

Institut de Dret privat europeu i comparat
Universitat de Girona (Coord.)

El Dret civil català davant la transformació digital i les exigències de la sostenibilitat



El Dret civil català davant la transformació digital i les
exigències de la sostenibilitat

El Dret civil català davant la transformació digital i les exigències de la sostenibilitat

**Institut de Dret privat
europeu i comparat
Universitat de Girona
(Coord.)**

CIP 347(467.1) JOR

Jornades de Dret Català (23es : 2025 : Tossa de Mar, Catalunya)

El Dret civil català davant la transformació digital i les exigències de la sostenibilitat / \$c Institut de Dret privat europeu i comparat Universitat de Girona (Coord.). – Girona : Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona : Documenta Universitaria, juny de 2025. – 1 recurs en línia (686 pàgines). Ponències de les XXIIIenes Jornades de Dret Català, celebrades a Tossa de Mar els dies 25 i 26 de setembre de 2025.

– Descripció del recurs: 10 juliol 2025

ISBN 978-84-9984-703-0 (Documenta Universitaria). – ISBN 978-84-8458-539-8 (Oficina Edicions UdG)

I. Universitat de Girona. Institut de Dret Privat Europeu i Comparat

1. Contractes electrònics – Congressos 2. Comerç electrònic – Dret i legislació – Congressos 3. Xarxes socials en línia – Dret i legislació – Congressos 4. Capacitat jurídica – Congressos 5. Consentiment (Dret) – Congressos 6. Protecció de dades – Congressos 7. Reparacions – Dret i legislació – Congressos 8. Desenvolupament sostenible – Congressos 9. Seguretat informàtica – Congressos 10. Criptomoneda – Dret i legislació – Congressos 11. Dret català – Congressos

CIP 347(467.1) JOR

Disseny de la coberta: Documenta Universitaria

Il·lustració de la coberta: Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona

© del text: els seus autors

© de l'edició: Institut de Dret Privat Europeu i Comparat de la Universitat de Girona

© de l'edició: Documenta Universitaria*

www.documentauniversitaria.com

info@documentauniversitaria.com

Documenta Universitaria* d'Edicions a Petició, SL

ISBN Documenta Universitaria

978-84-9984-703-0

ISBN Oficina Edicions UdG

978-84-8458-539-8

DOI: 10.33115/b/9788499847030

Girona, juliol de 2025



Els textos i imatges publicats en aquesta obra estan subjectes —llevat que s'indiqui el contrari— a una llicència Creative Commons de tipus Reconeixement-NoComercial (BY-NC) v.4.0. Podeu copiar-los, distribuir-los i transmetre'ls públicament sempre que en citeu l'autor i la font i que no en feu un ús comercial. La llicència completa es pot consultar a <https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.ca>



**Documenta
Universitaria**

@DocUniv
documentauniversitaria.com

Les Vint-i-tresenes Jornades han estat organitzades per l'Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universitat de Girona, en col·laboració amb l'Ajuntament de Tossa de Mar i el suport de:

- Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia i Qualitat Democràtica
- Universitat de Girona
- Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya
- Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya
- Col·legi Notarial de Catalunya
- Facultat de Dret UB (Deganat)
- Facultat de Dret UdG (Deganat)
- Facultat de Dret UPF (Deganat)
- Col·legi de l'Advocacia de Girona
- Col·legi d'Advocats de Terrassa
- Col·legi de l'Advocacia de Figueres
- Col·legi d'Advocats i Advocades de Tortosa

Índex

PONÈNCIES

Ponència inaugural

El Derecho privado ante los retos del cambio digital y de la sostenibilidad 21

REINER SCHULZE

1. Introducción 23

2. Cambios en el Derecho privado europeo 26

 2.1. Enfoques ante la transformación digital 26

 2.2. Enfoques ante las exigencias de la sostenibilidad 35

3. Cambios en el Derecho de los Estados miembros 40

 3.1. Enfoques ante la transformación digital 40

 3.2. Enfoques ante las exigencias de sostenibilidad 49

4. Tareas para la doctrina jurídica y la legislación..... 52

 4.1. Diseño de la normativa 52

 4.2. Ámbitos de actuación..... 58

5. Conclusión..... 75

Primera ponència Contractació privada i entorn digital

Contractació privada i nous entorns digitals..... 81

MIREIA ARTIGOT GOLOBARDES

1. Les profundes transformacions dels drets de contractes europeus al segle XXI 83

2. Les dades personals com a element nou de la dinàmica transaccional digital..... 89

 2.1. L'enfocament europeu en la protecció de les dades personals..... 89

 2.2. La formació dels *datasets* dels interessats i les inherents limitacions del RGPD... 93

 2.3. Les dades com a element essencial per l'automatització i la personalització contractual 97

3. La paradoxa digital: estandardització, personalització automatitzada de les transaccions amb consumidors i el repte de la posició sistèmica del consumidor en transaccions digitals	99
3.1. Estandardització contractual.....	100
3.2. La personalització automatitzada de les dinàmiques transaccionals.....	103
3.3. Les transaccions digitals i la posició sistèmica del consumidor	115
4. Reflexions finals: repensant un dret de contractes útil pels reptes que presenten els nous entorns contractuals.....	118
 Les obligacions implícites de les plataformes en línia envers els béns i serveis subjacents i la responsabilitat contractual.....	
JOSEP MARIA BECH SERRAT	
1. Introducció	123
2. Una responsabilitat de la plataforma per la influència predominant sobre els proveïdors	126
3. Una responsabilitat de la plataforma per incompliment del contracte d'accés relacionada amb els béns o serveis subjacents	137
3.1. L'incompliment d'unes obligacions implícites imposades per la bona fe	137
3.2. Una responsabilitat extracontractual per la confiança especial suscitada en el client en la contractació dels béns i serveis.....	154
4. Una responsabilitat contractual de la plataforma basada en la distribució de riscos i oportunitats: un «aixecament del vel» més enllà de la transparència	160
5. Conclusions	173
 Els menors i el contracte amb les xarxes socials	
TOMÀS GABRIEL GARCIA-MICÓ	
1. Introducció	183
2. El contracte amb les plataformes de xarxes socials	184
2.1. La prestació contractual de l'operador de la plataforma: el servei de xarxa social	185
2.2. La contraprestació de l'usuari: les dades personals.....	185
3. La capacitat d'obrar dels menors	187
3.1. En el Codi Civil de Catalunya.....	187
3.2. En el Codi Civil espanyol i altres drets territorials.....	187
4. Els actes conformes als usos socials.....	188
4.1. Els usos socials en el dret català.....	188
4.2. La capacitat contractual dels menors segons la jurisprudència espanyola	189
4.3. Els <i>actes de la vie courante</i> del dret francès	192
4.4. El <i>Taschengeldparagraph</i> del dret alemany.....	194
4.5. Els <i>atti minuti de la vita quotidiana</i> del dret italià.....	195
5. La capacitat dels menors per concloure el contracte amb les xarxes socials	197
6. La capacitat per a consentir el tractament de dades personals	200
6.1. Al Reglament General de Protecció de Dades.....	201
6.2. A la Llei Orgànica de Protecció de Dades Personals i Garantia dels Drets Digitals	202
7. Reflexions finals	203

Segona ponència Contractació privada i sostenibilitat

La incidencia de las políticas comunitarias de sostenibilidad en materia contractual.....	211

ANTONIO I. RUIZ ARRANZ

1. Introducción y delimitación del objeto de estudio.....	213
2. Influencias alemanas: el contrato como centro de la obligación de diligencia.....	216
3. La obligación de recabar garantías contractuales en la CSDDD.....	218
3.1. Los códigos de conducta como referencia para las garantías contractuales.....	218
3.2. El significado de la expresión «garantías contractuales».....	219
3.3. Obligaciones de medios y de resultado	219
3.4. Una cuestión de compliance de terceros. El Derecho público en los contratos.....	220
4. La eficacia y el control de las cláusulas de garantía	224
4.1. Derecho aplicable.....	225
4.2. Cláusulas de Garantía negociadas individualmente.....	226
4.3. Cláusulas de Garantías predispuestas.....	229
4.4. Consecuencia de la ineficacia: la integración del contrato.....	239
5. Enforcement privado.....	239
5.1. El enforcement frente a la empresa obligada. El ilícito competencial.....	240
5.2. El enforcement frente a la contraparte.....	241
6. Conclusiones.....	248

El nou dret europeu a la reparació: propostes per a Catalunya.....	255

ROSA M. GARCIA TERUEL

1. Introducció	257
1.1. El dret civil davant els reptes de la sostenibilitat.....	257
1.2. El «right to repair».....	259
2. Finalitat i estructura de la Directiva de reparació de béns	262
3. Consideracions preliminars sobre el contracte de prestació de serveis de reparació a la Directiva de reparació de béns.....	264
3.1. Notes característiques i parts contractuals	264
3.2. La reparació de béns com a objecte de la prestació de serveis	265
4. El formulari europeu d'informació sobre la reparació	266
4.1. Els deures d'informació precontractual del reparador.....	266
4.2. Contingut del formulari.....	268
4.3. El formulari no és obligatori, però sí vinculant.....	269
5. La plataforma europea en línia sobre reparacions.....	270
5.1. Característiques generals.....	270
5.2. La plataforma com a facilitadora de prestacions de serveis de reparació.....	271

6. L'obligació de reparar	272
6.1. Consideracions preliminars.....	272
6.2. Els subjectes obligats i la dificultat pràctica d'identificar la condició de consumidor	273
6.3. Què cal reparar? Els béns sotmesos a requisits de reparabilitat.....	275
6.4. Condicions aplicables a la reparació: el recurs qüestionable a la raonabilitat del preu i del temps.....	276
6.5. Altres mecanismes per a evitar l'elusió de l'obligació de reparar	278
6.6. Darrera reflexió: la Directiva no resol clarament a què queda obligat el fabricant ni durant quant de temps.....	280
7. Canvis en la Directiva 2019/771, de compravenda de béns.....	282
7.1. La sostenibilitat del sistema de remeis davant la manca de conformitat	282
7.2. La limitada eficàcia pràctica de la «reparabilitat» com a criteri objectiu de conformitat	283
7.3. L'ampliació del termini de responsabilitat després de la reparació	286
7.4. La categorització dels béns reacondicionats: una ocasió perduda per a preveure'n un règim jurídic.....	287
8. Reflexions finals sobre la Directiva de reparació de béns i la seva transposició a Catalunya.....	289
8.1. La regulació del contracte de prestació de serveis (de reparació) i l'obligació de reparar.....	289
8.2. La reforma del règim de responsabilitat de la compravenda	290

La conformidad de los bienes y servicios a la luz de la sostenibilidad 297

CARLOS GÓMEZ LIGÜERRE

1. Desarrollo económico sostenible y economía circular.....	299
1.1. Hacia un derecho de la sostenibilidad.....	304
2. De la sostenibilidad a la conformidad.....	308
3. El Reglamento de diseño ecológico.....	309
3.1. Ecología y consumo. Una visión general de la norma.....	310
3.2. La responsabilidad por el incumplimiento de requisitos de diseño ecológico	313
4. El derecho a reparar (<i>Right to repair</i>).....	325
4.1. Una directiva de máximos para promover la reparación de bienes	325
4.2. El efecto limitado, por el momento, de la Directiva.....	331
5. La reforma de la Directiva 2019/771 y la obligación de información sobre la reparación	338
5.1. La reparabilidad como requisito objetivo de conformidad.....	338
5.2. La ampliación del plazo de garantía legal con motivo de la reparación.....	342
5.3. La opción entre reparación y sustitución	344
5.4. Bienes de cortesía y sustitución del bien	346

Tercera ponència

Noves formes de propietat en l'entorn digital

L'encaix dels béns digitals en el Codi Civil de Catalunya.....	353

ANTONI RUBÍ PUIG

1. Una realitat a la recerca de regles i més seguretat jurídica	355
2. Concepte de bé digital.....	359
2.1. El debat sobre el reconeixement de drets de propietat	359
2.2. Noció àmplia i noció estricta de bé digital	365
2.3. Objecte dels béns digitals.....	371
2.4. La idea de control.....	374
3. Circulació de béns digitals. Transmissió i adquisició.....	379
4. Tokenització i béns digitals.....	384
5. Drets reals de garantia sobre béns digitals	388
6. Conclusions	391

La transmisibilidad <i>mortis causa</i> de los bienes y contenidos digitales: problemas no resueltos.....	393

SERGIO CÁMARA LAPUENTE

1. Planteamiento y aproximaciones legislativas a partir de una dicotomía	395
1.1. Retos derivados de la composición de la «herencia digital».....	395
1.2. Tres enfoques normativos diversos	400
2. Las tres cuestiones sucesorias clásicas de la herencia digital	423
2.1. ¿Qué? El objeto de la herencia digital.....	423
2.2. ¿Cómo? Testamento vs. otro tipo de instrucciones.....	427
2.3. ¿A quién?	428
3. Otras cuestiones sucesorias y transversales que los legisladores deberían tomar en consideración	429
4. La necesidad de una clasificación adecuada para afrontar problemas específicos	435
4.1. Criptoactivos	437
4.2. Contenidos digitales ajenos (licencias de uso).....	439
4.3. Contenidos digitales generados por el usuario (titularidad propia)	444
4.4. Redes sociales	445
4.5. Correo electrónico.....	447

