. I, finalment, no cal dir-ho, també ho és la persona que troba una cosa perduda i directament se l'apropia, cas en el qual, el propietari podrà reivindicar-la³³. De la mateixa manera, en el contracte de parceria (article 38 LCC), es considera una deslleialtat i, per tant, que actua de mala fe el parcer que compta les parts que han d'integrar l'objecte de la contraprestació de forma que perjudica el propietari.

En la seva significació subjectiva, l'ordenament català també identifica la bona fe amb la consciència o creença del subjecte que ocupa legítimament una determinada posició jurídica (materialment indeguda), sense ocasionar cap dany a ningú i, a partir d'aquí, la integra en el supòsit de fet normatiu. És la significació més comuna i constitueix una regla de comportament que es configura com a pressupòsit de l'atribució de drets que, com a tal pressupòsit, només té rellevància jurídica en els casos en què la norma en qüestió ho preveu expressament³⁴. Vull dir que la seva aplicació no deriva d'un principi general que el jutge hagi de concretar cas per cas, sinó que en cada seu institucional la pròpia norma dirà quan és rellevant el desconeixement, sense que calgui cap mena de comparació amb regles de conducta socialment acceptades. Aquest tipus de bona fe no requereix l'element volitiu, és més, fins i tot s'ha suggerit que hagués estat millor no parlar de bona fe, sinó només de conducta correcta lleial o sense mala fe³⁵.

Alguns autors han distingit dos efectes diferenciats de la bona fe subjectiva, entesa com a desconeixement, segons es tracti de la que hom sol anomenar bona fe simple o bé de la qualificada³⁶. La primera, la simple, seria aquella que tan sols exigeix la consciència d'obrar legítimament, sense cap conducta afegida més i el seu efecte jurídic sol ser la minoració de les conseqüències derivades de la pèrdua del dret³⁷; la se-

³³ Sobre el concepte de bona i mala fe en el trobador i els seus efectes, vid. Joan EGEA FERNÁNDEZ, *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Catalunya* [article 542-22], vol. 1, Decanato Autonómico de los Registradores de Catalunya, Barcelona, 2008, pàg. 518.

³⁴ Vid., en aquest sentit, A. CARRASCO PERERA, «Mala fe, prescripción e incongruencias en el caso *Nike*», *Diario La Ley*, 2000, Ref. D-83, tom 2, pàg. 4, on entén que és el factor que evita les conseqüències jurídiques més oneroses.

³⁵ ROCA SASTRE; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario, cit.*, pàg. 655, per exemple, referint-se a la bona fe hipotecària, afirmen que una persona que ha actuat de bona fe adquirint de titular registral ha volgut tan sols adquirir i aquesta és una voluntat que s'ha produït tant si el titular registral era real com aparent. El fet que formalment resulti que una persona ha adquirit de bona fe derivarà, per previsió legal, de la circumstància que el registre era inexacte. Cf. també amb allò que dic a la nota 80 en relació amb la fe pública registral.

³⁶ M. L. NEME VILLARREAL, «Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos», *Revista de Derecho Privado Externo*, 17-2009, pàg. 61.

³⁷ Aquest és el cas del cònjuge que, de bona fe, ha contret matrimoni que després és anul·lat. En el dret català, l'article 233-14 CCCat fa una aplicació de les regles del matrimoni putatiu (article 79 CC) i disposa que en aquest cas el cònjuge de bona fe té dret a la prestació compensatòria en les mateixes circumstàncies que si el matrimoni fos vàlid. Aquí, per bona fe haurem d'entendre la

gona, la bona fe qualificada, a més de la consciència o l'element subjectiu, inclou el pressupòsit del comportament diligent adreçat a corroborar el sosteniment del propi dret i, sovint també, la concurrència d'un element objectiu o extern que doti de certesa l'aparença en què es fonamenta la creença. El dret civil català segueix, de forma completament predominant, aquesta segona concepció; no n'hi ha prou amb el desconeixement de la realitat, sinó que cal també que el subjecte en qüestió no hagués tingut possibilitat de conèixer-la emprant una diligència raonable o, el que és el mateix, un comportament honest, sincer, prudent i diligent que, al cap i a la fi, no deixa de ser un element que s'integra en el concepte mateix de bona fe³⁸. Efectivament, en les diverses seues institucionals on es crida la bona fe subjectiva, el Codi civil de Catalunya ha optat pel tipus qualificat de bona fe, ja que no considera suficient la mera creença que s'està actuant legítimament, sinó que exigeix sempre un comportament diligent.

Aquest sentit de la bona fe, que va més enllà de la mera convicció d'obrar legítimament i que exigeix un plus de diligència, el trobem, per exemple, en la liquidació de les situacions possessòries, on l'article 522-3.1 CCCat atribueix els fruits al posseïdor de bona fe, així com el dret a rescabalar-se de les despeses, sens perjudici que, com a garantia del reintegrament d'aquestes, pugui retenir la cosa (article 569-4 CCCat)³⁹. En efecte, l'article 521-7 CCCat defineix la bona fe en la possessió com la «creença justificable» de la titularitat del dret⁴⁰, la qual cosa per-

ignorància que existeix una causa en virtut de la qual, posteriorment, el matrimoni és declarat nul. És més, com assenyala J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, «Observaciones en torno a la buena fe», a A.D., *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989, pàg. 499, es pot donar el cas que el cònjuge conegui la causa de nul·litat (per exemple, perquè va fer la declaració de voluntat sota intimidació) i, tot i això, no perdrà la condició de bona fe. D'altra banda, aquest mateix autor, a *Comentario del Código...*, cit., pàg. 41, posa l'exemple del matrimoni celebrat per jutge o funcionari incompetent o amb defecte de forma (articles 53 i 78 CC) on, més enllà de la minoració dels efectes negatius, es produeix una autèntica equiparació amb els del matrimoni vàlid.

³⁸ En la doctrina espanyola podeu veure J. B. VALLET DE GOITYSOLO, «El párrafo primero del artículo 464 del Código Civil, según la sentencia de 19 de junio de 1945, y el requisito de la buena fe», ADC, oct-dic 1951, publicat també a *Estudios sobre derecho de cosas*, vol. II, 2a ed., Madrid, 1986, pàg. 21, on l'autor gràficament afirma que no interessa la ignorància sinó la seva inexcusabilitat.

³⁹ La STSC de 26 de juny de 2008, referint-se a l'aleshores vigent article 3 LDRG, afirma que la possessió requereix, a banda de la preexistència de títol possessori que l'habiliti, «[...] un element subjectiu de bona fe basat en el desconeixement o en la ignorància inexcusable, situació subjectiva que ha de tenir des del principi de la possessió».

⁴⁰ D'altra banda, segons l'apartat 3 d'aquest mateix precepte, la bona fe cessa quan els posseïdors saben, o poden saber raonablement, que no tenen dret a posseir, és a dir, encara que ignori que no té dret a posseir, es considerarà posseïdor de mala fe aquell que no ha emprat la diligència deguda per saber-ho. En aplicació d'aquest mateix criteri, l'article 412-8 CCCat disposa que si després d'haver estat declarada la seva indignitat successòria o la inhabilitat, la persona indigna o inhàbil ha pres possessió de l'herència, se la considera posseïdora de mala fe. Sobre si és possible una possessió de bona fe sense títol, comparteixo l'opinió de ROCA TRIAS, a LL. PUIG FERRIOL; E. ROCA TRIAS (amb la col·laboració de J. M. ABRIL CAMPOY i M. Eulàlia AMAT LLARI), *Instituciones del dret civil de Catalunya*, vol. IV. Drets reals. Tirant lo Blanch, València, 2007, pàg. 83, que nega que la llei li reconegui efectes jurídics, més enllà d'exonerar el posseïdor de les conseqüències de la pèrdua de la cosa (article 522-5.1 CCCat).

met concloure que per al legislador català no n'hi ha prou amb la ignorància o el desconeixement, sinó que cal un comportament diligent del posseïdor (que *a priori* exclouria el que no té títol) o la constatació d'un fet objectiu. Tot i això, cal tenir en compte que el concepte «bona fe en la possessió», emprat per l'esmentat article 521-7 CCCat, no coincideix ben bé amb el que es conté a l'article 569-3 CCCat, relatiu al dret de retenció en garantia del pagament dels deutes a què fa referència l'article 569-4 del mateix Codi, ja que, en la retenció, s'hi inclouen també els posseïdors que tenien la cosa legítimament en virtut d'un títol vàlid i eficaç (cas del dipositari o de l'arrendatari)⁴¹, als quals s'atorga aquest dret en garantia del cobrament d'un crèdit derivat de la relació jurídica que l'uneix amb el titular.

Més endavant, els articles 522-2 a 522-5 CCCat fixen el règim liquidatori de la possessió de bona fe, règim que se centra en l'adquisició dels fruits, la imputació de les despeses i la responsabilitat pel deteriorament o pèrdua. Curiosament, l'article 522-5 CCCat admet la compatibilitat entre possessió de bona fe i dol, ja que parteix de la base que la reclamació basada en l'existència d'un possible millor dret a posseir no és suficient, per si sola, per convertir una possessió de bona fe en possessió de mala fe, i això no només perquè el posseïdor, tot i la reclamació, pot seguir tenint el convenciment que ell és el titular legítim, sinó perquè n'hi hauria prou amb reclamar perquè el posseïdor restés sotmès al règim de la possessió de mala fe⁴².

Com ja s'ha assenyalat al començament d'aquest apartat, la bona fe que exigeix una certa diligència és present en l'accessió, concretament en l'article 542-10 CCCat, quan afirma que la bona fe de qui planta, conrea o construeix en sòl aliè consisteix en la «creença raonable» que té títol per a fer-ho. Tot i que genèricament hom podria considerar de bona fe a qui edifica en sòl aliè sense l'oposició del propietari o, fins i tot, amb l'autorització expressa d'aquest, és clar que no ho és als efectes de l'accessió. Efectivament, l'accessió regula un conflicte de propietat, la qual cosa fa que la discussió només es pugui plantejar respecte de l'al·legació, per part de l'incorporador, d'un títol que atribueixi la propietat d'allò que incorpora, com és el títol de propietari, de superficiari o de titular d'un dret de vol⁴³. D'altra banda, també cal tenir en compte que, partint que la bona fe ha de concórrer fins al moment en què es completa l'edificació i que no n'hi ha prou que hi fos en la qualitat possessòria originària (STSJC de 29 de setembre de 1993), d'a-

⁴¹ Ho posen en relleu, també, P. DEL POZO CARRASCOSA; A. VAQUER ALOY; E. BOSCH CAPDEVILA, *Derecho Civil de Catalunya. Derechos reales*. Marcial Pons, Barcelona, 2008, pàg. 30.

⁴² Vid., en aquest sentit, la interpretació que de l'article 457 CC fa BADOSA COLL, *La diligència...*, cit., pàg. 700.

⁴³ J. MARSAL I GUILLAMENT, *Derechos reales...*, cit. [article 542-10], 2008, pàg. 475, critica, amb raó, la jurisprudència creada per les SSTSJCS d'1.3.1993, 8.5.2003 i 19.2.2004, segons la qual no es pot considerar de mala fe qui construeix amb el coneixement i la tolerància del propietari del sòl.

cord amb l'apartat 2 del mateix article 542-10, la presumpció «[...] cessa per la mera oposició dels titulars del sòl», és a dir, per a ésser considerat de bona fe no n'hi ha prou amb creure's que hi ha títol per construir, sinó que cal, a més, que el titular del sòl no s'hi hagi oposat⁴⁴. Finalment —i això cal remarcar-ho—, el precepte exigeix que la creença sigui «raonable» en el sentit que la ignorància o l'error en què es fonamenta la bona fe han de ser excusables; dit en altres paraules, que, havent fet ús d'una normal diligència, l'error no pugui ser superat.

En aquesta categoria hi podem incloure també l'article 522-8 CCCat, que en relació amb l'adquisició *a non domino* dels béns mobles, disposa que, a més de la bona fe [que la doctrina entén, majoritàriament, en el sentit d'una creença raonable d'actuar legítimament], cal l'element objectiu de l'adquisició a títol oneros; i, per als immobles, el conjunt de preceptes que es remetent, directament o indirecta, a l'article 34 LH, precepte aquest que, a més de la bona fe i el títol oneros, exigeix la inscripció. En aquests casos, en la mesura que l'acte aparent es presenta com a real, l'ordenament jurídic li atorga una protecció que pot arribar fins i tot a consolidar aquella aparença. Ho analitzarem en un apartat específic referit a les adquisicions *a non domino*.

A diferència de les adquisicions *a non domino*, la bona fe en l'accessió no es tradueix directament en la consolidació d'una posició jurídica, sinó que tan sols evita l'enriquiment injustificat. Així ho determinen, per a l'accessió immobiliària, els articles 542-5 a 542-7 CCCat, en establir que les plantacions, els conreus i les construccions fetes de bona fe en sòl aliè permeten que el propietari del sòl sobre el qual el tercer ha plantat o edificat pugui optar entre fer seva la plantació, la collita o l'edificació pagant les despeses, o obligar qui ha plantat o conreat a deixar la finca en l'estat en què es trobava abans de la plantació, o a que li pagui l'equivalent de la renda fins que acabi la collita, en el cas dels conreadors i, en el dels constructors, a adquirir la part del sòl envaïda. Amb tot, si el valor d'allò edificat de bona fe fos superior al del sòl, el constructor pot gaudir d'una posició semblant a la consolidació de la seva posició jurídica, atès que l'article 542-9 CCCat li atribueix el dret a adquirir la propietat del sòl envaït, indemnitzant-ne el valor i els danys i perjudicis causats. El mateix succeeix en el cas de construcció amb materials aliens, en el sentit que els constructors d'un edifici que, de bona fe, empen materials d'un altre i els fan seus compensant, però, els propietaris dels materials (art. 542-13 CCCat). Aquesta regla, d'altra banda, coincideix amb la prevista per l'article 542-19 CCCat respecte de la utilització de materials aliens en la cons-

⁴⁴ Efectivament, en matèria de construcció extralimitada la bona fe és un *tertium genus*, que es dona quan concorren elements subjectius, però en cap cas es pot interpretar en el sentit que la mera manca d'oposició del propietari fa que el constructor hagi de ser considerat de bona fe. Com ha afirmat E. LAUROBA LACASA, «Comentari a la STS de 12 de diciembre de 1995», CCJC, núm. 41(1996), pàg. 632, la manca d'oposició no determina l'existència de bona fe, però l'oposició sí que impedeix que existeixi.

trucció d'un bé moble. Des de l'òptica contrària, és a dir, de l'actuació de mala fe, l'article 542-11 CCCat concreta els efectes d'aquesta actuació en què les persones que planten, conreen o edifiquen en sòl aliè, a banda d'haver d'indemnitzar els danys i perjudicis que causin, perden, en benefici dels propietaris del sòl, allò que han plantat, conreat o edificat.

Un criteri semblant segueix, per a l'accessió mobiliària de bona fe, l'article 542-16 CCCat, el qual disposa que els propietaris del bé principal adquireixin la propietat de l'accessori, compensant-ne el valor. En el cas que el propietari del bé principal fos de mala fe, és a dir, que conegués que la cosa accessòria no li pertanyia, els propietaris d'aquesta poden adquirir la principal pagant-ne el valor, mentre que si són els propietaris del bé accessori els que han actuat de mala fe no tenen dret a rescabament (article 542-17 CCCat).

2. *La bona fe objectiva*

En sentit objectiu, la bona fe es configura com un principi o cànon de conducta del qual sorgeixen normes en sentit tècnic⁴⁵, sent irrelevant allò que hom pugui pensar, creure o voler, i la trobem, fonamentalment, en les relacions jurídiques obligacionals creant uns deures que complementen la prestació principal, els anomenats deures secundaris de conducta que l'interessat ha de complir. Aquests deures es poden visualitzar des d'una doble perspectiva: la primera —que podem anomenar activa— els identifica fàcilment amb el deure de cada persona d'actuar lleialment; la segona —la passiva— es correspon amb el dret que hom té d'esperar dels altres el mateix comportament lleial i s'identificaria amb l'honradesa en els tractes. Es tracta de corregir les conseqüències d'un supòsit de fet formalment correcte i del que normalment en derivaria un vincle jurídic ajustat a les regles generals sobre la força de les obligacions, en particular de les que neixen de l'autonomia de la voluntat. En aquest sentit, el contracte es concep com la representació ideal d'una realitat, i la bona fe actua com un remei que afecta els mitjans de tutela i les accions esperables pels contractants⁴⁶, fent que les parts s'hagin de comportar d'acord amb els valors que hom considera inherents a aquest principi: la lleialtat, la fidelitat, l'honestedat i el respecte a la confiança mútua. És a dir, genera l'obligació d'actuar d'una determinada manera, però, com deia, també significa que hom té dret a esperar d'un tercer un comportament ajustat a la bona fe.

⁴⁵ J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentario del Código...*, cit., pàg. 41, i també L. DíEZ-PICAZO, Pròleg a Franz WIEACKER, *El principio general de la buena fe*, 2a reimpr., Civitas, Madrid, 1986, pàg. 11 (Traducció de José Luis Carro de l'original alemany publicat a Tübingen l'any 1955 «Zur rechtstheoretische Präzisierung des § 242 BGB»), on distingeix entre la bona fe com a element del supòsit de fet i el principi general de bona fe.

⁴⁶ Pietro SIRENA, «La buona fede nel diritto europeo dei contratti», a *Principios de Derecho contractual europeo y principios de Unidroit sobre contratos comerciales internacionales*, M.ª Pilar Ferrer Vanrell i Anselmo Martínez Cañellas (Dirs), Dykinson, Madrid, 2009, pàg. 253.

En la seva significació objectiva, la bona fe no s'integra de forma expressa en la configuració normativa del supòsit de fet o de la regulació contractual, sinó que constitueix una regla o principi general que l'aplicador del dret ha de ponderar en cada cas concret. En seu de contractes, com deia, es concreta en què poden comportar obligacions que derivin, per exemple, d'una conducta honesta o ajustada a allò que socialment és comú en la resta de contractes d'aquella mateixa mena⁴⁷. Perquè hi hagi vulneració de la bona fe objectiva no cal incórrer en una conducta èticament reprovable. En aquest sentit, la STSJC de 5 d'octubre de 2004 ha afirmat que contravé la bona fe l'actitud d'un cooperativista que «[...] sense tenir en compte els interessos col·lectius de la Cooperativa demandada, vol donar-se de baixa de forma sorpresiva, sense cap mena de termini de preavis, i pretenent que la Cooperativa no es pugui rescabalar (tenint en compte les inversions realitzades comptant amb la seva presència) del perjudici que li provoca l'actitud contrària a la Llei i a les previsions estatutàries. Aquest fet —segueix dient la sentència— comporta que, si els estatuts preveuen un rescabament de la cooperativa per tal d'afrontar les inversions pendents d'amortitzar, és contrari a les mínimes exigències de la bona fe pretendre eximir-se d'aquestes obligacions»⁴⁸.

En principi, la infracció de la bona fe no determina que el contracte sigui invàlid, ni que ho sigui alguna de les clàusules que l'integren, sinó que la seva funció és projectar la regulació contractual que fan les parts més enllà dels casos que hi són previstos, generant, si escau, l'obligació de rescabalar l'altra part. Això no és sempre així en el dret comunitari o en l'intern que regulen la protecció dels consumidors i dels usuaris, on es consideren abusives⁴⁹, i per tant ineficaces, les clàusules o estipulacions no negociades individualment i també totes les pràctiques no consentides expressament que, en contra de l'exigència de la bona fe, causen, en perjudici del consumidor o usuari, un desequilibri important entre els drets i les obligacions de les parts. En aquests casos, hom parteix del fet que el consumidor estàndard confia en la conducta de l'empresari i no se li pot exigir que

⁴⁷ Aquesta regla ja s'aplicava en dret romà, on la trobem formulada amb la següent expressió d'ULPIANUS (D. 21,1,31, § 20): «*[Q]uia assidua est duplae stipulatio, idcirco placuit, etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat; ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire*».

⁴⁸ Igualment, pel que fa a l'exigència de bona fe en les relacions contractuals, com a deure orientat a donar efectivitat al contracte de conformitat amb les finalitats preteses pels contractants, hom pot veure la STSJC de 2 de juliol de 2009.

⁴⁹ Vid. l'article 82 del 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 dels usuaris i altres lleis complementàries. En el dret català, tenim l'exemple de l'article 62 de la Llei 18/2007, del 28 de desembre, del dret a l'habitatge, segons el qual totes les clàusules dels contractes de transmissió de la propietat de l'habitatge o de cessió de l'ús en el marc d'una activitat empresarial o professional s'han d'ajustar a la bona fe, considerant abusives les que, contradient-la, comporten un desequilibri important entre els drets i les obligacions de les parts. La conseqüència és, lògicament, la nul·litat de la clàusula.

llegeixi i analitzi cadascuna de les condicions que se li imposen en el contracte: la seva adhesió denota que el seu consentiment és confiat i per això el control de contingut de la clàusula es produeix a través de la protecció de la bona fe. A partir d'aquí, l'ordenament imposa el que podem anomenar dret normal, el que s'aplicaria si no hi hagués la clàusula: dit d'una altra manera, la clàusula general de la bona fe permet excloure la força vinculant de les clàusules predisposades d'un contracte de consum i integrar-lo en la part afectada per la nul·litat, aplicant els criteris que, per ara, es contenen en l'article 1258 del Codi civil espanyol i, més específicament, el principi de la bona fe objectiva (art. 83 TRLGDCU).

L'article 112-2 del Codi de consum de Catalunya (en endavant, CCons), tot i que no pretén fer-ne una regulació civil, també formula aquest mateix principi, en afirmar que les relacions de consum s'han de fonamentar en la bona fe i el just equilibri de les posicions jurídiques, cosa que exclou les pràctiques comercials deslleials o abusives i la inserció de clàusules abusives als contractes. Posteriorment, el formula també l'article 123-2.a) CCons respecte de l'exclusió de les clàusules contractuals abusives, il·legibles o incomprensibles i l'article 123-7.3 CCons, segons el qual els contractes amb consumidors s'han d'integrar d'acord amb el principi de la bona fe objectiva, fins i tot en el cas d'omissió de la informació precontractual rellevant.

Val a dir que, darrerament, la jurisprudència espanyola ha traslladat aquestes mateixes regles, que són pròpies de la protecció de consumidors i usuaris, a l'àmbit general dels contractes, i ho ha fet precisament a través de l'article 1258 CC. És el cas, per exemple, de la STS de 8 d'abril de 2011, relativa a una clàusula estipulada entre advocat i client, en què s'establí que si, per qualsevol circumstància, el client decidia prescindir dels serveis de l'advocat, els honoraris quedarien fixats en el 15% del valor de la seva participació en l'herència (l'advocat reclamava 239.366 euros per la resolució). Sobre això, el TS afirma que, tot i que l'acord es fonamenta en l'autonomia de la voluntat (art. 1255 CC), aquest principi es desenvolupa amb les limitacions pròpies que imposen les exigències de la bona fe, amb la qual cosa es vol evitar que es produeixi un desequilibri entre els drets i les obligacions que resulten de l'acord retributiu. D'aquí que acabi conclouent que, a la pràctica, la imposició d'aquesta clàusula impedeix al client poder resoldre el contracte, ja que només pot fer-ho pagant una indemnització desproporcionada que no té cap mena de correspectivitat i suposa una limitació del dret de defensa.

Amb tot, sent l'àmbit de les relacions contractuals el terreny més propici sobre el qual es projecta la bona fe objectiva, el cert és que també la trobem en altres àmbits, com ara els drets reals. Així, per exemple, la STSJ de 22 de setembre de 2003, relativa a un usdefruit constituït en testament, resol que la clàusula «facultándola para vender y gravar los bienes usufructuados, cuando en conciencia, sin intervención de persona alguna, lo crea necesario» (imposada en un

llegat d'usdefruit a favor de l'esposa del testador), comporta que la disposició per part de la usufructuària hagi de ser l'*arbitrium boni viri*. Ho argumenta sobre la base que, a la pràctica, els casos de decisió *arbitrium merum* són excepcionals, així com també en el principi de la bona fe que incorpora l'article 7.1 del Codi civil, que aboca a la conseqüència lògica de presumir una voluntat favorable a la determinació equitativa de la situació de necessitat i que aquesta es pugui concretar d'acord amb uns criteris que no poden ésser arbitraris. El tribunal entén que aquesta solució s'ajusta a la tradició jurídica catalana, a la qual s'incorporà a partir del text del Digest 17, 2, 78, Procul. Epist. Llib V: «*in proposita autem quaestione arbitrium boni viri existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est*»⁵⁰.

III

LES RELACIONS JURÍDIQUES PRIVADES I L'EXIGÈNCIA DE LA BONA FE

L'article 111-7 CCCat formula el principi de la bona fe amb un abast més ampli que l'article 6 del Codi civil espanyol, ja que, a banda d'incloure una referència expressa a l'honradesa en els tractes, no el circumscriu a l'àmbit estricte de l'exercici dels drets⁵¹, sinó que el vincula, genèricament, a les relacions jurídiques privades, la qual cosa permet superar les interpretacions restrictives a les quals ha conduït la formulació del Codi espanyol. És a dir, queda clar que la bona fe ha d'estar present també en la part passiva de la relació jurídica, és a dir, en el compliment de les obligacions. Això no vol dir, és clar, que l'exigència de la bona fe no es pugui projectar més enllà del camp estricte de les relacions jurídiques i que no la puguem trobar també en posicions jurídiques individuals que no s'emmarquen estrictament en el concepte de relació jurídica.

1. *Les relacions jurídiques privades com a substrat sobre el qual es projecte el principi de la bona fe*

La doctrina més autoritzada⁵² defineix la relació jurídica com un vincle jurídic entre persones que s'integra, d'una banda, per la situació de poder en què es

⁵⁰ Recordem que en el dret romà la *Societas* es basava en la bona fe i la companyonia, i pràcticament no comportava obligacions. En qualsevol cas, potser hagués estat més escaient fonamentar aquesta mateixa regla en la *negotiorum gestio*, ja que també es basava en un *iudicium bona fidei*, on el jutge havia de determinar en cada cas si el deutor havia complert amb els preceptes de la bona fe o no. Sobre la gestió de negocis, vid. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, cit., pàg. 445.

⁵¹ És precisament en aquest àmbit que el Tribunal Constitucional ha afirmat que el principi de la bona fe (art. 7.1 CC) és «[...] pauta y criterio general para el ejercicio de los derechos» (SSTC 120/1983, 88/1985 i 6/1988).

