

R E V I S T A  
C A T A L A N A  
DE  
DRET PRIVAT

Volum 29, 2024

SOCIETAT  
CATALANA  
**SCEJ**  
D'ESTUDIS  
JURÍDICS  
FILIAL DE L'INSTITUT  
D'ESTUDIS CATALANS



Institut  
d'Estudis  
Catalans



R E V I S T A  
C A T A L A N A  
D E  
D R E T P R I V A T

#### COMITÈ EDITORIAL

Josep M. Vilajosana i Rubio  
Mariona Serdà Cabré  
Francesc Torrent Cufí  
Josep Cruanyes i Tor  
Xavier Genover i Huguet  
Pilar Rebaque Mas  
Oriol Sagarra i Trias  
Josep Serrano Daura  
Judith Guifreu Font

#### COMITÈ CIENTÍFIC

Lidia Arnau Raventós (UB) (directora)  
Antoni Vaquer Aloy (UdL)  
Pedro del Pozo Carrascosa (URV)  
Susana Navas Navarro (UAB)  
María del Carmen Gete-Alonso (UAB)  
Ferran Badosa Coll (UB)  
Esther Arroyo Amayuelas (UB)  
Santiago Espiau Espiau (UB)  
Juana Marco Molina (UB)  
Joan Egea Fernández (UPF)  
Esther Farnós Amorós (UPF)  
Esteve Bosch Capdevila (URV)  
Sergio Nasarre Aznar (URV)  
Jordi Ribot Igualada (UdG)  
M. Dolors Gramunt Fombuena (UB)  
Carles Florensa i Tomàs (UdL)  
Elena Lauroba Lacasa (UB)  
Miquel Martín Casals (UdG)  
Joan-Maria Raduà Hostench (ICAB)

R E V I S T A

C A T A L A N A

DE

DRET PRIVAT

Volum 29, 2024

SOCIETAT CATALANA D'ESTUDIS JURÍDICS

FILIAL DE L'INSTITUT D'ESTUDIS CATALANS

BARCELONA 2024

Amb la col·laboració de:



Aquesta revista és accessible en línia des de la pàgina <http://publicacions.iec.cat>.

© dels autors  
Editat per la Societat Catalana d'Estudis Jurídics,  
filial de l'Institut d'Estudis Catalans  
Carrer del Carme, 47. 08001 Barcelona

Primera edició: abril de 2025

Compost per T.G.A., SL  
Imprès a T.G.A., SL

ISSN (ed. impresa): 1695-5633  
ISSN (ed. digital): 2013-9993  
Dipòsit legal: B 47896-2002



Els continguts de la REVISTA CATALANA DE DRET PRIVAT estan subjectes —llevat que s'indiqui el contrari en el text, en les fotografies o en altres il·lustracions— a una llicència Reconeixement - No comercial - Sense obres derivades 3.0 Espanya de Creative Commons, el text complet de la qual es pot consultar a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/es/deed.ca>. Així, doncs, s'autoritza el públic en general a reproduir, distribuir i comunicar l'obra sempre que se'n reconegui l'autoria i l'entitat que la publica i no se'n faci ús comercial ni cap obra derivada.

## TAULA

### ESTUDIS

Notas sobre los principios del European Law Institute en materia de <i>blockchain</i> , <i>smart contracts</i> y protección de consumidores, <i>per M. Elena Sánchez Jordán</i>	9
<i>Score</i> automatizado en la concesión de crédito, <i>per Marta Guerrero Ovejas</i>	31
El llegat de(l) diner i de productes bancaris, <i>per Artur Calbetó Marzo</i>	85
Régimen jurídico de los negocios de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar otorgados constante matrimonio, <i>per Santiago Espiau Espiau</i>	117

### JURISPRUDÈNCIA

Productes i pràctiques comercials: el cas del consumidor venedor. Comentari de la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea del 5 de desembre de 2024, cas Guldbrev (assumpte C-379/23), <i>per Lúdia Arnau Raventós</i>	147
---	-----

RESSENYES

- Ressenya de la Jornada «Digitalització dels serveis financers»,  
*per Enrique Peruga* 159
- Ressenya del II Seminari Interuniversitari UB-ULL  
«El dret europeu davant la IA»,  
*per Irene Blanquer López* 163

## ESTUDIS



# NOTAS SOBRE LOS PRINCIPIOS DEL EUROPEAN LAW INSTITUTE EN MATERIA DE *BLOCKCHAIN*, *SMART CONTRACTS* Y PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES<sup>1</sup>

**M. Elena Sánchez Jordán**  
*Catedrática de derecho civil*  
*Universidad de La Laguna*

## Resumen

En el presente trabajo se presentan los Principios del European Law Institute (ELI) en materia de cadena de bloques (*blockchain*) y contratos inteligentes (*smart contracts*), explicando el contexto en el que se redactan y los propósitos que guían a sus autores. Tras exponer someramente qué es el ELI y cuáles son sus objetivos y su *modus operandi*, se contextualiza el documento y se explican su finalidad y su estructura. En su apartado principal, en el que se presta una particular atención a la exigencia de equivalencia funcional, se aborda el análisis de algunos de los principios más relevantes, desde los que se contienen en la parte general y tienen por destinatario a cualquiera que contrate en *blockchain*, hasta algunos de los que se incluyen en su parte especial, que es la destinada a proporcionar a las personas consumidoras el mismo nivel de protección que les dispensa la normativa europea de tutela de consumidores, teniendo en cuenta que las desigualdades que normalmente se detectan en la negociación con consumidores se agravan cuando se utilizan tecnologías disruptivas.

**Palabras clave:** *blockchain*, *smart contracts*, protección del consumidor, equivalencia funcional, neutralidad tecnológica.

1. Trabajo realizado en el marco del proyecto de investigación «Desafíos actuales del Registro de la Propiedad: Blockchain y protección de datos» (ref. PID2020-113995GB-I00), financiado por la Agencia Estatal de Investigación (Ministerio de Ciencia e Innovación).

NOTES SOBRE ELS PRINCIPIS DE L'EUROPEAN LAW INSTITUTE  
EN MATÈRIA DE *BLOCKCHAIN*, *SMART CONTRACTS*  
I PROTECCIÓ DE CONSUMIDORS

**Resum**

En el present treball es presenten els Principis de l'European Law Institute (ELI) en matèria de cadena de blocs (*blockchain*) i contractes intel·ligents (*smart contracts*), explicant el context en què es redacten i els propòsits que guien els seus autors. Després d'exposar sucintament què és l'ELI i quins són els seus objectius i el seu *modus operandi*, es contextualitza el document i se n'expliquen la finalitat i l'estructura. En el seu apartat principal, en el qual es presta una atenció particular a l'exigència d'equivalència funcional, s'aborda l'anàlisi d'alguns dels principis més rellevants, des dels que conté la part general i tenen per destinatari qualsevol que contracti en *blockchain*, fins a alguns dels que s'inclouen en la seva part especial, que és la destinada a proporcionar a les persones consumidores el mateix nivell de protecció que els dispensa la normativa europea de tutela de consumidors, tenint en compte que les desigualtats que normalment es detecten en la negociació amb consumidors s'agreugen quan s'utilitzen tecnologies disruptives.

**Paraules clau:** *blockchain*, *smart contracts*, protecció del consumidor, equivalència funcional, neutralitat tecnològica.

NOTES ON THE PRINCIPLES OF THE EUROPEAN LAW INSTITUTE  
IN THE FIELD OF BLOCKCHAIN TECHNOLOGY,  
SMART CONTRACTS AND CONSUMER PROTECTION

**Summary**

This essay exposes the Principles of the European Law Institute (ELI) in the field of blockchains and smart contracts explaining the context in which they are formulated and the aims that guide their authors. After briefly detailing what ELI is, what are its goals and its *modus operandi*, we contextualize the document and explain its purpose and structure. In its main section, in which it pays special attention to the requirement of a functional equivalence, it addresses some of the most relevant principles, from those included in the general section and have anyone who uses blockchain to contract as recipient, to some of those included in its special section, that is intended to provide consumers the same level of protection as that given to them by the European legislation for consumers protection, keeping in mind that the inequality that generally can be found in the negotiation with consumers increases when disruptive technology is used.

**Keywords:** *blockchain*, *smart contracts*, consumer protection, functional equivalence, technological neutrality.

## 1. EL EUROPEAN LAW INSTITUTE Y SUS OBJETIVOS

El Instituto de Derecho Europeo (en inglés European Law Institute, ELI) es una asociación sin ánimo de lucro de carácter independiente, constituida en 2011 al amparo de la legislación belga, inspirada por las actividades del American Law Institute (ALI)<sup>2</sup> y que nace con el fin de impulsar el desarrollo del derecho europeo en un contexto global.<sup>3</sup> En la actualidad el ELI está conformado por unos mil seis cientos miembros individuales<sup>4</sup> y ciento cuarenta y cinco organizaciones (o miembros de carácter institucional),<sup>5</sup> de entre los que cabe mencionar, por su relevancia para el derecho privado, los siguientes: el Parlamento Europeo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (en inglés United Nations Commission on International Trade Law, UNCITRAL), el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT), el Consejo Notarial de la Unión Europea y la Asociación Europea de Registros de la Propiedad (en inglés European Land Registry Association, ELRA).

Esta organización, cuyo propósito principal consiste en lograr la mejora de la técnica legislativa en Europa y de la integración jurídica europea, tal y como se afirma en su manifiesto,<sup>6</sup> ha sido construida sobre la base de las distintas tradiciones jurídicas europeas y articula su actividad a través de los denominados *hubs*<sup>7</sup> —agrupaciones nacionales— y SIG<sup>8</sup> —agrupaciones temáticas—, que se ocupan tanto del derecho

2. Sobre el ALI puede consultarse su sitio web, <<https://www.ali.org/>> (último acceso: 31 de enero de 2024), en el que se explica que se trata de una organización independiente y sin ánimo de lucro, nacida en 1923, que publica *Restatements of the Law*, *Principles of the Law* y *Model Codes*, con el fin de clarificar, modificar o mejorar el derecho de alguna forma, para promover una mejor administración de la justicia, ya que sus fundadores identificaron la inseguridad y la complejidad como los dos principales problemas del derecho norteamericano. Aunque sus publicaciones no constituyen normas vigentes, sí que se emplean como fuentes secundarias para facilitar la interpretación, mejorar la comprensión o proporcionar unas bases para la legislación.

3. Más información en la página web del ELI, accesible en <<https://www.europeanlawinstitute.eu>> (último acceso: 15 enero 2024).

4. De acuerdo con la información disponible en <<https://europeanlawinstitute.eu/membership/individual-members/>> (último acceso: 15 enero 2024).

5. Según la información que aparece en <<https://europeanlawinstitute.eu/membership/institutional-members/>> (último acceso: 15 enero 2024).

6. Que está disponible en <<https://europeanlawinstitute.eu/about-eli/documents/key-documents/>> (último acceso: 15 enero 2024).

7. Se trata de grupos formados con base nacional, concebidos como vías para ampliar la visibilidad del ELI en los distintos países. De momento, existen dieciséis *hubs* nacionales y hay otros cinco en vías de creación. Toda la información se encuentra accesible en <<https://europeanlawinstitute.eu/hubs-sigs/hubs/>> (último acceso: 15 enero 2024).

8. A diferencia de los *hubs*, los grupos de interés especial (SIG, del inglés *special interest groups*), que en la actualidad son once, tienen carácter temático y algunos de ellos se organizan, a su vez, en subgrupos, como puede comprobarse en <<https://europeanlawinstitute.eu/hubs-sigs/sigs/>> (último acceso: 15 enero 2024).

público como del privado, así como del derecho sustantivo y del procesal, mediante iniciativas desarrolladas en forma de proyectos. Dichos proyectos, que deben ser aprobados por el Consejo del ELI (elegido cada cuatro años entre las personas que conforman la asociación), desembocan, básicamente, en la redacción de informes, recomendaciones y proposiciones normativas, ya sea en forma de propuestas de directivas, de normas modelo o de principios orientadores de futuras normas europeas.<sup>9</sup>

Justamente en el marco de los objetivos que se recogen en el artículo 3 de sus Estatutos,<sup>10</sup> el Consejo del ELI aprobó en 2018 la realización de un proyecto sobre tecnología *blockchain* y *smart contracts*, que culminó con la redacción de los *Principios del Instituto Europeo de Derecho (European Law Institute, ELI) sobre blockchain, smart contracts y protección de consumidores*, texto que fue aprobado en 2022 y publicado en 2023.<sup>11</sup>

Si se tiene en cuenta que entre los propósitos del ELI está el de informar y orientar posibles iniciativas comunitarias en esta materia y si, además, se toma en consideración tanto el imparable aumento del uso de *smart contracts*, *blockchains* y otras tecnologías de registros distribuidos,<sup>12</sup> como la complejidad técnica que presentan,

---

2024). Por lo general, son los SIG los que se ocupan de ejecutar los proyectos a través de los cuales el ELI trata de alcanzar sus objetivos, y dichos proyectos se plasman, a su vez, en publicaciones, como resulta de la información disponible en <<https://europeanlawinstitute.eu/projects-publications/>> (último acceso: 15 enero 2024).

9. Como resulta de la información disponible en su página web: <<https://europeanlawinstitute.eu/projects-publications/publications/>> (último acceso: 18 enero 2024).

10. Que han sido modificados el 24 de febrero de 2022 y que, en su versión en vigor, están disponibles en <<https://europeanlawinstitute.eu/about-eli/documents/key-documents/>> (último acceso: 15 enero 2024). En concreto, su artículo 3 establece que la asociación se dirige a estudiar e impulsar el desarrollo jurídico europeo en un contexto global y, en este sentido, pretende evaluar y estimular el desarrollo del derecho europeo, de sus políticas legales y de su práctica, y, en particular, hacer propuestas para el futuro desarrollo del acervo comunitario y para mejorar la implementación del derecho de la UE por parte de los estados miembros. Además, pretende identificar y analizar la evolución de la normativa en aquellos ámbitos de competencia de los estados miembros que sean relevantes a nivel de la UE; estudiar los planteamientos de la UE en materia de derecho internacional y fortalecer el papel que la UE podría jugar a nivel global, por ejemplo, a través de la redacción de propuestas de instrumentos internacionales o normas modelo; llevar a cabo y facilitar la investigación paneuropea, en particular mediante la redacción, evaluación o mejora de principios y reglas comunes a todos los ordenamientos europeos, así como proporcionar un foro de discusión y de cooperación para todo tipo de juristas, con independencia de su ocupación o profesión, que tengan un interés activo en el desarrollo jurídico europeo.

11. La versión original (en inglés) se encuentra en <<https://europeanlawinstitute.eu/projects-publications/publications/>> (último acceso: 18 enero 2024), mientras que la versión traducida al español está disponible en *Revista de Derecho civil*, vol. 10, núm. 2 (2023), p. 253 y sig., accesible en <<https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/899>> (último acceso: 18 enero 2024).

12. Tecnologías de contabilidad distribuida, conocidas como DLT por sus siglas en inglés, que responden a *distributed ledger technologies*.

los notables retos jurídicos que plantean<sup>13</sup> y su más que probable empleo en un futuro próximo en la contratación con consumidores, parece conveniente no solo dar la máxima difusión a los principios elaborados por el ELI en esta materia, sino, también, profundizar en algunos de sus aspectos más relevantes, objetivo al que se dirige el presente trabajo.

## 2. LOS PRINCIPIOS DEL EUROPEAN LAW INSTITUTE EN MATERIA DE *BLOCKCHAIN*, *SMART CONTRACTS* Y PROTECCIÓN DE LOS CONSUMIDORES

### 2.1. RAZONES PARA LA REDACCIÓN DE LOS PRINCIPIOS

En el apartado introductorio del documento que recoge los *Principios* se da cuenta de la rápida transición que se está viviendo en los últimos años hacia una economía digital, basada en gran medida en avances tecnológicos que han sido calificados, con frecuencia, como tecnologías disruptivas; entre ellas se encuentran las tecnologías de contabilidad distribuida (*distributed ledger technology*, DLT), una de cuyas variantes es la tecnología *blockchain*, cuyo uso va unido, con frecuencia, al de los *smart contracts*. Esta transformación, vinculada tan estrechamente a estas tecnologías, ha despertado el interés de la academia y, sobre todo, de los poderes públicos, que en los últimos años se han dotado de numerosas disposiciones normativas en las que se regulan aspectos de la tecnología *blockchain*, en particular los relacionados con las criptomonedas, probablemente en respuesta al desmesurado interés que las mismas han despertado<sup>14</sup> y a sus dificultades intrínsecas. La propia UE no ha sido

13. Se ocupa de algunos de estos desafíos en relación con la *blockchain* ANTONIO LEGERÉN MOLINA, «Retos jurídicos que plantea la tecnología de la cadena de bloques (Aspectos legales de blockchain)», *Revista de Derecho Civil*, vol. 6, núm. 1 (enero-marzo 2019), p. 197 y sig. El mismo autor se había pronunciado ya con anterioridad acerca de los problemas que puede provocar en el ámbito jurídico el empleo de *smart contracts*; véase ANTONIO LEGERÉN MOLINA, «Los contratos inteligentes en España. La disciplina de los *smart contracts*», *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 2 (abril-junio 2018), p. 207 y sig., dificultades de las que también se ocupa JORGE FELIÚ REY, «*Smart contract*: concepto, ecosistema y principales cuestiones de derecho privado», *La Ley Mercantil*, núm. 47 (2018), p. 17 y sig. En cualquier caso, se trata de materias que han despertado un interés doctrinal que no cesa de aumentar; así, muy recientemente pueden encontrarse reflexiones acerca de la tecnología *blockchain* y su aplicación en el derecho privado español en ROGER SALES JIMÉNEZ, «*Blockchain, smart contracts* y su posible desarrollo en el mundo jurídico», *Diario La Ley Ciberderecho*, núm. 79 (enero 2024; recuperado de Smarteca).

14. Como es sabido, la primera *blockchain* conocida nace precisamente en el ámbito de las criptomonedas y, más en concreto, para soportar el bitcoin. Véase, sobre esta cuestión, SATOSHI NAKAMOTO, *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System*, SSRN, 21 de agosto de 2008, <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3440802>>. Sin embargo, los principios del ELI no se ocupan específicamente de la regulación de las

ajena a esta realidad y ha aprobado varios paquetes de medidas dirigidas a dotar esta realidad híbrida en la que estamos viviendo, de un marco jurídico apropiado en el que se combina la economía real con la digital.<sup>15</sup>

Teniendo en cuenta el contexto descrito en los párrafos anteriores, el ELI consideró conveniente preparar unas directrices relativas a las implicaciones jurídicas del empleo de las tecnologías *blockchain* y los *smart contracts*, en particular cuando se emplean en la contratación con consumidores, para dotar a las relaciones entre las partes de un cierto nivel de seguridad jurídica, así como para tratar de garantizar el máximo nivel posible de protección a las personas consumidoras. Por estas razones, los principios se dirigen a proporcionar una orientación inicial acerca de cómo aplicar la normativa ya existente a la *blockchain* y los *smart contracts*, en especial cuando se emplean en las relaciones jurídicas —contractuales— que se entablan con consumidores.

## 2.2. ÁMBITO OBJETIVO Y ESTRUCTURA

Estos principios han sido concebidos para aplicarse a las transacciones<sup>16</sup> realizadas mediante *blockchain* y *smart contracts* en el ámbito del derecho privado, tanto a las de naturaleza comercial como a las de consumo. Tal y como resulta del principio 1, letras *a* a *d*, los *Principios* no pretenden erigirse en fuente del derecho; se limitan a proporcionar una serie de orientaciones a los operadores jurídicos a la hora de aplicar el marco normativo vigente a las operaciones contractuales efectuadas mediante el uso de tecnología *blockchain* o de *smart contracts*.

---

criptomonedas, sino que tienen como objetivo proporcionar una visión común sobre aspectos de la tecnología *blockchain* y de los *smart contracts* en el ámbito del derecho contractual, así como guiar a los operadores jurídicos que deban aplicar el marco legal existente a la tecnología *blockchain* y a los *smart contracts* (principio 1*b.1* y 2).

15. Así, por ejemplo, la Ley de gobernanza de datos (*Data Governance Act*, accesible en <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32022R0868>>), el Reglamento MICA, relativo a los mercados de criptoactivos (y que se encuentra disponible en <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:32023R1114>>), la Ley de inteligencia artificial (*Artificial Intelligence Act*, que se encuentra en fase de aprobación del texto definitivo en el momento en el que se redacta este trabajo), la Ley de servicios digitales (*Digital Services Act*, accesible en <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32022R2065>>) o la Ley del mercado digital (*Digital Markets Act*, disponible en <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:32022R1925>>).

16. El término *transacción* no se emplea en los *Principios* según su significado jurídico habitual. En el propio documento se incluye un glosario de los términos que pueden tener significados distintos en función del contexto en el que se empleen. Así, cuando se emplea el término *transacción* en el entorno tecnológico al que se refieren los *Principios*, se define de la siguiente manera: «Una transacción en una *blockchain* se refiere a una acción en *blockchain* que da lugar a un cambio de estado de la *blockchain* (por

En este punto es importante precisar que hay una serie de materias relevantes del derecho privado que quedan fuera del ámbito de aplicación de este texto: como se indica en el principio 1e, estas directrices no se ocupan de la creación de los derechos reales, de los efectos reales de los contratos, de la aplicación de la ley, de la ejecución judicial, ni, tampoco, de los aspectos relacionados con el acceso a los activos digitales en materia sucesoria, del régimen económico matrimonial y del régimen económico de las parejas registradas. También hay de subrayarse que en el texto no se contempla la regulación de las criptomonedas, aun cuando, como se adelantó más arriba, la *blockchain* nació precisamente para soportar la primera criptomoneda conocida, el bitcoin.

Por lo que a su estructura se refiere, los *Principios* se dividen en dos partes: la primera parte o parte general, que abarca desde el principio 1 al 12, se aplica a todo tipo de transacciones efectuadas con tecnología *blockchain*; la segunda parte, que contiene los principios en materia de consumo, comprende los principios 13 a 18 y se dirige a proporcionar a las personas consumidoras un nivel de tutela equivalente al que les dispensa la normativa europea de protección de los consumidores. Esta parte especial se justifica porque se ha constatado que las desigualdades que normalmente se detectan en el ámbito de la negociación con consumidores se agravan cuando se utilizan tecnologías disruptivas.<sup>17</sup>

El texto de los *Principios* se encuentra precedido de una introducción acerca de los motivos que han llevado a su redacción y del contexto en el que se han redactado, y se completa con un glosario de los principales términos técnicos empleados, seguido de una explicación de cada uno de los principios propuestos.

### 3. ALGUNOS DE LOS PRINCIPIOS MÁS RELEVANTES

Si se tiene en cuenta que el documento del ELI se encuentra publicado en línea desde 2023<sup>18</sup> y, por lo tanto, es fácilmente accesible, en este apartado únicamente se

---

ejemplo, una transferencia de criptomonedas, que supone una reducción de la cantidad de criptomonedas de las que puede disponer el titular de una clave privada A y un aumento de la cantidad de criptomonedas de las que puede disponer el titular de una clave privada B» (M. Elena SÁNCHEZ JORDÁN, [traducción de] «Principios del Instituto Europeo de Derecho (*European Law Institute*, ELI) sobre tecnología Blockchain, smart contracts y protección de consumidores», *Revista de Derecho civil*, vol. 10, núm. 2 (2023), p. 278.

17. Como ponen de manifiesto, por ejemplo, Marta CERVERA MARTÍNEZ, «Aproximación a la protección del consumidor en los nuevos contratos inteligentes o smart contracts», *Actualidad Civil*, núm. 6 (junio 2019; recuperado de Smarteca), o Adela SERRA RODRÍGUEZ, «Los smart contracts en el derecho contractual», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 56 (2021; recuperado de Aranzadi Digital).

18. Versión original (en inglés) en <<https://europeanlawinstitute.eu/projects-publications/>

van a analizar algunos de los principios contenidos en el texto: en primer lugar, para evitar reiteraciones innecesarias; en segundo término, con el fin de animar a la lectura detenida de todo el documento, y, por último, con el objeto de dar a conocer algunos de los aspectos que más interés pueden suscitar para el derecho civil.

Dado que el ámbito de aplicación de los *Principios* —contemplado en el principio 1— ya ha sido objeto de atención en el apartado anterior, a continuación se examinará el principio 2,<sup>19</sup> que distingue y define las clases de *smart contracts* existentes y precisa a cuales de ellos se aplican las orientaciones propuestas, partiendo de la base que se refiere a *smart contracts* que se ejecutan con la tecnología *blockchain*<sup>20</sup> (o en otra DLT).

En el documento se indica que, desde una perspectiva meramente técnica, los *smart contracts* son protocolos o códigos informáticos autoejecutables, pero al mismo tiempo se reconoce que algunos de ellos pueden provocar consecuencias jurídicas, por lo que distingue varias clases de *contratos inteligentes* con el fin de determinar cuáles de ellos poseen eficacia contractual y cuales, no. En este sentido, alude a dos supuestos en los que el *smart contract* carece de relevancia jurídica: en primer lugar, aquel en el que simplemente provoca cambios en el estado de la *blockchain* que solo conllevan

---

publications/>; versión traducida al español en *Revista de Derecho civil*, vol. 10, núm. 2 (2023), p. 253 y sig., accesible en <<https://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/899>>.

19. El principio 2 dice así:

Clases de *smart contracts*.

a) Es posible distinguir varias clases de *smart contracts*. Un *smart contract* puede ser:

- (1) Simple código (informático); no existe acuerdo jurídico (hay una mera transacción en el sentido técnico de la palabra);
- (2) Un mecanismo para ejecutar un acuerdo jurídico; el acuerdo jurídico existe *off-chain*;
- (3) Una declaración de voluntad jurídicamente vinculante, como la oferta o la aceptación, o bien un acuerdo jurídico en sí mismo; o
- (4) Si está combinado con el acuerdo jurídico y por lo tanto existe simultáneamente *on-chain* y *off-chain*.

b) Si el *smart contract* está combinado con el acuerdo jurídico, las partes deberían determinar con carácter prioritario si el acuerdo debe ser tratado como si estuviera *on-chain* u *off-chain*.

c) Estos principios se centran en los *smart contracts* entendidos como declaración jurídicamente vinculante (como la oferta o la aceptación) y en los *smart contracts* entendidos como acuerdo jurídico.

20. Una aproximación completa a los *smart contracts* que se ejecutan en la *blockchain* puede encontrarse en Giusella FINOCCHIARO y Chantal BOMPRESZI, «A legal analysis of the use of blockchain technology for the formation of smart legal contracts», *Media Laws: Rivista di Diritto dei Media*, núm. 3/2020, que se encuentra accesible en <<https://www.medialaws.eu/rivista/a-legal-analysis-of-the-use-of-blockchain-technology-for-the-formation-of-smart-legal-contracts/>> (último acceso: 23 de febrero 2024).

modificaciones de hecho, sin consecuencias jurídicas; en este caso, puede decirse que estamos ante herramientas meramente técnicas. En segundo término, alude al caso en el que se celebra un contrato jurídicamente vinculante fuera de la *blockchain*, en el que el *smart contract* empleado es un mero acto de ejecución de aquel acuerdo jurídico; en este caso, los *smart contracts* no son acuerdos con consecuencias jurídicas, sino meros mecanismos de ejecución de un contrato celebrado *off-chain*.

Además, el principio 2 también admite la posibilidad de que el *smart contract* suponga una declaración jurídicamente vinculante, como la oferta o la aceptación, o, incluso, un acuerdo jurídicamente vinculante —siempre y cuando, obviamente, se den los requisitos exigidos para la existencia de un contrato en el ordenamiento jurídico en el que se ejecuta el contrato—,<sup>21</sup> y es precisamente a estos *smart contracts* a los que resultan de aplicación los principios recogidos en el texto objeto de análisis, tal y como se afirma en el principio 2c. En este sentido, se considera que, como expresión de la autonomía privada, un *smart contract* debería ser tenido como un medio admisible para expresar la voluntad de las partes,<sup>22</sup> si bien debe subrayarse que su empleo nunca debe provocar una reducción del nivel de protección dispensado a los participantes en el negocio jurídico.

Por su estrecha conexión con el principio recién examinado, conviene aludir, a continuación, al principio 5, referido a la naturaleza jurídica de las transacciones realizadas con tecnología *blockchain*,<sup>23</sup> puesto que en él se vuelve a plantear la cuestión sobre qué se puede considerar una declaración de voluntad contractual con con-

21. Resulta muy ilustrativo, en este sentido —y en el marco del derecho austríaco—, el trabajo de M. de ANGELO, A. SOARE y G. SALZER, «*Smart Contracts in View of Civil Code*», en SAC'19: *Proceedings of the 34th ACM/SIGAPP Symposium on Applied Computing. April 8-12 2019*, Nueva York, Association for Computing Machinery, p. 5. En el ordenamiento español habría contrato si existe un acuerdo entre las partes dirigido a crear obligaciones entre las partes, o, como con más precisión dispone el artículo 1218 de la *Revisión de la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos* (en adelante, PMR), aprobada por la Sección Civil de la Comisión General de Codificación en mayo de 2023 y accesible en <<https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/GabineteComunicacion/Documents/Propuesta%20de%20modernizaci%C3%B3n%20del%20C%C3%B3digo%20Civil%20en%20materia%20de%20obligaciones%20y%20contratos.pdf>> (último acceso: 1 de febrero de 2024), siempre que las partes tengan intención de vincularse y hayan alcanzado un acuerdo suficiente que permita su ejecución.

22. Parece que, en el fondo, la cuestión que subyace es la relativa a la forma, esto es, si una manifestación de voluntad jurídicamente vinculante puede expresarse a través de un código de programación. Entre nuestra doctrina, y en relación con la forma del *smart contract*, puede consultarse Jorge FELIÚ REY, «*Smart contract: concepto, ecosistema y principales cuestiones*», p. 9 y sig.

23. Este principio establece lo siguiente: «La activación de transacciones, o de elementos de transacciones, realizada en una *blockchain* puede consistir en una oferta, una aceptación o cualquier otra declaración contractual siempre que, dependiendo de la concreta naturaleza del *smart contract*, dicha activación pueda razonablemente ser considerada como una declaración de voluntad y sea atribuible a la parte interesada».

secuencias jurídicas vinculantes y, más en concreto, si un *smart contract* en cuanto tal, sin una relación jurídica subyacente previa, puede representar un contrato jurídicamente vinculante, lo que obliga a examinar el valor que ha de reconocerse a las transacciones<sup>24</sup> realizadas en una *blockchain*. En principio, y partiendo de las reglas sobre la formación del contrato contenidas en el Proyecto de marco común de referencia (en adelante, DCFR, del inglés *Draft Common Frame of Reference*) y de que tanto los sujetos implicados como el objeto deben estar claros, se concluye que la respuesta a la pregunta planteada puede cambiar en función de numerosas variables. Desde el punto de vista que aquí interesa —la protección de la persona consumidora—, es particularmente relevante tener en cuenta si están implicados un consumidor y un empresario, cuyas fuerzas negociadoras y nivel de información son muy desiguales, lo que debería conducir a acentuar la tutela de la parte consumidora.

A partir de las consideraciones expuestas, así como de las labores de distintos grupos de trabajo, informes y estudios relativos a los aspectos jurídicos y legales de los *smart contracts* y de la *blockchain* que aparecen citados en el documento,<sup>25</sup> se concluye que, en ciertos supuestos, la activación de transacciones o de elementos de transacciones efectuada en una *blockchain* puede equivaler a una declaración de voluntad contractual (ya sea una oferta, una aceptación u otro tipo de declaración de voluntad). Queda claro en este principio el enfoque de caso de los *Principios*, que se han elaborado teniendo en cuenta el elevado nivel de incertidumbre existente en esta materia —que se encuentra en evolución constante—, así como la falta de una regulación consolidada que pueda servir de guía, todo lo cual lleva a evitar la redacción de propuestas concebidas en términos absolutos y a subrayar la necesidad de prestar una atención exquisita a todas las variables que puedan concurrir en el caso concreto.

24. En este punto resulta imprescindible volver a reiterar que el documento completo contiene un glosario de términos técnicos en el que se define una transacción (realizada en una *blockchain*) como «una acción [...] que da lugar a un cambio de estado de la *blockchain*», utilizando como ejemplo de transacción una transferencia de criptomonedas, que va a dar lugar a una reducción de la cantidad de criptomonedas de las que puede disponer el titular de la clave privada que las transfiere y un aumento de la cantidad de criptomonedas de las que puede disponer el titular de la clave privada que las recibe.

25. Entre los más relevantes pueden citarse los siguientes: el informe de 2019 titulado *Legal Statement on Crypto Assets and Smart Contracts*, elaborado por el Grupo de Trabajo sobre Jurisdicción del Reino Unido (UK Jurisdiction Taskforce), disponible en <[https://technation.io/wp-content/uploads/2019/11/6.6056\\_JO\\_Cryptocurrencies\\_Statement\\_FINAL\\_WEB\\_111119-1.pdf](https://technation.io/wp-content/uploads/2019/11/6.6056_JO_Cryptocurrencies_Statement_FINAL_WEB_111119-1.pdf)>, grupo que también ha elaborado las *Digital Dispute Resolution Rules* (en 2021); el informe del EU Blockchain Observatory and Forum *Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts* (2019), accesible en <[https://blockchain-observatory.ec.europa.eu/publications/legal-and-regulatory-framework-blockchains-and-smart-contracts\\_en?prefLang=es](https://blockchain-observatory.ec.europa.eu/publications/legal-and-regulatory-framework-blockchains-and-smart-contracts_en?prefLang=es)>, o el informe *Smart Legal Contracts* (Law Com No 401), elaborado por la comisión de derecho inglés (HM Stationery Office, 2021), así como el estudio elaborado para la Comisión Europea por Patricia YPMA *et al.*, *Study on Blockchains Legal, Governance and Interoperability Aspects: (SMART 2018/0038)*, publicado el 28 de febrero de 2020.

Gran interés reviste, igualmente, el principio 7, dedicado a proporcionar unas orientaciones básicas acerca de la incidencia que tiene el uso de *blockchain* y de *smart contracts* en relación con las reglas relativas a la validez formal y sustantiva de los contratos.<sup>26</sup>

Esta recomendación se apoya, como se indica en la explicación que ofrecen los autores de estos *Principios*, en la exigencia de equivalencia funcional<sup>27</sup> y de neutralidad tecnológica.<sup>28</sup>

En concreto, de acuerdo con el apartado *a* de este principio 7, la aplicación del principio de equivalencia funcional significa que las soluciones que sean vinculantes

26. El principio 7 dispone lo siguiente:

Principio 7 - Validez formal y sustantiva

*a*) Las reglas sobre validez formal y sustantiva de los contratos de acuerdo con la normativa aplicable son de aplicación a los contratos celebrados en una blockchain; en cualquier caso, si la regla aplicable impone requisitos formales cuyos objetivos también se alcanzan a través del uso de la tecnología blockchain, los requisitos formales se considerarán cumplidos aunque la normativa aplicable no aluda a la tecnología blockchain.

*b*) Por lo general, un formato de texto (*text form*) puede ser sustituido por tecnología blockchain o por un *smart contract*, mientras que podría no ser así si se exige forma escrita, siempre que implique un documento de texto firmado, ya sea escrito en papel o en formato electrónico.

*c*) Los requisitos formales como la exigencia de que el contrato se otorgue de forma escrita y esté firmado, o la necesidad de que se otorgue en un formato específico como una escritura (pública), solo pueden cumplirse por una transacción en blockchain o por un *smart contract* si la representación algorítmica de un contrato escrito o una escritura, equivalente al uso *off-chain* de tales requisitos:

(1) Proporciona las mismas garantías;

(2) cumple con los objetivos de tales requisitos formales; y

(3) en relación con la firma electrónica, cumple con las exigencias del sistema europeo de reconocimiento de identidades electrónicas (*electronic IDentification, Authentication and trust Services*, eIDAS) o las de un marco regulatorio equivalente.

27. En relación con la aparición del principio de equivalencia funcional —que se sitúa a mediados de la última década del siglo xx en el derecho uniforme del comercio internacional—, su recepción en el ordenamiento español y su concepto, puede consultarse Rafael ILLESCAS ORTIZ, «La equivalencia funcional como principio básico del derecho de la contratación electrónica», *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 1 (2003), p. 19-31.

28. Sobre la aparición de este principio y su significado, véase Cristina CULLELL MARCH, «El principio de neutralidad tecnológica y de servicios en la UE: la liberalización del espectro radioeléctrico», *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 11 (2010). Aunque no se trata exactamente del mismo principio aludido en esta recomendación, sí que merece la pena subrayar, por su conexión con el mismo, que en la actualidad el artículo 80 de la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales, recoge el derecho a la neutralidad en Internet, expresado en los siguientes términos: «Los usuarios tienen derecho a la neutralidad de Internet. Los proveedores de servicios de Internet proporcionarán una oferta transparente de servicios sin discriminación por motivos técnicos o económicos».

fuera de la cadena de bloques según la normativa aplicable, también han de serlo si se utiliza *blockchain* u otra DLT. En el ámbito concreto que aquí interesa —relativo a la validez formal y sustantiva en materia contractual—, se propone como ejemplo la equiparación de una transacción realizada en *blockchain* con el otorgamiento de una escritura pública (cuestión a la que se dedica, además, la letra c de este principio), ya que la *blockchain* permite garantizar una serie de extremos —al menos, la inmutabilidad del contenido de la transacción y la fecha y hora de la misma— que permiten considerar cumplidos algunos de los objetivos que se alcanzan mediante la exigencia de un documento público. En cualquier caso, debe precisarse que esta afirmación no significa —y este es un extremo que aclaran expresamente los redactores del documento— que el uso de *blockchain* pueda sustituir a los notarios u otros fedatarios públicos, la mayoría de cuyas tareas (por ejemplo, y entre otras, el asesoramiento a sus clientes, el juicio de capacidad o el control de legalidad de contenidos) no pueden ser desempeñadas por estas tecnologías DLT (al menos, de momento). En un momento anterior a la aparición de las tecnologías que aquí nos ocupan (y en relación con los contratos celebrados por vía electrónica), resulta de interés destacar que el artículo 9.2b de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (en adelante, Directiva de comercio electrónico), permite excepcionar la aplicación del principio de equivalencia funcional a «los contratos que requieran por ley la intervención de los tribunales, las autoridades públicas o profesionales que ejerzan una función pública», entre los que se encuentran los otorgados ante notario.<sup>29</sup> En nuestro país, sin embargo, y salvo en un momento inicial, se ha hecho uso de la citada excepción y se ha venido admitiendo la aplicación del principio de equivalencia funcional respecto de las escrituras públicas notariales a partir de la Ley 24/2001, que añade a la Ley del notariado el relevante artículo 17 bis.<sup>30</sup>

29. Esta circunstancia ya fue destacada por Rafael ILLESCAS ORTIZ, «La equivalencia funcional como principio básico», p. 30 y 31, apenas tres años después de la aprobación de la mencionada directiva, y ya entonces apuntaba que la equivalencia funcional del documento notarial se venía admitiendo de forma creciente en los países de la Unión Europea, que decidieron, por lo tanto, no utilizar la excepción autorizada por la Directiva.

30. Precepto que, en su redacción vigente, dada por la Ley 11/2023, de 8 de mayo, dispone lo siguiente:

1. Los instrumentos públicos a que se refiere el artículo 17 de esta Ley, no perderán dicho carácter por el sólo hecho de estar redactados en soporte electrónico con la firma electrónica avanzada del notario y, en su caso, de los otorgantes o intervinientes, obtenida la de aquél de conformidad con la Ley reguladora del uso de firma electrónica por parte de notarios y demás normas complementarias.

Por su parte, la exigencia de neutralidad tecnológica supone que las soluciones (jurídicas) empleadas han de poder ser aplicadas con independencia de la tecnología concreta utilizada.<sup>31</sup> Esta afirmación resulta particularmente importante en este ámbito, dado que la tecnología *blockchain* se halla en evolución constante, por lo que es

---

2. Reglamentariamente se regularán los requisitos indispensables para la autorización o intervención y conservación del instrumento público electrónico en lo no previsto en este artículo.

En todo caso, la autorización o intervención notarial del documento público electrónico ha de estar sujeta a las mismas garantías y requisitos que la de todo documento público notarial y producirá los mismos efectos. En consecuencia:

a) Con independencia del soporte electrónico, informático o digital en que se contenga el documento público notarial, el notario deberá dar fe de la identidad de los otorgantes, de que a su juicio tienen capacidad y legitimación, de que el consentimiento ha sido libremente prestado y de que el otorgamiento se adecua a la legalidad y a la voluntad debidamente informada de los otorgantes o intervinientes.

b) Los documentos públicos autorizados por notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes.

3. El notario podrá expedir copias autorizadas con su firma electrónica cualificada bajo las mismas condiciones que las copias en papel, con la indicación al pie de copia del destinatario, previa comprobación de su interés legítimo. La copia autorizada se remitirá a través de la sede electrónica notarial. Del mismo modo remitirá copia simple electrónica con mero valor informativo, incorporando la sede electrónica notarial sello electrónico con marca de tiempo confiable.

4. Si las copias autorizadas, expedidas electrónicamente, se trasladan a papel, para que conserven la autenticidad y garantía notarial, dicho traslado deberá hacerlo el notario al que se le hubiesen remitido.

5. Las copias electrónicas se entenderán siempre expedidas por el notario autorizante del documento matriz y no perderán su carácter, valor y efectos por el hecho de que su traslado a papel lo realice el notario al que se le hubiese enviado, el cual signará, firmará y rubricará el documento haciendo constar su carácter y procedencia.

6. También podrán los registradores de la propiedad y mercantiles, así como los órganos de las Administraciones públicas y jurisdiccionales, trasladar a soporte papel las copias autorizadas electrónicas que hubiesen recibido, a los únicos y exclusivos efectos de incorporarlas a los expedientes o archivos que correspondan por razón de su oficio en el ámbito de su respectiva competencia.

7. (Suprimido)

8. En lo no previsto en esta norma, la expedición de copia electrónica queda sujeta a lo previsto para las copias autorizadas en la Ley notarial y en su Reglamento.

31. En este sentido, cabe recordar que «el principio de neutralidad se caracteriza por tratar de asegurar un tratamiento regulador igualitario entre las comunicaciones electrónicas evitando un cambio en el marco jurídico en función de la tecnología utilizada para la prestación del servicio, garantizando el carácter sostenible, evitando revisiones legales periódicas con el objetivo de adecuar la de los desarrollos tecnológicos constantes» (Francisco Javier PUYOL MONTERO, «Los derechos digitales a la neutralidad tecnológica y al acceso universal a internet», *Actualidad Administrativa*, núm. 12 [2019]).

preciso garantizar que los eventuales nuevos desarrollos tecnológicos no requieran la formulación de nuevas soluciones regulatorias cada vez que se produzcan estos cambios.

Se insiste, en la explicación a este principio, que también sus apartados *b* y *c* responden a las exigencias de equivalencia funcional y de neutralidad tecnológica. Tanto en la letra *b* como en la *c* se alude a algunos supuestos en los que, en ocasiones, las exigencias formales pueden quedar sustituidas por el uso de tecnología *blockchain* o de un *smart contract*, siempre y cuando la tecnología empleada proporcione las mismas garantías que el uso de una forma solemne, como, por ejemplo, una escritura pública, y, además, cumpla con sus mismos propósitos, como podría ser, entre otros, la identificación inequívoca de las partes contratantes; este último extremo quedaría garantizado con la firma electrónica cualificada, tal y como resulta del artículo 25 del Reglamento eIDAS.<sup>32</sup>

En definitiva, parece incontestable que el uso de estas tecnologías puede, en algunos casos concretos, facilitar y agilizar la celebración de algunos negocios jurídicos, puesto que permite dar por cumplidos algunos requisitos de forma<sup>33</sup> que tienen por finalidad asegurar ciertos elementos del contrato, mas sin que en ningún momento se pretenda, mediante el empleo de las mencionadas tecnologías, la sustitución de los operadores jurídicos que tienen entre sus funciones la prestación de la fe pública en los contratos celebrados entre particulares. Lo que en todo caso debe quedar claro es que no procede denegar fuerza jurídica a los contratos celebrados en *blockchain* y/o a los datos incluidos en la misma (incluidos los *smart contracts*) únicamente por su naturaleza electrónica,<sup>34</sup> en plena coherencia, por tanto, con el principio de equivalencia funcional.

Para cerrar las referencias a los principios contemplados en la parte general se aludirá brevemente, por su importancia práctica, al principio 9, que establece unas recomendaciones sobre cómo resolver un eventual conflicto entre la versión de un contrato en lenguaje natural y su versión en formato de código,<sup>35</sup> también denomina-

---

32. Reglamento (UE) núm. 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

33. Giusella FINOCCHIARO y Chantal BOMPRESZI, «A legal analysis of the use of blockchain technology», dedican un completo apartado de su trabajo (el número 8) al estudio de cómo las exigencias formales de los contratos pueden ser cumplidas en ocasiones a través de los *smart contracts* desplegados en una *blockchain*.

34. En este sentido se pronuncia el EU Blockchain Observatory and Forum en su informe temático *Blockchain and Digital Identity*, p. 21. Este documento se publicó en mayo de 2019 y está accesible en <<https://www.eublockchainforum.eu/reports/blockchain-and-digital-identity>> (último acceso: 25 febrero 2024).

35. «Principio 9 – Off-Chain prevalece sobre On-Chain.

En los casos en que un contrato, o parte de un contrato, celebrado fuera de la blockchain fuera tra-

do *lenguaje máquina*. De conformidad con dicho principio, que, como el resto de las recomendaciones contenidas en el documento examinado, tiene por objeto dotar de la máxima protección posible a las personas consumidoras, se establece que, en caso de colisión entre ambas versiones, y salvo que se hubiera pactado lo contrario, se optará por dar prevalencia a la versión en lenguaje natural, al ser esta la más comprensible, ya que la redactada en formato de código solo es susceptible de ser entendida por expertos en informática. Con fundamento en el mismo propósito de tutela de los consumidores, se recomienda que, cuando el conflicto se plantee entre la versión contractual en código fuente, que es legible por humanos (expertos en la materia, como los programadores o los desarrolladores de *software*), y aquella en código de *bytes* (que normalmente no es legible por humanos), debe prevalecer la primera. En definitiva, la solución propuesta consiste en entender que, si hubiera contradicción entre dos versiones contractuales, se dará preferencia a la versión que resulte más fácil de entender.

A continuación se examinarán dos de los seis principios que el documento dedica específicamente a la protección de las personas consumidoras, que puede ser considerada la parte jurídicamente más relevante y que se encuentra precedida de unas observaciones generales en las que, en primer lugar, se plantea cómo definir al consumidor en este contexto, en el que no se trata tanto de proteger a un consumidor frente a una parte con mayor capacidad de negociación, sino, más bien, de protegerlo frente a la herramienta tecnológica empleada. En segundo término, se precisa que los principios se van a centrar en las cuestiones más generales que afloran cuando se usa tecnología *blockchain* y se despliegan *smart contracts*, si bien se tiene presente que en algunos sectores concretos de actividad (por ejemplo, en el ámbito de las operaciones financieras y de inversión) puede ser necesario contar con reglas de protección más específicas. Como ya se ha adelantado, las dificultades ínsitas al empleo de las tecnologías examinadas en el ámbito contractual obligan a prestar una atención especial a la tutela de la parte naturalmente más débil en el contrato, esto es, a la persona consumidora.

Así, encabeza la parte II de los *Principios* (denominada «Principios en materia de consumo») el principio 13, que lleva por título «La protección al consumidor prevalece y rige completamente las transacciones codificadas».<sup>36</sup> La lectura de las recomen-

---

ducido a un código (con el fin de ejecutar el contrato, o partes del mismo, por medios automatizados), los términos del contrato concluido fuera de la *blockchain* prevalecerán sobre las condiciones codificadas en *blockchain*, salvo que exista pacto expreso en contrario.»

36. En este principio se dispone lo siguiente:

- a) La protección del consumidor no puede quedar anulada por los *smart contracts* o por una transacción efectuada en una *blockchain*.
- b) Si tiene lugar una operación de consumo mediante el uso de tecnología *blockchain* o de un *smart contract*, la protección de consumidores *on-chain* debe ser al menos equivalente a la

daciones que en él se contienen permite afirmar que sus redactores apuestan de forma decidida por proponer una serie de orientaciones dirigidas a tutelar al consumidor en todos los casos en los que se vea involucrado en operaciones de consumo desarrolladas en *blockchain* o en las que se utilicen *smart contracts*, dotándolo de un nivel de protección igual, al menos, al que recibe un consumidor que no contrata en el marco de una DLT o no hace uso de *smart contracts*.

Se alude nuevamente, en la explicación de esta recomendación, al principio de equivalencia funcional, al que ya se hizo referencia *supra*, a propósito del examen del principio 7, y que en esta ocasión se menciona para justificar la ya citada necesidad de dotar del mismo nivel de tutela —como mínimo— al consumidor que contrata *on-chain*, que la que recibe quien lo hace fuera de la cadena de bloques.<sup>37</sup> En este sentido, tal y como se indica en la letra *b*, para la parte consumidora debería ser indiferente que la operación se lleve a cabo en la *blockchain* o fuera de ella, con o sin *smart contracts*. Esta insistencia en el mantenimiento de un nivel equivalente de protección al consumidor en un entorno *on-chain* parece poner de manifiesto ciertos recelos hacia el empleo de tecnologías tan complejas como las representadas por la *blockchain* y los *smart contracts*. No obstante, en la doctrina se ha planteado si el empleo de *blockchain* no sería, más bien, un instrumento que contribuiría a incrementar la confianza

---

protección que recibiría un consumidor si no se hubiera empleado dicha tecnología o un *smart contract*.

c) Con independencia de la naturaleza jurídica y de la estructura contractual de una plataforma, el empleo de tecnología *blockchain* o de un *smart contract* no privará a los consumidores de los derechos que hubieran tenido si no se hubiera utilizado la plataforma.

d) La inmutabilidad de una transacción en *blockchain* o el cumplimiento y la ejecución automática de un *smart contract* no privará a los consumidores de los derechos que hubieran tenido si un acuerdo equivalente jurídicamente vinculante se hubiera concluido *off-chain*.

e) Antes de desplegar los *smart contracts*, las empresas que utilicen dichos *smart contracts* deben tomar en consideración los derechos de la parte débil, como los consumidores, y asegurar que sus derechos también puedan ser satisfechos *on-chain* (por ejemplo, a través de transacciones inversas o *smart contract* modificables).

f) Los consumidores de buena fe que confíen en una transacción *on-chain* previa deben estar protegidos frente a las cláusulas *off-chain* entre empresas, en el sentido de que cualquier trato entre ellas efectuado *on-chain* no sea vinculante, o que no lo sea en las mismas condiciones codificadas en el *smart contract*.

---

37. Esta misma idea es la que late en el principio 16, titulado «Derecho de información de los consumidores», que representa un desarrollo específico del principio 13. Se trata de un principio centrado en los deberes de información cuando se contrata en *blockchain* o con *smart contracts* y, de nuevo, la regla que subyace en su formulación es la de equivalencia funcional: la parte consumidora siempre dispondrá de los mismos derechos de información que si el contrato se hubiera celebrado *off-chain*. Un examen del deber de información a la parte consumidora cuando se celebra un *smart contract*, desde la perspectiva de la normativa aplicable en el ordenamiento español, puede verse Adela SERRA RODRÍGUEZ, «Los *smart contracts* en el derecho contractual», p. 23-27.

del consumidor en los contratos de empresa a consumidor (B2C), dadas algunas de las características de las tecnologías DLT. Se ha indicado, en particular, que su inmutabilidad y su carácter descentralizado son notas que impedirían, por ejemplo, que el empresario asumiera el control absoluto de las operaciones negociales o, sobre todo, que incumpliera el contrato.<sup>38</sup> Sin embargo, este interrogante ha recibido una respuesta negativa, dado que son numerosos los supuestos en los que la autoejecución de un *smart contract* desplegado en una *blockchain* podría desembocar en un incumplimiento contractual.<sup>39</sup>

Conviene subrayar la importancia de la letra *d* de este principio, que es una clara manifestación de la afirmación según la cual la ley prevalece sobre el código informático: una parte contractual (en especial, el empresario) no puede ampararse en la naturaleza inmutable de la *blockchain* o en el carácter automático de la ejecución de un *smart contract* para denegar a un consumidor los derechos —por ejemplo, el de desistimiento— que hubiera tenido en caso de que el contrato de consumo se hubiera celebrado *off-chain*. Es más, en íntima conexión con esta recomendación, la letra *e* sugiere al empresario que utilice *smart contracts*, que garantice que, en estos supuestos, los derechos de la parte consumidora puedan ser satisfechos *on-chain*: con esta propuesta se trata de evitar que el empleo de estas tecnologías debilite aún más la posición del consumidor, por lo que propone soluciones tecnológicas —la posibilidad de realización de transacciones inversas, que permiten volver a la situación anterior, o el empleo de *smart contracts* susceptibles de actualización— para evitar perjuicios a la persona consumidora.<sup>40</sup>

38. Examina estas hipótesis, para luego descartarlas, Chantal BOMPRESZI, «From Trust in the Contracting Party to Trust in the Code in Contract Performance», *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 10, núm. 4 (2021) p. 152-153.

39. Chantal BOMPRESZI, «From Trust in the Contracting Party», p. 153-154, clasifica los posibles supuestos de incumplimiento contractual en este ámbito en tres grupos: *a*) los casos en los que el contenido del código —el *smart contract* no es más que una secuencia de código informático— no coincide con la voluntad de las partes y, por lo tanto, la ejecución del contrato no satisface el interés del consumidor; *b*) los supuestos en los que surgen problemas tecnológicos, ya sea en el propio *smart contract* o en la *blockchain* que lo soporta; por ejemplo, el código del *smart contract* puede tener errores, como cualquier programa informático, algunos de los cuales pueden dar lugar a la manipulación de la ejecución del contrato y a problemas de seguridad; y *c*) aquellos casos en los que es necesario vincular el *smart contract* con el mundo *off-chain* para ejecutar el contrato y la naturaleza «cerrada» de la *blockchain* da lugar a problemas: por ejemplo, si fuera necesario proporcionar información externa a la *blockchain* y dicha información no fuera correcta, el contrato no podría cumplirse, o no podría cumplirse correctamente. También advierten de algunos de los problemas que pueden aparecer al hilo del cumplimiento de los *smart contracts*, entre otros, Jorge FELIÚ REY, «*Smart contract*: concepto, ecosistema y principales cuestiones», p. 18 y sig., y Adela SERRA RODRÍGUEZ, «Los *smart contracts* en el derecho contractual», p. 8 y sig., problemas entre los que debe mencionarse el relativo a la fiabilidad de los oráculos, por su papel fundamental en el suministro de información al contrato inteligente.