Quarta ponència

La transformació digital de la pràctica jurídica a Catalunya

Transformación digital y administración de justicia 451

JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO

1. Esto no pretende ser una introducción.....453
2. Marcos legales y sus paradojas 455
3. Digitalización de los fondos documentales. La labor del CENDOJ.....461
4. El papel del Consejo General del Poder Judicial en la implementación de la digitalización de la administración de justicia..... 465
5. Digitalización en la gestión de procedimientos judiciales..... 467
6. Herramientas de auxilio judicial que emplean inteligencia artificial 479
7. Los riesgos o miedos de la digitalización 485

La transformación digital de los servicios del Registro de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles..... 489

ANTONIO J. MUÑOZ NAVARRO

1. Introducción 491
2. Evolución histórica: del papel a la pantalla..... 494
3. La consagración del Registro electrónico: la Ley 11/2023, de 8 de mayo.....497
 - 3.1. Folio real electrónico 499
 - 3.2. El asiento electrónico y la fe pública registral.....501
 - 3.3. La importancia entre la base de datos y la inscripción 503
 - 3.4. La seguridad electrónica..... 505
4. Nuevos retos de los registros ante las tecnologías ya no tan futuras: la inteligencia artificial y la tokenización inmobiliaria 507
 - 4.1. Inteligencia artificial 507
 - 4.2. La tokenización inmobiliaria..... 512

La tokenización de activos inmobiliarios en nuestro Derecho: rechazo a las propuestas formuladas.....519

PEDRO RINCÓN DE GREGORIO

1. Introducción 521
2. La tokenización de activos: algunas nociones previas 524
3. ¿Pero es posible y viable la tokenización de activos inmobiliarios?.....526
 - 3.1. La posición registral 527
 - 3.2. La posición notarial.....535

4. Los problemas no planteados de la tokenización de bienes inmuebles	538
4.1. El mercado hipotecario	539
4.2. El principio de responsabilidad patrimonial universal	539
4.3. El blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo	540
4.4. La protección de los consumidores	541
4.5. La fiscalidad	542
4.6. La protección de datos	542
5. Conclusiones	543
 La transformació digital de la pràctica de l'advocacia.....	547
RAÚL RAMOS FERNÁNDEZ	
1. Introducció	549
2. El marc jurídic dels MASC i la seva tradició en el Dret civil català	551
2.1. La tradició històrica dels MASC en el Dret civil català	552
2.2. Els MASC en la Llei Orgànica 1/2025, de 2 de gener	553
2.3. El Paper de l'Advocacia Catalana en el foment dels MASC	556
3. Impacte del Reglament eIDAS i la regulació de la IA en la modernització dels MASC	557
3.1. El Reglament eIDAS2	558
3.2. El Reglament d'IA.....	566
4. Anàlisi i perspectives de la transformació digital dels MASC i la seva extensió a l'Administració electrònica	570
4.1. Qüestions entorn de l'aplicació del RGPD a les xarxes DLT	570
4.2. Limitacions en l'ús de les proves de coneixement nul	571
4.3. La protecció dels drets fonamentals en entorns d'intel·ligència artificial	572
4.4. La transició d'una Administració digitalitzada cap a una Administració electrònica	573
5. Conclusiones	574

COMUNICACIONS

Reflexiones sobre la responsabilidad civil por brechas de seguridad de datos personales: el caso del Hospital Clínic	583
FELIPE OYARZÚN VARGAS	
1. Introducción	585
2. Sobre el orden jurisdiccional competente y la legislación aplicable	587
3. Algunos aspectos sobre la responsabilidad civil por los daños derivados de una brecha de seguridad	592
3.1. El criterio de imputación en el RGPD	593
3.2. El principio de seguridad en el RGPD y las brechas de seguridad.....	598
3.3. ¿Qué daños se pueden producir por la brecha de seguridad?	601
4. Conclusiones	608

La sucesión internacional y las criptomonedas. Reflexiones en torno al Reglamento 650/2012..... 611

SILVANA CANALES GUTIÉRREZ

1. Introducción	613
2. Las criptomonedas como bienes digitales sujetos al derecho a la propiedad	616
3. Su régimen jurídico en el CC y en el CCCat.....	622
4. La criptomoneda como elemento internacional en la sucesión.....	625
5. El ámbito material del Reglamento 650/2012 y las criptomonedas.....	629
6. Algunos problemas de ley aplicable en la sucesión <i>mortis causa</i> y las criptomonedas.....	633
7. Conclusiones	637

Contractació per mitjà de plataformes electròniques i el règim català dels «[I]ntermediaris» (art. 231-1 a 231-5 Codi de consum de Catalunya).....639

LÍDIA ARNAU RAVENTÓS

1. Introducció. La presència d' <i>intermediaris</i> al dret català.....	641
2. Intermediari v. funció/servei d' <i>intermediació</i> al Codi de consum de Catalunya.....	642
2.1. L'«[e]mpresari» (art. 211-2, lletra <i>d</i> CcoCat) v. la «relació de consum» (art. 211-2, lletra <i>m</i> CcoCat).....	643
2.2. Intermediari v. intermediació	646
2.3. Les regles de responsabilitat.....	657
3. Dret català i dret europeu en matèria de responsabilitat de les plataformes intermediàries per raó del contracte intermediat.....	659

Las consecuencias del cambio climático en el disfrute y protección de los derechos humanos fundamentales. La posición del Tribunal de Estrasburgo..... 663

VITULIA IVONE

1. Premisa	665
2. El camino del TEDH.....	667
3. Los casos del 2024.....	675
4. La situación italiana	679
5. (Algunas) conclusiones	684

Ponències

Ponència inaugural

El Derecho privado ante los retos del cambio digital y de la sostenibilidad

Reiner Schulze

Universidad de Münster

Sumario

1. Introducción

2. Cambios en el Derecho privado europeo

- 2.1. Enfoques ante la transformación digital
- 2.2. Enfoques ante las exigencias de la sostenibilidad

3. Cambios en el Derecho de los Estados miembros

- 3.1. Enfoques ante la transformación digital
- 3.2. Enfoques ante las exigencias de sostenibilidad

4. Tareas para la doctrina jurídica y la legislación

- 4.1. Diseño de la normativa
- 4.2. Ámbitos de actuación

5. Conclusión

1. Introducción

La transformación digital y el desarrollo sostenible se encuentran entre los mayores retos de nuestro tiempo a escala mundial. Afectan a casi todos los ámbitos de la convivencia humana: no solo a la comunicación, la economía y la administración, sino también a las estructuras normativas y, en particular, al Derecho. Sería ilusorio pensar que, en el ámbito jurídico, este fenómeno se limita al Derecho público y a algunas áreas del Derecho privado, y que el área central del Derecho privado, que se denomina Derecho civil, podría no verse afectada por estos retos y, en cierta medida, asumir una forma atemporal. Más bien, los cambios provocados por la digitalización y las exigencias de sostenibilidad afectan al Derecho privado en todas sus partes, incluidos los principales ámbitos tradicionales del Derecho civil.

Incluso a primera vista, esto es evidente en el derecho contractual, por ejemplo, si se considera la reciente legislación europea y nacional sobre contratos de contenidos digitales¹ o sobre el derecho de reparación² en relación con la sostenibilidad de los bienes.³ Lo mismo cabe decir de la responsabilidad extracontractual, por ejemplo, en relación con la reciente ampliación de la responsabilidad por productos defectuosos a los programas informáticos o el creciente número de

¹ Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales [2019] OJ L 136/1 (Directiva de contenidos digitales).

² Directiva (UE) 2024/1799 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes y se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y las Directivas (UE) 2019/771 y (UE) 2020/1828 [2019] OJ L 136/1 (Directiva de reparación).

³ Panorama en SCHULZE, Reiner, ZOLL, Fryderyk (eds.), *European Contract Law*, 3ª ed., München, Nomos, 2021, capítulo 1 nm. 61 y ss.; SCHULZE, Reiner, «*European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects*», pp. 141, 144 y ss.; y ZOLL, Fryderyk, POŁUDNIAK-GIERZ, Katarzyna y BAŃCZYK Wojciech «*Towards an Environment-friendly Law of Obligations*», pp. 195 y ss.; todos en André Janssen, Matthias Lehmann y Reiner SCHULZE (eds.), *The Future of European Private Law*, Baden-Baden, Nomos, 2023.

disposiciones sobre responsabilidad medioambiental.⁴ En cuanto al Derecho de las personas, son muy discutidas, aunque problemáticas, las propuestas de conceder personalidad jurídica a determinadas formas de inteligencia artificial y a ciertos fenómenos naturales, como algunos ríos o montañas.⁵ En cuanto al derecho de propiedad —por citar solo un ejemplo más—, se está estudiando redefinir el catálogo de «derechos absolutos» protegidos de forma similar a la propiedad en lo que respecta a los derechos sobre los datos en formato digital.⁶

Estos pocos ejemplos pueden ofrecer una indicación de lo que se debatirá con más detalle a continuación, a saber, el alcance y la profundidad con que la transformación digital y la exigencia de sostenibilidad están afectando al Derecho civil y planteando nuevas tareas a la legislación y a la doctrina jurídica. Se trata de retos que probablemente seguirán marcando a la sociedad y al Derecho durante mucho tiempo. Las consecuencias que marcan la época de la digitalización, por ejemplo, han encontrado su expresión en el término «era digital».⁷ Es probable que las nuevas exigencias en materia de sostenibilidad sean igualmente formativas para toda una época si

⁴ Panorama en GELLERT, Raphaël, JASSEN, André, «*The Impact of Artificial Intelligence on European Tort Law: Taking Stock of an Ongoing Process*», en JANSSEN, LEHMANN y SCHULZE (eds.), *op. cit.*, pp. 169 y ss.; LOHSSE, Sebastian, SCHULZE, Reiner y STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *Liability for AI, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VII*, Baden-Baden, Nomos, 2023; RUIZ ARRANZ, Antonio I., «*La incidencia de las políticas comunitarias de sostenibilidad en materia contractual*», en este volumen.

⁵ Por ejemplo, la Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103 (INL)); CALLIESS, Christian, «Von “Thermofenstern” zu Eigenrechten der Natur – auf der Suche nach der erforderlichen Schutzlücke», *NJW* (2025), pp. 562 y ss.

⁶ Por ejemplo, ZECH, Herbert, «*Data Access Rights as Property Rights*», en Sebastian LOHSSE, Reiner SCHULZE y Dirk STAUDENMAYER (eds.), *Private Law and the Data Act, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VIII*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 55 y ss.; WAGNER, Gerhard, en Mathias Habersack (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. VII, München, C.H. Beck, 2024, § 823 nm. 378 y ss.

⁷ SCHULZE, Reiner, «*European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects*», en JANSSEN, LEHMANN y SCHULZE (eds.), *op. cit.*, pp. 141 y ss.

tenemos en cuenta los enormes cambios derivados de dos factores en particular: por un lado, la demanda de recursos como resultado de los esfuerzos de una parte cada vez mayor de una población mundial que ha crecido más que nunca para alcanzar un nivel de prosperidad que antes solo se concedía a una minoría; y por otro, los retos de gran alcance y profundidad ante el cambio climático que persistirán durante las próximas décadas, incluso si se logran los objetivos climáticos fijados para este período.

Tanto los cambios provocados por la digitalización (con su fuerte impulso debido al desarrollo tecnológico y a los intereses económicos) como los requisitos de sostenibilidad (cuya naturaleza y alcance, sin embargo, dependen en gran medida de las valoraciones a nivel político) se encuentran, por tanto, entre las señas de identidad de la era que ha despuntado en las últimas décadas (quizás más rápido y en mayor medida de lo que muchos habían previsto inicialmente). En consecuencia, los académicos y profesionales del Derecho también deben abordarlos como retos que esta época plantea al Derecho, en todos sus niveles, desde el Derecho internacional hasta el Derecho regional y local.

Este año, las Jornadas de Derecho catalán tienen como objetivo analizar con más detalle estos retos para el Derecho civil y considerar las consecuencias para el Derecho civil catalán. Las siguientes consideraciones no pueden ni deben en modo alguno adelantarse a las contribuciones posteriores con una presentación global del tema, sino que se limitan a ofrecer de antemano una vista panorámica general de algunos aspectos de estos retos, pudiendo servir, por así decirlo, de simple «aperitivo».

Para ello, primero hay que hacer unas breves observaciones sobre algunas innovaciones que ya están surgiendo tanto a nivel del Derecho europeo⁸ como en el Derecho de los Estados miembros de la UE (utilizando el ejemplo del Derecho civil alemán) como resultado del cambio digital y del desarrollo sostenible (este último, dado el limitado

⁸ Además de la legislación de la UE que se examina a continuación, debe tenerse en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *vid.* en concreto sobre este tema VITULLA, Ivone, «Las consecuencias del cambio climático en el disfrute y protección de los derechos humanos fundamentales. La posición del Tribunal de Estrasburgo.», en este volumen.

espacio disponible, en un formato más breve). Teniendo en cuenta este contexto de los desarrollos que ya son visibles, a continuación, se exponen algunas de las tareas que la doctrina jurídica y la legislación afrontarán en el futuro en relación con el diseño de las normativas y de los ámbitos de actuación ante estos retos.