⁵² Karl LARENZ, *Derecho civil. Parte General*. Traducció de l'edició original alemanya per Miguel Izquierdo y Macías-Picavea *Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts*, München 1975, EDERSA, Madrid, 1978, pàg. 196.

troba una de les parts de la relació, la part activa, sovint com a titular d'un dret subjectiu (entès com el conjunt de facultats que legitimen una persona per actuar en defensa dels seus interessos dins del marc d'una concreta relació), i, d'altra, per la posició de subjecció a un deure jurídic que té la contrapart, és a dir, la part passiva. Evidentment, això no vol dir que la bona fe s'esgoti en l'àmbit dels drets subjectius vinculats a relacions correspectives o sinal·lagmàtiques, sinó que també intervé limitant la propietat i els drets reals⁵³, les relacions jurídicofamiliars⁵⁴, les successòries⁵⁵, la condició de soci d'una associació, les meres facultats jurídiques (art. 111-8 CCCat), inclosos els anomenats drets potestatus o poders de configuració jurídica i, fins i tot, els drets de la personalitat.

Dit això, és clar que el prototipus de relació jurídica que immediatament ens ve al pensament i en què sembla que està pensant l'article 111-7 CCCat és, sens dubte, l'obligacional de base contractual —per cert, fins ara, la matèria menys desenvolupada normativament en el dret civil de Catalunya— on el dret d'una part es projecta enfront de l'altra, sense que, en principi, les persones que estan fora de la relació [els tercers] es vegin afectades. Tanmateix, com ja hem avançat, la situació en què un determinat subjecte té un dret (absolut) que tothom ha de respectar es pot integrar també, sense gaire esforç, dins les relacions jurídiques, tot i que cal matisar que en aquest cas els drets i deures dels titulars de la relació s'aca-

⁵³ Precisament, aquesta definició de relació jurídica ha estat matisada per Dieter MEDICUS, *Allgemeiner Teil des BGB*, Müller, Heidelberg, 2010, §9, pàg. 28, el qual objecta que només es tracta d'una imatge, el significat de la qual no va més enllà de l'*obligatio* romana i que, per tant, no s'adapta a la protecció de la propietat, és a dir, al poder del propietari, o, el que és el mateix, l'espai de llibertat que l'ordenament jurídic garanteix a una determinada persona, atorgant-li acció per excloure qualsevol intromissió de tercer.

⁵⁴ En el llibre segon del CCCat, relatiu a la persona i a la família, també trobem supòsits en què, implícitament o explícita, s'atorga rellevància a la bona fe. Així, per exemple, l'article 237-4 CCCat, partint d'un concepte de bona fe assimilable a l'absència de culpa, estableix que només té dret a reclamar aliments la persona que els necessita, sempre que la necessitat no derivi de causa que li sigui imputable, mentre la causa subsisteixi. Sobre la concreció del patró de la bona fe en el dret de família sobre la base de les nombroses clàusules d'equitat que es contenen en el BGB en l'època en què es va publicar el treball, hom pot veure Joachim GERNHUBER, *Neues Familienrecht. Eine Abhandlung zum Stil des jüngerem Familienrechts*, J. C. B. Mohr, Tübingen, 1977, pàg. 103 i ss.

⁵⁵ Com hem vist, força preceptes del llibre quart sancionen conductes fraudulentas, doloses o contràries a la bona fe. Precisament, respecte de l'art. 426-55, al que abans ja m'he referit, Joan MARSAL GUILLAMET, *Comentari al llibre quart del Codi civil de Catalunya, relatiu a les successions*. [art. 426-55], J. Egea i Fernández i J. Ferrer i Riba (dir.), L. Alascio i Carrasco (coord.), Vol. I, Ate-lier, Barcelona 2009, pàg. 728 i ss., després d'enllaçar-lo amb l'article 111-7 CCCat, sembla desvincular-se de la intenció fraudulenta, quan afirma que en l'exercici de les facultats consumptives la bona fe es determina en funció del nivell de vida del fiduciari i de la seva família. Tot i que, estrictament, no deixa de referir-se a una relació contractual (successòria), l'article 431-21.2 CCCat fixa una altra regla que igualment es pot considerar de protecció de la bona fe i de la lleialtat en la relació que genera la successió contractual, en la mesura que fa dependre l'eficàcia de la revocació de l'heretament mutual preventiu del fet que s'hagi notificat notarialment els altres atorgants. En efecte, amb l'establiment d'aquest deure de notificació es pretén assegurar que la persona que ha decidit revocar el pacte no s'aprofiti del fet que l'altra part, perquè ignora aquest fet i confia que es manté la institució, no revocui la institució que hagi pogut fer.

baran concretant en el moment precís en què es produeixi la intromissió il·legítima en l'esfera patrimonial o personal. Serà llavors quan s'originarà un vincle jurídic que es traduirà en l'obligació de cessar en la intromissió liquidant-ne les conseqüències associades i, si escau, indemnitzar els danys i perjudicis causats.

En principi, tots els drets poden arribar a integrar el contingut d'una relació jurídica. Així, si ens centrem en la més típica de totes, la relació de compravenda, veurem que juntament amb les tradicionals pretensions que integren les posicions de venedor i de comprador (inclosa l'obligació d'ambdós de comportar-se de forma lleial i amb cura), també hi tenen cabuda d'altres continguts, com el dret d'adquisició dels fruits pel propietari —article 541-3 CCCat—, les obligacions legals i els lligams especials, que deriven dels drets de formació o les càrregues que no poden ser exigides, però l'incompliment de les quals comporta desavantatges, com és el cas, per exemple, de la càrrega de mitigar o minimitzar els danys que hom pugui patir⁵⁶, la qual cosa significa que el creditor no pot incrementar, sense un motiu raonable, el dany esperat que deriva de l'incompliment del deutor.

Si passem a l'àmbit de les relacions familiars, hom pot comprovar que és precisament en les relacions de convivència —matrimonials o no— on, per definició, l'exigència d'haver d'actuar d'acord amb la bona fe hi té un protagonisme més destacat que es vincula al principi de mútua confiança, que és implícit en la mateixa convivència⁵⁷. En aquest sentit, el Llibre segon del Codi civil de Catalunya ha optat per una regulació molt completa dels pactes prematrimonials i que es concreta, d'una banda, en què l'article 231-20.1 CCCat fixa com a requisit de validesa que els pactes s'hagin d'atorgar almenys trenta dies abans de la data de celebració del matrimoni i, d'una altra, en què, l'apartat 4 d'aquest mateix precepte fa una previsió específica del deure d'informació mútua sobre les situacions patrimonials de cadascun dels futurs cònjuges, com analitzarem més endavant, en tractar de la bona fe i l'honradesa en els tractes en la fase de negociació contractual a l'apartat V.

Hom pot concloure, doncs, que, al marge de qualsevol consideració de tipus ètic, en tota relació jurídica hi ha sempre un substrat fonamental que pren per base el respecte mutu i la convivència pacífica i que troba el seu possible fonament

⁵⁶ MEDICUS, *Allgemeiner Teil...*, cit., § 9, pàgs. 29 i 30. En el dret espanyol de contractes, és pacífic considerar que la càrrega de mitigar els danys és una manifestació del principi de la bona fe: vid., per tots, A. CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, Aranzadi, Pamplona, 2010, pàg. 1259.

⁵⁷ Principi que, d'alguna manera, reflecteix l'article 231-2 CCCat quan incorpora la lleialtat dins el nucli essencial dels deures matrimonials, substituint la fidelitat de l'antic article 1 CF. Amb aquesta nova terminologia el legislador català s'ha fet ressò d'una interpretació oberta del deure de fidelitat, la que entén que no se circumscriu a l'exclusió de les relacions sexuals extraconjugals, sinó que inclou també qualsevol comportament que les normes socials i morals considerin incompatibles amb la lleialtat, en el desenvolupament de les relacions personals que caracteritzen la condició de casat. Vid., en aquest sentit, P. SALVADOR CODERCH i J.A. RUIZ GARCÍA, «Comentari a l'article 1», a *Comentaris al Codi de Família, a la Llei d'Unions Estables de Parella i a la Llei de Situacions Convivencials d'Ajuda Mútua*, Joan Egea; Josep Ferrer (dir.), Albert Lamarca i Marquès; Covadonga Ruisánchez Capelastegui (coord.), Tecnos, Madrid, 2000, pàg. 65.

en la bona fe. En aquest sentit, la bona fe constitueix una espècie de clàusula general⁵⁸ que es projecta sobre diversos plans de la realitat social que són canviants i, per tant, sense que es pugui arribar a identificar amb qualsevol tipus d'infracció de l'ordenament jurídic. Ja ningú discuteix que a través de la bona fe s'incorpora a l'ordenament jurídic l'específica protecció d'un conjunt de béns i valors, als que reiteradament estem al·ludint (l'honestedat, l'honradesa, la rectitud, la fidelitat, el respecte i la confiança mútua)⁵⁹, que tenen una especial transcendència jurídica quan, més enllà de la seva consideració en abstracte, es prediquen de posicions jurídiques que afecten una altra persona, bé perquè són constitutives d'una relació contractual, familiar, successòria, etc., o, simplement, perquè la llei en fa derivar uns efectes consolidatius de determinades posicions o titularitats —no necessàriament emmarcades en relacions jurídiques—, com passa per exemple en l'accessió o en les adquisicions *a non domino* i, en altres ordenaments, fixant terminis més breus en la usucapió.

És clar que, si ens atenim estrictament a la literalitat de l'article 111-7 CC-Cat, que tan sols al·ludeix a les relacions jurídiques privades com a substrat sobre el qual es projecta la bona fe, hom podria afirmar que aquesta no és exigible fora d'aquest àmbit. Aquesta conclusió no és admissible. La bona fe també és rellevant més enllà de les relacions jurídiques, on pot servir per determinar la protecció més forta que hom té en una relació que neix precisament com a conseqüència d'una actuació o posició concreta. Així succeeix en els casos en què es produeix la incorporació definitiva d'un bé a un altre, com a conseqüència de l'actuació material d'algun dels intervinents. Igualment, la bona fe té una especial rellevància en les adquisicions *a non domino*, on la protecció que s'atorga al tercer adquirent ho és enfront del veritable titular, el *dominus*, que per definició és aliè a la relació que origina l'adquisició. Tots aquests casos requereixen que la mateixa regulació de la institució incorpori expressament una crida a la bona fe, però la seva generalització, a la pràctica, els ha convertit en un autèntic principi. Ho analitzarem més endavant amb una mica més de detall.

⁵⁸ El fet que la bona fe s'incorpori a l'ordenament jurídic a través d'una clàusula general no vol dir, necessàriament, que haguem de partir d'un concepte general de bona fe (caldrà estar al supòsit de fet concret que suscita la controvèrsia), ni menys encara que sigui sinònim de donar una entrada il·limitada a l'arbitri judicial que pugui suposar una vulneració del principi constitucional de seguretat jurídica. En el mateix sentit, Rafael NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2000, pàg. 252.

⁵⁹ Vid., per tots, Luis Díez-PICAZO, *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Bosch, Barcelona, 1963, pàg. 137; José Luis DE LOS MOZOS, «La buena fe en el Título Preliminar del Código Civil», a *Derecho Civil (método, sistemas y categorías jurídicas)*, Civitas, Madrid 1988, pàg. 226; José María MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentario del Código Civil* [artículo 7.1.º], a C. Paz-Ares Rodríguez; L. Díez-Picazo y Ponce de León; R. Bercovitz Rodríguez Cano; P. Salvador Coderch (dirs.). Tom I. Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pàg. 38; i NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites...*, *cit.*, pàg. 250.

D'altra banda, és ociós recordar que les relacions jurídiques o, el que és el mateix, els drets subjectius i els deures jurídics no són exclusius del dret privat, sinó que també són presents en el conjunt de l'ordenament jurídic i, per tant, en el dret públic⁶⁰. Així ho confirma, per exemple, l'article 3 de la Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i del procediment administratiu comú (LPAC), que, malgrat la rellevància que atorga al principi de legalitat i la diferent posició institucional que ocupa l'Administració pública respecte de les persones privades, així com la naturalesa dels interessos en joc, enumera, entre els principis generals als quals s'han d'ajustar les administracions públiques, el de la bona fe⁶¹ i la confiança legítima. A partir d'aquí i gairebé amb les mateixes paraules, també trobem el seu equivalent a l'article 31.2 de la Llei 26/2010, del 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya.

En l'àmbit processal, l'article 11.1 la Llei orgànica 6/1985, d'1 de juliol, del poder judicial, també ha positivitzat el principi de la bona fe, establint que en tot tipus de procediment s'han de respectar les regles de la bona fe i que els tribunals han de rebutjar «[l]es peticions, incidents i excepcions que es formulin amb manifest abús de dret o comportin frau de llei o processal». És una regla que, gairebé de forma literal, l'article 247 LEC reitera per al procediment civil, en preveure que les persones que intervenen en tot tipus de processos s'han d'ajustar, en les seves actuacions, a les regles de la bona fe, afegint, a més, que la vulneració del principi se sanciona, sempre motivadament i de forma proporcionada, amb la imposició de multes. En aquesta mateixa línia, el legislador català va incorporar també la bona fe com a un dels principis cabdals de la Llei 15/2009, de 22 de juliol, de mediació en l'àmbit privat. Concretament, l'article 9 disposa que les parts i les persones mediadores han d'actuar d'acord amb les exigències de la bona fe. Pel que fa a les parts, cal entendre que la bona fe realça l'element cooperatiu que és imprescindible per dur a terme una mediació —amb independència que s'arribi o no a un acord—, i que implica un actuar honest que obliga, per exemple, a facilitar la informació necessària perquè la persona medidora pugui percebre el veritable conflicte. Com a principi que regeix òbviament per a la persona medidora, significa, per exemple, que no pot adoptar una actitud passiva davant del conflicte, ni obstaculitzar l'acord.

2. *L'actuació a través de representant*

En aquelles actuacions, emmarcades o no en una relació jurídica, en què l'interessat actua a través de representant (legal o voluntari), cal determinar a quin

⁶⁰ Sobre la vigència d'aquest principi en el dret administratiu, vid. J. GONZÁLEZ PÉREZ, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, 5a ed., Civitas, Madrid, 2009.

⁶¹ Igualment, l'article 106 LPAC fixa com a límit a les facultats de revisió que el seu exercici resulti contrari a l'equitat, a la bona fe, al dret dels particulars o a les lleis.

dels subjectes (representant o representat) se li ha d'exigir la bona fe; i el mateix succeeix en el cas que es tracti d'una persona jurídica, perquè aquesta necessàriament ha d'actuar mitjançant els seus òrgans d'administració.

En primer lloc, és a dir, en els casos de representació legal o voluntària⁶², cal tenir en compte que els ordenaments català i espanyol —a diferència, per exemple, del § 166 BGB i de l'article 1391 Codi civil italià⁶³, als quals segueix l'article 67 de l'Avantprojecte de Codi europeu de contractes de l'anomenada Acadèmia de Pavia—⁶⁴ no contenen una norma que doni resposta a si, en una relació jurídica en què alguna de les parts intervé a través de representant, les anomenades situacions subjectives rellevants s'han de relacionar amb aquest o bé amb el representat⁶⁵. Al meu entendre, semblantment a allò que succeeix amb els vicis de la voluntat, on la part que es va valer de representant està legitimada per exercir l'acció d'anul·lació encara que derivi de vicis del consentiment prestat per aquest, en els anomenats estats subjectius rellevants (típicament l'exigència de bona fe), també s'ha de prendre en consideració la persona del representant, que és qui realitza el negoci jurídic i qui pren les decisions en lloc del representat. Tot això tenint en compte, com exposaré més endavant, que en el cas de la representació voluntària la mala fe del representat condiciona el règim aplicable, atès que, a diferència de la representació legal, en pot supervisar l'actuació⁶⁶.

⁶² Ens referim, lògicament, a la representació directa, és a dir, aquella en què el representant fa la declaració de voluntat en nom del representat (poder de representació) i els efectes es produeixen directament a favor o en contra del primer.

⁶³ El § 166 BGB disposa que en l'actuació per representant, la imputació dels vicis de la voluntat negocial i també el coneixement o el deure de conèixer determinades circumstàncies, no s'ha de prendre en consideració la persona del representat, sinó la del representant. Per la seva banda, l'article 1391 CC italià afirma que, en el cas que sigui rellevant, l'estat de bona o de mala fe, de coneixement o d'ignorància de determinades circumstàncies s'ha de tenir en compte respecte de la persona del representant, i afegeix que, en cap cas, el representat de mala fe pot beneficiar-se de l'estat d'ignorància o de bona fe del representant.

⁶⁴ L'article 67.2 del *Code européen des contrats, Avant-projet, Livre Premier 1*, (Giuseppe GANDOLFI, coord.), Milano, Giuffrè, 2001, disposa que la bona o mala fe —entesa com el coneixement o la ignorància de determinades circumstàncies— s'haurà de tenir en compte respecte de la persona del representant, llevat que es tracti d'elements predeterminats pel representat. Com a norma de tancament, l'apartat 3 estableix que el representat de mala fe, en cap cas, es pot aprofitar de la ignorància o bona fe del representant. El precepte acaba dient, com és lògic, que aquestes regles no s'apliquen al *nuntius*.

⁶⁵ Per a la problemàtica específica que la representació planteja en la possessió, vid. Elena LAUROBA LACASA, *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Catalunya* [art. 521-4], vol. 1, Decanato Autonómico de los Registradores de Catalunya, Barcelona, 2008, pàg. 175, que, després de fer-se ressò de l'opinió de G. García Valdecasas, en la distinció entre representació voluntària —on la bona fe s'hauria d'apreciar en el representat— i legal —en què s'hauria d'apreciar en el representant—, sembla decantar-se per una solució semblant a la de l'article 2397 del Codi civil argentí, segons el qual: «La buena fe del representante que adquirió la posesión, no salva la mala fe del representado; ni la mala fe del representante excluye la buena fe del representado».

⁶⁶ Per a la impugnació dels contractes anul·lables v. J. DELGADO ECHEVERRIA; M. Ángeles PARRA LUCÁN. *Las nulidades de los contratos: en la teoría y en la práctica*, Dykinson, Madrid, 2005, pàg. 72. Pel que fa a la bona fe en la representació voluntària, és majoritària, en la doctrina espanyola, la posició que exigeix la bona fe del representat i del representant. Cfr., per tots, Manuel GAR-

No cal dir que respecte d'aquells elements de l'acte que ha executat el representant, però que han estat decidits exclusivament pel representat, només té rellevància la bona o mala fe d'aquest darrer. Així doncs, de la mateixa manera que el contracte és anul·lable si concorre un vici de la voluntat que afecta algun dels elements negocials predeterminats pel representat, la bona o mala fe d'aquest serà la rellevant en aquests mateixos casos. El representat no pot invocar a favor seu la ignorància del representant o que no tenia el deure de conèixer les circumstàncies en qüestió, ni, amb més raó encara, si resulta que aquest va actuar d'acord amb les seves instruccions. És a dir, des del punt de vista pràctic i relacionant-ho amb la bona fe en sentit subjectiu, allò que importa, si acudim a l'exemple de l'article 522-8 CCCat, és la bona fe del representat, el qual no adquirirà la titularitat del bé moble si, sabedor que no pertany al venedor perquè és robat, encarrega al representant que ho ignora (bona fe) que el compri o que concorri a licitar en una subhasta.

D'altra banda, la bona fe en sentit objectiu, és a dir, entesa, segons hem vist, com l'actitud que, prenent per base els usos o normes socials, hom ha d'adoptar en la constitució i en el desenvolupament de les relacions jurídiques i que genera la confiança de l'altra part, caldrà exigir-la en aquell —representant o representat— que efectivament hagi dut a terme dita actuació. En aquest sentit, si en la fase de les negociacions contractuals el representant genera una situació de confiança personal en l'altra part i la convenç que el negoci se celebrarà, però resulta que es frustra, respon personalment per *culpa in contrahendo*, com també respon si té un interès propi en la celebració del negoci. Són casos, com diu FLUME⁶⁷, en què el representant no només actua com a tal, sinó que alhora ho fa com a persona independent, bé sigui perquè té un interès econòmic propi o perquè ell mateix es col·loca en la posició de garant independent de les negociacions contractuals. En la resta de supòsits respondrà el representat, perquè és qui integra la relació obligatòria i qui assumeix els deures que en deriven, mentre que el representant és una mena d'auxiliar.

Passant a les relacions en què intervé una persona jurídica, hem de començar dient que el punt de partida ha de ser que, atès que l'activitat de gestió de la societat correspon als administradors, els actes realitzats per aquests en l'exercici regular de les seves funcions s'han d'imputar directament a la societat. No cal dir que la representació orgànica és compatible amb els apoderaments específics que

CÍA GARCÍA; *Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*. Tom II. Ed. Civitas. Madrid 1993, pàg. 334. Si els representants designats són diversos, tant si han estat designats per actuar amb caràcter solidari com indistint, la bona fe només s'ha de valorar respecte d'aquell que efectivament actua.

⁶⁷ Werner FLUME, *El Negocio Jurídico. Parte general del Derecho civil. Tomo Segundo*, Traducció de la 4a edició alemanya, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Zweiter Band, Das Rechtsgeschäft*. Berlin, Hiedelberg, New York, 1992, realitzada per J. M. Miquel González i Esther Gómez Calle, Madrid, 1998, pàg. 928.

la societat pugui fer a favor de terceres persones alienes, sempre que afectin matèries que no siguin indelegables estatutàriament o legalment. Pel que fa a les anomenades situacions subjectives rellevants, la doctrina espanyola ha tractat d'aquesta qüestió sobretot en relació amb la condició de tercer hipotecari, distingint entre els casos en què la persona jurídica actua a través dels seus òrgans d'administració/representació, i aquells altres en què hi ha designat un representant específic. En els primers, és a dir, quan l'òrgan d'administració en té la representació, aquella mateixa doctrina entén que la bona fe l'han de tenir totes les persones que integren l'òrgan⁶⁸ o, dit d'una altra manera, n'hi ha prou que una d'aquestes persones sigui de mala fe perquè les conseqüències negatives s'imputin a la persona jurídica, sens perjudici, és clar, que s'hagin atorgat poders per la resta; cas en el qual ens hem de remetre a les regles generals de la representació⁶⁹, a les quals acabem d'al·ludir en aquest mateix apartat.

Aquest era el criteri que, en part, seguia el Projecte de Llei del llibre tercer del Codi civil de Catalunya, que, amb més precisió encara, vinculava aquella imputació al fet que el membre de l'òrgan de govern que tenia coneixement o podia raonablement conèixer el fet o circumstància rellevant hagués participat en l'adopció de l'acord o en la realització de l'acte. En canvi, en els casos en què la persona jurídica hagués actuat per mitjà d'altres representants, el projecte establia que fossin aquests altres representants els que haguessin actuat de mala fe, sense donar cap transcendència al fet que algun dels membres de l'òrgan de govern que havia atorgat el poder fos de mala fe⁷⁰.

3. *La successió en la bona o en la mala fe*

Aquesta és una qüestió que, en altres ordenaments, adquireix particular transcendència en seu d'usucapió, però, com que a Catalunya el règim d'aquesta actua al marge de la bona o mala fe (art. 531-24 CCCat), haurem de cir-

⁶⁸ Vid. R. M. ROCA SASTRE; L. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, Tom I, Bosch, Barcelona, 1979, pàg. 693; Manuel GARCÍA GARCÍA; *Derecho Inmobiliario...*, cit. pàg. 335 i també FLUME, *El Negocio Jurídico...*, cit., pàg. 911.

⁶⁹ Tanmateix, hi ha ordenaments, com l'argentí (art. 2360 CC), que adopten el criteri de la majoria, en disposar que «[E]n la posesión de las corporaciones y sociedades será la posesión de mala fe, cuando la mayoría de sus miembros sabía la ilegitimidad de ella. Si el número de los miembros de buena fe fuere igual al número de los miembros de mala fe, la posesión es de mala fe. Los miembros de mala fe deben indemnizar a los de buena fe de la privación de la posesión».

⁷⁰ Concretament l'article 312-16 del Projecte, que va ser suprimit com a conseqüència de l'esmena núm. 37, del G. P. de CiU que l'Informe de la Ponència de la Comissió de Justícia, Dret i Seguretat Ciutadana (BOPC núm. 225, de 10.3.2008) va recomanar adoptar, deia: «*Imputació de coneixements*. 1. El coneixement d'un fet o un acte per un membre de l'òrgan de govern d'una persona jurídica és imputable a aquesta a fi de produir efectes jurídics respecte d'ella, sempre que qui posseeix aquest coneixement hagi participat en l'adopció de l'acord o en la realització de l'acte en el qual tenir-lo pugui ser rellevant. 2. El mateix efecte es produeix respecte dels coneixements que tinguin altres representants d'una persona jurídica actuant en l'àmbit del seu poder de representació».

cumscriure la nostra anàlisi a la successió en la possessió i la consegüent liquidació d'aquesta, a l'accessió, a les adquisicions *a non domino* i, en certa mesura també, a la successió en l'exercici de l'acció publiciana. Des d'aquesta perspectiva i salvant, per la seva mateixa especificitat, el que acabem de dir en relació a les persones jurídiques —on hem admès que la mala fe d'un dels membres es propaga a tot l'òrgan—, s'ha de partir, lògicament, de la idea que la bona fe és un estat subjectiu personalíssim i, per tant, que no es transmet als successors (cfr. article 442 CC espanyol). La bona fe és un estat psicològic i, com a tal, no constitueix un acte propi del causant que vinculi els seus causahavents (art. 411-1 CCCa).

Així, doncs, causant i successor tenen el seu propi estat psicològic i, a l'hora d'atribuir rellevància a l'un o a l'altre, caldrà distingir els casos en què l'exigència de la bona fe s'escapa amb la conclusió d'una actuació concreta, d'aquells altres en què aquesta mateixa exigència es concep com una situació o estat que s'ha de mantenir en el temps. En el primer cas, la condició de bona o mala fe que tenia l'autor en el moment de completar l'actuació és el que determina el règim jurídic aplicable, amb independència que el successor tingui o no la mateixa situació psicològica que el seu causant. Això és el que passa, d'una banda, amb l'article 522-8 CCCat per a les adquisicions *a non domino* de béns mobles⁷¹, en les quals no cal que la bona fe de l'adquirent es mantingui més enllà del moment de l'adquisició i, d'una altra, amb l'article 34 LH respecte dels béns immobles⁷², on la bona fe tampoc no cal que s'estengui més enllà de la inscripció, és a dir, l'estat psicològic dels successius adquirents és irrellevant. El mateix es pot dir també de l'accessió, on el rellevant és la bona o mala fe que hom tenia en el moment precís de quedar completada la incorporació que provoca l'accessió⁷³.

En matèria possessòria, l'article 521-7.1 CCCat es limita a afirmar que els posseïdors poden unir llur possessió a la dels seus causants, sense referir-se a si succeeixen o no en la bona o mala fe d'aquests. Hem d'entendre, però, que regeix el mateix principi, és a dir, el caràcter personalíssim de la bona fe i, per tant, la no successió en aquest estat. Així doncs, tenint en compte que la bona fe en la possessió s'ha de mantenir en el temps, es pot donar el cas que el règim jurídic d'a-

⁷¹ Inclou-hi també, com assenyala S. ESPIAU ESPIAU, «La adquisición de buena fe de bienes muebles en la regulación del Código civil de Catalunya», ADC (2007), pàg. 22, els casos en què, tot i que l'alienant és titular, ho és en virtut d'un títol d'eficàcia claudicant, per exemple perquè és anul·lable, rescindible o resoluble.