40. En esta misma línea, que se contraponen a la expresión «code is law», acuñada a partir del título

El principio concluye con su letra *f*, que se ocupa de los efectos frente a terceros (consumidores) de buena fe que confían en las consecuencias de un *smart contract* desplegado en una *blockchain*.<sup>41</sup> En estos supuestos, se recomienda proteger a ese consumidor frente a eventuales cláusulas *off-chain* que hubieran sido pactadas por las partes intervinientes en ese *smart contract*: se trataría del caso en el que, celebrado un contrato *on-chain* entre dos empresarios, estos acordaran, *off-chain*, que el negocio celebrado *on-chain* no les vincula. En esta hipótesis, el consumidor, que únicamente conoce el contenido del negocio celebrado *on-chain*, podrá asumir que ese contrato que se ha celebrado *on-chain* existe, que ha producido sus consecuencias habituales y que serán estas las que se le apliquen.

Para terminar, se examinará el principio 18, que cierra el documento y que se ocupa de la protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas<sup>42</sup> cuando contrata *on-chain*.<sup>43</sup> Siguiendo la estela de las restantes recomendaciones contenidas en

---

de un famoso escrito de Lawrence LESSIG, «Code is Law. On Liberty in Cyberspace», *Harvard Magazine* (enero-febrero 2000), se sitúa el principio 17, relativo a la obligación de codificar el derecho de reflexión o el derecho de desistimiento del consumidor, para evitar que el recurso a la tecnología sirva como excusa para incumplir la ley o, en este y otros supuestos contemplados en los *Principios*, para denegar derechos a los consumidores.

41. Pablo SALVADOR CODERCH, «Contratos inteligentes y derecho del contrato», *InDret*, núm. 3/2018, ya indica que lo que él denomina «las cuestiones de contratación», entre las que enuncia la afectación a terceros, permanecen aunque se usen contratos inteligentes o cadenas de bloques. Este principio 13*f* se incluye, precisamente, para garantizar que el contrato celebrado *on-chain* va a producir sus efectos habituales respecto a los terceros de buena fe, al margen de eventuales pactos *off-chain* entre las partes del *smart contract*.

42. En las notas explicativas se afirma de manera expresa la aplicabilidad, a estos supuestos de contratación *on-chain*, de la Directiva de cláusulas abusivas (Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores). A su vez, se define la cláusula abusiva de acuerdo con el artículo 3.1 de esa misma Directiva.

43. En este principio se dispone lo siguiente:

- a) La protección de consumidores frente a cláusulas abusivas debe ser igual de efectiva tanto *on-chain* como *off-chain*.
- b) Una cláusula estándar según la cual un contrato solo puede ser celebrado en formato digital (esto es, *on-chain*, usando *smart contracts*), no es, en sí misma, una cláusula abusiva.
- c) Los consumidores deben tener derecho a poner fin a un contrato *on-chain* si se celebró *on-chain*.
- d) Las disposiciones de la Directiva sobre cláusulas abusivas y el acervo comunitario desarrollado en torno a esta Directiva serán de aplicación en relación a si una cláusula de un *smart contract* es abusiva y, en caso afirmativo, con qué consecuencias jurídicas. El acuerdo jurídicamente vinculante no contendrá entonces la cláusula abusiva. En caso de que la cláusula abusiva sea una parte autoejecutable de un *smart contract*, el consumidor tiene derecho a una ayuda inmediata a través de la recodificación del contrato.
- e) Siempre que una cláusula hubiera sido declarada abusiva en un procedimiento colectivo (como en virtud de la Directiva sobre acciones de cesación o la Directiva sobre acciones

esta parte especial de los *Principios*, comienza declarando la necesidad de equivalencia funcional a la hora de tutelar a los consumidores cuando en el contrato se contengan cláusulas abusivas: en este sentido, se indica que la protección dispensada a los consumidores frente a tales cláusulas debe ser igual de eficaz con independencia del empleo o no de *blockchain* y de *smart contracts*;<sup>44</sup> esto es, la parte consumidora debe recibir el mismo nivel de tutela en la hipótesis de que existan cláusulas abusivas tanto si contrata *off-chain* como si lo hace *on-chain*, supuesto este último en el que su posición es aún más débil por las ya aludidas complicaciones anudadas al empleo de estas tecnologías.

En su letra *b*, y en coherencia con lo dispuesto en el artículo 9.1 de la Directiva de comercio electrónico<sup>45</sup> y de conformidad, una vez más, con el principio de equivalencia funcional, se sostiene que una cláusula que imponga el formato digital (más en concreto, el uso de *smart contracts* en una *blockchain*) para la conclusión de un acuerdo jurídicamente vinculante, no es en sí misma abusiva.

La necesidad de dispensar el máximo nivel de tutela posible a los consumidores subyace en el apartado *c* de este principio, que establece que cuando un contrato se hubiera celebrado *on-chain*, ha de ser posible poner fin al contrato por esa misma vía automatizada, con el fin de evitar que se imponga a la parte consumidora un procedimiento que le exija, por ejemplo, el envío de una notificación por correo ordinario, lo que complicaría el mecanismo de terminación negocial y desincentivaría la extinción de la relación contractual por parte del consumidor.

Las dos últimas letras *d* y *e* de este principio proclaman expresamente la aplicabilidad de la Directiva de cláusulas abusivas, así como la del acervo comunitario en esta materia, a las eventuales cláusulas abusivas que pudieran detectarse en los negocios celebrados con *smart contracts*. En consecuencia, si alguna de las cláusulas fuera abusiva, se tendrá por no puesta, aunque el contrato seguirá siendo obligatorio para las partes en cuanto al resto de los términos pactados, siempre que pudiera subsistir sin la cláusula abusiva, en aplicación de lo previsto en el artículo 6.1 de la Directiva de cláusulas abusivas (y en plena coherencia, también, con el art. 83 TRLGDCU).<sup>46</sup> La

---

representativas), surge la obligación de la empresa afectada de volver a codificar todos los *smart contracts* afectados.

44. Ya Jorge FELIÚ REY, «*Smart contract*: concepto, ecosistema y principales cuestiones», p. 18, afirmaba la aplicabilidad de la normativa sobre cláusulas abusivas cuando una de las partes del *smart contract* tuviera la condición de consumidor.

45. En el que se dispone: «Los estados miembros velarán por que su legislación permita la celebración de contratos por vía electrónica. Los estados miembros garantizarán en particular que el régimen jurídico aplicable al proceso contractual no entorpezca la utilización real de los contratos por vía electrónica, ni conduzca a privar de efecto y de validez jurídica a este tipo de contratos en razón de su celebración por vía electrónica».

46. Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias.

peculiaridad que se da en estos supuestos reside en el carácter autoejecutable del *smart contract*, que impone la recodificación o actualización del *smart contract* para eliminar la cláusula abusiva, con el fin de dispensar al consumidor la protección necesaria, en línea, además, con lo dispuesto en el principio 13e, ya examinado. El principio 18e precisa que, en aquellos supuestos en los que la cláusula hubiera sido declarada abusiva en el marco de un procedimiento colectivo, la empresa afectada estará obligada a recodificar todos los *smart contracts* afectados, al ser esta de la única vía para eliminar la cláusula abusiva.

#### 4. REFLEXIONES FINALES

De manera muy sintética y a modo de cierre, conviene recordar que la elaboración de estos principios responde a distintos factores, de entre los que quizás podrían destacarse los dos siguientes: el primero es el interés que ha despertado en diversos ámbitos —económico, financiero, político y, también, en el jurídico— la irrupción de la *blockchain* y otras DLT, así como la de los *smart contracts*, circunstancia que, unida a algunas ventajas ligadas a la utilización de estas tecnologías,<sup>47</sup> ha provocado su rápida incorporación al tráfico económico, con la consiguiente necesidad de buscar algunas certezas en relación con las consecuencias jurídicas derivadas de su empleo. El segundo factor se encuentra vinculado a la complejidad que presentan y a su previsible difusión en el ámbito de la contratación en masa, que obliga a efectuar recomendaciones dirigidas a lograr el máximo nivel posible de protección para las personas consumidoras.

En cualquier caso, debe indicarse que si bien distintas circunstancias han provocado un cierto enfriamiento del entusiasmo inicial con el que se acogieron las DLT y los *smart contracts*, parece claro que su empleo en ciertos sectores de la actividad económica —en particular, aunque no exclusivamente, en el campo de la contratación pública— puede presentar numerosos aspectos positivos, por lo que solo resta esperar a que transcurra algo de tiempo para poder evaluar, por una parte, si realmente estas tecnologías van a facilitar (y su empleo se va a difundir en) la conclusión de contratos entre particulares y, por otra, si los principios aquí analizados serán suficientes para dar respuesta a los desafíos que plantean las citadas tecnologías o si representan, más bien, un punto de partida para futuras regulaciones, ya sea a nivel de la Unión Europea, ya de cada uno de los estados miembros.

---

47. Entre las más relevantes se encuentran las siguientes: inmutabilidad de los datos e integridad de la información incorporada a los bloques; trazabilidad de los datos y de sus modificaciones; transparencia de los datos contenidos en la *blockchain* (al menos, en la *blockchain* pública) y resistencia, debida a su carácter distribuido.

## BIBLIOGRAFÍA

- ANGELO, M. de; SOARE, A.; SALZER, G. «Smart Contracts in View of Civil Code». En: *SAC'19: Proceedings of the 34th ACM/SIGAPP Symposium on Applied Computing. April 8-12 2019. Limassol, Cyprus*. Nueva York: Association for Computing Machinery.
- BOMPRESZI, Chantal. «From Trust in the Contracting Party to Trust in the Code in Contract Performance». *Journal of European Consumer and Market Law*, vol. 10, núm. 4 (2021).
- CERVERA MARTÍNEZ, Marta. «Aproximación a la protección del consumidor en los nuevos contratos inteligentes o *smart contracts*». *Actualidad Civil*, núm. 6 (junio 2019).
- CULLELL MARCH, Cristina. «El principio de neutralidad tecnológica y de servicios en la UE: la liberalización del espectro radioeléctrico». *Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 11 (2010).
- EU BLOCKCHAIN OBSERVATORY AND FORUM. *Blockchain and Digital Identity*. Bruselas: European Commission, 2019).
- EU BLOCKCHAIN OBSERVATORY AND FORUM. *Legal and Regulatory Framework of Blockchains and Smart Contracts* Bruselas: European Commission, 2019.
- FELIÚ REY, Jorge. «*Smart contract*: concepto, ecosistema y principales cuestiones de derecho privado». *La Ley Mercantil*, núm. 47 (2018), p. 17 y sig.
- FINOCCHIARO, Giusella; BOMPRESZI, Chantal. «A legal analysis of the use of blockchain technology for the formation of smart legal contracts». En: *Media Laws: Rivista di Diritto dei Media*, núm. 3/2020.
- HM STATIONERY OFFICE. *Smart Legal Contracts: Advice to Government*. Londres: Law Commission, 2021 (Law Com; 401).
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael. «La equivalencia funcional como principio básico del derecho de la contratación electrónica». *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 1 (2003), p. 19-31.
- LEGERÉN MOLINA, Antonio. «Los contratos inteligentes en España. La disciplina de los *smart contracts*». *Revista de Derecho Civil*, vol. 5, núm. 2 (abril-junio 2018), p. 207 y sig.
- LEGERÉN MOLINA, Antonio. «Retos jurídicos que plantea la tecnología de la cadena de bloques (Aspectos legales de blockchain)». *Revista de Derecho Civil*, vol. 6, núm. 1 (enero-marzo 2019), p. 197 y sig.
- LESSIG, Lawrence. «Code is Law. On Liberty in Cyberspace». *Harvard Magazine*, enero-febrero 2000.
- NAKAMOTO, Satoshi. *Bitcoin: A Peer-to-Peer Electronic Cash System* [en línea]. SSRN, 21 de agosto de 2008. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3440802>>.
- PUYOL MONTERO, Francisco Javier. «Los derechos digitales a la neutralidad tecnológica y al acceso universal a internet». *Actualidad Administrativa*, núm. 12 (2019).

- SALES JIMÉNEZ, Roger. «Blockchain, smart contracts y su posible desarrollo en el mundo jurídico». *Diario La Ley Ciberderecho*, núm. 79 (enero 2024).
- SALVADOR CODERCH, Pablo. «Contratos inteligentes y derecho del contrato». *In-Dret*, núm. 3/2018.
- SÁNCHEZ JORDÁN, M. Elena. [Traducción de] «Principios del Instituto Europeo de Derecho (*European Law Institute*, ELI) sobre tecnología Blockchain, smart contracts y protección de consumidores». *Revista de Derecho Civil*, vol. 10, núm. 2 (2023).
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela. «Los smart contracts en el derecho contractual». *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, núm. 56 (2021).
- UK JURISDICTION TASKFORCE. *Digital Dispute Resolution Rules*. Londres: The Lawtech Delivery Panel, 2021.
- UK JURISDICTION TASKFORCE. *Legal Statement on Crypto Assets and Smart Contracts*. Londres: The Lawtech Delivery Panel, 2019.
- YPMA, Patricia *et al.* *Study on Blockchains Legal, Governance and Interoperability Aspects: (SMART 2018/0038)*. Bruselas: European Commission, 28 de febrero de 2020.

## SCORE AUTOMATIZADO EN LA CONCESIÓN DE CRÉDITO<sup>1</sup>

**Marta Guerrero Ovejas**  
*Graduada en Derecho*  
*Universitat de Barcelona*

### Resumen

El presente estudio parte del impacto que ha tenido la reciente sentencia del TJUE recaída en el asunto SCHUFA y relativa al uso de la IA para la evaluación de la solvencia crediticia. En el análisis se ha tenido presente el Reglamento de IA aprobado recientemente, así como la última reforma de la Directiva de crédito al consumo, operada en 2023 para determinar la dirección que está tomando la Unión Europea respecto del uso de la IA en materia de consumo. Teniendo todos estos elementos en cuenta, se han evaluado las cuestiones más problemáticas que se plantean en esta esfera y se apuntan los aciertos y los desafíos pendientes.

**Palabras clave:** RGPD, *score*, decisiones automatizadas, evaluación de la solvencia crediticia, *credit scoring*, protección de datos, consumidores, IA, Directiva de crédito al consumo, Reglamento de IA, asunto SCHUFA.

## SCORE AUTOMATITZAT EN LA CONCESSIÓ DE CRÈDIT

### Resum

El present estudi parteix de l'impacte que ha tingut la recent sentència del TJUE recaiguda en l'assumpte SCHUFA i relativa a l'ús de la IA per a l'avaluació de la solvència creditícia. En l'anàlisi s'ha tingut present el Reglament de IA aprovat recentment, així com l'última reforma de la Directiva de crèdit al consum, operada el 2023 per a determinar la direcció que està prenent la Unió Europea respecte de l'ús d'IA en matèria de consum. Tenint tots

1. Quería agradecer y dedicar este trabajo a mi tutora, la Dra. Esther Arroyo Amayuelas, que me ha acompañado en la elaboración de este trabajo y en esta última etapa en la universidad. Sus sabios consejos y su invitación a que intentara reflexionar de manera más crítica me han facilitado enormemente la realización de este proyecto y han hecho que el proceso de investigación haya sido fascinante. Especialmente, quería expresar mi gratitud por su apoyo, tiempo y disponibilidad y, sobre todo, por su confianza no solo en este trabajo, sino también en mi persona.

aquests elements en compte, s'han avaluat les qüestions més problemàtiques que es plantegen en aquesta esfera i s'assenyalen els encerts i els desafiaments pendents.

**Paraules clau:** RGPD, *score*, decisions automatitzades, avaluació de la solvència creditícia, *credit scoring*, protecció de dades, consumidors, IA, Directiva de crèdit al consum, Reglament d'IA, assumpte SCHUFA.

## AUTOMATED CREDIT SCORING

### Abstract

This paper builds on the impact of the recent CJEU ruling in the SCHUFA case regarding the use of AI in the creditworthiness assessment. In the analysis, the recently approved AI Regulation, as well as the latest reform of the Consumer Credit Directive in 2023 have been considered in order to determine the path that the European Union is following with regards to the use of AI in the consumer's realm. With all these elements in mind, it has been assessed the most problematic issues arising in this field, in addition to drawing attention to the successes and challenges ahead.

**Keywords:** GDPR, score, automated decisions, creditworthiness assessment, credit scoring, data protection, consumers, AI, Consumer Credit Directive, AI Act, SCHUFA case.

«AI is a tool. The choice about how it gets deployed is ours.»

OREN ETZIONI

## 1. INTRODUCCIÓN

El pasado 7 de diciembre de 2023 el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) se pronunció en una sentencia pionera relativa al uso de la inteligencia artificial en la concesión de créditos. El asunto SCHUFUFA ha sido el resultado de un uso cada vez más intensivo de las nuevas tecnologías en sectores como el bancario y ha puesto de manifiesto los problemas que se derivan de ello, por ejemplo en la protección de datos y del consumidor. Es por dicha razón que este tema ha resultado de interés como objeto de estudio para este trabajo.

En este sentido, los aspectos que se abordarán en esta investigación abarcarán las cuestiones que han preocupado a la doctrina y que han sido aclaradas, en mayor o menor medida, por el TJUE en el asunto SCHUFUFA. De esta manera, el marco espacio-temporal en el que quedará delimitado este trabajo será el europeo y abarcará una línea temporal que se inicia aproximadamente con la aplicación en 2018 del Reglamento general de protección de datos (en adelante, RGPD), cuyo artículo 22 es objeto de la cuestión prejudicial planteada.

Por consiguiente, el tema que se propone y sobre el que se ahondará en este estudio es determinar qué cuestiones ha solventado la Sentencia relativas al uso de la IA en la evaluación de la solvencia crediticia y de qué manera lo ha hecho. Asimismo, se analizará el impacto que la nueva reforma de la Directiva de crédito al consumo (DCC) y el recién aprobado Reglamento de IA van a tener en este sector.

La metodología y las fuentes empleadas para la realización de este trabajo consistirán en lo siguiente. Por un lado, se investigará acerca de los temas relevantes y de los problemas que se plantean en esta materia a partir de la doctrina académica existente. Asimismo, se consultará jurisprudencia de los diversos tribunales de los estados miembros que han tenido ocasión de resolver cuestiones similares relacionadas con la normativa europea mencionada. Por otro lado, se analizarán en profundidad los instrumentos normativos pertinentes, como son el RGPD, la DCC y el Reglamento de IA, entre otros, para determinar cuáles son sus aciertos y sus deficiencias para resolver conflictos como el que plantean el asunto SCHUFUFA y otros análogos. Además, también se han llevado a cabo entrevistas con dos bancos (uno de gran tamaño y otro menor) para determinar cuál es la situación actual en España respecto a la utilización de la IA para comprobar la solvencia de los clientes a la hora de concederles créditos.

El trabajo se divide principalmente en tres partes. La primera parte consiste en un marco teórico que introduce los conceptos más relevantes del tema, la normativa aplicable, así como la evaluación de la solvencia crediticia, sus fases y los riesgos que

comporta, como son la protección de datos, la discriminación y el determinismo tecnológico. Este apartado se cierra con las decisiones automatizadas que se adoptan en el seno de dicha evaluación crediticia y que engloban todos los riesgos mencionados previamente. En la segunda parte, a partir del asunto SCHUFA se tratan las cuestiones más problemáticas que plantean las decisiones automatizadas en la concesión de créditos, así como los problemas que han quedado sin resolver por parte del TJUE pero que son de especial importancia. Finalmente, se estudian con más profundidad las novedades legislativas que la Unión Europea (en adelante, UE) ha introducido recientemente y que abordan de frente la cuestión que nos atañe en este trabajo.

## 2. EL CRÉDITO RESPONSABLE Y LA EVALUACIÓN DE SOLVENCIA: LA PUNTA DEL ICEBERG

### 2.1. DE DÓNDE VENIMOS Y A DÓNDE VAMOS: CUESTIONES CONCEPTUALES Y MARCO NORMATIVO

A raíz de la crisis económica de 2007 se hizo patente un sobreendeudamiento de los consumidores y la necesidad de poner freno al crédito irresponsable.<sup>2</sup> Como resultado, la UE impuso a los prestamistas no solo la obligación de llevar a cabo una evaluación de la solvencia del consumidor antes de concluir el contrato, que ya existía como tal en la antigua Directiva 2008/48/CE relativa a los contratos de crédito al consumo, sino también la de conceder el crédito solo en caso de que aquella diera un resultado positivo. Es decir, cuando indicara que era probable que el consumidor iba a ser capaz de devolver el crédito. Dicha obligación fue impuesta primero por la Directiva 2014/17/UE en relación con los contratos de crédito para bienes inmuebles de uso residencial. No ha sido hasta fechas recientes que también se ha impuesto en los contratos de crédito al consumo en general, con la Directiva (UE) 2023/2225. De este modo, se intenta asegurar que se conceden créditos de forma responsable, teniendo en cuenta las circunstancias del consumidor y su capacidad de devolución del crédito.<sup>3</sup>

Sin embargo, mucho antes de que se exigiera llevar a cabo una evaluación de la solvencia, esta ya se realizaba por parte del prestamista. Estas evaluaciones habitualmente se centraban en el historial de crédito del prestatario y se limitaban a utilizar datos estrechamente relacionados con el préstamo que se solicitaba y con la situación

---

2. Noah VARDI, *Creditworthiness and «responsible credit»: A comparative study of EU and US law*, Leiden, Brill, 2022, p. 8.

3. Directiva (UE) 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre de 2023, relativa a los contratos de crédito al consumo, [2023] DO L, considerando 54.

económica en su mínima expresión.<sup>4</sup> Eran, por tanto, datos relativos a su salario y estabilidad laboral,<sup>5</sup> por ejemplo.

No obstante, con el auge de la tecnología, las evaluaciones de solvencia han sufrido una profunda transformación. El uso cada vez más intensivo de los algoritmos y de la inteligencia artificial (en adelante, IA) y su creciente presencia en la actualidad han protagonizado este cambio que, con todo, trae consigo grandes desafíos<sup>6</sup> que el legislador europeo ha intentado orillar estos últimos años y que solo el futuro dirá si será suficiente para contrarrestarlos.

La predominancia que tienen las nuevas tecnologías, Internet, las redes sociales etc. en nuestro día a día, favorecen que las personas, sin ser plenamente conscientes de ello, dejen una extensa estela de diversas categorías de datos personales que pueden ser fácilmente recogidos posteriormente. El RGPD define los datos personales en su artículo 4:

[...] toda información sobre una persona física [...] cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo [...] uno o varios elementos propios de la identidad física, [...] económica, cultural o social de dicha persona.<sup>7</sup>

Por tanto, al navegar por Internet y usar tecnología se generan datos que se relacionan directamente con la propia persona.

Pues bien, los avances tecnológicos han hecho posible la creación de sistemas informáticos que a través de algoritmos son capaces de procesar una ingente cantidad de datos que han sido recogidos con anterioridad. A través de ese procesamiento es posible de forma «muy precisa» predecir comportamientos de las personas, ya que a través de correlaciones entre sus datos se las encasilla en grupos determinados.<sup>8</sup> Es decir, se las clasifica según el contenido de los datos que se tienen de ellas. Así, por

4. Klaus WIEDEMANN, *Automated processing of personal data for the evaluation of personality traits: legal and ethical issues*, Múnich, Max Planck Institute for Innovation and Competition, 2018, p. 9 (Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 18-04), disponible en línea en: <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3102933>> (consulta: marzo 2024).

5. Alba SORIANO ARNAZ, *Data protection for the prevention of algorithmic discrimination*, 1ª ed., Cizur Menor, Aranzadi, 2021, p. 48.

6. Manuel MEDINA GUERRERO, «El derecho a conocer los algoritmos utilizados en la toma de decisiones. Aproximación desde la perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos personales», *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 49 (2022), p. 151 y 141.

7. Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE, DOUE, núm. 119 (4 mayo 2014).

8. Alba SORIANO ARNAZ, «Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos», *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 3 (2021), p. 85.

ejemplo, según el barrio en el que se resida, no se concede el crédito o se concede en condiciones más gravosas porque se predice que no se devolverá, ya que otras personas con el mismo lugar de residencia no suelen devolverlos o tienen menos capacidad económica<sup>9</sup> (aunque ello no implique necesariamente que no devuelvan el crédito o no lo vayan a hacer). Esto es, esencialmente, lo que el RGPD ha definido en su artículo 4.4 como «elaboración de perfiles».<sup>10</sup> Resulta cuestionable, a nuestro entender, el nivel de precisión que realmente puedan tener estas correlaciones, por resultar extremadamente más complejas la realidad, las personas y las decisiones que pueden tomar, por ejemplo, respecto a donde deciden vivir. Ello también plantea graves problemas relacionados con la discriminación, que se abordarán más adelante en este trabajo.

La preocupación que subyace en estas cuestiones es el determinismo tecnológico, es decir, que la persona quede sometida a una decisión automatizada basada en datos<sup>11</sup> (que, además, pueden ser parciales, imprecisos e incluso incorrectos) que predeterminen aspectos significativos de su vida. En lo que nos atañe en este trabajo, supondría que la huella digital condicionara la posibilidad de obtener o no los recursos financieros necesarios para acceder a servicios que pueden resultar esenciales para la vida, como es la vivienda.<sup>12</sup>

Otra vertiente de este determinismo tecnológico es, precisamente, la perfilarción a la que se ha aludido anteriormente. Es sin duda problemático el hecho de que para la concesión de créditos se utilicen algoritmos, los cuales tienen una tendencia inherente a equiparar conductas pasadas con comportamientos futuros y a extraer conclusiones basadas también en personas con las que se comparten datos similares.<sup>13</sup>

En razón de lo expuesto, se puede concluir que un uso extensivo de los algoritmos que abarque sectores como el crediticio, puede tener un precio demasiado alto a pagar para nuestras democracias. En consecuencia, la UE ha desplegado una intensa actividad legislativa y ha promulgado diversos instrumentos normativos. Por un lado, encontramos unos con un alcance más general, como el RGPD, antes mencionado, y el Reglamento de IA, aprobado definitivamente por el Consejo el pasado 21 de mayo de 2024 y publicado recientemente en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (DOUE). Por otro lado, tenemos la ya citada DCC, con un alcance más específico

---

9. Susana NAVAS NAVARRO, *Inteligencia artificial: Tecnología y derecho*, 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 49-50.

10. «[...] toda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos [...] [a la] situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física.»

11. Manuel MEDINA GUERRERO, «El derecho a conocer los algoritmos utilizados», p. 141.

12. DCC, considerando 56.

13. Klaus WIEDEMANN, *Automated processing of personal data*, p. 9.

y que en su modificación más reciente ya ha tenido en cuenta, como bien indica su artículo 18.8, «el uso de procesamiento automatizado de datos personales».

Cabe mencionar la importancia que adquiere el hecho de que estos instrumentos normativos estén elaborados, en la medida de lo posible, de tal forma que permitan adaptarse al constante cambio y al rápido avance de la tecnología, para que no queden obsoletos al poco tiempo de ser aprobados. Como veremos, la dificultad de llegar a acuerdos entre los diferentes sectores afectados a la hora de aprobarlos y la presión que algunos de estos ejercen, pueden suponer cierta oscuridad en el significado y el alcance de algunos de sus preceptos de mayor relevancia y, a su vez, pueden mermar la efectividad y los objetivos de estas normas.

En definitiva, resulta interesante ver que en Europa no solo se ha venido exigiendo evaluar la solvencia crediticia, sino que también, y acertadamente, se están imponiendo límites a la utilización de los mecanismos que facilitan tal evaluación, de manera que se garantice su transparencia. El Reglamento de IA está encaminado en esa dirección. La clave es, sin duda, que el hecho de estar cumpliendo con una obligación no excluye hacerlo con unos límites y que el uso de la IA no necesariamente será la opción más satisfactoria si en el camino se generan más problemas que soluciones. El poder de los datos y la tecnología debe llevar inherentemente una correlativa responsabilidad por parte de quien los trata y se lucra con ellos.

## 2.2. FASES DE LA EVALUACIÓN CREDITICIA

Resulta pertinente dedicar unas líneas a exponer cómo se lleva a cabo la evaluación crediticia, para más adelante poder comprender los problemas que trae consigo el uso de la IA en este campo.

Como se ha mencionado antes, con la aparición de nuevas tecnologías el análisis de la solvencia por parte del prestamista fue sustituido por el *credit scoring*. Este sistema evalúa la solvencia a través de la atribución de una especie de puntuación (*score*) al prestatario que indica las probabilidades de cumplimiento. El *score* se genera a partir de la recolección de datos sobre el prestatario para luego introducirlos en un algoritmo que contiene una secuencia de instrucciones formada por diversas variables a las que se ha atribuido un peso concreto.<sup>14</sup> Es decir, habrá datos que tendrán más relevancia que otros en el resultado final, en función del peso que se les haya atribuido.

---

14. Noelia COLLADO-RODRÍGUEZ, «La evaluación de la solvencia mediante el uso de sistemas de IA», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 46 (2023), p. 41 y 43.

### 2.2.1. Primera fase: la recogida de datos

La primera fase es la recopilación de información,<sup>15</sup> es decir, los datos que alimentarán el algoritmo que luego generará el *score*. Estos datos suelen recopilarse a partir de las siguientes fuentes.

#### 2.2.1.1. Datos pertinentes

En primer lugar, se tendrán en cuenta los ingresos y los gastos. Así lo prevé el artículo 18.3 DCC. Además, el considerando 55 precisa que son gastos aquellos «corrientes del consumidor y de su hogar». Esto, ya de inicio, resulta problemático. El hecho de que se tengan en cuenta los gastos no resulta muy acertado, ya que de ellos se pueden inferir datos e información sobre circunstancias que pueden colisionar con categorías de datos especialmente sensibles que el artículo 9 RGPD salvaguarda prohibiendo su tratamiento.

Así, en los gastos corrientes del consumidor se puede incluir, por ejemplo, medicamentos que revelen datos sobre la salud, que es una de estas categorías de datos protegida. Cabe precisar que, aunque se revelen, estos datos no se pueden utilizar. Sin embargo, esto no es una garantía total, pues ya se conocen e indirectamente pueden afectar de forma eventual la evaluación de solvencia. En resumen, permitir los gastos facilita las discriminaciones, por lo que habría sido mejor no considerarlos en un primer momento.

Por eso es fundamental determinar a partir del artículo 6 RGPD cuál es la base de legitimación para el tratamiento de datos. En el caso que ahora nos atañe, sería o bien que el interesado ha prestado su consentimiento, o bien que es necesario para satisfacer un interés legítimo del banco.

En segundo lugar, también puede incluirse información extraída de registros públicos y privados permitidos por el artículo 19 DCC. Un ejemplo de registro público en nuestro país sería la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE), que indica los préstamos que una persona tiene con entidades bancarias y de crédito. Su cometido es «la supervisión bancaria y el seguimiento de riesgos sistémicos»,<sup>16</sup> es decir, evitar el crédito irresponsable, el sobreendeudamiento y, consecuentemente, el posible riesgo de colapso del sistema bancario. Las bases de datos privadas,

---

15. Noelia COLLADO-RODRÍGUEZ, «La evaluación de la solvencia», p. 43.

16. M. Dolores MAS BADIA, *Sistemas privados de información crediticia: Nueva regulación entre la protección y el crédito responsable*, 1ª ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 50.

gestionadas por entidades privadas, serían las denominadas *agencias de información crediticia*, como, por ejemplo, Equifax o SCHUFA.<sup>17</sup>

La función principal de todas estas bases de datos es proporcionar información a los prestamistas sobre la solvencia de las personas que pretenden contratar con ellos, de manera que se evite el sobreendeudamiento y el incumplimiento de las obligaciones crediticias.<sup>18</sup> En el seno de estas bases de datos lo que realmente sucede es un intercambio de información, de manera que los concedentes de crédito no solo reciben información de estas bases de datos, sino que también la proporcionan, entablándose una «relación de reciprocidad».<sup>19</sup> En el caso de la CIRBE, para las entidades de crédito es preceptiva tanto su consulta como proporcionar información sobre sus operaciones y los incumplimientos de sus clientes.<sup>20</sup> Asimismo, estos registros pueden contener información negativa, positiva o ambas. La CIRBE contiene una y otra; los registros privados pueden tener también ambas, pero lo más habitual es que sea exclusivamente negativa (ficheros de morosos). Estos últimos no contienen información positiva relativa al prestatario y se limitan a hacer referencia a las deudas no satisfechas, sin mencionar la causa que provocó el incumplimiento o si fue ajena a la voluntad del prestatario.<sup>21</sup>

Esto puede suponer información parcial o poco precisa sobre este, de manera que, a nuestro entender, la entidad concedente debería aproximarse a este tipo de registros con más cautela.

#### 2.2.1.2. Datos no estructurados

Sin embargo, además de datos estrictamente relativos a la situación económica y financiera necesarios para evaluar la solvencia del prestatario y su adecuación al crédito solicitado, existen fuentes adicionales que son más problemáticas. La posibilidad de acceder a ellas ha sido facilitada por la digitalización y por el rastro de datos que dejamos a nuestro paso al navegar por Internet. Algunas agencias de información crediticia tienen en cuenta para generar sus *scores* este tipo de datos<sup>22</sup> que comúnmente se denominan *non traditional data*.<sup>23</sup> Aquí se pueden incluir entre otros muchos, por

17. Respecto a la agencia de información crediticia SCHUFA, con fuerte presencia en Alemania, es la que intervino en el asunto SCHUFA, en el que más adelante nos detendremos.

18. M. Dolores MAS BADIA, *Sistemas privados de información crediticia*, p. 62.

19. M. Dolores MAS BADIA, *Sistemas privados de información crediticia*, p. 49.

20. Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, artículo 12.1, ap. 2.

21. M. Dolores MAS BADIA, *Sistemas privados de información crediticia*, p. 53-54.

22. Klaus WIEDEMANN, *Automated processing of personal data*, p. 9-10.

23. Noelia COLLADO-RODRÍGUEZ, «La evaluación de la solvencia», p. 49.

ejemplo, el dispositivo desde donde se solicita el crédito,<sup>24</sup> lo rápido que se navega y se tarda en leer las condiciones del contrato de crédito (de tal manera que alguien que lo hace rápido se entiende que es poco fiable) e, incluso, la actividad en línea y los contactos en redes sociales, de los que se hace depender el *score*. Es decir, se juzga al prestatario en función de sus contactos en dichas plataformas; este es el caso del *Facebook patent on credit scoring*.<sup>25</sup>

Es de este tipo de datos de donde surge la preocupación, ya que no reflejan la capacidad de devolución que tiene una persona pues no revelan su capacidad económica. Incluso pueden conducir a conceder el crédito a personas que no pueden devolverlo, por basarse en datos ajenos a su solvencia que incluso podrían haber manipulado los propios usuarios (*game the system*) y que supondría un incumplimiento por parte de las entidades de crédito de su obligación de conceder créditos responsablemente. Es por ello que es necesario hacer una distinción entre datos de contenido financiero y datos que plasman circunstancias de carácter más social y demográfico.<sup>26</sup>

### 2.2.1.3. Datos prohibidos expresamente

En Europa se ha intentado frenar el procesamiento de este tipo de datos, aunque con menos fuerza de la que se debería. Como se ha mencionado en líneas anteriores, el artículo 9 RGPD sí que prohíbe algunos de estos datos: los especialmente sensibles y que favorecen especialmente la discriminación (salud, orientación sexual, raza, religión...). Sin embargo, los datos que no acaban de encajar en la enumeración que hace dicho precepto, ni siquiera de forma indirecta, como pueden ser los datos extraídos de la navegación por Internet o en las plataformas sociales, no quedan bajo el paraguas del artículo 9 RGPD y, consiguientemente, tampoco bajo sus exigencias más estrictas.

El considerando 18 del mismo Reglamento sí que los menciona brevemente en una redacción compleja y enrevesada que impide el tratamiento de datos «relacionados con tales actividades [actividad en las redes sociales y la actividad en línea]». El considerando 57 DCC también menciona que las redes sociales no se deben tener en cuenta para evaluar la solvencia, pero guarda silencio respecto de otros datos que pueden extraerse de la actividad en línea y que no son pertenecientes a las redes sociales. Todo ello, además del carácter no preceptivo de los considerandos, que, sin embargo, debe tenerse en cuenta a efectos interpretativos. Asimismo, el artículo 18.3 DCC es-

---

24. Noelia COLLADO-RODRÍGUEZ, «La evaluación de la solvencia», p. 49.

25. Klaus WIEDEMANN, *Automated processing of personal data*, p. 9, 10 y 25-27.

26. Diogo MORGADO REBELO y Filipa CAMPOS FERREIRA, «AI-based consumer's creditworthiness assessment: era of automation, future of scoring and the EU policymaking on automated decision-making», en Sónia MOREIRA (ed.), *E. tec yearbook: Industry 4.0: legal challenges*, Minho, Universidade do Minho Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov), 2022, p. 90-91.

tablece que «las redes sociales no se considerarán una fuente externa» en el sentido de que no se considerarán una fuente pertinente y, por lo tanto, no se podrán utilizar para evaluar la solvencia. El artículo 19.5 DCC tampoco permite el procesamiento de datos obtenidos de redes sociales que puedan constar en bases de datos de las cuales los prestamistas obtienen información.

#### 2.2.1.4. Datos cuya prohibición de uso es implícita

A pesar de todo, el RGPD cierra el círculo con dos principios previstos en su artículo 5, el principio de limitación de la finalidad y el de minimización, que permiten reconducir este tipo de datos a su ámbito de aplicación.<sup>27</sup> El primero impone la necesidad de que los datos se recojan con una finalidad concreta que, además, ha de ser legítima. Por tanto, por mucho que se recojan datos de la navegación en línea, estos no se podrán utilizar si no se ha previsto expresamente que se destinarán a la finalidad para la que realmente se están utilizando, de tal manera que no podrán ser utilizados para realizar un *credit scoring* si fueron recogidos con otro objetivo. En cuanto al segundo, responde más bien a un requisito cuantitativo, en el sentido de que solo podrán recogerse los que sean estrictamente necesarios para cumplir la finalidad establecida previamente. Este principio también es recogido expresamente por la DCC en su modificación reciente en los considerandos 30 y 55 y en el artículo 18.3, cuando hace referencia a «información pertinente y exacta» y relativa a circunstancias económicas «necesarias y proporcionadas» respecto del crédito. Por consiguiente, si no se puede establecer una conexión entre los datos personales recogidos y la capacidad de devolución del crédito, esos datos no se podrán procesar.

Por ende, algunos de estos datos alternativos tampoco podrán ser utilizados porque, a pesar de no estar contenidos en la prohibición de tratamiento del artículo 9 RGPD, el artículo 5 DCC impide su utilización. Consiguientemente, en principio los datos relativos a las redes sociales y la navegación en línea no se podrán utilizar para evaluar la solvencia crediticia.

#### 2.2.1.5. La gobernanza de datos

El auge de la IA nos sitúa en un panorama totalmente distinto, con nuevos matices que hay que contemplar. Así, los sistemas que se utilizan para evaluar la solvencia crediticia son sistemas de IA que para funcionar se nutren de una inmensa cantidad de

---

27. Noelia COLLADO-RODRÍGUEZ, «La evaluación de la solvencia», p. 50.

datos<sup>28</sup> que se basan en el principio «all data is credit data».<sup>29</sup> Por tanto, en un futuro próximo (si no ha sucedido ya) en el que el uso de la IA sea ineludible, el RGPD y los principios de finalidad y minimización corren el riesgo de quedarse cortos por estar en contradicción con el propio funcionamiento de la IA.

Aun así, para garantizar que no se perpetúan discriminaciones a grupos concretos a partir de *non traditional data*, es fundamental que la información que se tenga en cuenta sea exclusivamente relativa a su capacidad de devolución. Por consiguiente, la clave no será cuantos más datos mejor, sino cuantos mejores datos mejor. Por *mejores datos* se entiende solo los necesarios y que, a su vez, sean precisos, veraces y se ajusten a la finalidad para la que han sido recogidos. Por ende, no solo es importante desbancar la creencia de que cuantas más categorías de datos se introduzcan mejor será la perfiliación,<sup>30</sup> sino también optar por los modelos que, aunque utilicen menos datos, se ciñan a procesar circunstancias económico-financieras.<sup>31</sup>

El Reglamento de IA sigue esta misma lógica en su artículo 10, relativo a la gobernanza de datos, que persigue que los datos utilizados para entrenar el algoritmo sean de calidad; es decir, sean adecuados a los resultados que se quieren obtener, no tengan sesgos, sean completos y permitan localizar sus errores o deficiencias. Por tanto, si se alimenta el sistema con datos correctos y de calidad, sus resultados también lo serán.

### 2.2.2. Segunda y tercera fases: el procesamiento de datos y la generación del «score»

En la segunda fase tiene lugar el procesamiento de la información y de los datos recogidos previamente. A partir de este procesamiento se generará un *score* que puede basarse en la elaboración previa de un perfil. Es decir, en función del grupo en el que se inserte a la persona a partir de sus datos, el modelo predecirá cuál es la probabilidad de que devuelva el crédito y, por tanto, cuál es su *score*.

---

28. Boris P. PAAL, «Artificial intelligence as a challenge for data protection law», en Silja VOENEKY *et al.* (ed.), *The Cambridge handbook of responsible artificial intelligence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, p. 295 y 296.

29. Zofia BEDNARZ y Linda PRZHEDETSKY, «AI opacity in the financial industry and how to break it», en Zofia BEDNARZ y Monika ZALNIERIUTE (ed.), *Money, power, and AI*, 1ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2023, p. 79.

30. Diogo MORGADO REBELO y Filipa CAMPOS FERREIRA, «AI-based consumer's creditworthiness assessment», p. 80.

31. Sergio GENOVESI *et al.*, «Standardizing fairness-evaluation procedures: interdisciplinary insights on machine learning algorithms in creditworthiness assessments for small personal loans», *AI and Ethics*, núm. 10 (2023), <<https://doi.org/10.1007/s43681-023-00291-8>> (consulta: febrero 2024).

Con el perfilado, lo que lleva a cabo la máquina es «la identificación de patrones de comportamiento»<sup>32</sup> que llevarán a clasificar a la persona en un grupo estadístico en el que concurren personas con los mismos atributos. De esta manera, se entiende que las personas que comparten características similares actuarán también de manera similar,<sup>33</sup> por lo que si se comparte atributos con personas que han incumplido con sus obligaciones crediticias, se entiende que hay un riesgo alto de que esa persona también deje impagos, ya que pertenecen al mismo grupo. El problema de la elaboración de perfiles es que se basa en probabilidades y en comportamientos ajenos.<sup>34</sup> Lo más significativo es que la relación de causalidad entre compartir atributos similares con un grupo y no cumplir con las obligaciones crediticias, no necesariamente encaja con la realidad individual y que se corre el riesgo de que estas analogías lleguen a ser arbitrarias, algo que en ningún caso debería suceder a la hora de conceder un crédito.

En la tercera fase, como ya se ha adelantado, se obtendrá la probabilidad de devolución del crédito que tiene el consumidor (*score*), que será más o menos determinante para conceder o no el crédito.<sup>35</sup> Ello, como se verá, será un factor significativo que ha sido objeto de una cuestión prejudicial en el TJUE.

### 2.3. DIME DÓNDE VIVES Y TE DIRÉ QUÉ SCORING TIENES Y OTROS PROBLEMAS DE LA DISCRIMINACIÓN ALGORÍTMICA

Mientras que la introducción de la IA y de los algoritmos en la evaluación crediticia pudo verse en un primer momento como la solución para acabar con la opacidad de las decisiones humanas<sup>36</sup> y la exclusión de ciertos grupos en la obtención de un crédito, lo cierto es que la aparente objetividad de los algoritmos no es más que supuesta. Es más, en ocasiones no ha hecho más que perpetuar la discriminación de determinados sectores sociales.<sup>37</sup>

A pesar de que se entendiera que las personas eran capaces de acumular más prejuicios y estereotipos y convertirlos en decisiones sesgadas,<sup>38</sup> lo cierto es que los algoritmos y modelos de IA que se usan para evaluar la solvencia son creados también

32. Noelia COLLADO-RODRÍGUEZ, «La evaluación de la solvencia», p. 51.

33. Klaus WIEDEMANN, *Automated processing of personal data*, p. 8.

34. Klaus WIEDEMANN, *Automated processing of personal data*, p. 11.

35. Noelia COLLADO-RODRÍGUEZ, «La evaluación de la solvencia», p. 43.

36. Zofia BEDNARZ y Linda PRZHEDETSKY, «AI opacity in the financial industry», p. 91.

37. Antje von UNGERN-STERNBERG, «Discriminatory AI and the law», en Silja VOENEKY *et al.* (ed.), *The Cambridge handbook of responsible artificial intelligence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, p. 252.

38. Alba SORIANO ARNAZ, *Data protection for the prevention of algorithmic discrimination*, p. 48.

por personas que repercuten en ellos dichos sesgos, prejuicios y estereotipos. Además, los datos con los que se entrena al modelo también pueden contener información parcial,<sup>39</sup> por lo que al final la discriminación subsiste y lo único que cambia es quién o qué la perpetúa.

La discriminación algorítmica no siempre implicará la denegación del crédito, sino que también puede suponer que dicho crédito se conceda pero con condiciones más perjudiciales para el consumidor,<sup>40</sup> como el aumento del tipo de interés, por ejemplo. Ello sigue suponiendo un perjuicio económico para el consumidor.

Lo más problemático de la utilización de modelos automatizados es, por un lado, la confianza ciega en la imparcialidad de los algoritmos y sus resultados, cuya consecuencia es que las discriminaciones que puedan derivarse pasen desapercibidas. A ello se suma que, a pesar de que se exige informar al consumidor de que sus datos van a ser tratados para la evaluación, puede que no alcance a entender las implicaciones que ello representa.<sup>41</sup> Las consecuencias de la discriminación en el ámbito del crédito pueden ser muy graves para los intereses económicos del consumidor y, además, pueden anclarlo más en la exclusión social. Así también lo entiende el considerando 71 RGPD.

La discriminación puede tener lugar por diversas razones. Por ejemplo, porque a partir de los datos de esa persona que se han introducido el algoritmo la ha clasificado en un grupo ya predeterminado (*profiling*) que, además, es discriminado indirectamente al tener en cuenta factores aparentemente objetivos pero que son propios de ese grupo.<sup>42</sup> Esto sucede porque comparte ciertos atributos (como el lugar de residencia) que en ocasiones están estrechamente vinculados, por ejemplo, con la raza (*redlining*), o porque se relaciona con personas pertenecientes a dicho grupo, por ejemplo, por sus redes sociales (*weblining*).<sup>43</sup> Como ya se ha mencionado, el uso de este tipo de datos está prohibido, lo que no excluye que los sistemas computacionales los procesen y generen un *score* a partir de ellos, especialmente si son modelos cuyos algoritmo y funcionamiento son de difícil o imposible acceso y comprensión, fenómeno conocido como *black box*. De todos modos, con el Reglamento de IA esto ya no será un problema porque no permite el uso de sistemas así.

Otra razón por la que los algoritmos pueden conducir fácilmente a la discriminación es cómo se configuran los modelos, es decir, qué valor se asigna a cada factor o variable.<sup>44</sup> Por ejemplo, las mujeres suelen tener *scores* más bajos a pesar de que normalmente su porcentaje de impago es menor que el de los hombres. Esto se debe

---

39. Alba SORIANO ARNAZ, «Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas», p. 90.

40. Noelia COLLADO-RODRÍGUEZ, «La evaluación de la solvencia», p. 57.

41. Susana NAVAS NAVARRO, *Inteligencia artificial: Tecnología y derecho*, p. 50.

42. Noelia COLLADO-RODRÍGUEZ, «La evaluación de la solvencia», p. 57.

43. Susana NAVAS NAVARRO, *Inteligencia artificial: Tecnología y derecho*, p. 49-51.

44. Noelia COLLADO-RODRÍGUEZ, «La evaluación de la solvencia», p. 56.

a la brecha salarial, ya que al tener sueldos inferiores consumen más crédito y eso provoca un descenso significativo del *score*.<sup>45</sup> Otra posible razón es que se asocie al sueldo un peso mayor y se otorgue un valor insignificante a otras circunstancias económico-financieras —como, por ejemplo, que se tiene un endeudamiento menor (que también respecto a los hombres es inferior)—, lo que provocará que su *score* se vea perjudicado.<sup>46</sup> Precisamente por motivos como estos es necesaria la revisión humana, para poder detectar estas incongruencias.

También se da una especie de paradoja respecto de aquellas personas de las que apenas se tienen datos. Por un lado, que no se disponga de muchos datos, más allá de los estrictamente económicos, será beneficioso para la persona, pues se evitará que a través de datos alternativos pueda ser objeto de discriminación. Sin embargo, por otro lado, muchos sistemas de *credit scoring* funcionan a partir de *big data*, es decir, del procesamiento de grandes cantidades de datos. Ello puede significar que sean excluidas del crédito o que tengan condiciones más gravosas, precisamente, por carecer de información suficiente.<sup>47</sup> Además, estas situaciones suelen darse con personas en situación vulnerable y en riesgo de discriminación.<sup>48</sup>

Sin embargo, hay autores que tienen una visión más optimista al respecto y muestran la otra cara de la moneda. Así, puede suceder también que personas sin historial crediticio resulten favorecidas en la concesión de un crédito al tenerse en cuenta otros tipos de datos, como los obtenidos de la navegación en línea.<sup>49</sup> Estos datos son los únicos de los que puede que se disponga y no necesariamente revelarán información negativa sobre ellas, por lo que les facilitarán el acceso a un crédito. Los ejemplos más recurrentes son los estudiantes y los refugiados.

No obstante, debido al riesgo que existe de que a través de la elaboración de perfiles y la automatización de las decisiones respecto a la concesión de créditos haya colectivos que queden excluidos del acceso al crédito, es importante que los datos que se introduzcan sean fieles a la realidad, veraces y completos. Por tanto, han de ser de calidad<sup>50</sup> para que el modelo pueda realizar un *score* justo y realista con la solvencia del individuo. Por ello, la Autoridad Bancaria Europea (en adelante, ABE; en inglés, European Banking Authority, EBA) establece, para el prestador que utiliza innovaciones tecnológicas, una serie de directrices que garantizan la prevención de sesgos y la no discriminación. Entre ellas encontramos la de asegurarse de la calidad de los datos que se introducen en el modelo, así como el seguimiento de la calidad de

45. Alba SORIANO ARNAZ, *Data protection for the prevention of algorithmic discrimination*, p. 49.

46. Noelia COLLADO-RODRÍGUEZ, «La evaluación de la solvencia», p. 57.

47. Zofia BEDNARZ y Linda PRZHEDETSKY, «AI opacity in the financial industry», p. 71.

48. Zofia BEDNARZ y Linda PRZHEDETSKY, «AI opacity in the financial industry», p. 71.

49. Federico FERRETTI, «Consumer access to capital in the age of fintech and big data: the limits of EU law», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 25 (2018), p. 486-487.

50. Sergio GENOVESI *et al.*, «Standardizing fairness-evaluation procedures», p. 4.

los resultados (*output*). La ABE también establece las medidas y los procedimientos para ello.<sup>51</sup>

Asimismo, otra manera de evitar la discriminación es mediante la transparencia. Tanto la Directiva de crédito inmobiliario como la DCC (art. 18.2 y 18.4, respectivamente) contienen obligaciones prácticamente idénticas con respecto a la transparencia del proceso de evaluación de la solvencia crediticia. Se exige al prestamista que establezca y documente cómo se llevará a cabo dicho proceso. Ambas obligaciones denotan el interés del legislador en que quede constancia de dichos procesos y se garantice que es un proceso justo y libre de discriminaciones, debido a la trascendencia que tiene para los intereses económicos de los consumidores.

#### 2.4. DECISIONES AUTOMATIZADAS

Las cuestiones que se han expuesto en los epígrafes anteriores, vinculadas con la facilidad de obtener información muy diversa de las personas, la recogida de datos especialmente sensibles y el consecuente riesgo de discriminación que ello puede suponer en la concesión de un crédito, no son más que la parte visible de algo mucho más complejo y problemático: las decisiones automatizadas.

La introducción de medios automatizados en el proceso de evaluación de la solvencia crediticia no ha hecho más que agravar los problemas ya existentes de protección de datos. Ello es debido precisamente a que con los datos personales se elaboran perfiles a partir de los cuales se toman las decisiones automatizadas relativas a la concesión de un crédito. Por tanto, hoy en día parece que la preocupación ya no solo estriba en que de forma cada vez más recurrente se deleguen funciones a las máquinas, sino en que de forma acrítica y automática hagamos nuestras sus decisiones automatizadas.

A continuación se analizará qué se entiende por *decisiones automatizadas*, así como los derechos que amparan a las personas sometidas a ellas. Estas cuestiones han sido las que se han trasladado al TJUE en el asunto SCHUFA, que trata de dilucidar cuáles de las decisiones presentes en la evaluación de la solvencia para la concesión de un crédito son automatizadas a efectos del artículo 22 RGPD.

---

51. EUROPEAN BANKING AUTHORITY (EBA), *Directrices sobre concesión y seguimiento de préstamos*, París, European Banking Authority, 2020, párr. 53, 54 y 55.

### 2.4.1. *Intervención humana y los diversos grados de automatización*

#### 2.4.1.1. La importancia de la intervención humana

La intervención humana está prevista en el artículo 22.3 RGPD y, como se verá más adelante, es a la vez un derecho y un elemento esencial de las decisiones automatizadas.<sup>52</sup> Su importancia es trascendental por dos motivos conexos.

En primer lugar, la intervención humana evita o al menos pretende paliar la tendencia que las personas tienen a sobrestimar la precisión y la bondad de la tecnología. Es decir, existe una inclinación natural a dar mucho peso a los resultados que las máquinas nos proporcionan, sin intención de actuar de manera diferente<sup>53</sup> o de cuestionar su acierto. En parte, esto es un resultado natural del afán del ser humano de delegar cada vez más tareas a las máquinas, que, sin embargo, no debería implicar la claudicación de sus responsabilidades y una supervisión adecuada y significativa.<sup>54</sup> Con esto en mente, el legislador europeo, que desconfía de la supuesta imparcialidad y los posibles fallos de las máquinas, ha intentado que por medio de la intervención humana se soslayen los inconvenientes de la automatización.

En segundo lugar, con la intervención humana se intenta mitigar las consecuencias de la abdicación de responsabilidades de los seres humanos hacia las máquinas. Esto es, preservar la dignidad humana y evitar que una máquina cosifique a las personas,<sup>55</sup> definiéndolas a partir de sus datos<sup>56</sup> y determinando a lo que pueden o no acceder; en lo que ahora nos atañe, el acceso a una fuente de financiación como es la obtención de un crédito. La intervención humana es el equivalente a la capacidad de poder influir<sup>57</sup> y de que, por lo tanto, los algoritmos no predeterminen a las personas, sino al revés: que estas puedan intervenir en el proceso e impugnar sus resultados. Así también lo ha expresado el abogado general del TJUE en sus conclusiones para el asunto SCHUFA.<sup>58</sup>

52. Guillermo LAZCOZ y Paul de HERT, «Humans in the GDPR and AIA governance of automated and algorithmic systems. Essential pre-requisites against abdicating responsibilities», *Computer Law and Security Review*, núm. 50 (2023), p. 1 y 9.

53. Arno R. LODDER y Zachary COOPER, «Do algorithms need to be regulated?», en Andrej SAVIN y Jan TRZASKOWSKI (ed.), *Research handbook on EU Internet Law*, 2ª ed., Cheltenham, Edward Elgar Publishing Ltd., 2023, p. 89.