2. Cambios en el Derecho privado europeo

2.1. Enfoques ante la transformación digital

2.1.1. Visión general

Para comprender cómo podría afectar la transformación digital al Derecho civil y qué respuestas jurídicas son adecuadas a estos nuevos retos, conviene observar primero algunos de los cambios que ya han surgido en el Derecho actual como consecuencia de la digitalización. La atención se centrará principalmente en la evolución del Derecho sustantivo a través de la legislación y la jurisprudencia y la doctrina jurídica conexas (y no en las cuestiones relacionadas con el uso de las nuevas tecnologías, por ejemplo, en el contexto de los procedimientos judiciales, los trámites legislativos o la práctica del asesoramiento jurídico, que requieren un debate aparte).⁹

En cuanto a estas respuestas jurídicas sustantivas a los retos de la transformación digital, en Europa la legislación de la Unión Europea ha desempeñado un papel pionero en algunos ámbitos del Derecho privado. La UE ha utilizado las dos formas principales de su legislación: Para una serie de asuntos, ha creado un Derecho supranacional directamente aplicable a través de reglamentos, es decir,

⁹ Vid. FERNÁNDEZ, Raúl Ramos, «La transformación digital de la práctica de la advocacia», en este volumen; y como ejemplo para muchos otros, LEHMANN, Matthias, «From Codification to Coding and Digitised Codification: Legal Tech, RegTech, and their Role for the Future of European Private Law», en JANSSEN, LEHMANN y SCHULZE (eds.), *op. cit.*, pp. 225 y ss.

ha proporcionado las respuestas jurídicas a los retos (en su mayoría transfronterizos) de la transformación digital a través de un Derecho europeo unificado. Sin embargo, en algunos casos ha incorporado disposiciones relevantes para el Derecho privado en actos jurídicos que también contienen disposiciones de Derecho público o que incluso sirven principalmente para regular el Derecho público (como la Ley de Servicios Digitales¹⁰). Para otros asuntos, la UE ha optado por la forma legislativa de una Directiva, dando así a los Estados miembros la orientación para el desarrollo de sus respuestas jurídicas a las consecuencias relevantes de la transformación digital, pero dejando que sean ellos quienes decidan cómo quieren organizar las disposiciones de aplicación e integrarlas en su ordenamiento jurídico (por ejemplo, en relación con los contratos de consumo de contenidos y servicios digitales).¹¹

La mayoría de estos actos jurídicos se han adoptado en rápida sucesión durante los últimos cinco años, después de que la Comisión Europea hubiera esbozado los objetivos asociados en documentos programáticos que trataban, entre otras cosas, del desarrollo del «Mercado Único Digital»¹² y de la inteligencia artificial.¹³ Una visión de conjunto de estos actos jurídicos y de los programas en los que se basan revela varios ámbitos importantes en los que la UE está respondiendo a los cambios provocados por la digitalización mediante la adopción de disposiciones de Derecho privado. Sobre todo, el desarrollo de un marco jurídico para la economía digital era de vital importancia para la UE. Para ello, la legislación trató principalmente cuestiones como el acceso al mercado, la competencia y el comercio de datos. En este sentido, abordó principalmente el desarrollo ulterior del Derecho mercantil en relación con los nuevos requisitos derivados

¹⁰ 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.

¹¹ *Vid.* arriba (nota al pie 1).

¹² Comisión Europea, «Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa» (Comunicación) COM(2015) 192 final.

¹³ Comisión Europea, «A strategic vision to foster the development and use of lawful, safe and trustworthy Artificial Intelligence systems in the European Commission» (Comunicación) [2024] C(2024) 380 final.

de la digitalización. Sin embargo, también incluyó otras novedades normativas que afectan a asuntos básicos del Derecho civil, como el Derecho contractual, la responsabilidad extracontractual y la protección de los consumidores en el marco del Derecho civil.

2.1.2. Derecho de la economía digital

En cuanto al desarrollo de un marco jurídico para la economía digital en el mercado único europeo, uno de los primeros pasos de gran alcance fue la adopción del Reglamento sobre las relaciones entre las plataformas en línea y las empresas.¹⁴ Entre los actos legislativos más importantes que deberían proporcionar posteriormente un marco jurídico para el desarrollo de la economía digital en el mercado interior se encuentran el Reglamento de Mercados Digitales¹⁵ y el Reglamento de Servicios Digitales.¹⁶ Mientras que el primero complementa la legislación tradicional sobre competencia en lo que respecta a los mercados digitales, el segundo tiene como principal objetivo garantizar un comportamiento leal por parte de los proveedores de servicios digitales.

Además, el Reglamento de Datos¹⁷ ha regulado el acceso a los datos y el reparto equitativo de los mismos principalmente con instrumentos de Derecho privado (en particular, con disposiciones en parte obligatorias y en parte dispositivas para las diversas relaciones

¹⁴ Reglamento (UE) 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea.

¹⁵ 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.

¹⁶ 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.

¹⁷ Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828 (Reglamento de Datos).

contractuales relativas al acceso a los datos y a su uso). Este modelo de derecho principalmente privado de la UE¹⁸ difiere significativamente de los conceptos de regulación administrativa del acceso a los datos, como los que se están aplicando actualmente para la economía de datos altamente desarrollada de China.

2.1.3. Derecho contractual

Probablemente, una medida de seguimiento de la adopción del Reglamento de Datos prevista para septiembre de 2025 será de especial importancia para el desarrollo del Derecho contractual en relación con la economía digital: sobre la base del art. 41 de este Reglamento, la Comisión Europea ha hecho elaborar cláusulas contractuales modelo que cubren una amplia gama de contratos en el ámbito del uso compartido de datos.¹⁹ Queda por ver hasta qué punto estas cláusulas contractuales modelo influirán realmente en la práctica de la contratación y qué funciones podrán cumplir en última instancia para la redacción de contratos —posiblemente incluyendo un papel como modelo para la creación de Derecho dispositivo o una especie de función sustitutoria del Derecho dispositivo en este ámbito.

Por lo que respecta a la evolución del Derecho contractual, también cabe destacar que varios de los actos jurídicos adoptados recientemente desarrollan de forma significativa el Derecho europeo en materia de control de cláusulas contractuales y condiciones generales. Mientras que, hasta hace poco, el control de las cláusulas contractuales a nivel europeo parecía ser una característica específica del Derecho de los consumidores (es decir, de las relaciones contractuales «empresa-consumidor»), los cuatro reglamentos que acabamos de mencionar (de

¹⁸ Vid. LOHSSE, Sebastian, SCHULZE, Reiner y STAUDENMAYER, Dirk, «*The Data Act – a Cornerstone for the European Data Economy*», en LOHSSE, STAUDENMAYER y SCHULZE (eds.), *Private Law and the Data Act*, op. cit., pp. 11 y ss., con más detalle.

¹⁹ WENDEHORST, Christiane, «*Model Contractual Terms for Mandatory Data Sharing: Challenges and Considerations*», en LOHSSE, STAUDENMAYER y SCHULZE (eds.), *Private Law and the Data Act*, op. cit., pp. 97 y ss.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «*Drafting Model Contractual Terms for Voluntary B2B Data Sharing: A Tool to Deal with Unfairness*», en LOHSSE, STAUDENMAYER y SCHULZE (eds.), *Private Law and the Data Act*, op. cit., pp. 127 y ss.

Plataformas en línea, de Mercados Digitales, de Servicios Digitales y de Datos) contienen ahora un Derecho europeo uniforme en materia de control de cláusulas contractuales y condiciones generales (también) en los contratos «empresa-empresa». En resumen, puede decirse que, en el Derecho europeo, el control de las cláusulas ha traspasado las fronteras del Derecho de los consumidores ante los nuevos retos derivados de la digitalización y se ha convertido en una institución general del Derecho contractual.²⁰

2.1.4. Responsabilidad extracontractual

Ante el cambio tecnológico, la legislación de la UE ha adoptado una serie de nuevas normas, no solo en materia de Derecho contractual, sino también de responsabilidad extracontractual (o, por utilizar la terminología inglesa, «tort law»). Hay un número creciente de normas que establecen la responsabilidad extracontractual con la consecuencia de los daños y perjuicios en relación con las nuevas tecnologías. El espectro abarca desde el art. 54 Reglamento de Servicios Digitales hasta las reclamaciones por daños y perjuicios previstas en el art. 82 del Reglamento General de Protección de Datos en caso de infracción de la legislación sobre protección de datos.²¹

Sin embargo, en este ámbito merece particular atención la responsabilidad por inteligencia artificial. Más que el Reglamento sobre inteligencia artificial, cuya modificación de Derecho privado puede describirse más bien como «escasa y difusa»,²² debe considerarse aquí otro acto jurídico: la Directiva sobre responsabilidad por

²⁰ SCHULZE, Reiner, «European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects», en JANSSEN, LEHMANN y SCHULZE (eds.), *op. cit.*, p. 149.

²¹ Sobre la responsabilidad por brechas en la protección de datos personales, *vid.* también OYARZÚN VARGAS, Felipe, «Reflexiones sobre la responsabilidad civil por brechas de seguridad de datos personales: el caso del Hospital Clínic», en este volumen.

²² STEINRÖTTER, Björn, «Der magere und diffuse privatrechtliche Gehalt der KI-VO», *ZEuP* (2025), pp. 1 y ss.

productos defectuosos²³, cuya versión revisada incluye el software en la responsabilidad por productos defectuosos. Por lo que se refiere a la responsabilidad de los operadores de inteligencia artificial, queda por ver si otras iniciativas legislativas seguirán la propuesta²⁴ presentada inicialmente por la Comisión Europea para un acto jurídico sobre esta materia, que posteriormente no prosiguió. De ser así, es probable que, a partir de ellas, las cuestiones relativas a la atribución de la carga de la prueba adquieran aún más importancia que antes en lo que respecta a la responsabilidad en las nuevas tecnologías (en particular, en lo que se refiere a la presunción de culpa y otras medidas de facilitación de prueba para la parte perjudicada, en la medida en la que no exista una responsabilidad objetiva).²⁵ Por tanto, un posible desarrollo ulterior del Derecho europeo de responsabilidad civil a la vista de las nuevas tecnologías podría perfilarlo desde diversos puntos de partida.

²³ Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo [2024] (Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos).

²⁴ Comisión Europea, «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la adaptación de las normas de responsabilidad civil extracontractual a la inteligencia artificial (Directiva sobre responsabilidad en materia de IA)», COM(2022) 496 final; Comisión Europea, «Annexes to the Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Commission work programme 2025», (Comunicación) [2025] COM(2025) 45 final, p. 26, No. 32.

²⁵ LOHSSE, Sebastian, SCHULZE, Reiner, STAUDENMAYER, Dirk, «*Liability for AI – Opening a new chapter of adapting European private law to the digital transition*», pp. 7-24; KOCH, Bernhard A., «*The Grey Zone Between Fault and Strict Liability ... and Where to Place AI*», pp. 27-40; SPINDLER, Gerald, «*Different approaches for liability of Artificial Intelligence – Pros and Cons*», pp. 41-96; BORGES, Georg, «*Liability of the Operator of AI Systems De Lege Ferenda*», pp. 165-190; ZECH, Herbert, «*Liability for AI: Complexity problems*», pp. 193-200; DACORONIA, Eugenia, «*Burden of proof – How to handle a possible need for facilitating the victim's burden of proof for AI damage?*», pp. 201-214; todos en LOHSSE, SCHULZE Y STAUDENMAYER (eds.), *Liability for AI*, op. cit.

2.1.5. Protección del consumidor

Obligaciones de actualización y obligaciones de cooperación en el Derecho contractual de consumo

Por último, quedan por abordar algunos nuevos enfoques de la protección de los consumidores en el marco del Derecho civil. Sin embargo, no es posible entrar aquí en detalle sobre las cuestiones que se plantean en relación con las perspectivas a largo plazo de este ámbito en la «era digital», como la cuestión de la relación entre la protección de los consumidores y la protección de los «usuarios»²⁶ y la posible integración de aspectos de la protección de los consumidores en un concepto más amplio de protección contra la «vulnerabilidad digital».²⁷ Más bien, solo es posible señalar dos ejemplos de cambios que ya se han producido como resultado de la reciente legislación sobre Derecho contractual de los consumidores, a saber, las denominadas «Directivas gemelas» de 2019: la Directiva sobre contenidos digitales²⁸ y la Directiva sobre la venta de bienes²⁹ (que sustituyó a la anterior Directiva sobre la venta de bienes³⁰). El ámbito de aplicación de estas dos Directivas abarca millones de contratos celebrados cada día con consumidores para el suministro de contenidos y servicios digitales

²⁶ Vid. al respecto más abajo en capítulo 4.2.5. SCHULZE, Reiner, «*Propos Introductifs*», en Gerald MÄSCH y Julien VALIERQUE (eds.), *Quelles limites aux droits nationaux et européens de la consommation?* 9^e Journées Franco-allemandes, Vol. 40, Paris, Société de Législation Comparée, 2025, pp. 9, 16.