⁷² Sobre el moment en què s'ha de donar la bona fe, vid. la completa exposició que A. GORDILLO CAÑAS, «El principio de fe pública registral», ADC, 2006, núm. 59-2, pàg. 630 i ss., fa de les diverses teories que la doctrina espanyola ha anat construint, i on pren partit, amb raons de pes que exposa a la pàg. 647, per la posició que entén que la bona fe ha d'informar el procés adquisitiu, fins la inscripció.

⁷³ V. Joan MARSAL GUILLAMET, *Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Catalunya* [article 542-10], vol. 1, Decanato Autonómico de los Registradores de Catalunya, Barcelona, 2008, pàg. 477.

questa hagi canviat respecte de l'inicial⁷⁴, la qual cosa permetrà, per exemple, que una possessió que el causant tenia de mala fe, el seu successor la pugui ostentar ara de bona fe, perquè creu que és titular del dret. A la inversa, pot passar també que, sent el causant de bona fe, el seu successor conegui la manca de títol i consegüentment que, a partir d'aquell moment, s'hagi d'aplicar un règim diferent per a l'adquisició dels fruits (art. 522-3 CCCat), les despeses útils (art. 522-4.2 CCCat) i el deteriorament o pèrdua (art. 522-5). Dit resumidament, hi ha dues situacions possessòries, la del causant i la del causahavent, de manera que si ambdós són de bona fe la possessió es liquidarà per les regles d'aquesta, però si la bona fe falta en algun dels dos, en aquell concret període de temps en què hi falti es regirà per les regles de la possessió de mala fe.

La tradició jurídica catalana, en seu d'acció publiciana, havia admès, però, que es pogués succeir en la mala fe del causant, ja que entenia que l'hereu universal era successor «*honoris et oneris*» i, consegüentment que «*malam fidem defuncti nocere haeredi*»⁷⁵. En canvi, la qüestió havia plantejat més dubtes respecte de les adquisicions *inter vivos*, sobretot per l'intent de diferenciar entre les adquisicions oneroses i les lucratives, per bé que, majoritàriament, hom va entendre que, als efectes de la publiciana, en ambdós casos l'*accipiens* ocupava la posició que tenia el *tradens*. Pel que fa a la vigent regulació de l'acció publiciana, admès, com veurem més endavant, que el posseïdor de bona fe té millor dret a posseir que el de mala fe, si resulta que el causant que posseïa *ad usucapionem* de mala fe va perdre la possessió que ara té un altre de bona fe, el causahavent que pretén recuperar la cosa a través de l'acció publiciana incorpora la mala fe del seu causant, per molt que ell ignorés aquesta circumstància.

IV

PROTECCIÓ DE TERCERS ADQUIRENTS: APARENÇA JURÍDICA, ONEROSITAT I BONA FE

1. *Adquisicions a títol oneros i de bona fe*

Tot i que manca uniformitat de criteri a l'hora d'explicitar la regla que garanteixi la seguretat del tràfic jurídic, mitjançant la protecció de tercers adquirents, diversos preceptes del Codi civil de Catalunya permeten determinar l'existència d'un mínim comú denominador: que l'adquirent ho sigui a títol oneros i de bona fe. És més, a partir d'aquí s'ha sostingut també que és possible l'apli-

⁷⁴ Així ho confirma l'article 521-7.3 CCCat en establir que «Els efectes de la bona fe cessen a partir del moment en què els posseïdors saben, o poden saber raonablement, que no tenen dret a posseir».

⁷⁵ OLIBA, *Commentariorum...*, cit. Part II, cap. XIII, pàg. 218.

cació analògica d'aquestes normes protectores de l'aparença jurídica, fins al punt d'eleva-lo a la categoria d'autèntic principi general del dret, en la mesura que, empíricament, l'ordenament català, com l'espanyol⁷⁶, ha pres una opció clara de protegir el tercer de bona fe per sobre de la titularitat oculta del titular veritable. El paradigma d'aquesta regla el trobem a l'article 522-8 CCCat, que, en relació amb les adquisicions *a non domino* de béns mobles, gairebé com si es tractés d'un element que integra el mateix estatut dels béns mobles, ha adoptat la solució anomenada germanista establint que «l'adquisició de la possessió d'un bé moble de bona fe i a títol oneroso comporta l'adquisició del dret en què es basa el concepte possessori, encara que els posseïdors anteriors no tinguessin poder de disposició suficient sobre el bé o el dret». Tanmateix, pel que fa als immobles, l'ordenament civil català no conté una norma paral·lela que, a semblança de l'article 34 LH, determini el criteri que ha de regir, així que, amb tot el seu abast, cal estar al que disposa aquest darrer precepte.

La protecció que en el tràfic immobiliari s'atorga a la confiança de qui per adquirir un immoble o admetre una garantia immobiliària ho fa a l'empara d'allò que publica el Registre, és, d'acord amb l'article 34 LH, la forma més elaborada d'aparença jurídica. Efectivament, sense que calgui ara aprofundir en aquesta matèria, atès que són moltes les normes de l'ordenament civil català que, directament o indirecta, es remeten al règim de protecció d'aquest precepte de la Llei hipotecària⁷⁷, em limitaré a fer unes breus consideracions sobre el sentit que el principi de la bona fe té en aquesta seu. En primer lloc, cal assenyalar que l'article 34 LH parteix d'un concepte de bona fe (subjectiva) que, entès en sentit negatiu, significa la ignorància del tercer adquirent fonamentada en l'error sobre l'exactitud registral o, el que és el mateix, en la creença que la persona de la qual s'adquireix era propietària en el moment de la transmissió i que podia transmetre el dret, i, en sentit positiu, la creença o confiança en l'exactitud del Registre⁷⁸.

Val a dir, però, que en relació amb la fe pública registral, és a dir, la protecció del tercer que adquireix confiant en allò que publica el registre⁷⁹, esdevé una regla que, basant-se en la protecció de l'aparença jurídica i en la seguretat del tràfic, fa que l'adquisició esdevingui ferma encara que resulti que ho ha estat *a non domino*, o que s'alliberi de les càrregues o gravàmens que poguessin recaure so-

⁷⁶ Antonio GORDILLO CAÑAS, *La representación aparente. (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica)*. Publicaciones de la Universidad de Sevilla, núm. 36, 1978, pàg. 384, on es conté una completíssima relació dels preceptes que fan aplicació d'aquest principi de protecció de l'aparença jurídica.

⁷⁷ En el dret alemany, en canvi, el § 892 BGB no exclou de la fe pública registral les adquisicions gratuïtes, cosa que, ben segur, s'ha de vincular al principi d'abstracció de la causa.

⁷⁸ ROCA SASTRE; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho Hipotecario*, cit., pàg. 652.

⁷⁹ La doctrina, molt majoritàriament, entén que aquest règim de protecció inclou també l'adquisició *a non domino* de qui, sense prèvia consulta al registre, inscriu la seva adquisició. Vid., per tots, GORDILLO CAÑAS, «El principio de fe pública...», cit., pàg. 604.

bre l'immoble. L'excusabilitat de l'error també s'ha convertit en un requisit que aquí, a poc a poc, ha anat ampliant el seu camp d'acció, en el sentit que la protecció registral no només s'exclou si es prova que coneixia la inexactitud del registre (art. 34.2 LH), sinó també si podia raonablement conèixer-la⁸⁰. En efecte, inicialment, la jurisprudència havia considerat que l'excusabilitat (actuació diligent) era irrellevant per a la bona fe de l'adquirent emparat a l'article 34 LH, és a dir, que la negligència a esbrinar la situació real de la finca no privava de la protecció registral. Amb posterioritat, però, el Tribunal Suprem va canviar d'orientació entenent que la bona fe de l'article 34 LH no només comprèn el desconeixement de la inexactitud registral, sinó també que no s'hagi pogut conèixer la situació real desplegant una diligència normal o adequada al cas (SSTS de 14 de febrer de 2000, de 8 de març de 2001 i de 18 de febrer de 2005). Anant més lluny encara, la STS de 7 de desembre de 2004 —citant la de 14 de juny de 1988— havia resolt que la bona fe del tercer hipotecari no és només el desconeixement total de la inexactitud registral, sinó que exigeix també l'absència de la possibilitat de conèixer-la. En fi, a més del desconeixement o ignorància, també requereix un comportament honest que, de fet, és un factor que s'integra en el concepte mateix de bona fe. Tot això, amb el benentès que no n'hi ha prou amb qualsevol mena de dubte, sinó que cal un comportament raonable, fonamentat i superable emprant una diligència normal.

Com ja he avançat, abunden els preceptes del Codi civil de Catalunya que, respecte de la protecció que cal donar al tercer adquirent, es remeten al règim d'adquisició de béns mobles de bona fe (art. 522-8 CCCat) i, per als béns immobles a la legislació hipotecària (art. 34 LH). Aquest és el cas dels articles 426-50.1, 531-20.2, 564-3.3, 567-2.3 i 569-31.2 CCCat. S'hi pot afegir també l'article 231-9.3 CCCat i, per remissió a aquest en relació amb les parelles estables, l'article 234-3.2 CCCat, atès que encara que no facin cap menció a la legislació hipotecària, el seu règim protector hi és implícit en la mesura que, per a la validesa de l'acte d'alienació de l'habitatge fet sense consentiment de l'altre cònjuge o membre de la parella, a més de la bona fe i el títol oneros, s'exigeix que el titular manifesti que l'immoble no té la condició de familiar⁸¹, manifestació que només s'entén

⁸⁰ GORDILLO CAÑAS, «El principio de fe pública...», cit., pàg. 607 i s. En canvi, un altre sector doctrinal, per tots v. Manuel GARCÍA GARCÍA; *Derecho Inmobiliario...cit*, pàg. 311 i ss., s'havia manifestat fermament en contra d'aquest criteri, proposant, fins i tot, que la referència que l'art. 34 LH fa a la bona fe, fos substituïda per la de 'desconeixement'. Al meu parer és, precisament, aquesta referència expressa la que permet exigir la diligència que, d'altra banda, és consubstancial a la bona fe.

⁸¹ Cal tenir present que, en aquest precepte, l'expressió «adquirent de bona fe» no fa referència al tercer de l'article 34 LH, sinó al primer adquirent del bé en qüestió fora del cercle conjugal. D'altra banda, no cal dir que, tot i la falsa manifestació del disponent sobre el seu estat civil de solter, mancarà la bona fe de l'entitat financera a favor de la qual es constitueix la hipoteca de l'habitatge si era coneixedora del caràcter familiar o podia raonablement conèixer-lo. Dit en altres paraules, no hi ha bona fe quan es desconeix allò que, actuant amb una mínima diligència, s'hauria d'haver conegut.

en clau registral (article 91 RH). En aquest sentit, la STSJC de 28 de febrer de 2011 ha declarat ineficaces dues hipoteques constituïdes pel pare en garantia de dos préstecs del seu fill nascut d'un matrimoni anterior, en les quals mancava el consentiment de la segona esposa i en què l'hipotecant havia manifestat de forma inexacta que estava separat judicialment. En aquest cas, però, com que es tractava d'una hipoteca constituïda a títol gratuït, el Tribunal considera intrascendent la qüestió relativa a la bona o mala fe de l'entitat bancària. Tot i això, aprofita per assenyalar —fent seva la jurisprudència del Tribunal Suprem— que sent la bona fe un estat psicològic que es determina pel desconeixement o coneixement erroni de la realitat, té també un component objectiu que consisteix en el comportament exigible d'acord amb el model socialment admès i, en definitiva, en la diligència amb la qual ha d'actuar l'interessat per merèixer l'empara del dret. Dit en altres paraules, la bona fe obliga l'adquirent —tal com avui expressament ho recull l'article 231-9.3 CCCat— a una conducta activa, que comporta, fins i tot, no ometre circumstàncies o emprar la diligència deguda per tal d'esbrinar si la titularitat del transmetent està viciada.

Cal fer un esment especial a l'article 465-2 CCCat, que, en regular els efectes de l'acció de petició d'herència, exclou de la restitució els béns adquirits a títol onerosos per tercers de bona fe, d'acord amb el que estableixen la legislació hipotecària i les normes sobre irreivindicabilitat dels béns mobles. Em refereixo que, en aquest cas, la remissió a la legislació hipotecària no ho és exclusivament a l'article 34 LH, sinó que inclou també que es compleixi allò que preveu l'article 28 LH, a saber, que les inscripcions de finques o drets reals adquirits per herència o llegat no produeixen efectes, pel que fa a tercers de bona fe, fins que hagin transcorregut dos anys des de la data de la mort del causant.

Un altre conjunt de preceptes tan sols al·ludeixen a la necessitat que es tracti d'una adquisició a títol onerosos i de bona fe, sense fer esment a la inscripció registral. És el cas, per exemple, de l'article 232-24.2 CCCat, que, en el règim de participació de béns, considera improcedents l'acció de reducció, supressió de donacions o d'atribucions particulars en pacte successori i l'acció d'impugnació dels actes del deutor a títol onerosos fets en frau del dret del creditor, quan els béns han passat a poder de tercers adquirents a títol onerosos de bona fe⁸². En aquest cas, la falta de remissió s'explica pel fet que s'ha volgut incloure tant els béns mobles com els immobles, sense que això signifiqui la inaplicació de l'article 37 LH, que impedeix que les accions rescissòries, revocatòries i resolutòries es puguin exercir contra tercer adquirent (a títol onerosos i de bona fe) que hagi inscrit els títols dels seus respectius drets d'acord amb allò que preveu la matei-

⁸² Sí que s'hi remet, en canvi, l'article 531-20 CCCat, relatiu a la donació amb reserva de la facultat de disposar, establint que l'exercici de dita facultat resol la titularitat dels donataris i dels tercers adquirents, llevat de bona fe d'aquests i del que estableix la legislació hipotecària.

xa Llei hipotecària. Al mateix criteri respon també l'article 232-9.2 CCCat, que considera igualment improcedents aquestes mateixes accions si en el patrimoni del cònjuge deutor no hi ha béns suficients per satisfer la compensació econòmica quan els béns estan en poder de terceres persones adquirents a títol oneros i de bona fe. No cal dir que la formulació literal d'aquests dos preceptes tampoc no permet concloure que desplacin el principi de la fe pública registral de l'article 34 LH, en el sentit que si, per exemple, es dona el cas que el deutor duu a terme una doble venda d'un immoble a sengles compradors de bona fe i és el segon qui inscriu en primer lloc acomplint els requisits que exigeix l'esmentat precepte de la Llei hipotecària, en cap cas pot prevaler la primera alienació no inscrita.

En aquesta mateixa seu, m'haig de referir també a l'article 429-10 e) CC-Cat, que, en disposar que la impugnació dels actes de realització dinerària duts a terme pel marmessor no afecta tercers adquirents de bona fe (entesa com a ignorància de la voluntat de defraudar que mou l'alienant), no diferencia entre adquisicions oneroses i lucratives. A primer cop d'ull, això permetria interpretar que constitueix una excepció al principi general, però en realitat només es pot referir als actes dispositius realitzats a títol oneros, ja que el marmessor, segons resulta de la remissió que aquest precepte fa a l'article 429-9 CCCat, no està legitimat per disposar a títol gratuït, de manera que aquest tipus d'atribucions s'hauran de considerar directament nul·les per manca de poder de disposició⁸³.

En altres ocasions, la protecció que el Codi atorga als tercers adquirents de bona fe consisteix a afavorir-los amb l'establiment d'una presumpció material que garanteix millor la seguretat del tràfic jurídic, legitimant, per exemple, l'actuació individual en la potestat parental que, com és sabut, és d'exercici conjunt per ambdós progenitors. En aquest sentit, l'article 236-8.2 a) CCCat disposa que en els actes d'administració ordinària de béns de menors en potestat, realitzats per un dels progenitors, es presumeix, respecte a tercers de bona fe, que cada progenitor actua amb consentiment de l'altre. Això significa que l'acte realitzat sense aquell consentiment esdevé inatacable llevat que l'adquirent conegués aquesta manca de poder, ja que aleshores tindrà la condició de mala fe⁸⁴. Sobre això, cal tenir en compte que aquests tercers només tenen aquesta condició

⁸³ En el mateix sentit, Nicolàs NOGUEROLS PEIRÓ; Núria RAGA SASTRE, *Comentari al llibre quart...* [art. 426-55], a Egea i Fernàndez; Ferrer i Riba (dirs.), Alascio i Carrasco (coord.), vol. I, *cit.*, pàg. 979, els quals afegeixen que la bona fe ha de ser merament presumptiva, «[...] basta la creença de què el marmessor podia realitzar l'acte dispositiu, sense ser exigible una diligència especial. Ara bé, el tercer no té bona fe davant aquells fets, actes o situacions que resultin evidents, "grinyolin" o "facin mal els sentits" seguint la terminologia emprada pel TS», és a dir, en negar que hi càpiga una diligència especial, admeten la que sigui raonable.

⁸⁴ Vid. Josep FERRER RIBA, *Comentaris al Codi de família...* [art. 137 CF], a Egea Fernàndez; Ferrer i Riba (dirs.); Lamarca i Marquès; Ruisánchez Capelastegui (coords.), *cit.*, pàg. 654 i 655.

respecte del progenitor que no ha prestat el consentiment, però no en relació amb el negoci celebrat. Pel que fa als veritables tercers —els posteriors adquirents—, tractant-se de béns mobles, es veuran protegits si es donen els requisits de l'article 522-8 CCCat i, respecte dels immobles, si es compleix el que determina l'article 34 LH. Finalment, en seu de persona jurídica, l'article 312-13.3 CCCat protegeix els tercers adquirents de bona fe, enfront de les extralimitacions en les facultats representatives de l'òrgan de la persona jurídica, fins i tot en el cas que les dites facultats derivessin dels estatuts i haguessin estat objecte d'inscripció⁸⁵.

Fora del Codi, ens hem de referir, en primer lloc, a la consideració que té la bona fe en la remissió que, en matèria de rescissió per lesió, l'article 324 CDCC fa a l'article 1295 CC. En efecte, si partim de la base que l'article 531-1 CCCat determina que per transmetre la propietat cal, a més del títol d'adquisició, la tradició o la realització dels actes o les formalitats que estableix la llei, el tercer adquirent en poder del qual estiguin les coses objecte del contracte que s'ha de rescindir no s'hauria de veure afectat per la rescissió, ja que és adquirent *a domino*, atesa, a més, la naturalesa personal d'aquesta acció. Però en aquest cas la llei no ho entén així, sinó que, perquè l'adquisició esdevingui inatacable, l'article 1295.2 CC exigeix que l'adquirent sigui de bona fe —entesa com el desconeixement de l'existència d'una causa per a rescindir el contracte—, i, només en el cas que no ho sigui, haurà de suportar els efectes de la rescissió d'un contracte en què no va ser part⁸⁶. Cal tenir en compte, a més, que aquest precepte tampoc no fa cap al·lusió expressa al caràcter oneros o gratuït del negoci, per la qual cosa ens hem de preguntar si l'onerositat és un requisit que cal afegir als altres que demana l'article 1295 CC. Del mateix context de l'article 1295 CC, com de forma majoritària ha entès la doctrina, es desprèn que la resposta ha de ser afirmativa⁸⁷.

⁸⁵ Per la seva banda, l'article 315-7.2 CCCat estableix que els actes inscripibles només es poden oposar a terceres persones de bona fe des de la data de la inscripció o, el que és el mateix, positivitzat, per als registres de la persona jurídica, el principi d'inoposabilitat a tercers dels actes no inscrits. D'altra banda, l'apartat 3 disposa que la declaració de nul·litat o inexactitud dels assentaments registrals no perjudica els drets de terceres persones de bona fe adquirits d'acord amb la llei.

⁸⁶ Com assenyalava Bruno RODRÍGUEZ ROSADO, «*Ius ad rem* y condena de la mala fe: una explicación de los artículos 1473, 1285.2 y 1124.4 del Código civil», ADC, 2009, 62-4, pàgs. 1716 i 1717, l'article 1295.2 CC no preveu la protecció del tercer adquirent de bona fe (que en la seva condició d'adquirent *a domino* no s'ha de veure afectat per la rescissió), sinó la desprotecció del de mala fe (del que coneixia que amb la seva adquisició perjudicava l'expectativa readquisitiva del primer alienant).

⁸⁷ Aquesta és l'opinió dominant, vid., per tots, ROCA SASTRE; ROCA SASTRE MONCUNILL, *Derecho Hipotecario*, pàgs. 577 i 851. Tanmateix, formulant-ho merament com una hipòtesi, B. MORENO QUESADA, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. Albaladejo, [art. 1295], Tom. XVII, vol. 2.º (2a ed.), Edersa, Madrid, 1995, pàg. 218, entén defensable que «[...] no procede añadir un requisito más —el de la adquisición a título oneroso— a los dos que menciona el párrafo 2.º del artículo 1295 para considerar al tercero inmune a la restitución rescisoria».

2. *La manca de protecció del tercer adquirent a títol lucratiu. La regla Nemo liberalis nisi liberatus*

Com acabem de veure, són nombrosos els preceptes de l'ordenament civil català que, seguint una inveterada tradició, positivitzen la regla segons la qual només els tercers adquirents a títol oneros i de bona fe són mantinguts en la seva adquisició. D'altres posen directament les atribucions a títol gratuït en una posició que les fa cedir davant d'interessos que l'ordenament considera més dignes de protecció, com són el pagament dels deutes contrets pel donant, els drets legals successoris o els derivats de la crisi matrimonial. El precepte que ho formula amb més claredat és l'article 531-14 CCCat, que, reproduint l'article 340.3 CDCC —el qual, al seu torn, havia incorporat també la mateixa regla que ja es contenia en la Constitució de 1503 *Per tolre fraus*, de Ferran II a la tercera Cort de Barcelona (CiADC I, 8, 9, 1)—⁸⁸, disposa que «No perjudiquen els creditors dels donants les donacions que aquests atorguin després de la data del fet o de l'acte del qual neixi el crèdit, si manquen altres recursos per a cobrar-lo».

En certa mesura, aquest precepte en concret i d'altres als quals ja ens hem referit en l'apartat anterior, no fan res més que preveure la mateixa conseqüència jurídica, la no oposabilitat de l'adquisició, tant per als casos en què l'adquirent és de mala fe com per a aquells en què, tot i sent de bona fe, ha adquirit per un títol gratuït⁸⁹. Efectivament, aquesta és una regla que en el dret romà ja trobem representada en l'aforisme «*Potior est qui certat de damno evitando quam qui de lucro captando*»⁹⁰, és a dir, en cas de conflicte entre un titular que pateix un dany i un adquirent a títol lucratiu, el dret, raonablement, considera més digne de protecció el primer que el segon: l'ànim d'evitar un dany té prioritat sobre l'ànim de

⁸⁸ Amb anterioritat, la Pragmàtica de Joan II, lloctinent de Pere III, atorgada a Girona el 18 d'octubre de 1384 (CiADC, 2,7,4), establí també la presumpció de simulació de les donacions, les vendes, etc., en què l'alienant retenia la possessió, ja que s'entenia que eren fetes en frau de creditors. A diferència de la Constitució *Per tolre*, que es refereix a actes vàlids, en aquesta Pragmàtica s'al·ludeix a actes fingits i, per tant, nuls en tant que simulats. El sistema de protecció previst per la Constitució *Per tolre fraus* s'articulava sobre la base d'exigir la publicitat de les donacions a través de la seva «insinuació» en un registre. La insinuació tenia el seu origen en el dret romà on la trobem mencionada, per primera vegada, en un Edicte de Constantí de l'any 316 (Fragmenta Vaticana § 249. F.I.R.A. pàgs. 513-515), confirmat posteriorment per altres disposicions (Codex Theodosianus II, 5,1 [Brev. III, 5, 1]) de l'any 319; C. Th. VIII, 12, 3a, 4a, 6a, 8a) i que va acabar perdent el seu caràcter general en excloure d'aquesta formalitat les donacions *ante nuptias* (C. Th. III, 5, 13 —Brev. III, 5, 8—) que no excedissin de la quantitat de 200 *solidi* (C. 8,54,34 prin.). Posteriorment, Justinia dispensà de la insinuació totes les donacions fins a 300 *solidi*, anivellant-les amb les *ante nuptias* (C.8,54,36, § 3r), sent aquesta la regla que seguiria el dret català històric.

⁸⁹ Com assenyala RODRÍGUEZ ROSADO, «*Ius ad rem* y condena de la mala fe...», *cit.*, pàg. 1717, aquesta equiparació no és total, atès que no s'equiparen quant als efectes indemnitzatoris. En efecte, l'article 1298 CC reserva la indemnització de danys i perjudicis per a l'adquirent de mala fe.

⁹⁰ Sobre això, vid. Andreas WACKE, «Europäische Spruchweisheiten über das Schenken und ihr Wert als rechtshistorisches Argument», a *Rechtsgeschichte und Privatrechtsdogmatik*, Reinhard ZIMMERMANN (Herausgegeben) in Verbindung mit Rolf KNÜTEL und Gens Peter MEINCKE, Müller Verlag, Heidelberg, 1999, pàg. 359.

lucre. A diferència de l'altra regla reguladora de la col·lisió de drets, «*Prior tempore, potior iure*», molt més simple, la que ara ens ocupa té en compte el contingut dels drets en conflicte i en determina quin és més mereixedor de protecció: la manca de sacrifici de l'adquirent a títol lucratiu justifica que no se li doni la mateixa protecció que en les adquisicions oneroses⁹¹: només pot fer donacions la persona que ha satisfet o pot satisfer els seus deutes. Tècnicament es pot dir que, d'inici, el donatari de bona fe adquireix la propietat, però la seva adquisició és resoluble i resta condicionada al fet que els creditors o, en el seu cas, l'antic propietari exerceixin l'acció de restitució.

És el mateix criteri que es reflecteix en un altre aforisme també molt expressiu, «*Nemo liberalis nisi liberatus*», que en l'àmbit del dret de successions té el seu equivalent en la regla «abans pagar que heretar», que en el dret català trobem formulada a l'article 432-2.1 f) CCCat, quan estableix el dret preferent dels creditors hereditaris per al cobrament de llurs crèdits sobre el dels donataris *mortis causa* i, per remissió, sobre el dels legataris. En certa mesura es tracta d'un principi que trobem també en la inoficiositat legitimària (art. 451-22 CCCat), en les regles de protecció de la integritat de la compensació econòmica pel treball (art. 232-9 CCCat) i del crèdit de participació resultant de la liquidació del règim econòmic matrimonial (art. 232-24 CCCat); en ambdós casos, si no hi ha béns suficients per pagar els respectius crèdits. És a dir, com si d'alguna manera s'estigués presumint el frau o mala fe, tot i que en realitat no és així, ja que n'hi ha prou amb la insuficiència patrimonial.