54. Guillermo LAZCOZ y Paul de HERT, «Humans in the GDPR», p. 2.

55. Alba SORIANO ARNAZ, *Data protection for the prevention of algorithmic discrimination*, p. 141.

56. Guillermo LAZCOZ y Paul de HERT, «Humans in the GDPR», p. 13.

57. Guillermo LAZCOZ y Paul de HERT, «Humans in the GDPR», p. 13.

58. Asunto C-634/2021, O. Q. contra Land Hessen con intervención de SCHUFA Holding AG [2023], conclusiones del abogado general Sr. Priit Pikamäe, ECLI:EU:C:2023:220, párr. 19.

#### 2.4.1.2. Distinción conceptual: «human in and out of the loop»

Conviene hacer una distinción conceptual respecto a la intervención humana. Debemos entenderla, en primer lugar, como el derecho a obtener una intervención humana posterior, previsto expresamente en el artículo 22.3 RGPD como una de las garantías de protección que, como mínimo, se han de otorgar frente a una decisión automatizada. Y, en segundo lugar, como presupuesto para que no resulte aplicable el artículo 22 RGPD, ya que si concurre, la decisión no podrá considerarse exclusivamente automatizada. Estos conceptos son también denominados *human out of the loop* y *human in the loop*, respectivamente, y el primero tiene lugar después de la decisión automatizada y el segundo, durante la toma de la decisión.<sup>59</sup>

La Sentencia no hace mención especial del derecho del artículo 22.3 RGPD, más allá de citarlo brevemente en los párrafos 54 y 66. En cambio, el abogado general del TJUE, en los párrafos 36 y 42 de sus conclusiones, sí que presta atención a la ausencia de intervención humana como requisito esencial para que el artículo 22 RGPD resulte aplicable, ya que ello será determinante para que una decisión pueda calificarse como «basada únicamente en el tratamiento automatizado».

En este sentido, el Reglamento de IA prevé en su artículo 14.1 precisamente la intervención humana, pues impone la obligación de que los sistemas de IA estén «dotados de una herramienta de interfaz humano-máquina», es decir, de una persona que pueda supervisar su funcionamiento. Un precepto así supone un avance, ya que la intervención humana tendrá lugar siempre que el sistema de IA sea de alto riesgo y cause perjuicios al interesado. Este es el caso de los sistemas de evaluación y calificación crediticia según el anexo III del citado RGPD, al que se remite su artículo 6. De esta manera, se ha superado la concepción de que solo los sistemas exclusivamente automatizados conllevan un riesgo grave. Precisamente, el artículo 86.1 del Reglamento de IA elimina la expresión «exclusivamente automatizado» y usa la de «decisiones tomadas individualmente», ignorando el grado de automatización.

Asimismo, se utiliza el concepto de *human over the loop* para referirse a aquellas situaciones en las que el algoritmo hace una sugerencia que la persona luego puede o no desdeñar.<sup>60</sup> En el caso de la concesión de créditos y a partir de las entrevistas que se han llevado a cabo en este trabajo con bancos y entidades de crédito,<sup>61</sup> parece una práctica habitual utilizar una herramienta de IA que, con base en el *score* de los clientes, en su área personal en la *web* o *app* les ofrezca un crédito rápido con una cantidad y unas condiciones preestablecidas y que para obtenerlo solo baste con aceptar la acción señalada.

---

59. Guillermo LAZCOZ y Paul de HERT, «Humans in the GDPR», p. 2 y 9.

60. Arno R. LODDER y Zachary COOPER, «Do algorithms need to be regulated?», p. 90.

61. Véanse anexos I y II.

Estas prácticas pueden resultar problemáticas porque la cuantía y las condiciones se basan en el *score*, es decir, en una elaboración de perfil que puede haberse creado a partir de datos parciales o incorrectos. Por consiguiente, pueden estar concediendo un crédito a una persona que solo sea solvente aparentemente. De todos modos, a través de las entrevistas hemos conocido que en algunas entidades es una práctica habitual que el gestor encargado de la cuenta avise al cliente de que puede obtener el mismo crédito en unas condiciones más beneficiosas. Por tanto, hay una intervención humana posterior.

#### 2.4.1.3. ¿Qué se entiende por *decisión basada únicamente en un tratamiento automatizado*?

Los términos en los que está redactado el artículo 22 RGPD parecen ser contundentes y taxativos respecto al grado de automatización necesario para que su prohibición resulte aplicable: basado «únicamente en el tratamiento automatizado». Por consiguiente, a pesar de que existen diversos grados de automatización, es decir, diversos momentos y formas en los que puede haber participación humana, parece que una interpretación restrictiva vendría a referirse a una ausencia total de esta.<sup>62</sup> Ello, como se verá, resulta problemático, ya que no están protegidas de igual manera aquellas situaciones en las que, a pesar de existir intervención humana, las decisiones se han basado en parte en un tratamiento automatizado.

Parece entonces que cualquier intervención humana que se incluya debería precluir la aplicación del artículo 22 RGPD. Sin embargo, esta concepción ha sido rechazada por la doctrina, los tribunales y otros operadores jurídicos por lo sencillo que resultaría esquivar la prohibición que dicho precepto contiene<sup>63</sup> (así como sus garantías, en caso de permitirse excepcionalmente) introduciendo «un elemento humano [que] se comporte como una mera correa de transmisión».<sup>64</sup> Es decir, se podría evadir «inventándose una participación humana», como bien expresa el Grupo de Trabajo sobre Protección de Datos del Artículo 29 (en adelante, GTPD-29) en sus *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*, de 2018.

62. Philipp HACKER y Jan-Hendrik PASSOTH, «Varieties of AI explanations under the law. From the GDPR to the AIA, and beyond», en Andreas HOLZINGER *et al.* (ed.), *xxAI - Beyond explainable AI*, Nueva York, Springer, 2022, p. 348, <<https://doi.org/10.1007/978-3-031-04083-2>> (consulta: febrero 2024).

63. Manuel MEDINA GUERRERO, «El derecho a conocer los algoritmos utilizados», p. 151.

64. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD), *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan inteligencia artificial. Una introducción*, Madrid, Agencia Española de Protección de Datos, 2020, p. 34 y 35.

Por tanto, para que una decisión no sea considerada exclusivamente automatizada, la intervención humana tiene que ser significativa, y no un mero formalismo. Por *significativa* se entiende que la persona involucrada en la supervisión debe ser competente para revertir o modificar esa decisión.<sup>65</sup> Por ende, la persona ha de tener capacidad de influir,<sup>66</sup> de tal manera que si sucede lo contrario, es decir, si el procesamiento automático es lo que directamente predetermina la decisión final, esta se considerará exclusivamente automatizada.<sup>67</sup>

En el mismo sentido apunta el abogado general del TJUE en sus conclusiones sobre el asunto SCHUFA. En el párrafo 44 sostiene que habrá tratamiento automatizado cuando no se pueda influir en el paso intermedio entre el tratamiento automatizado (*score*) y la decisión final de conceder o denegar el crédito, en el sentido que el *score* determinará el resultado final. Todo ello, con independencia de que haya habido o no intervención humana.

No obstante, para poder influir efectivamente es necesario tener no solo la autoridad para ello, sino también los conocimientos adecuados sobre el funcionamiento y los riesgos del modelo computacional. Así lo prevé la ABE cuando establece que las entidades garantizarán la formación adecuada de sus empleados.<sup>68</sup> Asimismo, el Reglamento de IA también incide en ello en el considerando 73 y en su artículo 15 cuando dice que los modelos han de ser vigilados de manera efectiva por personas físicas y que estas han de poder interpretar correctamente la información de salida, algo que sin formación adecuada no se podrá hacer. Con ello se intenta disminuir esa tendencia humana a seguir acríticamente los dictados de una máquina y a colocar a las personas que trabajan con ella en igualdad de condiciones.

En este sentido, parece relevante mencionar el asunto Uber que se dirimió en primera instancia y más tarde en apelación en Ámsterdam.<sup>69</sup> Los tribunales respectivos tuvieron que evaluar si, a raíz de los hechos, había habido una intervención humana significativa a la hora de desactivar las cuentas de Uber de varios conductores

---

65. GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29 (GTPD-29), *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679*, Bruselas, Dirección General de Justicia de la Comisión Europea, 2018, p. 23.

66. Sebastião BARROS VALE y Gabriela ZANFIR-FORTUNA, *Automated-making under the GDPR: Practical cases from courts and data protection authorities*, Washington, Future of Privacy Forum, 2022, p. 29.

67. Diogo MORGADO REBELO y Filipa CAMPOS FERREIRA, «AI-based consumer's creditworthiness assessment», p. 89.

68. EUROPEAN BANKING AUTHORITY (EBA), *Directrices sobre concesión y seguimiento de préstamos*, p. 66.

69. S. E. BIBER, *Between humans and machines: Judicial interpretation of the automated decision-making practices in the EU*, Luxemburgo, University of Luxembourg, 2023, p. 32 (Law Research Paper No. 2023-19), <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4662152>> (consulta: abril 2024); véase también Sebastião BARROS VALE y Gabriela ZANFIR-FORTUNA, *Automated-Making Under the GDPR*, p. 29.

por detección de fraude, y que ello precluyese la posibilidad de que fuera una decisión automatizada.

El tribunal de primera instancia entendió que, efectivamente, se había dado una intervención humana significativa. La razón fue que los protocolos de la empresa, tras la señal de fraude automática, obligaban a los empleados encargados de desactivar las cuentas a analizar otros factores relacionados con los hechos. A partir de una investigación exhaustiva y de sus conocimientos, dos empleados de forma unánime tenían que decidir desactivarlas o no. En caso de conflicto, sería necesaria la intervención un tercer empleado.<sup>70</sup> Esto demuestra la importancia fundamental que tienen dos factores, mencionados anteriormente, para poder considerar que existe participación humana: poder revertir la decisión de la máquina (es decir, tomar una decisión distinta a la de la máquina) y formar adecuadamente a los empleados.

Sin embargo, en apelación el tribunal no compartió este razonamiento, ya que existía cierta oscuridad en el proceso que se llevaba a cabo para demostrar la existencia de participación humana y el nivel de conocimiento de los empleados.<sup>71</sup> En cualquier caso, ello sigue demostrando la importancia que tiene que los trabajadores que intervienen en el proceso decisorio estén formados adecuadamente y tengan en consideración factores adicionales para entender que hay una participación humana significativa.

También se han dirimido varios casos en el ámbito del *credit scoring*, que tocan más de cerca a este trabajo.<sup>72</sup> Tanto el Tribunal Federal de Justicia de Alemania (Bundesgerichtshof, BGH) en 2014 como la Agencia Española de Protección de Datos (en adelante, AEPD) en 2021 llegaron a una conclusión similar en sus respectivas resoluciones: se entenderá que hay participación humana suficiente cuando los mecanismos automatizados se utilicen solo como apoyo para la toma de la decisión crediticia.<sup>73</sup>

Así, el BGH en el párrafo 34 de su Sentencia de 28 de enero de 2014, basándose en el instrumento normativo de protección de datos vigente en ese momento (Directiva 95/46/EC), declaró que no era una decisión automatizada «si los resultados

70. Rechtbank Amsterdam (Juzgado de Primera Instancia de Ámsterdam), Sentencia de 11 de marzo de 2021, C/13/692003 / HA RK 20-302, ECLI:NL:RBAMS:2021:1018, 4.19-4.24; véase en A. J. WULF y O. SEIZOV, «Please understand we cannot provide further information»: evaluating content and transparency of GDPR-mandated AI disclosures», *AI and Society*, núm. 39 (2024), p. 235 y 237.

71. Gerechtshof Amsterdam (Tribunal de Apelación de Ámsterdam), Sentencia de 4 de abril de 2023, 200.295.742/01, ECLI:NL:GHAMS:2023:793, 3.24.

72. Casos mencionados en Diogo MORGADO REBELO y Filipa CAMPOS FERREIRA, «AI-based consumer's creditworthiness assessment».

73. BGH (Tribunal Federal de Justicia de Alemania), Sentencia de 28 de enero de 2014, VI ZR 156/13, y AEPD, Resolución del procedimiento sancionador núm. PS/00477/2019, de 13 de enero de 2021.

obtenidos mediante el tratamiento automatizado de datos eran simplemente la base de una decisión final que aún debía ser adoptada por un ser humano».<sup>74</sup>

La AEPD utilizó las directrices del GTPD-29 para determinar que a CaixaBank no le era aplicable el artículo 22 RGPD, ya que incluía intervención humana al conceder créditos.<sup>75</sup> Esto es porque las directrices hacen una distinción entre las decisiones basadas en la elaboración de perfiles y las decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado del artículo 22.1 RGPD. La diferencia radica en que en las primeras la persona encargada concede un crédito sobre la base de una decisión basada únicamente en un tratamiento automatizado (que sería el perfil o *score*). Es decir, la decisión únicamente automatizada solo lo utiliza como apoyo y valora, en principio, otros factores. Por lo tanto, existe una participación humana en el proceso decisorio. Esto era lo que consideró la AEPD que sucedía en el caso de CaixaBank. En cambio, en las segundas es la propia decisión exclusivamente automatizada de conceder o no el crédito la definitiva, sin mediar una persona entre la decisión elaborada por el algoritmo y la decisión final.<sup>76</sup>

Aquí es donde reside el problema que se mencionaba al inicio de este subepígrafe respecto a la desigualdad entre los individuos que están sujetos a decisiones basadas en un tratamiento automatizado (decisiones semiautomatizadas) y los individuos que lo están a decisiones basadas *únicamente* en el tratamiento automatizado. Ello estriba en que se hace una distinción entre los diferentes grados de automatización,<sup>77</sup> de modo que, en función del grado de participación humana que exista, se tomará una decisión u otra, con todo lo que eso conlleva en cuanto a las diferencias en derechos y garantías.

A este respecto cabe decir que, tal y como señala la sentencia del caso SCHUFA, el objetivo real del RGPD —y, en especial, el del artículo 22— es proteger a las personas de los riesgos inherentes a un procesamiento de datos automatizado.<sup>78</sup> Por tal

74. BGH, Sentencia de 28 de enero de 2014, VI ZR 156/13, [34]. Original: «[...] wenn die mittels automatisierter Datenverarbeitung gewonnenen Erkenntnisse lediglich Grundlage für eine von einem Menschen noch zu treffende abschließende Entscheidung sind».

75. AEPD, Resolución del procedimiento sancionador núm. PS/00477/2019, p. 21.

76. GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29 (GTPD-29), *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas*, p. 9.

77. P. DAVIS y S. SCHWEMER, «Rethinking decisions under article 22 of the GDPR: implications for semi-automated legal decision-making», *Proceedings of the Third International Workshop on Artificial Intelligence and Intelligent Assistance for Legal Professionals in the Digital Workplace (LegalAIIA 2023), held in conjunction with ICAIL 2023* (2023), p. 2, <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4478107>> (consulta: marzo 2024). Respecto a la necesidad de equiparar derechos entre afectados por el tratamiento automatizado de datos, véase Esther ARROYO AMAYUELAS, «El scoring de Schufa», *InDret*, año 2024, núm. 3 (en prensa), p. 15 del original, que consulto por amabilidad de la autora.

78. Asunto C-634/2021, O. Q. contra Land Hessen con intervención de SCHUFA Holding AG, ECLI:EU:C:2023:957, 2023, párr. 22.

razón, tanto una situación como la otra deberían quedar protegidas de igual manera, pues ambas se encuentran a merced de un algoritmo y, debido a que la letra del artículo 22 RGPD establece unos requisitos especiales para que se aplique su prohibición, muchas situaciones en las que hay tratamiento automatizado quedarán fuera. Es decir, lo único que debería importar es que en algún momento del proceso decisorio de la concesión de un crédito haya un tratamiento automatizado.

En este sentido, ha habido una mejora con la reciente reforma de la DCC. En su artículo 18.8 DCC, relativo a la evaluación de la solvencia, no se realiza ninguna distinción respecto al grado de automatización de los tratamientos de datos que se puedan utilizar para determinar la solvencia. De modo que tanto a las situaciones completamente automatizadas como a las que son semiautomatizadas, se les otorgan los mismos derechos (intervención humana posterior, expresar punto de vista, obtener una revisión y una explicación sobre la lógica de la evaluación de la solvencia). Lo mismo recoge el artículo 86.1 del Reglamento de IA,<sup>79</sup> aunque exige que la decisión automatizada tenga un efecto perjudicial para los derechos fundamentales (como la no discriminación o la privacidad). Por tanto, la denegación de un crédito como tal no supone una lesión de los derechos fundamentales, pues no hay un derecho a obtener el crédito.

Ello no solo representa un avance respecto a la antigua DCC, que ni siquiera preveía la posibilidad de evaluar la solvencia a través de modelos automatizados, sino también respecto al propio RGPD, que solo concedía dichos derechos a las decisiones exclusivamente automatizadas que cumplieran los requisitos del artículo 22 RGPD.

#### 2.4.2. *Derecho a obtener una explicación: artículos 13.2f, 14.2g y 15.1h RGPD*

El RGPD prevé unos derechos adicionales de información para la persona sujeta a una decisión basada únicamente en un tratamiento automatizado de datos del artículo 22 RGPD. Estos derechos se encuentran en tres preceptos distintos (artículos 13.2f, 14.2g y 15.1h RGPD) y tienen idéntica redacción. Sin embargo, se inscriben en circunstancias y momentos diferentes. En todos, el derecho consiste en dar información relativa a la existencia de dichas decisiones, así como de su relevancia y repercusiones, y en proveer información significativa sobre la lógica aplicada.

El derecho a obtener información significativa sobre la lógica aplicada se predica de las decisiones de los apartados 1 y 4 del artículo 22 RGPD. No obstante, la redacción de estos tres preceptos del RGPD con la apostilla «y, al menos en tales casos, [refiriéndose al artículo 22.1 y 4] información significativa sobre la lógica aplicada» quizá podría entenderse en el sentido de que el RGPD está previendo que este dere-

79. Esther ARROYO AMAYUELAS, «El scoring de Schufa», p. 14 y 15 de la paginación original.

cho pueda facultativamente predicarse de otras situaciones con tratamiento de datos automatizado que no sean las del artículo 22 RGPD; es decir, de decisiones que no necesariamente sean exclusivamente automatizadas. En parte, una interpretación así resultaría positiva porque no cerraría la puerta a otras situaciones que, sin ser tan gravosas para el interesado, siguen presentando los riesgos de la automatización. Con independencia de que esto sea o no lo que se pretendía disponer en estos preceptos, cabe recordar que la reforma de la DCC deja definitivamente de lado esta distinción en su artículo 18.8, con lo que supera el error en el que el RGPD cae al hacer distinciones, en relación con los derechos y las garantías, entre situaciones con diferente grado de automatización.

También es necesario precisar que la repetición de este derecho en varios preceptos no es en vano, porque realmente no supone una reiteración como tal. Esto se debe a que este derecho de información se contempla en circunstancias diversas. En el artículo 13 RGPD se refiere a las situaciones en las que los datos que se van a procesar se recaban del propio interesado. En cambio, se aplicará el artículo 14 RGPD cuando dichos datos no sean obtenidos por el propio interesado. Finalmente, el artículo 15 RGPD es el que más problemas plantea a la hora de determinar en qué circunstancias será aplicable. Sin embargo, como se verá más adelante, el asunto SCHUFA consigue resolver este interrogante y cerrar el debate doctrinal que suscitaba.

### 3. ASUNTO SCHUFA (C-634/21)

#### 3.1. LITIGIO PRINCIPAL Y CUESTIONES PREJUDICIALES

El creciente uso de medios automatizados y de la IA para la generación de *scores* y, a su vez, la utilización de estos como fundamento para determinar si una persona es solvente y va a poder devolver el crédito, han planteado numerosas cuestiones relacionadas con la protección de datos y el determinismo tecnológico. Por ello, no es de extrañar que esto haya desembocado en que uno de los preceptos europeos de mayor trascendencia en esta materia, el artículo 22 RGPD, haya sido objeto de una cuestión prejudicial en el TJUE.

El planteamiento de un caso como el asunto SCHUFA<sup>80</sup> revela que existen problemas de fondo en esta materia a los que no se ha dado solución ni desde el RGPD ni desde la normativa europea de protección al consumidor.

De los hechos que se extraen de la sentencia de este caso,<sup>81</sup> a la demandante persona física, O. Q., le fue denegado un crédito por una entidad crediticia debido

---

80. Asunto C-634/2021, O. Q. contra Land Hessen con intervención de SCHUFA.

81. Se expondrán brevemente los hechos descritos en la Sentencia, en concreto los párr. 14 y 27.

a que SCHUFA emitió un *score* negativo al predecir que existían probabilidades de que no lo pudiera devolver. SCHUFA es una empresa cuya actividad económica es proporcionar a sus clientes (que normalmente son entidades de crédito o bancos) un pronóstico en forma de *score* sobre si una persona devolverá o no un crédito. El *score* lo elabora a partir de modelos computacionales que funcionan con IA y procesan datos personales a partir de los cuales se encuentran correlaciones con grupos de personas respecto de los que se prevén comportamientos similares. Es decir, informa a sus clientes o socios sobre la solvencia de los consumidores con los que estos quieren contratar.

Como consecuencia de la denegación del crédito, O. Q. requirió a SCHUFA para que le proporcionara acceso a sus datos y suprimiera su registro, ejerciendo así los derechos que le amparaban bajo el RGPD. Sin embargo, SCHUFA se limitó a presentarle su *score* y le explicó en términos muy generales cómo se había alcanzado esa calificación. Se escudó en el secreto comercial para denegarle información relativa a los datos personales que se habían tenido en cuenta, así como el peso que se había adjudicado a cada uno.

Esto es lo que, tanto a partir de las conclusiones del abogado general como de la Sentencia, permite explorar qué se entiende y cuál es el alcance del derecho a obtener «información significativa sobre la lógica aplicada» previsto en los artículos 13.2f, 14.2g y 15.1b RGPD.

No habiendo satisfecho SCHUFA la petición, O. Q. se dirigió al delegado de protección de datos y de libertad de información competente para que reclamara a SCHUFA el cumplimiento de su petición. Sin embargo, el delegado no consideró pertinente la solicitud de O. Q., ya que consideraba que no se apreciaban razones para entender que SCHUFA había incumplido con sus obligaciones. En consecuencia, O. Q. recurrió la decisión del delegado al Tribunal Contencioso-Administrativo de Wiesbaden (Alemania), que se planteó si el artículo 22 RGPD podía resultar aplicable en este supuesto.

El artículo 22 RGPD, a grandes rasgos, prohíbe las decisiones exclusivamente automatizadas, en las que también se incluye el análisis de perfiles (*profiling*), cuando tengan efectos jurídicos o afecten significativamente a la persona de un modo similar. Se prevén excepciones y se otorgan una serie de derechos a la persona objeto del tratamiento, como son la intervención humana, expresar el punto de vista e impugnar la decisión.

Una de las razones que condujo al tribunal recurrente a plantearse si el *score* que realizaba SCHUFA podía considerarse directamente una decisión automatizada era que la decisión posterior del banco de conceder o denegar el crédito se basaba exclusivamente en dicho *score*; es decir, en una decisión exclusivamente automatizada, pues consiste en la elaboración de un perfil. Sin embargo, un aspecto que quedaba por dirimir era si el propio *score* producía esos efectos significativos en la persona sujeta al tratamiento de datos que exigía el artículo 22 RGPD, ya que *a priori* la decisión final

siempre quedaba en manos de la entidad crediticia. No obstante, el *score* no parecía servir como mero apoyo a la decisión de concesión del crédito, sino que más bien era determinante. Por tanto, el *score* parecía poder encajar en la definición de decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado del citado precepto.

En consecuencia, el tribunal remitente elevó como cuestión prejudicial al TJUE la siguiente pregunta:<sup>82</sup>

¿Debe interpretarse el artículo 22 [...] en el sentido de que la generación automatizada de un [...] [*score*] constituye ya una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, [...] cuando dicho valor, hallado a partir de datos personales del interesado, es transmitido por el responsable del tratamiento a un tercero [que] [...], de un modo determinante, basa en dicho valor su decisión sobre el establecimiento, la ejecución o la extinción de una relación contractual con el interesado?

Asimismo, también se remitió una segunda cuestión prejudicial referente a la normativa alemana de protección de datos, a la que no se hará referencia por encontrarse fuera del objeto de este trabajo.<sup>83</sup>

### 3.2. EL ASUNTO SCHUFA: RESPUESTAS E INTERROGANTES PENDIENTES

En los siguientes epígrafes se abordarán diversas cuestiones que han preocupado a la doctrina y que, en mayor o menor medida, han sido tratadas en el asunto SCHUFA o están estrechamente relacionadas con la materia.

#### 3.2.1. ¿Cuál es la «decisión» a efectos del artículo 22 RGPD?

Como ya se ha avanzado en epígrafes anteriores, existen dos actos susceptibles de calificarse como «decisiones» a los efectos del artículo 22 RGPD: por un lado, la elaboración del perfil o *score* relativo a la solvencia; por el otro, la decisión del banco de conceder o denegar un crédito.<sup>84</sup>

---

82. Asunto C-634/2021, O. Q. contra Land Hessen con intervención de SCHUFA Holding AG, párr. 27.

83. Sobre esta cuestión profundiza Esther ARROYO AMAYUELAS, «El scoring de Schufa», p. 8 y 9 de la paginación original.

84. Asunto C-634/2021, conclusiones del abogado general Sr. Priit Pikamäe, párr. 40.

El artículo 4 RGPD entiende que la elaboración de un perfil es un tratamiento automatizado de datos personales. El artículo 22 RGPD la integra como subcategoría de decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado, siempre que produzca efectos jurídicos o similares en la persona cuyos datos hayan sido tratados y no medie participación humana. En este sentido, el considerando 71 RGPD, a modo de ejemplo, entiende que es una decisión «la denegación automática de una solicitud de crédito» cuando no exista intervención humana alguna.

A este respecto, el asunto SCHUFA planteó la situación a la que da lugar el hecho de que en las entidades de crédito sea una práctica habitual y reiterada dar una importancia fundamental al *score* para tomar la decisión de concesión del crédito<sup>85</sup> (algo que, como se verá, no es un fenómeno extendido en todos los países europeos ni en todas las entidades crediticias);<sup>86</sup> es decir, el caso en el que no hay participación humana entre el perfilado a partir del cual se genera el *score* (y que es un tratamiento automatizado) y la decisión de concesión del crédito. Por tanto, la cuestión a resolver era si, a pesar de que la entidad crediticia tuviera la última palabra, el *score* podía considerarse la propia «decisión» del artículo 22 RGPD, cuando la entidad se limita a aplicar el *score* en la decisión final.<sup>87</sup>

La respuesta del abogado general del TJUE fue que se había de valorar a la luz de las «reglas y prácticas internas de la entidad financiera»<sup>88</sup> y que el juez nacional debería considerarlo a raíz de los hechos que se planteasen en cada caso concreto.<sup>89</sup> En el supuesto de que efectivamente la práctica habitual fuera que la elaboración del perfil es concluyente para conceder o denegar el crédito, tanto el abogado general del TJUE en sus conclusiones<sup>90</sup> como el TJUE en su sentencia posterior<sup>91</sup> llegan al mismo resultado: se deberá entender que la propia elaboración del perfil (o *score*) es la «decisión» del artículo 22 RGPD.

Asimismo, en estos supuestos no concurren tampoco los requisitos que la jurisprudencia y las resoluciones previas a este caso, mencionadas en apartados anteriores, entienden necesarios para que exista una intervención humana significativa.<sup>92</sup> El tra-

85. Asunto C-634/2021, conclusiones del abogado general Sr. Priit Pikamäe, párr. 43.

86. En España, sin ir más lejos, no parece ser una práctica habitual de las entidades de crédito. Véanse los anexos I y II.

87. Asunto C-634/2021, conclusiones del abogado general Sr. Priit Pikamäe, párr. 44.

88. Asunto C-634/2021, conclusiones del abogado general Sr. Priit Pikamäe, párr. 40 y 44.

89. Asunto C-634/2021, conclusiones del abogado general Sr. Priit Pikamäe, párr. 45. Así, Esther ARROYO AMAYUELAS, «El scoring de Schufa», p. 12 de la paginación original, apunta al problema de inseguridad jurídica que puede generar el hecho de tener que analizar caso por caso si el *scoring* es o no determinante.

90. Asunto C-634/2021, conclusiones del abogado general Sr. Priit Pikamäe, párr. 47 y 59.

91. Asunto C-634/2021, O. Q. contra Land Hessen con intervención de SCHUFA, párr. 50 y 73.

92. Véase el epígrafe 2.4.1.3, «¿Qué se entiende por basado únicamente en un tratamiento automatizado?», donde se hace mención del asunto Uber y de resoluciones del BGH y de la AEPD.

tamiento automatizado no se utiliza como mero apoyo, sino que es la decisión en sí. Además, no existe la posibilidad de que las personas competentes que han de tomar la decisión final tengan la posibilidad de revertirla, pues las reglas internas de la entidad trasladan el resultado del perfilado (*score*) a la decisión final.

### 3.2.2. *El momento de dar la explicación: ¿ex ante, ex post o ambas?*

El derecho a obtener una explicación significativa sobre la lógica se puede ejercer en momentos diferentes del procesamiento de datos y, por lo tanto, del proceso decisorio de concesión del crédito. No parece haber discusión respecto al momento de ejercicio de los artículos 13 y 14 RGPD, que se entiende que implican una explicación *ex ante* a la adopción de la decisión automatizada,<sup>93</sup> cuando se obtienen los datos o bien del propio interesado o bien por terceras vías. Sin embargo, la doctrina se encuentra más dividida respecto al alcance del artículo 15 RGPD.

Se planteó si existía una explicación *ex post*, es decir, si se podrían pedir explicaciones sobre la lógica aplicada a la decisión concreta, en lugar de explicaciones genéricas sobre el funcionamiento del sistema. Un sector protagonizado por Wachter, Mittelstadt y Floridi<sup>94</sup> se posicionó en contra de la existencia de tal derecho, mientras que otros autores sí estimaban posible su existencia.<sup>95</sup> A este respecto, entre los argumentos que se esgrimieron en contra de la existencia de un derecho de explicación *ex post*, el principal se centraba en que el único lugar donde aparecía dicho derecho en el RGPD era el considerando 71,<sup>96</sup> que carece de valor normativo.<sup>97</sup>

Sin embargo, este razonamiento ha sido refutado aludiendo a varios motivos. Para empezar, a pesar de que los considerandos no tienen valor normativo, sí que se utilizan por el TJUE para esclarecer conceptos o preceptos oscuros del instrumento normativo europeo en el que se encuentran.<sup>98</sup> Así, a pesar de que la jurisprudencia europea es clara respecto a que no se pueden invocar «ni para establecer excepciones [...] ni para interpretarlas en un sentido manifiestamente contrario a su tenor lite-

---

93. Gerald SPINDLER, «Algorithms, credit scoring, and the new proposals of the EU for an AI Act and on a Consumer Credit Directive», *Law and Financial Markets Review*, núm. 15 (2021), p. 239 y 250, <<https://doi.org/10.1080/17521440.2023.2168940>> (consulta: abril 2024).

94. Sandra WACHTER, Brent MITTELSTADT y Luciano FLORIDI, «Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the general data protection regulation?», *International Data Privacy Law*, núm. 76 (2017), p. 79-80, <<https://doi.org/10.1093/idpl/ix005>> (consulta: mayo 2024).

95. Maja BRKAN, «Do algorithms rule the world? Algorithmic decision-making in the framework of GDPR and beyond», 15 (2017), <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3124901>> (consulta: abril 2024).

96. Considerando 71 del RGPD: «[...] incluir la información específica al interesado y el derecho a [...] recibir una explicación de la decisión tomada después de tal evaluación».

97. Gerald SPINDLER, «Algorithms, credit scoring», p. 249.

98. Manuel MEDINA GUERRERO, «El derecho a conocer los algoritmos utilizados», p. 166.

ral»,<sup>99</sup> en este caso hacer una interpretación sistemática del artículo 15.1*b* RGPD junto con el considerando 71 no supondría ninguno de estos supuestos. Es más, la propia letra del artículo 22.3 RGPD enumera los derechos que «como mínimo» protegen al interesado, es decir, no descarta otras garantías posibles, entre las que se podría encontrar el derecho a obtener una explicación después de la decisión.<sup>100</sup>

Asimismo, a raíz de los trabajos preparatorios del RGPD se conoce que este derecho efectivamente estaba en mente, pues el propio Parlamento Europeo sugirió su incorporación, que, más tarde, el Consejo rechazaría. Finalmente, se incorporó en los considerandos y se añadió la coletilla «como mínimo» en el artículo 22.3 RGPD a modo de obtener consenso.<sup>101</sup> De ello se desprende que una interpretación amplia haría que su existencia fuera innegable. A mayor abundamiento, rechazar su existencia desvirtuaría el objetivo del propio RGPD y haría muy difícil el ejercicio de los demás derechos, como es el de impugnar la decisión, ya que sin conocer el razonamiento que hay detrás de su adopción será muy difícil sostener que la decisión es incorrecta.<sup>102</sup> Finalmente, cabe decir que tanto el GTPD-29<sup>103</sup> como la AEPD, entre otros organismos expertos en la materia, han secundado esta visión y han reconocido la existencia de este derecho.<sup>104</sup>

El asunto SCHUFA finalmente cierra este debate doctrinal a favor de la existencia del derecho a una explicación *ex post*, sobre todo a partir de las conclusiones del abogado general del TJUE. La interpretación que proporciona del artículo 15 RGPD ha de referirse necesariamente a una explicación posterior a la decisión, ya que entiende que la información significativa sobre la lógica incluye «las razones que han conducido a un resultado determinado»,<sup>105</sup> que solo se podrán dar una vez ha tenido lugar la decisión.

99. Asunto C-136/04, Deutsches Milch-Kontor GmbH contra Hauptzollamt Hamburg-Jonas ECR 2005 I-10095, ECLI:EU:C:2005:716, párr. 32, y otra jurisprudencia; véase Manuel MEDINA GUERRERO, «El derecho a conocer los algoritmos utilizados», p. 166.

100. Maja BRKAN, «Do algorithms rule the world?», p. 18.

101. Manuel MEDINA GUERRERO, «El derecho a conocer los algoritmos utilizados», p. 165.

102. Adrián PALMA ORTIGOSA, *Decisiones automatizadas y protección de datos: Especial atención a los sistemas de inteligencia artificial*, 1ª ed., Madrid, Dykinson, 2022, p. 291.

103. GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29 (GTPD-29), *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas*, p. 19.

104. Adrián PALMA ORTIGOSA, *Decisiones automatizadas y protección de datos*, p. 291, cita a la AEPD, Resolución del procedimiento sancionador núm. PS/00070/2019, p. 109.

105. Asunto C-634/2021, conclusiones del abogado general Sr. Priti Pikamäe, párr. 58.

### 3.2.3. ¿Qué implica información significativa sobre la lógica?

Una vez confirmada por el TJUE la existencia de un derecho de explicación posterior a la decisión, a efectos de garantizar su plena efectividad y la transparencia que precisamente persigue resulta conveniente determinar qué conlleva exactamente información significativa sobre la lógica, es decir, qué información incluye este derecho.

La doctrina ha intentado dar respuesta a esta pregunta proponiendo diversas interpretaciones. Por un lado, existía un sector que creía necesario que para satisfacer este derecho se desvelara información relativa al modelo que se había empleado para tomar la decisión, como el tipo, los datos de entrenamiento y los parámetros que se utilizaron para construirlo, así como los aspectos concretos de la situación individual, como el perfil que se le atribuyó y las características personales específicas que llevaron a ello.<sup>106</sup> Otro sector entiende que los algoritmos del modelo deberían ser revelados de manera que sean comprensibles para la persona.<sup>107</sup> Algunos se posicionaron en contra de que se hubiera de desvelar el código fuente, porque lo creían excesivo al resultar demasiado complejo de entender, y adujeron que con una información más superficial sería suficiente.<sup>108</sup>

Además, las agencias de protección de datos que operan en los diversos estados miembros también han propuesto diversas interpretaciones a este respecto. Por ejemplo, la AEPD publicó un documento en el que abordaba esta cuestión y proponía categorías de información que podían facilitar la comprensión de los resultados y, por tanto, de la lógica subyacente de la decisión. Así, algunos ejemplos que mencionaba eran: la importancia relativa de los datos personales utilizados, la calidad de los datos de entrenamiento, el tipo de patrones utilizados, el perfilado realizado, la precisión de los resultados, etc.<sup>109</sup>

También la Agencia de Protección de Datos Sueca (IMY) en 2022 sancionó a Klarna, una empresa de tecnologías financieras (*fintech*) sueca que ofrece servicios en línea, entre otros motivos por no facilitar información sobre la lógica en su aviso de privacidad.<sup>110</sup> Así, la IMY llegó a esa conclusión porque «no se facilita[ba] in-

---

106. Antoni ROIG, *Las garantías frente a las decisiones automatizadas: Del Reglamento general de protección de datos a la gobernanza algorítmica*, 1ª ed., Barcelona, J. M. Bosch, 2020, p. 97.

107. Gerald SPINDLER, «Algorithms, credit scoring», p. 250.

108. Alba SORIANO ARNAZ, *Data Protection for the Prevention of Algorithmic Discrimination*, p. 169.

109. AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS (AEPD), *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan inteligencia artificial*, p. 24.

110. Sebastião BARROS VALE y Gabriela ZANFIR-FORTUNA, *Automated-Making Under the GDPR*, p. 21.

formación sobre las circunstancias que podrían ser determinantes para una decisión de crédito negativa».<sup>111</sup>

Asimismo, una decisión de la Agencia de Protección de Datos de Islandia (Persónuvernd), que, a pesar de no ser un estado miembro, ha transpuesto el RGPD, entendió que Creditinfo, una empresa de información crediticia análoga a SCHUFA, no vulneró el derecho a obtener información sobre la lógica.<sup>112</sup> La razón fue que Creditinfo facilitó al interesado a través de un correo electrónico la información relativa a los factores que tuvieron mayor impacto en la reducción de su *score*; es decir, los que le perjudicaron, como, por ejemplo, estar en una base de datos de morosos.<sup>113</sup>

Por otro lado, el GTPD-29 también trató de averiguar qué implicaba esta información significativa sobre la lógica subyacente. Entendió que la información debía «ser suficientemente exhaustiva» y proporcionarse de forma sencilla para su comprensión (probablemente para no contravenir otros preceptos del RGPD, como el artículo 12, que dispone que la información se ha de proporcionar de forma clara y sencilla). A pesar de todo ello, rechazó la necesidad de revelar el algoritmo.<sup>114</sup> Además, en cuanto al *credit scoring*, indicó que deben explicarse los motivos que han conducido a la calificación crediticia individual, así como los parámetros que tienen más peso en el *score*.

Recientemente, como ya se ha visto, el TJUE tuvo ocasión de abordar este aspecto también a través de la cuestión prejudicial que dio lugar al asunto SCHUFA. En este caso, fue especialmente el abogado general en sus conclusiones el que intentó precisar el alcance de la obligación de proporcionar información sobre la lógica subyacente. Y es en su párrafo 58 donde determina que las explicaciones deben incluir información sobre el «método de cálculo» que se ha utilizado para obtener el *score*, así como los motivos por los que se ha obtenido el resultado concreto. Para ello, será preciso facilitar información relativa a los elementos que se han tenido en cuenta y el valor que se les ha otorgado.<sup>115</sup> Ello confirma lo que había venido diciendo el GTPD-29 en sus directrices, a las que directamente se remite. Asimismo, tampoco se aparta de lo que ha conformado la reciente práctica de las agencias de protección de

111. Integritetsskyddsmyndigheten (IMY) (Agencia de Protección de Datos Sueca), Decisión núm. DI-2019-4062, Klarna Bank AB, 28 de marzo de 2022, p. 21. Traducción: «Det ges ingen information om vilka omständigheter som kan vara av avgörande betydelse för ett negativt kreditbeslut».

112. Sebastião BARROS VALE y Gabriela ZANFIR-FORTUNA, *Automated-Making Under the GDPR*, p. 46.

113. Persónuvernd (Agencia de Protección de Datos Islandesa), caso núm. 2020010592, Creditinfo Lánstraust hf., 22 de septiembre de 2022, párr. 4.2.

114. GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29 (GTPD-29), *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas*, p. 28.

115. Asunto C-634/2021, conclusiones del abogado general Sr. Priit Pikamäe, párr. 58.

datos que han tenido ocasión de valorar esta cuestión y a las que se ha aludido anteriormente con los asuntos referentes a Klarna y Creditinfo.

En resumen, la información que se ha de incluir en las explicaciones correspondientes a la lógica subyacente de la decisión vendría a ser la que ha conducido a una determinada calificación y a la consiguiente decisión (por ejemplo, las circunstancias que han tenido un impacto negativo en el resultado), y también los datos a los que se ha atribuido mayor peso (como constar en un registro de impagados).

Por consiguiente, una vez se ha corroborado la existencia de una explicación *ex post* y se ha delimitado la información que debe facilitarse, se plantean algunas dificultades que pueden convertirse en trabas para la efectividad de este derecho. Pueden consistir tanto en límites internos como externos del propio algoritmo o modelo. En el caso de los primeros, son los relativos a la propia complejidad que pueden albergar y, por ende, también a una explicación sobre su funcionamiento. Respecto a los segundos, son la forma en la que se han de ponderar estas explicaciones con el secreto comercial que las empresas que elaboran los algoritmos alegan a la hora de denegar unas explicaciones más precisas. En los apartados siguientes se incidirá en estos aspectos y se intentará determinar si son realmente obstáculos insalvables o sencillamente un pretexto para perpetuar el fenómeno de la *black box* y la opacidad, cuyos beneficios se encuentran muy lejos de favorecer al consumidor.<sup>116</sup>

#### 3.2.4. *La complejidad de la explicación*

Como ya se ha avanzado, la transparencia es fundamental para poder ejercer adecuadamente los derechos que garantizan al consumidor poder conocer cómo se ha llegado a la decisión de denegarle el crédito y poder impugnarla, si así lo cree conveniente, o simplemente asegurarse de que hay un motivo justificado detrás.

Sin embargo, la introducción de la IA y la automatización en los procesos de evaluación crediticia puede dificultar, e incluso frustrar, los objetivos del legislador europeo en cuanto a la transparencia.<sup>117</sup> Y es que los algoritmos introducen una opacidad sin precedentes debido, en parte, a su propia configuración.<sup>118</sup> Es decir, algoritmos y opacidad van inescindiblemente de la mano, uno forma parte del otro, como consecuencia de las dificultades técnicas que supone explicarlos —al menos, algunos de ellos—. En efecto, se podría distinguir, en función de la técnica utilizada, entre los algoritmos que sí que se pueden explicar y los que no.

---

116. «As Pasquale points out, “finance industries profit by keeping us in the dark”»; véase en Zofia BEDNARZ y Linda PRZHEDETSKY, «AI opacity in the financial industry», p. 70.

117. Noelia COLLADO-RODRÍGUEZ, «La evaluación de la solvencia», p. 55.

118. Zofia BEDNARZ y Linda PRZHEDETSKY, «AI opacity in the financial industry», p. 70.

En cuanto a los primeros, incluiríamos los llamados *árboles de decisión*, a cuyo resultado se llega a partir de una secuencia de pruebas. En cada una se prevén posibles respuestas que a su vez plantean nuevas preguntas, y así sucesivamente hasta que se alcanza una solución.<sup>119</sup> Se fundamentan en un proceso inductivo, por lo que resultará relativamente sencillo saber cómo se ha llegado a una conclusión determinada, retrocediendo los pasos que se han seguido. Por ende, en estos casos se entiende que no existe la *black box*.<sup>120</sup>

Respecto a los segundos, en los que encontramos, por ejemplo, la red neuronal, plantean más problemas de transparencia porque resultan casi imposibles de explicar. Utilizan aprendizaje automático (*machine learning*), que se asemeja al proceso que puede hacer el cerebro humano y es un método que permite al algoritmo encontrar patrones con los que luego hacer predicciones.<sup>121</sup> Y no solo eso, sino que, además, es capaz de aprender de sus análisis previos y afinar su procesamiento para conseguir una mayor precisión en sus siguientes correlaciones y predicciones.<sup>122</sup> Es esta capacidad de autoaprendizaje la que implicará una gran falta de transparencia, porque al final resulta inexplicable cómo aprende y hace correlaciones, pues lo hace de forma autónoma.<sup>123</sup>

Por lo tanto, existirán muchas dificultades a la hora de determinar y explicar cómo el algoritmo ha llegado al resultado individual; por ejemplo, qué patrones ha encontrado y sobre qué datos lo ha hecho.<sup>124</sup> Es en estos últimos casos donde esencialmente reside el problema para dar una explicación, pero el GTPD-29 advierte que la complejidad de las explicaciones no puede utilizarse como disculpa para eludir las obligaciones de información.<sup>125</sup>

Asimismo, la ABE exige que cuando se utilicen innovaciones tecnológicas en la concesión de créditos, como es el uso de modelos con IA, se conozca cómo operan. Ello permite dar explicaciones adecuadas, pues implica conocer su funcionamiento y cómo se ha llegado a un resultado determinado. Por ello, exige a las entidades de crédito que garanticen la trazabilidad de los resultados, conozcan los modelos que utilizan y, si van a ser necesarias explicaciones durante la utilización del modelo (como

119. Maja BRKAN, «Do algorithms rule the world?», p. 20.

120. Antoni ROIG, *Las garantías frente a las decisiones automatizadas*, p. 140.

121. Alba SORIANO ARNANZ, *Data Protection for the Prevention of Algorithmic Discrimination*, p. 38 y 39.

122. Michal S. GAL y Niva ELKIN-KOREN, «Algorithmic consumers», *Harvard Journal of Law & Technology*, núm. 30 (2017), p. 309 y 313, <<https://ssrn.com/abstract=2876201>> (consulta: marzo 2024).

123. P. PAAL, «Artificial intelligence as a challenge for data protection law», p. 295 y 296.

124. Ralf POSCHER, «Artificial intelligence and the right to data protection», en Silja VOENEKY *et al.* (ed.), *The Cambridge handbook of responsible artificial intelligence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2022, p. 283.

125. GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29 (GTPD-29), *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas*, p. 28 (nota al pie de página 40).

es el caso del artículo 15.1*b* RGPD cuando se usa un *score* para valorar la concesión de un crédito), utilicen uno que sea interpretable.<sup>126</sup> A pesar de que las directrices que proporciona la ABE no tienen carácter vinculante, ello no significa que puedan ser inobservadas, ya que aun así tienen gran relevancia en el sector bancario europeo e incluso se citan en la propia DCC a efectos interpretativos en el considerando 55.

El razonamiento de la ABE está bien encaminado, pues si las entidades crediticias no son capaces de explicar cómo funcionan los medios que utilizan para tomar decisiones, ello no estaría muy lejos de suponer que deliberadamente no quieren dar las razones por las que toman una decisión determinada, lo que convertiría en arbitrario todo su proceso decisorio. Por consiguiente, si los medios utilizados son técnicamente inexplicables, o bien se usan como apoyo para la toma de decisiones o bien, directamente, no se utilizan.<sup>127</sup> A veces parece que esta última opción no se pueda contemplar y que si algo existe, necesariamente se ha de utilizar,<sup>128</sup> sin pensar si realmente aporta algo útil o si, por el contrario, da más problemas que soluciones.

El Reglamento de IA dirime en este sentido de forma más contundente, ya que prohíbe los modelos cuyo funcionamiento y resultados no puedan entenderse. Así se deriva del artículo 13 RGPD, que obliga a que se desarrollen los sistemas de IA de alto riesgo, de modo que quien los utilice pueda interpretar fácilmente sus resultados y, por tanto, su funcionamiento sea transparente. El artículo 15 RGPD continúa exigiendo que dichos sistemas funcionen de manera consistente durante todo su ciclo de vida en términos de precisión. Ello implica que si los creadores o usuarios del modelo no conocen constantemente su funcionamiento, es decir, no saben cómo aprende, a qué variables atribuye más peso, cómo correlaciona, parametriza y perfila, no se podrá utilizar. Estos artículos tienen una importancia significativa porque suponen pasar de una recomendación, como son las directrices de la ABE, a una obligación, la de que los bancos entiendan los algoritmos que utilizan. Algo que, como adelantamos, la sentencia del asunto SCHUFA fracasó en hacer.

Por ende, la preocupación o excusa que venía resonando en la doctrina respecto a aquellos sistemas que ni los propios creadores o expertos podían comprender,<sup>129</sup> ha dejado de tener sentido con la adopción del Reglamento de IA.

A mayor abundamiento, cabe señalar que las dificultades de explicación referentes a los sistemas de aprendizaje autónomo, señaladas anteriormente, podrían empe-

---

126. EUROPEAN BANKING AUTHORITY (EBA), *Directrices sobre concesión y seguimiento de préstamos*, párr. 53 y 54.

127. Manuel MEDINA GUERRERO, «El derecho a conocer los algoritmos utilizados», p. 171.

128. Michal S. GAL y Niva ELKIN-KOREN, «Algorithmic consumers», p. 88.

129. Paul VOGEL, «A “Right to Explanation” for Algorithmic Decisions?», en Amedeo SANTOSSO y Giulia PINOTTI (ed.), *Data-driven decision making. Law, ethics, robotics, health*. Pavia, Pavia University Press, 2020, p. 50, <<http://archivo.paviauniversitypress.it/oa/9788869521348.pdf>> (consulta: abril 2024).

zar a ser superadas gracias a nuevas innovaciones como la que propusieron Datta, Sen y Zick.<sup>130</sup> En su trabajo de investigación publicado en 2016 desarrollaron un método que permite explicar los resultados que se obtienen mediante aprendizaje automático, introduciendo unas medidas de influencia cuantitativa de entrada (en inglés, *quantitative input influence*, QII) que posibilitan conocer la influencia que los datos o variables introducidos (*inputs*) han tenido en el resultado (*output*).<sup>131</sup> Ello permite explicar cómo ha llegado el sistema a una decisión concreta que, además, los propios autores ejemplifican con una decisión crediticia. Aún está por ver la eficacia de este sistema, pero es evidente que abre una puerta a sistemas algorítmicos más transparentes, que se ajusten a las exigencias legales y que eviten un uso arbitrario y abusivo de la IA que perjudique a los consumidores.

En esta misma línea se dirigen también las técnicas de inteligencia artificial explicable (en inglés, *explainable artificial intelligence*, XAI), cuyo objetivo es diseñar los algoritmos de manera que ellos mismos puedan explicar su propio funcionamiento y los factores que tienen en cuenta para dar un cierto resultado, convirtiendo la *black box* en una *glass box*.<sup>132</sup> Asimismo, facilitan el proceso de proporcionar explicaciones, ya que estas técnicas se dan de manera que resulten comprensibles al receptor, que en este caso es el consumidor.<sup>133</sup> Así, se intenta evitar que cuando se tengan que prestar dichas explicaciones, se conviertan en un mero formalismo y el interesado realmente no tenga información que le permita entender los resultados e impugnar la decisión, desvirtuándose por completo el contenido de su derecho.

En este mismo sentido se encamina el artículo 18.8a DCC, que obliga al prestador a dar una explicación clara y comprensible cuando la evaluación crediticia se haga a través de medios automatizados. Que las explicaciones se adecuen al nivel de comprensión de un usuario medio, y no al de un experto (a pesar de que pueden verse como una renuncia a una explicación precisa y detallada), puede ser favorable para que no se desvelen secretos comerciales, que es la baza que las empresas utilizan para no proporcionar explicaciones suficientes. Esto se debe a que la información que se proporcione debe ser acotada y sencilla, simplificada para que el consumidor pueda comprenderla.

130. Maja BRKAN, «Do algorithms rule the world?», p. 21.

131. Anupam DATTA, Shayak SEN y Yair ZICK, «Algorithmic transparency via quantitative input influence: theory and experiments with learning systems», en *2016 IEEE Symposium on Security and Privacy*, Los Alamitos (CA), IEEE Computer Society, 2016, p. 598, <<https://doi.org/10.1109/sp.2016.42>> (consulta: abril 2024).

132. Paul VOGEL, «A “Right to Explanation” for Algorithmic Decisions?», p. 56.

133. Philipp HACKER y Jan-Hendrik PASSOTH, «Varieties of AI explanations under the law», p. 362 y 365.

### 3.2.5. Secretos comerciales: ¿excusa o necesidad?

El otro problema al que se enfrenta el derecho de explicación es el secreto comercial al que las empresas se aferran para no dar a conocer cómo se obtiene el cálculo del *score* y, por tanto, su funcionamiento, los datos que se procesan y su peso respectivo. Ello puede tener consecuencias muy graves en la transparencia, que es un elemento clave de la protección de datos, y en la evitación de la discriminación. Pero la mayor contrariedad en este aspecto proviene de la negligencia con la que el legislador europeo y otros operadores jurídicos han abordado esta cuestión, ya que no han dedicado muchos esfuerzos a prestar atención a este evidente conflicto de intereses.

El RGPD se limita a exponer la existencia de un conflicto de intereses y la necesidad de encontrar un equilibrio entre ambos derechos, pero no propone soluciones o indicaciones sobre cómo se han de ponderar. El abogado general del TJUE, en sus conclusiones para el asunto SCHUFUFA, en cambio, sí que parece más consciente de la necesidad de proponer una solución. En concreto, entiende que es necesario conocer qué datos y qué peso ponderado tienen para satisfacer el derecho a conocer la lógica subyacente.<sup>134</sup> La sentencia del asunto SCHUFUFA directamente guarda silencio en este aspecto que resulta clave en el caso que se planteó. Precisamente el conflicto se derivó, en parte, de la negativa de SCHUFUFA a proporcionar información sobre el *score* a la demandante utilizando como pretexto los secretos comerciales.

En el RGPD el considerando 63 afirma que conocer la lógica implícita del tratamiento automatizado no puede afectar negativamente los derechos de terceros, y menciona especialmente los secretos comerciales. Seguidamente, da un paso atrás y vuelve a recordar que ello no puede significar que se niegue toda la información al interesado. Su redacción es confusa, en el sentido de que no se puede descifrar por cuál de los intereses en conflicto se inclina. El GTPD-29 se aproxima a esta cuestión en términos similares, pues únicamente alude al ya citado considerando 63. Por tanto, de los recursos de donde se podría conseguir una respuesta más concluyente, no se obtiene indicio alguno que ayude a disipar las dudas al respecto.

Además, a nivel internacional se encuentra en proceso de negociación un acuerdo comercial sobre comercio electrónico promovido por la Organización Mundial del Comercio (World Trade Organization, WTO), en el que participa la UE, que puede implicar una dificultad añadida en este sentido porque es probable que contenga una prohibición de acceso al código fuente de los algoritmos por parte de los gobiernos, de manera que será más difícil llevar a cabo controles de los sistemas automatizados,<sup>135</sup> como los que elaboran perfiles para el *credit scoring*.

---

134. Asunto C-634/2021, conclusiones del abogado general Sr. Priit Pikamäe, párr. 58.

135. Zofia BEDNARZ y Linda PRZHEDETSKY, «AI opacity in the financial industry», p. 78.

Sin embargo, parece necesario hacer una ponderación justa y proporcionada de ambos derechos, atendiendo a los intereses en conflicto. De esta forma, sería problemático que la empresa de información crediticia o el banco que desarrolla el modelo con el que realizará el *credit scoring*, pueda blindarse de cualquier obligación de explicar la lógica subyacente a través de los secretos comerciales. Resulta desproporcionado que se obtenga un gran lucro y un gran poder a costa de procesar y utilizar esos datos y que ello no lleve aparejada una responsabilidad acorde.