²⁷ Vid. al respecto más abajo, en capítulo 4.2.5; SCHULZE, Reiner «*Digital Vulnerability in European Private Law – Conclusions*», en Camilla CREA y Alberto DE FRANCESCHI (eds.), *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, Baden-Baden, Nomos, 2024, pp. 521, 533.

²⁸ Vid. arriba (nota al pie 1).

²⁹ Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE [2019] OJ L 136/28 (Directiva sobre la venta de bienes).

³⁰ Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo [1999] OJ L 171/12.

a cambio de un pago o del suministro de datos personales, o para la compra de bienes con o sin elementos digitales.³¹ Así pues, el amplio impacto de sus disposiciones sobre conformidad y recursos por falta de conformidad supera con creces el de muchas disposiciones tradicionales en estos ámbitos.

Entre las diversas innovaciones de estas dos Directivas, cabe destacar la introducción de obligaciones de actualización. En razón de estas obligaciones, la responsabilidad del vendedor por la conformidad —a diferencia de lo que prevé la normativa convencional sobre compraventa— no finaliza con la «transferencia del riesgo» (es decir, normalmente con la entrega del objeto de compra). Por el contrario, en los contratos de productos digitales y bienes con elementos digitales, existen obligaciones continuas más allá de este momento para que el consumidor pueda utilizar el producto durante un periodo de tiempo razonablemente previsible. En comparación con el Derecho de compraventa tradicional, este nuevo enfoque puede entenderse como una «dinamización» de las obligaciones contractuales, que en cierto modo aproxima el contrato de compraventa al contrato de servicios.³²

Otro ejemplo de la reacción de la legislación reciente al cambio tecnológico es la introducción de obligaciones de cooperación por parte de la Directiva sobre contenidos digitales (aunque merece la pena mencionar muchos más ejemplos de características innovadoras

³¹ SCHULZE, Reiner, «El código civil en la era digital: Tradición e innovación en el derecho alemán de obligaciones», *Revista de Derecho Civil*, vol. XI, núm. 4 extraordinario (2024), p. 195.

³² SCHULZE, Reiner, «*European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects*», en JANSSEN, LEHMANN y SCHULZE (eds.), *The Future of European Private Law*, op. cit., p. 151; SCHULTE-NÖLKE, Hans, «Digital obligations of sellers of smart devices under the Sale of Goods Directive 771/2019», pp. 47 y ss.; WENDEHORST, Christiane, «The update obligation – how to make it work in the relationship between seller, producer, digital content or service provider and consumer», pp. 63 y ss.; JASSEN, André, «The Update Obligation for Smart Products – Time Period for the Update Obligation and Failure to Install the Update», pp. 91 y ss.; todos en Sebastian LOHSSE, Reiner SCHULZE y Dirk STAUDENMAYER (eds.), *Smart Products*, Baden-Baden, Nomos, 2022.

de las «Directivas gemelas»³³). Al establecer las obligaciones de cooperar, esta Directiva tiene en cuenta las dificultades de prueba que pueden surgir debido a circunstancias técnicas si el comerciante desea probar, de conformidad con el apartado 4 del artículo 12 de la Directiva, que el entorno digital del consumidor (es decir, el hardware, el software y las conexiones de red) no es compatible con los contenidos o servicios digitales suministrados. A menudo, el comerciante no podrá llevar a cabo las comprobaciones necesarias sin la cooperación del consumidor, por lo que este está obligado a cooperar en virtud del artículo 12, apartado 5, de la misma Directiva (pero limitado a los medios menos intrusivos técnicamente disponibles).³⁴

¿Modelos con importancia general para el derecho contractual?

Esta disposición puede interpretarse como una expresión de la idea de que los requisitos tecnológicos para la cooperación en la identificación de las causas de los defectos deberían reflejarse a nivel jurídico en las correspondientes obligaciones de cooperar. En términos aún más generales, ello condujo a la cuestión de si, y en qué medida, los requisitos tecnológicos de cooperación en el contexto de las nuevas tecnologías deberían dar lugar a la inclusión de algunos correspondientes deberes de cooperación en el Derecho civil. Cabe señalar que, además, los deberes de consideración mutua basados en el principio de buena fe desempeñan un papel importante en la legislación relativa a las nuevas tecnologías, en particular en el art. 27 del Reglamento de Datos.³⁵ Ello podría indicar que el énfasis en cooperación y mutua consideración basados en este principio son cada vez más importantes en vista de las múltiples necesidades de

³³ Vid. más abajo en capítulo 3.1.4. SCHULZE, Reiner, «*European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects*», en JANSSEN, LEHMANN y SCHULZE (eds.), *The Future of European Private Law*, op. cit., pp. 146 y ss.

³⁴ ZOLL, Fryderyk, en Reiner SCHULZE y Dirk STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law*, 2ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2025, art. 12 DCD, nm. 29.

³⁵ Vid. arriba (nota al pie 17).

cooperación entre las distintas partes y las dependencias asociadas en el contexto del desarrollo y el uso de las tecnologías digitales.

No solo en el caso de las obligaciones de cooperación, sino también en el de las obligaciones de actualización antes mencionadas, también habrá que considerar la cuestión de su importancia para la evolución futura más allá del Derecho de los consumidores. Para muchos tipos de relaciones entre empresas, también es probable que resulte adecuado prever regularmente tanto obligaciones de cooperación como obligaciones de actualización de los contenidos digitales y los servicios prestados. En este sentido, las disposiciones actuales de las «Directivas gemelas» podrían convertirse en puntos de partida de normas de Derecho contractual general en relación con los contratos relativos al suministro y uso de contenidos digitales.³⁶

2.2. Enfoques ante las exigencias de la sostenibilidad

2.2.1. Marco general

La Unión Europea lleva tiempo incorporando requisitos de sostenibilidad³⁷ en su extensa legislación bajo los objetivos de protección del medio ambiente y mitigación del cambio climático desde diversas perspectivas —como la conservación de los recursos naturales, el fomento de la economía circular, el diseño adecuado de los productos y las condiciones de producción y el comportamiento

³⁶ SCHULZE, Reiner, «*European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects*», en JANSSEN, LEHMANN y SCHULZE (eds.), *The Future of European Private Law*, op. cit., p. 165.

³⁷ Sobre el uso de este término como punto de referencia para el desarrollo del derecho, vid. GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «*La conformidad de los bienes y servicios a la luz de la sostenibilidad*», en este volumen, en particular el capítulo 2: «Hacia un derecho de la sostenibilidad»; para una visión crítica del uso «deslumbrante» de este término en diversos contextos de comunicación, vid. GÖCKLER, Till y ROSENOW, Jörg, «Die EU-Regelungsvorhaben zu nachhaltigkeitsbezogener Werbung, Überblick über die aktuellen EU-Initiativen und legislativen Herausforderungen», *GRUR* (2024), p. 331.

de los consumidores.³⁸ La actividad reguladora en estos ámbitos es en gran medida de Derecho público, pero también incluye normas de Derecho privado. En un principio, ha aumentado considerablemente desde 2019 debido al «El Pacto Verde Europeo (Green Deal)»³⁹, pero parece haberse debilitado un poco desde que la actual Comisión Europea asumió el cargo.

Todo ello puede verse, por ejemplo, en el hecho de que tres importantes normativas relacionadas con la sostenibilidad empresarial están incluidas en las últimas propuestas de modificación de la Comisión destinadas a reducir la burocracia⁴⁰: la Directiva sobre Informes de Sostenibilidad Empresarial (Corporate Sustainability Reporting Directive; CSRD), incluidas las Normas Europeas de Sostenibilidad (European Sustainability Reporting Standards; ESRS)⁴¹,

³⁸ Panorama de esta legislación, por ejemplo, en SCHULZE, Reiner, JASSEN, André y KADELBACH, Stefan (eds.), *Europarecht Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, 4ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2020; ORSINI, Amandine y KAVVATHA, Elena (eds.), *EU Environmental Governance: Current and Future Challenges*, Oxford, Routledge, 2021; WELLER, Marc-Philippe, HÖSSL, Theresa y SEEMAN, Camilla «Klimaneutralität im Privatrecht», *ZEuP* (2024), pp. 575 y ss.

³⁹ Comisión Europea, «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones» (Comunicación) COM(2019) 640 final.

⁴⁰ Comisión Europea, «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas (UE) 2022/2464 y (UE) 2024/1760 en lo que respecta a las fechas a partir de las cuales los Estados miembros deben aplicar determinados requisitos de presentación de información corporativa y de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad», COM(2025) 80 final.

⁴¹ Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 por la que se modifican el Reglamento (UE) n.º 537/2014, la Directiva 2004/109/CE, la Directiva 2006/43/CE y la Directiva 2013/34/UE, por lo que respecta a la presentación de información sobre sostenibilidad por parte de las empresas [2022] OJ L 322/15 (Directiva sobre Informes de Sostenibilidad Empresarial) y Reglamento Delegado (UE) 2023/2772 de la Comisión, de 31 de julio de 2023, por el que se completa la Directiva 2013/34/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a las normas de presentación de información sobre sostenibilidad (Normas Europeas de Sostenibilidad).

el Reglamento sobre Taxonomía⁴² y la Directiva sobre Diligencia Debida para la Sostenibilidad Empresarial⁴³ (Corporate Sustainability Due Diligence Directive; CSDDD; también conocida como «Ley Europea de las Cadenas de Suministro»).

2.2.2. Nuevos enfoques del Derecho contractual

De esta plétora de medidas legislativas relativas a la sostenibilidad, dos destacan por su relevancia para ámbitos fundamentales del Derecho civil: en primer lugar, la implantación de la durabilidad como criterio de conformidad contractual a través de la Directiva sobre la venta de bienes⁴⁴; y en segundo lugar, el establecimiento del «derecho de reparación» a través de la «Directiva de reparación»⁴⁵.⁴⁶ Ambas directivas desarrollan el Derecho contractual europeo y, en particular, el concepto de conformidad de los bienes desde la perspectiva de

⁴² Reglamento (UE) 2020/852 del Parlamento Europeo y del Consejo de 18 de junio de 2022 relativo al establecimiento de un marco para facilitar las inversiones sostenibles y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/2088 (Reglamento sobre Taxonomía).

⁴³ Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859 [2024] OJ L 2024/1760 (Directiva sobre Diligencia Debida para la Sostenibilidad Empresarial).

⁴⁴ *Vid.* arriba (nota al pie 29).

⁴⁵ *Vid.* arriba (nota al pie 2).

⁴⁶ No es posible analizar aquí otras medidas legislativas relacionadas con los requisitos de sostenibilidad en ámbitos vecinos. Sin embargo, en este contexto hay que destacar al menos la importancia del Reglamento sobre diseño ecológico (*vid.* KIRCHHEFER-LAUBER, Anna, «Nachhaltigkeit im deutschen Kaufrecht zwischen Verbraucherschutz, Ökodesign-VO und Warenreparatur-RL», *JuS* (2024), pp. 915 y ss., sobre la relación con la protección del consumidor) y la nueva Directiva sobre la capacitación de los consumidores para la transición ecológica (DIRECTIVA (UE) 2024/825 del Parlamento Europeo y del Consejo de 28 de febrero de 2024 por la que se modifican las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y mediante una mejor información DO L 2024/825).

la sostenibilidad, como se detalla en contribuciones separadas a este volumen.⁴⁷ Por lo que aquí bastarán unas pocas observaciones introductorias sobre cada una de las dos directrices.

La Directiva sobre la venta de bienes ha incluido la durabilidad en su catálogo de requisitos objetivos para la conformidad de los bienes con el contrato. Esta innovación con respecto a la Directiva de 1999 sobre la venta de bienes de consumo tiene por objeto asegurar una mayor durabilidad de los bienes con el fin de promover hábitos de consumo sostenibles y una economía circular.⁴⁸ Los bienes deben ahora, según el art. 7 (1) (d) de la Directiva sobre la venta de bienes, corresponder en términos de durabilidad a lo que presentan normalmente bienes del mismo tipo y a lo que el consumidor puede razonablemente esperar dada la naturaleza de los bienes y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el vendedor u otras personas en fases previas de la cadena contractual. Los considerandos de esta disposición aclaran que, dependiendo de la naturaleza de los bienes, la necesidad de un mantenimiento razonable también puede ser relevante en términos de durabilidad (por ejemplo, la inspección periódica o el cambio de los filtros en un coche).⁴⁹ Al igual que los demás requisitos objetivos de conformidad con el contrato, el criterio de durabilidad tiene el mismo rango que los requisitos («subjettivos») establecidos por las propias partes en el contrato y solo puede subordinarse a un acuerdo divergente entre las partes en condiciones especialmente elevadas, de conformidad con el apartado 5 del artículo 7 de esta Directiva.