El paradigma d'aquesta assimilació d'efectes entre mala fe i adquisició a títol lucratiu és l'anteriorment citat article 531-14 CCCat, regla que ara ha incorporat també l'article 461-7 CCCat respecte de la repudiació de l'herència en perjudici dels creditors de l'hereu. Igualment, en seu de relacions econòmiques entre cònjuges, l'article 231-11 CCCat estableix una presumpció de gratuïtat en benefici dels tercers creditors de qualsevol dels cònjuges, als efectes de la inoposabilitat dels actes o negocis gratuïts celebrats amb posterioritat al naixement del crèdit. Això significa que, per cobrar el seu crèdit, els creditors poden atacar la transmissió patrimonial entre cònjuges, llevat que aquests demostrin que esta-

⁹¹ Tot i admetre que, efectivament, en les adquisicions lucratives no hi ha cap mena de sacrifici o contraprestació per part de l'adquirent, algun autor ha afirmat que això no treu que, si es priva al donatari del bé adquirit lucratiu, aquest pugui patir un dany efectiu: Jorge Horacio ALTERINI, «La buena fe y los prejuicios ante las adquisiciones a título gratuito», *Discurso de recepción a la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, 17 de juliol de 2003, pàgs. 5 i 6, posa l'exemple d'una persona diligent, que rep la donació d'un immoble de gran valor, que li serveix per provar la seva solvència davant la contracció de noves obligacions que es corresponen amb el seu nou estatus econòmic, i es pregunta si a aquest donatari, que en cap moment va sospitar res i que va confiar en l'estabilitat de l'adquisició, se li podrà dir que la donació ha esdevingut ineficaç per la sola circumstància que se suposa que dogmàticament no se li causa cap dany i que només se'l priva d'un lucre.

va emparada en una causa onerosa (s'inverteix la càrrega de la prova). En concordança amb aquest precepte, l'article 231-12 CCCat, reproduint el mateix criteri que l'article 78.1 i 2 LConc, legitima els creditors del cònjuge concursat per poder rescindir i reintegrar a la massa del concurs les donacions —en tant que presumptament perjudicials d'acord amb l'article 71 LConc— atorgades durant els dos anys anteriors a la declaració de concurs. Considera que hi ha hagut donació del cònjuge concursat a l'altre si la contraprestació per adquirir el bé procedia del primer, i, en el cas que no ho pogués acreditar, la presumpció es limita a la meitat, llevat que l'adquirent tingui ingressos o recursos suficients.

V

ESPECIAL REFERÈNCIA A L'HONRADESA EN ELS TRACTES EN LA NEGOCIACIÓ CONTRACTUAL. *CULPA IN CONTRAHENDO* I *BONA FE*

L'article 111-7 CCCat al·ludeix a l'honradesa en els tractes i a la bona fe, com si es pogués diferenciar d'aquesta, és a dir, com si d'alguna manera fossin dos conceptes independents⁹². En realitat, però, l'honradesa en els tractes és una especificació de la bona fe, més concretament de l'anomenada bona fe objectiva, entesa, d'una banda, com l'actitud que s'adopta a l'hora de decidir si se celebra o no un contracte i, de l'altra, un cop celebrat, la que s'ha de mantenir mentre dura la seva execució. Ho confirma el preàmbul de la Primera llei del Codi civil de Catalunya quan afirma que amb l'expressió «honradesa en els tractes», «[d]'acord amb l'evolució més recent del dret privat europeu, en vol destacar l'aspecte objectiu, independent del coneixement o la ignorància de cadascun dels subjectes de la relació jurídica».

Aquesta concepció coincideix amb la dels *Principles of European Contract Law*, que també identifica l'honradesa en els tractes amb la bona fe en sentit objectiu, en la qual és intranscendent la representació mental que pugui fer el subjecte, com intranscendent és també quina en sigui la intenció. D'altra banda, si ens situem en l'àmbit de les relacions precontractuals, que, sovint, és on l'honradesa en els tractes adquireix més rellevància pràctica, observem que en les propostes harmonitzadores se li atribueix valor imperatiu, en el sentit que les parts tenen l'obligació de negociar de bona fe, sense que hi càpiga la renúncia o l'exclusió voluntària⁹³. En el

⁹² Considera que ho són Ferran BADOSA COLL, *Manual de Dret Civil Català*, Marcial Pons, Barcelona, 2003, pàg. 91, el qual, a més, recolzant-se en el preàmbul, afirma que la Llei primera del Codi només generalitza la bona fe.

⁹³ Vid. María Paz GARCÍA RUBIO, «La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos», ADC, LXIII-IV 2010, pàg. 1627, que, a partir d'allò que disposa el II.-3: 301 (2) del DCFR proposa que també s'incorpori a la Proposta elaborada per la Secció de dret civil de la *Comisión General de Codificación*.

cas de trencament injustificat dels tractes⁹⁴, la conseqüència jurídica és la responsabilitat, basada en la *culpa in contrahendo*⁹⁵, pels danys i perjudicis causats, i que es tradueix, com a regla, en el fet que qui ha patit el dany ha de quedar en la mateixa situació que si el negoci no s'hagués celebrat, sens perjudici que, en ocasions, pugui incloure també la restitució del benefici obtingut per l'altra part (vid. art. 2:302 dels mateixos *Principles*). En la fase de negociació o formació del contracte⁹⁶, les parts se situen en una relació de mútua confiança que obliga recíprocament a revelar a l'altra tot allò que sigui rellevant per a una correcta formació de la voluntat contractual⁹⁷. Naturalment, el fet que la part que disposa de la informació hagi omès donar-la a conèixer a l'altra no exclou que el contracte s'acabi celebrant, cas en el qual es podrà procedir a l'anul·lació per l'error o, si l'ocultació és maliciosa, per dol, llevat que aquest sigui incidental, ja que aleshores només serà procedent exigir una indemnització.

El buit normatiu que en l'àmbit del dret de contractes presenta el dret català fins al present moment, comporta, com és lògic, l'absència de normes que s'ocupin de la fase prèvia a la conclusió del contracte, tant pel que fa al trencament de les negociacions com a les conseqüències de la celebració amb vulneració dels deures d'informació, de col·laboració o de confidencialitat i la delimitació de l'abast d'aquests deures. Efectivament, no es preveu res a la Llei 6/2000, de 19 de juny, de pensions periòdiques, ni a la Llei 23/2001, de 31 de desembre, de cessió de finca o edificació a canvi de construcció futura, ni a la Llei 2/2005, de 4 d'abril, de contractes d'integració, així com tampoc a la Llei 1/2008, de 20 de febrer, de contractes de conreu. En conseqüència, caldrà aplicar directament el principi general que es conté a l'article 111-7 CCCat, tot i que, en tractar-se precisament d'una norma de caràcter principal, s'haurà de valorar, cas per cas, quina és la conseqüència jurídica i si escau la via de l'error o del dol, supòsit en el qual perd sentit acudir a la tècnica de la *culpa in contrahendo*.

⁹⁴ Per exemple, perquè una de les parts negocia un contracte, que sap que no pot celebrar per manca de legitimitació o autorització, i continua les negociacions quan ja ha decidit no contractar, o bé dóna a entendre a l'altra part que és segur que signaran el contracte sense ser-ho. Sobre això, vid. l'article 2:301 dels Principis LANDO, que, partint del ple respecte a la llibertat de decidir si es vol o no celebrar un contracte, estableixen la responsabilitat pels danys que s'hagin pogut causar per haver negociat o trencat els tractes amb mala fe per alguna de les parts.

⁹⁵ La doctrina de la *culpa in contrahendo* té els seus orígens en el conegut article de JHERING, «Culpa in contrahendo, oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen», a *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts I*, Friedrich Mauke, Jena, 1861, pàg. 1 i ss.

⁹⁶ Tot i que es podria argumentar que, en la fase de formació del contracte, encara no hi ha la relació jurídica que exigeix l'article 111-7 CCCat, deixant de banda la laxitud amb què s'ha d'interpretar aquest concepte, avui s'admet que amb l'inici de les negociacions contractuals neix, *ex lege*, una relació obligatòria entre les parts que intervenen en els tractes preliminars, amb uns deures concrets d'informació i de protecció. Vid., per tots, FLÜME, *El Negocio Jurídico...*, cit., pàg. 165.

⁹⁷ Aquesta és una obligació específica dels contractes d'assegurança, però que, amb diferents graus d'intensitat, inclou també altres contractes que es basen en una relació de confiança.

L'ordenament català relatiu a la protecció dels consumidors i usuaris conté una certa regulació dels deures de les parts en la fase precontractual, per bé que no podem oblidar que es tracta d'una regulació que obvia fer cap mena de plantejament de dret civil, sinó que se circumscriu al vessant merament administratiu, d'infraccions i sancions. La Llei 22/2010, del 20 de juliol, del Codi de consum de Catalunya, ho justifica sobre la base que en aquesta mena de contractes no es dóna l'equilibri entre les parts; el consumidor només pot decidir si contracta o no, però no les condicions en què ho fa, ja que aquestes les fixa el comerciant. D'aquí que, per exemple, l'article 123-3 CCons, en relació amb la informació precontractual, disposi que les persones consumidores tenen dret que se'ls lliuri, amb un temps suficient i raonable, un model de contracte amb les condicions generals previstes i, més específicament, que l'article 123-7.3 CCons estableixi, segons hem vist, que els contractes de consum s'han d'integrar d'acord amb el principi de la bona fe objectiva, fins i tot en el cas d'omissió de la informació precontractual rellevant.

Ara per ara, però, és en el dret de família on, paradoxalment, l'ordenament civil català conté una regulació més precisa dels deures de les parts en el procés de formació dels acords de voluntat, concretament en els pactes atorgats en previsió d'una ruptura matrimonial. En efecte, tot i que el principi d'autoresponsabilitat és la regla que presideix qualsevol negociació contractual i que això hauria de portar que cada part s'hagi de procurar la informació que consideri rellevant, cal tenir en compte que, com que es fonamenta bàsicament en el fet que la informació li sigui accessible⁹⁸, aquesta accessibilitat no es dóna en el moment en què s'estipulen els pactes prematrimonials. Així s'explica que l'article 231-20.2 CCCat disposi que el notari, abans d'autoritzar la corresponent escriptura pública, hagi d'advertir els atorgants del deure que tenen de proporcionar-se mútuament informació sobre els respectius patrimonis, els ingressos i les expectatives econòmiques, sempre, és clar, que sigui rellevant per al contingut del pacte. Aquesta obligació deriva de l'apartat 4 d'aquest mateix precepte, segons el qual el cònjuge que pretengui fer valer un pacte d'aquest tipus té la càrrega d'acreditar que l'altra part disposava, en el moment de signar-lo, d'informació suficient sobre els aspectes anteriorment assenyalats. Es tracta d'una norma que pretén corregir els possibles abusos que s'originen pel fet que, normalment, aquests acords no són fruit de cap negociació semblant a la que pot tenir lloc en una relació exclusivament patrimonial. És a dir, la relació entre dues persones que volen contreure matrimoni sol ser de mútua confiança, la qual cosa significa, gairebé per definició, que la bona fe ha de ser present en qualsevol decisió que hagin de prendre, a banda que l'optimisme i la felicitat que sol envoltar aquestes situacions fan pen-

⁹⁸ Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, «Casos realmente difíciles: los deberes precontractuales de información y las consideraciones de eficiencia», ADC LVII-IV, 2010, pàg. 1713.

sar que allò que acaben de signar segur que no s'haurà d'aplicar mai, de manera que el més fàcil és que no s'adoptin les precaucions necessàries, facilitant així que la part més forta de la relació imposi el seu criteri sobre l'altra.

Precisament, per evitar-ho, el legislador català (art. 231-20 CCCat) ha optat per positivitzar els requisits que s'han de complir a l'hora de negociar uns pactes prematrimonials: el primer és distanciar, almenys trenta dies, la data d'estipulació de l'acord respecte de la de celebració del matrimoni; el segon, imposar al notari el deure d'informar per separat cadascun dels atorgants sobre què signifiquen els canvis que introdueixen respecte de la regulació legal supletòria; i, finalment, obligar els contractants a facilitar-se la informació econòmica rellevant⁹⁹. Si, arribat el moment de la crisi matrimonial i davant un pacte de renúncia d'una prestació compensatòria o de la compensació econòmica per raó de treball, el cònjuge més fort s'oposa a la reclamació econòmica de l'altre, però resulta que el pacte s'havia atorgat havent proporcionat una informació econòmica falsa o no havent-ne proporcionat cap, el pacte serà ineficax i regiran les previsions legals que, amb caràcter supletori, regulen els aspectes patrimonials de la crisi matrimonial.

Dèiem també que l'honradesa en els tractes és una especificació de la bona fe objectiva que es manifesta, un cop celebrats, en l'execució dels contractes duradors, on pot resultar especialment rellevant el deure d'informar l'altra part. Aquí trobem l'exemple de l'article 37 de la Llei 1/2008, de 20 de febrer, de contractes de conreu, que obliga el parcer a informar adequadament el propietari sobre el desenvolupament del conreu i, si escau, de les altres activitats de l'explotació, independentment del dret que té el propietari a fer les comprovacions que consideri convenients. Amb una finalitat semblant, l'apartat 2 del mateix precepte obliga el parcer a avisar anticipadament el propietari perquè, si ho vol, pugui presenciar la recol·lecció dels productes obtinguts amb el conreu de la finca¹⁰⁰.

⁹⁹ Des d'un punt de vista més general, no circumscrit òbviament als pactes nupcials i partint de l'absència d'una norma que tipifiqui expressament el deure d'informar i el seu abast, Iñigo DE LA MAZA GAZMURI, «Casos realmente difíciles...», *cit.*, pàg. 1695, assenyala, seguint la doctrina dominant, que en el dret espanyol els deures precontractuals d'informació troben el seu fonament en la bona fe, però això no vol dir que la bona fe exigeixi sempre informar, sinó que calen unes condicions específiques que el Tribunal Suprem ha identificat amb l'error (excusable) o el dol. Nega que en els casos que anomena difícils —els que la llei no esmenta— es pugui acudir directament a consideracions d'eficiència —si la revelació d'informació millora el benestar general o no—, sinó que primer cal determinar si una de les parts pot confiar legítimament que l'altra li proporcionarà informació (pàg. 1708).

¹⁰⁰ L'obligació d'informació la trobem també en les relacions familiars, per exemple, entre els pares cotitulars de la potestat parental (article 236-12 CCCat), entre cònjuges [en general, a l'art. 231-7 CCCat i, més específicament, per al règim de participació en els guanys, als art. 232-13.2 i 232-16.2.a) i per al règim de comunitat de béns, a l'art. 232-36.2.b)]; o en les successòries, on s'estableix que els fideïcomissaris poden exigir al fiduciari que informi sobre l'estat dels béns (art. 426-23.5 CCCat) o, si compren accions o participacions socials, la informació que tingui sobre els acords socials.

VI

LA BONA FE I EL COMPORTAMENT HONRAT ES PRESUMEIXEN

Encara que l'article 111-7 CCCat no ho digui expressament, la bona fe i l'honradesa en els tractes es presumeixen sempre i, per tant, qui al·lega que l'altra part de la relació jurídica ha infringit alguna d'aquestes exigències ho ha de provar. *Bona fides praesumitur* és una regla clàssica, consubstancial al dret romà, però que no va ser formulada fins a l'edat mitjana per la Glossa d'ACCURSIUS (*Inst.* 2,6). Es fonamenta, d'una banda, en la consideració que l'actuació d'acord amb la bona fe és la manera usual de comportar-se les persones i, d'una altra, en la idea que les infraccions a l'ordenament no es poden presumir, sinó que s'han de provar. A l'ordenament civil català, aquesta presumpció la trobem positivitzada, pel que fa a la bona fe subjectiva, a l'article 521-7.3 CCCat, en seu de possessió, i també a l'article 542-10.2 CCCat respecte de l'accessió. Finalment, l'article 315-7.2 CCCat presumeix la bona fe del tercer en l'oposabilitat dels actes inscripcionals en el Registre de persones jurídiques.

La pràctica jurisprudencial parteix del fet que la presumpció de bona fe té un abast general i, per tant, que s'aplica també a les relacions contractuals o, el que és el mateix, a la bona fe en sentit objectiu. Així ho ha afirmat l'anteriorment citada Sentència del TSJC de 2 de juliol de 2009, en resoldre un cas en què la compradora, recurrent en cassació, sostenia que els venedors de l'immoble que pretenia adquirir havien actuat infringint la lleialtat contractual i abusant de la confiança. Concretament, la compradora al·legava que els venedors no havien actuat d'acord amb la bona fe i l'honradesa en els tractes, perquè el dia en què havien d'escripturar la venda encara no havien regularitzat la situació registral de la finca, és a dir, no havien inscrit la seva titularitat ni tampoc havien fet la declaració d'obra nova, a banda que la finca estava gravada amb dos censos¹⁰¹. Enfront d'això, el TSJC, seguint la línia jurisprudencial iniciada pel Tribunal Suprem (sentències de 27 de novembre de 2006, 3 de novembre de 2007 i 25 de gener de 2008), resol que «[...] la bona fe que es relaciona amb el compliment de regles de conducta pròpies de l'ètica social vigent, s'ha de presumir en tant que no sigui declarada la seva inexistència, ja que pertany a la normalitat de les coses, circumstància que aboca a una situació de fet, però que, al mateix temps, és també un concepte jurídic que es recolza en la valoració d'una conducta deduïda d'uns fets». Ve a dir que no n'hi ha prou amb invocar la mala fe, sinó que, en via del recurs de cassació, cal assenyalar

¹⁰¹ Per a una millor comprensió dels fets, cal tenir present que la sentència d'instància havia declarat provat que els venedors estaven en disposició d'efectuar la venda, que la rectificació dels assentaments registrals s'havia previst fer en unitat d'acte amb la venda, i que la demandant no havia obtingut el finançament necessari ni havia sol·licitat la informació registral fins uns dies abans de la venda. Els censos ja havien estat cancel·lats.

l'error en la valoració de la prova que s'hagi pogut patir, o la patent d'arbitrarietat o irraonabilitat en què s'hagi pogut incórrer el jutgador d'instància, a més, és clar, d'indicar la norma, doctrina o principi interpretatiu que s'hagi pogut infringir.

La presumpció de la bona fe és personal, de manera que, en els casos de copossessió, la bona o mala fe s'haurà de valorar respecte de cada posseïdor, atenció a si coneix o no els defectes del títol¹⁰². Com a regla, la presumpció deixa de regir quan el subjecte que en resultaria afavorit cessa o pot cessar raonablement en la seva ignorància de no gaudir d'empara legal. Aquest és el règim que per a la possessió preveu l'article 521-7.3 CCCat, i per a l'accessió¹⁰³ l'article 542-10 CCCat, mentre que per a l'adquisició de béns mobles de l'article 522-8 CCCat, n'hi ha prou que la bona fe hagués existit just en el moment en què s'adquireix la possessió. Igualment, en l'accessió mobiliària, la cessació de la bona fe després que la incorporació s'hagi consumat esdevé irrellevant.

En ocasions, però, la mateixa llei opta per l'establiment de la presumpció contrària, la de mala fe o, millor dit, enumera les conductes que s'han de considerar de mala fe. Aquest és el cas de les llistes de clàusules abusives que es contenen en els articles 85 a 90 del 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. En efecte, es tracta d'una tècnica d'identificació de les clàusules que en tot cas s'han de considerar abusives, les comunament anomenades llistes negres. Això vol dir que, donat el supòsit de fet que preveu la llei, la clàusula s'ha de considerar abusiva, sense més, per bé que en ocasions aquest efecte no pot operar d'una forma tan automàtica, ja que es vincula a un concepte indeterminat (per exemple, sobre la concurrència de motius vàlids, raons objectives o garanties desproporcionades) i, per tant, la valoració de l'interpret esdevé imprescindible.

VII

LA COMPENSACIÓ DE LA MALA FE

Per a determinats supòsits, el Codi civil de Catalunya preveu que si ambdues parts han actuat amb mala fe, aquesta es pugui compensar aplicant les regles de

¹⁰² ROCA TRIAS, *Institucions...*, cit., pàg. 84.

¹⁰³ Efectivament, tot i que aquest darrer precepte estableixi que la bona fe cessa per la mera oposició del titular del sòl, oposició que ni tan sols ha de ser judicial, es pot entendre, com afirma MARSAL GUILLAMET, *Derechos reales...*, cit. [art. 542-10], pàg. 477, que s'ha de tractar d'una oposició que plantegi dubtes a l'incorporador sobre la titularitat del sòl. Amb més precisió encara, es podria distingir entre la presumpció de bona fe en la seva funció processal —càrrega de la prova— i els efectes substantius derivats de la manca de prova de la mala fe. És a dir, l'oposició del propietari (si al final es demostra que no tenia títol per fer-ho) no destrueix la presumpció de bona fe des de la perspectiva processal, sinó que l'exclou quant als efectes, ja que des del moment de l'oposició ja ha sabut que potser no era propietari, i, si finalment ho acaba sent, no calen les regles de l'accessió.

la bona fe. Aquest criteri es fonamenta en el principi segons el qual el dret no pot atorgar protecció a la persona que realitza una conducta deshonest, principi que ja trobem formulat al dret romà (MARCIANUS, D. 4, 3, 36 [37]) amb referència al fet que dues persones que han actuat dolosament no poden exercitar recíprocament l'*actio doli*: «*Si duo dolo malo fecerint, invicem de dolo no agent*»¹⁰⁴.

En el dret històric català va regir aquest mateix criteri de no aplicar les regles de la mala fe en l'accessió immobiliària, si el propietari del sòl era també de mala fe. En aquest sentit CANCER¹⁰⁵ afirmava que si una persona, sabent-ho i de mala fe, construïa una casa en sòl aliè, invertint en la construcció prop de sis mesos, a la vista i sense oposició del propietari del sòl, el qual, després de construïda, pretenia fer-la seva al·legant que l'emparava l'Usatge *Si quis in alieno*, adquiria l'edificació i el sòl, perquè s'entenia que el propietari li va concedir, *animus donandi*, la facultat d'edificar. En relació amb el derogat article 278 CDCC, el Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, en una línia jurisprudencial que ha estat criticada per un sector autoritzat de la doctrina (vid. nota 43 d'aquest treball), ha resolt que no es pot considerar de mala fe qui edifica en sòl aliè amb l'aquiescència del propietari, que amb una actitud passiva legitima aquella actuació i, per tant, pot retenir l'immoble fins que li siguin reintegrades les quantitats invertides en aquelles obres de remodelació.

En el dret vigent, l'article 542-12 CCCat arriba a una solució semblant, però a partir d'un criteri més equilibrat que no pren partit per cap de les parts, sinó que, en el cas que ambdós (propietari del sòl i constructor) siguin de mala fe, adopta el règim de la bona fe. La mala fe del propietari del sòl no deriva de la realització de cap acte antijurídic, sinó del fet que, havent actuat a la seva vista, no s'ha oposat a l'obra (SAPB de 13 d'abril de 2005, dictada en aplicació de l'article 9.1 de la Llei 25/2001). Cal advertir, a més, que encara que el Codi només prevegi la compensació de la mala fe en el cas de construccions en sòl aliè, res no impedeix que aquesta mateixa norma s'apliqui, per analogia, a les plantacions i als conreus¹⁰⁶. Pel que fa a l'accessió mobiliària, l'article 542-17.3 CCCat segueix també el criteri de neutralitzar la mala fe dels intervinents, aplicant el règim de la bona fe.

Acabarem assenyalant que no sembla, en canvi, que hi pugui haver compensació en la bona fe objectiva, ni es pot fer un paral·lelisme amb la compensació de culpes de l'article 1306 CC. De fet, en la compensació de culpes no s'exclou que el negoci no estigui afectat per un vici causal, atès que la conseqüència jurídica de la compensació es limita a no poder repetir allò que s'ha pagat, ni reclamar el que et deu l'altra part.

¹⁰⁴ Vid. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, cit., pàg. 670, nota 147.

¹⁰⁵ *Variarum resolutionum Iuris Caesarei, Pontificii et Municipalis Principatus Cathalauniae*, Pars III. Cap. VI, núm. 132 i 133, pàg. 135, Lugduni 1670.

¹⁰⁶ MARSAL GUILLAMET, *Derechos reales...*, cit. [art. 542-13], pàg. 484.

VIII

LES FUNCIONS DE LA BONA FE EN L'ORDENAMENT JURÍDIC CATALÀ

La sintètica referència que fins aquí hem fet dels preceptes que, des dels diversos àmbits institucionals, atorguen rellevància a la bona fe, ja ens permet comprovar que, en bona mesura, són traslladables a l'ordenament català les funcions que WIEACKER, en relació amb el dret alemany, atribuïa a la bona fe i, a partir d'aquí, delimitar una mica més com es projecta, des de la perspectiva de l'actuació judicial, aquest principi¹⁰⁷. A banda d'allò que hem vist respecte de la bona fe i l'onerositat en relació amb la protecció de l'aparença jurídica, hom pot afirmar, en primer lloc, que la bona fe serveix per concretar el règim jurídic d'una determinada institució, permetent al jutge completar [integrar] les llacunes que la llei o la manca de previsió de les parts hagin pogut generar, acudint a allò que és comunament admès com a obligatori, sense necessitat d'incorporar-ho al contracte (*naturalia negotii*); en segon lloc, permet especificar els casos en què una situació no és mereixedora de protecció jurídica perquè no es considera que s'hagi produït cap actuació abusiva, sinó que es tracta, per exemple, d'una pertorbació insignificant (és el cas del *ius usus inocui*, de la no procedència de l'excepció d'incompliment quan l'altra part no ha complert en una petita quantia¹⁰⁸ o de l'exclusió de la possibilitat de reclamació si els defectes de la cosa objecte de la prestació són de molt poca entitat); finalment, entroncant amb la primera funció, la bona fe serveix com a criteri general d'integració contractual, en el sentit que els contractes no només obliguen al compliment d'allò que s'ha estipulat, sinó també a les conseqüències que derivin de la bona fe (art. 1258 CC i ara l'art. 111-7 CCCat).

Així mateix, la bona fe aconsegueix també la funció de ser una màxima de conducta eticojurídica, en el sentit que tots els ordenaments rebutgen els comportaments deslleials, fraudulents, abusius o que contradiuen una conducta anterior. Es protegeix així la confiança en el tràfic jurídic, sense que això vulgui dir que la seva infracció exigeixi la intenció de perjudicar. Es pot afirmar, doncs, que cap dret subjectiu és il·limitat, és a dir, tot i partir del fet que el titular d'un dret subjectiu, per tal de satisfer el seu interès, pot exercir com li plagui les facultats i els

¹⁰⁷ La caracterització de les funcions de la bona fe que va fer WIEACKER, *El principio general...*, cit., pàg. 49 i ss., es basava en l'anàlisi de la jurisprudència alemanya relativa al § 242 BGB. Vid., però, les reserves que Díez PICAZO (Pròleg a la traducció d'aquesta mateixa obra, pàg. 19) posa a aquesta categorització, en la mesura que podria suposar la introducció d'un dret judicial que s'aparti del dret legislatiu. José María MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentario del Código Civil* [art. 7.1.º]..., cit., pàg. 47, també ha criticat aquest intent de classificació basat en la tècnica dels grups de casos, perquè, al seu parer, xoca amb el sentit mateix de les clausules generals.