### 3.2.5.1. Preceptos normativos contrarios a la protección absoluta del secreto comercial

Cabe señalar que, a pesar de que la UE directamente no ha abordado este conflicto de intereses, o al menos no lo ha hecho con la contundencia y determinación suficientes, existen varias disposiciones en normativa diversa que podrían contribuir a pensar que el secreto comercial no siempre prevalece.

En primer lugar, si acudimos a la Directiva de secretos comerciales,<sup>136</sup> en su artículo 5d se prevé poder excepcionar los secretos comerciales en el supuesto de que se hayan de proteger intereses legítimos reconocidos por la UE. En este caso, la protección de datos parece que podría cumplir con este requisito, ya que está también salvaguardado como derecho en el artículo 8 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales, que constata el gran valor que tiene a nivel europeo.

En segundo lugar, el Reglamento de IA contiene varios preceptos que se decantan por el derecho a la información y la transparencia de los sistemas de IA. En este instrumento normativo encontramos por primera vez un verdadero posicionamiento por parte de la UE en favor de la transparencia por encima del secreto comercial. Así, por ejemplo, el considerando 71 cree necesario poseer información, entre otras cosas, sobre los algoritmos, sobre los datos utilizados por el sistema de IA y sobre su funcionamiento durante todo su ciclo de vida, para verificar que se cumple con las exigencias impuestas por el Reglamento. Por otro lado, el artículo 74.13 permite a las autoridades competentes de vigilancia del mercado acceder al código fuente cumpliendo ciertos requisitos. Esto probablemente lo avalaría el artículo 5 de la Directiva de secretos comerciales, confirmando lo que se había propuesto anteriormente: que la protección de datos es un interés legítimo salvaguardado por la UE. Finalmente, el artículo 78 permite y da por hecho que puede ser necesario desvelar información

---

136. Directiva (UE) 2016/943 del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2016, relativa a la protección de los conocimientos técnicos y la información empresarial no divulgados (secretos comerciales) contra su obtención, utilización y revelación ilícitas, DOUE núm. 157 (15 julio 2016).

sujeta a secreto comercial, aunque imponiendo un deber de confidencialidad a las autoridades involucradas.

Una postura similar se ha adoptado también tanto en el Reglamento de servicios digitales<sup>137</sup> como en el Reglamento de mercados digitales.<sup>138</sup> A pesar de alejarse un poco del ámbito que nos concierne en este trabajo, resulta pertinente porque la ponderación de intereses que se hace es la misma. Ambas normativas permiten acceso y explicaciones detalladas sobre el algoritmo a la Comisión Europea y, en el caso del Reglamento de servicios digitales, también a la autoridad competente encargada de supervisar su cumplimiento,<sup>139</sup> que es el coordinador de servicios digitales. Así, cualquiera de ellos podrá exigir explicaciones relativas al diseño, la lógica, el funcionamiento y la realización de pruebas de sus sistemas algorítmicos.<sup>140</sup>

Sin embargo, cabe hacer una precisión a todo esto: no es lo mismo proporcionar esta información a autoridades competentes, como tribunales o autoridades de vigilancia, que a todo consumidor que solicite información sobre la lógica subyacente del modelo de *credit scoring*. Y ello por la falta de confidencialidad y por el consecuente riesgo que puede suponer que cualquiera que lo solicite pueda tener acceso a información confidencial. Sin embargo, esto no debe servir como pretexto para directamente no conceder la información de los artículos 13, 14 y 15 RGPD.

A nivel estatal, se ha permitido a personas que no ejercen competencias con tanta autoridad como las mencionadas anteriormente, el acceso a información susceptible de constituir secretos comerciales. Así lo ha dispuesto el Estatuto de los trabajadores en una modificación reciente.<sup>141</sup> Su artículo 64.4d establece:

El comité de empresa, con la periodicidad que proceda en cada caso, tendrá derecho a:

[...]

d) ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a

---

137. Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de servicios digitales), DOUE núm. 277 (27 octubre 2022).

138. Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital y por el que se modifican las directivas (UE) 2019/1937 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de mercados digitales), DOUE, núm. 265 (12 octubre 2022).

139. Emily M. WEITZENBOECK, «User Empowerment in the Age of Algorithms», en Andrej SAVIN y Jan TRZASKOWSKY (ed.), *Research handbook on EU Internet Law*, 2ª ed., Cheltenham, Edward Elgar Publishing, 2023, p. 407.

140. Reglamento de servicios digitales, art. 40.3.

141. Adrián PALMA ORTIGOSA, *Decisiones automatizadas y protección de datos*, p. 197 y 198.

la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.

El comité de empresa es un órgano representativo de los trabajadores de una empresa determinada, formado por ellos mismos. Por tanto, si se ha permitido y priorizado que personas que no tienen en absoluto competencias análogas a las de las personas autorizadas por el Reglamento de IA y los Reglamentos de servicios y mercados digitales, parece difícil comprender por qué un consumidor afectado por el *score* crediticio no podría hacer lo mismo, ya que no se encuentra en una situación muy dispar respecto a la de los trabajadores, a los que sí se ha concedido acceso a información susceptible de constituir secretos comerciales.

Esto, además, supone un avance significativo en el derecho privado que podría extrapolarse a otros ámbitos, como la concesión de créditos, además de poder constituir el inicio de una nueva tendencia en la consecución de equilibrios reales y sustantivos en este choque de derechos que hasta ahora se encontraba estancado en obligaciones y derechos difusos. Además, cabe destacar que el hecho de que la empresa tenga que informar a los trabajadores implica primero que esta conozca el funcionamiento del algoritmo. Esta asunción resulta especialmente pertinente al asunto SCHUFa, en el cual el TJUE hizo todo lo contrario, pues descargó al banco/entidad crediticia de toda obligación de conocimiento y explicación respecto del tratamiento que se hacía de los datos y de su resultado posterior.

### 3.2.5.2. Existencia de medios para proteger el secreto comercial

En otro orden de cosas, es significativa la insistencia en denegar cualquier petición de información sobre la lógica subyacente, cuando existen medios suficientes para cumplir con la obligación de explicación y preservar adecuadamente el secreto comercial.

En primer lugar, el propio abogado general del TJUE en el asunto SCHUFa, en su única mención de este conflicto, expuso que el hecho de que la información que se haya de facilitar sea comprensible para el interesado, precluye «ya la posibilidad de una obligación de divulgar el algoritmo, habida cuenta de su complejidad».<sup>142</sup>

En segundo lugar, cabe mencionar que tanto en la Directiva sobre reclamación de daños derivados de las infracciones del derecho de la competencia<sup>143</sup> como en la

---

142. Asunto C-634/2021, conclusiones del abogado general Sr. Priit Pikamäe, párr. 57.

143. Directiva 2014/104/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del derecho nacional, por infracciones del derecho de la competencia de los estados miembros y de la Unión Europea, DOUE

Ley de enjuiciamiento civil (en adelante, LEC), se establecen medidas protectoras para acceder a fuentes de prueba susceptibles de contener información confidencial. El artículo 283 bis<sup>b</sup> LEC, que parte del considerando 18 de la citada Directiva, establece las medidas que se deberán adoptar. Entre ellas encontramos las de llevar a cabo las audiencias a puerta cerrada o restringir su acceso, eliminar la información especialmente sensible de los documentos que la contengan, etc. Por tanto, existen medios para acceder a información sensible garantizando la confidencialidad, de manera que si esto se prevé en el seno de los procesos judiciales en acciones por daños en la competencia, no parece que haya inconveniente en que ello se pueda extrapolar a otros ámbitos, como el bancario y el *credit scoring*.

Es preciso decir que en materia de competencia el Tribunal Federal de Justicia de Alemania el pasado febrero de 2024 se pronunció a favor de revelar secretos comerciales a los competidores en un procedimiento de investigación sobre falseamiento de la competencia, atendiendo al principio de proporcionalidad.<sup>144</sup> Esta sentencia resulta especialmente relevante porque, por primera vez, se resuelve a favor de otros intereses que colisionan con los secretos comerciales y, particularmente, a favor de competidores. A nuestro entender, ello resulta más comprometedor que revelar secretos comerciales a un particular, cuyo único interés es conocer cómo se ha tomado una decisión determinada para poder impugnarla, sin con ello poder obtener ningún lucro. Por tanto, sería del todo incongruente e inverosímil que se siguiera negando al interesado de manera rotunda el acceso a la lógica subyacente.

En tercer lugar, existen formas alternativas para explicar cómo se calcula el *score* sin comprometer los secretos comerciales. Por ejemplo, podría facilitarse la información explicando las categorías de datos que se tienen en cuenta y el valor correspondiente que se les otorga de forma «ruidosa» (*in a noisy fashion*). Es decir, dar unos intervalos en vez de porcentajes exactos.<sup>145</sup> Otra manera podría ser a través de las demostraciones contrafactuales consistentes en explicar qué parámetros personales hubieran hecho que la decisión fuera otra<sup>146</sup> y han sido decisivos para no conceder el crédito. Esta es una medida muy útil para el consumidor porque le permite entender la decisión, detectar si ha habido errores o incongruencias y adaptarse a los requisitos de la máquina para poder obtener el crédito en el futuro. Por ejemplo, en el supuesto de que el factor decisivo sea que si se hubiera tenido más ingresos el *score* hubiera sido satisfactorio, el consumidor tendría la posibilidad de facilitar información adicional

---

núm. 349 (5 diciembre 2014).

144. «Google (Schutz von Betriebs— Und Geschäftsgeheimnissen Bei Beteiligung von Wettbewerbern Durch DasBundeskartellamt)», <<https://www.bundesgerichtshof.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2024/2024033.html>> (consulta: 17 mayo 2024); nota de prensa relativa al BGH (Tribunal Federal de Justicia de Alemania), Sentencia de 20 de febrero de 2024, KVB 69/23 13.

145. Philipp HACKER y Jan-Hendrik PASSOTH, «Varieties of AI explanations under the law», p. 350.

146. Zofia BEDNARZ y Linda PRZHEDETSKY, «AI opacity in the financial industry», p. 90.

que a lo mejor no se había tenido en cuenta (ingresos que se desconocían) o bien la de solicitar un crédito inferior que se ajustara más a su situación económica.<sup>147</sup> Otras opciones que facilitarían la transparencia sin comprometer la confidencialidad, y que han sido mencionadas en apartados anteriores, son las técnicas XAI y el método de *quantitative input reference*. Ambas son alternativas explicativas para la IA que permiten informar sobre cómo ha llegado el modelo a un resultado concreto sin abrir la caja negra.

Finalmente, cabe hacer referencia a FICO, una de las mayores empresas de información crediticia de Estados Unidos, que utiliza medios automatizados para elaborar los *credit scorings*.<sup>148</sup> Es interesante el contraste con otras empresas de información crediticia por el nivel de transparencia que provee en su página web. Publica los porcentajes que otorga a cada factor que se tiene en consideración para calcular el *score*:<sup>149</sup> 35 % al historial de pagos, 30 % a las deudas, 15 % a la duración del historial crediticio, 10 % a los nuevos créditos y 10 % a la combinación de créditos. Además, explica de cada factor qué se tiene en cuenta exactamente y por qué. Por ejemplo, explica qué componentes se tienen en cuenta para valorar el 35 % correspondiente al historial de pagos, los datos que en caso de tenerse afectarán negativamente al *score* y consejos para mejorarlo.<sup>150</sup>

Toda esta información es la que tribunales y operadores jurídicos entendieron que era significativa sobre la lógica implícita del artículo 15 RGPD, por lo que remitimos a apartados anteriores.

Por ello resulta difícil comprender por qué se plantean tantos problemas en Europa acerca de dar esta información y se alude rápidamente a secretos comerciales, cuando existen ejemplos en otros países donde esto no sucede y se proporciona voluntariamente. Además, existen medios muy diversos para facilitar dicha información, por lo que persistir en negar un acceso total a la lógica subyacente no hace sino despertar ciertas dudas sobre por qué no se quiere dar una información que empresas análogas no tienen reparos en facilitar.

147. Sergio GENOVESI *et al.*, «Standardizing fairness-evaluation procedures», p. 10 y 11.

148. Hicham SADOK, Fadi SAKKA y Mohammed El Hadi El MAKNOUZI, «Artificial intelligence and bank credit analysis: a review», *Cogent Economics and Finance*, núm. 10 (2022), p. 6, <<https://doi.org/10.1080/23322039.2021.2023262>> (consulta: febrero 2024).

149. Zofia BEDNARZ y Linda PRZHEDETSKY, «AI opacity in the financial industry», p. 73.

150. FICO, «What's in my FICO® Scores?», <<https://www.myfico.com/credit-education/whats-in-your-credit-score>> (consulta: mayo 2024).

### 3.2.5.3. Nueva cuestión prejudicial en el TJUE de un tribunal austriaco

Para finalizar, resulta pertinente destacar un caso reciente que ha supuesto la interposición por parte de un tribunal austriaco de una cuestión prejudicial en el TJUE<sup>151</sup> para que dirima cómo se han de conjugar los derechos de los artículos 15.1*b* y 22.3 RGPD con el secreto comercial de las empresas de información crediticia. De los hechos del caso se extrae que a una persona le fue denegada la posibilidad de contratar con una compañía telefónica debido a su *score* crediticio. El consumidor requirió a la Agencia de Protección de Datos austriaca para que solicitara a la empresa de información crediticia que le facilitara información significativa sobre la lógica subyacente del algoritmo que había elaborado el *score*. Sin embargo, la empresa se negó aludiendo a que la información solicitada era constitutiva de secreto comercial y se acudió a los tribunales. El Tribunal Administrativo de Viena (Verwaltungsgericht Wien) plantea entonces una cuestión prejudicial al TJUE para que aclare cómo se ha de dirimir este conflicto.<sup>152</sup>

Este caso resulta interesante por dos motivos. En primer lugar, porque muestra que a día de hoy, tras varios años de aplicación del RGPD, esta cuestión no ha quedado resuelta por ninguna autoridad europea ni por otros operadores jurídicos. Y ello a pesar de la trascendencia que tiene y la infinidad de casos que se han podido dar a raíz de que el interesado ejerza un derecho tan relevante como el del artículo 15.1*b* RGPD. El propio tribunal austriaco lo reitera en la formulación de las preguntas que remite al TJUE:

[...] para ejercer estos dos derechos, es necesario que el interesado obtenga primero información suficiente sobre los datos tratados y la lógica implícita en el proceso de toma de decisiones automatizadas [...], de modo que pueda comprender [...] y comprobar su exactitud.<sup>153</sup>

En segundo lugar, el tribunal austriaco también pregunta, para el caso de que efectivamente la información que se ha de conceder fuera constitutiva de secretos comerciales, «si esta tensión puede resolverse, por ejemplo, revelando la información

---

151. Sebastião BARROS VALE y Gabriela ZANFIR-FORTUNA, *Automated-Making Under the GDPR*, p. 19.

152. Asunto C-203/22, CK contra Dun & Bradstreet Austria [2022], petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgericht Wien (Austria) el 16 de marzo de 2022.

153. Verwaltungsgericht Wien (Tribunal Administrativo de Viena), VGW-101/042/791/2020-44, 11 de febrero de 2022, ap. III, p. 29. Traducción: «Um diese beiden Rechte wahrzunehmen ist es aber erforderlich, dass der Betroffene zuvor eine ausreichende Auskunft über die verarbeiteten Daten und die involvierte Logik der automatisierten [...] erlangt, sodass er diese Weise in der Lage ist, die automatisierte Entscheidungsfindung nachzuvollziehen und auf deren Richtigkeit».

que debe clasificarse como secreto comercial [...] exclusivamente a la autoridad o al tribunal».<sup>154</sup> Por tanto, no parece desencaminada la opción propuesta anteriormente de que se puedan revelar los secretos comerciales adoptando medidas de confidencialidad como las que prevén la LEC y la Directiva sobre reclamación de daños derivados de las infracciones del derecho de la competencia. De esta forma, se podría encontrar un punto intermedio entre desvelar por completo la fórmula algorítmica y todo lo que queda cubierto por el secreto comercial, y no facilitar ningún tipo de información que impida al consumidor ejercer los derechos que el RGPD le concede para poder impugnar adecuadamente la decisión automatizada de su artículo 22.

De todo lo mencionado anteriormente, cabe extraer la conclusión de que los secretos comerciales pueden suponer una dificultad añadida a la hora de dar explicaciones adecuadas en el sentido del artículo 15.1b RGPD, pero no deben utilizarse como pretexto para no proporcionarlas en absoluto. Existen medios diversos que mitigan el impacto negativo de revelar información sensible y garantizan la confidencialidad, por lo que una negación sistemática a ello puede llevar a pensar que lo que realmente sucede es que no se quiere dar la información y, por tanto, la pregunta que irremediablemente sigue es por qué.

### 3.2.6. *Todos se lavan las manos: ¿laguna normativa de protección jurídica?*

Tanto el órgano jurisdiccional remitente como el abogado general del TJUE en sus conclusiones y el TJUE en la sentencia del asunto SCHUFA, entienden que si no se interpretase el propio *score* como una decisión exclusivamente automatizada del artículo 22 RGPD, existiría una laguna normativa que impediría al interesado obtener la información que le corresponde por derecho.<sup>155</sup> Esto se debe a que tanto la empresa que elabora el *score* como el banco intentan desentenderse del deber de información del artículo 15.1b RGPD. Por tanto, la forma de evitar que lo hagan implica atribuir a la empresa de información crediticia el deber de información, considerando el *score* la decisión automatizada del artículo 22 RGPD.

El razonamiento que se sigue es que, de lo contrario, la empresa de información crediticia se ampararía en que es un intermediario y que el resultado que transmite (*score*) es más bien orientativo, ya que el banco aún tiene la última palabra respecto de si concede o no el crédito. Si no fuera, pues, una decisión a efectos del artículo 22

154. Verwaltungsgericht Wien, VGW-101/042/791/2020-44, ap. VIII, p. 38. Traducción: «[...] ob dieses Spannungsverhältnis etwa dahingehend aufzulösen ist bzw. aufgelöst werden kann, indem die als Geschäftsgeheimnis [...] einzustufenden Informationen ausschließlich der Behörde oder dem Gericht offen gelegt werden [...]».

155. Asunto C-634/2021, O. Q. contra Land Hessen con intervención de SCHUFA, párr. 61.

RGPD, no tendría que cumplir con las obligaciones que ello conlleva;<sup>156</sup> es decir, con la obligación de facilitar información significativa sobre la lógica subyacente del artículo 15.1*b* RGPD, para que el interesado pueda ejercer adecuadamente los derechos del artículo 22.3 RGPD (intervención humana, impugnar la decisión y expresar el punto de vista).

Por otro lado, se entiende que el banco no puede cumplir con el deber de información del artículo 15.1*b* RGPD porque no dispone de la información,<sup>157</sup> ya que ni gestiona ni controla el algoritmo o los datos que este procesa, sino que subcontrata a un tercero (SCHUFA) para que lo haga. Por ese motivo, para el abogado general del TJUE resulta necesario interpretar el artículo 22 RGPD de manera que incluya el *score*. Así se evitaría que el interesado se viera perjudicado por la delegación de funciones<sup>158</sup> del banco en un tercero al que ha subcontratado para llevar a cabo los *scores* que, además, predeterminan la evaluación crediticia.

Resulta sorprendente que esta haya sido la conclusión a la que han llegado el abogado general y posteriormente el TJUE, que suscribió su razonamiento. Esto es debido a que, a pesar de que estaba claro que no era la intención del legislador otorgar un derecho de información vacío de contenido, parece que tampoco se tendría que descargar de toda obligación al banco, que es, en definitiva, el que ha de evaluar la solvencia y el que decide subcontratar el servicio de generación de *scores*.<sup>159</sup>

Ello, sobre todo, cuando la ABE indica que, cuando los bancos empleen innovaciones tecnológicas para la concesión de créditos (como es el caso, aunque lo hagan a través de un tercero), han de comprender los modelos utilizados y su metodología, y han de conocer los datos que se introducen y su calidad.<sup>160</sup> Por lo tanto, si los bancos cumplieran debidamente con las directrices de la ABE, que sin ser vinculantes constituyen buenas prácticas y que la propia DCC tiene en consideración a efectos interpretativos, esta supuesta laguna normativa no existiría y se podría atribuir el deber de información a los bancos.

Por eso, no tiene sentido que la sentencia desplace toda la responsabilidad a SCHUFA e ignore las responsabilidades que los bancos tienen de conocer cómo trabaja un tercero con el que contratan, por un lado,<sup>161</sup> y las que deberían tener al poder sus operaciones afectar significativamente a la situación económica de sus clientes, por el otro.

156. Asunto C-634/2021, conclusiones del abogado general Sr. Priit Pikamäe, párr. 48.

157. Asunto C-634/2021, O. Q. contra Land Hessen con intervención de SCHUFA, párr. 63.

158. Asunto C-634/2021, conclusiones del abogado general Sr. Priit Pikamäe, párr. 50.

159. Véase también Esther ARROYO AMAYUELAS, «El scoring de Schufa», p. 10 de la paginación original.

160. EUROPEAN BANKING AUTHORITY (EBA), *Directrices sobre concesión y seguimiento de préstamos*, párr. 54.

161. Esther ARROYO AMAYUELAS, «El scoring de Schufa», p. 11 y 15 de la paginación original.

Igualmente, tener que acudir a SCHUFA para reclamar la información en lugar de dirigirse al banco o a la entidad crediticia donde ha solicitado el crédito, puede ser un obstáculo añadido para el consumidor porque le será más difícil identificar y reclamar a un tercero desconocido que no acudir al banco, que es, probablemente, con el que ha mantenido más contacto.

### 3.3. FALLO DE LA SENTENCIA

Como se ha podido avanzar en los apartados anteriores, el TJUE hizo suya la respuesta que el abogado general proporcionó en sus conclusiones del asunto SCHUFA. De esta manera, ambos entendieron que la generación de un *score* por una empresa de información crediticia que transmitía a un tercero, el cual le daba un valor determinante para establecer, ejecutar o poner fin a una relación contractual con la persona objeto del *score*, es una decisión a efectos del artículo 22 RGPD.<sup>162</sup>

Con esta respuesta se han valorado varios de los aspectos mencionados en este trabajo relativos a la intervención humana, al concepto de *decisión* y al derecho de información del artículo 15.1*b* RGPD. Con esta decisión el Tribunal ha conseguido dar respuesta a algunos de los interrogantes que preocupaban a la doctrina en esta materia: ha señalado qué se entiende por *intervención humana* y cuándo será suficiente para precluir la aplicación del artículo 22 RGPD, ha confirmado la existencia de un derecho de información posterior a la decisión y ha precisado el alcance del artículo 15.1*b* RGPD, es decir, qué se entiende por información significativa sobre la lógica subyacente.

Sin embargo, ha desperdiciado la ocasión de precisar cómo se debería resolver el conflicto entre el derecho de información y los secretos comerciales. No obstante, el Tribunal Administrativo de Viena (Verwaltungsgericht Wien) ha planteado una cuestión prejudicial que está pendiente de ser resuelta por el TJUE<sup>163</sup> y que le permitirá abordar este conflicto directamente.

Finalmente, resulta conveniente mencionar algunos de los reparos que se pueden tener respecto a la decisión del TJUE en el asunto SCHUFA. Como ya se ha introducido en el apartado anterior, resulta problemático que se haya eximido del deber de informar de la lógica subyacente a los bancos o entidades crediticias que utilizan los *scores* y se haya descargado toda la responsabilidad en la empresa de información crediticia. La contrariedad que se aprecia es que, para impedir la existencia de una supuesta laguna normativa, esta responsabilidad haya acabado atribuyéndose a la empresa que genera el *score*, acudiendo al pretexto de que, como los bancos no generan

---

162. Asunto C-634/2021, O. Q. contra Land Hessen con intervención de SCHUFA, párr. 73.

163. Asunto C-203/22, CK contra Dun & Bradstreet Austria GmbH.

el *score*, no conocen cómo se elabora ni su lógica subyacente. Es por este motivo que, en gran parte, se acaba calificando al *score* de decisión exclusivamente automatizada según el artículo 22 RGPD.

Sin embargo, resulta poco convincente la excusa a la que alude la entidad crediticia para lavarse las manos respecto a sus deberes de información. En primer lugar, porque es suyo el deber de evaluar la solvencia de sus clientes a la hora de conceder el crédito y también es suya la decisión de delegar a un tercero la generación de un valor que determine la capacidad futura de devolución y que acriticamente considera para decidir sobre la concesión del crédito. Y, en segundo lugar, porque lo habitual es conocer con quién y qué se está contratando. De manera que los bancos o entidades de crédito, como cualquier otra empresa que subcontrate servicios a terceros, en los acuerdos que alcancen deberían conocer los pormenores de cómo se va a llevar a cabo la subcontratación. Por tanto, resulta improbable que el banco desconozca los detalles de cómo se realiza el *score* realmente. Pero sería incluso peor si se desconocieran efectivamente, pues supondría una negligencia por su parte no conocer el proceso de un elemento esencial y determinante de la evaluación crediticia que, además, se ha de ajustar a unos estándares impuestos por la DCC.

Por consiguiente, en este trabajo no se cuestiona la conclusión del TJUE acerca de considerar el *score* una decisión automatizada del artículo 22 RGPD para poder vincularle las garantías que dicho precepto concede por ser un acto de especial relevancia en la decisión final,<sup>164</sup> sino que se cuestiona cómo se ha llegado a ella. Es decir, las razones que han conducido a dar esta respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el tribunal alemán.

#### 4. UN CAMBIO DE MENTALIDAD: LA NUEVA REFORMA DE LA DIRECTIVA DE CRÉDITO AL CONSUMO Y EL REGLAMENTO DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL

Recientemente el legislador europeo ha puesto el foco en adaptar la normativa existente al creciente uso de la IA y en aprobar un instrumento normativo que regule exclusivamente el desarrollo y el uso de la IA. La reforma operada en la DCC en octubre de 2023 y el ya aprobado Reglamento de IA son los instrumentos que nos han interesado en este trabajo y que muestran los intentos por parte de la UE de soslayar los efectos negativos que la IA puede tener en distintas esferas de la realidad. Por ello

---

164. Lorenzo COTINO HUESO, «La primera sentencia del TJUE sobre decisiones automatizadas y sus implicaciones para la protección de datos del Reglamento de IA», *Diario La Ley*, núm. 80 (2024), sección II.

resulta pertinente hacer un esbozo de todas las novedades que han traído consigo y que se han ido mencionando de forma diseminada en este trabajo.

En cuanto a la reforma de la DCC, se ha considerado necesario incorporar aspectos relacionados con la IA debido a su uso intensivo en sectores como el de la concesión de créditos en los que los consumidores son la parte más débil. Como ya sabemos, los algoritmos que emplea la IA se basan en conductas pasadas propias y de otros para determinar la probabilidad de que una persona devuelva el crédito. Como ello tiene consecuencias directas para los consumidores a la hora de solicitar un crédito, sobre su concesión, sobre el tipo de interés que se le aplicará, etc., resulta fundamental que se aborden estas cuestiones no solo desde el RGPD, sino también desde la propia DCC, pues la protección de datos es también protección al consumidor.<sup>165</sup>

Como ya se ha dicho, una de las grandes novedades que la DCC trae consigo respecto al RGPD es la extensión de las garantías y derechos que el artículo 22 RGPD predicaba de las decisiones exclusivamente automatizadas, a cualquier decisión automatizada. Es decir, la intervención humana, el derecho a una explicación sobre la lógica subyacente, expresar el propio punto de vista y solicitar una revisión, ahora son derechos que se ostentan con independencia del grado de automatización de la decisión. El artículo 18.6 DCC solo menciona el «procesamiento automatizado», sin distinguir si el procesamiento de datos es únicamente automatizado o no.

El abogado general del TJUE en las conclusiones para el asunto SCHUFA utiliza un razonamiento similar al que sigue el artículo 18 DCC: no hacer distinción entre diversos grados de automatización. De esta forma, para él, el factor decisivo para que el *score* se considere por sí solo una decisión a efectos del artículo 22 RGPD es el efecto que tiene la «decisión» en el interesado.<sup>166</sup> Es precisamente esta lógica la que probablemente también llevó a la DCC a conceder las mismas garantías a decisiones exclusivamente automatizadas y semiautomatizadas. Esto responde a que los efectos que las decisiones automatizadas, en sentido amplio, tienen en la persona es lo que realmente se quiere proteger. El abogado general acierta cuando incide en que lo esencial son los efectos de la decisión y, del mismo modo, la DCC entiende que esos efectos negativos también pueden tener lugar en tratamientos semiautomatizados en los que hay intervención humana. Es consciente de que, aunque exista dicha participación humana, la decisión sigue basándose en un *score* que es un tratamiento automatizado de datos, por lo que también traslada los efectos negativos de la automatización a la decisión final, aunque sea de forma más diluida.

Asimismo, la DCC es también novedosa en el sentido de que tiene en cuenta el uso del procesamiento de datos automatizado, y no solo la propia elaboración, como

165. Alexander ROBNAGEL y Christian L. GEMINN, «The GDPR Five Years On - A Retrospective from the Viewpoint of Consumers», *European Journal of Consumer Law*, año 2024, núm. 1, p. 109.

166. Asunto C-634/2021, conclusiones del abogado general Sr. Priti Pikamäe, párr. 43.

hace el RGPD. La legislación alemana en materia de protección de datos ya se había anticipado en este sentido.<sup>167</sup>

Respecto al Reglamento de IA, es interesante el enfoque basado en el riesgo que ha utilizado para regular la creación, el desarrollo y el uso de sistemas que incorporan IA. El anexo III 5b considera que son sistemas de IA de alto riesgo los que se utilicen para evaluar la solvencia y establecer una calificación crediticia (*score*) en servicios privados esenciales. Esto puede ser uno de los grandes avances en el ámbito de la IA en la evaluación de solvencia. Ello implica que en este sector ahora debe cumplirse con las exigencias previstas para este tipo de sistemas, a pesar de que para obtener explicaciones adecuadas sobre el papel del sistema de IA y su funcionamiento aún sea necesario acreditar que los derechos fundamentales del interesado han sido perjudicados, por ejemplo. A pesar de ello, con la inclusión del Reglamento de IA en el marco normativo europeo ya no solo se derivan derechos y obligaciones del RGPD —desde la perspectiva de la protección de datos— y de la DCC —desde la de la defensa del consumidor—, sino también de este instrumento normativo en el que la IA es su razón de ser y se aborda en todas sus fases y formas.

Sin embargo, un detalle que se debe considerar es qué se entiende por *servicios privados esenciales*, pues solo cuando se lleve a cabo la evaluación de la solvencia para acceder a estos, se considerará un sistema de alto riesgo. El considerando 58 del Reglamento de IA pone como ejemplo los servicios relativos a la vivienda, la electricidad y los servicios de telecomunicación, pero queda por determinar si es una lista tasada. Una interpretación restrictiva tanto del anexo III como del citado considerando en lo que respecta a «servicios privados esenciales» podría constituir una limitación preocupante, pues podría suponer que otras calificaciones crediticias realizadas con IA para obtener financiación por otros motivos no fueran recogidas por el Reglamento de IA y carecieran de las garantías que se imponen a otras evaluaciones de solvencia.<sup>168</sup>

Otra novedad que incorpora el Reglamento de IA es, como ya se ha mencionado, la cuestión de cómo se podrían explicar los sistemas de IA de aprendizaje autónomo, ya que tras su puesta en marcha sus propios creadores desconocen cómo han llegado a los resultados. Esta circunstancia no será ya un problema, pues quedan prohibidos. Los artículos 13 y 15 del Reglamento exigen que sus resultados se puedan interpretar de manera transparente y que funcionen de forma consistente durante todo su ciclo de vida.

Finalmente, el Reglamento de IA introduce la obligación de que los sistemas de alto riesgo incorporen durante su uso necesariamente intervención humana. Algo que, hasta ahora, tanto en el RGPD como en la DCC solo se preveía como un derecho

---

167. Bundesdatenschutzgesetz v. 30 de junio de 2017 (BGBl. S. 2097), § 31.

168. Gerald SPINDLER, «Algorithms, credit scoring», p. 243 y 244.

(*human out of the loop*) o, solo en el caso del RGPD, para descartar que fuera una decisión exclusivamente automatizada (*human in the loop*).

## 5. CONCLUSIONES

Tras un análisis intensivo de la doctrina académica, de las directrices y resoluciones de diversos operadores jurídicos expertos en la materia, así como de la jurisprudencia de los tribunales de diversos países europeos y poniendo el foco especialmente en el asunto SCHUFA, cabe destacar las siguientes conclusiones a las que se ha llegado en este trabajo.

La sentencia y también las conclusiones del abogado general del asunto SCHUFA han permitido abordar la cuestión de las decisiones automatizadas y la protección de datos en la concesión de créditos, que ya estaba pendiente en la doctrina desde tiempo atrás, y han arrojado luz en algunos aspectos inciertos.

En primer lugar, se ha precisado qué grado de intervención humana durante el proceso de evaluación crediticia es suficiente para precluir la aplicación del artículo 22 RGPD y, consiguientemente, no considerar una decisión exclusivamente automatizada a sus efectos. El razonamiento final ha secundado doctrina académica y jurisprudencial previa relativa a la necesidad de que dicha intervención sea significativa, de que se pueda influir y revertir la decisión dada por el sistema, si se considera necesario, y de que, por lo tanto, sirva de mero apoyo a una decisión final.

En segundo lugar, se ha confirmado la existencia de un derecho a una explicación *ex post* a la decisión crediticia individual, ya que se ha interpretado que dicha explicación ha de contener una información que necesariamente implica que esta explicación sea posterior. Asimismo, lo contrario supondría no poder ejercer los demás derechos del artículo 22.3 RGPD para impugnar la decisión.

En tercer lugar, se ha precisado exactamente qué información se ha de prestar al ejercer el artículo 15 RGPD, es decir, qué se entiende por «información significativa sobre la lógica» subyacente de una decisión automatizada. Las conclusiones del abogado general y de forma más sintética la sentencia, han secundado lo que ya iban apuntando la doctrina predominante y otros en este aspecto. Dicha información ha de comprender las razones que han conducido a una determinada calificación y los datos a los que se ha atribuido mayor importancia.

No obstante, el TJUE parece no haber sido consciente de la oportunidad que con este caso se le presentaba de abordar el preocupante obstáculo que suponen los secretos comerciales para impedir un cumplimiento real y efectivo del derecho de información expresado antes. Afortunadamente, esta cuestión no tardará en quedar dirimida, si eso es lo que realmente se quiere, ya que se ha planteado una cuestión prejudicial en el TJUE que está pendiente de resolverse y que directamente incide sobre cómo se han de conjugar los secretos comerciales con el derecho de información del RGPD.

Ciertamente, una de las mayores críticas a la Sentencia que este trabajo ha intentado reflejar es la creación de una «laguna normativa» para resolver este asunto del modo que se ha hecho. Se ha aludido al desconocimiento de las entidades crediticias sobre cómo se obtiene el *score* que ellas utilizan para determinar si se concede o no el crédito, y se ha desplazado toda la responsabilidad al tercero que subcontratan para elaborar los *scores*.

A nuestro entender, ello no parece razonable porque es suyo el deber de evaluar la solvencia de sus clientes. Además, lo razonable es conocer con quién se contrata y cómo se desempeñará la tarea encomendada. Lo que resulta desmesurado y alarmante es que se les exonere de responsabilidades inherentemente propias sencillamente porque existe otro sujeto que lo puede hacer mejor, cuando, en teoría, ambas deberían poder hacerlo igual de bien. Como ya se ha mencionado, aquí no se cuestiona el resultado al que ha llegado el Tribunal al considerar el *score* una decisión automatizada del artículo 22 RGPD, sino el camino que ha decidido recorrer para llegar a él.

Por lo que se refiere al impacto de la nueva reforma de la DCC y del Reglamento de IA en este ámbito, cabe mencionar que ha sido y va a ser muy significativo y positivo, aparte de que va a superar al RGPD en algunos aspectos cuestionables o a los que sencillamente no proporcionaba una solución clara.

Por un lado, la DCC ha eliminado la distinción que el RGPD hacía entre decisiones automatizadas y decisiones exclusivamente automatizadas, de manera que ambas llevarán aparejados los mismos derechos y garantías para el consumidor sometido a ellas. Esto es relevante, como se ha dicho, porque el efecto que pueden tener en el individuo puede ser el mismo independientemente de su grado de automatización. Además, incorpora a su regulación tanto el propio procesamiento de datos como el uso que se hace de él, superando también en este respecto al RGPD.

Por otro lado, el Reglamento de IA va a dar solución al problema que presentaban algunos sistemas por la imposibilidad de explicar su funcionamiento interno y, por ende, sus resultados debido a su capacidad de autoaprendizaje, ya que ha quedado prohibido su uso. Asimismo, los sistemas para evaluar la solvencia crediticia se consideran de alto riesgo si además afectan a derechos fundamentales del interesado, circunstancia que implicará la adopción de mayores garantías para este y obligaciones para quien los utilice.

En otro orden de cosas, cabe mencionar la cuestión del secreto comercial, que, a pesar de que se ha abordado en este trabajo, aún queda pendiente de ser resuelta por el TJUE, pero, como ya se ha dicho, lo hará próximamente. En este trabajo se ha intentado, a partir de la diversa normativa europea, de la jurisprudencia y de los avances tecnológicos existentes, determinar si se podría resolver el conflicto en favor del derecho de información y aventurar con base en qué instrumentos normativos se haría, así como el modo de ponderarlo con el secreto comercial. El posicionamiento que se adopta aquí es contrario a proteger de forma absoluta el secreto comercial, pues existen medios para asegurar un cierto nivel de confidencialidad sobre cómo

se han elaborado los algoritmos y, al mismo tiempo, proporcionar la suficiente información para poder contestar las decisiones que estos toman. De tal manera que, a nuestro entender, excusarse en el secreto comercial siembra ciertas dudas acerca de lo que realmente se quiere proteger.

Finalmente, resulta importante hacer una reflexión general. La IA es nuestro presente y ha venido para quedarse. Ello no impide aceptar que no todo lo que tenemos a nuestro alcance debe ser utilizado. Se ha de reflexionar sobre su utilidad, la mejora que conlleva y si los problemas asociados son soslayables y mínimos en comparación con las ventajas que aporta. A veces parece que esta reflexión no pueda ser considerada, que una propuesta tan «drástica» como prohibir el uso de ciertas tecnologías no pueda ser admisible. Afortunadamente, la normativa europea y especialmente el necesario Reglamento de IA parecen ser conscientes de esto y caminar hacia una ponderación real de poder y responsabilidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATOS [AEPD]. *Adecuación al RGPD de tratamientos que incorporan inteligencia artificial. Una introducción*. Madrid: Agencia Española de Protección de Datos, 2020.
- ARROYO AMAYUELAS, E. «El scoring de Schufa». *InDret*, año 2024, núm. 3 [en prensa].
- BARROS VALE, S.; ZANFIR-FORTUNA, G. *Automated-making under the GDPR: Practical cases from courts and data protection authorities*. Washington: Future of Privacy Forum, 2022.
- BEDNARZ, Z.; PRZHEDETSKY, L. «AI opacity in the financial industry and how to break it». En: BEDNARZ, Zofia; ZALNIERIUTE, Monika [ed.]. *Money, power, and AI*. 1ª ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2023.
- BIBER, S. E. *Between humans and machines: Judicial interpretation of the automated decision-making practices in the EU*. Luxemburg: University of Luxembourg, 2023 (Law Research Paper No. 2023-19). Disponible en línea en: <<http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4662152>> [consulta: abril 2024].
- BRKAN, M. «Do algorithms rule the world? Algorithmic decision-making in the framework of GDPR and beyond». *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 27, núm. 2 (2019), p. 91-121.
- COLLADO-RODRÍGUEZ, N. «La evaluación de la solvencia mediante el uso de sistemas de IA». *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 46 (2023), p. 41-67.
- COTINO HUESO, L. «La primera sentencia del TJUE sobre decisiones automatizadas y sus implicaciones para la protección de datos del Reglamento de IA». *Diario La Ley*, núm. 80 (2024).
- DATTA, A.; SEN, S.; ZICK, Y. «Algorithmic transparency via quantitative input in-

- fluence: theory and experiments with learning systems». En: *2016 IEEE Symposium on Security and Privacy*. Los Alamitos (CA): IEEE Computer Society, 2016, p. 598-617. <<https://doi.org/10.1109/sp.2016.42>> [consulta: abril 2024].
- DAVIS, P.; SCHWEMER, S. «Rethinking decisions under article 22 of the GDPR: implications for semi-automated legal decision-making». En: *Proceedings of the Third International Workshop on Artificial Intelligence and Intelligent Assistance for Legal Professionals in the Digital Workplace (LegalAIIA 2023), held in conjunction with ICAIL 2023* [en línea] (CEUR Workshop Proceedings; 3423). Disponible en línea en: <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4478107>> [consulta: marzo 2024].
- EUROPEAN BANKING AUTHORITY [EBA]. *Directrices sobre concesión y seguimiento de préstamos*. París: European Banking Authority, 2020.
- FERRETTI, F. «Consumer access to capital in the age of fintech and big data: the limits of EU law». *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, núm. 25 (2018), p. 476-499.
- FICO. «What's in my FICO® scores?». *myFICO* [en línea], <<https://www.myfico.com/credit-education/whats-in-your-credit-score>> [consulta: mayo 2024].
- GAL, M. S.; ELKIN-KOREN, N. «Algorithmic consumers». *Harvard Journal of Law & Technology*, núm. 30 (2017), p. 309-353. Disponible en línea en: <<https://ssrn.com/abstract=2876201>> [consulta: marzo 2024].
- GENOVESI, S.; MÖNIG, J. M.; SCHMITZ, A. *et al.* «Standardizing fairness-evaluation procedures: interdisciplinary insights on machine learning algorithms in creditworthiness assessments for small personal loans». *AI Ethics*, vol. 4 (2024), p. 537-553, <<https://doi.org/10.1007/s43681-023-00291-8>> [consulta: febrero 2024].
- GRUPO DE TRABAJO SOBRE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29 (GTPD-29). *Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles a los efectos del Reglamento 2016/679* [en línea]. Bruselas: Dirección General de Justicia de la Comisión Europea, 2018.
- HACKER, P.; PASSOTH, J. «Varieties of AI explanations under the law. From the GDPR to the AIA, and beyond». En: HOLZINGER, Andreas *et al.* [ed.]. *xxAI - Beyond Explainable AI*. Nueva York: Springer: 2022. Disponible en línea en: <<https://doi.org/10.1007/978-3-031-04083-2>> [consulta: febrero 2024].
- LAZCOZ, G.; HERT, P. de. «Humans in the GDPR and AIA governance of automated and algorithmic systems. Essential pre-requisites against abdicating responsibilities». *Computer Law and Security Review*, núm. 50 (2023), p. 1-20.
- LODDER, A. R.; COOPER, Z. «Do algorithms need to be regulated?». En: SAVIN, Andrej; TRZASKOWSKI, Jan [ed.]. *Research handbook on EU Internet Law*. 2ª ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd., 2023.
- MAS BADIA, M. D. *Sistemas privados de información crediticia: Nueva regulación entre la protección y el crédito responsable*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

- MEDINA GUERRERO, M. «El derecho a conocer los algoritmos utilizados en la toma de decisiones. Aproximación desde la perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos personales». *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 49 (2022), p. 151-171.
- MORGADO REBELO, D.; CAMPOS FERREIRA, F. «AI-based consumer's creditworthiness assessment: era of automation, future of scoring and the EU policy-making on automated decision-making». En: MOREIRA, Sónia [ed.]. *E. Tec yearbook: Industry 4.0: legal challenges*. Minho: Universidade do Minho Centro de Investigação em Justiça e Governação (JusGov), 2022.
- NAVAS NAVARRO, S. *Inteligencia artificial: Tecnología y derecho*. 1ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.
- PAAL, B. «Artificial Intelligence as a Challenge for Data Protection Law». En: VOENEKY, Silja et al. [ed.]. *The Cambridge handbook of responsible artificial intelligence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.
- PALMA ORTIGOSA, A. *Decisiones automatizadas y protección de datos: Especial atención a los sistemas de inteligencia artificial*. 1ª ed. Madrid: Dykinson, 2022.
- POSCHER, R. «Artificial intelligence and the right to data protection». En: VOENEKY, Silja et al. [ed.]. *The Cambridge handbook of responsible artificial intelligence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.
- ROBNAGEL, A.; GEMINN, C. L. «The GDPR five years on - A retrospective from the viewpoint of consumers». *European Journal of Consumer Law*, año 2024, núm. 1, p. 109-129.
- ROIG, A. *Las garantías frente a las decisiones automatizadas: Del Reglamento general de protección de datos a la gobernanza algorítmica*. 1ª ed. Barcelona: J. M. Bosch, 2020.
- SADOK, H.; SAKKA, F.; EL HADI EL MAKNOUZI, M. «Artificial intelligence and bank credit analysis: a review». *Cogent Economics and Finance*, núm. 10 (2022). Disponible en línea en: <<https://doi.org/10.1080/23322039.2021.2023262>> [consulta: febrero 2024].
- SORIANO ARNAZ, A. *Data protection for the prevention of algorithmic discrimination*. 1ª ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2021.
- SORIANO ARNAZ, A. «Decisiones automatizadas: problemas y soluciones jurídicas. Más allá de la protección de datos». *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, núm. 3 (2021), p. 85-127.
- SPINDLER, G. «Algorithms, credit scoring, and the new proposals of the EU for an AI Act and on a Consumer Credit Directive». *Law and Financial Markets Review*, núm. 15 (2021), p. 239-261. Disponible en línea en: <<https://doi.org/10.1080/17521440.2023.2168940>> [consulta: abril 2024].
- VARDI, N. *Creditworthiness and «responsible credit»: A comparative study of EU and US law*. Leiden: Brill, 2022.
- VOGEL, P. «A “right to explanation” for algorithmic decisions?». En: SANTOSUOSSO,

- Amedeo; PINOTTI, Giulia [ed.]. *Data-driven decision making. Law, ethics, robotics, health*. Pavia: Pavia University Press, 2020. Disponible en línea en: <<http://archivio.paviauniversitypress.it/oa/9788869521348.pdf>> [consulta: abril 2024].
- UNGERN-STERNBERG, A. von. «Discriminatory AI and the law». En: VOENEKY, Silja *et al.* [ed.]. *The Cambridge handbook of responsible artificial intelligence*. Cambridge: Cambridge University Press, 2022.
- WACHTER, S.; MITTELSTADT, B.; FLORIDI, L. «Why a right to explanation of automated decision-making does not exist in the general data protection regulation?». *International Data Privacy Law*, núm. 7 (2017), p. 76-99. Disponible en línea en: <<https://doi.org/10.1093/idpl/ix005>> [consulta: mayo 2024].
- WEITZENBOECK, E. M. «User empowerment in the age of algorithms». En: SAVIN, Andrej; TRZASKOWSKY, Jan [ed.]. *Research handbook on EU Internet Law*. 2ª ed. Cheltenham: Edward Elgar Publishing Ltd., 2023.
- WIEDEMANN, K. *Automated processing of personal data for the evaluation of personality traits: legal and ethical issues*. Múnich: Max Planck Institute for Innovation and Competition, 2018 (Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper No. 18-04). Disponible en línea en: <<https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3102933>> [consulta: marzo 2024].
- WULF, A. J.; SEIZOV, O. «“Please understand we cannot provide further information”: evaluating content and transparency of GDPR-mandated AI disclosures». *AI and Society*, núm. 39 (2024), p. 235-256.

## EL LLEGAT DE(L) DINER I DE PRODUCTES BANCARIS

**Artur Calbetó Marzo**  
*Universitat de Lleida*

### **Resum**

El text analitza l'article 427-27 del Codi civil de Catalunya, d'acord amb els seus precedents, i els tres llegats que s'hi regulen: el llegat dels diners del testador, el llegat del diner del testador en una determinada entitat i el llegat d'actius financers. No es regula, en canvi, i malgrat el títol de l'article, el llegat de diners. Es presta una atenció especial a la distinció entre actius immediatament liquidables i actius no liquidables, clau en l'aplicació de l'article. Finalment, s'estudien les regles interpretatives que estableix aquest precepte.

**Paraules clau:** llegat del diner, llegat d'actius financers, criptomonedes.

### EL LEGADO DE(L) DINERO Y DE PRODUCTOS BANCARIOS

### **Resumen**

El texto analiza el artículo 427-27 del Código civil de Cataluña, de acuerdo con sus precedentes, y los tres legados que en él se regulan: el legado del dinero del testador, el legado del dinero del testador en una determinada entidad y el legado de activos financieros. No se regula, en cambio, y pese al título del artículo, el legado de dinero. Se presta una atención especial a la distinción entre activos inmediatamente liquidables y activos no liquidables, clave en la aplicación del artículo. Por último, se estudian las reglas interpretativas que establece este precepto.

**Palabras clave:** legado del dinero, legado de activos financieros, criptomonedas.

### THE BEQUEATH OF (THE) MONEY AND OF BANKING PRODUCTS

### **Abstract**

This paper analyses article 427-27 of the Civil Code of Catalonia, in accordance with its precedents, and the three bequeaths regulated therein: the bequeath of the testator's money,

the bequeath of the testator's money in a certain financial entity and the bequeath of financial assets. On the other hand, despite the title of the article, the bequeath of money is not regulated. Special attention is paid to the distinction between immediately realizable and non-realizable assets, a key distinction in the application of the article. Finally, the interpretative rules established by this provision are studied.

**Keywords:** bequeath of money, bequeath of financial assets, cryptocurrencies.

## 1. ANTECEDENTS HISTÒRICS

La primera manifestació d'aquest tipus de llegat en l'ordenament jurídica català es troba en el Projecte de compilació de 1955.<sup>1</sup> El seu article 451<sup>2</sup> regulava dos tipus de llegats. En primer lloc, el llegat de diner, com un llegat de crèdit ordinari que el testador atorga a favor del legatari; aquest tipus de llegat es configurava com un llegat obligacional perquè s'entenia que el llegat atribuïa al legatari un dret de crèdit contra la persona gravada pel llegat, la qual estava obligada a complir el llegat encara que no existís diner en la massa hereditària. En canvi, en la segona part de l'article es regulava el llegat de tot el diner que deixés el causant en el moment de la seva mort o el diner que es trobés en un lloc concret designat pel testador en el seu instrument successori. A diferència del primer supòsit, l'eficàcia d'aquesta modalitat de llegat se circumscriu a l'existència del diner o al fet que existís en un lloc concret en el moment d'obrir-se la successió. L'article 451 del Projecte de compilació no es va incorporar a la Llei 40/1960, del 21 de juliol, sobre la Compilació del dret civil especial de Catalunya (CDCC), després del seu pas per les Corts Espanyoles. Simplement, l'article 268.1 de la CDCC es limitava a indicar que l'acreixement entre legataris no s'aplicava en el cas que el llegat ordenat fos de diner, llevat que el testador ho hagués estipulat així de ma-

1. *Projecte d'apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya*, estudi introductori a cura d'Antoni Mirambell i Abancó i Pau Salvador Coderch, Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1995 (Textos Jurídics Catalans. Lleis i Costums; 10).

2. Article 461 del Projecte d'apèndix i materials precompilatoris del dret civil de Catalunya:

En el llegat disposat a favor del creditor l'objecte del qual fos el crèdit que aquest tingués contra el testador mateix, la repudiació del llegat no implicarà per si sola, renúncia del crèdit. Si no hi ha existit mai, s'entendrà disposat un llegat ordinari de crèdit per igual import, llevat que el testador hagués erròniament cregut que era deutor per aquest crèdit o si va expressar que dubtava si ho devia, en els últims casos el llegat del qual serà ineficaç. El llegat de diners atribueix al legatari un crèdit, pel seu import, contra la persona gravada, que queda obligat a fer-ho efectiu encara que no hi hagi diners a l'herència o al seu patrimoni. No obstant això, si es arriben tots els diners que deixés el testador en morir, o els que es trobin en lloc que aquest assenyalés, el llegat serà eficaç quan hi hagi aquests diners en obrir-se la successió.

nera específica en el seu instrument successori. En aquest sentit, Albaladejo defensa que la raó d'excloure aquest acreixement és que si el causant ha decidit llegar aquest conjunt concret de diners a cada legatari, només els volia llegar aquesta quantitat, i encara que hi faltin col·legataris, no té sentit que l'acreixement actuï. Tot això, sempre que el causant no indiqui el contrari.<sup>3</sup>

No fou fins a l'article 302<sup>4</sup> de la Llei 40/1991, del 30 de desembre, del Codi de successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya, que es va incorporar la regulació positiva d'aquesta institució. La seva redacció era coincident amb la que es preveia en el Projecte de compilació de 1955 i que no es va incloure en la Compilació de 1960; de fet, el replicava de manera exacta en el seu article 451.

El següent pas en la regulació d'aquesta institució ja es troba en la Llei 10/2008, del 10 de juliol, del llibre IV del Codi civil de Catalunya (CCCat), relatiu a les successions. L'article 427-27 CCCat recull tres modalitats de llegats. En el seu apartat primer, regula el llegat de tot el diner que el causant deixi en morir, recollint la trajectòria legislativa de l'article 451 del Projecte de compilació de 1955 i l'article 302 del Codi de successions, però aporta certes regles interpretatives i novetats que seran estudiades al llarg del treball, i hi afegeix el llegat del diner dipositat en una determinada entitat de crèdit. En el seu apartat segon, l'article 427-27 CCCat introdueix una novetat legislativa que anteriorment no es trobava regulada ni en el Projecte de compilació ni en el Codi de successions. Es tracta del llegat d'actius financers, regulació en la qual també s'introdueix un conjunt de regles interpretatives. En el seu apartat tercer, l'article 427-27 CCCat disposa una clàusula favorable a la subrogació real, presumpció *iuris tantum* destructible mitjançant la voluntat contrària del causant o la deducció de la voluntat del causant en l'instrument successori. En conseqüència, la regulació actual del llibre IV del CCCat incorpora novetats rellevants en la institució, ja que preveu noves modalitats de llegat que anteriorment no estaven previstes específicament en la legislació positiva, i insereix diverses regles interpretatives. També resulta rellevant que el règim actual prescindeixi de manera específica del llegat de diner, que anteriorment sí que tenia regulació específica, tant en el Projecte de compilació com en

3. M. ALBALADEJO GARCÍA, «Art. 268 CDCC», a M. ALBALADEJO GARCÍA (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. XXIX, vol. 3, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1986, p. 443.