Esta innovación con respecto a la Directiva sobre la venta de bienes de consumo de 1999 tiene por objeto garantizar una mayor durabilidad de los bienes con el fin de promover hábitos de consumo sostenibles y una economía circular.⁵⁰ En este sentido, la Directiva sobre la venta de bienes combina la protección tradicional de los consumidores con el compromiso de promover el diseño sostenible

⁴⁷ GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, *op. cit.*, y GARCIA TERUEL, Rosa M., «*El nou dret europeu a la reparació: propostes per a Catalunya*», todos en este volumen.

⁴⁸ *Vid.* el considerando 32 de la Directiva sobre la venta de bienes.

⁴⁹ *Vid.* el considerando 32 de la Directiva sobre la venta de bienes.

⁵⁰ *Vid.* el considerando 32 de la Directiva sobre la venta de bienes.

de los productos y gestionar el comportamiento de los consumidores desde una perspectiva de sostenibilidad.

La Unión Europea ha dado un paso más en esta dirección con la adopción de la «Directiva de reparación».⁵¹ Cuando se adoptó la Directiva sobre la venta de bienes, uno de los principales puntos de crítica en la doctrina jurídica fue la falta de disposiciones a favor de la reparación en lugar del reemplazo a la hora de remediar los defectos de los bienes adquiridos.⁵² La nueva Directiva pretende ahora subsanar esta carencia al seguir concediendo a los consumidores el derecho a la reparación tras la expiración del periodo de garantía para determinados grupos de productos, si el producto es reparable y la reparación no es más costosa que la sustitución. Dado que las disposiciones de esta Directiva se analizan detalladamente en varios artículos de este volumen en cuanto a sus objetivos, concepción y efectos,⁵³ solo queda subrayar aquí, para concluir, que este acto jurídico expresa la preocupación por combinar la protección de los consumidores y la protección del medio ambiente y la concepción subyacente de una congruencia parcial de ambos ámbitos normativos de manera especialmente significativa. A este respecto, el art. 1 de la «Directiva de recursos» define su objetivo en particular a través de la tríada del buen funcionamiento del mercado interior, la protección de los consumidores y la protección del medio ambiente, y subraya el vínculo entre estas dos últimas mediante la expresión «garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los consumidores y del medio ambiente».

⁵¹ *Vid.* arriba (nota al pie 2); fecha límite para que los Estados miembros lo implementen hasta junio de 2026.

⁵² *Vid.*, por ejemplo, KIENINGER, Eva-Maria, «Recht auf Reparatur (“Right to Repair”) und europäisches Vertragsrecht», *ZEuP* (2020), pp. 264 y ss.

⁵³ *Vid.* arriba (nota al pie 47).

3. Cambios en el Derecho de los Estados miembros

3.1. Enfoques ante la transformación digital

3.1.1. El Derecho civil alemán como ejemplo

Los cambios que están surgiendo en el Derecho civil de cada uno de los países europeos ante la transformación digital —ya sea bajo la influencia de los patrones europeos o independientemente de ellos— es algo que no puede abordarse en el reducido ámbito de este artículo.⁵⁴ Por lo tanto, las siguientes explicaciones deben limitarse a destacar algunos de estos cambios utilizando el ejemplo de un Estado miembro. Sirvan como este ejemplo las últimas reformas del Derecho civil en Alemania, que han dado lugar a modificaciones considerables en el Código Civil alemán (el «Bürgerliches Gesetzbuch», BGB).

Veinte años antes de estas recientes reformas, la denominada «modernización del Derecho de obligaciones» ya había dado lugar a cambios de gran alcance en ámbitos fundamentales del Derecho civil en Alemania (en particular, en el Derecho general de obligaciones y el Derecho de compraventa).⁵⁵ Estos cambios se vieron influidos por los modelos de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías y, sobre todo, por la legislación de la UE de la época. No obstante, apenas tuvieron en cuenta los cambios derivados de la digitalización, que probablemente solo eran perceptibles en sus fases iniciales en aquel momento, pero que pronto desarrollaron toda su dinámica. En los años siguientes, la

⁵⁴ Incluso una visión de conjunto de los cambios que la legislación de la UE ha provocado en el Derecho de los Estados miembros para materias concretas requeriría un volumen aparte en cada caso (como muestra, por ejemplo, el volumen recientemente publicado sobre los efectos de las «Directivas gemelas» en los Estados miembros); De FRANCESCHI, Alberto y SCHULZE, Reiner (eds.), *Harmonizing Digital Contract Law*, Baden-Baden, Nomos, 2023.

⁵⁵ SCHULZE, Reiner, «Recent Influences of the European Acquis Communautaire on German Contract Law», *NTBR* (2022), p. 132; RÜCKERT, Joachim, FOLJANTY, Lena, PIERSON, Thomas y SEINECKE, Ralf (eds.), *20 Jahre Neues Schuldrecht*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2023.

legislación alemana respondió inicialmente a este cambio con una serie de modificaciones de forma selectiva del Código Civil alemán (por ejemplo, en relación con la aplicación de la Directiva sobre derechos de los consumidores, incluida la definición de medios de comunicación a distancia del § 312c II del BGB y las disposiciones sobre contratos en el comercio electrónico del § 312i y s. BGB). En 2022, sin embargo, tuvo lugar la reforma de mayor alcance, que en cierto modo marcó el comienzo de una segunda fase de «modernización del Derecho de obligaciones»⁵⁶, caracterizada ahora principalmente por los cambios derivados de la digitalización.

De un modo parecido a la primera modernización del Derecho de obligaciones de 2002, la segunda gran reforma fue impulsada por la necesidad de transponer Directivas de la UE al Derecho civil alemán —en aquella época, entre otras, la Directiva sobre la venta de bienes de consumo, ahora las «Directivas gemelas» sobre contratos de contenidos digitales y la venta de bienes. En este sentido, la modernización del Derecho alemán de obligaciones, en ambas ocasiones, fue de la mano de su «europeización».⁵⁷ Además, la segunda reforma pudo aprovechar el hecho de que el Derecho contractual de los consumidores ya se había integrado en el Código Civil durante la anterior modernización del Derecho de obligaciones.

3.1.2. Continuidad y cambio en la sistemática

Con la aplicación de las «Directivas gemelas», el legislador alemán ha proseguido esta integración del Derecho contractual de consumo en el Código Civil alemán para nuevas materias. En este segundo paso de modernización, también continuó la tradición pandectista, característica del Código Civil alemán desde su creación, de pasar de lo «general a lo particular», en términos metodológicos y sistemáticos.⁵⁸

⁵⁶ LORENZ, Stephan, «Die Umsetzung der EU-Warenkaufrichtlinie ins deutsche Recht», *NJW* (2021), pp. 2065 y ss.; STEINRÖTTER, Björn, «Drei Jahre neues Schuldvertragsrecht – klassisch statt digital», *NJW* (2025), pp. 249 y ss.

⁵⁷ SCHULZE, Reiner, *EuCML* (2022), *op. cit.*, pp. 196 y s.

⁵⁸ SCHULZE, Reiner, *Revista de Derecho Civil* (2024), *op. cit.*, pp. 200-202.

Desde esta perspectiva, las disposiciones de aplicación de la Directiva sobre contenidos digitales debían asignarse al Derecho general de obligaciones porque, de conformidad con los requisitos de la Directiva, no pretenden crear un nuevo tipo de contrato independiente ni su ámbito de aplicación se limita a un tipo de contrato específico⁵⁹ Más bien, su ámbito de aplicación se extiende a muchos tipos diferentes de contratos que ofrecen varias formas jurídicas para diferentes formas técnicas de suministro de contenidos digitales (en la clasificación tradicional, en particular los contratos de venta para el suministro mediante soportes físicos de datos, los contratos de alquiler o contratos similares a los contratos de alquiler, por ejemplo en el caso del *streaming*, etc.). Por consiguiente, las disposiciones para la aplicación de esta directiva no podrían encontrar su lugar en el Código Civil bajo los tipos individuales de contrato en la Parte Especial de Derecho de las Obligaciones, si no forman un nuevo Título 2a «Contratos de productos digitales» en la anterior Parte General de Derecho de Obligaciones. Las 21 disposiciones de este título regulan ahora cuestiones centrales del Derecho contractual como la conformidad contractual y las consecuencias del no suministro y de la falta de conformidad del contenido digital en general para los contratos de contenidos y servicios digitales.

En cambio, las disposiciones de la Directiva sobre la venta de bienes no se han incluido en la Parte General del Libro del Derecho de Obligaciones, sino en el título sobre contratos de compraventa de la Parte Especial de dicho Libro (§§ 433 y ss.). En este contexto, se repite el procedimiento «de lo general a lo particular»: algunas disposiciones de las Directivas deben aplicarse en el Derecho alemán no solo a los contratos celebrados con consumidores, sino en principio a todos los contratos de compraventa («transposición voluntaria extendida»).⁶⁰ El legislador alemán ha incluido estas disposiciones en el subtítulo con las «Disposiciones generales» al principio del título sobre la compraventa (por ejemplo, la mayoría de las disposiciones sobre conformidad contractual, pero no la obligación de actualización). En cambio, las

⁵⁹ WENDLAND, Matthias, en Wolfgang Hau y Roman Poseck (eds.), *BeckOK BGB*, München, C.H. Beck, 73ª ed., 01.11.2024, § 327 nm. 10 y ss.

⁶⁰ MAULTZSCH, Felix, en Franz Jürgen Säcker *et alia* (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. 4/1, München, C.H. Beck, 9ª ed., 2024, antes de § 433 nm. 8.

disposiciones que solo deben aplicarse a los contratos celebrados con consumidores figuran en un subtítulo separado sobre la «venta de bienes de consumo» en los §§ 474 y ss. (por ejemplo, la obligación de actualización).⁶¹

Así pues, la atención prestada por el Código Civil alemán a las nuevas materias y formas de contratación en la «era digital» ha dado lugar a cambios considerables en el sistema del Código Civil alemán, tanto en el Derecho General de Obligaciones como en el Derecho de Compraventa, al aplicar las «Directivas gemelas». El Derecho General de Obligaciones se ha ampliado para incluir un título adicional dedicado a la nueva materia de los contratos de productos digitales en varios tipos de contratos, por lo que ha ganado en importancia en comparación con la Parte Especial de Derecho de Obligaciones. La normativa sobre compraventa se ha ampliado y, al mismo tiempo, se ha diferenciado aún más mediante disposiciones específicas para la nueva materia de los bienes con elementos digitales. En ambos niveles, la estructura tradicional del Código Civil alemán no ha sido abandonada en su conjunto por esta primera gran reforma para adaptarse a los cambios provocados por la digitalización, sino que ha sido considerablemente modificada y completada.

3.1.3. Conceptualización

Este desarrollo ulterior del sistema va asociado a una considerable ampliación de la terminología utilizada en el Código Civil alemán. Gran parte de los nuevos términos se han adoptado directamente de las Directivas en el Derecho civil alemán (por ejemplo, los conceptos de la «bienes con elementos digitales» y «entorno digital» o criterios de conformidad contractual para productos digitales como «funcionalidad», «compatibilidad» e «interoperabilidad»; §§ 327e, 434 BGB). No obstante, el legislador alemán ha creado otros términos de forma independiente, por ejemplo, «productos digitales» como término genérico para los contenidos digitales y los servicios digitales

⁶¹ Para más detalles, SCHULZE, Reiner, en Alberto DE FRANCESCHI y Reiner SCHULZE (eds.), *Harmonizing Digital Contract Law*, op. cit., p. 275, nm. 5 y s.; SCHULZE, Reiner, *Revista de Derecho Civil* (2024), op. cit., pp. 193 y ss.

o «Sachen mit digitalen Elementen» («cosas con elementos digitales») para incluir los inmuebles.⁶²

A diferencia de las Directivas, el Código Civil alemán utiliza varios de estos términos no solo específicamente para los contratos con consumidores, sino también para los contratos entre otras partes (en particular, los términos que se han incluido en la normativa general de compraventa, por ejemplo, los criterios de conformidad contractual mencionados en el § 434).⁶³ Sin embargo, es probable que gran parte de la terminología utilizada en los §§ 327 y ss. en relación con los contratos de productos digitales con consumidores también sea adecuada para otros ámbitos temáticos no regulados anteriormente y, en caso necesario, también pueda utilizarse en la práctica contractual más allá del Derecho de consumo (por ejemplo, en relación con el «entorno digital» o en relación con la actualización de los contenidos digitales facilitados en contratos con no consumidores). En este sentido, las disposiciones de aplicación de las «Directivas gemelas» podrían servir de punto de partida para el desarrollo de una terminología general del Derecho civil alemán en relación con el comercio de productos digitales.⁶⁴

3.1.4. Comprensión del contrato

Las disposiciones europeas de las «Directivas gemelas» también influyen en la interpretación del contrato en el Derecho civil alemán reformado. Ello se aplica en particular a los nuevos contornos resultantes del art. 6 y ss. Directiva sobre Contenidos Digitales en lo que respecta a la conformidad contractual de los contenidos y servicios digitales y, correspondientemente, el art. 5 y ss. Directiva sobre la venta de bienes en lo que respecta a la venta de bienes. Estos nuevos contornos de la conformidad contractual no solo afectan a

⁶² SCHULZE, Reiner, *Revista de Derecho Civil* (2024), *op. cit.*, pp. 202 y s.