¹⁰⁸ Vid. la STS de 31 de gener de 2008, segons la qual, l'incompliment de l'obligació que permet resoldre el contracte o oposar la «*exceptio non adimpleti contractus*» ha de ser greu; per tant, vulnera la bona fe qui, en aquestes circumstàncies, es nega a complir al·legant que l'altra part no ha complert.

poders que conformen el dret, ho ha de fer dins uns límits que el modulen, entre els quals destaca, precisament, l'exercici tempestiu i la bona fe. En la línia que acabem d'exposar, la bona fe com a màxima de conducta es manifesta també en la prohibició d'anar contra els propis actes —a la qual el Codi dedica un precepte específic, l'article 111-8 CCCat—; el *dolo agit* que d'alguna manera hi està vinculat¹⁰⁹; el retard deslleial [*Verwirkung*] i la prohibició d'impugnar els negocis nuls per part dels subjectes que, després d'haver admès la seva validesa i conèixer la causa de nul·litat, els compleixen voluntàriament (és el cas de l'article 422-3.3 CCCat); l'excepció d'adquisició d'un dret de mala fe (per exemple quan la part a la qual perjudica el compliment de la condició impedeix que aquesta es compleixi —l'art. 423-15. 3 CCCat—); o aquells supòsits en què el deutor assumeix la seva obligació en una quantitat molt per sobre d'allò que teòricament correspondria i després la vol desconèixer, rebaixant-la, és a dir, allò que en la doctrina i jurisprudència alemanyes es coneix com a *Erwirkung*; i, finalment, l'abús del dret. Ho analitzarem després més detalladament.

No és necessari reiterar que els drets de crèdit no atorguen cap poder il·limitat, ja que, a banda dels límits que implica l'interès general del tràfic jurídic, el creditor tan sols es pot adreçar contra una persona determinada —l'obligat—, i només per una determinada prestació, a banda que el creditor també ha d'ajustar la seva conducta a la bona fe¹¹⁰. Però tampoc l'atorguen els drets reals, ja que tot i que, d'acord amb l'article 541-1 CCCat, la propietat legitima el propietari per usar de forma plena els béns que constitueixen l'objecte del seu dret, a gaudir-ne i disposar-ne, tot seguit l'article 541-2 CCCat estableix que aquestes facultats s'exerceixen d'acord amb la funció social de la propietat i dins els límits i amb les restriccions que estableixen les lleis.

1. *La funció informadora: bona fe, dret imperatiu i seguretat jurídica*

La bona fe, com a principi general del dret civil de Catalunya, l'informa, presideix la seva interpretació i n'és una regla cabdal per emplenar les llacunes,

¹⁰⁹ D'acord amb la regla «*dolo facit, qui petit quod redditurus est*», formulada per PAULUS i que trobem a D. 44, 4, 8 pr. i també D. 50, 17, 173, 3, actua antijurídicament qui, per tal de dilatar el compliment d'una obligació, s'empara en una norma que només li proporciona un aixopluc provisional. Dit d'una forma més simple, no es pot exigir avui allò que s'hauria de tornar l'endemà. Com afirma Cándido PAZ-ARES, «El enforcement de los pactos parasociales», a *Actualidad Jurídica Uría & Menéndez*, núm. 5/2003, «En el fondo, late una de las ideas fundamentales del sistema jurídico: la inadmisibilidad de la conducta contradictoria. Así como la doctrina de los actos propios censura la conducta actual de quien actúa en contradicción con su conducta pasada, la máxima *dolo facit* censura la conducta actual de quien se pone en contradicción con la que debe ser su conducta futura».

¹¹⁰ Fins a l'aprovació del llibre primer del CCCat, no hi havia en el dret català (ni en l'espanyol) un precepte que, semblantment a l'article 1175 CCI (referit a l'obligació de comportar-se «secondo le regole della correttezza»), ho establís expressament tant per al deutor com per al creditor, però la doctrina ho ha anat deduït a partir de l'article 7.1 CC, amb caràcter general, i de l'article 1258 CC per a les obligacions contractuals. Vid., per tots, LAMARCA, *El hecho...*, cit., pàg. 31 i ss.

prenent en consideració la tradició jurídica catalana (art. 111-2.1 CCCat). La millor constatació d'això la podem trobar, precisament, en la seva plasmació positivitzada a l'article 111-7 CCCat i en l'afirmació que fa el mateix preàmbul de la Primera llei del Codi civil de Catalunya, en dir que les disposicions preliminars recullen sistematitzades les regles contingudes al títol preliminar de la compilació i a les seves disposicions finals segona i quarta, i completen aquesta regulació amb uns principis i doctrines —entre les quals, òbviament, hi ha la bona fe (i l'honradesa en els tractes)— que ja eren «constsubstancials» al dret civil de Catalunya. Manifestació d'aquesta funció informadora ho són, també, la multiplicitat de normes que específicament es remeten a la bona fe com a integrant del supòsit de fet que regulen, i aquelles altres en què, sense esmentar-la expressament, hi és implícita.

Però, més enllà que la puguem trobar en preceptes concrets de l'ordenament, la funció informadora de la bona fe sovint se sol identificar amb l'essència mateixa del dret, és a dir, no com una mera abstracció del dret positiu, sinó amb una existència pròpia i, per tant —amb la salvetat que hem vist en referir-nos a la bona fe subjectiva—, que no necessita una formulació positivitzada. L'expressió més clara d'aquest caràcter informador és, segurament, la que formula el preàmbul de la Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals, quan, referint-se als principis que regeixen el Llibre cinquè, especifica de forma molt taxativa que «mai no s'atorga protecció jurídica a qui actua de mala fe». Tot això sense oblidar, és clar, el conjunt de regles que són conseqüència directa de la plasmació d'aquest principi, com el fet de no anar contra els propis actes, l'abús de dret i l'*exceptio non adimpleti contractus*, entre d'altres.

Precisament, com a salvaguarda de la seguretat jurídica i, tot i reconèixer que el principi de la bona fe és un instrument cabdal del que cap ordenament pot prescindir, s'han alçat algunes veus que manifesten un cert temor davant la possibilitat de fer-ne un ús abusiu, temors que es poden fer extensius també a l'equitat, respecte de la qual el legislador català ja ha pres determinades precaucions tendents a evitar, per exemple, que, sota l'empara de l'equitat, l'arbitri judicial pugui arribar a substituir la llei (article 111-9 CCCat). Ho veurem tot seguit.

A. *Bona fe i seguretat jurídica*

La Constitució garanteix la seguretat jurídica i la interdicció de l'arbitrarietat dels poders públics (art. 9.3 CE). Això significa, per dir-ho d'una manera molt planera, que la solució dels conflictes jurídics no es pot deixar a judicis de valor de l'autoritat judicial. És a dir, el sentit que aquella norma constitucional sembla donar al principi de seguretat jurídica és que l'ordenament ha d'estar dotat de certesa i que s'ha de poder conèixer d'antuvi el dret aplicable i les decisions judicials han de ser predictibles. Per aquesta raó, com deia, no han faltat els que conside-

ren que la utilització de clàusules generals que, com la de la bona fe, es remeten a judicis de valor del jutge, atempten contra el principi de seguretat jurídica i per això exigeixen que la concreció d'aquesta clàusula s'hagi de fer per la via de la utilització de criteris lògics, tècnics i d'experiència que permetin preveure, amb la suficient seguretat, les conseqüències jurídiques de la conducta regulada¹¹¹.

Cal veure, a més, de quina manera aquestes exigències encaixen amb el principi constitucional de submissió de jutges i magistrats a l'imperi de la llei (art. 117.1 CE)¹¹². Sens perjudici que, més endavant, hi entrem amb una mica més de detall, això ens porta a analitzar aquí les relacions entre el principi de la bona fe i les normes de dret imperatiu, és a dir, a determinar en quins casos el jutge pot admetre una pretensió basada en el principi de la bona fe i adreçada a atacar o a oposar-se a situacions jurídiques que resulten de preceptes imperatius.

La funció informadora dels principis generals del dret, entre els quals el de la bona fe, no pot consistir a atribuir-los el valor d'autèntiques normes jurídiques a les quals, preceptivament, s'hagi d'ajustar la resta de l'ordenament¹¹³. Que un principi informi l'ordenament jurídic no vol dir que totes les seves normes hagin d'estar informades ni hagin de respondre necessàriament a aquell principi, sinó que l'ordenament pot contenir preceptes que no s'hi ajusten i que, no obstant això, són igualment vàlids. Ha de quedar clar que, en el nostre sistema jurídic, la validesa d'una norma no ve donada per la seva adequació o no a un determinat principi general del dret, sinó que l'únic paràmetre que tenim per valorar-ho és si s'adequa a la Constitució o no.

Un exemple d'això, al qual ja he al·ludit breument al començament, el trobem en seu d'usucapió, concretament a l'article 531-4 CCCat, que, seguint el que ja establí l'Usatge *Omnes Causae*¹¹⁴, fixa com a tret definitori de la usucapió a Catalunya la irrellevància de la bona o mala fe en la possessió. Cal tenir present, a més, que aquest usatge, en la mesura que regulava el procés (*causes*), no abraçava només la usucapió sinó que incloïa també la prescripció extintiva, on la bona fe també resultava irrellevant. De fet, respecte d'això darrer, els sistemes legals moderns segueixen la mateixa regla i tampoc no requereixen la bona fe del deu-

¹¹¹ Vid., en aquest sentit, NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites...*, cit., pàg. 392.

¹¹² S'ho qüestiona DíEZ-PICAZO, Pròleg a WIAECKER, *El principio...*, cit., pàg. 17. Tanmateix, hi ha autors, situats en el pensament iusnaturalista, com FERREIRA RUBIO, *La buena fe...*, cit., pàg. 73, que admeten que mitjançant la bona fe hom pugui eludir l'aplicació d'alguna norma que porti a resultats contraris a la justícia.

¹¹³ Aquesta posició normativista és la que va mantenir Federico DE CASTRO, *Derecho Civil de España*, Parte General, T. I., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, pàg. 461, on afirma que estan en connexió íntima amb totes les normes de l'ordenament.

¹¹⁴ La literalitat d'aquest usatge és la següent «*Omnes causae sive bonae sive malae, rationes civiles aut etiam criminales, quae infra XXX annos aut diffinitae non fuerint, vel mancipia quae in contentione posita fuerint et non sunt ab alio tamen possessa, si diffinita aut vendita non fuerint, nullo modo repetantur. Si quis autem post hunc triginta annorum numerum causam movere temptaverit, iste numerus ei resultet et libram auri cui rex iusserit coactus exsolvat.*»

tor en la prescripció extintiva, sinó que es basen en el mer transcurs del temps, és a dir, amb independència que sabés o no que estava obligat a pagar¹¹⁵.

Tornant a la bona fe en la usucapió, cal recordar que té una significació subjectiva, de desconeixement, i perquè pugui tenir conseqüències jurídiques, cal una norma que ho prevegi expressament. En aquest cas, però, el dret civil català, a diferència per exemple del Codi espanyol (article 1957 CC), no ho fa i, per tant, tampoc estableix un termini d'usucapió més curt per a quan el posseïdor és de bona fe. D'aquí que, com ha assenyalat PUIG I FERRIOL¹¹⁶, s'hagi de rebutjar la interpretació que entén que l'article 431-24.1 CCCat (antic art. 342 CDCC) es refereix només a la usucapió extraordinària dels béns immobles, mentre que en els casos que hi ha títol i bona fe regiria l'article 1957 CC. Efectivament, la resposta que dona aquest autor i, amb ell, de forma unànime la doctrina catalana, és que la usucapió ordinària és una institució desconeguda a Catalunya. De fet, només cal acudir al nostre dret històric per comprovar com, des de sempre, hom ha entès que la usucapió trentenària de l'Usatge *Omnes causae* deixava sense vigència a Catalunya la usucapió d'immobles pel transcurs del termini de 10 i de 20 anys, amb bona fe i títol just (*Instituta* 2, 6, pr.).

La irrellevància de la bona fe en la usucapió té els seus orígens en l'anomenada *praescriptio longissimi temporis* del dret prejustinianeu¹¹⁷, on es configurava com una modalitat extintiva de l'acció reivindicatòria del propietari, és a dir, que podia ser al·legada com a excepció per la persona que havia estat posseïnt du-

¹¹⁵ Només els canonistes havien adoptat la posició contrària, estenen a la prescripció extintiva el mateix criteri que ja sostenien respecte de l'adquisitiva. Vid., en aquest sentit, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations...*, cit., pàg. 768, on posa l'exemple del § 569 I 9 PrALR (*Preußisches Allgemeines Landrecht*).

¹¹⁶ «Comentarios al Código Civil i Compilaciones forales» [art. 342 CDCC], dirigits per Manuel Albaladejo, Silvia Diez Alabarticle (gener 1987). Tom XXX, Id. vLex: VLEX-254676 (<http://vlex.com/vid/254676>).

¹¹⁷ Tanmateix, l'excepcionalitat de la regla continguda en aquest usatge va obligar la doctrina catalana a fer-hi alguna matisació. En aquest sentit, Joan Pere FONTANELLA, *Sacri Regii Senatus Cataloniae Decisiones*. Tom I, Barcelona, 1639. Decisió 152, núm. 4, considera que l'Usatge *Omnes causae*, en la mesura que permet la prescripció amb mala fe, s'oposa al dret canònic, que, a més de la bona fe, demanava també que es mantingués durant tota la possessió; entenia que era una norma *odiosíssima* i que, per això, havia de ser interpretada restrictivament. Segueix l'opinió d'Antoni OLIBA, *Commentariorum...*, cit., Pars Prima Lib. III. Núm. 3 i 4, pàg. 443, que, tractant de l'acció publiciana, considerava, a l'empara del dret canònic, que aquesta prescripció era odiosa i, per tant, la seva interpretació no podia afavorir l'usucapent que havia estat privat de la possessió. OLIBA arriba a argumentar que si qui usucapèix és de mala fe, tot i que no es pot dir que no s'ajusta completament a dret (atès l'Usatge *Omnes Causae*), en el fur intern no és titular i per això pot acudir als remeis del dret canònic i alliberar la consciència. Ve a dir que el posseïdor de cosa aliena de mala fe incorre en pecat i per això s'ha d'observar el que diu el dret canònic. Cal tenir en compte també que, tot i que, aparentment, l'Usatge *Omnes causae* sembla referir-se a la prescripció d'accions [pretensions], en el fons sempre s'ha partit d'una certa identitat entre prescripció (extintiva) d'accions i la usucapió com a extinció de l'acció reivindicatòria que correspon al propietari. Això explica que CÀNCER, *Variae resolutiones...*, cit., Pars I. Cap. XV, núm. 28, pàg. 326, Turroni, 1635 (citant MARQUILLES, MIERES i SOCARRATS) afirmi que la no exigència de la bona fe també val per a la usucapió, perquè a Catalunya la prescripció *longissimi temporis* no la necessita.

rant trenta anys i que, paral·lelament, comportava l'adquisició de la propietat, sense necessitat de just títol ni de bona fe¹¹⁸. La mateixa regla s'incorporà al *Liber Iudiciorum*¹¹⁹ d'on, practicada ja com a costum, passà als Usatges, segurament en el regnat de Jaume I¹²⁰. En època moderna, en el segle XIX, el Tribunal Suprem consolidà la interpretació dels juristes clàssics catalans segons la qual l'Usatge *Omnes Causae* permetia prescindir de la bona fe en la prescripció d'accions i també en la usucapció d'immobles¹²¹.

En el nostre dret històric, la irrellevància que la bona fe tenia en l'usucapció no es mantingué, en canvi, respecte de l'acció publiciana, ans al contrari, n'era un dels seus pressupòsits, juntament amb la possessió *a non domino*, la privació d'aquesta, el just títol i la falta de consumació de la usucapció¹²². Avui, però, la literalitat de l'article 522-7.2 CCCat omet qualsevulla referència a la bona fe i es limita a dir que, mitjançant aquesta acció, els posseïdors poden recuperar la cosa o el dret enfront dels posseïdors sense dret o amb pitjor dret. Algun autor¹²³ ha criticat precisament que el Llibre cinquè hagi incorporat la regulació de l'acció publiciana en un sistema que fonamenta la usucapció al marge que l'usucapent sigui de bona o de mala fe. Al meu entendre, però, en el cas hipotètic —segurament poc freqüent— que el posseïdor que estava usucapint fos de mala fe i el posseïdor

¹¹⁸ PAULUS 5, 2, 4 i C 7, 39. Entre els juristes catalans anteriors a la Compilació, l'opinió sobre si calia o no la concurrència de just títol no ha estat pacífica, però el cert és que, com afirmà Antonio M. BORRELL I SOLER, *Derecho civil vigente en Cataluña*, Libro II, Derechos Reales, 2a ed., Bosch, Barcelona, 1944, pàg. 99, qui posseeix de bona fe, rarament no tindrà títol, real o aparent, que serà el que fonamentarà la creença que és propietari de quelcom.

¹¹⁹ Llib. 10, tít. 2 llei 3. De fet, l'Usatge és una transcripció gairebé literal d'aquesta llei goda. Cfr. el text editat per K. ZEUMER, «Liber: Leges visigothorum». A *Monumentae Germaniae Historica. Legum. Sectio I*; 2, Hannover, 1892, reed. 1973, segons la qual: «*Omnes causae, seu bonae sive malae, aut etiam criminales, quae infra triginta annos definitae non fuerint, vel mancipia quae in contentione posita fuerant aut sunt, ab alio tamen possessa, si definita atque exacta non fuerint, nullo modo repetantur. Sic quis autem post hunc triginta annorum numerum causam movere tentaverit, iste numerus ei resistat, et libram auri cui Rex iusserit, coactus exsolvat*». El mateix termini de trenta anys, sense fer cap al·lusió, però, a la bona o mala fe, el va fixar també el capítol 44 de les Consuetuds de Barcelona, vulgarment dites *Recognoverunt Proceres* (CiADC, 1, 13, 1, 2), per a totes les accions reals o personals que abans tenien assenyalat un termini de deu i vint anys, llevat de la hipotecària, que es va estendre fins als quaranta anys.

¹²⁰ Sobre les fonts de la usucapció en el dret històric català, hom pot veure el treball d'Antoni JORDÀ FERNÁNDEZ, «Els terminis de la prescripció en el dret històric català. Anàlisi comparada amb altres règims jurídics (Castella, València, Aragó)», *Revista de Dret Històric Català*, vol. 3 (2004), pàgs. 25-48.

¹²¹ En aquest mateix sentit podem citar, entre moltes d'altres, les SSTs de 9 de maig de 1865 i de 14 d'octubre de 1882.

¹²² OLIBA, *Commentariorum...*, cit., Part II Lib. I. Cap. XIII, núm. 2, pàg. 212, afirma que, en l'acció publiciana, la manca de bona fe o la supervenició de mala fe interromp la usucapció sigui quin sigui el moment en què es produeixi, sempre, és clar, abans que aquesta es consumi «[...] *nam iuri canonico in hoc articulo stabimus, cum tagat peccatum*». En efecte, ho fonamenta en el fet que, com que les Constitucions i altres drets de Catalunya no preveuen cap especialitat respecte de l'acció publiciana, cal acudir al primer supletori, el dret canònic.

¹²³ Elena LAUROBA LACASA, *Derechos reales...*, cit. [art. 522-7], vol. 1, pàg. 242.

actual de bona fe, no es pot dir que el primer tingui un millor dret a posseir¹²⁴ i, consegüentment, que estigui protegit per l'acció publiciana. Una qüestió diferent, sobre la qual aquí no hem d'aprofundir, és la relativa a la dificultat de provar la mala fe i com juga en aquests casos la presumpció de l'article 521-7.2 CCCat.

B. *Bona fe i dret imperatiu*

L'article 111-7 CCCat sembla contenir un mandat jurídic (textualment, una «exigència») al qual s'han d'ajustar els subjectes d'una relació jurídica privada. Aquest mandat es projecta, d'una banda, sobre l'exercici dels drets que configuren la relació jurídica, exercici que ha d'estar presidit, segons hem vist, pels criteris d'honestedat, fidelitat i respecte a la confiança, i, de l'altra, com a generador d'obligacions que, tot i no constar expressament en l'estipulació, les parts igualment han de complir. Des de la perspectiva de la creació de drets i obligacions —aspecte normatiu— cal recordar també que l'article 111-1 CCCat, en enumerar les fonts del dret civil de Catalunya, inclou els principis generals del dret propi, és a dir, els reconeix valor normatiu i, per tant, són aplicables a la resolució de casos concrets. A diferència del Codi civil espanyol, però, el Codi català no ubica els principis en una posició jeràrquicament subordinada a la llei i al costum, cosa que, d'altra banda, resulta plenament coherent amb el reconeixement del seu caràcter informador. És a dir, si el dret civil de Catalunya (llei i costum) està informat —en els termes que acabem de veure— per aquells principis, no té sentit que aquests restin subordinats a les altres fonts, ja que l'aplicació de la llei o del costum implica simultàniament la del principi en qüestió, per bé que, segons acabem de dir, l'ordenament pot contenir normes que no s'hi ajustin. En fi, com que la jerarquia suposa necessàriament subordinació, els principis generals no poden estar per sota de la llei ni del costum que inspiren, però tampoc per sobre. Si es produeix un desajustament, caldrà acudir a una interpretació de la norma segons el principi en qüestió, la qual cosa portarà a una interpretació restrictiva¹²⁵, però no a la seva inaplicació. Òbviament, la funció interpretativa que correspon al jutge estarà molt més limitada si la norma hipotèticament contrària a la bona fe és de naturalesa imperativa.

Aquestes consideracions no canvien pel fet que ara el Codi civil de Catalunya hagi positivitzat el principi de la bona fe i l'honradesa en els tractes en una

¹²⁴ Aquest sembla ser el raonament que formula Antonio M. BORRELL I SOLER, *Derecho civil vigente en Catalunya*. Bosch Casa editorial. Barcelona, 1944, vol. II, pàg. 42, quan afirma que entre els drets de diverses persones que al·leguen el seu dret a posseir, «si la han adquirido de buena fe de la misma persona, es preferente el derecho del que la adquirió antes», és a dir, no preval el dret de qui tot i haver-la adquirit abans, era de mala fe. El segueix, modernament, E. ROCA TRÍAS, *Instituciones...*, cit., pàg. 103.

¹²⁵ NARANJO DE LA CRUZ, *Los límites...*, cit., pàg. 272. Per contra, en el dret holandès, per exemple, l'article 6:2-2 BW sembla prioritzar l'obligació de creditor i deutor d'actuar d'acord amb la bona fe per sobre de les regles que deriven de la llei, el costum o allò que hagin pactat.

norma que hom pot qualificar d'imperfecta. Efectivament, l'article 111-7 CCCat no s'ajusta al patró comú de les normes jurídiques: no és la suma de supòsit de fet i de conseqüència jurídica. El primer és excessivament genèric (totes les relacions jurídiques privades possibles i, per extensió, les posicions jurídiques no relacionals) i, el segon, la conseqüència jurídica de la infracció, només el podem anar a cercar a la concreta norma que s'infringeix, sigui de dret català o d'un altre àmbit en què aquest hagi de regir com a dret comú a Catalunya (vid. art. 111-4 CC-Cat). Així, doncs, l'article 111-7 CCCat s'ha de deixar d'aplicar quan hi ha una norma imperativa que s'aparta del principi. És a dir, pot haver-hi una conducta que en el llenguatge usual pugui ser considerada com a actuació de bona fe, però que, des del punt de vista estrictament jurídic, no tingui cap mena de cobertura perquè contradiu una norma imperativa.

2. *Les funcions interpretativa i integradora*

La bona fe és un principi universal en matèria d'interpretació de les normes i dels negocis jurídics. Referida a la interpretació de les normes, pot presentar algun punt en comú amb la funció informadora de l'ordenament a què he al·ludit abans; és a dir, la interpretació d'una norma no pot abocar a un resultat que contradigui el principi de la bona fe, entès com a representació de les regles de conducta o valors socialment admesos. Tanmateix, segons hem vist, aquesta regla no regeix en els casos que la contradicció es produeixi amb el tenor d'una norma de naturalesa imperativa o prohibitiva; aleshores, l'abast de la norma s'haurà de restringir exclusivament als supòsits que preveu, sense que es pugui estendre a d'altres.

Tot i això, és en l'àmbit negocial, sobretot el relatiu a les relacions contractuals, on la funció interpretativa de la bona fe ha adquirit més rellevància; àmbit, per cert, en el qual implícitament se centra l'article 111-7 CCCat. Aquí, la funció interpretativa de la bona fe significa que la voluntat de les parts s'ha d'entendre, com també s'entén en les normes jurídiques, segons les regles de conducta o valors socialment admesos en el sector que es tracti, i, en el cas de les condicions generals, a adoptar-la com a paràmetre per a la determinació del seu caràcter abusiu. Però la bona fe ha d'estar present també en el compliment de les respectives obligacions, en el sentit que les parts han d'adequar el seu comportament a aquestes regles de conducta. Això darrer s'identifica, però, amb la funció integradora, ja que, en absència de normes que regulin un determinat supòsit, aquelles regles de conducta socialment admeses s'incorporen a la relació negocial complementant la insuficiència de regulació. La dita insuficiència pot derivar de la manca de previsió del legislador o dels interessats a l'hora de manifestar la seva voluntat, però també pot resultar del canvi sobtat i substancial de les circumstàncies que es van tenir en compte en el moment de contractar, cosa que tractarem breument a l'apartat següent, en referir-nos a la bona fe com a màxima de conducta.

Una manifestació positivitzada de la funció integradora del principi de la bona fe la trobem, en el Codi civil espanyol, a l'article 1258 (aplicable, fins ara, supletòriament a Catalunya). Segons aquest precepte, els contractes no només obliguen a allò que expressament hagin estipulat les parts, sinó també a totes les conseqüències que, segons la seva naturalesa, siguin conformes a la bona fe, a l'ús i a la llei. És a dir, l'exigència de la bona fe en sentit objectiu pot arribar a imposar continguts contractuals que no han estat estipulats per les parts i que, per tant, no es pot dir que derivin de la interpretació de la voluntat negocial. Es tracta de models de comportament del conjunt de persones i sovint es manifesten a través dels usos socials, molt especialment quan les parts pertanyen a un sector específic del tràfic. Una regla semblant la trobem també a l'article 57 CCom, segons el qual els contractes de comerç s'executaran i compliran d'acord amb la bona fe.