4. Article 302 de la Llei 40/1991, del 30 de desembre, del Codi de Successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya:

El llegat de diners atribuirà al legatari un crèdit, pel seu import, contra la persona gravada, que estarà obligada a fer-ho efectiu, encara que no hi hagi diners a l'herència o al seu patrimoni. Això no obstant, si l'objecte del llegat eren tots els diners que deixés el testador en morir, o els que es trobés en un lloc determinat, el llegat únicament serà eficaç respecte als diners que existís en el moment d'obrir-se la successió.

el Codi de successions. Aquesta supressió de la regulació autònoma del llegat de diner anterior es justifica perquè no es considera un tipus independent de llegat segons el seu objecte, sinó que es correspon amb un subtipus de llegat de cosa genèrica, encara que tingui especialitats.<sup>5</sup>

## 2. LA REGULACIÓ ACTUAL: L'ARTICLE 427-27 CCCAT

L'article 427-27.1 CCCat estableix que si el llegat té per objecte tot el diner que el causant deixi quan mori, s'entén que inclou tant l'efectiu com el diner dipositat a la vista o a termini en entitats financeres. Si el llegat se circumscriu al diner que el causant tingui en una determinada entitat, s'entén igualment que inclou ambdues modalitats de dipòsit.

L'article 427-27.2 CCCat estableix que si el llegat no es refereix específicament al diner, sinó als actius dipositats en una determinada entitat, s'entén que inclou, a més dels dipòsits de diner, tots els actius financers immediatament liquidables que pertanyin al causant en el moment d'obrir-se la successió, excepte les accions que cotitzin en mercats secundaris oficials de valors.

L'article 427-27.3 CCCat indica que si el causant disposa del diner o els actius inclosos en el llegat, després d'haver-lo ordenat, per a substituir-los per altres modalitats d'estalvi o d'inversió, ha d'entendre's que llega els actius adquirits en substitució o els subrogats ulteriorment, llevat que en ordenar el llegat hagi expressat la seva voluntat contrària o que aquesta pugui deduir-se del testament.

Aquest precepte recull principalment tres modalitats de llegat diferents entre si: en primer lloc, el llegat global de tot el diner que el causant deixi en morir, si n'hi ha; en segon lloc, el llegat en què, de manera concreta, es llega el diner que es troba dipositat en una determinada entitat financera; i, en tercer lloc, el llegat en què, de manera específica, es transmeten els actius financers que el causant té en una determinada entitat financera que siguin immediatament liquidables en el moment de l'obertura de la successió, amb exclusió legal expressa de les accions que cotitzin en mercats secundaris de valors.

La regulació introduïda per l'article 427-27 CCCat reuneix un tipus de llegat que anteriorment ja es trobava en l'article 302 del Codi de successions i un altre incorporat *ex novo*. L'objecte d'aquest treball és estudiar aquest precepte, desenvolupar els diferents conceptes que integren la regulació legal i diferenciar-la d'altres preceptes.

---

5. S. NASARRE AZNAR, «Art. 427-27 CCCat», a J. EGEA FERNÁNDEZ i J. FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre IV del Codi civil català, relatiu a les successions*, Barcelona, Atelier, 2010, p. 1555.

### 3. LA DIFERENCIACIÓ ENTRE *LLEGAT DE DINER* I *LLEGAT DEL DINER*

La primera qüestió que s'ha de remarcar és que existeixen diferents formes d'ordenar llegats l'objecte dels quals és el diner. El llegat de diner, o també llegat genèric de diner, és el que es regulava en l'incís primer de l'article 451 del Projecte de compilació de 1955 i de l'article 302 del Codi de successions, però que va desaparèixer en quedar subsumit en el llegat de cosa genèrica (article 427-26 CCCat) en la regulació del llibre IV del CCCat.<sup>6</sup> Aquest tipus de llegat presenta principalment dues modalitats.

En primer lloc, es pot ordenar com un llegat d'eficàcia obligacional mitjançant el qual el causant llega al legatari una determinada quantitat de diner: «Llego a la meva germana 7.000 euros». Aquest tipus de llegats els ha de complir la persona gravada, encara que no existeixi la quantitat llegada en efectiu, en dipòsits o en comptes bancaris en el moment de morir el testador,<sup>7</sup> perquè, com que és un llegat de cosa genèrica (una quantitat de diner), el diner per al compliment del llegat per part de la persona gravada pot trobar-se o bé en la massa hereditària o bé fora d'ella.<sup>8</sup> Actualment, en la regulació positiva vigent catalana no existeix cap precepte que reguli de manera expressa el llegat genèric de diner, de manera que s'entén subsumit dins del llegat de cosa genèrica de l'article 427-26 CCCat. De fet, García Vila assenyala que el llegat de diner és una forma especial del llegat de cosa genèrica i un llegat especial, perquè respecte d'ell no funciona el criteri de limitació que deriva de la consideració de gènere limitat que es predica d'altres llegats de cosa genèrica, atès que és possible que el testador llegui una quantitat de diner independentment de si aquest diner existeix o no en l'herència.<sup>9</sup>

En aquest mateix sentit, Grimalt Servera indica que aquest llegat de diner, que ell denomina *llegat de suma simple de diner*, és un llegat pel qual el testador deixa una suma de diner al legatari, i, per tant, participa de les característiques de tot deute dinerari: 1) l'ordenació del llegat es fa genèricament, d'una quantitat de diners, i és un tret fonamental perquè s'aplica la regla que les coses genèriques no es destrueixen (*genus non perit*), ja que de diner n'existirà sempre, encara que no es trobi en l'herència o no disposi d'ell un subjecte concret; 2) la fungibilitat del diner implica la irrellevància de les concretes monedes o bitllets que s'utilitzin, ja que només s'obliga a la restitució del mateix valor (sens perjudici dels interessos i les possibles penalitzacions); 3) implica un deute de naturalesa líquida, la qual cosa permet que operin la mora o la com-

6. S. NASARRE AZNAR, «Art. 427-27 CCCat», p. 1556.

7. P. del POZO CARRASCOSA, A. VAQUER ALOY i E. BOSCH CAPDEVILA, *Dret civil de Catalunya. Dret de successions*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires i São Paulo, Marcial Pons, 2017, p. 215.

8. S. NASARRE AZNAR, «Art. 427-27 CCCat», p. 1555.

9. J. A. GARCÍA VILA, *Los legados en el Código civil de Cataluña*, València, Tirant lo Blanch, 2019, p. 390.

pensació; 4) la naturalesa dinerària determina l'aplicació del principi nominalista, llevat que el testador hagi establert unes clàusules d'estabilització, admeses avui en el nostre ordenament jurídic. En la mateixa direcció, Garrido Melero indica que aquest llegat atribueix al legatari el dret a un crèdit, però a través d'aquest llegat no s'adquireix la propietat de la cosa llegada a la mort del causant, en cas que existeixi diner en la successió.<sup>10</sup>

En segon lloc, el llegat es pot ordenar amb eficàcia real (per tant, ja no com a llegat genèric) si se circumscriu al diner existent o corresponent a coses pròpies del testador; per exemple, el llegat en què el causant «llega tot el diner existent en la caixa de seguretat que es troba en el seu domicili» o «llega la seva col·lecció de monedes d'or». Tampoc no existeix regulació específica per a aquest tipus de llegat, que s'ha d'emmarcar en la previsió general de l'article 427-10.2 CCCat. Segons Grimalt Servera, en aquesta modalitat el diner no es tracta com una cosa genèrica, sinó específica, ja que l'hereu no està obligat a entregar una quantitat de diner, sinó aquelles unitats que es troben en un lloc, objecte o col·lecció concreta, de manera que si en aquest lloc finalment no existeix el diner, l'hereu no tindrà l'obligació de lliurar res. D'aquest tipus de llegat es desprèn un conjunt de característiques: 1) atesa l'assimilació a un llegat de cosa específica, el legatari adquireix la propietat del diner en el moment de morir el causant; 2) a diferència del llegat simple de diner, estudiat anteriorment, aquí no regeix la regla *genus non perit*, i si no existeix el diner en el lloc circumscrit, per una causa no imputable a l'hereu, aquest no l'haurà de complir, puix el seu objecte s'haurà perdut.

Segons Vaquer Aloy,<sup>11</sup> ambdues modalitats han de contenir, per a complir amb l'exigència de l'article 427-9.2 CCCat,<sup>12</sup> la indicació suficientment determinada del seu objecte, i no és suficient l'existència d'expressions que no identifiquin una concreció o una quantificació del diner objecte del llegat o que no proporcionin algun mètode per a calcular-lo de manera efectiva.

L'article 427-27.1 CCCat<sup>13</sup> recull el llegat de tot el diner que deixi el causant en el moment de la seva mort. El concepte de *diner* és molt ampli, per això el legislador

10. M. GARRIDO MELERO, *Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código civil y del Código de sucesiones por causa de muerte en Cataluña*, tom II, *La planificación sucesoria*, Barcelona, Marcial Pons, 2000, p. 420.

11. A. VAQUER ALOY, *Comentario al Código civil de Cataluña: Libro 4: Derecho de sucesiones*, Barcelona, Atelier, 2024, p. 245.

12. Article 427-9.1 del CCCat: «L'objecte del llegat ha de ser determinat o, almenys, s'ha de poder determinar en el moment en què s'ha de complir el llegat mitjançant fets o circumstàncies que resultin de la pròpia disposició».

13. Article 427-27.1 del CCCat: «Si el llegat té per objecte tots els diners que el causant deixi en morir, s'entén que inclou tant l'efectiu com els diners dipositats a la vista o a termini en entitats financeres [...]».

inclou una regla interpretativa mitjançant la qual indica que s'ha d'entendre inclòs en el llegat tant el diner en metàl·lic com el dipositat a la vista o a terminis en entitats financeres. En conseqüència, el llegat del diner planteja diferències amb el llegat d'una quantitat de diner concreta. En primer lloc, segons Nasarre Aznar no és necessari que s'assenyali específicament la quantitat llegada, ja que es presumeix llegat el conjunt total del diner que el causant hagi deixat en el moment de la seva mort, i no una quantitat específica.<sup>14</sup> El llegat de tot el diner s'entén ordenat amb eficàcia real, atès que el diner és una cosa pròpia, específica i determinada del causant, tot i que no sempre ha de ser així, perquè si el diner objecte del llegat es troba dipositat en una entitat financera, el banc obté la propietat del diner dipositat i només està obligat a la restitució del *tantundem*, no pas del diner físic que fou ingressat, característica que el defineix com a llegat de crèdit, i no de cosa genèrica. En aquest sentit, Roca Trias manifesta que és llegat de crèdit el que atribueix al legatari els crèdits que el testador tenia contra un tercer, contra el mateix hereu o bé, si escau, contra la concreta entitat de crèdit on estiguessin dipositats els diners.<sup>15</sup>

Per tant, en aquest primer apartat es recullen dos tipus de llegats diferents i amb unes conseqüències jurídiques diferents: 1) el llegat de tot el diner que el causant tingui en morir, que es configura com un llegat de cosa pròpia i determinada del causant; 2) el llegat del diner dipositat en una determinada entitat de crèdit, que és un llegat de crèdit, i respecte al qual l'entitat financera està obligada a lliurar al legatari la quantitat que estigui dipositada.

A diferència del llegat de diner, no es tracta d'un llegat de cosa genèrica, ja que el seu compliment està supeditat a l'existència de diner en la massa hereditària. És important remarcar que si el causant no disposa de diner a la seva mort, la quantitat d'aquest llegat serà zero (de fet, queda extingit o bé per pèrdua del seu objecte o bé perquè la prestació resulta impossible de complir en atenció a l'article 427-38.1 CCCat).<sup>16</sup>

L'article 427-27.2 CCCat<sup>17</sup> recull la segona modalitat de llegat que regula l'article, concretament el llegat que el causant ordena en referència al diner que tingui dipositat en una determinada entitat de crèdit. En aquest sentit, el precepte també indica que s'entenen incloses ambdues modalitats de dipòsit, tant a la vista com a termini. És importat no confondre aquest tipus de llegat d'eficàcia real amb el llegat de diner

14. S. NASARRE AZNAR, «Art. 427-27 CCCat», p. 1555: «El causant no cal que quantifiqui numèricament el "llegat dels diners", ja que en aquest cas remarca la llei, es presumeix (*iuris tantum*) que són tots els que quedin a morir en qualsevol de les formes expressades».

15. E. ROCA I TRIAS, «Llegat de crèdit», a E. ROCA I TRIAS i L. PUIG I FERRIOL (coord.), *Institucions del dret civil de Catalunya*, vol. III, València, Tirant lo Blanch, 2009, p. 412.

16. S. NASARRE AZNAR, «Art. 427-27 CCCat», p. 1555.

17. Article 427-27 del CCCat: «[...] Si el llegat se circumscriu als diners que el causant tingui en una determinada entitat, s'entén igualment que inclou ambdues modalitats de dipòsit».

dipositat en un lloc diferent d'una entitat financera, perquè el legislador, en l'article 427-27 CCCat, estableix de manera expressa que s'aplica al llegat que recau sobre el diner dipositat en una entitat financera i no en altres llocs, per exemple, en una caixa de seguretat situada en un domicili particular.

El llenguatge utilitzat pel legislador sembla reservar la previsió de l'article 427-27 CCCat al diner lliurat a una entitat financera concreta (dipositat o en una caixa de seguretat); per tant, ha d'entendre's que els llegats de diner dipositats en llocs diferents a l'entitat identificada pel causant, tot i que puguin tenir naturalesa real, hauran d'ordenar-se a través del que es preveu en l'article 427-10.2 CCCat i mitjançant la regulació de l'article 427-27 CCCat. En conseqüència, en els casos en què el precepte no resulti aplicable, s'ha d'acudir a les normes generals d'interpretació de les disposicions testamentàries.<sup>18</sup> Que el legislador inclogui aquesta previsió en la regulació de les successions sembla denotar la importància que té la regulació específica d'aquesta institució, atès que els comptes en entitats de crèdit són molt freqüents i requereixen mecanismes concrets que regulin la seva transmissió *mortis causa*.

La diferenciació entre la configuració com un llegat de diner, amb naturalesa obligacional, o un llegat de tot el diner, amb eficàcia real (excepte si el diner es troba en un compte bancari, o a termini, ja que el diner, en aquestes situacions, és propietat de l'entitat financera i només es lliga el dret de crèdit a reclamar la restitució), pot tenir repercussions econòmiques importants. Pel que fa als interessos, la qualificació com a llegat d'eficàcia real implica que els interessos del llegat es deuen des del moment de la mort del causant, tal com estableix l'article 427-20.1 CCCat. També s'assumeix el risc des del moment de la mort, llevat que sigui conseqüència de la conducta culpable de la persona gravada, tal com preveu l'article 427-19.2 CCCat. Segons Vaquer Aloy, en el llegat de diner i altres actius dipositats en entitats de crèdit, per la seva naturalesa obligacional, no es deuen interessos per les quantitats llegades fins que s'hagi produït la reclamació de l'entrega del llegat degut.<sup>19</sup> En la mateixa direcció, Puig Ferriol i Roca Trias destaquen que la qüestió més debatuda en la jurisprudència respecte d'aquest tipus de llegats, des de l'etapa de la Compilació (encara que no trobessin regulació específica), és la relativa als interessos. Segons ells, s'ha d'entendre que es deuen els interessos des que es reclama el llegat, no des del moment de l'obertura de la succes-

18. SAP, Secció 17, de Barcelona 498/2015, del 16 de desembre; Roj: SAP B 13334/2015. En la Sentència, l'Audiència Provincial recorre a la regulació general de l'article 427-6 CCCat i raona que l'article 427-27.1 CCCat s'ha d'interpretar d'acord amb la voluntat de la testadora (art. 421-6 CCCat), la qual, en el seu testament, va establir dos llegats: un a favor de P., a qui va llegar els diners de les seves llibretes i comptes bancaris en què figurés com a cotitular amb la causant, i un altre a favor d'H. i I. pel que fa a la resta de diners. Es desestima l'al·legat de la recurrent quan pretén aplicar el precepte esmentat només al seu llegat, tot oblidant que la causant en va ordenar primer un altre a favor de P.

19. A. VAQUER ALOY, *Comentario al Código civil de Cataluña*, p. 247.

sió, ja que, en aquest cas, el legatari només adquireix un crèdit al lliurament d'una determinada quantitat de diners.<sup>20</sup>

La relació entre ambdues modalitats pot ser complexa. De fet, imaginem el «llegat del diner dipositat a la caixa de seguretat del seu domicili». Si s'ordenés d'aquesta manera en l'instrument successori, s'entendria que s'ordena un llegat amb eficàcia real, ja que constituïria un llegat de diner. En canvi, si s'ordenés el «llegat de tot el diner» i dintre d'aquest diner existís el dipositat en una caixa de seguretat en el domicili, s'entendria ordenat un llegat de diner, que inclouria tot el diner que disposés el causant, també el dipositat a la caixa de seguretat, de manera que aquest no es configuraria com un llegat autònom en si mateix, sinó dintre del llegat general de tot el diner del causant. Entenem que, en aquesta situació, en una mateixa clàusula testamentària el causant podria estar ordenant més d'un llegat. Per tant, la casuística pot ser molt diversa i el règim jurídic aplicable pot variar en funció del tipus de llegat ordenat.

#### 4. EL LLEGAT DE TOT EL DINER QUE EL CAUSANT DEIXI EN MORIR

És la primera modalitat de *llegat del diner* que recull l'article 427-27 CCCat, concretament en el seu incís primer. En aquest cas, el llegat té per objecte tot el diner (estigui on estigui) que el causant deixi en morir. El legislador presumeix inclòs dins de l'expressió «diners» tant l'efectiu que disposi el causant com el diner que es trobi dipositat a la vista o a termini en entitats de crèdit, i exclou del seu objecte altres productes bancaris com, per exemple, els instruments de previsió i estalvi, que troben una regulació autònoma en l'article 421-23 CCCat. El llegat de tot el diner que el causant deixi en morir es configura com un llegat de cosa pròpia del causant; per tant, es caracteritza per ser un llegat amb eficàcia real. Aquesta característica el diferencia del llegat de cosa genèrica, perquè si no hi ha diners en la massa hereditària, no es podrà complir el llegat, que queda sense objecte. En aquest mateix sentit, Puig Blanes destaca que si el que es llega és diner i es deixa tot el que el causant tingui en morir (sense més indicacions), ho inclou tot, tant l'efectiu com els dipòsits a la vista o a termini en entitats de crèdit. En canvi, matisa que és diferent d'aquest llegat contingut en l'article 427-27.1 CCCat, en què el legislador simplement determina l'extensió del llegat, aquell en què el causant llega una quantitat concreta de diners, i és vàlid encara que en l'herència no hi hagi un import suficient per a cobrir el llegat ordenat (eficàcia obligacional).<sup>21</sup>

20. L. PUIG FERRIOL i E. ROCA TRIAS, *Fundamentos del derecho civil de Cataluña*, tomo III, *Derecho sucesorio catalán*, Barcelona, Bosch, 1981, p. 25.

21. F. PUIG BLANES, «Art. 427-27 CCCat», a F. PUIG BLANES i F. SOSPEDRA NAVAS (coord.), *Co-*

Dins del concepte de *diner* s'han d'entendre incloses les divises; per tant, s'han d'entendre incloses en el llegat del diner ordenat d'acord amb l'article 427-27.1 CCCat. Tanmateix, Garrido Melero indica que els mecanismes de representació del diner en els temps actuals plantegen problemes difícils a l'hora d'interpretar les clàusules testamentàries, si aquestes no estan ben redactades, o, inclús, quan ho estan.<sup>22</sup> Gómez Taboada també entén que el problema que tradicionalment ha plantejat aquest llegat és què s'ha d'entendre per *diner* i quina extensió abraça aquest concepte.<sup>23</sup> Segons l'autor, aquesta es la raó principal per la qual el legislador ha introduït en aquest article 427-27 CCCat un conjunt de regles interpretatives. Albaladejo defensa que per *llegat de diner* s'ha d'entendre aquell pel qual es llega una suma d'unitats monetàries, independentment de la naturalesa de la divisa.<sup>24</sup>

Una altra qüestió que se suscita és la possible inclusió en el llegat del diner d'aquells bitllets o monedes que hagin quedat fora del curs legal. En el cas d'Espanya, el cas més comú són les pessetes, que des del 2020 ja no es poden canviar per euros al Banc d'Espanya i que, amb excepcions, tenen un valor numismàtic pràcticament nul. Entenem en aquest cas que el llegat de diner que recull l'article 427-27 CCCat ha de ser interpretat de manera estricta i des del punt de vista del valor econòmic i transaccional que té el diner legal. En conseqüència, entenem que les monedes o bitllets que es trobin fora d'aquest curs no han de ser incloses en el llegat de diner ordenat perquè no tenen un valor econòmic quantificable a través del seu intercanvi. En la mateixa direcció, Albaladejo estableix que l'objecte ha de tractar-se sens dubte de diner, i no de monedes, per exemple, amb un simple valor numismàtic sense curs en l'actualitat.<sup>25</sup>

## 5. EL LLEGAT EN QUÈ DE MANERA ESPECÍFICA ES LLEGA EL DINER DIPOSITAT EN UNA DETERMINADA ENTITAT FINANCERA

És la segona modalitat de llegat de diner que recull l'article 427-27.1 CCCat. Té per objecte el diner que el causant tingui en una determinada entitat financera i s'entén que inclou igualment ambdues modalitats de dipòsit, tant a la vista com a termini. S'exclouen del llegat altres productes bancaris com, per exemple, els instruments de previsió i estalvi, però, segons Nasarre Aznar, no s'han d'excloure altres que per la seva naturalesa es puguin assimilar a les modalitats incloses pel legislador, com ara els dipòsits a la vista de divises. Es tracta, doncs, d'incloure en el llegat tot tipus

*mentarios al código civil de Catalunya*, tomo II, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters, 2011, p. 299.

22. M. GARRIDO MELERO, *Un estudio de los problemas sucesorios*, p. 419.

23. J. GÓMEZ TABOADA, *Derecho de sucesiones de Cataluña: Teoría y Práctica*, Valladolid, Thomson Reuters, 2012, p. 248.

24. M. ALBALADEJO GARCÍA, «Art. 268 CDCC», p. 444.

25. M. ALBALADEJO GARCÍA, «Art. 268 CDCC», p. 444.

d'instruments bancaris que impliquin la captació i custòdia de dipòsits dels ciutadans i que no estiguin vinculats a assegurances.<sup>26</sup> Aquest llegat es troba inclòs pel legislador dins l'àmbit del llegat del diner, i no dins d'altres modalitats de llegat, com podrien ser el llegat del diner dipositat en una caixa de seguretat o el llegat d'una col·lecció de monedes que tingués el causant.

El caràcter real del llegat es desprèn del fet que el legatari no obté el diner llegat com a gènere, sinó *per relationem*, és a dir, el que es troba dipositat en una determinada entitat concreta o, a vegades, en un compte concret, determinat específicament en l'instrument successori pel causant.<sup>27</sup> Més en concret, el que s'atribueix és el dret de crèdit contra el banc que tenia el causant. És important remarcar que la titularitat d'un compte no implica necessàriament la propietat del saldo de valors que s'hi inclogui, ja que l'entitat financera adquireix la propietat dels valors existents en els seus comptes i està obligada a la restitució del *tantundem* del diner dipositat.

Aquesta segona modalitat de dipòsit que es recull és el que Grimalt Servera denomina *llegat de crèdit*, entenent que no es configura de manera estricta com un llegat de naturalesa pecuniària, atès que el legatari rep del causant un dret de crèdit enfront d'un tercer, i no una quantitat de diner com a tal (tot i que, després de satisfer el crèdit, el legatari obté una quantitat certa de diner).<sup>28</sup>

Gómez Taboada critica negativament aquesta regla establerta en l'últim incís de l'article 427-27.1 CCCat ja que, segons ell, sol ser una idea freqüent dels testadors considerar com a diners les accions d'una societat cotitzada, atès que la seva conversió en diner *stricto sensu* és fàcil i pràcticament immediata.<sup>29</sup> Tanmateix, defensa que, per tal d'evitar aquestes possibles contradiccions entre la regulació i la voluntat del causant, la millor solució és que en l'instrument successori s'indiqui nítidament si es pretén incloure dins el llegat de diner les accions la titularitat de les quals pertanyi al causant.

## 6. EL LLEGAT D'ACTIUS FINANCERS

L'article 427-27.2 CCCat recull el règim jurídic del llegat d'actius financers, que representa una novetat necessària respecte a la regulació anterior recollida en el Codi de successions.

En aquest apartat s'estableix que el llegat que s'hi recull no només inclou els diners dipositats, sinó també els actius dipositats en una determinada entitat, també

26. S. NASARRE AZNAR, «Art. 427-27 CCCat», p. 1556.

27. A. SERRANO DE NICOLÁS, «Art. 427-27 CCCat», a E. ROCA TRÍAS (coordinadora general) i L. JOU MIRABENT (coord.), *Código civil de Cataluña. Comentarios. Libro IV. Sucesiones*, Madrid, Sepín, 2012, p. 666.

28. P. GRIMALT SERVERA, *Los legados pecuniarios*, València, Tirant lo Blanch, 2000, p. 51.

29. J. GÓMEZ TABOADA, *Derecho de sucesiones de Cataluña*, p. 249.

tots els actius immediatament liquidables que pertanyin al causant en obrir-se la successió, excepte les accions que cotitzin en mercats secundaris oficials de valors. La incorporació d'aquest tipus d'actius dins del llegat denota la importància que té aquesta institució per al legislador, ja que reconeix la necessitat de regular de manera expressa aquest tipus d'operacions, cada cop més comunes dins del trànsit jurídic.

La incorporació d'aquest tipus de llegat implica codificar el que havien dit un conjunt de sentències que ja interpretaven d'una manera àmplia el concepte de *diner*, incloent-hi, per exemple, les participacions en fons d'inversió (Sentència del Tribunal Superior de Justícia de Catalunya 42/2003, del 24 de novembre)<sup>30</sup> o bé diferents actius financers (Sentència de l'Audiència Provincial [SAP] de Lleida 104/2019, de l'1 de març).<sup>31</sup> Cada cop és més freqüent que dins del patrimoni de les persones existeixin, a part de diners en metàl·lic o en comptes corrents, productes bancaris de diferent naturalesa, entre els quals destaquen els actius de naturalesa financera. En conseqüència, el legislador ha optat per regular aquesta nova realitat amb la finalitat d'incloure i resoldre aquesta problemàtica. Això no obstant, la solució que presenta no és un paradigma de claredat.

La principal característica que han de complir els actius per a estar inclosos dins l'article 427-27 CCCat és que siguin immediatament liquidables i titularitat del causant en el moment d'obrir-se la successió. En conseqüència, a l'hora de determinar si uns determinats actius s'entenen inclosos o exclosos del llegat, haurem de comprovar la seva immediata liquiditat, és a dir, la facilitat de ser convertits en metàl·lic. Tal com adverteix Vaquer Aloy,<sup>32</sup> doncs, s'equiparen amb els diners per la possibilitat de convertir-se en diners de manera ràpida i immediata, sense haver d'acudir a mercats secundaris de valors. En aquest sentit, la liquidabilitat o il·liquidabilitat d'un determinat actiu no està associada a la pèrdua o el guany que s'obtingui de la seva liquidació, ja que un actiu pot ser líquid encara que no es recuperi la totalitat de la inversió realitzada o encara que s'assumeixin penalitzacions per a obtenir liquiditat amb immediatesa. En conseqüència, la il·liquidabilitat d'un determinat actiu financer als efectes de l'article 427-27 CCCat, pel seu caràcter binari (o és liquidable immediatament o no ho és), implica que, per tal de liquidar-lo, s'ha d'acudir al mercat secundari de valors, o bé que no es pot obtenir amb prestesa la inversió.

El problema és determinar què es considera per *actiu immediatament liquidable* i si s'ha d'entendre el terme en un sentit estricte. Vaquer Aloy defensa que no s'ha de fer una interpretació estricta, ja que es considera immediatament liquidable tot producte que admeti una ordre de venda segons la voluntat del titular, encara que aquesta no es pugui traduir de manera immediata. En canvi, altres autors com Nasarre Aznar

---

30. Roj: STSJ CAT 11854/2003, FJ 6.

31. Roj: SAP L 128/2019, FJ 3.

32. A. VAQUER ALOY, *Comentario al Código civil de Cataluña*, p. 247.

opinen que susciten dubtes els productes que, atesa la seva naturalesa, s'haurien de negociar als mercats però que, en el moment de la mort del causant, són adquirits per l'entitat de crèdit depositària per petició del beneficiari; per exemple, un conjunt d'accions per a vendre al mercat secundari, les quals no es volen mantenir, sinó simplement liquidar.<sup>33</sup>

Des del nostre punt de vista, l'objectiu del legislador en establir aquesta regulació és recollir dins del concepte tots els actius financers que, en el moment d'obrir-se la successió del titular o en un moment breu de temps que no requereixi un procés de negociació que s'allargui en el temps, puguin ser venuts o liquidats. Aquesta condició implica que cal tenir en compte la naturalesa de l'actiu per a determinar si, en les circumstàncies concretes de la successió, podrà o no ser fàcilment convertible en líquid. Això no obstant, cal considerar que la liquiditat no només depèn de la naturalesa de l'actiu llegat, sinó que hi ha situacions en què pot dependre de la voluntat de l'entitat bancària depositària d'adquirir l'actiu, ja sigui per la seva condició d'intermediària o d'emissora de l'actiu de què es tracti.

Tot i això, el legislador exclou de manera expressa «les accions que cotitzin en mercats secundaris de valors». Les possibles interpretacions d'aquesta afirmació podrien ser diverses. Només exclou les accions? Segons Vaquer Aloy,<sup>34</sup> no té gaire sentit una interpretació estricta del precepte, és a dir, que les accions siguin l'únic actiu financer que quedi exclòs de l'aplicació del precepte. En aquest sentit, han de quedar exclosos tots els actius que, per a ser liquidats, hagin de ser negociats en mercats secundaris de valors, també els que no es trobin específicament dipositats en una entitat de crèdit, sinó que aquesta hi pugui funcionar com a intermediària, emissora o fent altres funcions transaccionals similars. Per tant, el concepte ha de ser interpretat àmpliament, ja que no s'ha de perdre de vista la finalitat que persegueix el precepte, raó per la qual cal incloure en l'àmbit d'aplicació de l'article 427-27.2 CCCat un conjunt de productes bancaris que seran comentats més endavant en aquest treball.

És important portar a col·lació la SAP de Girona 84/2019, del 4 de novembre,<sup>35</sup> que proposa una interpretació sobre com s'ha d'entendre aquest precepte, la qual serà el criteri que se seguirà per a determinar la liquiditat dels actius que seran objecte de la nostra anàlisi en les pàgines següents. De la Sentència es poden extreure els criteris interpretatius següents:

1. Segons l'Audiència Provincial de Girona, el legislador, en qualificar els actius continguts en l'article com a immediatament liquidables i en excloure de manera expressa les accions que cotitzin en mercats secundaris de valors, suscita el dubte de si

33. S. NASARRE AZNAR, «Art. 427-27 CCCat», p. 1556.

34. A. VAQUER ALOY, *Comentario al Código civil de Cataluña*, p. 247.

35. Roj: SAP GI 1638/2019, FJ 4.

hi ha una tercera categoria d'actius diferent d'aquests dos tipus o, per contra, el desig del legislador és incloure en els actius immediatament liquidables tots els dipositats a l'entitat corresponent, llevat de les accions que cotitzin en mercats secundaris.

2. També cal determinar si la voluntat del legislador en optar per la terminologia que empra és eminentment tècnica des del punt de vista financer, cosa que implicaria en certs casos la necessitat d'acudir a experts per a dirimir si un actiu és immediatament liquidable o no, o, per contra, la seva intenció és establir simplement tres categories: els diners, els actius financers líquids i les accions en mercats secundaris. Remarca que és evident que hi ha actius d'una altra naturalesa (participacions en societats, assegurances...), però no encaixen en la definició d'actius dipositats en una entitat de crèdit.

3. No obstant això, la Sentència sembla reconèixer l'existència d'una quarta categoria, és a dir, els actius que no són ni diners, ni accions en mercats secundaris, ni actius líquids, sinó que es correspondria amb els actius que, per qualsevol raó, no són immediatament liquidables per la seva pròpia naturalesa.

4. Per tant, cal entendre que són actius financers liquidables els que poden ser convertits en diners de manera més o menys ràpida, dels quals resten excloses expressament les accions que cotitzen en mercats secundaris de borsa.

5. L'Audiència de Girona entén que la intenció del legislador no va ser establir un concepte eminentment tècnic del que s'ha d'entendre per *actius financers liquidables immediatament*, sinó un criteri ampli que comprèn tots els actius que es puguin convertir en diners, excloent-ne les accions i els actius que no siguin liquidables.

De tot això es desprèn que l'anàlisi s'haurà de dur a terme cas per cas, per a poder classificar de manera correcta els actius i incloure'ls, o no, en el llegat ordenat, sempre que el causant no hagi manifestat la seva voluntat contrària. Per tant, a partir d'aquesta idea descrita aquí, s'analitzaran diferents tipus d'actius per a veure el seu encaix en el precepte. Tant de la pròpia interpretació que fa la SAP de Girona 84/2019 com de la lectura del precepte es desprèn que el legislador inclou en l'article 427-27 CCCat una doble opció, per a veure si els diferents actius s'integren dins del llegat d'actius financers que s'hagi ordenat. El caràcter binari del precepte indica que els actius s'han de classificar com a actius immediatament liquidables, que s'han d'entendre inclosos en el llegat, o bé com a no immediatament liquidables; a banda hi ha els actius que cotitzen en mercats secundaris de valors, que encara que compleixin la condició d'actius immediatament liquidables es troben, per indicació expressa del precepte legal, exclosos del llegat.

En aquest sentit, és important portar a col·lació la SAP de Barcelona 233/2024, del 14 de març,<sup>36</sup> com la primera sentència que tracta matèries que haurien d'estar

36. Roj: SAP B 2894/2024.

incloses dins de l'article 427-27 CCCat, com ara els diners dipositats en una determinada entitat financera, les accions i altres actius financers. El supòsit controvertit neix arran d'un testament en el qual el cabal relicte està compost per comptes bancaris (on no existeix controvèrsia) i per altres tipus de productes bancaris, com ara accions cotitzades, deute subordinat o diferents fons d'inversió. La problemàtica rau a determinar si aquests altres contractes bancaris s'han d'entendre o no inclosos dins el llegat ordenat seguint la voluntat de la causant. L'Audiència Provincial de Barcelona, en la seva sentència, ni tan sols entra a considerar l'article 427-27 CCCat, ni el seu contingut: simplement opta per no aplicar-lo. Segons l'Audiència, l'expressió de la voluntat de la testadora, que no va utilitzar explícitament la paraula *diners*, denota que la seva voluntat era incloure també en el llegat aquests altres productes bancaris, diferents dels comptes corrents. Com observem, es defuig de l'aplicació de la normativa legal, ja que, en cas d'haver-la aplicat, les accions s'haurien d'entendre excloses del llegat ordenat.

### 6.1. DELS ACTIUS FINANCERS

Podem definir els *actius financers* com un subconjunt dels actius econòmics, entesos com a productes amb contingut econòmic sobre els quals les unitats institucionals exerceixen drets de propietat, individualment o col·lectivament, i dels quals els seus propietaris poden obtenir beneficis econòmics per la seva possessió o ús durant un període.<sup>37</sup> Per tant, depenent del tipus d'actiu financer en què s'inverteixi, es poden trobar actius més o menys líquids, qüestió fonamental en el nostre estudi.

### 6.2. DE LES ACCIONS I LES PARTICIPACIONS SOCIALS

El legislador exclou de manera expressa del llegat regulat en l'article 427-27 CCCat les accions que cotitzin en mercats secundaris. Aquesta previsió legal que conté el segon apartat del precepte indica que, encara que aquestes accions tinguin naturalesa d'actiu financer immediatament liquidable, no s'entenen incloses en el llegat ordenat, per exprés imperatiu legal. Puig Blanes manifesta que sí que s'hauran d'entendre incloses en el llegat ordenat les accions que s'integrin en fons d'inversió o de pensions.<sup>38</sup> De la previsió feta en el precepte es desprèn que sí que s'han d'entendre

---

37. INTERNATIONAL MONETARY FUND, «Clasificación de activos financieros», a *Manual de estadísticas monetarias y financieras 2001*, Washington, International Monetary Fund, 2000, disponible en línia a <[www.imf.org/external/pubs/ft/mfs/manual/esl/pdf/mfsmch4s.pdf](http://www.imf.org/external/pubs/ft/mfs/manual/esl/pdf/mfsmch4s.pdf)> (consulta: 24 octubre 2024).

38. F. PUIG BLANES, «Art. 427-27 CCCat», p. 299.

incloses en el llegat les accions que no cotitzin al mercat secundari de valors i que, en atenció a les seves característiques financeres, puguin convertir-se en líquid fàcilment.

Salvada la barrera de la cotització, apareix la barrera de la liquidabilitat, i cal distingir entre les accions que es poden convertir en líquid a través de la seva alienació, per exemple, les accions d'entitats no cotitzades però amb un repartiment de dividendes òptim, que poden ser atractives per a inversors i de relativa fàcil conversió, o bé, contràriament, les accions en situació de suspensió de cotització o bé en situació d'exclusió definitiva de cotització, com ara les accions de societats inactives o bé d'empreses que, tot i mantenir-se operatives, no cotitzen, no reparteixen dividendes i no tenen intenció de fer-ho, que implicarien un major esforç de col·locació i, per tant, una propensió inferior a convertir-se en actiu immediatament liquidable i entendre's incloses en el llegat. Una altra qüestió és l'ús del terme *acció*. Si el concepte s'interpreta de manera estricta, queden dins del llegat les participacions socials, perquè no són accions. A més, no cotitzen en mercats secundaris oficials de valors, argument de pes per a entendre que no entren en l'exclusió que incorpora el legislador i, per tant, s'han d'entendre incloses en el llegat ordenat.

Com observem, la casuística pot ser molt diversa, ja que en el patrimoni relicte poden existir accions de diferent naturalesa i és molt important saber distingir-ne la naturalesa economicojurídica, la facilitat de col·locació i el mercat real, per tal d'entendre-les incloses, o no, en el llegat ordenat. Les accions són un actiu financer abundant en les carteres d'inversió actuals i, per tant, és molt probable que en la successió hi pugui haver actius d'aquesta naturalesa. La barrera de la cotització sembla fàcil de salvar, ja que en principi seria suficient acudir al mercat secundari de valors per a comprovar si les accions d'una entitat concreta cotitzen o no, excepte en supòsits d'empreses filials, matrius empresarials o frau a través d'entramats d'empreses, on la localització de la cotització pot suscitar complicacions. L'obstacle més difícil per a classificar, dins del precepte o no, els diferents actius financers és la seva liquidabilitat, ja que moltes vegades depèn de les condicions de negociació, de la seva naturalesa jurídica o del venciment i les condicions de cancel·lació anticipades.

Un cop analitzades les accions, l'única exclusió que introdueix el legislador en l'article 427-27 CCCat, cal ocupar-se d'altres tipus d'actius financers, que presenten característiques definitòries pròpies.

### 6.3. DEL L'OR MONETARI I DELS ACTIUS DE RESERVA INTERNACIONAL DEL FONS MONETARI INTERNACIONAL

L'or monetari i els actius de reserva internacional del Fons Monetari Internacional (drets especials de gir, DEG) són actius de naturalesa financera per als quals no hi ha passius financers assimilats. L'or monetari, o reserva d'or garantida, és el que es troba en possessió del Banc Central, del Govern o bé d'entitats de gestió subjectes

al control dels ens anteriors, i s'integra dins les reserves oficials. En canvi, els DEG són actius de reserva internacionals creats pel Fons Monetari Internacional, que serveixen com a complement de les reserves oficials existents. Pel que fa a la naturalesa jurídica d'aquests actius financers, es caracteritzen per tenir poc risc, ja que són actius garantits tant per entitats nacionals com internacionals, amb una rendibilitat potencial menor que altres tipus d'inversions. L'adquisició d'aquest tipus d'actius hauria de ser qualificada d'immediatament liquidable pel tipus d'inversió que implica, segura i amb rendibilitat apropiada, que pot ser susceptible de convertir-se en liquiditat immediata a través de la seva alienació. Entenem, doncs, que les inversions en or monetari i DEG que disposi el causant s'han d'entendre incloses dins del concepte d'*actius financers immediatament liquidables* i, per tant, dins del llegat d'actius financers. També cal remarcar que altres tipus de metalls preciosos, com ara els lingots d'or o altres productes similars, per la seva naturalesa, no s'inclouen en el llegat d'actius financers ordenat.

#### 6.4. DELS VALORS FINANCERS DIFERENTS DE LES ACCIONS

Actualment hi ha certs valors financers diferents de les accions, que són instruments negociables que impliquen obligacions que s'han de liquidar mitjançant el lliurament de diners en efectiu, un instrument financer o altres efectes de valor econòmic. Dins d'aquest conjunt de valors, els tipus més comuns són les lletres del Tresor, els bons públics i les obligacions empresarials, i els certificats de dipòsit emesos per societats de dipòsit, encara que també s'hi podrien trobar altres tipus com els certificats de dipòsit negociables, els pagarés de subscripció renovable, els préstecs amb garantia hipotecària i els comptes per cobrar de targetes de crèdit. En aquest tipus d'actius, les condicions de negociació dels valors o les característiques de l'emissió prenen una importància especial sobretot a l'hora de determinar la facilitat que tenen de convertir-se en líquid.

##### 6.4.1. *De les lletres del Tresor Públic*

Les lletres del Tresor es poden definir com els valors financers de renda fixa a curt termini representats exclusivament mitjançant anotacions en un compte. Aquest tipus de valors es caracteritzen per complir un conjunt de característiques que els diferencien d'altres tipus d'actius financers del mercat, principalment la seguretat i el baix risc, l'alta rendibilitat d'acord amb els tipus d'interès vigents al mercat i la liquiditat.

Els valors del Tresor es caracteritzen per ser, dins dels valors emesos a Espanya i amb una gran diferència, els més líquids, bàsicament per l'alt volum de valors emesos, així com per l'agilitat del mercat de deute. Per tant, les lletres del Tresor normalment

compleixen el requisit que el legislador estableix en el precepte, així que si el causant llega els actius dipositats en una determinada entitat, s'hi han d'entendre incloses les lletres del Tresor que tingués el causant, com a immediatament liquidables a l'hora d'obrir-se la successió.

#### 6.4.2. *Dels bons de l'Estat*

Per altra banda, els bons de l'Estat o bons públics, que es caracteritzen per ser títols de propietat amb interès periòdic, en forma de cupó, que paguen interessos al venciment. Actualment, el Tresor de l'Estat emet bons a tres i cinc anys, així com obligacions a deu, quinze, trenta i cinquanta anys.

A diferència de les lletres del Tresor, aquest tipus d'actius financers s'emeten amb venciment a llarg termini i poden suscitar el dubte de la liquidabilitat a curt termini. En aquest sentit, caldrà tenir en compte les condicions de cancel·lació de la inversió que tingui l'emissió dels bons, i la seva anàlisi és fonamental per a determinar si poden ser catalogats com a actius immediatament liquidables o no.

Pel que fa a l'amortització anticipada, el mateix Ministeri d'Economia, Comerç i Empresa exigeix que el sol·licitant posseeixi, en la data de sol·licitud, saldo suficient del valor que s'ha d'amortitzar no subjecte a compromisos de revenda, del qual només podrà disposar mitjançant cessions temporals fins al dia anterior al de la data d'amortització. Per tant, queden exclosos de l'opció d'amortització anticipada voluntària els saldos afectes a compromisos de revenda i els saldos immobilitzats en el dipositari central de valors espanyol. Observem que, per a entendre inclosos aquests actius financers dins del llegat ordenat, s'han de comprovar diferents situacions economicojurídiques particulars. Això implica que s'ha de dur a terme un procés de comprovació més gran que en el cas de les lletres del Tresor.

Si bé és cert que la casuística és variable, la lògica indica que els bons amb venciments a menor termini poden estar subjectes a una liquidabilitat més gran que els que disposen de terminis de venciment més elevats i que normalment disposen de condicions de cancel·lació més feixugues. En conclusió, a l'hora de determinar la inclusió o no d'aquest tipus d'actius financers en el llegat, s'ha de tenir en compte el venciment del bo o de l'obligació i les condicions de cancel·lació establertes en l'emissió.

#### 6.4.3. *De les obligacions empresarials*

Un dels actius cada cop més recurrents dins del món financer, i diferenciat de l'emissió d'accions o participacions socials, és l'emissió d'obligacions empresarials. Des del punt de vista empresarial, es caracteritzen per ser fórmules de finançament alternatives, més flexibles que, per exemple, els préstecs bancaris. Des del punt de

vista de l'inversor, es constitueixen com a autèntics actius financers, ja que l'inversor obté títols de propietat d'una empresa determinada.

Aquest tipus d'obligacions solen suposar certs avantatges per als inversors, com ara una rendibilitat fixa en la inversió o la seguretat del venciment en un termini determinat, normalment a llarg termini. Aquesta situació no implica que no es puguin emetre obligacions empresarials a curt termini, però, atesa la finalitat de finançament estructural, normalment se solen emetre a llarg termini.

Aquesta situació afecta la seva liquiditat, ja que normalment s'ha d'esperar el venciment de l'obligació per a poder assumir el cobrament derivat de l'operació, sens perjudici de les condicions de cancel·lació anticipades que s'estableixin a les emissions. Una altra qüestió interessant és la possible venda entre particulars de l'obligació emesa. Les obligacions empresarials poden ser objecte de compravenda i, per tant, de liquidar-se; això no obstant, aquesta situació depèn dels potencials compradors que pugui tenir l'obligació emesa. Les característiques que poden tenir aquests actius són molt diverses, ja que no són emesos per l'Estat o per una entitat pública dependent, sinó per empreses de diferents sectors, mides i volum, les quals, en una operació de finançament, decideixen emetre aquestes obligacions per la flexibilitat i defineixen elles mateixes les condicions de l'emissió —per exemple, el termini i la rendibilitat dels actius—. La casuística és pràcticament infinita. Aquesta situació implica que en cada cas s'haurà d'analitzar si en la successió hi ha aquest tipus d'obligacions, les condicions, el venciment o la facilitat de transacció que aquestes tinguin, per a determinar si, als efectes de l'article 427-27 CCCat, s'entenen incloses en el llegat ordenat. És molt difícil establir una categorització única per a aquest tipus d'actius perquè, com s'ha dit, depenen de circumstàncies sovint externes a la voluntat del mateix causant.

#### 6.4.4. *Dels certificats de dipòsit*

Un altre tipus d'actius financers són els certificats de dipòsit, que es caracteritzen per ser un compte d'estalvis que conté un capital fix durant un període fix, ja sigui sis mesos, un any o cinc anys, pel qual l'entitat financera que emet el certificat paga un conjunt d'interessos. Aquest tipus d'inversió és considerada com una de les opcions d'estalvi més segures. *A priori*, la seva convertibilitat es veu condicionada normalment per l'assumpció d'una penalització establerta per liquidació anticipada del certificat; aquesta situació provoca que, d'entrada, aquest tipus d'actius financers, per a ser considerats com a actius financers immediatament liquidables als efectes de la previsió de l'article 427-27 CCCat, hagin de passar prèviament per un procés de cancel·lació.

Una evolució d'aquest tipus d'actius seria la dels coneguts com a *certificats de dipòsits negociables*, que es diferencien dels anteriors per ser un producte mixt, que permet la seva negociació a la borsa, cosa que permet un augment de la liquidabilitat

potencial del certificat, ja que es pot negociar al mercat secundari amb la finalitat d'aconseguir efectiu de manera immediata. Aquí el dubte és principalment si aquest tipus d'actius s'han d'equiparar amb les accions que cotitzen en mercats secundaris de borsa i, per tant, s'han d'entendre inclosos dins de l'exclusió que fa el legislador català. Analitzant la naturalesa jurídica i les característiques que plantegen tots dos productes, entenem que han de ser tractats de manera diferent. En primer lloc perquè el certificat de dipòsit negociable està integrat per capital propi de l'inversor, que és qui decideix en pro de la liquidabilitat i pot decidir executar o no les condicions de resolució anticipada o bé la seva negociació al mercat; i en segon lloc perquè la finalitat amb la qual el legislador exclou les accions cotitzables del llegat d'actius ordenats no encaixa amb aquest tipus d'actius financers. En conseqüència, pensem que aquests actius s'haurien d'entendre inclosos en el llegat ordenat.

#### 6.4.5. *Dels pagarés de subscripció renovables*

Els pagarés de subscripció renovables són una altra forma de finançament de les empreses per a obtenir liquiditat. El pagaré es configura com un document comercial, utilitzat normalment per empreses de dimensió reduïda o per autònoms, que conté una obligació de pagament per part d'un client en una data determinada. Aquesta situació pot implicar que en el moment de la successió el causant hagués atorgat pagarés amb tercers que no haguessin estat liquidats per no haver vençut. En aquestes situacions, es poden descomptar els pagarés atorgats amb la finalitat d'obtenir liquiditat immediata. Aquesta situació podria existir i els pagarés es podrien liquidar per a la seva conversió immediata en liquiditat, però aquesta situació depèn de les mateixes condicions del pagaré o de la facilitat existent amb la persona que ha d'abonar la quantitat deguda perquè satisfaci anticipadament el deute recollit en el pagaré. La naturalesa eminentment comercial del pagaré implica que resulti essencial analitzar les condicions en què aquest es va acordar, per tal de determinar-ne la liquidabilitat. Entenem, doncs, que aquest tipus d'actius s'hauran d'entendre inclosos en el llegat d'actius financers ordenat, quan presentin una liquidabilitat immediata, és a dir, quan pel venciment o per les seves condicions resultin fàcilment liquidables.

#### 6.5. DELS PRÉSTECES

Es poden definir com els actius financers que es creen quan un creditor presta fons directament a un deutor mitjançant documents no negociables (s'hi inclou una multitud d'operacions diferents, com els préstecs de garantia hipotecària, els *repos* i els *swaps*, entre moltes altres varietats). En una successió pot passar que hi hagi aquest tipus d'actius financers i que se n'hagi de determinar la liquidabilitat o, si escau, la

quantia. Aquest tipus de productes presenten una versatilitat molt elevada, ja que depenen de variables jurídiques i econòmiques individuals de cada operació, que s'hauran d'analitzar en cada situació per a determinar si en el cas concret es considera que l'actiu és immediatament liquidable, o no, a l'efecte d'entendre'l inclòs en el llegat.

## 6.6. DELS FONS D'INVERSIÓ

Els fons d'inversió es caracteritzen per ser una inversió col·lectiva que agrupa el patrimoni que han aportat un gran nombre d'inversors amb l'objectiu comú de fer inversions en certs actius financers en funció d'una estratègia preestablerta. Normalment, els fons d'inversió són gestionats i representats per una entitat gestora de naturalesa financera, que duu a terme la gestió dels fons i controla el risc de les operacions amb la finalitat d'obtenir rendibilitats per als partícips a través de la col·locació dels fons en diferents actius financers. La naturalesa d'aquests fons pot ser molt diversa, ja que solen comportar la inversió en actius financers de naturalesa diferent. Hi ha diversos tipus de fons, que s'analitzaran per separat.

### 6.6.1. *Dels fons monetaris*

Són les inversions que fan els fons d'inversió en el mercat monetari, és a dir, en mercats en què es negocien diners de curs legal, efectiu i altres actius, com ara crèdits, préstecs, pagarés d'empreses o deute públic. Aquest tipus d'inversions estan considerades de baix risc i amb una convertibilitat en líquid molt senzilla, ja que normalment la durada mitjana d'aquestes inversions és inferior als sis mesos. Com a regla general, aquest tipus d'inversions s'han de considerar immediatament liquidables als efectes de l'article 427-27 CCCat.

### 6.6.2. *Dels fons de renda fixa*

Les inversions en fons de renda fixa es caracteritzen per la seva dependència de l'evolució dels tipus d'interès. Es basen en la inversió en productes com ara bons, obligacions, pagarés o lletres del Tresor. La durada d'aquestes inversions depèn de les característiques dels productes en els quals s'hagi invertit. Aleshores, per a determinar la liquiditat de la inversió feta s'han de tenir en compte les característiques individuals dels productes en què la inversió s'ha fonamentat. Això no obstant, la majoria dels fons solen tenir finestres de liquiditat, sens perjudici de les possibles penalitzacions econòmiques que pugui comportar la seva cancel·lació.

### 6.6.3. *Dels fons de renda variable*

Aquests tipus de fons inverteixen la majoria del capital d'inversió en accions. Una de les característiques fonamentals d'aquests fons és la seva amplitud i variabilitat en funció del mercat en què s'inverteixin, l'àrea geogràfica, els sectors econòmics o altres característiques que defineixin els valors. Aquestes inversions presenten una gran variabilitat, ja que poden incloure multitud de productes financers, per la qual cosa s'hauran de comprovar en cada cas les finestres de liquiditat; en aquest sentit, si la inversió presenta aquesta liquiditat, s'ha d'entendre inclosa en el llegat ordenat segons l'article 427-27 CCCat.

### 6.6.4. *Dels fons mixtos*

Es caracteritzen per ser fons amb exposició tant a actius de renda fixa com de renda variable. La seva composició variable s'ha de prendre en consideració als efectes de l'article 427-27 CCCat, ja que la seva anàlisi resulta fonamental per entendre'ls o no inclosos en el llegat ordenat. Atès que aglutinen elements comuns dels dos fons d'inversió analitzats anteriorment, com a norma general els fons mixtos de què disposi el causant s'han d'entendre inclosos en el llegat d'actius financers ordenat, sens perjudici de la comprovació de la naturalesa de les inversions escomeses.

### 6.6.5. *Dels fons globals*

Es caracteritzen per ser fons que no disposen d'una estratègia d'inversió clara i definida, sinó que es confia a la gestora del fons la decisió d'inversió. Són fons amb un risc elevat. Als efectes de l'article 427-27 CCCat, entenem que aquests fons han de ser incorporats apriorísticament al llegat d'actius financers, ja que presenten finestres de liquiditat que permeten que, normalment amb el pagament d'una contraprestació econòmica, el fons pugui ser cancel·lat i, per tant, convertit en actiu immediatament liquidable als efectes de l'article esmentat.

### 6.6.6. *Dels fons de retorn absolut*

Són fons que asseguren, al venciment de la inversió escomesa, la recuperació del total de la inversió. La inversió sol recaure en fons garantits de rendiment fix, encara que també hi ha la possibilitat de desviar la inversió a fons de rendiment variable. Les seves característiques els configuren com a fons fàcilment cancel·lables i, per tant,

fàcilment convertibles en líquid, per la qual cosa normalment s'entenen inclosos en el llegat d'actius financers ordenat.

#### 6.6.7. *Dels fons objectius o de gestió passiva*

Són els fons d'inversió que persegueixen un objectiu determinat de rendibilitat no garantit. Són inversions amb un alt risc i difícils de cancel·lar fins que no arribin a l'objectiu de rendibilitat per als quals van ser concebuts. Per tant, difícilment poden ser considerats actius immediatament liquidables.

#### 6.6.8. *Dels altres fons*

Dins aquesta categoria s'inclouen fons d'inversió que no compleixen les característiques habituals que els defineixen. En aquest sentit, podem trobar fons com els fons cotitzats, els fons d'inversió lliure (*hedge funds*), els fons de fons o bé els fons d'inversió immobiliària. Aquests productes tenen una naturalesa jurídica i econòmica peculiar, fet que implica que per a determinar-ne la liquiditat han de ser analitzats d'una manera individual en el moment de la mort del causant.