⁶³ SCHULZE, Reiner, en Alberto DE FRANCESCHI y Reiner SCHULZE (eds.), *Harmonizing Digital Contract Law*, *op. cit.*, p. 281, nm. 27 y s.; SCHULZE, Reiner, *Revista de Derecho Civil* (2024), *op. cit.*, pp. 202 y s.

⁶⁴ SCHULZE, Reiner, «The German Civil Code on its Way into the Digital Age», *EuCML* (2022), pp. 192, 193.

la comprensión del contrato de compraventa, que ha cambiado en lo que respecta a la actualización de las obligaciones tras la entrega de los bienes en comparación con el modelo básico tradicional.⁶⁵ Más bien, conducen a una «objetivación» general de la comprensión del contrato también con respecto a otros tipos de contrato.⁶⁶ Las citadas disposiciones de las Directivas abandonan el principio de la primacía general de los acuerdos de las partes en lo que respecta a la conformidad con el contrato (es decir, los denominados «criterios subjetivos») — que anteriormente era decisivo en el Derecho alemán sobre la base del art. 2 de la Directiva sobre la venta de bienes de consumo— en favor de la igual aplicabilidad de los requisitos establecidos por las propias Directivas (es decir, los «criterios objetivos»).⁶⁷ Este refuerzo del papel de los criterios objetivos sirve para proteger al consumidor de los acuerdos contractuales con el comerciante que socaven la protección que ofrecen los criterios objetivos. En este sentido, supone un debilitamiento del papel de la libertad contractual, sin por ello abandonarla como principio dominante del Derecho contractual.⁶⁸

En Alemania, esta «objetivación» tiene consecuencias incluso de mayor alcance que en algunos otros Estados miembros de la UE, ya que el legislador alemán no la ha limitado a los contratos con consumidores, sino que la ha incluido en la legislación general sobre compraventa (§ 434 I BGB)⁶⁹ y, por tanto, la ha extendido básicamente a todos los contratos de compraventa. En este sentido, la transposición

⁶⁵ Vid. arriba en capítulo 2.1.5.

⁶⁶ Sobre la conexión entre esta «objetivación» de los criterios de conformidad contractual y, en particular, la atención prestada a las «expectativas razonables de los consumidores» con la creciente importancia de la contratación en masa y la tendencia general a la estandarización del Derecho contractual, que se ha visto notablemente impulsada por la digitalización y el uso de Internet, *vid.* con más detalle SCHULZE, Reiner, «*European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects*», en JANSSEN, LEHMANN y SCHULZE (eds.), *op. cit.*, p. 148.

⁶⁷ FAUST, Florian, en Wolfgang Hau y Roman Poseck (eds.), *BeckOK BGB*, München, C.H. Beck, 73ª ed., 01.02.2025, § 434 nm. 7.

⁶⁸ SCHULZE, Reiner, «*European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects*», en JANSSEN, LEHMANN y SCHULZE (eds.), *op. cit.*, p. 148; SCHULZE, Reiner, *Revista de Derecho Civil* (2024), *op. cit.*, pp. 206 y s.

⁶⁹ Vid. SCHULZE, Reiner, *EuCML* (2022), *op. cit.*, p. 194.

ampliada de las disposiciones de la Directiva no solo ha hecho que la legislación alemana sea más favorable a los consumidores, sino también, en general, más favorable a los compradores. Sin embargo, el efecto práctico de esta generalización es menor que su importancia teórica: solo los contratos con consumidores están sujetos a los requisitos más estrictos que las Directivas estipulan para la celebración excepcional de un acuerdo negativo de calidad por las partes (§ 476 I BGB).⁷⁰

3.1.5. Datos personales

Suministro de datos por parte del consumidor

También debe prestarse especial atención a la inclusión de los datos personales en la legislación de Derecho civil como nueva materia a raíz de los cambios provocados por la digitalización. Sobre la base de la Directiva sobre contenidos digitales, el legislador alemán ha recurrido a esta materia para determinar el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a los contratos sobre productos digitales. § 327 III BGB establece que estas disposiciones también se aplican a los contratos con consumidores si el consumidor suministra al comerciante datos personales o se compromete a suministrarlos. A este respecto, en el caso de un contrato sobre productos digitales, la entrega de datos personales como prestación por parte del consumidor equivale al pago de un precio en dinero. Sin embargo, se discute la valoración de este suministro de datos por el consumidor como contraprestación.

No obstante, se han planteado inquietudes, sobre todo desde la perspectiva de la protección de datos, debido a la asignación de datos personales al ámbito de la protección de la privacidad.⁷¹ Sin

⁷⁰ Vid. SCHULZE, Reiner, *EuCML* (2022), *op. cit.*, p. 194; SCHULZE, Reiner, *Revista de Derecho Civil* (2024), *op. cit.*, p. 206.

⁷¹ European Data Protection Supervisor, «Opinion 4/2017 on the Proposal for a Directive on certain aspects concerning contracts for the supply of digital content» (March 2017), párra 14; para el espectro de opiniones, *vid.* Comisión Europea, «Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa» (Comunicación) COM(2015) 192 final.

embargo, habida cuenta de la importancia real de dichos datos como objetos de comercio, esta categorización no excluye en modo alguno su clasificación en Derecho civil como objeto de prestación contractual y, por tanto, también como contraprestación potencial (de forma similar a como otras modalidades de derechos de la personalidad, como los derechos de autor, también pueden ser objeto de relaciones contractuales como prestación y contraprestación).⁷² El legislador alemán, sin embargo, ha dejado abierta la cuestión de si el suministro de datos personales por parte del consumidor está en relación recíproca con el suministro del producto digital por parte del comerciante y debe considerarse contraprestación.⁷³ Por lo tanto, ha evitado incluir las disposiciones sobre contratos de productos digitales del Código Civil en el Título 2 del Derecho de Obligaciones, que trata de los contratos recíprocos, sino que ha creado un nuevo Título 2a separado para esta materia.

Revocación del consentimiento para el tratamiento de datos

Además de esta aplicación de la disposición de la Directiva sobre el suministro de datos personales, la legislación alemana ha incluido un enfoque independiente en el Código Civil alemán sobre una cuestión central de la relación entre el Derecho de protección de datos y el Derecho contractual que aún no se ha regulado claramente a nivel europeo: el § 327q BGB establece las consecuencias contractuales que se producen cuando un consumidor revoca su consentimiento de conformidad con el artículo 7, apartado 3, del Reglamento general de protección de datos después de haber facilitado datos personales en un contrato con un empresario y de haber dado inicialmente su consentimiento al tratamiento de estos datos de conformidad con el Derecho de protección de datos. Esta disposición del Código Civil tiene por objeto garantizar, en el marco de un equilibrio adecuado entre los intereses del consumidor y del comerciante, que no se impida al consumidor ejercer estos derechos en materia de protección de

⁷² SCHULZE, Reiner y ZOLL Fryderyk (eds.), *European Contract Law*, op. cit., capítulo 1 nm. 61.

⁷³ Borrador del Gobierno BT-Drs. 19/27653, p. 38.

datos por el hecho de que se le impongan consecuencias desventajosas en virtud del Derecho contractual.⁷⁴ Por lo tanto, establece que la validez del contrato en cuestión no se ve afectada por el ejercicio de los derechos previstos en la legislación sobre protección de datos. Sin embargo, en condiciones restrictivas⁷⁵, el empresario tiene derecho a rescindir el contrato sin previo aviso. También se excluyen las reclamaciones por daños y perjuicios por parte del empresario debidas a las restricciones al tratamiento de datos en virtud de esta disposición.

3.1.6. Terminación del contrato

Como último ejemplo del nuevo contenido del Derecho civil alemán como consecuencia de los cambios introducidos por la digitalización, cabe mencionar brevemente el concepto de «terminación del contrato» y la introducción asociada de un régimen de reversión de la ejecución en los contratos de contenidos y servicios digitales. Siguiendo el modelo de la Directiva sobre contenidos digitales, se ha introducido este concepto uniforme de «terminación del contrato» para los contratos relativos a productos digitales (§§ 327c y 327m BGB) que se suma al dualismo tradicional de «Kündigung» (denuncia de contratos con obligaciones continuadas; § 314 BGB), y de «Rücktritt» (resolución para los demás contratos recíprocos; § 323 BGB).⁷⁶ Podría ser de especial importancia el nuevo régimen de las consecuencias jurídicas de esta terminación del contrato (§§ 327o II – V y 327p BGB), que regula la restitución y la devolución, teniendo en cuenta los nuevos requisitos que surgen en los contratos de productos digitales.

⁷⁴ Vid. justificación en el proyecto del gobierno BT-Drs. 19/27653, 75.

⁷⁵ Las condiciones restrictivas son que el contrato obligue al empresario a proporcionar una serie de productos digitales individuales o a proporcionar un producto digital de forma permanente y que no sea razonable que el empresario continúe la relación contractual hasta el final acordado del contrato (o hasta la expiración de un plazo de preaviso legal o contractual). Para evaluar esta irracionalidad, debe tenerse en cuenta el alcance permitido continuado del tratamiento de datos y deben sopesarse los intereses de ambas partes; METZGER, Axel, en Franz Jürgen Säcker *et alia* (eds.), *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. III, München, C.H. Beck, 9ª ed., 2022, § 327q nm. 14.

⁷⁶ Vid. SCHULZE, Reiner, *EuCML* (2022), *op. cit.*, p. 197.

No solo establece que el consumidor, como receptor de soportes físicos de datos, está obligado a devolverlos al comerciante (§ 327p V BGB), sino que también introduce nuevos instrumentos jurídicos, como el bloqueo del uso de contenidos digitales, la prohibición del uso de datos y la devolución de los mismos (§ 327o BGB). Sin embargo, es probable que en el futuro se necesiten instrumentos de este género para regular las consecuencias de los contratos fallidos, no solo para las transacciones con los consumidores, sino también para los contratos entre otras partes, dada la inmensa importancia del comercio de datos y los diferentes tipos de contratos de datos. Por ello, parece muy posible que estas disposiciones introducidas para implementar la Directiva puedan constituir el núcleo de futuras normas generales en la legislación alemana de obligaciones sobre las consecuencias de la terminación de contratos relativos a datos.⁷⁷

3.2. Enfoques ante las exigencias de sostenibilidad

3.2.1. Panorama general

En cuanto a la adaptación del Derecho civil a las exigencias de sostenibilidad, cabe destacar la evolución del Derecho de todos los Estados miembros como consecuencia de la inclusión de estas exigencias en el concepto de conformidad contractual a escala europea a través del requisito objetivo de «durabilidad» (artículo 7 de la Directiva sobre la venta de bienes).⁷⁸ La visión general de la transposición de esta disposición de la Directiva en los Estados miembros muestra que la atención a la sostenibilidad se ha abierto camino en la legislación de cada Estado miembro, al menos en este aspecto.⁷⁹ Sin embargo, esto ha sucedido de maneras muy diferentes y en distintos grados en cada caso. Por ejemplo, algunos Estados

⁷⁷ Vid. SCHULZE, Reiner, *EuCML* (2022), *op. cit.*, pp. 195 y s.

⁷⁸ Vid. arriba en capítulo 2.2.2.

⁷⁹ DE FRANCESCHI, Alberto y SCHULZE, Reiner, en Alberto DE FRANCESCHI y Reiner SCHULZE (eds.), *Harmonizing Digital Contract Law*, *op. cit.*, p. 10.

miembros han adoptado un nuevo acto jurídico para transponer la Directiva, incluida su disposición sobre la durabilidad de los bienes, mientras que otros han favorecido la integración en un código jurídico existente (el Código de Consumo⁸⁰, la Ley de Obligaciones⁸¹, la Ley de Venta de Bienes⁸² o el Código Civil⁸³, dependiendo del sistema jurídico).⁸⁴ Algunos Estados miembros han adoptado los requisitos de conformidad literalmente o casi literalmente de la Directiva, mientras que otros han optado por una adaptación parcial a su propia tradición jurídica y terminología nacionales.⁸⁵ En conjunto, sin embargo, puede afirmarse que el criterio de durabilidad en relación con la conformidad contractual de los bienes —y, a este respecto, un requisito de sostenibilidad— se ha convertido en un elemento común del Derecho privado de los Estados miembros en muchas de sus formas como consecuencia de la transposición de la Directiva sobre la venta de bienes.

3.2.2. Código Civil alemán

Si se examina más detalladamente la aplicación de la Directiva, tomando de nuevo a Alemania como ejemplo, se observa un panorama similar para la adaptación de la normativa sobre compraventa a los requisitos de sostenibilidad que para la adaptación a los cambios derivados de la digitalización. El legislador alemán también se ha decidido a favor de una aplicación «extendida» de la Directiva sobre venta de bienes a este respecto. Así pues, no solo ha definido

⁸⁰ Por ejemplo, Bulgaria, Francia, Italia.