Aquesta funció integradora de la bona fe es tradueix també en la concreció d'un pla legal d'ordenació, que permet al jutge decidir si un determinat supòsit de fet és mereixedor de protecció o no. És el cas, ja referit, del *ius usus inocui*, que es fonamenta en el principi del dret romà *minima non curat praetor*, o, el que és el mateix, que l'ordenament jurídic no ha de reaccionar davant conductes que no ultrapassin un llindar mínim de significació o sensibilitat¹²⁶. La vinculació entre el *ius usus inocui* i el principi de la bona fe, del qual n'és una manifestació directa, l'admet, sense discussió, tota la jurisprudència espanyola i se'n fa ressò també el Codi civil de Catalunya quan, a l'article 544-5 a), en relació amb l'acció negatòria, disposa que l'acció no competeix si les pertorbacions que es pretenen evitar no perjudiquen cap interès legítim dels propietaris. També és present en seu d'immissions, concretament a l'article 546-14.1 CCCat quan disposa que els propietaris d'una finca han de tolerar les immissions provinents d'una altra finca veïna si són innòcues o causen perjudicis no substancials.

3. *La bona fe com a màxima de conducta eticojurídica*

La perspectiva eticojurídica de la bona fe significa que l'ordenament integra, com a patró de conducta, l'ordre de valors que regeixen les relacions en la comunitat i que constitueixen, segons hem vist, les normes socials. Això implica que no s'atorgui tutela jurídica als comportaments que contravenen aquells valors, tant si la bona fe l'entendem referida al seu sentit objectiu —cas més usual— com al subjectiu, tot i que en aquest segon sentit la seva rellevància generalment dependrà del fet que el legislador ho estableixi expressament. Per tant, en primer lloc,

¹²⁶ Aquest principi, anomenat també *de minimis*, entronca amb la *rule of reason* nord-americana, on es configura com un criteri d'economia i oportunitat en l'aplicació del dret. Sobre això, referint-se però al dret de defensa de la competència, vid. Jesús PINTOS AGER, «La remisión a los reglamentos comunitarios de exención en bloque», *InDret* 3/2001 (http://www.indret.com/pdf/060_es.pdf), pàg. 1-20, a pàg. 4.

hem de donar aquí per reproduïts els arguments que han quedat exposats en tractar de la seva significació subjectiva (apt. II.1), és a dir, sobre la sanció de les actuacions doloses o fraudulentas, per centrar-nos tot seguit en les altres regles que la bona fe imposa com a màximes de conducta: l'abús de dret, el fet de no anar contra els propis actes i l'exercici deslleial del dret.

Tot això, sense oblidar que, en aquest mateix sentit eticojurídic, la bona fe també té rellevància en l'anomenada teoria de la imprevisió, la que deriva del canvi de circumstàncies¹²⁷. Sobre això, em limitaré a dir que l'ordenament català sembla optar, majoritàriament, pel nominalisme i, a partir d'aquí, hom pot afirmar que no infringeix el principi de la bona fe el deutor que es considera alliberat mitjançant el pagament de diners desvaloritzats, ni el creditor que insisteix en la prestació d'acord amb el preu antic, malgrat l'elevació desproporcionada dels costos en el deutor. Precisament, el Codi civil de Catalunya ha formulat normativament aquest principi en l'àmbit del dret successori, d'una banda, en relació amb el pagament de la quarta trebel·liànica o quota lliure, establint que s'ha de calcular sobre el valor de l'herència relictiva (art. 426-32 CCCat), és a dir, el que tenia en el moment de la mort del causant, sent aquest valor el que s'ha de satisfer, independentment de quin sigui el moment de la detracció o de la reclamació i tant si es paga en béns com en diners, i, d'una altra, a l'article 451-13 CCCat per al pagament de la legítima.

A. *L'abús de dret*

El codi català, a diferència del que en el seu moment van fer altres codis del mateix entorn —com el suís i l'espanyol en la reforma de 1974—, no reconeix una posició institucional autònoma a l'abús o l'ús antisocial del dret¹²⁸. Això s'explica, segurament, perquè el legislador català s'ha alineat amb l'opinió dominant que considera que la prohibició de l'abús està directament relacionada amb la bona fe i que, com aquesta, és un principi que impregna tot l'ordenament jurídic. En aquest sentit, l'exercici del propi dret a l'empara de l'aparent legalitat externa esdevé il·lícit si traspasa el límit que imposa la bona fe (identificada com allò que és socialment normal) causant dany a un altre.

Així doncs, encara que les disposicions preliminars no hi facin cap al·lusió, cal entendre que, a través de la bona fe, el Codi ha positivitzat la regla segons la qual els drets s'han d'exercitar sense traspassar els límits d'un exercici normal¹²⁹.

¹²⁷ Seguint WIEACKER, *El principio...*, cit., pàg. 75 i ss.

¹²⁸ Ambdós conceptes es poden considerar sinònims o, millor dit, que el segon aclareix el primer, en el sentit que allò que es vol condemnar a través de l'abús de dret és l'exercici del dret que es desvia de la finalitat social per a la qual va ésser concebut. Vid., en aquest sentit, M. BATLLÉ VÁZQUEZ, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales* [art. 7 CC], dirigits per M. Albaladejo. Tom 1, Edersa, Madrid, 1978, pàg. 120.

¹²⁹ Històricament, s'entenia que abusava del dret qui contradeïa directament la llei (abús de dret objectiu). Aquesta és una afirmació que podem trobar en els juristes clàssics catalans; per tots,

O, vist des d'una altra perspectiva, que, atès que l'abús del dret pressuposa la manca d'una finalitat seriosa i legítima, l'exercici abusiu es pot identificar amb la manca de bona fe. Ara, per aplicar la regla de l'abús de dret no caldrà acudir a l'article 7.2 CC, sinó que n'hi haurà prou amb al·legar l'article 111-7 CCCat, per bé que els requisits que fixa aquell precepte estatal ens poden servir de guia per a l'apreciació de la conducta abusiva en el dret civil de Catalunya.

Partint de la base que els drets no són absoluts, sinó que atorguen al seu titular un poder limitat, la bona fe assumeix també la funció de definir quins són els límits normals de l'exercici del dret. Aquests límits, si prenem com a model els paràmetres que empra l'article 7.2 CC, es concreten en la intenció de l'autor, l'objecte i les circumstàncies en què es realitzin, que, si sobrepassen la normalitat del seu exercici, no troben empara en l'ordenament, s'han de fer cessar i, a més, donen dret a la corresponent indemnització. Efectivament, la intenció de danyar és clarament contrària a la bona fe, com ho són també els actes que pel seu objecte (finalitat) causen un perjudici a d'altres persones sense obtenir un benefici propi i els que impliquen un exercici del dret en circumstàncies anormals. En aquest sentit, podem afegir que l'exercici abusiu del dret no s'ha d'identificar necessàriament amb la intenció deliberada de perjudicar, sinó que n'hi ha prou que la dita actuació excedeixi objectivament els estàndards d'exercici comunament admesos (ús normal), ja sigui pel tipus d'actuació o bé per les circumstàncies en què aquesta es produeix.

La prohibició de l'abús de dret, com a manifestació del principi que els drets s'han d'exercir d'acord amb la bona fe, és clara en seu de servituds, on l'article 566-4.2 CCCat fixa el criteri segons el qual s'han d'exercir de la forma més adequada per obtenir la utilitat de la finca i, al mateix temps, de la manera menys incòmoda i lesiva per a la finca servent.

Tot i el que s'acaba de dir respecte de la possibilitat de subsumir l'abús de dret en el principi de la bona fe, hi ha qui sosté que els separen diferències destacables. La més específica de totes seria que la mala fe, a diferència de l'abús, constitueix una infracció de les normes de conducta col·lectiva pròpies de tota consciència honrada i lleial, que de forma implícita i necessària s'exigeixen en cada cas per a la normal conclusió de qualsevol negoci jurídic. Aquesta, però, no és una distinció determinant, ja que, com ha assenyalat MIQUEL¹³⁰, vincular la

vid. T. MIERES, *Apparatus super constitutionibus...*, cit., pàg. 252, núm. 2, on afirma que «[f]actum contra constitutiones huiusmodi dicitur abusus». El que avui entenem com a abús de dret [subjectiu] es correspon amb els antigament anomenats actes «ad aemulationem», sovint referits a construccions que priven de la llum natural el veí. Vid. EGEA FERNÁNDEZ; GAY ESCODA, «L'eficàcia de les normes...», cit., núm. 2, pàgs. 7 a 52 i núm. 3, pàg. 64, on s'explica que, en relació amb els actes d'emulació, s'ha partit històricament del principi que qui es manté dins l'àmbit del seu propi dret no perjudica ningú, llevat que tingui ànim de perjudicar i no obtingui cap benefici de l'acte realitzat. En cas de dubte no es presumia aquesta intenció, sinó l'interès i la utilitat pròpia.

¹³⁰ J. M. MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentario...*, cit., pàg. 45.

bona fe a la conclusió d'un negoci jurídic suposa restringir-ne excessivament l'abast, és a dir, l'exercici abusiu o deslleial d'un dret implica vulneració de la bona fe en qualsevulla dels estadis de la relació i per això ho rebutgen tots els ordenaments jurídics.

Hi ha casos en què l'ordenament opta per considerar que alguns comportaments són directament abusius. Això és el que passa, segons hem vist, en l'àmbit de la protecció dels consumidors, on l'article 82.1 del 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 dels usuaris i altres lleis complementàries, considera abusiva qualsevol estipulació no negociada 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 contracte¹³¹. En realitat, en l'esmentada Llei, amb més intensitat encara que a l'article 111-7 CCCat, la bona fe més aviat es configura com una clàusula general de tipus legal que serveix de pauta per controlar el contingut de les condicions generals dels contractes, de manera que la tipificació tan detallada de les conductes abusives en difumina molt el caràcter principal. En aquest sentit, hom pot afirmar, seguint J. M. MIQUEL¹³², que les clàusules generals són disposicions de la llei i, per això, com a mínim formalment, es poden distingir dels principis generals, els quals no necessiten estar formulats expressament com a tals en la llei.

Paradoxalment, el silenci del Codi català respecte de l'abús de dret va ser un dels arguments en què se sustentava el recurs d'inconstitucionalitat que el president del Govern de l'Estat va interposar, el 10 d'abril de 2003, contra la Primera llei del Codi civil de Catalunya. Així, en la part del recurs on específicament s'impugnava l'article 111-7 CCCat, la representació de l'Estat argumentava que la regulació catalana s'apartava de l'article 7 del Codi espanyol en dos aspectes essencials: «[...] por un lado introduce el principio de honradez en los tratos como concepto diferenciado de la buena fe —principio que actúa independientemente del conocimiento o la ignorancia de cada uno de los sujetos en la relación jurídica—, y, por otra parte elude cualquier referencia a la institución del abuso de derecho, íntimamente ligada al concepto civil de buena fe». En el recurs se sostenia que l'article 111-7 CCCat era inconstitucional perquè tractava matèries que entren plenament en el concepte «regles relatives a l'aplicació i l'eficàcia de les normes jurídiques» que l'article 149.1.8a. CE atribueix a la competència exclusiva de l'Estat. No cal dir que, en aquest punt, el recurs passava per alt que el

¹³¹ Vid., en el mateix sentit, els articles 112-2 i 123-2 CCons, que consideren contràries a la bona fe les pràctiques comercials deslleials o abusives i la inserció de clàusules abusives als contractes.

¹³² *Comentarios a la Ley...*, cit., pàg. 931.

Codi català no tracta la bona fe en seu d'aplicació i eficàcia de les normes jurídiques, sinó que la ubica en el marc de les relacions juridicoprivades.

Són poques les normes catalanes que contenen una al·lusió directa a l'abús de dret¹³³. Les trobem molt particularment en seu de propietat horitzontal, més concretament, en matèria d'impugnació dels acords de la junta (art. 553-31 CC-Cat), on es preveu la impugnació judicial, entre altres motius, si, ateses les circumstàncies, impliquen un abús de dret. L'abús el trobem també en la regulació de la filiació, on l'article 235-14.1.b) CCCat disposa que els efectes de la declaració de filiació es limiten a la mera determinació d'aquest estat (a petició dels fills majors d'edat o emancipats o del seu representant legal) si el reconeixement s'ha fet amb mala fe o amb abús de dret. La doctrina ha assenyalat que, en aquest supòsit, l'abús es podria donar —ateses sempre les circumstàncies del cas— en els reconeixements interessats que prescindeixen absolutament del *favor filii*. Així, si, per exemple, malgrat haver-se complert amb els requisits que exigeix l'article 235-12 CCCat, el reconeixement no ha tingut en compte el *favor filii*¹³⁴, es mantindrà als sols efectes de la determinació, però no en relació amb altres efectes de la filiació a favor seu (però sí a favor del fill) que, com la potestat parental, els drets successoris o els aliments, hi són associats.

En altres normes, la referència a l'abús del dret és indirecta, és a dir, prescindint del terme i al·ludint simplement a la necessitat que els drets s'exercitin dins de paràmetres de normalitat. A títol d'exemple podem citar l'article 546-14.2 CC-Cat, que disposa que els propietaris d'una finca han de tolerar les immissions que produeixin perjudicis substancials si són conseqüència de l'ús normal, i també l'apartat 6 del mateix precepte, que prohibeix, per abusives, les immissions dirigides vers la propietat veïna mitjançant un conducte especial.

Finalment, cal notar que la jurisprudència també ha relacionat la bona fe, el frau a la llei i, sobretot, l'abús de dret amb la doctrina de l'aixecament del vel, en la mesura que aquesta pretén evitar que, a l'empara de la mera aparença, del formalisme o de la ficció, s'abusi del dret o es produeixi un frau, perjudicant interessos legítims¹³⁵.

B. *L'exercici deslleial del dret*

La doctrina i la jurisprudència alemanyes i, posteriorment, l'espanyola i la catalana, tracten la teoria de la inadmissibilitat del retard deslleial en l'exercici dels

¹³³ En aquest punt, cal recordar que l'article 28 del nou EAC inclou, entre els drets i deures de l'àmbit civil i social, la protecció dels interessos econòmics dels consumidors i usuaris davant conductes abusives, negligents o fraudulent.

¹³⁴ Aquesta és l'explicació que, majoritàriament, dona la doctrina a aquesta exclusió d'efectes. Vid., per tots, Lluís PUIG I FERRIOL, a Lluís PUIG I FERRIOL; Encarna ROCA I TRÍAS, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, vol. II. Dret de la persona i dret de família, 6a ed., Tirant lo Blanch, València, 2005, pàg. 102.

¹³⁵ Vid., per exemple, les STSJC de 14 de febrer de 2005 i 21 de juny de 2007.

drets (sobretot els de crèdit, però també les accions de nul·litat, resolutòries, etc.) i la seva conseqüència jurídica, la pèrdua del dret (*Verwirkung*), com a manifestació de la infracció del principi de la bona fe¹³⁶. Es fonamenta en el fet que no es pot fer valer un dret o una posició jurídica si, atesa la conducta del titular, l'exercici, valorat objectivament, resulta contrari a la bona fe, o, podria dir-se també, amb els matisos que acabem de fer, que l'exercici actual del dret constitueix, en relació amb la conducta precedent, un anar contra els propis actes¹³⁷. Pressuposa que la persona obligada pugui deduir objectivament¹³⁸, sense que s'hagi de vincular a cap declaració de voluntat, que, amb la seva conducta, el titular del dret dóna a entendre que ja no el vol exercir i que, atenent precisament a aquest comportament, l'altra part de la relació s'organitza comptant que, efectivament, aquell ja no l'exercirà. A primera vista, podria semblar que el supòsit de fet de la *Verwirkung* té un cert paral·lelisme amb la renúncia tàcita, però la realitat és que per poder parlar de renúncia cal que hi hagi una manifestació de voluntat (la renúncia és sempre negocial i unilateral), mentre que la confiança legítima generada en l'altra part té en compte el comportament —no necessàriament negocial— del titular i el del subjecte obligat¹³⁹.

D'altra banda, es tracta d'una institució que es vincula al termini excessivament llarg de prescripció —el general de trenta anys de l'antic § 195 BGB¹⁴⁰, avui substituït pel de tres anys— i, per aquesta raó, és molt probable que la reducció dels terminis, que també s'ha produït en el dret català (que ha passat al termini general de deu anys), n'eliminarà l'abast pràctic. Constitueix, doncs, un efecte derivat d'una conducta, no necessàriament voluntària, que es tradueix en la no

¹³⁶ Amb relació a la recepció de la doctrina de la *Verwirkung* en el dret espanyol i en la jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya, és fonamental el treball d'A. VAQUER ALOY, «El retraso desleal en el ejercicio de los derechos. La recepción de la doctrina de la *Verwirkung* en la jurisprudencia española», *Revista de Derecho Patrimonial* (1999-1), núm. 2. Els tribunals espanyols, de forma majoritària, vinculen el retard deslleial a la infracció del principi de la bona fe, a l'abús de dret però, sobretot, a la prohibició de *venire contra factum proprium*. Tanmateix, com assenyala aquest mateix autor (*cit.*, pàg. 121), tot i els punts en comú que té amb la doctrina dels actes propis, també presenta diferències substancials, especialment perquè, en aquesta, el transcurs del temps no és fonamental, sinó que n'hi ha prou amb la incompatibilitat, encara que sigui immediata.

¹³⁷ FLÜME, *El Negocio Jurídico...*, *cit.*, pàg. 161. No cal dir que la deslleialtat no rau en la simple falta d'exercici del dret, sinó en la forma en què no l'exercita, que genera en l'obligat la convenció que ja no té per què comptar que li reclamaran la prestació, sense que això vulgui dir que el titular hagi d'aclarir a l'obligat si li exigirà o no.

¹³⁸ Vid. MEDICUS, *Allgemeiner Teil...*, *cit.*, § 15, pàg. 62.

¹³⁹ FLÜME, *El Negocio Jurídico...*, *cit.*, pàg. 159. En el mateix sentit, entre nosaltres, VAQUER, «El retraso desleal...», *cit.*, pàgs. 123 i 124. És més, aquest efecte es pot produir fins i tot en contra de la seva voluntat, ja que es fonamenta en una valoració objectiva d'aquesta conducta orientada només pel principi de la bona fe.

¹⁴⁰ Vid. Ludwig ENNECCERUS; Hans Carl NIPPERDEY, *Derecho Civil (Parte General)*, tom I, part II, traducció de la 39a ed. alemanya, amb estudis de comparació i adaptació de Blas Pérez González i José Alguer, 3a ed., a cura d'A. Hernández Moreno i M.^a del Carmen Gete-Alonso, Barcelona, 1981, pàg. 1002. Vid., també, MEDICUS, *Allgemeiner Teil...*, *cit.*, § 15, pàg. 63.

admissió de l'exercici circumstancialment intempestiu d'un dret, que faculta l'obligat per oposar l'excepció¹⁴¹ que ja no és procedent la reclamació del pagament de la prestació o l'efecte pretès, si acredita, és clar, que en l'exercici retardat hi concorren circumstàncies que permeten qualificar-lo de contrari a la bona fe¹⁴², en el sentit que la conducta del creditor li va permetre creure que ja no exerciria el dret que tenia.

El Tribunal Superior de Justícia de Catalunya també ha vinculat l'aplicació de la doctrina del retard deslleial en l'exercici dels drets a l'exigència de la bona fe, relacionant-lo directament amb l'article 111-7 CCCat. Així ho ha fet, per exemple, la STSJC de 5 de juny de 2008, relativa a l'exercici de l'acció declarativa d'un cens després d'haver deixat passar més de deu anys des de la seva cancel·lació registral, en la qual fa seva la jurisprudència que, sobre aquesta mateixa matèria, anys enrere, havia fixat la Sala Primera del Tribunal Suprem. En aquesta estableix que, perquè hi hagi retard deslleial, han de concórrer els requisits següents: (i) el transcurs anormal del temps, (ii) la manca de justificació en l'exercici retardat del dret, i (iii) la confiança en la contrapart per la consolidació de la situació precedent, basada en legítimes expectatives que ja no s'exercirà. De tots aquests, el més essencial és, precisament, la confiança legítima de la contrapart que el titular no l'exercirà¹⁴³. A banda d'això, perquè es pugui parlar de confiança legítima no n'hi ha prou amb la inactivitat, sinó que hi han d'intervenir actes o conductes del titular del dret que generin aquella confiança¹⁴⁴. En aquest sentit, es pot considerar poc

¹⁴¹ Una qüestió força debatuda, que aquí no pertoca analitzar amb detall, és si necessàriament cal oposar-la com a excepció, o el jutge la pot apreciar d'ofici. VAQUER ALOY, «El retraso desleal...», *cit.*, pàg. 127, i J. M. MIQUEL, *Comentario...*, *cit.*, pàg. 39, afirmen que, com tot allò que es refereix al principi de la bona fe, el jutge ho pot apreciar d'ofici, però no hem d'oblidar que a la pràctica, com que cal que l'obligat provi que concorren els pressupòsits necessaris, és com si operés a instància de part.

¹⁴² En aquest mateix sentit, A. VAQUER ALOY, «El retraso desleal...», *cit.*, pàg. 90, afirma que, a més del període més o menys llarg d'inactivitat, aquesta «[s]e produce en unas condiciones que deben de reputarse contrarias a la buena fe». És per això que segueix dient (*cit.*, pàg. 93): «[L]a razón de ser de la *Verwirkung* es la protección del sujeto pasivo a causa de la confianza que ha depositado, como consecuencia de la conducta del titular del derecho, en que no va a hacerlo valer en el futuro». A partir d'aquí, tot i que un sector de la doctrina hi ha volgut veure un expedient que facilita l'escurçament dels terminis de prescripció, la realitat és que, a banda que prescripció i retard deslleial (*Verwirkung*) tinguin en comú la necessitat del transcurs del temps, es diferencien pel seu fonament: en la *Verwirkung* es protegeix la bona fe del que confia legítimament que no li reclamaran.

¹⁴³ Vid., per exemple, la SAPB de 16 d'octubre de 1997, en relació amb l'acció de reclamació de la legítima, on, tot i desestimar la pretensió de l'actor perquè la legítima ja havia estat pagada per l'hereva i no, segons havia resolt el JPI, per haver-se retardat deslleialment en l'exercici del seu dret, afirma: «[...] la Sala entendiendo que de no haber tenido lugar el pago de dichos derechos legitimarios, no cabría preciar retraso desleal en el ejercicio del derecho, ya que este exige entre otras circunstancias, la confianza legítima y fundada del sujeto pasivo del derecho en que el sujeto activo no va a ejercerse y en el caso de autos no existen especiales circunstancias de las que pudiera derivarse dicha confianza».

¹⁴⁴ Com afirma VAQUER ALOY, «El retraso desleal...», *cit.*, pàg. 113, les circumstàncies estranyes o externes al propi titular del dret no poden influir en aquesta confiança.

precisa la definició de *Verwirkung* que havia fet la STSJC de 6 d'abril de 1998, ja que la identificava amb «[...] la càrrega que pesa sobre el litigant de bona fe d'exercitar la seva acció dins un temps raonable, càrrega que pot molt bé traslladar-se al nostre dret a l'empara de l'article 7 CC», per bé que, més endavant, en l'aplicació al cas concret, el Tribunal en va fer un enteniment correcte.

Efectivament, no se'n pot extreure la conclusió errònia que la bona fe comporta l'obligació d'exercir els drets en temps oportú, sinó que la conseqüència jurídica que es deriva de la simple manca d'exercici continua recaient en un altre àmbit, el de la prescripció¹⁴⁵. Sobra dir que la pèrdua de drets com a conseqüència del retard deslleial tant es pot aplicar als drets subjectius de naturalesa personal com als reals¹⁴⁶, amb el benentès que mentre que en els primers l'exercici deslleial comporta la possibilitat d'oposar definitivament la *Verwirkung*, en els reals, com per exemple en la pretensió de cessació d'una pertorbació a la propietat, únicament afectarà la pertorbació concreta que el propietari vol fer cessar després d'haver creat en el pertorbador la confiança legítima que no ho faria, però no necessàriament pertorbacions provinents d'altres subjectes, o si afecten drets fonamentals (salut) o l'interès general (medi ambient).

També el cas en què el deutor hagi estat assumint una obligació que comporta una paral·lela consolidació del dret adquirit pel creditor, i de la qual després es vol desdir (el que en el dret alemany es coneix com a *Erwirkung*), és una infracció del principi de la bona fe. En efecte, aquesta institució ve a ser la cara inversa de la *Verwirkung* i la trobem, sovint, en les relacions laborals¹⁴⁷ com a manifestació de la teoria dels drets adquirits i dels propis actes. Són casos en què l'actuació del deutor, normalment un empresari, suscita la legítima confiança del treballador sobre la consolidació d'un dret que per a ell ha passat a formar part de les condicions contractuals i del qual ja no se'l pot privar sense infringir el principi que no es pot anar contra els propis actes. La doctrina alemanya sol citar, com a paradigmàtic, el cas dels membres de l'orquestra d'Hessen que, malgrat que el doble jornal s'havia acabat l'any 1939, el van seguir cobrant fins l'any 1955, quan el *Land* va decidir pagar només la quantia que corresponia a un jornal. El jutge condemnà a seguir pagant el doble jornal també després de 1955, entenent que aquell pagament havia portat els treballadors a adoptar uns estàndards de vida ajustats a aquella retribució.

¹⁴⁵ Així ho ha resolt, tot i que de passada, la STSJC de 2 d'octubre de 1995, relativa a una acció de reclamació del millor dret a un títol nobiliari, que desestima l'aplicació de la doctrina de retard deslleial i afirma que «[...] no se puede afirmar que ejercita sus derechos de mala fe quien lo hace dentro del plazo legal, sin que previamente existan hechos, actos o conductas suyos que engendren, rectamente entendidos, en el obligado la confianza de que aquellos no se actuarán».

¹⁴⁶ VAQUER, «El retraso desleal...», *cit.*, pàg. 99, seguint el que ja havia apuntat ENNECCERUS; NIPPERDEY, *Derecho civil...*, *cit.*, pàg. 1006, al qual s'adhereix, de forma gairebé unànime, la doctrina alemanya.

¹⁴⁷ MEDICUS, *Allgemeiner Teil...*, *cit.*, § 15, pàg. 66.

C. Actes propis

El titular d'un dret subjectiu està vinculat pels seus propis actes, la qual cosa significa que no pot actuar de forma que contradigui la seva actuació precedent: *venire contra factum proprium non valet*. Neix així la prohibició d'anar contra els propis actes¹⁴⁸, que, en realitat, no és res més que una especificació del principi de la bona fe¹⁴⁹, entesa, segons hem vist, com un deure de conducta. Sense que ara calgui entrar en l'anàlisi detallada d'aquesta figura, em limitaré a assenyalar que, en si mateixa, la conducta contradictòria contravé la bona fe en la mesura que frustra la confiança que una actuació anterior ha generat en la contrapart. No cal la intenció de perjudicar ni, lògicament tampoc, l'estat psicològic de creure que la conducta posterior és legítima.