### 6.7. DELS FONS DE CAPITAL DE RISC

Els fons de capital de risc es configuren com una institució d'inversió col·lectiva que té com a objectiu principal invertir en empreses per tal de dotar-les de finançament. Una de les diferències principals que els caracteritza respecte d'altres modalitats d'inversió és que tenen participacions en societats per a obtenir una alta rendibilitat a llarg termini. Aquestes inversions en actius es caracteritzen per la seva dificultat de cancel·lació, ja que són inversions a llarg termini difícilment amortitzables. Aquest tipus d'inversions tenen riscos elevats, principalment perquè no existeix una garantia òptima de rendibilitat, ja que depèn de la situació empresarial i del desenvolupament que la inversió proporioni a l'empresa. Aquestes característiques impliquen que en aquest tipus d'inversions no hi haurà liquiditat per a recuperar la inversió en uns anys. Per tant, als efectes de qualificar-los d'acord amb l'article 427-27 CCCat, aquest tipus d'actius no han de ser considerats com a actius immediatament liquidables i, per tant, si el causant disposa d'inversions en fons de capital de risc i ordena un «llegat dels diners» o «dels actius financers», aquests no s'hi ha d'entendre inclosos.

## 6.8. DE LES CRIPTOMONEDES

D'acord amb l'article 1.5 de la Llei 10/2010, del 28 d'abril, de prevenció del blanqueig de capitals i del finançament del terrorisme, s'entén per *moneda virtual* (o *criptomonedes*) la representació digital de valor no emesa ni garantida per un banc central o una autoritat pública, no necessàriament associada a una moneda legalment establerta i que no posseeix estatut jurídic de moneda o diner, però que és acceptada com a mitjà de canvi i pot ser transferida, emmagatzemada o negociada electrònicament. Això no obstant, la qualificació de les criptomonedes no està del tot homogeneïtzada a escala global i s'observen reticències a considerar-les com a moneda o com a actiu financer en si mateixes. De fet, hi ha diferències significatives entre els actius criptogràfics i els diners electrònics actuals. En primer lloc, la criptomoneda no implica l'obligació de deute per part del propietari o emissor (posició que adopta, per exemple, el Fons Monetari Internacional per a afirmar que els actius criptogràfics no són diners electrònics). En segon lloc, no hi ha un únic centre d'emissió o administrador central de criptomonedes. En tercer lloc, els pagaments dins del sistema d'una criptomoneda en particular poden fer-se de manera completament anònima, atès que en aquestes operacions existeix una manca total de control per part de tercers, incloent-hi les autoritats públiques.<sup>39</sup> A aquestes situacions s'uneix el fet que, pel que fa al dret civil, l'estatus legal de les criptomonedes és indeterminat a la major part del món i, si algun país s'atreveix a definir-lo, el concepte canvia gradualment a mesura que apareixen nous actius i noves tecnologies vinculades buscant un lloc òptim en la regulació dels objectes de dret civil. Això no obstant, el Salvador ha estat el primer estat del món a reconèixer les criptomonedes com a moneda de curs legal.

L'augment significatiu del volum d'aquest tipus d'actius ha generat la necessitat d'intentar caracteritzar jurídicament aquests actius. Dels estudis analitzats es desprèn que la majoria dels investigadors coincideixen que les criptomonedes no són diners en el sentit clàssic, ja que no presenten signes de diners, és a dir, no són reconegudes majoritàriament per un estat i no són un mitjà de pagament obligatori. Se susciten altres dubtes sobre la seva classificació com a actiu financer.

Defugint el debat jurídic sobre la naturalesa jurídica d'aquests actius, als efectes de l'article 427-27 CCCat s'ha de determinar si poden encaixar en els tipus d'actius la transmissió *mortis causa* dels quals es regula en el precepte. Actualment hi ha multitud de criptomonedes amb valor econòmic diferent i amb tecnologies emparellades diferents, que es conceptuen fonamentals per a la seva liquidació i, per tant, la seva inclusió en el llegat d'actius financers ordenat. En el marc del mercat de les cripto-

---

39. O. OMELCHUK, I. ILIPOL i S. ALINA, «Features of inheritance of cryptocurrency assets», *Ius Humani* (Madrid), vol. 10, núm. 1 (2021), p. 103-122.

monedes, la liquiditat normalment es refereix a la facilitat de convertir un criptoactiu en diners fiduciaris o altres monedes.

La liquidabilitat en els mercats criptogràfics ve determinada per la facilitat que hi ha per a poder comprar o vendre ràpidament grans volums de criptomonedes. Per tant, en el mercat poden existir actius criptogràfics que compleixin el criteri de la liquiditat, ja que són fàcilment negociables, o bé altres actius que, per la seva naturalesa i el seu valor econòmic, requereixen una gran negociació i no presenten una liquiditat immediata. Per tant, dins del mateix mercat poden existir actius immediatament liquidables i actius no liquidables, i, de fet, és normal que aquesta situació passi. Generalment, si el causant disposés de criptomonedes àmpliament conegudes i principals en el mercat (Ethereum, Cosmos, Shiba Inu, Cardano, Solana...), *a priori* no haurien d'existir problemes de liquidabilitat, ja que aquestes es caracteritzen per la quantitat de compradors potencials i per l'activitat del mercat, i l'alienació d'aquests actius és relativament senzilla a curt termini. No obstant això, si el causant posseeix criptomonedes poc conegudes, o amb un elevat cost de transacció, hi haurà un problema quan aquestes no puguin ser alienades al preu desitjat, i es veurà, per tant, perjudicada la seva liquiditat.

Això no obstant, els actius criptogràfics presenten individualitats que no tenen els actius estudiats abans. Principalment, com ja s'ha anunciat, el seu valor no s'associa normalment a una moneda determinada i no tenen el suport d'un banc central o una altra entitat governamental, encara que actualment molts països, entre els quals s'inclouen Espanya, França, Alemanya, els Països Baixos i Polònia, entre d'altres, reconeixen la legitimitat d'aquests actius per a ser utilitzats com a mitjà de canvi i transacció, i fins i tot el Salvador els reconeix com a moneda de curs legal. No obstant això, el mercat criptogràfic es caracteritza per la relació estreta entre la liquiditat i la volatilitat contínua dels mercats, que pateixen, de manera més intensa que els mercats tradicionals, els efectes de les pertorbacions econòmiques, ja que depenen dels subjectes que integren el mercat i no presenten garanties per part d'organitzacions o entitats dedicades a aquests fins. Tradicionalment, la volatilitat s'associa al grau en què el preu d'un actiu fluctua amb el temps, i es considera que un actiu és volàtil quan el preu oscil·la diàriament de manera agressiva en un període curt. En aquest sentit, per la seva estreta relació, un augment de la volatilitat pot contribuir a una disminució de la liquiditat, per un augment del que es coneix com a *vendes en pànic* i una ampliació dels diferencials de valor, així que, en general, una major liquiditat en el mercat condueix a una menor volatilitat. La relació entre aquestes dues variables pot generar efectes adversos per al mercat; per exemple, criptomonedes com el Bitcoin, han experimentat al llarg del temps caigudes o augments del 30 % o del 50 % del seu valor en unes poques hores. La volatilitat dels mercats de criptoactius pot venir ocasionada per situacions que també afecten els mercats tradicionals i pot estar provocada per l'existència d'especulació o pel nerviosisme dels inversors en casos de contraccions econòmiques. La relació volatilitat/liquiditat pot ser molt rellevant a l'hora d'entendre incorporat o no

un determinat actiu al llegat ordenat. La variabilitat del preu de les criptomonedes i la seva dependència del mercat poden provocar que un actiu criptogràfic que havia estat històricament molt líquid, en el moment concret de la successió no ho resulti i no es pugui entendre inclòs en el llegat ordenat.

Actualment hi ha diferents factors que han de ser valorats per a saber si una criptomoneda és immediatament liquidable en el moment de la mort del causant. Cal destacar que els factors que poden influenciar la liquidabilitat de les criptomonedes són molt diversos i de categorització difícil. Això no obstant, s'estableixen quatre categories principals que han de ser considerades i estudiades en cada cas concret per a determinar si un actiu criptogràfic és, o no, immediatament liquidable en el moment de la mort del causant: 1) especificacions de l'actiu negociat, és a dir, les característiques que té l'actiu, el mercat, les seves condicions i la seva substituïbilitat per altres instruments; normalment, si la substituïbilitat del mercat és alta, la liquiditat es concentrarà en un únic actiu, que és, normalment, el preferit pels integrants del mercat; 2) el mercat comercial: l'alt volum comercial mostra que els inversors estan disposats a vendre i comprar; per tant, amb una liquiditat més gran, és important que el volum s'analitzi dins de l'horari comercial del mercat; 3) aplicabilitat: com més aplicable és una moneda, és a dir, com més estats o organitzacions empresarials reconeguin l'ús de la criptomoneda, més n'augmenta la liquiditat; 4) legitimitat: com més persones estiguin involucrades en actius criptogràfics, més líquids es transformen. El compliment d'aquestes característiques pot ser determinant per a considerar que un actiu criptogràfic sigui considerat, als efectes de l'article 427-27 CCCat, immediatament liquidable o no.

Cal destacar que, actualment, la liquidabilitat de les criptomonedes es troba per sota d'un altre tipus d'inversions en actius que ja hem estudiat en aquest treball: les accions cotitzables o les lletres del Tresor. Una de les raons principals que motiven aquesta manca de liquiditat, en comparació amb la d'altres actius, és la fragmentació del mercat i l'alta volatilitat que sovint pateix. Les criptomonedes van ser concebudes com una evolució dels diners convencionals, però, tot i que algunes hagin resultat reeixides, encara no s'estan utilitzant amb la idea amb què inicialment van ser concebudes i avui encara no tenen un pes important ni un mercat estable, cosa que, com bé s'ha reiterat, perjudica la liquiditat.

Sens perjudici del que s'ha establert abans, el Fons Monetari Internacional, en el seu informe *Tratamiento de los cryptoactivos en las estadísticas macroeconómicas*,<sup>40</sup> ha establert que, perquè un actiu criptogràfic sigui considerat com un actiu financer, el criteri determinant és que aquest actiu tingui com a contrapart un passiu emès a un

---

40. STATISTIC DEPARTMENT OF THE INTERNATIONAL MONETARY FUND, *Treatment of Crypto Assets in Macroeconomic Statistics*, Washington, International Monetary Fund, 2019, disponible en línia a <[www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2019/pdf/Clarification0422.pdf](http://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2019/pdf/Clarification0422.pdf)> (consulta: 25 octubre 2024).

emissor. Per tant, per a determinar si un determinat criptoactiu té la naturalesa d'actiu financer s'haurà de tenir en compte si la seva emissió comporta la constitució d'un passiu com a contrapartida. De fet, en el mateix informe es destaca:

La moneda basada a Internet, com els bitcoins, no és diner electrònic perquè no compleix amb la definició de moneda, ja que no és emesa ni autoritzada per un banc central o govern, i a més no és àmpliament acceptada com a mitjà de canvi. Els bitcoins es classifiquen com a actius no financers.

Tot i això, matisa que «quan les monedes digitals siguin àmpliament acceptades com a mitjà d'intercanvi, es considerarà la seva inclusió en una mesura més àmplia de liquiditat». Des del nostre punt de vista, l'informe, que es fa a l'efecte de determinar el tractament estadístic de les criptomonedes, adopta una posició tradicional quant a la conceptuació de la moneda, ja que, si bé és cert que les criptomonedes encara no tenen un pes rellevant en la vida quotidiana, el que no es pot negar és que són un actiu que disposa d'un contingut econòmic, que pot ser negociat i que pot generar una liquiditat com a conseqüència de la compra. Adoptar la conceptuació de l'FMI a l'hora d'analitzar les criptomonedes als efectes de l'article 427-27 CCCat implicaria una certa indiferència envers la voluntat del causant i una traïció a la finalitat per a la qual el legislador va regular el precepte. Si són actius amb contingut econòmic, han de tenir un encaix legal i, encara que no siguin considerats de naturalesa financera per part de les organitzacions internacionals, sí que es reconeix la seva futura liquiditat i consideració financera. En aquest sentit, trobem que l'article 427-27 CCCat és el precepte més adequat que hi ha en el dret de successions català per a regular la transmissió *mortis causa*, per mitjà de llegats, dels actius criptogràfics. Per tant, si una criptomoneda presenta una immediatesa de liquidació, en atenció a l'argumentació anterior, s'ha d'entendre inclosa en el llegat ordenat. En aquest sentit es manifesten també Omelchuk, Iliopol i Alina,<sup>41</sup> els quals, a partir d'un estudi de dret comparat, conclouen que, per a entendre inclòs un actiu criptogràfic en el llegat ordenat, cal tenir en compte les característiques funcionals generals de totes les criptomonedes, la disponibilitat de les claus personals i, també, les particularitats que cada actiu criptogràfic posseeixi. També destaquen que els beneficis per al seu titular que poden derivar-se del caràcter secret o encriptat d'aquests actius, poden resultar barreres per a la seva adquisició *mortis causa* d'acord amb els procediments que actualment regeixen la llei, cosa que pot perjudicar la seva liquiditat en aplicació del llibre IV del CCCat.

En conclusió, el mercat de les criptomonedes i la seva liquiditat han de ser tractats d'una manera diferent dels actius que s'han estudiat abans. Les seves característi-

---

41. O. OMELCHUK, I. ILIPOPOL I S. ALINA, «Features of inheritance of cryptocurrency assets», p. 103-122.

ques diferenciadores impliquen un esforç més gran per a analitzar la seva naturalesa i per a entendre si han de ser o no incloses en el llegat d'actius financers ordenat les criptomonedes que disposi el causant en el moment de la mort. El món criptogràfic es configura complex, en un entorn eminentment tecnològic i en què la nostra legislació civil encara no ha regulat gaire. Per tot això, i atès que l'article 427-27 CCCat és l'únic en què es regula la transmissió via llegats d'actius financers, entenem que els actius criptogràfics que compleixin el pressupost de la liquiditat hauran de ser entesos com a actius financers immediatament liquidables als efectes de l'article 427-27 CCCat i s'hauran d'entendre inclosos dins del llegat d'actius financers ordenat. Tot i amb això, sorgeix a continuació el problema de l'accés a les claus necessàries per a operar amb les criptomonedes. I, per bé que es puguin considerar incloses en el llegat d'actius financers, això no resol el problema de les claus.

#### 6.9. BREU CONCLUSIÓ SOBRE LA LIQUIDITAT DELS ACTIUS FINANCERS

A partir del conjunt d'actius financers analitzats s'observa que és molt complicat establir clarament si els actius són o no immediatament liquidables en el moment de la mort del causant, si no es disposa de les condicions d'emissió o de cancel·lació que molts d'aquests actius disposen. Per tant, s'haurà d'atendre en cada successió concreta a la composició dels actius de què disposava el causant, la seva naturalesa, i caldrà estudiar un per un si han de ser considerats o no immediatament liquidables per tal que siguin compresos dins del llegat atorgat. En aquest apartat s'ha fet una aproximació general als diferents actius financers, les característiques i l'opinió que susciten sobre la liquiditat. Aquesta apreciació queda subjecta a la seva corroboració empírica, ja que, com es repeteix, aquests productes presenten una casuística molt extensa, dependent de multitud de factors i que ha de ser apreciada en cada cas de manera individualitzada, la qual cosa condueix a considerar que el criteri emprat pel legislador potser no és el més adequat, a la vista de la varietat i la complexitat dels actius financers.

#### 7. LES REGLES INTERPRETATIVES DE L'ARTICLE 427-27 DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

La rellevància dels diners i les seves característiques han provocat que el legislador inclogui en la legislació positiva certes regles interpretatives de la voluntat del causant en cas que aquest no hagi establert res en contra en el seu instrument successori. A continuació analitzarem aquestes regles i intentarem motivar-ne la incorporació.

La primera regla interpretativa queda recollida a l'article 427-27.1 CCCat, on s'estableix que «[...] s'entén que inclou tant l'efectiu com els diners dipositats a la vista o a termini en entitats financeres [...]». Aquesta regla interpretativa es fonamenta en la

necessitat que no escapin del llegat quantitats de diners que es trobin o bé en entitats financeres o bé en altres llocs; per a garantir la unitat del llegat dels diners, el legislador presumeix la inclusió de tots els diners amb independència de la localització. Per tant, la remissió a només dues modalitats de dipòsit ha de ser analitzada de manera àmplia, ja que si la voluntat del testador és llegar tots els seus diners, no tindria sentit limitar els diners dipositats en una entitat financera a només aquestes modalitats de dipòsit. La inclusió d'aquestes dues modalitats de dipòsit s'entén perquè són les més utilitzades en la pràctica bancària. La principal diferència que pot tenir rellevància entre elles als efectes del llegat és la disponibilitat dels diners, ja que en els dipòsits a la vista, normalment i sens perjudici de les clàusules contractuals atorgades, el dipositant pot disposar en qualsevol moment dels diners dipositats, sense *a priori* cap penalització per la seva actuació; en canvi, la disponibilitat dels diners és més reduïda en els dipòsits subjectes a termini i pot condicionar i dificultar en certs casos el compliment del llegat ordenat. La naturalesa total del llegat comprès en aquest primer apartat s'entén que inclou tant tots els diners en metàl·lic de què disposava el causant abans de morir, com tots els que estiguin dipositats en una determinada entitat creditícia. En ambdós casos no s'inclou únicament l'efectiu de què disposi el causant, amb independència del lloc on aquest es troba, sinó que també comprèn les modalitats de dipòsit estudiades anteriorment. Per *entitat financera* s'han d'entendre totes les agrupacions l'activitat de les quals és oferir serveis financers a l'àrea de la banca, els valors i les assegurances; per tant, s'han d'entendre compreses en la categoria d'entitats financeres, els bancs, les caixes d'estalvi, les cooperatives i les entitats de crèdit, etcètera.

La segona regla interpretativa és la que recull l'article 427-27.2 CCCat, en el sentit que «[...] s'entén que inclou, a més dels dipòsits de diners, tots els actius financers immediatament liquidables que pertanyin al causant en el moment d'obrir-se la successió, llevat de les accions que cotitzin en mercats secundaris oficials de valors». Aquesta qüestió s'ha analitzat de manera exhaustiva en l'apartat 5 i es justifica per la presència cada cop més abundant d'aquest tipus d'actius en el patrimoni relict i per la necessitat de regular-ne la transmissió *mortis causa*. Seguint l'argumentació establerta anteriorment, la inclusió dels actius immediatament liquidables s'entén per la seva facilitat de convertir-se en líquid i assemblar-se als diners, amb la qual cosa satisfan la finalitat per a la qual va ser concebut el precepte. Així mateix, l'excepció de les accions que cotitzen en mercats secundaris de valors s'ha d'entendre en sentit idèntic, ja que la seva convertibilitat en líquid en el moment de l'obertura de la successió depèn de certa negociació en el mercat, on majoritàriament hi ha incertesa sobre la facilitat de transacció.

La tercera regla interpretativa queda recollida en l'article 427-27.3 CCCat, que estableix que «[...] s'entén que llega els actius adquirits en substitució o els subrogats ulteriorment, llevat que en ordenar el llegat hagi expressat la seva voluntat contrària o es pugui deduir del testament». En primer lloc, el legislador posa de manifest que la voluntat del causant s'imposa per davant de la presumpció. En cas que no hi hagi

aquesta voluntat, el legislador estableix que si el causant ha disposat dels actius ordenats inicialment en un llegat i els ha substituït per un altre tipus d'actius (per exemple, substitueix uns bons per unes accions), s'entenen llegats els actius adquirits en substitució. El legislador introdueix aquí una clàusula a favor de la subsistència del llegat inicialment ordenat, i entén subrogats en el llegat els actius adquirits ulteriorment. La clau de la presumpció rau en la reinversió en altres actius de naturalesa similar, o bé en diners. Si aquesta reinversió no existís, el llegat d'actius financers podria perdre el seu objecte, i fins i tot quedar revocat. Així ho ha entès la SAP de Barcelona (16) 718/2003, del 30 d'octubre.<sup>42</sup> En canvi, segons Vaquer Aloy,<sup>43</sup> si la reinversió es produís en altres tipus d'actius —per exemple, en instruments de previsió i estalvi amb designació de beneficiari—, no existiria una subrogació real, ja que es tractaria d'una transmissió extratestamentària. Aquesta presumpció actua a favor de la seguretat jurídica i de la continuïtat dels llegats. Això no obstant, l'aplicació d'aquesta presumpció queda condicionada per la finalitat del precepte, és a dir, que els actius adquirits ulteriorment siguin immediatament liquidables en el moment de l'obertura de la successió. Aquesta situació haurà de ser analitzada cas per cas, ja que l'aplicació d'aquest precepte genera molt casuística, en funció del tipus d'actius que se subroguin.

## BIBLIOGRAFIA

- ALBADALEJO GARCÍA, M. «Art. 268 CDCC». A: ALBADALEJO GARCÍA, M. (dir.). *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. T. XXIX, vol. 3. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1986.
- GARCÍA VILA, J. A. *Los legados en el Código civil de Cataluña*. València: Tirant lo Blanch, 2019.
- GARRIDO MELERO, M. *Un estudio de los problemas sucesorios a través del Código civil y del Código de sucesiones por causa de muerte en Cataluña*. Vol. II, *La planificación sucesoria*. Barcelona: Marcial Pons, 2000.
- GÓMEZ TABOADA, J. *Derecho de sucesiones de Cataluña: Teoría y Práctica*. Valladolid: Thomson Reuters, 2012.
- GRIMALT SERVERA, P. *Los legados pecuniarios*. València: Tirant lo Blanch, 2000.
- INTERNATIONAL MONETARY FUND. «Clasificación de activos financieros». A: *Manual de estadísticas monetarias y financieras 2001*. Washington: International Monetary Fund, 2000, p. 24. Disponible en línia a: <[www.imf.org/external/pubs/ft/mfs/manual/esl/pdf/mfsmch4s.pdf](http://www.imf.org/external/pubs/ft/mfs/manual/esl/pdf/mfsmch4s.pdf)> [consulta: 25 octubre 2024].

---

42. ROJ: SAP B 9681/2003.

43. A. VAQUER ALOY, *Comentario al Código civil de Cataluña*, p. 246.

- NASARRE AZNAR, S. «Art. 427-27 CCCat». A: EGEA FERNÀNDEZ, J.; FERRER RIBA, J. (dir.). *Comentari al llibre IV del Codi civil Català, relatiu a les successions*. Barcelona: Atelier, 2010.
- OMELCHUK, O.; ILIPOL, I.; ALINA, S. «Features of inheritance of cryptocurrency assets». *Ius Humani*, vol. 10, núm. 1 (2021), p. 103-122.
- POZO CARRASCOSA, P. del; VAQUER ALOY, A.; BOSCH CAPDEVILA, E. *Derecho civil de Cataluña. Derecho de Sucesiones*. Madrid, Barcelona, Buenos Aires i São Paulo: Marcial Pons, 2017.
- PUIG BLANES, F. «Art. 427-27 CCCat». A: PUIG BLANES, F.; SOSPEDRA NAVAS, F. (coord.). *Comentarios al Código civil de Catalunya*. Tom II. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, 2011.
- PUIG FERRIOL, L.; ROCA TRIAS, E. *Fundamentos del derecho civil de Cataluña*. Tom III, *Derecho sucesorio catalán*. Barcelona: Bosch, 1981.
- PUIG I FERRIOL, L.; ROCA I TRIAS, E. *Institucions del dret civil de Catalunya*. Vol. III. València: Tirant lo Blanch, 2009.
- SERRANO DE NICOLÁS, A. «Art. 427-27 CCCat». A: ROCA TRIAS, E. (coord. gral.); JOU MIRABENT, L. (coord.). *Código Civil de Cataluña: Comentarios. Libro IV. Sucesiones*. Madrid: Sepín, 2012.
- STATISTIC DEPARTMENT OF THE INTERNATIONAL MONETARY FUND. *Treatment of crypto assets in macroeconomic statistics*. Washington: International Monetary Fund, 2019. Disponible en línia a: <[www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2019/pdf/Clarification0422.pdf](http://www.imf.org/external/pubs/ft/bop/2019/pdf/Clarification0422.pdf)> [consulta: 25 octubre 2024].
- VAQUER ALOY, A. *Comentario al Código civil de Cataluña: Libro 4: Derecho de sucesiones*. Barcelona: Atelier, 2024.



# EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS NEGOCIOS DE DISPOSICIÓN DE LOS DERECHOS SOBRE LA VIVIENDA FAMILIAR OTORGADOS CONSTANTE MATRIMONIO<sup>1</sup>

**Santiago Espiau Espiau**  
*Catedrático de derecho civil*  
*Universidad de Barcelona*

## Resumen

El presente estudio propone una revisión crítica de la regulación que el Código civil de Cataluña (CCCat) establece con relación a los negocios de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar otorgados constante matrimonio por el cónyuge titular de los mismos. El artículo 231-9 CCCat exige que dichos negocios cuenten con la autorización de su consorte, por más que no sea titular de estos derechos, y, en su defecto, con la autorización de la autoridad judicial, como una medida de protección del interés del cónyuge no titular y del interés de la familia que tiene su residencia en esta vivienda. Ahora bien, el propio artículo 231-9 CCCat sanciona la anulabilidad de los negocios dispositivos otorgados por el cónyuge titular sin la autorización de su consorte y sin autorización judicial y protege al adquirente de buena fe a título oneroso frente al cónyuge no titular, si el cónyuge titular manifiesta que la vivienda no tiene la condición de vivienda familiar. Esta solución no es congruente con la finalidad de protección de la vivienda familiar que inspira el artículo 231-9 CCCat y vulnera el principio de nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas, así como las reglas que rigen la invalidez y la ineficacia de los negocios jurídicos. De ahí que se proponga sustituir la solución legal por la de la inoponibilidad frente al cónyuge no titular de los negocios dispositivos otorgados por el cónyuge titular sin la autorización de su consorte o sin la autorización judicial.

**Palabras clave:** vivienda familiar, negocios de disposición, imperatividad de las normas jurídicas, restricciones del poder de disposición, anulabilidad, nulidad, ineficacia e inoponibilidad de los negocios jurídicos.

1. El presente estudio se enmarca dentro del proyecto de investigación PID-2021-126857NB-I00. El autor pertenece también al Grup de Dret Civil Català UB (2021 SGR 00347).

## EL RÈGIM JURÍDIC DELS NEGOCIS DE DISPOSICIÓ DELS DRETS SOBRE L'HABITATGE FAMILIAR ATORGATS DURANT EL MATRIMONI

### Resum

Aquest estudi proposa una revisió crítica de la regulació que el Codi civil de Catalunya estableix amb relació als negocis de disposició dels drets sobre l'habitatge familiar atorgats durant el matrimoni pel cònjuge titular dels drets sobre l'habitatge. L'article 231-9 CCCat exigeix que en aquests negocis concorri l'autorització del seu consort, per més que no sigui titular d'aquests drets, i, si escau, l'autorització de l'autoritat judicial, com una mesura de protecció de l'interès del cònjuge no titular i de l'interès de la família que té la seva residència en aquest habitatge. Ara bé, el mateix article 231-9 CCCat sanciona l'anul·labilitat dels negocis dispositius atorgats pel cònjuge titular sense l'autorització del seu consort i sense autorització judicial i protegeix l'adquirent de bona fe a títol oneroso enfront del cònjuge no titular, si el cònjuge titular manifesta que l'habitatge no té la condició «d'habitatge familiar». Aquesta solució no és congruent amb la finalitat de protecció de l'habitatge familiar que inspira l'article 231-9 CCCat i vulnera el principi de nul·litat dels actes contraris a les normes imperatives, així com les regles que regeixen la invalidesa i la ineficàcia dels negocis jurídics. Per això es proposa substituir la solució legal per la de la inoposabilitat davant del cònjuge no titular dels negocis dispositius atorgats pel cònjuge titular sense l'autorització del seu consort o sense l'autorització judicial.

**Paraules clau:** habitatge familiar, negocis de disposició, imperativitat de les normes jurídiques, restriccions del poder de disposició, anul·labilitat, nul·litat, ineficàcia i inoposabilitat dels negocis jurídics.

## THE REGULATION ON THE DISPOSITION OF PROPERTY RIGHTS OVER THE FAMILY HOME DURING THE MARRIAGE

### Abstract

The present study proposes a critical review of the Catalan Civil Code on the disposition of property rights over the family home, during the marriage, by the spouse who holds the title to such rights. Article 231-9 CCCat requires that said transactions are authorised by the spouse, even if the latter is not the title holder, and, failing that, by the court. The provision aims at protecting the interests of the spouse who does not own the asset as well as those of the family that resides in the dwelling. However, article 231-9 CCCat itself provides for the annulment of dispositions of the family home lacking said authorisations, but protects the purchaser in good faith for valuable consideration against the non-owner spouse, if the owner spouse declares, at the time of disposal, that the property is not the family home. This solution is not consistent with the purpose of protecting the family home that inspires article 231-9 CCCat. Moreover, it infringes the principle of nullity of acts contrary to mandatory norms, as well as the rules that govern the invalidity and the ineffectiveness of legal transactions. It is therefore proposed to replace the current solution by the unenforceability of the

disposition of property against the non-owning spouse, if the spouse who holds title to the family home was not authorised by the latter or by the court.

**Keywords:** family home, disposition of property, mandatory nature of norms, limits to the power to dispose, nullity, voidability, ineffectiveness and unenforceability of legal transactions.

## 1. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la regulación de la disposición de los derechos sobre la vivienda familiar se centra fundamentalmente en la que es sede del domicilio conyugal, en los supuestos en los que la misma es titularidad exclusiva de uno de los cónyuges. En estos casos, en efecto, y a pesar de esta titularidad exclusiva, el cónyuge titular no puede disponer por sí solo de los derechos que ostenta sobre la vivienda familiar, sino que el otorgamiento del negocio dispositivo requiere la autorización de su consorte o, en su defecto, la autorización de la autoridad judicial. Así lo establece, para el ordenamiento jurídico catalán, el artículo 231-9 CCCat, que impone una limitación o restricción al poder de disposición del cónyuge titular, a la vez que otorga al cónyuge no titular la facultad de intervenir —sin ostentar la condición de parte— en el negocio dispositivo que celebra su consorte, prestando su autorización al mismo.<sup>2</sup> Cuando el negocio

2. Como es sabido, el artículo 231-9 CCCat («Disposició de l'habitatge familiar») establece lo siguiente:

1. Amb independència del règim econòmic matrimonial aplicable, el cònjuge titular, sense el consentiment de l'altre, no pot fer cap acte d'alienació, de gravamen o, en general, de disposició del seu dret sobre l'habitatge familiar o sobre els mobles d'ús ordinari que en comprometi l'ús, encara que es refereixi a quotes indivises. Aquest consentiment no es pot excloure per pacte ni atorgar amb caràcter general. Si manca el consentiment, l'autoritat judicial pot autoritzar l'acte, tenint en compte l'interès de la família, i també si es dona una altra justa causa. 2. L'acte fet sense el consentiment o l'autorització que estableix l'apartat 1 és anul·lable, a instància de l'altre cònjuge, si viu en el mateix habitatge, en el termini de quatre anys des que en pren coneixement o des que s'inscriu l'acte en el Registre de la Propietat. 3. L'acte manté l'eficàcia si l'adquirent actua de bona fe i a títol oneros i, a més, el titular ha manifestat que l'immoble no té la condició d'habitatge familiar, encara que sigui una manifestació inexacta. No hi ha bona fe si l'adquirent coneixia o podia conèixer raonablement en el moment de l'adquisició la condició de l'habitatge. En qualsevol cas, el cònjuge que n'ha disposat respon dels perjudicis que hagi causat, d'acord amb la legislació aplicable.

Importa destacar que, en los supuestos de crisis matrimonial judicial o notarialmente constatada, si el uso de la vivienda familiar se atribuye al cónyuge no titular, la regulación de los negocios de disposición de los derechos sobre la misma otorgados por el cónyuge titular —privado de dicho uso— es distinta, por más que esté orientada por idéntica finalidad protectora en beneficio del cónyuge no titular y, en su caso, de los hijos menores que convivan con él en la vivienda. En efecto, de acuerdo con el artículo 233-25 CCCat («Actes dispositius sobre l'habitatge subjecte a dret d'ús»), «[e]l propietari o titular de drets reals sobre

dispositivo se orienta a la constitución por parte del cónyuge titular de una hipoteca que grave la vivienda familiar, el artículo 569-31.1 CCCat reitera la exigencia de que su consorte autorice el negocio y expone que el cónyuge titular puede solicitar la autorización judicial en caso de que falte la de su consorte.<sup>3,4</sup>

La finalidad de esta regulación se orienta a la protección de la vivienda familiar constante matrimonio<sup>5</sup> e impide que el cónyuge titular, a pesar de serlo y por más que lo sea, pueda disponer de su derecho sobre la misma en perjuicio del otro cónyuge y del interés de la familia. En este sentido, el artículo 231-9 CCCat pone aparentemente

---

l'habitatge familiar en pot disposar sense el consentiment del cònjuge que en tingui l'ús i sense autorització judicial, sens perjudici del dret d'ús».

3. El artículo 569-31.1 CCCat remite a este respecto a lo que «estableix l'article 231-8»; evidentemente, se trata de un error y la remisión debe entenderse al artículo 231-9 CCCat. Ahora bien, la referencia a que «[s]i manca el consentiment [del cònjuge o convivent no titular], el cònjuge o convivent titular pot demanar l'autorització judicial» no ha de inducir a equívoco, puesto que no se trata de una facultad o posibilidad de actuación que se reconozca al cónyuge o conviviente titular, sino de que este, en el supuesto de que falte ese «consentimiento», necesariamente ha de recurrir a la autorización judicial.

4. La misma regulación protectora se dispensa a la vivienda familiar arrendada, en el caso de que el contrato de arrendamiento lo haya celebrado uno solo de los cónyuges y, por tanto, solo él sea titular de los derechos arrendaticios, si bien en este supuesto dicha protección la establece la Ley (estatal) 29/1994, de 24 de noviembre, de arrendamientos urbanos (en adelante, LAU), de aplicación supletoria en Cataluña. De acuerdo con el artículo 12 LAU («Desistimiento y vencimiento en caso de matrimonio o convivencia del arrendatario»), el cónyuge arrendatario no puede, por sí solo, desistir del contrato de arrendamiento o renunciar a su renovación una vez finalizada la duración del mismo, por lo que es necesario, para que la extinción del contrato se produzca, el consentimiento de su consorte al desistimiento o a la renuncia (art. 12.1 LAU). Y en el supuesto de que el cónyuge arrendatario abandone, sin más, la vivienda arrendada, sin realizar manifestación expresa de desistimiento o de no renovación del contrato, el artículo 12.3 LAU dispone asimismo la subsistencia y continuidad del arrendamiento en beneficio del cónyuge no titular que conviviera en la vivienda, siempre que este último, dentro del plazo de un mes del abandono, notifique por escrito al arrendador «su voluntad de ser arrendatario».

5. O durante la existencia de una convivencia estable en pareja; el artículo 234-3 CCCat («Règim durant la convivència») señala en su apartado 2 que «[e]n matèria de disposició de l'habitatge familiar, s'aplica el que estableix l'article 231-9». Como es sabido, el origen de esta medida de protección se encuentra en las directrices de lo que en su día constituía el derecho comunitario europeo y, en particular, en la Recomendación R (81) 15 del Comité de Ministros del Consejo de Europa de 16 de octubre de 1981, relativa a los derechos de los esposos a la ocupación de la vivienda familiar y a la utilización de objetos del hogar. El contenido de esta recomendación se incorpora al ordenamiento jurídico español con la reforma del Código civil estatal por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que da una nueva redacción al artículo 1320 del Código civil español. La aplicación supletoria de este precepto había sido discutida en Cataluña (cfr. Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 26 de septiembre de 2013, que la admite), y no es sino hasta la Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges, que, a través del nuevo artículo 9 de la Compilación del derecho civil especial de Cataluña (CDCC) de 1994 (fecha de su entrada en vigor), se incorpora la norma de protección de la vivienda familiar al ordenamiento jurídico catalán. El artículo 9 del Código de familia (CF) (Ley 9/1998, de 15 de julio) recoge lo dispuesto en el artículo 9 CDCC de 1994, que reproduce a su vez, de forma prácticamente literal, el artículo 231-9 CCCat.

de manifiesto que, entre el interés particular de los cónyuges, en cuanto titulares exclusivos de los derechos sobre los bienes que les pertenecen, y el de la familia que han creado y de la que forman parte, prevalece el interés de esta última, en especial cuando los cónyuges disponen de derechos sobre bienes que, aunque sean de su titularidad exclusiva, están destinados y adscritos al uso familiar. En tal caso e incluso siendo uno de los cónyuges titular único de los derechos sobre dichos bienes, no puede disponer libre y unilateralmente de ellos y es necesario que su consorte o el juez autoricen el negocio dispositivo. Por lo que respecta a la vivienda familiar, esta idea es, además, congruente con su misma consideración como sede del domicilio conyugal, puesto que, fijado este de común acuerdo por ambos cónyuges (art. 231-3.1 CCCat), requiere también la intervención de ambos para establecer cualquier circunstancia que lo afecte y, especialmente, para que pierda la condición o cualidad «familiar» que lo define.

Sin embargo, los efectos que establece la regulación legal en el caso de que el cónyuge titular otorgue el negocio dispositivo sin la autorización de su consorte o de la autoridad judicial, sancionando la anulabilidad de dicho negocio, revelan que la protección del interés de la familia es más aparente que real y que, cuando, como consecuencia de este negocio, un tercero adquiere un derecho sobre la vivienda familiar que el cónyuge titular le transmite o constituye a su favor, el legislador se decanta preferentemente por la protección de este tercero en detrimento de la del cónyuge no titular y de la del interés familiar. A mi juicio, esta solución no solo contradice la finalidad perseguida originariamente por el artículo 231-9 CCCat, sino que, además, carece de fundamento y justificación legal, toda vez que vulnera el principio inspirador del ordenamiento jurídico catalán en materia de libertad civil y las reglas que rigen la invalidez y la ineficacia de los negocios jurídicos.

A poner esto de relieve se orientan las líneas que siguen. En este sentido, vuelvo a un tema que he tratado en ocasiones anteriores<sup>6</sup> y, por esta razón, reitero algunas

6. Cfr. Santiago ESPIAU ESPIAU, «Comentario artículo 9 CDCC», en Anna CASANOVAS I MUS-  
SONS, Joan EGEA I FERNÁNDEZ, M. del Carmen GETE-ALONSO I CALERA y Antoni MIRAMBELL I ABANCÓ  
(coord.), *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*,  
Barcelona, Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1995, p. 51-63. En este trabajo se recogían  
ideas ya apuntadas en otro anterior dedicado a la regulación de la vivienda familiar en la legislación estatal,  
en la que, por lo que respecta a los negocios de disposición otorgados constante matrimonio que recaen  
sobre los derechos ostentados sobre la misma, los artículos 1320 y 1322 CC establecen ya los criterios que  
posteriormente acogerá el artículo 9 CDCC de 1994: véase Santiago ESPIAU ESPIAU, *La vivienda familiar  
en el ordenamiento jurídico civil español*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, PPU,  
1992, esp. p. 162-171 y 236-240. Con posterioridad, entre otros trabajos, cfr. Santiago ESPIAU ESPIAU, «La  
disposición de la vivienda familiar en el Libro Segundo del Código Civil de Cataluña», en Reyes BARRADA,  
Martín GARRIDO y Sergio NASARRE (coord.), *El nuevo derecho de la persona y de la familia*, Barcelona,  
Bosch, 2011, p. 409-427; Santiago ESPIAU ESPIAU, «El régimen de disposición de la vivienda familiar y de  
los muebles de uso ordinario de la familia», en Mariano YZQUIERDO TOLSADA y Matilde CUENA CASAS

ideas ya expuestas y doy por sabidos conceptos —en particular, el de de *negocio de disposición*— de los que también me he ocupado. Pero añado nuevos argumentos a un debate que me parece conveniente, si el Código civil de Cataluña ha de proteger real y efectivamente la vivienda familiar y priorizar y tutelar de modo efectivo el interés de la familia, siendo coherente, además, con los principios que informan el ordenamiento jurídico catalán.

## 2. LA NECESIDAD DEL CONSENTIMIENTO DEL CÓNYUGE NO TITULAR Y LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL SUSTITUTIVA

El artículo 231-9 CCCat exige que, en los negocios de disposición que afectan a los derechos ostentados sobre la vivienda familiar otorgados por el cónyuge titular, intervenga también su consorte prestando su «consentimiento», o, en su defecto, que sean autorizados por la autoridad judicial, exigencia que responde a la finalidad de proteger la vivienda familiar en interés del cónyuge no titular y de la familia que tiene en ella su residencia.<sup>7</sup>

### 2.1. EL «CONSENTIMIENTO» DEL CÓNYUGE NO TITULAR

La intervención del cónyuge no titular en el negocio dispositivo otorgado por el cónyuge titular se concreta a prestar su «consentimiento» al mismo, a pesar de no ser titular del derecho objeto del negocio. Ahora bien, a pesar de la literalidad de la expresión legal, no se trata de un verdadero «consentimiento» o de un *consentimiento negocial*, sino de un mero asentimiento o autorización para otorgar el negocio.<sup>8</sup> No constituye una declaración de voluntad, con efectos *ex voluntate*, sino una manifestación de voluntad, accesoria y con efectos *ex lege*, que no se integra en la estructura del negocio dispositivo como elemento constitutivo del mismo precisamente porque el cónyuge no titular no lo es del derecho que constituye el objeto del negocio y, por

---

(dir.), *Tratado de derecho de la familia*, vol. VII, 2a ed., Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2017, p. 139-156; Santiago ESPIAU ESPIAU, *La complementación del negocio jurídico de disposición en el Código civil de Cataluña*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, 2019, esp. p. 41-47, 126-135 y 145-147.

7. Como ya se ha dejado apuntado, el artículo 569-31.1 CCCat establece una exigencia idéntica cuando el negocio de disposición tiene como finalidad constituir una hipoteca que grave la vivienda familiar.

8. En este sentido, cfr. Santiago ESPIAU ESPIAU, «Comentario artículo 9 CDCC», p. 58; véanse también las resoluciones de la Dirección General de Derecho, Entidades Jurídicas y Mediación de Cataluña (DGDEJM) de 27 de julio de 2022, fundamento jurídico (FJ) primero, 1.1, y de 27 de septiembre de 2022, FJ primero, 1.1.

lo tanto, tampoco interviene en el mismo como *parte*. A diferencia del *consentimiento negocial* en sentido técnico, elemento estructural del negocio jurídico, que otorga el cónyuge titular en su condición de *parte* por ser titular del derecho objeto del negocio, el «consentimiento» del cónyuge no titular se orienta a completar el poder de disposición de su consorte sobre ese derecho, que el artículo 231-9.1 CCCat limita o restringe. En este sentido, la exigencia de este «consentimiento» origina un supuesto de complementación del negocio jurídico dispositivo y se configura como un requisito de eficacia de dicho negocio.<sup>9</sup>

La finalidad de esta complementación se vincula a la protección del interés del cónyuge no titular y del de la familia que inspira la regulación del artículo 231-9 CCCat y se orienta a evitar que si el cónyuge titular dispone de sus derechos sobre la vivienda que constituye la sede del domicilio conyugal o familiar, su consorte y, en su caso, los demás integrantes de la familia se vean privados de la posesión y el uso de dicha vivienda,<sup>10</sup> puesto que esta privación solo puede producirse si el cónyuge no titular o, en su defecto, la autoridad judicial la autorizan.<sup>11</sup>

De acuerdo con el artículo 231-9.1 CCCat, el «consentimiento» del cónyuge no titular presenta dos características: «no es pot excludre per pacte ni atorgar amb caràcter general». La primera pone de relieve la naturaleza imperativa de la norma que lo regula. La segunda exige una manifestación de voluntad específica con relación al negocio de disposición concreto que pretenda realizar el cónyuge titular, voluntad que puede emitirse y exteriorizarse de forma expresa o tácita, ya sea simultáneamente al otorgamiento del negocio, ya sea con anterioridad o con posterioridad al mismo.

9. Sobre la cuestión, cfr. Santiago ESPIAU ESPIAU, *La complementación del negocio jurídico de disposición en el Código civil de Cataluña*, p. 41-47 y 126-129.

10. El propio artículo 231-9 CCCat pone de manifiesto esta idea al exigir el consentimiento o la autorización del cónyuge no titular solo con relación a los negocios dispositivos que comprometan «l'ús» de la vivienda y de los bienes de uso ordinario de la familia. La corrobora también el hecho de que la legitimación para impugnar el negocio dispositivo otorgado por el cónyuge titular sin la autorización preceptiva corresponde a su consorte «sí viu en el mateix habitatge» (art. 231-9.2 CCCat).

11. La consideración de que a través de la complementación del negocio dispositivo se tutelan o se protegen intereses de terceros que no intervienen en el mismo como partes no contradice el principio de relatividad contractual, que, por lo que respecta a los negocios contractuales, establece que estos solo afectan a sus otorgantes y, en su caso, a sus herederos, sin que puedan beneficiar o perjudicar a terceros (art. 1257.1 CC). La idea de la *no afectación a terceros* excluye que el negocio pueda otorgar derechos o imponer obligaciones a quienes no intervienen en su celebración como *partes contratantes*. En los supuestos de complementación, sin embargo, la protección que la misma dispensa a los terceros no se orienta a atribuirles derechos o a evitar que asuman obligaciones sin su consentimiento, sino a evitar que los intereses que ostentan con relación al derecho o a los derechos sobre los que recae el negocio dispositivo se vean afectados. Cfr. Santiago ESPIAU ESPIAU, *La complementación del negocio jurídico de disposición en el Código civil de Cataluña*, p. 97.

## 2.2. LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL SUSTITUTIVA

En el supuesto de que el cónyuge no titular no preste su «consentimiento» al negocio de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar, el artículo 231-9.1 CCCat prevé la posibilidad de que la autoridad judicial lo autorice. La autorización judicial desempeña una función sustitutiva y opera en defecto del asentimiento del cónyuge no titular, completando el poder de disposición del titular y posibilitando la plena eficacia del negocio dispositivo.

La regulación legal no se pronuncia sobre las causas que pueden determinar la *falta de consentimiento*: cabe pensar, en primer lugar, que el cónyuge no titular puede negarse a prestarlo; pero puede obedecer, también, a su imposibilidad —por ejemplo, por discapacidad o por ausencia no declaradas judicialmente, puesto que, de haber sido declaradas, se habrá procedido a establecer también el correspondiente régimen de protección, designando un asistente o, en su caso, un representante legal— para hacerlo, en cuyo caso esta circunstancia no legitima al cónyuge titular para otorgar por sí solo el negocio dispositivo. Además, en el supuesto de que el cónyuge titular sea el que asuma la asistencia o la representación legal del cónyuge no titular, esto no lo legitima tampoco para prestar el asentimiento o la autorización que corresponde a su consorte, de modo que se planteará una situación de conflicto de intereses que requerirá el nombramiento de un defensor judicial para que, en su caso, autorice el negocio dispositivo.

La autorización judicial se tramita a través del procedimiento de jurisdicción voluntaria (art. 90.1ª de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria [LJV]) y la resolución, por más que sea discrecional, no puede ser arbitraria: si la autoridad judicial autoriza la celebración del negocio, solo puede hacerlo atendiendo al «interés de la familia» o a la concurrencia de «otra causa justa» (art. 231-9.1 CCCat). Que la autoridad judicial decida teniendo en cuenta el «interés de la familia» es lógico y coherente con la idea de que este interés ha de orientar la vida familiar en cualquiera de sus dimensiones y, sobre todo, con la finalidad de protección a la familia que persigue la regulación legal de los negocios de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar. Pero, por lo mismo, no se entiende que pueda decidir también en atención a «otra causa justa», distinta del «interés de la familia», teniendo en cuenta el carácter excepcional de la regulación legal y la interpretación estricta de las normas restrictivas o limitativas, como las que afectan a las facultades dispositivas del cónyuge titular.

## 3. LA NATURALEZA DISPOSITIVA O IMPERATIVA DE LA REGULACIÓN LEGAL

Tal como se acaba de exponer, la protección de la vivienda familiar se articula en torno a la exigencia de que, en los negocios de disposición que afectan a los derechos

ostentados sobre la misma otorgados por el cónyuge titular, intervenga también el consorte prestando su «consentimiento», o, en su defecto, la autoridad judicial procediendo a su autorización (art. 231-9.1 CCCat).

Examinados este «consentimiento» y la autorización judicial sustitutiva, conviene analizar también la cuestión de la naturaleza dispositiva o imperativa de la norma que regula la necesidad de su concurrencia en el negocio dispositivo. Como es sabido, una norma dispositiva es la que puede ser modificada o excluida por la voluntad de los destinatarios de la misma, mientras que la norma imperativa o de derecho necesario no admite esta posibilidad de modificación o exclusión.<sup>12</sup> A este respecto, el Código civil de Cataluña parte del principio de la naturaleza dispositiva de sus normas, toda vez que, en efecto, el artículo 111-6 CCCat, positivizando el principio de libertad civil que inspira el ordenamiento jurídico catalán, proclama:

Les disposicions d'aquest Codi i de les altres lleis civils catalanes poden ésser objecte d'exclusió voluntària, de renúncia o de pacte en contra, llevat que estableixin expressament llur imperativitat o que aquesta es dedueixi necessàriament de llur contingut.<sup>13</sup>

Con todo, esto no significa que en el ordenamiento jurídico catalán no existan disposiciones o normas imperativas o de derecho necesario, respecto de las cuales no quepa su modificación o exclusión por la voluntad de los particulares, ya sea a través de una declaración de voluntad unilateral, ya sea a través de un acuerdo de voluntades. De acuerdo con el propio precepto, la naturaleza imperativa —que, en cualquier caso, es excepcional— de una norma jurídica puede venir determinada por dos circunstancias: bien porque la propia norma establezca expresamente su imperatividad, bien

12. Sobre la distinción entre normas dispositivas y normas imperativas, véase Esperança GINEBRA MOLINS, «La interpretació, l'aplicació i l'eficàcia de la llei», en Antoni VAQUER ALOY (coord.), *Dret civil. Part general i dret de la persona*, Barcelona, Atelier, 2022, p. 91-92. Con carácter general, Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil*, t. I, 19a ed., Madrid, Edisofer, 2013, p. 24-25. Con todo, para una crítica de la distinción cfr. Federico de CASTRO Y BRAVO, *Derecho civil de España*, t. I, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1949, p. 55 y 56 (reimpr.: 1984).

13. Cfr. preámbulo de la Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera ley del Código civil de Cataluña, II, 7: «L'article 111-6, tot recollint com a disposició preliminar el principi de llibertat civil [...] palesa la prevalença dels actes d'exercici de l'autonomia privada sobre les disposicions que no siguin imperatives». Con relación al artículo 111-6 CCCat, cfr. Ferran BADOSA COLL, *Manual de dret civil català*, Madrid y Barcelona, Marcial Pons, 2003, p. 91, donde destacan la identificación entre «libertad civil» y «autonomía de la voluntad» y su prevalencia sobre la ley cuando la norma legal es dispositiva, poniendo de manifiesto el precepto la regla general de que la ley catalana lo es. Véase también Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, «Comentari al llibre primer del Codi civil de Catalunya. Disposicions preliminars. Prescripció i caducitat», Barcelona, Atelier, 2012, p. 205 y sig.

porque esta, sin que exista un pronunciamiento expreso en este sentido, se deduzca necesariamente del contenido de la norma.

Pues bien, por lo que respecta a la norma recogida en el artículo 231-9 CC-Cat, relativa a la necesidad del «consentimiento» del cónyuge no titular, el legislador —como ya se ha dejado apuntado— ha establecido expresamente su naturaleza imperativa, pues el apartado primero del precepto afirma que «aquest consentiment no es pot excloure per pacte»; y aunque tal vez pudiera pensarse que la prohibición del pacto en contra se circunscribe a la exclusión del «consentimiento» por un acuerdo de voluntades entre ambos cónyuges, siendo admisible la exclusión unilateral del mismo impuesta por el cónyuge titular o su renuncia por parte del cónyuge no titular, no parece que ello responda al sentido de la disposición ni a la finalidad del precepto. La naturaleza imperativa de las normas que integran la regulación legal de protección de la vivienda familiar es la más adecuada para alcanzar este objetivo y, en consonancia con el mismo, resulta coherente que la exigencia del «consentimiento» del cónyuge no titular y, en su caso, la de la autorización judicial sustitutiva no puedan modificarse ni excluirse por la voluntad unilateral o conjunta de los cónyuges,<sup>14</sup> y ello tanto por lo

14. El carácter imperativo del artículo 231-9 CCCat es admitido de forma unánime por la doctrina ya desde su originaria regulación en el artículo 9 CDCC de 1994 y su posterior acogida por el artículo 9 CF, precedentes inmediatos del artículo 231-9 CCCat. Con relación al artículo 9 CDCC de 1994, se había apuntado ya:

Atenent al seu fonament —«mesura de protecció de la família»— sembla possible afirmar la irrenunciabilitat de la facultat que es confereix al cònjuge no titular: la legitimitat que li és reconeguda en relació als negocis de disposició que afecten l'«habitatge conjugal» i els «mobles d'ús ordinari» no li correspon tant com persona o subjecte individual, sinó més aviat com a cònjuge que, per consegüent, ha d'anteposar l'interès general de la família al seu interès particular. Des d'aquest punt de vista, els drets i facultats de què estan investits els cònjuges no són renunciables, ja que ni s'estableixen en el seu benefici propi i exclusiu, ni les conseqüències del seu exercici o manca d'exercici els afecten solament a ells.

Véase Santiago ESPIAU ESPIAU, «Comentario artículo 9 CDCC», p. 58-59. Por lo que respecta al artículo 9 CF, cfr. Joaquín M. LARRONDO LIZÁRRAGA, «Comentario al artículo 9 CF», en Joan EGEA I FERNÁNDEZ y Josep FERRER RIBA (dir.), *Comentaris al Codi de família, a la Llei d'unions estables de parella i a la Llei de situacions convivencials d'ajuda mútua*, Madrid, Tecnos, 2000, p. 123-124, esp. p. 125, donde afirma que el precepto «[f]orma part del règim econòmic-matrimonial primari, que és caracteritzat com el conjunt de normes imperatius generals i irrenunciables aplicables a tot matrimoni amb independència del seu règim econòmic matrimonial», calificándolo como «norma directament imperativa». Por lo que respecta al artículo 231-9 CCCat, han destacado su «formulación marcadamente imperativa» Pedro del Pozo CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY y Esteve BOSCH CAPDEVILA, en *Derecho civil de Cataluña. Derecho de familia*, 2a ed., Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo, Marcial Pons, 2016, p. 178. En el mismo sentido, destacando también la imperatividad como rasgo característico del precepto recogido en el artículo 231-9 CCCat, véase Antoni CUMELLA GAMINDE, «Comentario al artículo 231-9 CCCat», en Joan EGEA I

que respecta al cónyuge titular, que no puede imponer esa modificación o exclusión, como por lo que respecta al cónyuge no titular, que no puede renunciar a las facultades que la ley le atribuye con relación a la vivienda familiar.<sup>15</sup>

#### 4. LAS CONSECUENCIAS DEL NEGOCIO DE DISPOSICIÓN REALIZADO SIN EL CONSENTIMIENTO DEL CÓNYUGE NO TITULAR O SIN LA AUTORIZACIÓN JUDICIAL SUSTITUTIVA

El artículo 231-9 CCCat regula también las consecuencias del negocio de disposición realizado por el cónyuge titular sin el «consentimiento» de su consorte o, en su caso, sin la correspondiente autorización judicial sustitutiva, y lo hace desde un doble punto de vista: por una parte, atendiendo a la incidencia de la omisión de estos requisitos en el negocio celebrado, decretando su anulabilidad (art. 231-9.2 CCCat), y, por otra, atendiendo a la protección de los adquirentes de los derechos objeto del negocio dispositivo, declarando la inatacabilidad de los mismos, así como la responsabilidad del cónyuge titular disponente, que, «[e]n qualsevol cas, [...] respon dels perjudicis que hagi causat» (art. 231-9.3 CCCat).