⁸¹ Por ejemplo, Estonia, Croacia.

⁸² Dinamarca.

⁸³ Países Bajos y Alemania.

⁸⁴ *Vid.* con más detalle el resumen en SCHULZE, Reiner y DE FRANCESCHI, Alberto, en Alberto DE FRANCESCHI y Reiner SCHULZE (eds.), *Harmonizing Digital Contract Law*, *op. cit.*, pp. 6 y s.

⁸⁵ SCHULZE, Reiner y DE FRANCESCHI, Alberto, pp. 11 y ss., y ZÖCHLING-JUD, Brigitta, pp. 33 y ss.; todos en Alberto DE FRANCESCHI y Reiner SCHULZE (eds.), *Harmonizing Digital Contract Law*, *op. cit.*

el requisito objetivo de durabilidad para los contratos celebrados con consumidores, sino que también lo ha incluido en la normativa general de compraventa del Código Civil alemán. En este marco, el § 434 del Código Civil alemán establece los requisitos de conformidad contractual de acuerdo con la visión tradicional alemana en forma de requisitos para que el bien esté libre de defectos materiales. La cosa comprada está libre de defectos materiales si cumple los requisitos objetivos en el momento de la transferencia del riesgo, que, según esta disposición, incluyen que la cosa tenga la calidad habitual de las cosas del mismo tipo y para la que se menciona expresamente la durabilidad como característica.⁸⁶

Sin embargo, la inclusión de la durabilidad en los requisitos para que el bien adquirido esté libre de defectos materiales no es la única cuestión en la que el Código Civil alemán ha abordado los requisitos de sostenibilidad. Más bien, la legislación alemana ya ha tenido en cuenta los requisitos de sostenibilidad en el Derecho especial de obligaciones de este código antes y sin requisitos europeos (como solo se mencionará brevemente aquí). En particular, ha establecido «acentos verdes» en la normativa de arrendamiento de viviendas, teniendo en cuenta la sostenibilidad y, en particular, el uso económico de los recursos. Ello es particularmente evidente en las disposiciones sobre medidas de modernización del § 555b BGB, que se introdujeron en 2013. Entre otras cosas, se refieren explícitamente a cambios en las construcciones que ahorren energía de forma sostenible, protejan el clima de forma sostenible y reduzcan el consumo de agua de forma sostenible.⁸⁷

⁸⁶ Aunque el requisito objetivo de durabilidad se aplica, en principio, a todos los contratos de compraventa en Alemania, los acuerdos divergentes entre las partes solo están sujetos, sin embargo, a los requisitos especialmente estrictos establecidos en el artículo 7, apartado 5, de la Directiva sobre compraventa de mercancías en los contratos celebrados con consumidores en virtud del § 476 del BGB; *Vid.* arriba en capítulo 3.1.4.

⁸⁷ *Vid.* HÜBNER, Leonhard, en Gerhard Dannemann y Reiner SCHULZE (eds.), *German Civil Code/Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*, vol. I, Books 1-3: §§ 1-1296, München, C.H.Beck, 2020, §§ 555a-f nm. 5.

4. Tareas para la doctrina jurídica y la legislación

4.1. Diseño de la normativa

4.1.1. ¿Separación o integración de las nuevas materias?

Con el telón de fondo de estos desarrollos, que ya se han producido o están surgiendo en el contexto europeo y nacional, queda por considerar cuáles serán las tareas a las que se enfrentarán la doctrina jurídica y la legislación en el ámbito del Derecho civil en un futuro previsible a la vista de los cambios provocados por la digitalización y las exigencias de sostenibilidad. Esta cuestión se refiere tanto al diseño del Derecho civil respecto a las futuras estructuras del cuerpo normativo como a los ámbitos de actuación que se están poniendo de manifiesto para el desarrollo ulterior de normas y conceptos de Derecho civil a la vista de estos cambios recientes.⁸⁸ En cuanto a lo primero, es preciso reconsiderar dos cuestiones en particular: en primer lugar, la relación entre la normativa sobre los nuevos objetos y la normativa sobre otras materias de Derecho civil, que en gran medida están codificadas convencionalmente en los códigos civiles y, en algunos Estados miembros, también en códigos de consumo; en segundo lugar, las implicaciones de la distribución de la actividad legislativa en varios niveles dentro de la UE.

La cuestión de la relación entre la nueva normativa y otras materias tiene por objeto considerar la posición de las respuestas jurídicas a la digitalización y las exigencias de sostenibilidad dentro del sistema

⁸⁸ Un tema aparte, por otro lado, sería un posible cambio en la forma de legislación, que podría dar lugar a nuevos instrumentos de normalización y presentación vinculante de normas de forma digitalizada en lugar del modo actual de legislación y presentación de los contenidos vinculantes de las leyes, pero que probablemente solo pueda esperarse a largo plazo, si acaso, y cuyos contornos apenas pueden preverse en la actualidad; *vid.* LEHMANN, Matthias, «From Codification to Coding and Digitised Codification: Legal Tech, RegTech, and their Role for the Future of European Private Law», en JANSSEN, LEHMANN y SCHULZE (eds.), *op. cit.*, pp. 225 y ss.

jurídico y del Derecho civil en particular. A este respecto, es previsible que se requieran leyes especiales con contenido de Derecho privado o mixto de Derecho privado y Derecho público para una serie de materias específicas en ámbitos individuales del Derecho (posiblemente, por ejemplo, regulaciones específicas para el uso de la inteligencia artificial en la celebración y ejecución de contratos de seguros o en relación con los servicios financieros). Mas eso no significa en absoluto que los códigos civiles y (cuando existan por separado) los códigos de Derecho general del consumo no deban contribuir a adaptar el Derecho a las novedades. Por el contrario, son las «sedes materiae» apropiadas en la medida en la que estas evoluciones requieren respuestas que afectan a ámbitos centrales del Derecho civil (o del Derecho del consumo). A este respecto, nuevas disposiciones de estos códigos deberán completar o modificar las normas existentes. Incluso puede ser conveniente para determinadas materias de regulación que nuevas disposiciones sustituyan a las existentes como normas básicas (y que las normas existentes solo conserven una función supletoria para situaciones especiales), por ejemplo, si nuevas formas de celebración o ejecución de contratos se convierten en la práctica habitual de la contratación en el ámbito correspondiente debido a la creciente difusión de las transacciones en línea o al uso de la inteligencia artificial y las normas tradicionales solo cubren la práctica contractual en casos excepcionales.

Tan poco convincente como una concepción tradicionalista, que rechazaría en general una adaptación de las codificaciones de Derecho civil a los cambios que traen consigo la digitalización y las exigencias de sostenibilidad, sería la idea aparentemente moderna de que debería crearse un bloque separado de «Derecho digital» independiente junto al actual «Derecho civil del mundo analógico».⁸⁹ Una separación tan consecuente del «Derecho digital» del «Derecho del mundo analógico» en la sistemática del Derecho civil —y posiblemente una diferenciación correspondiente de los abogados en «abogados digitales» y «abogados del mundo analógico»— no se correspondería ni con la realidad ni con las necesidades del desarrollo del Derecho civil. Por el contrario,

⁸⁹ Para lo siguiente, *vid.* SCHULZE, Reiner, «*European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects*», en JANSSEN, LEHMANN y SCHULZE (eds.), *op. cit.*, pp. 159 y ss.

los ejemplos de la evolución reciente, en particular en el Derecho contractual, indican que es posible y cómo una integración de las respuestas jurídicas a la digitalización en un contexto jurídico global (por ejemplo, a nivel europeo para el Derecho de compraventa, la combinación de disposiciones para la compra de bienes con elementos digitales con la regulación de la venta tradicional de bienes en la Directiva sobre la venta de bienes⁹⁰ y a nivel nacional la integración de las disposiciones correspondientes para los objetos digitales en el Derecho general de compraventa y las ventas de consumo en el Código Civil alemán.⁹¹ Lo mismo se aplica a la integración de disposiciones sobre sostenibilidad en el Derecho civil, como muestra el ejemplo del Derecho de compraventa y el Derecho de arrendamiento.⁹²

Esta combinación de materias tradicionales y nuevas en el contexto de la legislación de Derecho civil es especialmente apropiada porque estas últimas también se basan en la referencia a conceptos y principios generales que ya se han desarrollado en el Derecho civil a nivel nacional o europeo (y que pueden evolucionar bajo la influencia de las nuevas disposiciones). Por ejemplo, los nuevos criterios aplicables a los contratos sobre contenidos digitales y a los contratos de compraventa de bienes con elementos digitales de las «Directivas gemelas» europeas están vinculados a los conceptos centrales de «conformidad» y «falta de conformidad», que ya eran pertinentes en el Derecho de compraventa de los consumidores.⁹³ Las nuevas disposiciones amplían el ámbito de aplicación de estos planteamientos existentes a nuevas materias y los adaptan a los cambios provocados por la digitalización (por ejemplo, en lo que respecta a las obligaciones de actualización) y a los requisitos de sostenibilidad (mediante el criterio de «durabilidad»). Lo mismo se aplica a los remedios legales, cuya estructura jerárquica también se adopta en principio para los productos digitales (aunque modificada, por ejemplo, con respecto al restablecimiento de la

⁹⁰ Vid. arriba en capítulo 2.1.5.

⁹¹ Vid. arriba en capítulo 3.1.4.

⁹² Vid. arriba en capítulo 3.2.2.

⁹³ SCHULZE, Reiner, «*European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects*», en JANSSEN, LEHMANN y SCHULZE (eds.), *op. cit.*, pp. 147 y ss.

condición de conformidad contractual como principal remedio legal) y se combina con innovaciones para las consecuencias legales de la terminación del contrato, entre otras cosas.⁹⁴ Tal combinación de innovación y continuidad permite establecer una coherencia «interna» de los sujetos tradicionales de la regulación y los nuevos sujetos con la ayuda de conceptos y principios globales.⁹⁵

4.1.2. Legislación multinivel

Lo que en general es válido para el Derecho civil de la Unión Europea lo es especialmente para las nuevas materias que han surgido y seguirán desarrollándose como consecuencia de la transformación digital y de las exigencias de la sostenibilidad. Además de la legislación de los Estados miembros, ha emergido una considerable legislación de la Unión Europea, que se ha volcado con especial énfasis en estas nuevas materias y, en algunos casos, ha asumido un papel pionero en ellas. A este nivel europeo, se reconoce una tendencia a ampliar el Derecho uniforme de la Unión mediante un número creciente de Reglamentos, en particular en lo que se refiere a las «materias digitales».⁹⁶ En su mayor parte, estos actos jurídicos abren nuevos territorios jurídicos. No obstante, cuando se solapan con el Derecho de los Estados miembros, deben aplicarse con carácter prioritario. Además, la UE también está impulsando la armonización del Derecho de los Estados miembros mediante Directivas en relación con la transformación digital y los requisitos de sostenibilidad, y es previsible que siga haciéndolo para otras materias de estos ámbitos. En ambos sentidos —Derecho uniforme europeo y armonización del Derecho de los Estados miembros— resulta, por lo tanto, predecible que el Derecho civil tenga unas marcadas características europeas en relación con las materias consideradas.

⁹⁴ Vid. arriba en capítulo 3.1.6.

⁹⁵ SCHULZE, Reiner, «*European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects*», en JANSSEN, LEHMANN y SCHULZE (eds.), *op. cit.*, p. 161.

⁹⁶ Vid. arriba en capítulo 2.1.2.

En cuanto a la normativa de los Estados miembros, incluidas sus disposiciones sobre la transposición de Directivas europeas, también hay que tener en cuenta que las competencias legislativas pueden estar repartidas entre distintas instituciones. Esto significa que, en función de la constitución del Estado miembro de que se trate, la legislación de todo el Estado miembro puede complementarse con la legislación, por ejemplo, de organismos regionales con Derecho propio en el ámbito legislativo correspondiente, como es el caso de la legislación de una «Comunidad Autónoma» (como es el caso de España). A este respecto, también puede considerarse otro nivel de desarrollo jurídico para las nuevas materias y, en cierto modo, puede caracterizarse por un «desarrollo en tres niveles» del Derecho civil.

Esta distribución del desarrollo jurídico en varios niveles también afecta al papel de la codificación del Derecho civil. El pluralismo de los legisladores limita las posibilidades de cada uno de ellos de resumir las normas de Derecho civil del país de que se trate de forma completa y concluyente en un Código conforme a las concepciones ideales que prevalecían en muchos países en el siglo XIX.⁹⁷ En vista de la competencia de la legislación europea, los Códigos nacionales no pueden ocupar una posición tan «monopolística»; y la legislación europea no se orienta ciertamente hacia tal ideal de codificación del legislador europeo y no lo estará en un futuro previsible. Tras el fracaso del proyecto de promulgación de una normativa común de compraventa europea⁹⁸, tampoco existen planes preVISIBLES a escala europea para una codificación de este tipo, aunque sea para ámbitos individuales importantes del Derecho civil. *A fortiori*, una codificación no puede reivindicar tal posición si las competencias para la legislación en el ámbito del Derecho civil se distribuyen entre organismos de diferentes niveles en un Estado y, por tanto, puede crearse un código civil en cada uno de estos niveles.