El camp d'actuació més propici per a la doctrina dels propis actes és, lògicament, el patrimonial i no tant el dret de la persona o el de l'estat civil, en la mesura que aquests són àmbits que sovint afecten l'ordre públic i, per tant, resten sostrets al principi de l'autonomia de la voluntat¹⁵⁰. Tot i això, el TSJC l'ha aplicat també a la filiació (sentències de 27 de setembre de 2007 i de 22 de desembre de 2008), quan, segurament, el més procedent hagués estat acudir, directament, al principi de la bona fe en l'exercici dels drets¹⁵¹.

A banda d'això, perquè hom pugui apreciar una vulneració de la doctrina dels propis actes, cal que qui l'al·lega hagi observat una conducta ajustada a la bona fe, és a dir, que la inicial actuació de la contrapart li hagi generat una confiança que, valorant les circumstàncies concurrents, l'ha portat a actuar d'una determinada manera. En els primers esborranys elaborats per la secció d'harmonització de l'Observatori del Dret Privat de Catalunya, bona fe i vinculació als propis actes s'integraven, efectivament, en dos apartats del mateix precepte sota la rúbrica «*bona fe*», però el Codi ha optat, a parer meu amb encert, per separar ambdues figures, de manera que l'article 111-7 CCCat regula la bona fe i l'article 111-8 CCCat, els actes propis.

¹⁴⁸ En la doctrina clàssica catalana, podem veure CÀNCER, *Variarum Resolutiones...*, cit., part I. Cap. XIII, núm. 120, Turnoni, 1635, on, tractant dels casos en què cessa l'evicció en la compra-venda i la vinculació de l'hereu per actes del seu causant, fa aplicació d'aquest principi, remetent-se a l'opinió de Bartolus: «Quo quomodo procedat vide pulchre per Bartolus in *l. Post mortem, ff. De adopt*, ubi recte et clare explicat quando quis contra proprium factum venire possit».

¹⁴⁹ Vid., en aquest sentit, la STSJC de 28 de gener de 2002, FJ 2 i, més específicament, la STSJC de 22 de maig de 2003, que, recolzant-se, una vegada més, en la jurisprudència del TS (vid., per totes, la de 21 de maig de 2001), amb gran rotunditat afirma: «[T]oda la doctrina jurisprudencial que se conoce ha apoyado la vigencia del principio que veda el *venire contra factum proprium* en el artículo 7 del C.c., de modo que, en este sentido, no hay dificultad en integrar el contenido del motivo de recurso, sin producir indefensión a la parte contraria».

¹⁵⁰ Vid. Francisco RIVERO HERNÁNDEZ, «Defecte formal del consentiment del convivent no casat per a la fecundació assistida i acció d'impugnació de la paternitat», *RCDP*, vol. 11 (2010), pàg. 240, on cita la jurisprudència del TS que ho avala.

¹⁵¹ També ho critiquen Margarida GARRIGA GORINA, «Atribució de la paternitat al marit de la mare en les tècniques de reproducció assistida», *InDret*, 1/2008, pàg. 5, comentant l'esmentada Sentència de 27 de setembre de 2007, i RIVERO HERNÁNDEZ, «Defecte formal...», cit., pàg. 242.

Per acabar, i a mode de conclusió, permeteu-me que recuperi el fil inicial d'aquest discurs: el Codi civil de Catalunya, com gairebé tots els ordenaments de la nostra mateixa cultura jurídica, situa la confiança que deriva de l'actuació d'acord amb la bona fe com a fonament de les relacions humanes, i si avui hi ha un precepte, en l'ordenament català, que simbolitza la idea que el dret s'adreça a la defensa dels interessos legítims i, per tant, de la solució justa, és l'article 111-7 CCCat.

A través d'una redacció que s'inspira literalment en les iniciatives harmonitzadores del dret europeu, el Codi explicita la vinculació que hi ha entre bona fe i justícia, com ja fa més de sis-cents anys havia fet també la doctrina clàssica catalana, a partir de la crida que les Constitucions de Catalunya feien a l'equitat entesa com a sinònim de la raó natural.

CONTESTACIÓ
de l'acadèmica de número
EXCMA. SRA. ENCARNA ROCA TRIAS

Sr. President
Sr. Degà del Col·legi d'Advocats de Barcelona
Srs. Acadèmics
Senyores i senyors

En Joan Egea és un gran jurista. És un home que s'ha fet ell mateix, un *self-made man* en el sentit més estricte de la paraula. El professor Egea ha portat endavant una important carrera acadèmica que no ha estat aliena a l'ocupació de càrrecs d'important influència en aquest país. Avui em correspon respondre, en nom de l'Acadèmia de Jurisprudència que em fa l'honor d'atribuir-me l'agradable càrrega de representar-la en aquest acte, a un discurs travat, intel·ligent, elegant i acadèmicament impecable que ha pronunciat en qualitat d'acadèmic electe i per a esdevenir acadèmic de número de l'Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya.

El professor Joan Egea i Fernández va néixer a Olesa de Montserrat en 1951. Es va llicenciar a la Facultat de Dret de la UB l'any 1976 i hi va obtenir el doctorat l'any 1981, amb una tesi sobre els heretaments, que va merèixer el Premi extraordinari de doctorat. La seva tesi s'insereix en els treballs que en aquell moment s'estaven duent a terme en la Facultat de Dret de la UB on es va iniciar a partir de l'aprovació de la Compilació, el tractament doctrinal modern del Dret civil de Catalunya. Joan Egea forma part de la segona generació de juristes de Dret civil català, dins d'un grup d'alta qualitat acadèmica.

Va ser professor de la UB des de 1976 fins a 1991, que va efectuar les oposicions de catedràtic a la UPF, càrrec que ocupa en aquest moment. Va ser degà de la Facultat de Dret des de 1994 fins el 2000 i ha format part de comissions per a l'avaluació de projectes de recerca.

Les publicacions del nou acadèmic s'insereixen en aquesta línia a la que m'he referit abans i que és la que li ha proporcionat majors èxits en la seva vida. S'ha ocupat de la protecció de menors, els aliments, la protecció de la gent gran, el dret de successions català, les immissions, tant en l'aspecte referit als drets fo-

namentals que protegeixen, com en l'estudi de la institució en el Dret català. I darrerament, s'ha ocupat de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya, molt en especial, en l'anàlisi dels efectes que la STC 31/2010, de 31 de juny ha portat en les competències en Dret civil. Joan Egea ha estat el responsable d'endegar la secció dedicada al Dret català en la revista electrònica InDret, de la UPF; ha estat un assidu col·laborador en les Jornades de Dret català a Tossa, ha format part de l'Observatori del Dret privat de Catalunya, com a vocal i com a membre de les diferents comissions dedicades a fer les propostes concretes de lleis civils. Ha estat membre de la Comissió assessora de la Direcció general de Dret i Entitats jurídiques del Departament de Justícia, que formula les propostes de resolució dels recursos governatius i ha estat nomenat pel ple del Parlament de Catalunya conseller del Consell de Garanties estatutàries, del que n'és vicepresident.

El currículum d'una persona s'ha de llegir sempre en funció dels serveis que presta a la comunitat on el seu treball té lloc. Si haig de resumir el d'en Joan Egea haig de dir que és brillant perquè és coherent. L'Acadèmia es congratula que en formis part, perquè s'ha de dir que el que cal en aquests temps és que les persones de vàlua formin part dels organismes públics, no limitant-se a la moltes vegades eixorca tasca universitària, que podrà ser molt útil des del punt de vista personal, però que és incompatible amb el mandat contingut en la paràbola dels talents, sobre la que s'hauria de reflexionar més sovint.

I

EL CONTINGUT DEL DISCURS

El discurs que el professor Joan Egea presenta com acadèmic numerari, i que responc en nom de la Corporació de la que aviat ja formarà part amb tots els drets, tracta sobre un dels problemes teòrics més importants del Dret en general en aquest inici del segle. Es tracta de la consideració que una actitud té en l'ordenament per tal que pugui produir o no efectes jurídics. Com assenyala molt encertadament el recipiendari, la bona fe es troba present en tot l'ordenament jurídic, ja que també es té en compte en el procés civil i en el dret públic a través de la llei 30/92. No haig de repetir el que ha dit el professor Egea en el seu discurs, però sí que vull referir-me als trets essencials de l'argumentació d'un discurs que constitueix un treball molt incisiu i interessant, escrit en l'estil exhaustiu, ordenat i pulcre a què ens té acostumats el professor Egea.

Per començar haig de destacar algunes característiques del tema escollit, que impregnen tot el treball: la problemàtica de la bona fe i la lleialtat en els tractes constitueix un tema fronterer entre el dret i la filosofia del dret. Totes les qüestions incloses a la que, segons la terminologia de Savigny, s'anomena la part general del Dret civil, tenen perfils difusos i corresponen a solucions adoptades per a

resoldre problemes amb regles generals obertes. Això fa que sigui molt difícil arribar a determinar allò que estàvem acostumats a fer, és a dir, fixar la naturalesa jurídica de la regla en qüestió. Això requereix un tractament metodològic de resultats no segurs, el que constitueix la segona característica que vull ara destacar.

Tots aquests problemes són assumits amb molta elegància pel professor Egea. És a dir, la seva metodologia, que algunes vegades utilitza el mètode del «*Law and economics*», sense, però, fer-ne un abús, permet a l'autor arribar a interpretar una discutidíssima regla, amb uns criteris moderns, que adapta al Dret civil català. El recipiendari combina la tradició històrica catalana, que apareix en l'anàlisi de les institucions que estudia de forma constant, amb la modernitat d'altres mètodes, la qual cosa li permet anar més enllà del que un problema de llarguíssima tradició pot presentar. La combinació de mètodes respecta la tradició jurídica catalana, a la què el discurs fa constant al·lusió, amb la utilitat que aquesta institució ofereix a l'actualitat. I permet, al mateix temps, lligar el Dret civil català amb els més moderns corrents europeus, com després tindrà ocasió d'assenyalar.

El discurs constitueix una anàlisi exhaustiva del Codi civil català en allò que fa referència als efectes de la bona fe en les institucions que s'hi regulen. I sobre la base de les diferents categories de bona fe acceptades per la doctrina, subjectiva, objectiva i el tipus qualificat de la primera, estudia tots els efectes que es poden produir en les diferents branques de l'ordenament jurídic català, incloent-hi, a més, altres aspectes als que ja m'he referit abans, el dret públic i el dret processal. És absolutament remarcable aquesta tasca de construcció teòrica del nostre Dret, començada arran de l'entrada en vigor de la Compilació, en 1961 i continuada per les noves generacions de juristes, dels que en Joan Egea n'és un exemple molt important.

D'acord amb els plantejaments del discurs, podria considerar-se que en el Dret català, la bona fe presenta tres facetes: ser una clàusula general, que segons es diu en el text, «[...] *es projecte sobre diversos plànols de la realitat social que són canviants i, per tant, sense que es pugui arribar a identificar amb qualsevol infracció de l'ordenament jurídic*», perquè en aquest sentit, s'incorpora «[...] *l'específica protecció d'un conjunt de béns i valors, com l'honestedat, l'honradesa, la rectitud, la fidelitat, el respecte i la confiança mútua*...»; ii) un segon aspecte de la bona fe es trobaria en la seva consideració de principi general, ja que «*la bona fe, com a principi general del Dret civil de Catalunya, l'informa, presideix la seva interpretació i n'és una regla cabdal per emplenar les llacunes, prenent en consideració la tradició jurídica catalana (art. 111-2.1 CCCat)*», la qual cosa es pot constatar en la seva positivització en l'art. 111-7 CCCat, perquè està concebuda com una font autònoma de deures legals, i iii) finalment, en la perspectiva ètico-jurídica, l'ordenament jurídic integra la bona fe «[...] *com a patró de conducta, l'ordre de valors que regeixen les relacions en la comunitat i que constitueixen, segons hem vist, les normes socials*».

Sigui quina sigui la naturalesa jurídica de la clàusula de bona fe, el recipiendari insisteix molt en les funcions que tradicionalment se li han atribuït, arribant a considerar-la com un mecanisme per a integrar les llacunes de la llei o la manca de previsió de les parts en les seves relacions, en una clara al·lusió a la norma de l'art. 1258 CC, que també és citat en el text. Apareix així una funció interpretativa i integradora de la bona fe, en línia, com veurem amb els textos europeus més moderns.

La bona fe tindrà, doncs la característica de concepte universal, que produirà diferents efectes segons les lleis la considerin des del punt de vista subjectiu o des de l'objectiu. Però on té una projecció més àmplia serà en els contractes. El professor Egea fa una constant i insistent referència a aquest aspecte de la bona fe i a la necessitat de tenir en compte aquesta regla en el futur Llibre 6 del Codi civil de Catalunya.

II

LA REPOSTA: BONA FE I LLEIALTAT EN ELS TRACTES EN EL DRET CONTRACTUAL EUROPEU

A) *Les dificultats en la determinació de la naturalesa de les regles sobre la bona fe*

1. L'exhaustiu estudi del professor Egea sobre la bona fe ha de portar necessàriament a qui ha estat honorada amb aquesta agradable càrrega de respondre en nom de l'Acadèmia, a anar una mica més enllà del text del discurs. L'excel·lència de l'estudi realitzat obliga a prendre aquesta decisió. S'ha d'advertir, però, que el dret europeu està lluny de ser un camp d'exploració fàcil. Les diferents formes d'afrontar la qüestió de la bona fe i la lleialtat en els tractes complica la discussió, que esdevé, alguns cops, fins i tot agra.

2. En la literatura jurídica espanyola resulta obligat fer una primera referència al text de Cossio¹, qui diu que la bona fe ha arribat a ser en el nostre sistema jurídic, una font de normes jurídiques objectives, «[...] o si se prefriere, un complejo de normas jurídicas que, careciendo de formulación positiva concreta, son reunidas bajo esta designación impropia y ocasionada a equívocos», de manera que el desenvolupament de les relacions jurídiques, l'exercici dels drets i el compliment de les obligacions es produeixi «[...] conforme a una serie de principios que la conciencia jurídica considera necesarios, aunque no hayan sido formulados por el legislador; [...] principios que están implícitos o deben estarlo en el ordenamiento positivo, que tienen carácter general, pero que exigen una solución distinta en cada caso concreto». Aquesta definició ha estat acceptada per Díez Picazo, qui la re-

¹ COSSIO. *El dolo en el Derecho civil*. Reed. en Colección Clásicos contemporáneos. Ed. Comares, Granada, 2005, p. 20 de esta edición.

produeix en diverses obres i que opina que es tracta de la instauració d'un model especial de conducta, tipus estàndard jurídic, que incorpora un model social que exigeix en cada cas concret la valoració segons un imperatiu ètic donat².

La discussió entre els autors espanyols se centra, sobretot, en dos punts, que reproduïx el discurs del professor Egea i que també es reflecteixen en els problemes que es presenten en el Dret europeu, al que em referiré més endavant. El primer problema sorgeix entorn a les funcions que la bona fe compleix en un ordenament jurídic en què s'accepta d'una manera més aviat àmplia, com passa també en el Dret català, segons posa de relleu el discurs que es contesta. El segon problema es refereix a la classe o tipus de bona fe que s'accepta en un ordenament com el català, que no presenta en aquesta matèria, diferències substancials amb altres que es puguin estudiar: em refereixo a si la bona fe s'ha d'entendre en sentit subjectiu o, pel contrari, s'ha de dir que es tracta de bona fe en sentit objectiu.

3. El primer dels problemes estudiats de forma general sembla contestat amb una certa unanimitat. L'art 7.1 CC, que presenta una redacció més limitada que l'art. 111-7 CCCat, no és l'única norma que s'ocupa de la bona fe en el Codi civil, com tampoc ho és l'art. 111-7 CCCat, ni els referents corresponents als PECL i al DCFR. Tothom està d'acord en les funcions que l'ordenament atribueix a la clàusula (nomenem-la així per ara) de la bona fe. Segons Díez Picazo³, la bona fe compleix tres funcions en els textos legals que la regulen: i) un primer grup de funcions la consideraria com un límit als drets subjectius, perquè exigeix que llur exercici es realitzi d'acord amb les normes de lleialtat i confiança que el subjecte passiu té dret a esperar. En aquest sentit, s'exclou l'abús del dret, l'actuació contrària als actes anteriors (*venire contra factum proprium*) i l'exercici d'accions especialment retardades; ii), en un segon sentit, la bona fe constituïria una regla que origina uns deures especials de conducta, com a conseqüència del que s'estableix a l'art. 1258 CC. D'aquí deriven una sèrie d'efectes, que es recullen clarament en el DCFR i que s'estudiaran en la segona part d'aquesta contestació, i iii) la bona fe és també un canon d'interpretació dels contractes, per bé que en el citat article 1258 CC sigui també una font de regles d'integració que s'imposen als contractants⁴.

4. La resposta a la següent pregunta ofereix més problemes. Es tracta de saber si la bona fe és o no una font del dret. És a dir, si es tracta d'una autèntica

² DIEZ PICAZO. *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. I. Introducción. Teoría del contrato*. 6.ª ed. Thomson-Civitas, Gijón Menor, 2007, p. 61. També. Díez Picazo-Gullón Ballesteros. *Sistema del Derecho civil*. Vol. I. Tecnos. 11.ª ed. Madrid, 2003, p. 434.

³ DIEZ PICAZO. *Fundamentos*, cit., pp. 62-64.

⁴ MIQUEL. Comentari a l'art. 7 a Paz-Ares, Bercovitz, Díez Picazo i Salvador, dirs, *Comentario del Código civil*. Madrid, 1991, t. I, p. 47 i d'acord amb l'obra de Wieaker, assenyalant que la bona fe té tres funcions: completar l'ordenament, en una funció *secundum legem*; una funció limitadora dels drets subjectius i una funció correctora que permet noves formulacions judicials de normes de conducta.

norma jurídica. Aquesta pregunta es presenta tant en el Codi civil com en el Codi civil català i es discuteix també entre els comentaristes de Dret europeu.

Si prenguéssim com a base la idea expressada per Cossio, hauríem de concloure que la bona fe és una norma de dret objectiu. Però els comentaristes del Codi civil es preocupen d'assenyalar que no ofereix un únic aspecte, la qual cosa els porta a concloure que una concepció unitària resulta impossible. Miquel ho posa de relleu quan diu que ens trobem davant de situacions diverses, de forma que hi ha un grup d'articles que configuren la bona fe en sentit subjectiu i d'altres en els quals juga l'element objectiu⁵. Aquesta diversificació fa que Gete-Alonso digui que resulta inoportú oferir una concepció unitària de la bona fe, perquè els diferents intents fets en aquest sentit no s'ajusten als supòsits legals previstos en l'ordenament⁶.

En el fons de la discussió, que afecta absolutament al Dret civil català, com ho demostra el text del discurs que ara es comenta, es troba la mai resolta contestació a la pregunta relativa a si la bona fe és o no un principi general del dret, amb la categoria dels previstos a l'art. 1.4 CC i en el mateix sentit, pel que fa a l'art. 111-7 CCCat, ja que l'art. 111-1 CCCat reconeix com a font del dret civil de Catalunya «els principis generals del dret propi».

Es pot dir, com fa clarament Miquel⁷, que la bona fe està inserida a l'art. 7.1 CC amb la tècnica de la clàusula general. Això és cert i el mateix succeeix en l'art. 111-7 CCCat. Però això no contradiu ni explica si ens trobem o no davant d'un principi general explicitat i positivitzat, de forma semblant al que succeeix amb el de protecció del menor, que presenta els mateixos problemes en la determinació de la seva naturalesa. Pel contrari, Gete-Alonso afirma rotundament que la bona fe és un principi positivitzat i, en conseqüència, el tracta com un principi general del dret, d'acord amb l'art 1.4 CC⁸.

Certament, el fet que un principi estigui o no recollit en una norma positiva no implica que deixi de ser principi, perquè al positivitzar-se, adquireix el caràcter de norma bàsica⁹. En aquest sentit s'ha pronunciat la jurisprudència de la Sala 1a, que en diferents ocasions ha atribuït a la bona fe i la necessitat d'ajustar la conducta a les seves exigències, la categoria de principi general del dret¹⁰. Perquè la jurisprudència ha entès la regla de l'art. 7.1 CC en un sentit objectiu, que no exclou l'aspecte subjectiu com a base de la bona fe. Per exemple, la STS de 31 de

⁵ MIQUEL. «Comentari», cit., pp. 40-41.

⁶ GETE-ALONSO. Comentari a l'art. 7-1 CC a *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo y S. Díaz Alabart. T. I, vol. 1. EDERSA, Madrid, 1992, 2.ª ed. p. 876.

⁷ MIQUEL. «Comentari» cit., p. 38.

⁸ GETE-ALONSO. «Comentari», cit., p. 866.

⁹ DIEZ PICAZO-GULLÓN. *Sistema*, cit., p. 146.

¹⁰ Així SSTS de 13 abril 2004 i 26 octubre 1995, citada per la de 22 de febrer de 2001.

maig de 2003 diu que s'ha d'entendre «[...] *en su sentido objetivo como comportamiento justo y adecuado consistente en dar al contrato cumplida efectividad en orden a la realización del fin propuesto*», o la STS de 21 de novembre de 2003, que diu que suposa l'exigència del compliment «[...] *de las reglas de conducta ínsitas en la ética social vigente, que vienen significadas por las reglas de honradez, corrección, lealtad y fidelidad a la palabra dada y a la conducta seguida*».

D'aquesta manera, en el principi de la bona fe s'hi inclouen diversos aspectes que segurament emboiren la realitat del tema: l'aspecte subjectiu, és a dir, la rectitud de la conducta, l'obligació de comportar-se de manera justa, lleial i honrada (STS de 22 de febrer de 2001), forma la base subjectiva del principi; aquest principi actua en l'ordenament jurídic de formes diverses i amb conseqüències també diferents, però això no impedeix que ens trobem davant d'una norma general, amb estructura de principi general de dret, en el sentit utilitzat per Dworkin¹¹.

Per això considero encertada l'explicació que el Preàmbul de la Llei 20/2002, de 30 de desembre, *Primera Llei del Codi civil de Catalunya*, ofereix de l'art 111-7 CCCat, deixant apart la referència que s'hi fa als textos europeus. Efectivament, es diu en el citat Preàmbul que la incorporació d'una «*norma sobre bona fe*», que es troba en la tradició del Dret català, «[...] *és un principi que té caràcter general i que, per tant, no es pot limitar a l'àmbit contractual*». És per aquesta raó que la bona fe informa tot l'ordenament català, com posa de relleu encertadament el discurs del professor Egea.

B) *La discussió en el Dret europeu: és necessària una norma general sobre bona fe?*

5. Les discussions sobre la necessitat o no d'incorporar una norma sobre bona fe en els textos relatius a Dret contractual europeu tenen lloc sobre una base semblant a allò que he manifestat en relació a l'ordenament jurídic espanyol. L'origen de la discussió es troba en la Directiva sobre clàusules abusives (art. 3.1 Directiva 93/13/CEE)¹². L'art. 3 d'aquesta Directiva diu: «1. Las cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente se considerarán abusivas si, *pese a las exigencias de la buena fe*, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de ambas partes del contrato». Posa de relleu Quiñones, que aquesta Directiva ha estat incorporada

¹¹ DWORKIN. *Los derechos en serio*. Trad. De M. Guastavino. Ariel, Barcelona, 1984, p. 72, on defineix els principis com «*el estándar que debe ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad*». S'ha de llegir tot el capítol, per comprovar els plantejaments de Dworkin en relació a la distinció entre normes i principis.

¹² QUIÑONES ESCÁMEZ. «Buena fe y lealtad contractual», a Sánchez Lorenzo, ed. *Derecho contractual comparado. Una perspectiva europea y transnacional*. Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 358-365, on explica les raons i els motius de la discrepància i els problemes al Regne Unit.

al sistema jurídic del Regne Unit en la *Unfair Terms Act in Consumer Contracts Regulation*, de 1999, però s'havia recollit ja a la *Unfair Contract Terms Act*, de 1977, que introduí la bona fe a tots els contractes, amb independència que es tractés o no de contractes amb consumidors¹³.

Deixant per a un altre apartat l'opinió dels juristes anglesos sobre el problema de l'acceptació o no de la bona fe en el seu ordenament jurídic, cal dir d'entrada que els textos legals internacionals vigents fan avui referències constants a la bona fe. Un text bàsic és l'art. 7.1 de Convenció de les Nacions Unides sobre els contractes de compravenda internacional de mercaderies, feta a Viena l'11 d'abril de 1980, amb instrument de ratificació espanyol de 7 de maig de 1993 (CISG). El text de l'article citat diu: «1. *En la interpretació de la presente Convención se tendrán en cuenta su carácter internacional y la necesidad de promover la uniformidad en su aplicación y de asegurar la observancia de la buena fe en el comercio internacional*». Segons els intèrprets d'aquest text, s'incorpora en la Convenció el principi de la bona fe, que es va prendre de diferents ordenaments nacionals i que en aquest article es proclama com a principi general¹⁴.

El principi de la bona fe apareix també en els textos privats internacionals relatius al dret contractual europeu. Així, en la seva versió de 2004, els Principis UNIDROIT usaven una terminologia semblant als PECL i en la versió de 2010, l'art. 1.7, titulat *Good faith and fair dealing*, diu: «(1) *Each party must act in accordance with good faith and fair dealing in international trade. (2) The parties may not exclude or limit this duty*».

Els Principis del Dret europeu dels Contractes (PECL) van introduir el principi de la bona fe en dos articles a l'inici del text; es tracta dels articles 1:106 y 1:201. El primer té una redacció semblant a l'art. 7.1 CISG, ja que diu que «(1) *Los presentes principios deberán interpretarse y desarrollarse de acuerdo con sus objetivos. En especial, deberá atenderse a la necesidad de favorecer la buena fe, la seguridad en las relaciones contractuales y la uniformidad de la aplicación*», precisió aquesta que donarà lloc més tard a una nova teoria dels principis en el DCFR. L'art. 1:201 PECL conté la norma bàsica: «(1) *Cada parte tiene la obligación de actuar conforme a las exigencias de la buena fe. (2) Las partes no pueden excluir este deber ni limitarlo*».

Finalment, el darrer pas es dona en els arts. I.-1:102 i 1:103 i III.-1:103 DCFR, als quals em referiré en un apartat independent.

¹³ QUIÑONES. Ob. cit., p. 360. El text de l'art. 5 de la *Unfair Terms Act 1999* és el següent: «(1) *A contractual term which has not been individually negotiated shall be regarded as unfair if, contrary to the requirement of good faith, it causes a significant imbalance in the parties' rights and obligations arising under the contract, to the detriment of the consumer*».