##### 4.1. LA ANULABILIDAD DEL NEGOCIO DE DISPOSICIÓN

La regulación de los negocios dispositivos de los derechos sobre la vivienda familiar otorgados por el cónyuge titular prescindiendo del «consentimiento» o asentimiento de su consorte o de la autorización judicial, sanciona su «anulabilidad».<sup>16</sup> En

---

FERNÁNDEZ y Josep FERRER RIBA (dir.), *Comentari al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua*, Barcelona, Atelier, 2014, p. 90.

15. A este respecto, conviene recordar que el Reglamento (UE) 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, considerandos 52 y 53 y artículo 30, afirma el carácter imperativo de las normas relativas a la protección de la vivienda familiar, y aunque es cierto que el Reglamento afecta solo a los matrimonios celebrados a partir del 29 de enero de 2019, también lo es que cabe elegir con posterioridad a esta fecha la ley aplicable al régimen matrimonial primario —en el que se integran las normas de protección de la vivienda familiar— aunque el matrimonio se haya celebrado con anterioridad.

16. Criterio distinto orienta la regulación de los negocios dispositivos sobre la vivienda familiar atribuida a uno de los cónyuges en los supuestos de crisis matrimonial, realizados por el cónyuge titular que se ha visto privado del uso de la misma. Como ya se ha dejado apuntado, el artículo 233-25 CCCat permite a dicho cónyuge otorgar dichos negocios sin el «consentimiento» de su consorte, beneficiario de la atribución, y sin autorización judicial, sin que el negocio celebrado perjudique el uso de la vivienda que corresponde al cónyuge no titular.

También es distinto el criterio seguido por la legislación arrendaticia estatal en los supuestos de desistimiento o renuncia a la renovación del contrato de arrendamiento por parte del cónyuge arrendatario,

este sentido, el artículo 231-9.2 CCCat afirma expresamente que dichos negocios son «anulables».<sup>17</sup> A mi juicio y como ya se ha dejado apuntado, esta afirmación carece de fundamento y de justificación. De ahí, pues, que proceda a examinar la regulación legal, para someterla a continuación a crítica.

#### 4.1.1. *La regulación legal*

La consideración del negocio dispositivo celebrado por el cónyuge titular sin el «consentimiento» del cónyuge no titular o, en su caso, sin la autorización judicial sustitutiva como un negocio anulable, presupone que tanto el uno como la otra se configuran como requisitos de validez del negocio. En este sentido, el negocio dispositivo —ya sea oneroso o gratuito— otorgado sin ese «consentimiento» es ciertamente un negocio inválido, pero, calificado como «anulable» y no como «nulo», esta invalidez no impide que el negocio sea eficaz y produzca efectos jurídicos una vez perfeccionado, mientras no se ejercite la acción de nulidad y esta nulidad no se declare judicialmente. La «anulabilidad» del negocio comporta simplemente la posibilidad de anularlo y, por ello, el negocio dispositivo es eficaz, de manera que, aunque esta eficacia sea provisional o claudicante, produce efectos mientras no se anule el negocio.<sup>18</sup> Es más, esta eficacia provisional o claudicante puede convertirse en defi-

---

sin contar con el «consentimiento» o la autorización de su consorte. En efecto, en estos supuestos, la omisión del «consentimiento» del cónyuge no titular no provoca la anulabilidad del acto de desistimiento o de renuncia, sino que determina el *no perjuicio* o la *inoponibilidad* de este acto por lo que respecta al cónyuge no titular de cuyo «consentimiento» se ha prescindido, toda vez que —tal como establece el artículo 12.1 LAU— «podrá el arrendamiento continuar en beneficio de dicho cónyuge». Y lo mismo sucede cuando el cónyuge arrendatario abandona, sin más, la vivienda arrendada, pues el artículo 12.3 LAU dispone la subsistencia y continuidad del arrendamiento en beneficio del cónyuge no titular que conviviera en la vivienda, siempre que este notifique por escrito al arrendador «su voluntad de ser arrendatario» dentro del mes siguiente al abandono: el contrato de arrendamiento se mantiene por la sola voluntad del cónyuge del arrendatario sin que el arrendador pueda oponerse, subrogándose aquél en la posición contractual que ostentaba su consorte.

17. Con relación a la regulación del artículo 231-9.2 CCCat y al régimen de anulabilidad que establece para los negocios dispositivos otorgados por el cónyuge titular sin la autorización de su consorte o sin la de la autoridad judicial, sin cuestionar su procedencia o improcedencia, cfr. Antoni CUMELLA GAMINDE, «Comentario al artículo 231-9 CCCat», p. 91-92; véase también Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY y Esteve BOSCH CAPDEVILA, en *Derecho civil de Cataluña. Derecho de familia*, p. 179.

18. El propio artículo 231-9.3 CCCat pone de manifiesto esta eficacia, puesto que si «[l]’acte manté l’eficàcia» en el supuesto que regula, confirma que el negocio dispositivo era eficaz, a pesar de ser anulable, y que, si concurren los requisitos que establece, lo sigue siendo, ahora con carácter definitivo, sin que proceda interponer la acción de nulidad cuando el adquirente es de buena fe, el negocio es dispositivo, oneroso, y el cónyuge disponente manifiesta que la vivienda no tiene la condición de «familiar», aunque realmente lo sea.

nitiva si se extingue la acción de nulidad, circunstancia que puede producirse, ya sea por caducidad de la misma al haber transcurrido el plazo de ejercicio de la acción sin que esta se interponga, ya sea por convalidación o confirmación del propio negocio dispositivo (art. 1309 Código civil español [CC]). Pero es que, a mayor abundamiento, esta anulabilidad no siempre procede, puesto que se excluye, sin que pueda impugnarse el negocio dispositivo, si el adquirente es de buena fe y a título oneroso y el cónyuge titular disponente manifiesta que la vivienda de cuyo derecho dispone no tiene la condición de «vivienda familiar» (art. 231-9.3 CCCat).<sup>19</sup> Como consecuencia de todo ello, la misma regulación legal de los negocios de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar otorgados por el cónyuge titular sin la autorización de su consorte o de la autoridad judicial propicia que, pese a la falta de esta autorización y a la invalidez negocial que esta omisión provoca, el negocio dispositivo produzca efectos jurídicos reales.

Desarrollando la calificación legal del negocio otorgado sin el «consentimiento» del cónyuge no titular ni la autorización de la autoridad judicial como «anulable», el artículo 231-9 CCCat se refiere a la legitimación para ejercer la acción de nulidad y establece también la duración del plazo para interponerla. En cuanto a lo primero, esta legitimación corresponde al cónyuge no titular cuyo «consentimiento» se ha omitido, como titular o representante del interés protegido por la norma y beneficiario de la tutela que dispensa, y se exige además como requisito que viva en la vivienda familiar (art. 231-9.2 CCCat).<sup>20</sup> Por lo que respecta al plazo de ejercicio de la acción de nulidad, que se configura como un plazo de caducidad toda vez que se vincula a un poder de configuración jurídica, su duración es de cuatro años (art. 231-9.2 CCCat). La fijación del *dies a quo*, por su parte, viene determinada por el momento en el que el cónyuge de cuyo «consentimiento» se ha prescindido conoce la realización del negocio dispositivo o, en su caso, por la fecha de la inscripción de este negocio en el Registro de la Propiedad (art. 231-9.2 CCCat).

19. Solución distinta parece desprenderse del artículo 569-31.2 CCCat con relación a la hipoteca de la vivienda familiar constituida por el cónyuge o conviviente en pareja propietario de la misma sin el «consentimiento» del otro cónyuge o conviviente, pues afirma que «[l]a impugnació per l'altre cònyuge o convivent [no titulars], en cas de declaració falsa o errònia de la persona que hipoteca, no pot perjudicar els creditors hipotecaris de bona fe». En efecto, mientras que el artículo 231-9.3 CCCat excluye, con carácter general, la posibilidad de impugnar el negocio dispositivo, el artículo 569-31.2 CCCat admite la impugnación, pero esta, a pesar de producirse, tiene una eficacia limitada, en la medida en que «no pot perjudicar els creditors hipotecaris de bona fe».

20. Este requisito es congruente con la misma finalidad de protección que persigue el artículo 231-9.1 CCCat, circunscrita a los negocios de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar «que en comprometi l'ús»: si el cónyuge no titular no vive en la vivienda familiar, no ostenta una facultad posesoria o de uso sobre la misma que pueda verse perjudicada por el negocio dispositivo. Por lo mismo, en caso de separación de hecho y si el cónyuge no titular ha abandonado voluntariamente la vivienda familiar, tampoco podrá impugnar el negocio dispositivo otorgado por el cónyuge titular.

#### 4.1.2. *La crítica de la regulación legal*

La configuración como «anulable» del negocio dispositivo otorgado por el cónyuge titular sin el «consentimiento» de su consorte ni autorización judicial es susceptible de crítica desde dos puntos de vista: en primer lugar, atendiendo a la naturaleza imperativa de la misma norma contenida en el apartado primero del artículo 231-9 CCCat, que exige la concurrencia de este «consentimiento» y de esta autorización; y, en segundo lugar, atendiendo a la función que uno y otra desempeñan como requisito de eficacia del negocio dispositivo.

##### 4.1.2.1. La nulidad de los actos contrarios a las normas imperativas

A partir de la consideración de las normas imperativas como aquellas cuyo contenido y regulación no puede ser modificado o excluido por la voluntad particular y, más concretamente, por la voluntad de los sujetos a los que afecta, se ha llegado a la conclusión —sancionada en la legislación estatal por el artículo 6.3 CC— de que los actos y negocios contrarios a dichas normas, es decir, los actos y negocios a través de los cuales se modifica o se excluye su regulación, son nulos, nulidad que se califica como «nulidad de pleno derecho».<sup>21</sup> A la misma conclusión se llega cuando se analiza la nulidad de los negocios jurídicos, con relación a la cual y a pesar de que no ha sido objeto de regulación legal específica,<sup>22</sup> la jurisprudencia y la doctrina señalan de forma unánime la vulneración de las normas imperativas como una de las causas que

21. Como es sabido, el artículo 6.3 CC dispone que «[l]os actos contrarios a las normas imperativas y prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención». Con relación a este precepto, cfr. Manuel AMORÓS GUARDIOLA, «Comentario al artículo 6.3 CC», en *Comentarios a las reformas del Código civil: El nuevo título preliminar del Código y la Ley de 2 de mayo de 1975*, Madrid, Tecnos, 1977, p. 324-334; Ángel CARRASCO PERERA, «Comentario al artículo 6.3 CC», en Manuel ALBALADEJO GARCÍA y Silvia DÍAZ ALABART (dir.), *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, t. I, vol. 1, Madrid, EDERSA, 1998, p. 769-842.

22. No existen, en efecto, disposiciones de carácter específico relativas a la nulidad del contrato en el Código civil español, puesto que, si bien el capítulo VI, título II, libro IV CC se dedica a la «nulidad de los contratos», en realidad se ocupa de la que es consecuencia del ejercicio de la acción de nulidad y se refiere a «[l]os contratos en que concurran los requisitos que expresa el artículo 1261 [...] siempre que adolezcan de algunos de los vicios que los invalidan con arreglo a la ley» (art. 1300 CC), es decir, a los contratos anulables. En todo caso, la nulidad del contrato se vincula a la contravención del artículo 1255 CC cuando los contratantes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad que les reconoce el precepto, establecen «pactos, cláusulas y condiciones» que son «contrarios a las leyes», entendiendo la referencia circunscrita a las «leyes imperativas y prohibitivas» del artículo 6.3 CC.

En la *Propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos*, Madrid, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, 2023, sí existe una regulación específica dedicada a la nulidad de los contratos (sección primera del capítulo VII, título II) y, en ella, el artículo 1289 considera,

provocan esta consecuencia.<sup>23</sup> En este sentido, pues, y siendo de naturaleza imperativa la norma del artículo 231-9 CCCat que exige el «consentimiento» del cónyuge no titular o, en su defecto, la autorización judicial de los negocios por medio de los cuales el cónyuge titular de los derechos sobre la vivienda familiar dispone de los mismos, parece claro que la sanción que corresponde al negocio dispositivo otorgado por el cónyuge titular prescindiendo de dicho «consentimiento» o de dicha autorización es la de la «nulidad de pleno derecho», y no la de la «anulabilidad» que establece el apartado segundo del propio artículo 231-9 CCCat.

Ciertamente, el mismo artículo 6.3 CC que declara la «nulidad de pleno derecho» de los actos contrarios a las normas imperativas, admite que estas establezcan excepcionalmente un «efecto distinto» al de la nulidad en caso de contravención. Desde este punto de vista, cabría tal vez entender que la «anulabilidad» que impone el artículo 231-9.2 CCCat es un «efecto distinto» a la «nulidad de pleno derecho» que correspondería como consecuencia de su vulneración. Esta solución podía ser admisible con relación a la «anulabilidad» de los artículos 9 de la Compilación del derecho

---

entre las causas que provocan la nulidad de pleno derecho del contrato, «la contravención de una norma imperativa o prohibitiva».

En el Código civil de Cataluña no existe tampoco una regulación específica relativa a la nulidad contractual, toda vez que el título I del libro VI CCCat, que se reserva a la regulación de las partes generales de la obligación y del contrato, está pendiente de redacción: cfr. preámbulo de la Ley 3/2017, de 15 de febrero, del libro sexto del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y los contratos, y de modificación de los libros primero, segundo, tercero, cuarto y quinto.

23. Cfr. Federico de CASTRO Y BRAVO, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1971, p. 472-473, con relación a los supuestos de nulidad del negocio, entre los que incluye el que va «contra lo dispuesto en la ley; reprobados, no obstante que su estructura negocial sea perfecta y carente de vicios. Esta figura de negocio nulo, la resultante de chocar con mandatos o prohibiciones legales [...] ha sido la principalmente tenida en cuenta por la doctrina». Véase también, con relación al negocio jurídico, Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *Derecho civil*, p. 585. Centrada la nulidad en los contratos, se consideran nulos —entre otros— aquellos en los que los contratantes han traspasado los límites de la autonomía de la voluntad privada, dentro de los cuales se incluyen los prohibidos o ilícitos, celebrados contra lo dispuesto por una ley imperativa: cfr. Luis Díez-PICAZO, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, t. 1, 6a ed., Madrid, Thomson Civitas, 2007, p. 577-578.

Para el derecho catalán, aunque —como ya se ha dejado indicado— no existe todavía regulación propia, cfr. Pedro del POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY y Esteve BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*, 2a ed., Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo, Marcial Pons, 2021, p. 375, donde apuntan igualmente que «[l]a nulidad [del contrato] se produce también cuando el contrato es contrario a una norma imperativa o prohibitiva», con cita del artículo 6.3 CC. Véase también Esteve BOSCH CAPDEVILA, Pedro del POZO CARRASCOSA y Antoni VAQUER ALOY, *Teoría general del contrato. Propuesta de regulación*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo, Marcial Pons, 2021, donde presentan un texto articulado en el que, a partir de la consideración de la observancia de las normas imperativas como límite de la autonomía de la voluntad contractual (art. 2.1 y comentario en p. 55), afirman la nulidad del contrato que las vulnera (art. 46.1a y comentario en p. 180), con la consecuencia de que «[e]l contrato nulo no produce ningún efecto» (art. 48.1 y comentario en p. 185).

civil especial de Cataluña (CDCC) de 1994 (Ley 8/1993, de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges) y 9 del Código de familia (CF) de 1998 (Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia), antecedentes inmediatos del artículo 231-9 CCCat, puesto que, durante la vigencia de estos dos preceptos, el artículo 6.3 CC —aplicable en Cataluña— establecía el régimen jurídico de los actos contrarios a las normas imperativas y, por tanto, a pesar de la nulidad de pleno derecho que correspondería a los negocios otorgados por el cónyuge titular de los derechos sobre la vivienda familiar sin el «consentimiento» de su consorte o sin autorización judicial, cabría considerar su anulabilidad como el «efecto distinto» previsto por dichos preceptos para el caso de su contravención.

Sin embargo, la situación cambia con la entrada en vigor del artículo 111-6 CCCat, que —como ya se ha dejado apuntado— positiviza el principio de libertad civil que informa el ordenamiento jurídico catalán y admite «l'exclusió voluntària, la renúncia i el pacte en contra» de las disposiciones del Código civil y de las demás leyes catalanas. Este precepto, en efecto, vinculado al artículo 231-9 CCCat, modifica el régimen jurídico establecido originariamente por el artículo 6.3 CC, al que se sujetaban los negocios dispositivos de los derechos sobre la vivienda familiar otorgados por el cónyuge titular prescindiendo de la autorización de su consorte y de la autoridad judicial, infringiendo de este modo los artículos 9 CDCC y 9 CF.<sup>24</sup> Esta modificación obedece a dos razones. En primer lugar, a que, ahora, del artículo 111-6 CCCat se desprende que la exclusión voluntaria de las leyes se refiere exclusivamente a las que son de naturaleza dispositiva y no procede cuando —como sucede con el artículo 231-9 CCCat— la norma legal «estableix expressament llur imperativitat», sin prever excepción alguna en este supuesto. Por lo tanto, «l'exclusió voluntària, la renúncia i el pacte en contra» de las leyes imperativas comportan la nulidad de pleno derecho de los actos o negocios a través de los cuales se exterioriza esta exclusión voluntaria, sin que se haya contemplado tampoco la posibilidad de que la norma legal infringida establezca excepcionalmente un efecto distinto al de dicha nulidad.<sup>25</sup> Y, en segundo

24. En rigor, esta consecuencia se produce ya con relación al artículo 9 CF a partir de la entrada en vigor del artículo 111-6 CCCat el 1 de enero de 2003, puesto que el artículo 231-9 CCCat no entró en vigor hasta el 1 de enero de 2011, produciéndose entonces la derogación de la Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de familia, por la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código civil de Cataluña, relativo a la persona y a la familia.

25. En este sentido, Carlos GÓMEZ LIGÜERRE, «Comentario al artículo 111-6 CCCat», p. 220, apunta:

La norma imperativa [...] serà sempre d'aplicació. D'aquesta forma, esdevindrà ineficaç la opció per un règim legal alternatiu i contradictori amb les prescripcions de la norma imperativa. L'opció del subjecte haurà de considerar-se irrellevant i la norma imperativa l'aplicació de la qual es volia evitar serà d'aplicació en tot cas. La llibertat civil no pot emparar comportaments contraris als principis que l'ordenament considera fonamentals, centrals o definidors de les institucions.

lugar, obedece a que, aunque se admitiera que el artículo 111-6 CCCat no niega la posibilidad de que la norma imperativa infringida estableciera un efecto distinto al de la nulidad de pleno derecho en caso de contravención, este «efecto distinto» no puede redundar en perjuicio de terceros, y menos si estos son los beneficiarios de la norma imperativa vulnerada a través de su exclusión. El artículo 111-6 CCCat proclama el principio de libertad civil, que permite la exclusión voluntaria de las leyes y vincula esta exclusión a su oponibilidad frente a terceros, siempre y cuando estos terceros no resulten perjudicados.

Pues bien, si esto es así con relación a las normas legales de naturaleza dispositiva, parece claro que si excepcionalmente se admite —lo que no dice en absoluto el artículo 111-6 CCCat— la exclusión voluntaria de las normas de naturaleza imperativa y que esta exclusión comporte un efecto distinto del de la nulidad del acto o negocio por medio del cual se contraviene la norma, de ningún modo este efecto distinto puede perjudicar a terceros, y con más razón si estos terceros son precisamente los sujetos que la norma imperativa infringida pretende proteger. Si el principio de libertad civil admite la exclusión de las normas legales dispositivas solo si esta exclusión no perjudica a terceros, menos va a admitir una eventual exclusión de las normas legales imperativas que perjudican a terceros, con relación a una norma protectora en la que los terceros a los que perjudica su exclusión son precisamente los beneficiarios de la protección. Y esto es lo que sucede si se admite que los negocios de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar otorgados por el cónyuge titular sin la autorización de su consorte, en lugar de ser nulos de pleno derecho, como corresponde a la vulneración del artículo 231-9 CCCat, son simplemente «anulables», toda vez que esta anulabilidad no impide la eficacia de dichos negocios y, en definitiva, propicia no solo la lesión del interés del cónyuge no titular, sino también y sobre todo la lesión del interés de los integrantes del grupo familiar, «terceros» que el propio artículo 231-9 CCCat tiende a proteger.<sup>26</sup>

Y concluye (p. 221) que «encara que l'article 111-6 CCCat no ho declari expressament, serà ineficax l'exercici de la llibertat civil que sigui contrari a normes imperatives».

26. La —a mi juicio— anormal solución que ofrece el artículo 231-9 CCCat obedece a que este precepto establece —a través de sus antecedentes, los artículos 9 CDCC de 1994 y 9 CF— una regulación tributaria del artículo 1320 CC y, en este sentido, acorde con los principios generales del derecho que informan el ordenamiento jurídico estatal y con las normas del Código civil español, que admite la «anulabilidad» de los negocios celebrados por el cónyuge titular sin el «consentimiento» de su consorte en el artículo 1322 CC y también que la infracción de las normas imperativas provoca un «efecto distinto a la nulidad» en el artículo 6.3 CC. Pero este régimen jurídico no es congruente con el que se desprende del artículo 111-6 CCCat, que entró en vigor ya durante la vigencia del artículo 9 CF, sin que el legislador tuviese en cuenta que o bien había que adaptar la regulación del artículo 9 CF (y, ahora, del artículo 231-9 CCC) al artículo 111-6 CCCat, o bien había que adecuar lo dispuesto en el artículo 111-6 CCCat al artículo 231-9 CCCat, regulando las consecuencias de la exclusión o de la renuncia de las leyes imperativas, con la salvedad de que la norma imperativa que se excluye «establezca un efecto distinto al de la nulidad», que,

#### 4.1.2.2. La ineficacia de los negocios otorgados con poder de disposición insuficiente

El régimen jurídico de los negocios de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar otorgados por el cónyuge titular se articula en torno a la necesidad de que su consorte —que no ostenta derecho alguno sobre la vivienda— autorice este otorgamiento o de que, en su defecto, lo autorice la autoridad judicial (art. 231-9.1 CCCat). Como se ha indicado ya, esta regulación impone una limitación al poder de disposición del cónyuge titular, que no puede disponer unilateralmente, por sí solo, de los derechos de los que es titular exclusivo, a la vez que otorga al cónyuge no titular la facultad de intervenir —por más que no sea con la condición de parte— en el negocio dispositivo celebrado por su consorte, prestando su autorización del mismo.

Esta circunstancia pone de manifiesto que la autorización que prestan el cónyuge no titular y, en su caso, la autoridad judicial, se orienta a completar el insuficiente poder de disposición del cónyuge titular; por lo tanto, determinan la eficacia del negocio dispositivo, pero no su validez. El negocio dispositivo será válido si concurren los elementos y requisitos necesarios para ello, y esto con independencia de que el cónyuge no titular o la autoridad judicial otorguen su autorización del mismo. Ciertamente, el «consentimiento» es el elemento esencial para la existencia y validez de los negocios jurídicos. Por lo que respecta a los contratos, el «consentimiento de los contratantes» es el primero de los elementos que exige el artículo 1261 CC para que «haya» contrato. En este sentido, tal vez cabría pensar que el «consentimiento» que ha de prestar el cónyuge no titular respecto al negocio dispositivo (art. 231-9 CCCat) integra o forma parte de ese «consentimiento»; pero es que —como ya se ha indicado— el «consentimiento» del cónyuge no titular —que no interviene en el contrato como «parte contratante» precisamente por no ser titular del derecho objeto del negocio dispositivo— no es, en rigor, un «consentimiento negocial» o un «consentimiento contractual» que determina la existencia del negocio o del contrato, sino un «asentimiento» o una «autorización» de un negocio o un contrato ya existente, al que dota de eficacia. Como también se ha dejado apuntado, el «consentimiento» del cónyuge no titular constituye un supuesto de complementación del negocio jurídico y se orienta a completar el poder de disposición del cónyuge titular, que la regulación legal limita o restringe, y, por lo tanto, de su concurrencia depende la eficacia del negocio dispositivo.

Sin embargo, del artículo 231-9.2 CCCat se desprende que el legislador ha considerado que dicho «consentimiento» determina la validez de estos negocios, al sancionar la «anulabilidad», a instancia del cónyuge no titular, de los negocios que se otorguen sin este consentimiento o sin la autorización judicial sustitutiva (art. 231-9.2

---

en cualquier caso, no puede provocar el «perjuicio de tercero» previsto como límite para admitir la exclusión o la renuncia de las normas dispositivas.

CCCat),<sup>27</sup> y ello con independencia de la onerosidad o gratuidad de dichos negocios. Pero es que, además y como también se ha dejado ya apuntado, esta anulabilidad se excluye cuando quien adquiere el derecho del que el cónyuge titular ha dispuesto unilateralmente es un adquirente de buena fe a título oneroso, en cuyo caso, habiendo manifestado el disponente que la vivienda no tiene la condición de «familiar», se mantiene la adquisición (art. 231-9.3 CCCat) de acuerdo con el principio general de protección de los adquirentes, principio que, paradójicamente, no se vincula a los supuestos de invalidez del negocio jurídico, sino a los de ineficacia del mismo. Ahora bien, en cualquier caso, esta anulabilidad, que presupone, pues, la consideración del «consentimiento» del cónyuge no titular y, en su caso, de la autorización judicial como requisito de validez del negocio dispositivo, no es coherente —a mi juicio— con la función de complementación del negocio dispositivo que el propio artículo 231-9.1 CCCat atribuye a uno y a otra.

La diferencia y el distinto régimen jurídico que la anulabilidad y la ineficacia del negocio suponen son importantes, atendida la finalidad protectora perseguida por la regulación legal. En efecto, la calificación del negocio dispositivo otorgado sin el «consentimiento» del cónyuge no titular o sin autorización judicial como *anulable* en lugar de sancionar su *ineficacia*, no es intrascendente. Si se considera el «consentimiento» como requisito de eficacia, su omisión provoca la ineficacia del negocio, sin que sea necesario ejercitar acción de impugnación alguna —más allá de la que se interponga con carácter meramente declarativo— para que esta circunstancia se produzca. En este sentido, pues, el negocio no produce el efecto dispositivo al que se orienta, de modo que el adquirente sólo adquiere, en su caso, la posesión de la vivienda familiar y deberá recurrir o bien a la usucapión para convertirse en titular del derecho cuya transmisión o constitución a su favor se ha pretendido mediante el negocio dispositivo, o bien a la protección que se dispensa al adquirente de buena fe para que su adquisición sea inatacable.

En cambio, si el «consentimiento» constituye un requisito de validez y su omisión determina la «anulabilidad del negocio», por más que esta circunstancia comporte la posibilidad de anularlo, el negocio de disposición es eficaz y, aunque esta eficacia

27. Como destaca la Resolución de la DGDEJM de 27 de julio de 2022:

L'article 231-9.2 del CCCat estableix que l'acte [...] formalitzat sense aquest assentiment [de la persona que conviu amb el titular disponent] és anul·lable. Aquí hem de precisar que, en un negoci dispositiu, un defecte en el poder de disposició del transmissor determina la ineficàcia del negoci, però no l'anul·labilitat, la qual depèn del fet que el negoci reuneixi els requisits de validesa que estableix l'ordenament jurídic en relació amb la capacitat i el consentiment (FJ tercero, 3.3).

En el mismo sentido, reproduciendo literalmente la afirmación, véase la Resolución de la DGDEJM de 27 de septiembre de 2022, FJ tercero, 3.3.

sea provisional o claudicante, produce efectos mientras no se anule; y, sometida la facultad de impugnación a un plazo de caducidad, el transcurso del mismo sin interponer la acción de nulidad determina que esta eficacia sea definitiva e inatacable, todo ello en detrimento de la protección del interés familiar a que se orienta la norma. Además, con el agravante de que esta anulabilidad no tiene carácter general, pues se circunscribe a los negocios en los que el adquirente sea de mala fe y a los que, siendo de buena fe, lo es a título gratuito, puesto que si el negocio es oneroso y el cónyuge titular ha manifestado al otorgarlo que la vivienda no tiene la condición de «familiar», se excluye la anulabilidad: el negocio, aun siendo inválido, no solo es originariamente eficaz, sino que «manté l'eficàcia» (art. 231-9.3 CCCat) sin que proceda su impugnación.<sup>28</sup>

#### 4.1.3. *La solución que se propone*

Lo injustificado de la solución que ofrece la regulación legal y la contradicción en que incurre frente a la finalidad de protección del interés del cónyuge no titular y del interés familiar que debiera perseguir el artículo 231-9 CCCat aconsejan —a mi juicio— prescindir de ella y sustituirla por otra más acorde con esta finalidad y con las normas y principios que configuran el ordenamiento jurídico catalán.

En este sentido, cabría acoger el criterio de la nulidad de pleno derecho de los actos o negocios contrarios a las normas imperativas y sancionar la ineficacia originaria y absoluta de los negocios de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar celebrados por el cónyuge titular sin la autorización de su consorte o sin la autorización judicial substitutiva, congruente también con la ineficacia que deriva del otorgamiento de los negocios dispositivos con un poder de disposición insuficiente. Por otra parte, si se admite que en el ordenamiento jurídico catalán las normas imperativas pueden establecer —aunque no lo diga el artículo 111-6 CCCat— un efecto distinto al de la nulidad de pleno derecho en caso de contravención, cabría también optar por el criterio de la inoponibilidad o no perjuicio frente a terceros de dichos negocios, de manera que el cónyuge no titular de cuya autorización se ha prescindido, ostente la condición de «tercero», al cual el negocio dispositivo, que tiene eficacia *inter partes*, no es, sin embargo, oponible.<sup>29</sup> Esta solución sería asimismo coherente

---

28. En el supuesto regulado por el artículo 569-31.2 CCCat, la solución —como ya se ha indicado en la nota 18— es distinta: el negocio constitutivo de la hipoteca otorgado por el cónyuge titular sin el «consentimiento» de su consorte es anulable, pero su impugnación no es oponible y «no pot perjudicar els creditors hipotecaris de bona fe».

29. En este sentido, pues, el criterio de la inoponibilidad o no perjuicio de tercero del acto o negocio que vulnera una norma legal opera siempre —de acuerdo con el artículo 111-6 CCCat— en el caso de que la norma infringida sea de naturaleza dispositiva, pero solo excepcionalmente y como efecto distinto al de

con la que puede atribuirse a los negocios dispositivos otorgados a pesar que vulneran una prohibición o limitación de disponer, puesto que, establecidas una y otra en beneficio de un tercero, este queda protegido sancionando la inoponibilidad frente a él del negocio celebrado.

Pero, sobre todo, esta solución está en consonancia con la que ofrece el artículo 233-25 CCCat, en los supuestos de crisis matrimonial, con relación al negocio de disposición celebrado por el cónyuge titular de los derechos sobre la vivienda familiar, cuando el uso de la misma se ha atribuido al cónyuge no titular.<sup>30</sup> En este caso, el negocio dispositivo no precisa la autorización de este último, beneficiario de la atribución del uso de la vivienda, ni la autorización judicial, por lo que no existe, pues, limitación o restricción alguna que afecte el poder de disposición del cónyuge titular. Por supuesto, la autorización del cónyuge no titular es necesaria para que el negocio dispositivo otorgado por su consorte afecte el «dret d'ús» que ostenta sobre la vivienda atribuida. Pero si no concurre esta autorización, el negocio dispositivo es válido y eficaz, por más que no sea oponible al cónyuge no titular, ni, por lo tanto, perjudique su «dret d'ús».<sup>31</sup> En definitiva, de este modo, adoptando con carácter general el criterio de la inoponibilidad frente al cónyuge no titular del negocio dispositivo otorgado por su consorte sin su autorización, se configuraría un único régimen de protección en torno a los negocios de disposición de los derechos sobre la vivienda familiar en beneficio del cónyuge no titular y del interés de la familia, aplicable tanto a los negocios otorgados constante matrimonio como en situaciones de crisis matrimonial, puesto que no tiene demasiado sentido que, siendo la vivienda familiar merecedora de protección en todo caso, esté sujeta a una regulación distinta en uno y otro supuestos.

---

la nulidad de pleno derecho cuando la norma infringida sea de naturaleza imperativa y esta así lo establezca expresamente.

30. Transcrito ya en la nota 1, el artículo 233-25 CCCat («Actes dispositius sobre l'habitatge subjecte a dret d'ús») establece que «[e]l propietari o titular de drets reals sobre l'habitatge familiar en pot disposar sense el consentiment del cònjuge que en tingui l'ús i sense autorització judicial, sens perjudici del dret d'ús». Nótese que el artículo 233-25 CCCat se pronuncia con carácter general, con relación a cualesquiera actos o negocios dispositivos, sin hacer referencia a su carácter oneroso o gratuito y, desde luego, no alude para nada a una eventual «anulabilidad» de dichos negocios.

31. Esta es también la solución que adopta la legislación arrendaticia con relación al desistimiento o la renuncia unilateral del cónyuge arrendatario. Como ya se ha visto en la nota 3, de acuerdo con el artículo 12.1 LAU el cónyuge arrendatario no puede, por sí solo, desistir del contrato de arrendamiento o renunciar a su renovación, y para que la extinción del contrato se produzca es necesario el «consentimiento» de su consorte. Ahora bien, en tales supuestos, la omisión del «consentimiento» del cónyuge no titular no provoca la anulabilidad del acto unilateral de desistimiento o de renuncia, sino que determina el *no perjuicio* o la *inoponibilidad* de este acto frente al cónyuge no titular de cuyo «consentimiento» se ha prescindido, toda vez que —tal como establece el artículo 12.1 LAU— «podrá el arrendamiento continuar en beneficio de dicho cónyuge», circunstancia que protege más eficazmente al cónyuge del arrendatario que la de facultarlo para impugnar la renuncia o el desistimiento, y por la que, además, ha de pasar el arrendador, que no puede negar la subsistencia y continuidad del contrato.

#### 4.2. LA PROTECCIÓN DE LOS ADQUIRENTES Y LA RESPONSABILIDAD DEL CÓNYUGE TITULAR DISPONENTE

Junto a la anulabilidad del negocio dispositivo celebrado por el cónyuge titular sin autorización de su consorte y sin autorización judicial, el artículo 231-9 CCCat establece dos consecuencias más, vinculadas a dicha anulabilidad: la inatacabilidad de la adquisición de los derechos transmitidos o constituidos por medio de este negocio y la responsabilidad del cónyuge titular disponente (art. 231-9.3 CCCat).

##### 4.2.1. *La inatacabilidad de la adquisición*

A pesar de que el cónyuge titular de los derechos sobre la vivienda familiar haya dispuesto de los mismos sin la autorización de su consorte o de la autoridad judicial y que, como consecuencia de ello, el legislador sancione la anulabilidad del negocio dispositivo, esta circunstancia no excluye que la adquisición de aquél a quien se han transmitido estos derechos o en cuyo favor se han constituido sea inatacable. Esta medida de protección en beneficio del adquirente de la vivienda familiar, prevista en el apartado tercero del artículo 231-9 CCCat, pone de manifiesto la preferencia que el legislador atribuye a su posición en detrimento de la posición del cónyuge no titular, por más que se revele incongruente con la sanción de anulabilidad impuesta al negocio dispositivo por el apartado segundo del mismo artículo 231-9 CCCat. En efecto y como ya se ha dejado apuntado, las reglas de protección de los adquirentes operan cuando el negocio dispositivo por medio del cual se les transmite o constituye algún derecho adolece de algún defecto que afecta su eficacia real, pero no se orientan a subsanar vicios que afecten la validez del negocio, que no se cuestiona.

##### 4.2.1.1. La regulación legal

En primer lugar y como consecuencia del mismo régimen de anulabilidad a que se sujeta el negocio dispositivo, la adquisición es inatacable una vez ha transcurrido el plazo de caducidad del ejercicio de la acción de nulidad sin que el cónyuge no titular la haya interpuesto, así como también en el supuesto en que dicho cónyuge haya «confirmado válidamente» (art. 1309 CC) el negocio. Pero es que, además y sobre todo, el propio legislador ha previsto la inatacabilidad de la adquisición en determinados supuestos si concurren unos concretos requisitos, tanto en el adquirente como en el cónyuge disponente. En efecto, por más que el negocio dispositivo sea anulable, el artículo 231-9.3 CCCat establece que «manté l'eficàcia», excluyendo el ejercicio de la acción de nulidad, si el adquirente es de buena fe y a título oneroso y si, al otorgar el negocio, el cónyuge titular manifiesta que la vivienda de la que dispone no tiene la

condición de «vivienda familiar».<sup>32</sup> Por su parte, para este mismo supuesto, el artículo 569-31.2 CCCat, por más que no excluye el ejercicio de la acción de nulidad por el cónyuge no titular de cuya autorización se ha prescindido, dispone que «[l]a impugnació no pot perjudicar els creditors hipotecaris de bona fe», sin hacer referencia a que, además, lo sean a título oneroso o gratuito, atendido el carácter causalmente neutro del negocio constitutivo de la hipoteca.<sup>33</sup>

Por lo que respecta al adquirente, ha de ser de «buena fe» (art. 231.9-3 CCCat). La «buena fe» del adquirente supone, desde un punto de vista positivo, la creencia de que el cónyuge titular podía disponer unilateralmente, por sí solo, de los derechos sobre la vivienda que le transmite o constituye a su favor, y, desde un punto de vista negativo, la ignorancia de que el cónyuge disponente no podía transmitir ni constituir por sí solo estos derechos, en ambos casos por desconocer la condición «familiar» de la vivienda sobre la que se ostentan los derechos objeto del negocio dispositivo. De acuerdo con el artículo 231-9.3 CCCat, no hay buena fe si el adquirente conocía o podía razonablemente conocer en el momento de la adquisición la condición o el carácter «familiar» de la vivienda. A este respecto y habida cuenta del principio general de buena fe que ha de regir las relaciones jurídicas privadas (art. 111-7 CCCat), opera una presunción *iuris tantum* favorable a la existencia de buena fe, de manera que el cónyuge no titular que impugne el negocio dispositivo tendrá que acreditar el conocimiento o la posibilidad de conocimiento del adquirente de esta condición «familiar».

Junto a este requisito, el artículo 231-9.3 CCCat exige, además, que la adquisición sea a título oneroso (art. 231-9.3 CCCat) y añade al requisito subjetivo de la «buena fe» del adquirente, el requisito objetivo de la «onerosidad» del título adquisitivo:<sup>34</sup> el negocio dispositivo orientado a la transmisión del derecho que el cónyuge titular ostenta sobre la vivienda familiar o a la constitución de un gravamen sobre el mismo impone, a cambio de esta enajenación o gravamen, la satisfacción de una contraprestación por parte del adquirente.

Ahora bien, la inoponibilidad al adquirente de la omisión de la autorización del cónyuge no titular o de la autorización judicial y la inatacabilidad de su adquisición no dependen solo de que el adquirente sea de «buena fe» y, en su caso, de que lo sea también «a título oneroso», sino que la regulación legal exige la concurrencia de un

32. Importa destacar que esta protección se establece en beneficio del adquirente, a favor del cual el cónyuge titular transmite el derecho que ostentaba sobre la vivienda familiar o constituye un gravamen sobre el mismo que afecta a su uso, y es distinta de la protección que, en su caso, dispensa al tercer adquirente o subadquirente la legislación hipotecaria (art. 34 LH), que opera cuando quien adquirió del cónyuge titular transmite, a su vez, el derecho adquirido a un tercero.

33. Con relación a la denominada *neutralidad causal*, cfr. M. del Carmen GETE-ALONSO Y CALERA, *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 585 y sig.

34. Que, como se acaba de dejar indicado, no exige el artículo 569-31.2 CCCat cuando el negocio dispositivo se orienta a la constitución de una hipoteca que grave la vivienda familiar.

tercer requisito que referente al propio cónyuge titular que dispone unilateralmente de su derecho sobre la vivienda familiar. En efecto, la subsistencia de la eficacia del negocio dispositivo en beneficio del adquirente exige que el cónyuge titular manifieste, al celebrar el negocio dispositivo, que el inmueble del que dispone no tiene la condición de vivienda familiar (art. 231-9.3 CCCat). Este requisito es esencial hasta el punto de que el hecho de haber adquirido la vivienda familiar de buena fe y, en su caso, a título oneroso no asegura la titularidad del adquirente: es necesaria la manifestación del cónyuge disponente que niegue la condición de «vivienda familiar» de aquella cuyo derecho sobre la misma enajena o grava.

Esta manifestación del cónyuge titular no requiere ajustarse a requisitos de forma especiales, de modo que puede exteriorizarse tanto en un documento privado como en un documento público. Sin embargo, para la inscripción en el Registro de la Propiedad de los negocios dispositivos de derechos sobre la vivienda perteneciente a uno solo de los cónyuges, el artículo 91.1 del Reglamento hipotecario exige que el cónyuge disponente manifieste, en la escritura pública que formaliza el negocio y cuyo acceso al Registro se pretende, que la vivienda objeto del mismo no tiene la condición de «vivienda habitual de la familia». El artículo 569-31.2 CCCat reproduce esta exigencia específicamente con relación a la constitución del derecho de hipoteca y requiere también que dicha manifestación se exteriorice expresamente en la escritura constitutiva.<sup>35</sup>

Como ya se ha apuntado, la manifestación por parte del cónyuge disponente de que los derechos que enajena o grava recaen sobre una vivienda que no es la «vivienda habitual de la familia» no solo justifica la buena fe del adquirente, sino que su trascendencia excede esta función, puesto que, si no concurre, procede la impugnación del negocio dispositivo y permite anular y resolver la adquisición, por más que el adquirente desconociera efectivamente la condición «familiar» de la vivienda. Si existe esta manifestación del cónyuge titular y esta es falsa, pues niega la condición «familiar» de la vivienda aunque efectivamente lo sea, el cónyuge no titular que impugna el negocio dispositivo tendrá que desvirtuar la presunción de buena fe del adquirente y demostrar que conocía o podía haber conocido dicha condición pese a la manifestación en contrario del cónyuge disponente.

---

35. Teniendo en cuenta que el régimen jurídico de la vivienda familiar de la pareja es el mismo que se establece para el matrimonio (art. 234-3.2 CCCat), se ha planteado la cuestión de si, en la disposición de la vivienda titularidad de una persona que manifiesta ser soltera, esta ha de manifestar también que no convive con otra persona, como requisito de inscripción de esta disposición en el Registro. A este respecto, las resoluciones de la DGDEJM de 27 de julio y 27 de septiembre de 2022 se han pronunciado en sentido negativo, pues consideran que si el disponente de una vivienda afirma ser soltero, no ha de pronunciarse también sobre si convive o no en régimen de pareja estable con otra persona, puesto que el régimen previsto en el artículo 234-3 CCCat se aplica a quien manifiesta ser «soltero conviviente», no a quien manifiesta simplemente ser «soltero», sin más precisiones que tampoco está obligado a efectuar.

Por otra parte, de la regulación legal se desprende también que los efectos de la manifestación del cónyuge titular en orden a la inatacabilidad de la adquisición se producen aunque se trate de una «manifestació inexacta» (art. 231-9.3 CCCat) o de una «declaració falsa o errònia» (art. 569-31.2 CCCat).<sup>36</sup> La precisión de que la manifestación del disponente que «l'immoble no té la condició d'habitatge familiar» pueda ser «inexacta» (art. 231-9.3 CCCat) no aporta demasiado al precepto, porque toda manifestación del titular de una vivienda familiar que niegue la condición «familiar» de la misma, aunque realmente la tenga, será «inexacta». En cuanto a que sea «errònia» (art. 569-31.2 CCCat), no resulta creíble que el cónyuge titular desconozca la condición «familiar» de la vivienda de cuyos derechos dispone, salvo, tal vez, si incurrir en un error obstativo; por lo que respecta a la manifestación «falsa» (art. 569-31.2 CCCat), pone de relieve la ocultación de dicha condición «familiar» por el cónyuge disponente al adquirente y la existencia de una intención defraudatoria por su parte, orientada a perjudicar el interés de su consorte y el de la familia.

Con relación a las consecuencias que derivan de la concurrencia de todos estos requisitos, la regulación legal sanciona la firmeza e inatacabilidad de la adquisición de aquél con quien el cónyuge titular celebró el negocio dispositivo, prescindiendo del asentimiento de su consorte o de la autorización judicial sustitutiva. En este sentido, el artículo 231-9.3 CCCat establece con carácter general que el negocio dispositivo «manté l'eficàcia», mientras que si la finalidad del mismo es la constitución de una hipoteca que grave la vivienda familiar, el artículo 569-31.2 CCCat señala que «no pot perjudicar els creditors hipotecaris de bona fe». A pesar de la distinta formulación y significación de estos dos preceptos,<sup>37</sup> ambos conducen a la misma conclusión: por más que el negocio dispositivo se haya otorgado sin la autorización del cónyuge no titular y sin autorización de la autoridad judicial, la buena fe del adquirente, junto con la onerosidad del título adquisitivo y la manifestación del cónyuge titular de que la vivienda a la que se refiere el negocio no tiene la condición de «vivienda familiar», subsanan la invalidez del negocio y constituyen una excepción a la anulabilidad del mismo. De ahí, pues, que el negocio que «manté l'eficàcia» (art. 231-9.3 CCCat) «no pot perjudicar els creditors hipotecaris de bona fe» (art. 569-31.2 CCCat). En definitiva, el negocio dispositivo subsiste con la eficacia real que está orientado a producir,

36. La consideración de la declaración del cónyuge titular como «falsa o errònia» reproduce literalmente los calificativos que predica de la misma el artículo 1320 CC. El artículo 569-31 CCCat, redactado e incorporado al libro v del CCCat por la Ley 25/2010, de 29 de julio, no parece haber tenido en cuenta que el artículo 231-9.3 CCCat, al referirse a la manifestación del cónyuge titular, prescindió de estos dos calificativos y los sustituyó únicamente por el de «inexacta».

37. En efecto y como ya se ha dejado apuntado, mientras que el artículo 231-9.3 CCCat excluye la acción de nulidad, de manera que no procede siquiera su ejercicio, el artículo 569-31.2 CCCat la admite, si bien, en caso de que se estime su procedencia y se anule el negocio dispositivo, esta nulidad no perjudica ni es oponible a los acreedores hipotecarios de buena fe.

convirtiendo al adquirente en titular de los derechos que le ha transmitido o que ha constituido a su favor el cónyuge titular.

#### 4.2.1.2. La crítica de la regulación legal y la solución que se propone

La regulación legal examinada pone de manifiesto la primacía que el legislador atribuye al interés del adquirente frente al del cónyuge no titular y cuestiona la misma protección de la vivienda familiar que el legislador ha querido establecer en beneficio del cónyuge no titular y del interés de la familia. Ciertamente, al cónyuge no titular se le atribuye la facultad de asentir o autorizar el negocio dispositivo celebrado por su consorte, y la omisión de esta autorización y, en su caso, la de la autorización de la autoridad judicial determinan la anulabilidad del mismo. Pero la facilidad con la que puede evitarse la impugnación de dicho negocio o, cuando menos, los efectos perjudiciales de esta impugnación para el adquirente de buena fe a título oneroso (así, basta con que el cónyuge titular disponga niegue la condición «familiar» de la vivienda), revela que, en una situación de conflicto entre el cónyuge no titular y el adquirente, el legislador se decanta por solucionarla a favor de este último, incluso cuando la manifestación del cónyuge titular es «inexacta» y ha sido realizada con intención defraudatoria.

En este sentido, parece evidente que si realmente quiere protegerse el interés del cónyuge no titular de la vivienda familiar y el de la familia que tiene en ella su residencia, hay que limitar la protección dispensada al adquirente de los derechos sobre la vivienda familiar que le ha transmitido o ha constituido a su favor el cónyuge titular prescindiendo de la autorización de su consorte y de la autoridad judicial. Pues bien, a este respecto, la inoponibilidad frente al cónyuge no titular del negocio dispositivo otorgado por el cónyuge titular, que se ha propuesto como más acorde con la naturaleza imperativa de la norma que regula la disposición de la vivienda familiar y con la función de complementación que desarrolla la autorización del cónyuge no titular, resulta también adecuada para resolver el conflicto que se suscita entre este último y el adquirente a favor del cual ha enajenado o gravado el cónyuge titular el derecho que ostenta sobre la vivienda. De hecho, esta inoponibilidad no solo se predica de las relaciones entre el cónyuge titular y su consorte, sino que afecta especialmente las relaciones entre el cónyuge titular y el adquirente del derecho objeto del negocio dispositivo, con independencia —además— del carácter oneroso o gratuito del mismo. En la medida en que esta inoponibilidad se traduce en el «no perjuicio» del beneficiario de la misma, el cónyuge no titular puede desconocer el negocio dispositivo y actuar como si no se hubiera celebrado: como ya se ha dejado apuntado, el negocio tiene solo eficacia *inter partes*, entre el cónyuge titular y el adquirente, y no es oponible al cónyuge no titular, que sigue ostentando la facultad de poseer y usar la vivienda familiar,

sin que tenga incidencia en ella la enajenación o el gravamen del derecho que sobre la misma correspondía al cónyuge titular.

Ahora bien, de la misma manera que la inoponibilidad del negocio dispositivo frente al cónyuge no titular determina que este negocio no le perjudique, tampoco afecta a la titularidad del derecho transmitido o constituido a favor del adquirente. La eficacia *inter partes* del negocio comporta que el adquirente sea efectivamente titular del derecho sobre la vivienda familiar que le ha atribuido el cónyuge disponente y su titularidad es inatacable. La inoponibilidad del negocio dispositivo no es incompatible con la inatacabilidad de la titularidad del derecho adquirido por medio de este negocio. El adquirente es titular del derecho sobre la vivienda familiar constituido a su favor, pero no puede hacerlo valer frente al cónyuge no titular y tiene que respetar la posesión y el uso que este último ostenta sobre dicha vivienda, sin perjuicio de la pretensión indemnizatoria que pueda corresponderle contra el cónyuge disponente.

#### 4.2.2. *La responsabilidad del cónyuge titular disponente*

El apartado tercero del artículo 231-9 CCCat establece, en su inciso final, que «[e]n qualsevol cas, el cònjuge que n'ha disposat respon dels perjudicis que hagi causat, d'acord amb la legislació aplicable». En el contexto de la regulación actualmente prevista por el artículo 231-9 CCCat, esta responsabilidad parece pensada para los supuestos en los que, siendo anulable el negocio dispositivo otorgado por el cónyuge titular, no procede la anulación del mismo por ser el adquirente de buena fe y a título oneroso, habiendo manifestado el disponente que la vivienda no tiene la condición de «vivienda familiar»: el negocio mantiene su eficacia, el cónyuge no titular se ve privado de la posesión y el uso de la vivienda familiar y es inatacable el derecho sobre la misma del que se ha convertido en titular el adquirente.

En tales supuestos, la responsabilidad del cónyuge titular, que asume frente a su consorte, tiene su origen en el hecho de haber otorgado el negocio dispositivo sin la autorización del cónyuge no titular ni la de la autoridad judicial y, siendo oneroso el negocio, en el de haber manifestado que la vivienda sobre la que recae el derecho que enajena o grava no tiene la condición de «familiar», no siendo esto cierto. En este sentido, la responsabilidad del cónyuge titular disponente es, en rigor, la única medida que, en beneficio de su consorte, de cuya autorización ha prescindido, establece el artículo 231-9 CCCat para subsanar de algún modo la lesión de su interés y del interés de la familia.

La referencia a la responsabilidad del cónyuge titular disponente «d'acord amb la legislació aplicable» debe entenderse como una remisión a las normas de la responsabilidad extracontractual y de la pretensión en orden a la reparación del daño causado que corresponde al cónyuge no titular, cuyo ejercicio está sujeto al plazo de

prescripción de tres años del artículo 121-21*d* CCCat. Ahora bien, la responsabilidad del cónyuge disponente no se circunscribe a los supuestos en los que no cabe anular el negocio dispositivo celebrado, por concurrir los requisitos que posibilitan la inatacabilidad de la adquisición. El artículo 231-9.3 CCCat destaca expresamente que esta responsabilidad procede «en qualsevol cas» y, por lo tanto, es compatible con la anulación del negocio, puesto que su finalidad es el resarcimiento de cualquier perjuicio —también de índole moral— que su otorgamiento haya ocasionado o pueda ocasionar hasta la impugnación del negocio y el restablecimiento de la situación anterior: el hecho de que el negocio dispositivo sea anulable y efectivamente se anule puede no ser suficiente para subsanar los perjuicios causados por su otorgamiento y estos deben ser indemnizados. Y, por supuesto, puede interponerse también la pretensión resarcitoria cuando, procediendo la anulación del negocio, no quepa la restitución de los derechos sobre la vivienda familiar enajenados o gravados por haberlos inscrito a su favor en el Registro de la Propiedad un subadquirente amparado por el artículo 34 de la Ley hipotecaria (LH).

Sin embargo, si se adopta el criterio de la inoponibilidad del negocio dispositivo frente al cónyuge no titular, la responsabilidad del cónyuge disponente procederá por razón de esta inoponibilidad, no en beneficio del cónyuge no titular, puesto que el negocio dispositivo no le perjudica, sino en beneficio del adquirente, toda vez que, siendo titular del derecho que se ha enajenado o constituido a su favor, no puede hacerlo valer frente al cónyuge no titular. De hecho, la formulación del inciso final del apartado tercero del artículo 231-9 CCCat se limita a establecer que «el cònjuge que n'ha disposat respon dels perjudicis que hagi causat», sin especificar frente a quién responde, por lo que puede, pues, corresponder al adquirente la pretensión resarcitoria.<sup>38</sup> Ello sin perjuicio, por supuesto, de la pretensión que, tal como se ha dejado apuntado, pueda corresponder igualmente al cónyuge no titular por los eventuales perjuicios que le haya causado el otorgamiento del negocio dispositivo, aunque, por no serle oponible, no perjudique la posesión y el uso que ostenta sobre la vivienda familiar.

---

38. Por otra parte, el hecho de que la responsabilidad del cónyuge disponente se establezca «en qualsevol cas, [...] d'acord amb la legislació aplicable» permite extenderla también a la legislación penal, aplicando el artículo 251.2 del Código penal a la conducta del cónyuge titular, puesto que este precepto sanciona con la pena de prisión a quien «dispusiere de una cosa [...] inmueble ocultando la existencia de cualquier carga sobre la misma», considerando como «carga» que afecta al inmueble objeto de disposición la condición «familiar» de la vivienda y que, debiendo ser respetada por el adquirente, le priva de ejercitar las facultades de posesión y uso que integran el contenido del derecho que ha adquirido en virtud del negocio dispositivo otorgado por el cónyuge titular disponente.

# JURISPRUDÈNCIA



# PRODUCTES I PRÀCTIQUES COMERCIALS: EL CAS DEL CONSUMIDOR VENEDOR. COMENTARI DE LA SENTÈNCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTÍCIA DE LA UNIÓ EUROPEA DEL 5 DE DESEMBRE DE 2024, CAS GULDBREV (ASSUMPTE C-379/23)

Lídia Arnau Raventós  
Professora agregada  
Universitat de Barcelona<sup>1</sup>

## 1. PLANTEJAMENT

La Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea (STJUE) del 5 de desembre de 2024, cas Guldbrev (assumpte C-379/23),<sup>2</sup> té per objecte la interpretació dels articles 2, lletres *c*, *d* i *i*, i 3.1 de la Directiva 2005/29/CE del Parlament Europeu i del Consell, de l'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. L'article 2 de la Directiva 2005/29/CE anticipa algunes definicions que permeten delimitar l'àmbit d'aplicació objectiu del text. Es tracta de definicions *autònomes* o que (teòricament) només regeixen *als efectes* del text que les incorpora; aquesta mena d'autoconstricció és una constant en el dret privat europeu i l'article 2 de la Directiva 2005/29/CE no n'és pas una excepció (arg. *ex art. 2* [«*A efectos de la presente Directiva [...]*»]). L'article 2, lletra *c*, de la Directiva 2005/29/CE defineix la categoria de *producte*, mentre que les lletres *d* i *i* del mateix precepte s'ocupen, respectivament, de la de *pràctiques comercials de les empreses en les seves relacions amb els consumi-*

1. Aquest comentari forma part dels treballs duts a terme en el marc del projecte DER 2021-125857NB-I00, del Grup de Recerca Consolidat en Dret Civil Català UB (2021 SGR 00347) i de la Càtedra sobre d'Estudis de Consum i Resolució Alternativa de Litigis (UB i Agència Catalana del Consum, ACdC).

2. En endavant, STJUE Guldbrev (ECLI:EU:C:2024:514).

*dors* i la d'*invitació a comprar*. De fet, però, aquestes dues darreres definicions es desenvolupen al voltant de la de *producte*, ja que descriuen actuacions que s'hi projecten o s'hi refereixen. Així, un *producte* és «cualquier bien o servicio, incluidos los bienes inmuebles, así como los derechos y las obligaciones». Segons l'article 2, lletra *d*, de la Directiva 2005/29/CE, és una *pràctica comercial* «todo acto, omisión, conducta o manifestación o comunicación comercial, incluidas la publicidad y la comercialización, procedente de un comerciante y directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores»;<sup>3</sup> per la seva banda, una *invitació a comprar* és un tipus de *pràctica comercial*, ja que, segons l'article 2 de la lletra *i* de la Directiva 2005/29/CE, es tracta d'una «comunicación comercial que indica las características del producto y su precio de una manera adecuada al medio de la comunicación comercial utilizado, y permite así al consumidor realizar una compra». A més, l'article 3 de la Directiva 2005/29/CE perfila l'àmbit d'aplicació del text, que, des d'una perspectiva objectiva, tracta sobre les pràctiques comercials deslleials vinculades a una «transacción comercial con un bien»; a propòsit d'aquest precepte, noteu que l'article 2, lletres *c*, *d* i *i*, de la Directiva 2005/29/CE ajuden a delimitar la categoria de *pràctica comercial*, mentre que l'article 3 de la mateixa directiva concreta cronològicament la vinculació que cal que es doni entre la *pràctica comercial* i la *transacció realitzada* («[L]a presente Directiva será aplicable a las prácticas comerciales [...] antes, durante y después de una transacción comercial en relación con un producto»);<sup>4</sup> a partir d'aquí, la Directiva s'ocupa de la categoria de *deslleialtat*, distingint entre les seves distintes manifestacions o tipus.<sup>5</sup>

Per mitjà de la qüestió prejudicial de la qual deriva la STJUE Guldbrev, es pregunta si, als efectes de la Directiva 2005/29/CE, és o no un *producte* la taxació i com-

3. És una «práctica», en l'article 3.8 de la Directiva 2020/1828, del Parlament Europeu i del Consell, del 25 de novembre, relativa a les accions de representació per a la defensa dels interessos col·lectius dels consumidors, «cualquier acto u omisión de un empresario».

4. La cursiva és nostra.

5. La Directiva no defineix «transacción» (art. 3), per bé que, per exemple, del seu article 2*k* es pot desprendre que la categoria obeeix a un contracte de compravenda («toda decisión por la que un consumidor opta por comprar o no un producto [...]»). Ara bé, d'ençà del moment en què els productes inclouen els serveis, cal entendre que la transacció pot incloure un contracte de serveis (o adreçat a la prestació d'un servei o la realització d'una activitat que no consisteix a transmetre la propietat d'un bé [vegeu, per a una definició del contracte de compravenda, l'article 2.1 de la Directiva 2019/771 del Parlament Europeu i del Consell, del 20 de maig, sobre determinats aspectes del contracte de compravenda de béns, i l'article 2.5 de la Directiva 2011/83/UE del Parlament Europeu i del Consell, del 25 d'octubre, sobre drets dels consumidors]) o un contracte que, tot i recaure sobre un bé, no s'adreça a transmetre'n la propietat, sinó, per exemple, només l'ús. Cal tenir en compte, a més, que l'article 3.1*a* de la Directiva 2161/2019 del Parlament Europeu i del Consell, del 27 de novembre, de modernització de les normes de protecció del consumidor de la Unió, va modificar l'article 2*c* de la Directiva 2005/29/CE a fi d'incloure, dins la categoria de *producte*, els serveis i continguts digitals.

pra d'or a un consumidor. Tal com es descriuen els fets en la Sentència, l'empresa Guldbrev combina dues actuacions en una sola oferta: així, primer es compromet a taxar la peça d'or que li fa arribar el consumidor i, si aquest accepta el valor que resulta de la taxació com a preu per a la venda, aquell compromís inclou també la compra del mateix bé; la taxació prèvia, per tant, esdevé pas previ i necessari, de tal manera que cal que el consumidor consenti la prestació d'aquest servei abans de decidir si finalment ven o no l'or a Guldbrev pel valor taxat. En el cas, afirmar que hi havia producte (i, de retruc, pràctiques comercials que s'hi projectaven) implicava subjectar les accions de comercialització endegades per Guldbrev a les regles internes (en aquest cas, sueques) d'incorporació de la Directiva 2005/29/CE.

En aquest cas, de *productes*, o bé se'n podien arribar a distingir dos (per una banda, el *servei* de taxació i, per l'altra, el *bé*), o bé es podia parlar, fins i tot, de producte *combinat* (servei i bé), o bé se'n podia identificar només un, el servei de taxació, que era l'únic que prestava l'empresa, ja que, pel que fa al bé, Guldbrev només s'oferia a comprar-lo, no pas a vendre'l.<sup>6</sup> Aquesta última idea (és a dir, que una activitat consistent a comprar béns al consumidor no és una pràctica comercial de les previstes i subjectes a la Directiva 2005/29/CE) ja la recull, primer, la *Guia para la implementación / aplicación de la Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales*, de la Comissió Europea,<sup>7</sup> i es reitera en la Comunicació, també de la Comissió, *Guia para la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE*.<sup>8</sup> Al seu torn, els punts 29 i 30 de la STJUE Guldbrev confirmen que el negoci (*aïllat*) consistent a comprar professionalment béns al consumidor se situa al marge de la Directiva 2005/29/CE; en concret, en el punt 30 es diu clarament:

[...] unas actividades de promoción directamente relacionadas con la compra de oro, pero no con la tasación de ese bien, solo podrá considerarse «prácticas comerciales» [...] cuando el servicio de tasación y la compra puedan considerarse, conjuntamente, como un «producto» suministrado a los consumidores.

El Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) acaba resolent que, en el cas, atesa la vinculació *indissoluble* (punt 39) establerta entre el servei de taxació i el bé, es pot considerar *tot plegat* com un *producte* a efectes de la Directiva 2005/29/CE.

6. És en aquest sentit que cal interpretar què és una comunicació comercial consistent a *convindar a comprar* (art. 2i de la Directiva 2005/29/CE), que serà aquella per mitjà de la qual es vol promoure que el consumidor *compri* el producte ofert pel professional. Només així té sentit la definició que es fa d'aquesta categoria en aquella disposició. En el cas, el que Guldbrev adreçava als consumidors era, més aviat, una invitació a *vendre* (i, a més, a fer-ho per un preu coincident amb el resultat de la taxació que es feia abans).

7. COM/2016/0320 final, p. 8-9.

8. *Diario Oficial de la Unión Europea* (DOUE) C 526/2021, del 29 de desembre, p. 29-30.

## 2. EL PRODUCTE COMBINAT I L'OFERTA CONJUNTA EN LA DIRECTIVA 2005/29/CE

En la Directiva 2005/29/CE, la vocació generalista del concepte de *producte* és evident; la intenció, sembla, és incloure tot allò (ja siguin béns, materials o immaterials, ja siguin activitats o serveis) sobre el qual es pot projectar una pràctica comercial o una actuació professional adreçada a promoure la contractació de productes. En aquest context, la STJUE Guldbrev rebla que l'activitat consistent a *comprar* un bé al consumidor no permet parlar de *producte* i, de retruc, que les accions que pretenen afavorir aquestes compres (que, des de la perspectiva del consumidor, són *vendes*) no són pràctiques comercials als efectes previstos en la Directiva 2005/29/CE.<sup>9</sup> L'excepció serien aquells supòsits en els quals l'activitat consistent a comprar béns al consumidor n'acompanya una altra que, en canvi, sí que permet parlar de *producte* i de *pràctica comercial*; la connexió entre ambdues activitats permet encaixar en aquestes categories allò que aïlladament no és ni una cosa ni l'altra. És en aquest context que pot plantejar-se la coherència de la regla general i que cal analitzar les circumstàncies que conformen l'excepció.

### 2.1. PER QUÈ NO ESCAU PARLAR DE PRÀCTIQUES COMERCIALS DESLLEIALS A PROPÒSIT D'UNA ACTIVITAT PROFESSIONAL CONSISTENT A COMPRAR?

Des del moment en què comprar béns esdevé l'activitat professional del comprador i si qui ven no es dedica professionalment a vendre, hom pot parlar de «consumidor» i de «comerciante» a l'empara de l'article 2, lletres *a* i *b*, de la Directiva 2005/29/CE. Aquestes definicions repliquen les contingudes en altres textos europeus i centren la seva atenció en el *propòsit* que tenen les parts en contractar, de tal manera que el determinant és si aquesta finalitat està relacionada o no amb l'exercici de la pròpia activitat professional, ofici o empresa. D'aquesta manera, a fi de qualificar com a consumidor qui contracta amb un professional, cal fixar-se en la naturalesa d'aquell propòsit. I, en aquest context, poc importa si el dit consumidor actua amb la voluntat de quedar-se ell el producte (o esdevenir-ne el destinatari final) o si té el propòsit de reintroduir-lo al mercat amb ànim de lucre, o si és especialista o no en el sector en el qual es faci la contractació. Sigui com vulgui, les definicions de l'article 2, lletres *a* i *b*, de la Directiva 2005/29/CE *prescindeixen* tant del *tipus de contracte atorgat* (així, de si es tracta d'una compravenda, d'un contracte d'arrendament...) com de la *posició jurídica* que hi ocupen les parts (és a dir, de qui sigui qui ven i qui sigui qui compra...), de

9. Pensem, per exemple, en un professional que es dedica a comprar mobiliari antic, o vehicles, o bitllets i monedes, o art, o immobles...

manera que, tret que hi hagi altres elements que permetin pensar el contrari, les dites posicions haurien de ser irrelevantes de cara a la qualificació mateixa d'una de les parts com a consumidora. És en aquest context que es podria plantejar si l'article 2, lletra *d*, de la Directiva 2005/29/CE és un d'aquests elements,<sup>10</sup> atès que l'expressió «directamente relacionado con la promoción, la *venta* o el suministro de un producto»<sup>11</sup> permetria entendre, *a contrario sensu*, que resten al marge de la norma les actuacions adreçades a la *compra* d'un bé. Ben mirat, però, si les actuacions i les pràctiques adreçades a *comprar* resten fora de la norma, no és per la manca de producte (un bé o una peça d'or sens dubte ho és), sinó pel tipus de negoci que hi projecta el professional; des d'aquesta perspectiva, hi ha producte, però no pràctica comercial de les previstes en la Directiva 2005/29/CE, que, sembla, té presents només les adreçades a la venda professional; el TJUE, en la Sentència Guldbrev, argumenta pressuposant que una compravenda professional aïllada no és ni un producte ni una pràctica comercial de les previstes en la Directiva 2005/29/CE. Noteu, en qualsevol cas, que la deslleialtat de què tracta aquest darrer text (en les seves modalitats de pràctiques enganyoses i pràctiques agressives) pot teòricament irrompre també en el marc d'una activitat professional adreçada a comprar,<sup>12</sup> de manera que no es troba la raó per la qual el TJUE exclou aquests supòsits de l'àmbit d'aplicació de la Directiva 2005/29/CE.

## 2.2. LES OFERTES CONJUNTES: RÈGIM EN LA DIRECTIVA 2005/29/CE. ALTRES EFECTES?

L'oferta conjunta (o que enclou dos productes) no planteja cap problema si les activitats professionals que s'hi refereixen són pràctiques comercials de les previstes en l'article 2, lletra *d*, de la Directiva 2005/29/CE. Aquest text en cap cas situa aquella oferta (per raó, merament, del seu caràcter conjunt) fora del seu àmbit d'aplicació;<sup>13</sup>

10. Així, en la Directiva 2019/771, les definicions de *consumidor* i *venedor* (vegeu-ne els apartats 2 i 3 de l'article 2) pràcticament coincideixen amb les previstes en l'article 2 de la Directiva 2005/29/CE, tot i que en la Directiva 2019/771 la mateixa categoria de *venedor* (en comptes, senzillament, de la de *professional* o similar) ja és tota una declaració d'intencions. A més, entre altres, l'article 10 de la Directiva 2019/771 (que declara la responsabilitat del venedor per qualsevol manca de conformitat que presentin els béns lliurats al consumidor) permet entendre que el contracte de compravenda que té present el legislador europeu és aquell en què intervenen el professional com a venedor i el consumidor com a comprador, i no pas a l'inrevés.

11. La cursiva és nostra.

12. De la mateixa manera, per exemple, que en aquest tipus de contractes, hom podria detectar clàusules abusives predisposades pel comprador professional. El règim de les condicions o clàusules no negociades individualment tampoc no perjudica quina posició jurídica ocupen el professional i el consumidor.

13. El contrari fàcilment afavoriria l'adopció, per part de les empreses, d'estratègies centrades a esquivar les normes internes d'incorporació; de fet, només els bastaria fer ofertes conjuntes dels seus pro-

no hi hauria cap raó per a fer-ho. Al marge d'aquests escenaris, quan no és clar que allò que s'ofereix siguin dos productes en termes de la Directiva 2005/29/CE (segons la interpretació que fa el TJUE del concepte de *producte*), la sentència Guldbrev fa ús d'una mena de *vis atractiva* (que exerciria, també en paraules del TJUE, el producte sobre el *no producte*) de cara a considerar-ho *tot* com a producte i, de retruc, a considerar com a pràctica comercial tota activitat adreçada a promocionar-ne la contractació. El requisit, però, no és només oferir-los conjuntament, sinó fer-ho, a més, de manera indissoluble (punt 39 de la STJUE Guldbrev). En el cas, aquest lligam ve donat pel fet que, al consumidor que pretén vendre una peça d'or a l'empresa, li cal, abans, acceptar el servei previ de taxació que ofereix el mateix professional i, després, acceptar com a preu de la venda el valor que en resulti. En aquest esquema o model negocial, no hi ha una (única) venda amb un preu determinable (i que es determinarà arran de la taxació),<sup>14</sup> sinó que el que hi ha és una mena de venda *en dos passos* (o fruit de *dos negocis*): primer cal acceptar el servei de taxació<sup>15</sup> i, després, acceptar que el preu de la venda sigui el valor taxat (que és tant com dir: vendre al preu indicat per l'empresa compradora). El caràcter indissoluble del vincle entre ambdós negocis s'explica perquè un dels elements essencials de la venda caldrà cercar-lo en el marc de l'execució del contracte previ de taxació. Cal afegir que, típicament, el contracte de taxació pot funcionar de manera autònoma.<sup>16</sup> En el cas, aquesta autonomia no es perd del tot, ja que el consumidor, coneixedor del valor de la seva peça, pot finalment decidir no vendre. Però tot plegat no exclou que, funcionalment, la taxació serveix a l'efecte de proporcionar el valor d'un dels elements essencials de la venda, que és el preu. Des de la perspectiva del taxador, el servei de taxació també enclou un compromís de compra, de tal manera que si el consumidor accepta com a preu el resultat

---

ductes. El TJUE s'ha pronunciat obertament sobre la qüestió i ho ha fet en el sentit de declarar que les ofertes conjuntes formen part de l'àmbit d'aplicació objectiu de la Directiva 2005/29/CE, de manera que, lluny tant de quedar-ne excloses com de ser sempre deslleials, són pràctiques comercials que, als efectes del text, cal que siguin valorades cas per cas (vegeu les STJUE del 23 d'abril de 2009, cas VTB-VAB, punts 50-52 [assumptes C-261/07 i C-299/07, ECLI:EU:C:2009:244] i STJUE del 7 de setembre de 2016, cas Deroo-Blanquart, punt 28 [assumpte C-310/15, ECLI:EU:C:2016:633]).

14. Si fos així, és a dir, si el consumidor d'entrada ja conclou la venda, tot consentint que el preu (determinable) sigui el que resulti de la taxació, un cop feta aquesta valoració ja no li caldrà acceptar res novament, però tampoc no podrà desdir-se de l'operació sense més, atès que el contracte (vinculant) ja s'haurà atorgat.

15. No hi ha suficients dades en la Sentència per a analitzar millor en quins termes s'ofereix i es presta el servei de taxació. En el text es presumeix que constitueix, per si mateix, un contracte de serveis i que, a la seva empara, l'empresa s'obliga a taxar el bé que li faci arribar el consumidor i a traslladar-li el valor resultant. Una altra alternativa seria configurar l'activitat de taxació com una activitat només preparatòria d'un (únic) contracte de compravenda futur (i eventual), a semblança, per exemple, de l'elaboració d'un pressupost; es tractaria, aleshores, d'una pràctica comercial de naturalesa no contractual.

16. El que no acaba de traslluir en la STJUE Guldbrev és si el consumidor ha de satisfer el preu del servei en cas de no vendre, ni, en cas de fer-ho, si dins el valor resultant de la taxació s'inclou el cost de fer-la.

de la valoració, el professional no pot pas negar-se a comprar la peça; mirant-ho així, es podria dir que el contracte de serveis enclou, per part del prestador, una oferta de compra, que només cal que sigui acceptada pel venedor per a concloure el contracte de compravenda.

El vincle indissoluble que el TJUE aprecia entre el servei de taxació i l'activitat de compra suggereix plantejar-se si pot tenir altres efectes al marge del de situar les pràctiques professionals relacionades amb tot plegat (i, en concret, també amb el negoci de compra) dins l'àmbit d'aplicació de la Directiva 2005/29/CE. En aquest sentit, segons el punt 16 de la STJUE Guldbrev, l'activitat professional d'aquest taxador/comprador es desenvolupa en línia; és a dir, que tant la contractació del servei de taxació com, si s'escau, la compravenda es fan a distància. Es podria desistir de la venda feta? Aquest desistiment arrossegaria el contracte de taxació? Tot i que la STJUE no s'ocupa d'aquestes qüestions (senzillament perquè no se li pregunten), la Directiva 2011/83/UE i la regulació que s'hi conté a propòsit de la contractació a distància sí que permeten indicar alguna cosa a propòsit d'aquell contracte (*aïllat*) de compravenda<sup>17</sup> en el qual el professional actua com a comprador i el consumidor, com a venedor:

— D'entrada, la definició de *compravenda* que conté aquest text situa el professional en la posició venedora i el consumidor en la compradora (arg. *ex art.* 2.3, 2.5, 5.1a, 6.1a, 13 i 14, entre altres).<sup>18</sup> D'aquesta manera, les definicions de «consumidor» i «comerciante» de l'article 2a i b de la Directiva 2011/83/UE queden fortament matisades, ja que el consumidor que no compra, sinó que ven, resta al marge de les normes que, per exemple, permeten al comprador desistir.

— Fixar-se en la naturalesa i el fonament mateixos de la facultat de desistir tampoc no ajuda. Si hom considera els efectes extraordinaris de la facultat de desistir (que passen per negar l'essencial eficàcia vinculant que té tot contracte [arg. *ex art.* 1256 del Codi civil espanyol, 68 del Reial decret llei 1/2007, text refós de la Llei general per a la defensa de consumidors i usuaris]), cal entendre que pertoca fer una interpretació restrictiva de tot el que s'hi refereix; el motiu és que es tracta d'una facultat fins a tal

17. Vegeu *supra* la nota 14. Si la taxació no s'integra dins d'un contracte de serveis i es tracta, només, d'una actuació preparatòria, el desistiment, entès com a facultat que determina la ineficàcia sobrevinguda d'un contracte, només es pot exercir a propòsit del contracte de compravenda, ja que, de contracte, no n'hi ha pas cap altre.

18. L'article 2.5 de la Directiva 2011/83/UE, en la seva versió prèvia a la reforma d'aquest article implementada per la Directiva 2161/2019, encara era més clar, ja que tipificava el contracte a l'empara de l'obligació del venedor de transmetre la propietat dels béns i la del comprador de pagar el preu (quant al fet que el preu sigui «en diners», vegeu l'article 2.7 de la Directiva 2019/770, del 20 de maig, de contractes de subministrament de continguts i serveis digitals). Vegeu, només com a evidència del caràcter emmotllable, cas per cas, de les categories europees, l'article 2.56 de la Directiva 2024/1781 del Parlament Europeu i del Consell, del 13 de juny, relativa al disseny ecològic dels productes sostenibles; s'hi defineix «venta a distància» com «la oferta per *venta, alquiler o alquiler con derecho a compra*» (la cursiva és nostra).

punt invasiva que el contracte esdevé ineficaç per la sola voluntat del consumidor. Des de la perspectiva de la teoria general del contracte, escau, per tant, inclinar-se per interpretar molt contingudament la disciplina del desistiment, per molt que el propòsit, en atorgar-la, sigui afavorir el consumidor. Pel que fa al fonament de la facultat de desistir, el considerant trenta-setè del preàmbul de la Directiva 2011/83/UE recorda,<sup>19</sup> en referència als supòsits de contractació a distància i de contractació fora d'un establiment mercantil, que cal cercar-lo, en el primer cas, en la impossibilitat del consumidor d'examinar el producte abans de contractar.<sup>20</sup> En coherència amb aquesta idea, l'article 9.2, lletra *b*, de la Directiva 2011/83/UE estableix que el moment inicial del còmput del *dies ad quem* per a desistir és, si el contracte atorgat és una compravenda, el del lliurament del bé i l'article 14.2 de la mateixa directiva declara que el consumidor que desisteix no serà responsable de la disminució de valor que pugui patir el bé arran de manipular-lo a fi de verificar-ne la naturalesa, el funcionament i les característiques (que és tant com dir arran de *provar-lo*). Si aquest plantejament es trasllada al cas de contractació del consumidor en qualitat de venedor, sembla que aquell fonament encara trontolla més, ja que en aquesta posició el que ha de rebre és el preu i no pas un producte que a la compra feta en un establiment s'acostuma com a mínim a veure abans de contractar. Sigui com vulgui, no pot passar per alt la importància relativa que té el fonament de la facultat de desistir en la disciplina desplegada per la Directiva 2011/83/UE; així, per exemple, el seu article 14.2 també regeix plenament en cas de contracte atorgat fora d'un establiment mercantil. En aquest supòsit, la raó de fons que justifica l'atribució del dret a desistir és que la contractació es duu a terme de manera inesperada pel consumidor; en aquests casos, la facultat s'atorga, teòricament, a fi que el consumidor pugui reflexionar i repensar el seu consentiment, potser afavorit per la visita imprevista del professional al seu domicili o lloc de feina, o emès en el decurs d'una excursió organitzada per qui vol vendre; però passa que aquestes circumstàncies són plenament compatibles amb la possibilitat real de veure el producte abans de contractar (almenys, la mostra o model que, si és materialment possible, li pot arribar a ensenyar el venedor en el decurs de la visita). Tot i així, en rebre'l, se

19. Ja ho feien abans els considerants quart i cinquè, i desè, respectivament, de la Directiva 577/85/CE del Parlament Europeu i del Consell, del 20 de desembre, de protecció dels consumidors en cas de contractes atorgats fora d'un establiment mercantil, i de la Directiva 97/7/CE del Parlament Europeu i del Consell, del 20 de maig, relativa a la protecció dels consumidors en matèria de contractes a distància.

20. Cal tenir en compte: en primer lloc, que si el bé finalment lliurat no s'avé a la informació, la publicitat o l'oferta fetes o rebudes a distància, el consumidor podrà reclamar per manca de conformitat (arg. ex Directiva 2019/771); en segon lloc, que la decisió de contractar a distància la pren lliurament el consumidor, de manera que ell ja opta, d'entrada, per contractar sense haver vist mai el producte. Tot plegat porta a concloure que el reconeixement de la facultat de desistir en supòsits de contractació a distància reposa sobre un fonament molt feble, en especial considerant que el seu exercici comporta, sense més, l'extinció del contracte atorgat.

li permet que el manipuli per a provar-lo, per molt que el *fonament* de la facultat de desistir en aquests casos s'ha de cercar no pas en el producte, sinó en el context en el qual es va emetre el consentiment contractual. I noteu que aquest context es podria donar perfectament a propòsit d'una oferta de compra que, de manera inesperada, el professional adrecés al consumidor a fi d'adquirir, comprant-li, un determinat bé. Però, com s'ha dit, el règim unificat (és a dir, aplicable tant a la compravenda a distància com a la feta fora d'un establiment mercantil) de la facultat de desistir encaixa amb la definició de l'article 2.5 de la Directiva 2011/83/UE en el sentit que el que té present és un venedor professional i un comprador consumidor.

Canviarien les coses si s'hagués contractat la taxació prèvia del bé? Si la taxació professional prèvia es configura només com una activitat preparatòria de la compravenda futura, és a dir, no esdevé objecte d'un contracte de serveis (s'entén, distint encara que d'alguna manera connectat amb aquella), aleshores res no canviaria perquè no hi hauria cap altre contracte, al marge de la venda, sobre el qual es pugui projectar un possible desistiment. Al contrari, si s'haguessin atorgat dos contractes, l'adreçat a la taxació i, després, el de venda pel valor taxat, aleshores el problema seria un altre: l'article 16a de la Directiva 2011/83/UE considera com a excepció (és a dir, com a contracte no susceptible de desistiment) el contracte de serveis que s'hagin *executat completament*; per això no seria possible desistir del contracte relatiu a la taxació i, de retruc, es faria sobrer plantejar-se si escauria desistir del de compravenda.

### 3. EXCURS: ALTRES PRODUCTES A ALTRES EFECTES

A altres efectes, el dret europeu defineix altres productes. En cap cas són definicions tan àmplies com la prevista en la Directiva 2005/29/CE. Així, per exemple, en l'article 2.1 de la Directiva 2024/1781 només és un *producte* el bé físic que s'introdueix al mercat.<sup>21</sup> Per la seva banda, en l'article 4.1 de la Directiva 2024/2853, del Parlament europeu i del Consell, del 23 d'octubre, sobre responsabilitat pels danys provocats per productes defectuosos, el producte es defineix a l'empara de la seva naturalesa de bé moble «aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o inmueble o interconectado con estos».<sup>22</sup>

21. En la Directiva 2024/1799 del Parlament Europeu i del Consell, també del 13 de juny, per la qual s'estableixen mesures per a promoure la reparació de béns, aquesta darrera categoria («bienes») es prefereix a la de *productes* i, a fi de definir-los, l'article 2.9 es remet a l'article 2.5 de la Directiva 2019/771, que, al marge del béns mobles corporals, enclou els anomenats *béns amb elements digitals* (vegeu, també, l'article 3.3 de la Directiva 2019/771).

22. Els apartats 3 i 4 de l'article 4 de la Directiva 2024/2853 defineixen el «componente» (que pot ser «tangible o intangible») i el «servicio conexo» (també parla de «componentes» i «subconjuntos» l'article 2.2 de la Directiva 2009/125/CE del Parlament Europeu i del Consell, del 21 d'octubre, relativa al disseny ecològic dels productes relacionats amb l'energia). Aquelles dues categories comparteixen les idees d'integració o interconnexió amb un producte, també presents en l'article 2.5 de la Directiva 2019/771 quant als anomenats «bienes con elementos digitales».

## RESSENYES



JORNADA «DIGITALITZACIÓ DELS SERVEIS FINANCERS»,  
COORDINADA PER MIRIAM ANDERSON I ESTHER ARROYO,  
DE LA UNIVERSITAT DE BARCELONA), I PAULIUS ASTROMSKIS,  
DE LA UNIVERSITAT VYTAUTAS MAGNUS

És innegable que, des de l'aparició de les xarxes de dades mòbils i la generalització de l'ús dels telèfons intel·ligents a partir de principis de la dècada passada, la nostra societat s'ha vist sotmesa a un accelerat procés de canvi. La velocitat i la magnitud d'aquesta transformació han estat tan importants que, de fet, tan sols ara comencem a albirar alguns dels seus efectes negatius. La ubiqüitat de l'accés a Internet ha variat no només el nostre mode de comunicar-nos i la nostra concepció de les relacions socials, sinó també la forma en què adquirim productes i serveis, així com la manera en què participem en els debats que es produeixen en l'àgora política. La recent irrupció de la IA en la nostra vida quotidiana amenaça amb produir una revolució encara major, particularment ara que la seva inclusió generalitzada en l'electrònica de consum sembla imminent.

Com és natural, l'impacte d'aquestes tecnologies s'ha deixat sentir en tots els sectors econòmics. I el financer, que tradicionalment ha estat molt permeable a l'adopció de noves tecnologies, no n'és una excepció. Actualment ens trobem immersos en una segona onada de transformació digital dels serveis financers que comportarà, invariablement, la necessitat d'adaptar l'ordenament jurídic a la nova realitat digital. Precisament a això obeeix la celebració de la jornada «Digitalització dels serveis financers», que va tenir lloc el passat 7 de juny de 2024 i va ser organitzada en el marc del projecte «La reforma del crèdit immobiliari: cap a un mercat europeu sostenible, inclusiu i digital» (PID2021-127197NB-I00) (investigadores principals: Miriam Anderson i Esther Arroyo).

La primera ponència, a càrrec de Teresa Rodríguez de las Heras Ballell (Universitat Carlos III) va posar en relleu l'impacte de les noves tecnologies en el sector financer a través de l'anàlisi d'una de les seves novetats més destacades: l'auge de l'assessorament financer automatitzat o *roboadvisors*. Si bé inicialment eren un nínxol de les plataformes de tecnologies financeres (*fintech*), la seva adopció entusiasta per part dels inversors ha portat que les entitats financeres clàssiques les hagin incorporat dins del seu catàleg de serveis. El seu èxit es deu al fet que ofereixen als inversors minoristes un servei ràpid, accessible i a baix cost, la qual cosa els ha fet guanyar una gran popularitat entre les noves generacions, més receptives a l'ús de programes automatitzats. L'emergència d'aquesta figura exigeix una anàlisi sobre el seu encaix jurídic. La ponent va assenyalar que els *roboadvisors* que fan recomanacions en funció de les característiques concretes del perfil individual de l'inversor queden coberts per

la normativa ja existent. Més dubtes plantegen, en canvi, els serveis d'assessorament automatitzat que no ofereixen recomanacions a mida, sinó que situen l'inversor dins d'un grup de característiques més o menys àmplies i li ofereixen suggeriments genèrics dirigits a aquest perfil general. En aquest últim cas estaríem, segons la ponent, davant mers serveis digitals de recomanació, que quedarien subjectes al règim del Reglament de serveis digitals. No obstant això, Rodríguez de las Heras va destacar la importància de ponderar el potencial impacte transversal d'altres normes: així, si el *roboadvisor* està vinculat a una plataforma en línia, haurien de tenir-se en compte les disposicions del Reglament de mercats digitals. D'altra banda, quan el *roboadvisor* s'alimenti de les dades personals de l'inversor, poden generar-se problemes de compliment del Reglament general de protecció de dades (RGPD). I, en qualsevol cas, haurà de tenir-se en consideració el que preveu la normativa de consum. A més, no pot ignorar-se que, en molts casos, els sistemes d'intel·ligència artificial (IA) formen part integral de l'assessorament automatitzat, ja sigui en totes o només en algunes de les seves etapes, la qual cosa pot donar lloc a múltiples problemes sobre responsabilitat i compliment normatiu en el marc del recentíssim Reglament d'intel·ligència artificial.

Les friccions entre la IA i la normativa de protecció de dades són també part central d'una de les matèries més candents en l'actualitat: el paper de la generació automatitzada de valors de puntuació creditícia (*credit scoring*) en les decisions sobre concessió de crèdits. Esther Arroyo Amayuelas (Universitat de Barcelona) va analitzar la qüestió a propòsit de la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea del cas SCHUFA (assumpte C-634/21), del 7 de desembre de 2023. La resolució dona resposta a la qüestió prejudicial plantejada pel Tribunal Administratiu de Wiesbaden (Alemanya) sobre la interpretació dels articles 6 i 22.1 de l'RGPD en relació amb el *credit scoring* elaborat per la Schutzgemeinschaft für Allgemeine Kreditsicherung (SCHUFA), la major empresa privada alemanya d'informació creditícia, a la qual recorren normalment els bancs i grans empreses abans de contractar amb potencials clients. En la Sentència, el Tribunal de Justícia de la Unió Europea (TJUE) conclou que quan el *credit scoring* elaborat per un tercer té un paper «determinant» en la concessió d'un crèdit per part de l'entitat bancària, la generació d'aquesta puntuació ha de qualificar-se com una decisió que «produeix efectes jurídics en l'interessat i que l'afecta significativament o de manera similar» a l'efecte de l'article 22 de l'RGPD. S'obre així la porta que l'interessat pugui exigir les explicacions adequades sobre quins factors s'han tingut en compte a l'hora de calcular el seu risc d'impagament i quin pes relatiu han tingut en la puntuació final. La ponent es va mostrar crítica amb els arguments utilitzats pel TJUE i va afirmar que de la Sentència es deriva una considerable inseguretat jurídica, ja que la doctrina que estableix exigirà examinar cas per cas si el *credit scoring* és o no «determinant». Arroyo va manifestar la seva sorpresa davant el fet que el TJUE no s'adoni que el normal hauria de ser que els contractes entre entitat bancària i empresa de qualificació prevegin la cessió de les informacions que els bancs estan obligats a proporcionar als consumidors i interessats. Va obser-

var, a més, que, d'acord amb la Directiva (UE) 2023/2225, sobre crèdit al consum, el responsable últim de la decisió sobre l'atorgament o la denegació del crèdit basada en l'ús d'un tractament automatitzat és sempre el prestador, per la qual cosa sembla lògic concloure que l'entitat bancària hauria de ser sempre responsable de proporcionar a l'interessat la informació rellevant sobre el tractament automatitzat de les seves dades. Semblaria també lògic que, com ja va assenyalar l'advocat general del TJUE Pritt Pikamäe, ni l'entitat bancària ni l'empresa de *credit scoring* podran escudar-se en el secret comercial per a impedir a l'interessat obtenir les «explicacions adequades» sobre la lògica de l'algorisme quan això sigui necessari per a la salvaguarda dels seus drets. Més dubtós és com ha de concretar-se això en la pràctica, encara que Arroyo va oferir-ne alguns exemples.

També Raquel Guimarães (Universitat de Porto) es va referir a la interrelació entre l'RGPD i la normativa financera a propòsit dels serveis *fintech* de banca oberta (*open banking*), que basen el seu model de negoci en la rendibilitat de les dades financeres recopilades per les entitats bancàries. El creixement de la banca oberta ha posat en evidència certs desajustos entre l'RGPD i la segona Directiva 2015/2366 del Parlament Europeu i del Consell, del 23 de novembre, sobre serveis de pagament en el mercat interior (DSP2). Aquesta última regula les figures dels serveis d'iniciació de pagament (SIP), que es dediquen a l'autenticació de la titularitat i l'existència dels diners que seran objecte de la transacció, i dels serveis d'informació sobre comptes (SIC), que proporcionen una imatge consolidada de la situació financera d'una persona. En la majoria de casos, els SIP i els SIC són proporcionats per terceres empreses alienes al banc: precisament per això, una de les innovacions que es pretén introduir mitjançant la Proposta de Reglament de serveis de pagament (COM/2023/367) és imposar la compatibilització del format de les dades que té cada entitat mitjançant l'establiment d'una interfície comuna. La ponent va assenyalar que si bé la DSP2 millora considerablement la regulació anterior, queden sense resoldre múltiples qüestions relatives al processament, l'emmagatzematge i el transvasament de dades entre entitats bancàries, SIP i SIC. Segons Guimarães, es plantegen dubtes sobre el consentiment explícit com a base de legitimació del tractament (art. 6.1 de l'RGPD i 94.2 de la DSP2), així com en relació amb el tractament de les dades de tercers no involucrats en l'operació concreta (*silent party data*). Addicionalment, va manifestar la seva preocupació davant el fet que estan en joc dades de caràcter molt sensible, a través de les quals poden elaborar-se perfils susceptibles de revelar aspectes com ara la tendència política o l'orientació sexual de l'usuari i, per tant, de vulnerar els seus drets fonamentals. En tal sentit, va sostenir que, entre altres qüestions, és imprescindible posar fi a la divergència existent entre la definició de dades sensibles continguda en l'RGPD i la prevista en la DSP2.

En últim lloc va intervenir José María Martín Faba (Universitat Autònoma de Madrid), la ponència del qual es va centrar en l'estudi de les deficiències que presenta la normativa que resulta d'aplicació a les plataformes de finançament col·lectiu de

préstecs immobiliaris (*crowdfunding*). Aquestes plataformes posen en contacte inversors que busquen un rendiment i empreses que necessiten un finançament per a dur a terme operacions immobiliàries. A diferència de les entitats de crèdit, les plataformes no assumeixen cap risc perquè no inverteixen capital propi en l'operació, sinó que actuen com a meres intermediàries. És precisament per això que convé ultimar la protecció dels consumidors inversors que operen com a prestadors, particularment si es té en compte que el mercat de *crowdfunding* presenta unes elevadíssimes taxes d'impagament. Martín Faba va considerar que el Reglament (UE) 2020/1503 hauria de ser modificat per a impedir a l'inversor no experimentat rebre el préstec quan no hagi superat les proves d'avaluació de coneixements i de capacitat per a suportar pèrdues. Així mateix, va afirmar que haurien d'ampliar-se els supòsits en els quals la plataforma és responsable de la informació enganyosa o inexacta que facilita, ja que generalment només respon de la veracitat d'aquesta informació quan estigui prestant un servei de gestió individualitzada de cartera. En aquesta línia, va proposar una via per a incrementar la protecció dels consumidors sense necessitat de modificar la normativa existent: considerar la plataforma intermediària com a prestadora a l'efecte de la Llei de contractes de crèdit immobiliari (LCCI). Això obligaria la plataforma a proporcionar al consumidor prestador tota la informació precontractual personalitzada (art. 10 i 14 de la LCCI), a complir amb les obligacions de publicitat, càlcul i comunicació de la taxa anual equivalent (TAE) i, entre altres qüestions, a avaluar diligentment la solvència del prestatari.

Les exposicions dels ponents van propiciar un animat torn de preguntes que va constituir l'ocasió propícia perquè els acadèmics assistents i els consumidors, representats per l'associació AICEC-ADICAE, poguessin plantejar els seus dubtes sobre les llacunes i els punts cecs de la normativa vigent i prenguessin consciència dels drets que els assisteixen enfront de les noves eines digitals de les quals disposen els operadors financers. Addicionalment, la jornada va evidenciar que ja no és possible analitzar qüestions relatives al dret de consum sense adoptar una perspectiva panoràmica que atengui, també, a la creixent rellevància d'altres sectors de l'ordenament jurídic com la protecció de dades i la IA. Es fa patent, per tant, que l'aparició de noves tecnologies va acompanyada de la correlativa especialització i fragmentació de la normativa jurídica que ha de regular-la, cosa que complica la seva necessària interrelació. Caldrà veure si els esforços del legislador europeu acabaran desembocant en un garbuix legislatiu de difícil conciliació.

**Enrique Peruga Pérez**  
*Investigador predoctoral en dret civil (AGAUR FI)*  
*Universitat de Barcelona*

## RESSENYA DEL II SEMINARI INTERUNIVERSITARI UB-ULL «EL DRET EUROPEU DAVANT LA INTEL·LIGÈNCIA ARTIFICIAL»

El II Seminari Interuniversitari UB-ULL «El dret europeu davant la intel·ligència artificial», organitzat per l'Institut de Recerca TransJus i dirigit per Mònica Navarro-Michel, Tomàs Gabriel Garcia-Micó i Rosa M. Garcia Teruel, va reunir el passat 13 de desembre acadèmics de diverses institucions universitàries per a debatre els reptes que planteja la intel·ligència artificial per als drets fonamentals, el dret laboral, la protecció de dades, el dret internacional públic i privat, els drets d'autor, el dret de contractes i de danys, des de la perspectiva dels drets espanyol i europeu.

Gema Pérez Souto (Universitat de Minho) va iniciar la jornada subratllant la importància dels drets fonamentals i centrant-se especialment en el valor de la dignitat en la seva interrelació amb la intel·ligència artificial (IA). La ponent va destacar que, malgrat que la IA pot tenir un rol de suport dels òrgans judicials, mai no pot substituir la decisió d'un jutge si es vol preservar la dignitat de les persones i garantir uns processos judicials justos. La ponent va insistir en el fet que qui dicta sentència ha de conèixer el cas en profunditat i no pot basar-se únicament en sistemes automatitzats. Finalment, va acabar amb la reflexió que com a ciutadans tenim el dret de conèixer com es prenen les decisions que afecten les nostres vides, quelcom impossible si resulten d'una decisió presa per un sistema d'IA.

Carlos Trujillo Cabrera (Universitat de La Laguna) va centrar la seva intervenció en l'impacte dels anomenats *deep fakes* (sistemes entrenats per al reconeixement facial i de veu) i la seva relació amb els drets de la personalitat dins del marc de la Llei orgànica 1/1982, de protecció civil del dret a l'honor, a la intimitat personal i familiar, i a la pròpia imatge. Carlos Trujillo Cabrera va recordar que la protecció d'aquests drets està subjecta als usos socials i s'ha de considerar si la veu o la imatge d'una persona s'utilitzen amb finalitats publicitàries, comercials o similars, i aleshores es planteja el dubte sobre què succeeix si l'ús de la imatge o la veu no té aquestes finalitats. En el cas de la imatge, el ponent va dir que no hi ha gaire controvèrsia; però en el de la veu, pot estar-se vulnerant el Reglament general de protecció de dades (RGPD), ja que la veu és una dada personal, atès que permet identificar un individu. Conseqüentment, el tractament de la veu sense consentiment és il·lícit i, alhora, és una intromissió il·legítima en els drets de la personalitat de la persona afectada. El ponent va acabar la seva intervenció destacant que les solucions plantejades per l'RGPD són insuficients, tot i que es poden donar causes de legitimació per al tractament de dades quan existeix un interès públic que ho justifiqui.

Lidia Gil Otero (Universitat de Santiago de Compostel·la) va centrar-se en els riscos de discriminació derivats del tractament algorítmic de dades personals per part

de plataformes digitals. Va abordar la Sentència 2949/2020 del Tribunal de Bolonya destacant la necessitat de mecanismes legals per a contrarestar els efectes negatius dels algorismes i va assenyalar la dificultat dels treballadors per a impugnar la discriminació si no tenen accés a les dades. Va esmentar exemples com el dels Països Baixos, on els treballadors van utilitzar el mecanisme previst en l'article 15 de l'RGPD per a obtenir dades de les plataformes, tot i les resistències d'aquestes. També va analitzar la Directiva 2024/2831, relativa a la millora de les condicions laborals en el treball en plataformes, que introdueix la presumpció de laboralitat, protegeix millor les dades laborals i exigeix decisions automatitzades supervisades per humans en casos importants. Va concloure subratllant la importància d'evitar desigualtats en la protecció entre treballadors i distingir l'aplicació dels drets d'informació algorítmica individual i col·lectiva segons el tipus de treballadors afectats.

Monika Prusinowska (Universitat de Barcelona) va centrar la seva ponència en l'experiència de la Xina en l'ús de la IA en l'àmbit judicial, en relació amb la qual va destacar la informatització del Tribunal Suprem Popular i la creació de la Hangzhou Internet Court, el primer tribunal en línia del món. Aquest model judicial, centrat en disputes digitals i de comerç electrònic, permet presentar demandes ràpidament i opera de manera sobretot digital amb IA, cadenes de blocs (*blockchain*) i big data per agilitzar processos. Tot i això, la IA s'utilitza com a suport dels jutges, no com a substitut. El 2025 cada tribunal xinès ha de comptar amb un sistema d'IA propi seguint les directrius del Tribunal Suprem Popular.

Noemí Jiménez Cardona (Universitat de Barcelona) va iniciar la seva intervenció analitzant els desafiaments que la IA planteja en matèria de drets d'autors, referint-se al Text refós de la Llei de Propietat Intel·lectual (TRLPI) i el Reglament 2024/1689, que estableixen normes harmonitzades sobre IA, especialment els articles 28 i 33 d'aquest darrer. La ponent va exposar els requisits perquè una obra estigui protegida per drets d'autor, autoria i originalitat, seguint la doctrina del Tribunal de Justícia de la Unió Europea, i va aprofundir en la protecció jurídica de les obres creades per sistemes d'IA argumentant que les creacions generades per IA no compleixen el requisit d'originalitat creativa. Tanmateix, quan hi ha una intervenció humana rellevant en la creació del resultat, la IA es considera una eina i, en aquest cas, la creació sí que pot ser protegida. La ponent va concloure que ni la normativa espanyola ni l'europea reconeixen la capacitat de la IA per a generar obres protegides per drets d'autor, de manera que les obres generades autònomament per IA, amb poc o cap suport humà, passen al domini públic.

Vésela Andreeva Andreeva (Universitat de Barcelona) va analitzar els danys causats per la IA i el marc jurídic europeu, del qual va destacar el Reglament 2024/1689 com a norma clau per a operadors econòmics a la Unió Europea, malgrat que no regula la competència judicial internacional ni els conflictes de lleis, àmbits previstos pel Reglament 1215/2012 del Parlament Europeu i del Consell, del 12 de desembre, relatiu a la competència judicial, el reconeixement i l'execució de resolucions judicials

en matèria civil i mercantil (Reglament Brussel·les I bis), i supletòriament per la Llei orgànica del poder judicial. Va subratllar que l'article 2 del Reglament d'IA permet aplicar la llei nacional en casos excepcionals, pel fet d'actuar com a norma d'extensió. La ponent va identificar dos reptes en el dret internacional privat: la globalització del mercat i la determinació de l'origen i la ubicació del dany seguint la teoria de la ubiqüitat. També va diferenciar entre danys causats per productes amb IA i danys causats per algorismes, i va qüestionar l'atribució de responsabilitat en ambdós casos. Va concloure que calen noves normes per a abordar els conflictes derivats de la utilització de la IA.

Lídia Arnau Raventós (Universitat de Barcelona) va iniciar la seva intervenció preguntant-se si és possible exigir que la IA compleixi els termes d'un contracte i, pel que fa a la relació entre la IA i els serveis digitals, va considerar la IA com un programari (*software*) que pot ser contractat o subministrat com a contingut o servei digital. La ponent va analitzar també els criteris objectius de conformitat en el marc de les normatives europees, entre les quals va destacar la importància del Reglament d'IA i les directives 2019/771 (relativa a determinats aspectes dels contractes de compravenda de béns) i 2019/770 (sobre els serveis digitals). Va plantejar qüestions sobre el que es pot considerar «raonablement esperable» i exigible quan parlem de les prestacions de la IA, fent èmfasi en els seus resultats, i va destacar la qualitat com a criteri objectiu de conformitat, especialment pel que fa a les expectatives del consumidor. Lídia Arnau va posar fi a la seva ponència suggerint la necessitat de repensar la qüestió de la conformitat en relació amb la IA, atès que els criteris actuals podrien ser insuficients per a abordar els reptes i la complexitat d'aquest tipus de tecnologia en l'àmbit contractual.

La ponència de Tomàs Gabriel Garcia-Micó (Universitat de Barcelona) va abordar la temàtica de la responsabilitat extracontractual relacionada amb el programari i els productes defectuosos, centrant-se en com la legislació europea ha de tractar els danys causats per programes informàtics defectuosos. El ponent va examinar el cicle de vida del programari, des del codi font fins a la seva integració en productes tangibles, va estudiar com la Directiva 85/374 del Consell, del 25 de juliol, sobre responsabilitat pels danys causats per productes defectuosos, tracta aquests casos i va destacar les dificultats de subsumir el programari en el concepte de *producte*. Va proposar un principi dels elements intrínsecs suggerint que només el programari essencial per al dispositiu podria convertir-lo en defectuós. A més, va comentar els canvis proposats en la Directiva 2024/2853, del Parlament Europeu i del Consell, del 23 d'octubre, que amplia la responsabilitat del programador i ajusta la distinció entre productes i serveis digitals, emfatitzant que els programes informàtics que afecten la seguretat del dispositiu han de ser considerats serveis connexos i, per tant, com a components del producte en què s'integren o amb el qual s'interconnecten.

Mònica Navarro-Michel (directora de l'Institut TransJus, de la Universitat de Barcelona) va analitzar la Directiva sobre responsabilitat per productes defectuo-

sos del 2024, amb un èmfasi especial en els sistemes d'IA i els canvis legislatius que introdueix, centrant-se en l'anàlisi de les causes d'exoneració de responsabilitat. La Directiva del 2024 en preserva algunes de les de la Directiva del 1985, com el defecte derivat del compliment de normes imperatives pel defecte inexistent en el moment d'introducció al mercat, però s'hi afegeixen matisos com l'excepció a l'exoneració quan el defecte és provocat per elements que estan sota control del fabricant, com les actualitzacions o el programari. La ponent va examinar la controvèrsia sobre els riscos de desenvolupament, l'existència dels quals permet l'exoneració si el defecte no podia haver estat detectat pel coneixement científic o tècnic existent en el moment d'introducció del producte al mercat, amb la possibilitat que els estats membres restringeixin aquesta exoneració a uns productes específics, i va plantejar si es podria introduir per a la IA d'alt risc, seguint l'exemple de medicaments i aliments a Espanya. A més, va qüestionar la distinció tradicional entre producte final i component en el cas de productes amb IA, suggerint la necessitat de reconsiderar la distribució de responsabilitats entre fabricants. Per acabar, la ponent va remarcar que la Directiva cerca equilibrar la protecció del consumidor amb la promoció de la innovació, i que la seva implementació en l'ordenament jurídic espanyol, prevista per al 2026, haurà d'atendre a aquest equilibri.

Esther Arroyo Amayuelas (Universitat de Barcelona) va cloure la jornada amb l'anàlisi de la Sentència del Tribunal de Justícia de la Unió Europea C-634/21, del cas SCHUFA, que tracta sobre l'ús de dades personals en decisions automatitzades per a la concessió de crèdits. La ponent va introduir la Directiva de crèdit al consum i el Reglament d'IA com a marcs normatius per a la seva intervenció i va insistir en el dret dels individus a conèixer com es processen les seves dades. En el cas, SCHUFA, una empresa de *scoring* utilitzada habitualment pels prestadors de crèdit, determina l'aprovació o denegació de préstecs bancaris. Esther Arroyo qüestiona si en aquest cas les decisions són realment automatitzades i critica que la Sentència es limiti a l'acció de l'*scoring*, en lloc d'atribuir la responsabilitat a l'entitat prestadora que confia en aquestes dades. Segons l'RGPD, els ciutadans haurien de tenir accés a la lògica dels algorismes utilitzats. La ponent va posar fi a la seva intervenció alertant sobre la inseguretat jurídica d'aplicar l'article 22 de l'RGPD, referent a l'elaboració de perfils només en casos específics, i va defensar la necessitat d'un accés ampli dels consumidors a la informació sobre l'ús de les seves dades personals.

**Irene Blanquer López**  
*Institut Transjus*  
*Universitat de Barcelona*

## NORMES DE PRESENTACIÓ D'ORIGINALS PER A L'EDICIÓ

1. Els articles s'han de redactar en català preferiblement i s'han de presentar en suport de paper i en disquet o CD (si pot ser, picat en el programa de tractament de textos Microsoft® Word per a PC).
2. El cos de la lletra ha de ser del 12, i el text s'ha de compondre amb un interlineat d'un espai i mig.
3. L'extensió de l'article no pot ser inferior a deu pàgines (2.100 caràcters per pàgina). Tots els fulls han d'anar numerats correlativament.
4. La bibliografia s'ha d'incloure al final de l'article. Ha d'estar ordenada alfabèticament per autors i ha de seguir els criteris següents (hi ha uns criteris més detallats a la disposició dels autors).  
Els llibres s'han de citar: COGNOM, Nom; COGNOM, Nom. *Títol de la monografia*: *Subtítol de la monografia*. Lloc de publicació: Editorial, any. Nombre de volums. (Nom de la Col·lecció; número dins de la col·lecció) [Informació addicional]  
Els articles de publicacions periòdiques s'han de citar: COGNOM, Nom; COGNOM, Nom. «Títol de la part de la publicació en sèrie». *Títol de la Publicació Periòdica* [Lloc d'Edició], número del volum, número de l'exemplar (dia mes any), número de la pàgina inicial - número de la pàgina final.

5. Les notes s'han de compondre al peu de la pàgina on figura la crida, que s'ha de compondre amb xifres aràbigues volades.
6. En el cas que hi hagi figures, gràfics o taules, s'han de presentar numerats correlativament en fulls a part i indicar dins del text el lloc en què s'han d'incloure durant el procés de maquetació.
7. Juntament amb l'article s'han de lliurar en un full a part algunes dades del currículum de cada autor (quatre línies de text com a màxim).
8. Al final de l'article cal afegir un resum d'un màxim de quinze línies (1.050 caràcters), en: català, castellà i anglès.
9. Amb vista a la indexació en diferents bases de dades, s'han de proposar cinc mots clau com a mínim (en català, castellà i anglès), els quals s'haurien d'extreure, si és possible, de tesaurus o diccionaris d'especialitat.
10. Per a garantir la qualitat dels treballs que es publiquin, el Comitè Editorial i el Comitè Científic sotmetran els articles rebuts a l'informe d'experts en cada matèria.