¹⁴ CALVO CARAVACA. Comentari a l'art. 7 CISG a Díez Picazo, dir. i coord. *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Thomson Civitas. Cizur Mayor, reimpressió 2006, p. 110.

6. La redacció dels PECL dona lloc a diferents opinions sobre l'acceptació a nivell europeu de la bona fe com a regla, la qual cosa preocuparà bàsicament als juristes britànics.

Els comentaris dels PECL manifesten aquesta preocupació. Així ja en el comentari a l'art. 1:106 PECL s'assenyala que la interpretació segons les regles de la bona fe resulta controvertida en els països del Civil Law, per bé que s'assenyala que una regla semblant es troba en el ja citat art. 7.1 CISG i en el Codi Uniforme dels Contractes, en el Dret americà¹⁵. Els comentaris a l'article 1:201 diuen que incorpora un principi bàsic, que després queda desenvolupat en altres disposicions dels PECL, que el mateix comentari determina. Els efectes d'aquesta disposició seran imperatius d'acord amb el segon paràgraf de l'art. 1:201 PECL i cobreixen situacions d'abús, com aquelles en què una de les parts sense motiu adequat, insisteix en el compliment de determinats formalismes, la incoherència de determinades conductes i d'altres¹⁶. Finalment es diu que el concepte de bona fe implica honradesa i lleialtat i no té res a veure amb les adquisicions *bona fides*¹⁷.

7. Les interpretacions de la regla/principi de la bona fe, tal i com s'han acceptat en les regles proposades en els PECL, presenten una certa diversitat. Front a la diguem-ne indiferència dels països de dret continental, els països del Common Law han mostrat una certa bel·ligerància front a les propostes dels PECL en relació al paper de la bona fe. Ja els comentaris dels PECL, en la nota 3, i referint-se a Anglaterra i Irlanda, diuen que aquests ordenaments no reconeixen cap obligació de comportament conforme al principi contractual de la bona fe, malgrat que a través de normes especials, s'arriba als mateixos resultats que altres ordenaments que sí accepten el principi¹⁸. Això ha provocat que s'hagin formulat algunes propostes que intenten combinar els dos sistemes.

1a La proposta «iconoclasta» de Hesselink. Hesselink basa el seu raonament en què les regles de la bona fe tenen solament en comú que els Tribunals les mencionen com a fonaments legals de les seves decisions¹⁹, però no són més justes o més equitatives que altres normes. Les normes de la bona fe no són més que una forma d'expressió de noves regles quan els jutges apliquen al dret, o bé de constatació de l'obsolescència de regles ja periclitades²⁰. Parteix de la base que els

¹⁵ *Principios de Derecho contractual europeo. Partes I y II. (Los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»)* Edición: Ole Lando y Hugh Beale. Edición española a cargo de P. Barres Benlloch, J.M. Embid Irujo y F. Martínez Sanz. Colegios Notariales de España, Madrid 2003, nota 2, p. 144.

¹⁶ *Principios*, cit., comentaris A, B i C, pp. 148-150.

¹⁷ *Principios*, cit., comentari E, p. 151.

¹⁸ *Principios*, cit., nota 3, p. 154. També QUIÑONES. Ob. cit., p. 364.

¹⁹ HESSELINK. «The Concept of Good Faith» a Hartkamp, Hesselink, Hondius, Joustra, Du Perron y Veldman, eds. *Towards a European Civil Code*, 3.^a ed. Kluwer Law International, Nijmegen 2004, p. 492.

²⁰ HESSELINK. Ob. cit., p. 495.

jutges creen normes, per la qual cosa no es requereix una clàusula general de bona fe en un codi de dret europeu. L'autor conclou que el concepte no hauria de dividir els juristes de *civil law* i de *common law*, perquè en definitiva, no difereix del que els anglesos denominen *equity*, raó per la qual els juristes anglesos no han necessitat la teoria de la bona fe²¹. Malgrat aquest plantejament, Hesselink sí que considera que algunes parts del concepte de la bona fe haurien de formar part de les regles generals del Codi (com ara el principi del *venire contra factum proprium*) i també en el capítol dedicat al contingut del contracte²². És a dir, Hesselink rebutja que es pugui decidir tenint en compte com a base i fonament de la decisió les regles de la bona fe, perquè constitueix únicament un pretext (*a cover*), ja que directament no és una norma²³, però en canvi, accedeix a proclamar-la com a regla general.

2a La proposta equilibradora de Beale. Aquest autor busca superar el problema que es presenta en el dret anglès, molt especialment en allò que es refereix a les normes sobre clàusules abusives, la problemàtica de les quals ja ha estat referida abans. Per a Beale, el concepte de bona fe no és ell mateix una font per al desenvolupament dels PECL; assenyala que aquests creen un supraconcepte, més que informar el text dels Principis. Afirma que es produeix una manca de consistència ja que alguns cops els dos conceptes semblen coincidir (*good faith and fair dealing*), mentre que en altres normes es produeix una certa identificació individualitzada. En relació als PECL, distingeix entre els aspectes subjectiu i objectiu; en el primer sentit, s'hauria d'entendre que una conducta és contrària a la bona fe si la part és conscient que és contrària als interessos de l'altra part; en canvi, en sentit objectiu, la regla es converteix en un aspecte de la raonabilitat (*reasonableness*)²⁴. Els PECL, en l'art. 1:201, imposen a cada part el deure d'observar nivells raonables de lleialtat (*fair dealing*) i de vetllar pels interessos de l'altra part²⁵. Conclou que si bé en els PECL, l'ús de la bona fe constitueix una forma de justificar moltes de les normes establertes, no és una font de noves normes jurídiques²⁶. A més, la duplicitat de la clàusula de bona fe en l'art 1:201 PECL i la raonabilitat en l'art. 1:106 PECL no resulta consistent, perquè no es pot distingir entre elles i això fa que en alguns dels articles es tracti de conceptes intercanviables²⁷.

²¹ HESSELINK. Ob. cit., pp. 497-498.

²² HESSELINK. Ob. cit., p. 494.

²³ HESSELINK. Ob. cit., 4a ed. Nimega 2011, p. 639.

²⁴ BEALE. «General Clauses and Specific Rules in the Principles of European Contract Law: The “Good faith” clause», a Grundman and Mazeaud, eds. *General Clauses and Standards in European Contract Law. Comparative Law, EC Law and Contract Law Codification*. Kluwer Law International. La Hague, 2005, p. 208.

²⁵ BEALE. Ob. cit., p. 209.

²⁶ BEALE. Ob. cit., p. 210.

²⁷ BEALE. Ob. cit., p. 216.

En una primera aproximació i en relació als PECL, Beale suggereix que s'hauria de realitzar un exercici dirigit a clarificar el que significa bona fe i el que significa lleialtat. Beale seguirà amb la seva preocupació per harmonitzar els dos sistemes i en 2007, en plena discussió del DCFR, després de posar de relleu que el concepte de bona fe, tal com s'admet en una de les primeres redaccions del DCFR, no és conegut en alguns dels estats membres de la UE, es pregunta si es tracta d'una cosa diferent del que els britànics coneixen per nom de raonabilitat (*reasonableness*), o bé es tracta d'una mateixa cosa, per bé que aplicada de manera diferent en diferents contextos²⁸. La intel·ligent proposta de Beale inclou la necessitat de distingir els principis fonamentals del dret contractual, de les regles de política jurídica, a les quals suggereix que hauria d'incorporar-se la de la bona fe²⁹.

Aquests, però, són problemes específics que provenen de les dificultats d'harmonització del dret dels diferents estats de la UE. La majoria dels comentaristes estan d'acord en què en els sistemes jurídics presenten solucions paral·leles amb les que pretenen establir tant els PECL, com el DCFR³⁰.

C) *Els principis proclamats en el DCFR i les seves conseqüències*

8. Si comencem pel principi, és a dir, pel text del DCFR i deixem de banda l'explicació que els autors del projecte dediquen al que nomenen *Principles*, ens adonarem que el DCFR és un text molt més elaborat que els PECL i conté una teoria explicativa de les línies mestres que s'han seguit per a l'elaboració de les propostes que s'hi fan. Els principis informadors estan presents en el redactat i es proposen també com a regles interpretatives del text. S'accepta així d'alguna manera la crítica formulada per Beale en 2007 en relació a la necessitat de determinar el paper que juguen els principis en el text del DCFR, perquè, com veurem, s'intenta conjugar els diferents problemes que ofereix un text d'aquestes característiques.

Els quatre principis fonamentals del Dret contractual expressats a l'explicació prèvia del DCFR, titulada *Principles*, són la llibertat contractual, la seguretat, la justícia i l'eficiència. Com aquesta contestació al discurs d'entrada a l'Acadèmia es refereix únicament al principi de la bona fe, estalvio tot allò que no

²⁸ BEALE. «Unfair Terms in the Common Frame of Reference». A Andenas, Díaz Alabart, Marquesinis, Micklitz i Pasquini, eds. *Liber amicorum Guido Alpa. Private Law Beyond the National Systems*. British Institute of International and Comparative Law, 2007, p. 188.

²⁹ BEALE. «Unfair Terms», cit., p. 190.

³⁰ MACQUEEN. «Good Faith, Mixed Legal Systems and the Principles of European Contract Law». A Andenas et al. *Liber amicorum* cit., p. 619. Un estudi de dret comparat molt interessant és el contingut en el treball de Whittaker-Simon: «Good faith in European Contract Law: surveying the legal landscape» a Whittaker and Simon, eds. *Good faith in European Contract Law*. Cambridge University Press, 2000, *in totum*.

hi tingui res a veure. Solament diré que aquests quatre principis es desenvolupen en una sèrie de regles bàsiques en la regulació de cada un dels aspectes del dret de contractes, la propietat i les obligacions no contractuals, oferint així una important perspectiva del que es pretén sigui aquest text i, a més, han de servir com a regles per a la interpretació del DCFR, tal com proclama l'art. I.-1:102 DCFR, no solament dels contractes, que tenen les seves pròpies regles interpretatives en els arts. II.-8:101-8:107 DCFR.

La bona fe no apareix com a principi independent, sinó que deriva del principi de justícia, i no del principi de seguretat. Efectivament, el principi 23 d'aquest preàmbul diu que encara que en alguns texts es consideri que la seguretat contractual augmenta amb el deure que l'altre part té d'actuar d'acord amb els requeriments de la bona fe, els redactors del citat text introductorí entenen que al contrari, la seguretat no augmenta perquè la bona fe és un concepte molt obert i van més enllà del principi de seguretat³¹. És doncs en l'àmbit del principi de justícia que hem d'incloure la bona fe i la lleialtat, a les que acompanyarà la raonabilitat.

9. Quan el DCFR descriu el contingut del principi de justícia, està definint el que nosaltres entenem per bona fe. Efectivament, es diu³² que inclou que els iguals seran tractats igualment; no permet confiar en els avantatges que pot proporcionar la conducta il·legal, deshonesto o no raonable; no permet obtenir avantatges indeguts de la debilitat, mala sort o bondat dels altres; no permet fer demandes exageradament excessives i atribuir la responsabilitat per les conseqüències de les pròpies accions o de la mateixa creació de riscos. Precisant més, la bona fe i la lleialtat en els tractes es consideren una part de l'element que prohibeix o sanciona la confiança de treure avantatges d'una conducta il·legal, deshonesto o no raonable. D'acord amb aquests plantejaments, se segueix dient que s'espera de les parts que actuïn d'acord amb la bona fe i la lleialtat en els tractes, explicant les diferents regles que es deriven d'aquest principi general.

10. La bona fe no és tractada en el DCFR com a principi general, sinó com a una regla de conducta que deriva del principi de justícia i així apareix definida en l'art. I.-1:103. Es diu que l'expressió «*good faith and fair dealing*» es refereix a un estàndard de conducta caracteritzat per l'honestedat, la transparència, i la consideració pels interessos de l'altra part en relació a la transacció o relació jurídica en qüestió. I en el segon paràgraf de l'article que s'està estudiant es diu que, en

³¹ *Principles, Definitions and Modern Rules of European Private Law*. Draft Common Frame of Reference, outline edition. Prepared by the Study Group on a European Civil Code and the Research Group on EC Private Law (Acquis Group). Edited by Ch. Von Bar, Eric Clive and Hans Schulte-Nölke, and H. Beale, Johnny Herre, Jérôme Huet, Matthias Storme, Stephen Swann, Paul Varul, Anna Veneziano and Fryderyk Zoll. Sellier, European law Publishers. Munich, 2009, p. 76. Es cita com a DCFR.

³² DCFR, p. 84.

particular, es considera contrària a la bona fe l'actuació d'una part que sigui inconsistent amb les anteriors afirmacions o la conducta en què l'altra part hagi raonablement confiat, quan es produeixi un perjudici per a aquest³³.

S'ha d'afegir, a més, la definició que l'annex del DCFR dóna de bona fe, quan diu que és una actitud mental caracteritzada per l'honestetat i l'absència de coneixement de que una situació aparent no és real o veritable³⁴. En definitiva, la defineix d'acord amb l'aspecte subjectiu.

Al mateix temps, s'ha de fer referència a la conducta raonable o *reasonableness*, present a l'art. I.-1:104 DCFR, que diu que s'ha de determinar objectivament, tenint en compte la naturalesa i la finalitat del que s'ha fet, les circumstàncies del cas i els usos i les pràctiques rellevants³⁵.

Però la regla de la bona fe no es queda aquí. Una de les aplicacions més importants es troba a l'art. III.-1:103, contingut en la part general de les obligacions, que imposa una regla imperativa en virtut de la qual, cada part ha d'actuar de tal manera, que: i) la bona fe i la lleialtat presideixin el compliment de l'obligació (*performing an obligation*); ii) l'exercici del dret al compliment de la prestació (*in exercising a right to performance*); iii) l'exercici de les accions en cas d'incompliment (*in pursuing or defending a remedy for non performance*); iv) exercir la resolució del contracte (*in exercising the right to terminate an obligation*)³⁶. Es determina així el contingut de l'obligació contractual, que s'expressa d'acord amb aquest principi i es concreta en la forma d'exercir-se el dret pel creditor i les obligacions del deutor. S'imposa d'aquesta manera un deure, que consisteix en una

³³ És una traducció pròpia de l'art. I.-1:103. El seu text anglès diu: «Good faith and fair dealing. (1) The expression “good faith and fair dealing” refers to a Standard of conduct characterised by honesty, openness and consideration for the interests of the other party to the transaction or relationship in question. (2) It is, in particular, contrary to good faith and fair dealing for a party to act inconsistently with that party's prior statements or conduct when the other party has reasonably relied on them to that other party's detriment».

³⁴ «Good faith is a mental attitude characterised by honesty and an absence of knowledge that an apparent or situation is not the true situation.»

³⁵ I.-1:104 «Reasonableness is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practices». Un sentit semblant el dóna el text de l'Acquis. L'art. 2:101 diu que «in pre-contractual dealings, parties must act in accordance with good faith», per bé que en els comentaris es digui que aquesta regla és òbvia en els acords precontractuals, però no s'exclou en altres aspectes dels contractes, com ara en el compliment i en els estadis posteriors al contracte. Vegeu Research Group on the existing EC Private Law. *Principles of the Existing EC Contract Law (Acquis Principles). Contract I. Precontractual obligations. Conclusion of Contract. Unfair Terms*. Sellier. European Law Publishers. Munich, 2007, pp. 64-65.

³⁶ III.-1:103 «Good faith and fair dealing. (1) A person has a duty to act in accordance with good faith and fair dealing in performing an obligation, in exercising a right to performance, in pursuing or defending a remedy for non-performance, or in exercising a right to terminate an obligation or contractual relationship. (2) The duty may not be excluded or limited by contract or other juridical act. (3) Breach of the duty does not give rise directly to the remedies for non-performance of an obligation but may preclude the person in breach from exercising relying on a right, remedy or defence with that person would otherwise have.»

aplicació de la regla general de l'art. I.-1:103 DCFR. Segons diuen els comentaristes, aquesta regla va dirigida a les parts de l'obligació, que els ha de servir de guia general i la seva finalitat és proporcionar estàndards de decència i lleialtat³⁷. En definitiva, s'estableix una norma que integra el contingut de l'obligació de manera imperativa.

11. Els plantejaments anteriors, que ara no es poden ampliar, portaran a importants conseqüències en el text del DCFR. Sistematitzant i resumint molt, ja que l'estudi del tema presenta aspectes molt interessants i que obliguen a una reflexió molt més profunda, cal dir que en una primera aproximació a les propostes del CDFR, text privat, no ho oblidem, podem observar una divisió en aspectes diferents: i) la bona fe; ii) el *fair dealing* (la lleialtat), i iii) la *reasonableness*. Aquests tres aspectes es troben en els arts. I.-1:103 i 1:104, així com a l'art. III.-1:103. Em detindré per un moment en el text d'aquestes propostes.

1a La bona fe i la lleialtat en els tractes estan unides en l'art. I.-1:103. Aquest conté una norma interpretativa en el primer apartat, que es combina amb una altra que pretén incloure dintre de les conductes contràries, el tradicional principi del *venire contra factum proprium*. Aquesta part de l'article sembla referir-se a la bona fe i la lleialtat en el tradicional sentit subjectiu, al que al·ludeix Beale³⁸.

2a La raonabilitat, que en el sentit donat en el DCFR, respon al sentit objectiu, que sembla propugnat pels juristes britànics. Cal posar de relleu que en el DCFR rep el nom de «*co-operation*», en l'art. I.-1:104.

3a La bona fe i la lleialtat integren també el contingut de les obligacions contractuals, tal com imposa l'art. III.-1:103 DCFR.

Aquests dos conceptes es traslladen a diferents aspectes dels contractes: i) l'art. II.-3:301 el sanciona en les negociacions precontractuals. Les parts són lliures de negociar sense responsabilitat pel fracàs de les negociacions, però tenen l'obligació de fer-ho d'acord amb la bona fe i la lleialtat i no trencar les negociacions de manera contrària a la *good faith and fair dealing*, norma imperativa, que no es pot excloure o limitar per acord de les parts³⁹; ii) la interpretació dels contractes està també subjecte al cànon de la bona fe, segons estableix l'art. II.-8:202 (1) (g); iii) l'incompliment contrari a la bona fe no obliga el creditor a donar al deutor un període addicional⁴⁰ en el cas de manca de conformitat (art. III.-3:203 DCFR). I finalment, *last but no least*, la imperativitat de la norma en les obligacions, pot portar a evitar que la persona que l'ha trencat, obtingui un avantatge d'una clau-

³⁷ *Principles, Definitions*, cit. Full Edition. Sellier. European Law Publishers. Munich, 2009, T. I., p. 677.

³⁸ BEALE. *General Clauses*, cit., pp. 208-209.

³⁹ *Principles, Definitions*. Full Edition. T. I, p. 818.

⁴⁰ L'art. III.-3:203 diu: «The creditor need not, under paragraph (2) of the preceding Article, allow the debtor a period in which to attempt cure if: [...] (b) the creditor has reason to believe that the debtor's performance was made with knowledge of the non-conformity and was not in accordance with good faith and fair dealing».

sula contractual, que, donades les circumstàncies, no seria acceptable d'acord amb la regla de la bona fe⁴¹.

Per tant, la regla de la bona fe i la lleialtat no es limita a aparèixer en els textos europeus com un desig més o menys lloable d'introduir criteris morals en la conducta dels contractants, sinó que es presenta com una autèntica norma que donarà lloc a efectes propis en determinades fases de l'iter contractual, amb les seves conseqüències jurídiques. Prenent l'exemple dels tractes precontractuals, el mateix article II.-3:301, quan sanciona la conducta contrària a la bona fe en les negociacions precontractuals, es veurà obligat en el paràgraf (3) a imposar l'obligació d'indemnitzar pel dany causat per l'incompliment d'aquest deure⁴².

12. Aquest aspecte de la bona fe, s'ha de completar amb una temàtica molt més complexa que aquesta contestació ni pot ni ha d'afrontar. La regla de la bona fe en el DCFR, com abans ho havia fet en els PECL i que també es reconeix en els textos de l'Acquis, es concreta, a més, en les obligacions d'informació i confidencialitat, que apareixen en les regles generals (art. II.-3:302 DCFR) i, també en les regles dels diferents contractes⁴³. Això demostra una línia recurrent en el dret contractual europeu: els tractes precontractuals impliquen un desplaçament del centre d'interès del contracte. En els sistemes contractuals tradicionals, l'atenció es fixava en l'objecte del contracte i en els deures i obligacions que en derivaven; qualsevol ruptura dels efectes pactats, produïa l'incompliment. Algunes referències a la bona fe es poden trobar en els vicis de la voluntat: els contractants afectats per un vici provocat, fonamentalment, per l'altra part, poden deslligar-se del contracte: no hi ha hagut la corresponent lleialtat.

La necessitat d'aquesta lleialtat, com dic, es trasllada ara al mateix desenvolupament del contracte. La queixa per l'incompliment de la regla de la bona fe ja no queda reduïda als tradicionals vicis de la voluntat, ni a l'incompliment de les obligacions per part del deutor. Se centra en la complexitat dels contractes, que no poden perjudicar a un consumidor, ni poden alterar la igualtat de condicions en el desenvolupament dels de llarga durada, etc. Un exemple l'ofereix l'art. II.-9:403 DCFR, quan defineix allò que s'ha d'entendre per clàusules abusives: en un contracte entre un consumidor i un productor, no negociat individualment, les clàusules són *unfair* (abusives) si el contracte ha estat redactat pel productor i produeix significatius perjudicis al consumidor, *contrary to good faith and fair dealing*.

Els deures de lleialtat, igualtat, confidencialitat i informació han desplaçat l'eix de les exigències: ja no es tracta del vell principi de la llibertat contractual,

⁴¹ *Principles, Definitions*, cit. Full Edition. T. I., p. 678. Vegeu també l'estudi comparat a pp. 679-684.

⁴² II.-3:301 «(3) A person who is in breach of the duty is liable for any loss caused to the other party by the breach.»

⁴³ Per exemple, l'art. II.-7:205 permet l'anul·lació d'un contracte quan l'altre part l'hagués induït utilitzant «[...]fraudulent non of any information which good faith and fair dealing».

encara acceptada, com no podria ser d'altra manera, en els Principis en què està basat el DCFR, sinó que es va més enllà. Veurem quin serà el final del camí.

CONCLUSIONS

Aquí s'ha de parar aquesta reflexió que m'ha vingut suggerida per l'excel·lent discurs del professor Egea. Les idees que han sorgit del text presentat ens han de fer arribar a algunes conclusions, que desitjaria fossin d'alguna utilitat en el desenvolupament futur del Dret català.

1a S'ha vist que la vella discussió sobre els aspectes subjectiu i objectiu de la bona fe es reproduïx i reproduïx en els textos actuals. La qual cosa pot significar que o bé la discussió és inútil o bé que el que resulta inútil són els termes en què es planteja. Com s'ha comprovat en el discurs i en els textos que s'han examinat, una no exclou l'altra, perquè això depèn de quin concepte estiguem emprant. La bona fe és una actitud en l'adquisició *a non domino*, però és un principi quan estem exigint una lleialtat en els tractes. D'aquí que, en el primer cas es tracti d'una actitud subjectiva, mentre que en el segon exemple es tracti d'una situació objectiva.

2a Les discussions es plantegen també en l'àmbit de la naturalesa jurídica del principi de bona fe. He donat ja una pista sobre quin és el meu pensament: la regla de la bona fe consisteix en un principi positivitzat. És un principi, perquè com es pot deduir del discurs que acabem d'escoltar, influeix en tota la regulació positiva del dret privat en el nostre ordenament, però, al mateix temps, constitueix una clàusula que imposa normes jurídiques, com succeeix en l'art 1258 CC i en el mateix art. 111-7 CCCat. I aquesta és una de les característiques dels principis generals: conformen la legislació positiva i, al mateix temps, en actuar en aquest cas com a clàusula general i ésser recognoscibles en el dret positiu, actuen com a font de noves normes jurídiques, amb la capacitat d'imposar drets i deures als subjectes.

3a Els plantejaments europeus, es fan ressò dels mateixos dubtes que els «pobres mortals» de Catalunya reproduïm. Ningú defineix directament la naturalesa de la bona fe, perquè en realitat, ningú no gosa pronunciar-se. Les raons són, però, comprensibles, donada la diferent acceptació que els ordenaments europeus realitzen. La bona fe es troba en moltes disposicions de les Directives comunitàries i per això cal afirmar que el tema no solament és de suprema actualitat a Catalunya després de l'entrada en vigor de la Llei primera, sinó que cal estar atents a l'evolució dels treballs d'un hipotètic Codi civil europeu, que podria constituir les bases de les obligacions a què es refereix la competència de l'art. 149.1,8 CE.

Santander-Barcelona.
Agost 2011

Í N D E X

Discurs d'ingrés de l'acadèmic de número

Il·lm. Sr. Joan Egea Fernàndez

I. La bona fe com a principi consubstancial al dret civil de Catalunya	10
1. <i>La bona fe en la tradició jurídica catalana</i>	11
2. <i>Els projectes harmonitzadors del dret europeu com a model inspirador de l'article 111-7 CCCat</i>	13
II. Bona fe en sentit objectiu i en sentit subjectiu	19
1. <i>La bona fe subjectiva</i>	21
2. <i>La bona fe objectiva</i>	27
III. Les relacions jurídiques privades i l'exigència de la bona fe	30
1. <i>Les relacions jurídiques privades com a substrat sobre el qual es projecta el principi de la bona fe</i>	30
2. <i>L'actuació a través de representant</i>	34
3. <i>La successió en la bona o la mala fe</i>	37
IV. Protecció de tercers adquirents: aparença jurídica, onerositat i bona fe	39
1. <i>Adquisicions a títol oneros i de bona fe</i>	39
2. <i>La manca de protecció del tercer adquirent a títol lucratiu. La regla Nemo liberalis nisi liberatus</i>	45
V. Especial referència a l'honradesa en els tractes en la negociació contractual. <i>Culpa in contrahendo</i> i bona fe	47
VI. La bona fe i el comportament honrat es presumeixen	51
VII. La compensació de la mala fe	52
VIII. Les funcions de la bona fe en l'ordenament jurídic català	54
1. <i>La funció informadora: bona fe, dret imperatiu i seguretat jurídica</i>	55
2. <i>Les funcions interpretativa i integradora</i>	61
3. <i>La bona fe com a màxima de conducta eticojurídica</i>	62

<i>Contestació de l'acadèmica de número Excma. Sra. Encarna Roca Trias</i> . . .	73
I. El contingut del discurs	76
II. La resposta: bona fe i lleialtat en els tractes en el dret contractual europeu	78
A) <i>Les dificultats en la determinació de la naturalesa de les regles sobre la bona fe</i>	78
B) <i>La discussió en el Dret europeu: és necessària una norma general sobre bona fe?</i>	81
C) <i>Els principis proclamats en el DCFR i les seves conseqüències</i>	85
Conclusions	90