Sin embargo, tanto en el caso de este pluralismo de Códigos de Derecho civil en un Estado miembro como en el de los Estados

⁹⁷ SCHULZE, Reiner, «*European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects*», en JANSSEN, LEHMANN y SCHULZE (eds.), *op. cit.*, p. 163.

⁹⁸ Más detalles en SCHULZE, Reiner, «*European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects*», en JANSSEN, LEHMANN y SCHULZE (eds.), *op. cit.*, p. 142.

miembros con una única codificación de Derecho civil, el papel de estos Códigos está cambiando en la actualidad, en la medida en la que la legislación de la UE se añade cada vez más como una fuente más del Derecho aplicable en el Estado en cuestión. Esta relativización del Derecho civil del Estado miembro respectivo y de su codificación (y en su caso también de la codificación del Derecho civil de un legislador territorial dentro de un Estado miembro) parece intensificarse en la actualidad, especialmente como consecuencia de la digitalización, como puede observarse en la reciente serie de Reglamentos antes mencionados (o en la terminología más reciente de la UE de «Leyes»), desde el Reglamento sobre plataformas hasta la Ley de datos.⁹⁹

No obstante, no solo los reglamentos o «leyes» de la UE directamente aplicables como fuente adicional de Derecho en el ámbito del Derecho privado modifican el papel de los Códigos de Derecho civil en los Estados miembros. Más bien, la transposición de las Directivas de la UE —y más aún su transposición voluntaria «ampliada»— también puede influir considerablemente en el contenido de estas codificaciones, convirtiéndolas en cierta medida en correas de transmisión de una «europeización» del Derecho en los Estados miembros.

Esto ha quedado especialmente claro en Alemania, porque hace veinte años, cuando se modernizó el Derecho de obligaciones, y ahora, cuando se aplicaron las «Directivas gemelas», se incorporaron al Código Civil alemán numerosas disposiciones de Directivas europeas, algunas de las cuales sirvieron de modelo para normas básicas del Derecho alemán de obligaciones más allá del ámbito de la Directiva.¹⁰⁰ En otros Estados miembros, la influencia del Derecho europeo en los códigos civiles nacionales es actualmente mucho más débil (en particular, porque no han incorporado la amplia legislación de la UE en materia de Derecho de los consumidores en sus códigos civiles, sino en códigos separados de Derecho de los consumidores). Sin embargo, sigue siendo cuestionable cómo evolucionará todo ello en el futuro y

⁹⁹ Vid. arriba en capítulo 2.1.2.

¹⁰⁰ Vid. en este y el siguiente SCHULZE, Reiner, «*European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects*», en JANSSEN, LEHMANN y SCHULZE (eds.), *op. cit.*, p. 164.

si, además de la legislación independiente de los Estados miembros, otros modelos europeos, más allá del Derecho del consumo, también darán forma a las respuestas jurídicas a los retos transfronterizos de la digitalización, sea directamente en el ámbito de las Directivas, o bien indirectamente como modelo para la legislación de los Estados miembros que va más allá.

Por ejemplo, habrá que responder a la pregunta de si el Código Civil debe incluir materias tan importantes que no se limitan al Derecho del consumo, como las obligaciones contractuales relativas a los productos digitales —y posiblemente muchas más materias en el futuro, desde la celebración de contratos utilizando inteligencia artificial hasta los derechos relativos al uso de datos y la restitución de los datos. Si estas materias se omitieran de los códigos civiles, el resultado sería una pérdida progresiva de importancia de estos códigos civiles, que quedarían anticuados, y la regulación de nuevas materias en leyes especiales llevaría a una progresiva «descodificación». En cambio, la incorporación de estas nuevas materias a los códigos civiles podría contribuir a una «recodificación» acorde con los cambios de la era digital y, al mismo tiempo, si se basan en modelos europeos o los siguen, dar lugar a una «europeización» de los códigos.¹⁰¹

4.2. Ámbitos de actuación

4.2.1. Derecho de las personas

Por lo que respecta a los diversos ámbitos de actuación en los que la doctrina jurídica y la legislación se verán probablemente confrontadas en un futuro próximo con la tarea de seguir desarrollando normas y conceptos de Derecho civil en relación con la transformación digital y las exigencias de la sostenibilidad, aquí solo pueden citarse unos pocos ejemplos de algunas de las principales áreas del Derecho civil. Si en primer lugar nos referimos al Derecho de las personas, llaman especialmente la atención los debates que se han suscitado

¹⁰¹ SCHULZE, Reiner, «European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects», en JANSSEN, LEHMANN y SCHULZE (eds.), *op. cit.*, p. 164; SCHULZE, Reiner, *Revista de Derecho Civil* (2024), *op. cit.*, p. 215.

recientemente sobre la personalidad jurídica de la inteligencia artificial¹⁰², por un lado, y de fenómenos naturales como ríos, montañas o paisajes enteros¹⁰³, por otro. En este contexto, puede ser suficiente señalar que es muy controvertido para ambas áreas temáticas si el reconocimiento como entidad jurídica podría ser apropiado en absoluto y, en caso afirmativo, para qué objetos específicos o «entidades jurídicas». En el caso de la inteligencia artificial, este debate se ha visto alimentado por una resolución del Parlamento Europeo.¹⁰⁴ Sin embargo, existen muchas dudas al respecto¹⁰⁵, entre ellas, la de que, en caso de daños causados por el uso de la inteligencia artificial, la responsabilidad de la propia inteligencia artificial como persona jurídica causante y responsable no proporcionaría a los perjudicados una respuesta suficiente y podría exonerar injustificadamente a los productores y, sobre todo, a los operadores de la inteligencia artificial.

Por lo que respecta al reconocimiento de la personalidad jurídica de los fenómenos naturales, puede ser conveniente examinar en primer lugar si ello ofrece algún valor añadido —más allá del efecto simbólico— en términos de protección del fenómeno natural en cuestión o, más en general, en términos de protección del medio ambiente, protección del clima y sostenibilidad, teniendo en cuenta el amplio corpus legislativo nacional y de la UE ya existente en estos ámbitos. Un análisis en profundidad de la situación jurídica lo ha

¹⁰² LOHSSE, Sebastian, SCHULZE, Reiner y STAUDENMAYER, Dirk, «*Liability for AI – Opening a new chapter of adapting European private law to the digital transition*», en LOHSSE, SCHULZE Y STAUDENMAYER (eds.), *Liability for AI*, op. cit., p. 9; GELLERS, Joshua C. (ed.), *Rights for Robots Artificial Intelligence, Animal and Environmental Law*, London, Routledge, 2020.

¹⁰³ KURKI, Visa A. J., «Can Nature Hold Rights? It's Not as Easy as You Think», *Transnational Environmental Law* (2022), vol. 11(3), pp. 545 y ss.

¹⁰⁴ La resolución del Parlamento Europeo, de 20 de octubre 2020 (2020/2014(INL)).

¹⁰⁵ Por ejemplo, en la conclusión «Liability for Artificial Intelligence and other emerging digital technologies», Expert Group on Liability and New Technologies New Technologies Formation, 2019, pp. 37 y ss. y en «Policy and Investment Recommendations for trustworthy AI», High-Level Expert Group on Artificial Intelligence, 2019, punto 29.7.

rechazado recientemente en el caso de Alemania, por ejemplo.¹⁰⁶ Además, dependiendo de la legislación del Estado miembro de que se trate, no solo cabe considerar los aspectos de la igualdad de trato y la generalidad de las leyes en lo que respecta a la selección y singularidad o multiplicidad de los fenómenos naturales a los que se ha de dotar de personalidad jurídica, sino también las posibles consecuencias en materia de responsabilidad (por ejemplo, podría ser contraproducente que un río con personalidad jurídica pudiera responder de los daños causados por él, en caso, quizá, de inundación). Con cierto escepticismo al menos hacia los esfuerzos a corto plazo para aplicar propuestas de gran alcance, habrá que esperar, por tanto, a ver cómo se siguen debatiendo estas cuestiones, tanto para la inteligencia artificial como para los fenómenos naturales.

4.2.2. Derecho de sucesiones

Las consecuencias de la digitalización para el Derecho de sucesiones son un tema de gran relevancia práctica que ya ha sido objeto de varias decisiones jurisprudenciales.¹⁰⁷ En el centro de la atención se encuentran las cuestiones del acceso de los supervivientes a los contenidos digitales asignados al difunto¹⁰⁸ y la transmisibilidad de los bienes digitales en caso de muerte. Habida cuenta de la amplia distribución y diversidad de los bienes digitales, estas cuestiones afectan ya a la mayoría de los casos de herencia. Es posible que en un futuro próximo se requieran respuestas legislativas.¹⁰⁹

¹⁰⁶ CALLIESS, Christian, «Von “Thermofenster” zu Eigenrechten der Natur – auf der Suche nach der erforderlichen Schutzlücke», *NJW* (2025), pp. 562 y ss.

¹⁰⁷ Por ejemplo, Tribunal Supremo Federal de Alemania (Bundesgerichtshof), auto del 27 de agosto de 2020, III ZB 30/20, disponible en: *NJW* (2021), pp. 160 y ss.

¹⁰⁸ Tribunal Supremo Federal de Alemania (Bundesgerichtshof), 12 de julio de 2018, III ZR 183/17, disponible en: *NJW* (2018), pp. 3178 y ss.

¹⁰⁹ Más detalles sobre un aspecto concreto de este tema, *vid.* CANALES GUTIÉRREZ, Silvana, «La sucesión internacional y las criptomonedas. Reflexiones en torno al Reglamento 650/2012», en este volumen.

4.2.3. Derecho de propiedad

En Derecho de propiedad, la cuestión del reconocimiento de derechos de propiedad o cuasipropiedad sobre los datos será probablemente el tema central en lo que respecta a las consecuencias de la digitalización para la doctrina jurídica y para la legislación. A este respecto se consideran los derechos sobre los datos no personales, por oposición a los datos personales, que son atribuibles a la esfera de los derechos personales (sin que ello excluya necesariamente la posibilidad de que también sean de valor patrimonial).¹¹⁰

La naturaleza de estos derechos no personales ha sido durante mucho tiempo objeto de encarnizados debates, en los que también influyen las diferencias terminológicas de las distintas tradiciones jurídicas. En la tradición del «Derecho civil» europeo continental, el concepto de «dominium» no solo se ha aplicado a los objetos corpóreos. Sin embargo, cuando algunas tradiciones jurídicas nacionales lo limitaron a objetos corpóreos, se hicieron necesarios términos más amplios para abarcar los derechos correspondientes sobre objetos distintos de los corpóreos.¹¹¹ En particular, los términos «derechos exclusivos» y «derechos absolutos» en este marco caracterizan un título y la correspondiente protección jurídica que opera frente a todos los demás, a diferencia de los «derechos relativos», que solo operan en la relación entre dos partes (normalmente las partes de un contrato).¹¹²

En este contexto, parte de la doctrina jurídica en relación con los Derechos nacionales considera que existen tales «derechos absolutos» (es decir, derechos de propiedad o derechos similares

¹¹⁰ DE FRANCESCHI, Alberto, SCHULZE, Reiner y STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *The Value of Consumer Data in the Digital Economy*, Baden-Baden, Nomos, publicación prevista para 2025.

¹¹¹ LOHSSE, Sebastian, SCHULZE, Reiner y STAUDENMAYER, Dirk, «Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools», en Sebastian LOHSSE, Reiner SCHULZE y Dirk STAUDENMAYER (eds.), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy III*, Baden-Baden, Nomos, 2017, pp. 17 y ss.

¹¹² SCHULZE, Reiner, «European Private Law in the Digital Age – Developments, Challenges and Prospects», en JANSSEN, LEHMANN y SCHULZE (eds.), *op. cit.*, pp. 150 y ss.

a los derechos de propiedad) sobre los datos y que están protegidos¹¹³, por ejemplo, por las correspondientes disposiciones sobre reclamaciones de daños y perjuicios en el derecho de responsabilidad civil por la violación de «derechos absolutos».¹¹⁴ A escala europea, con la Ley de Datos, el legislador de la UE ha tomado, al menos por el momento, el camino de regular las cuestiones jurídicas del acceso a los datos y su utilización principalmente mediante planteamientos contractuales.¹¹⁵ Sin embargo, este enfoque contractual no ha excluido la posibilidad de enfoques selectivos de la protección contra cualquier persona, en particular en lo que respecta a los secretos comerciales.¹¹⁶

Por lo tanto, queda por ver si la legislación europea avanzará en la dirección de ampliar este enfoque selectivo en el futuro o —aparte de este caso concreto— se abstendrá en general de reconocer «derechos absolutos» y dejará la protección de los derechos sobre los datos al Derecho contractual, incluido el Derecho de licencias. No obstante, en un futuro previsible, es probable que la cuestión de la naturaleza y el alcance de la protección de los derechos de datos se plantee cada vez con más frecuencia en la práctica jurídica. Por lo

¹¹³ WAGNER, Gerhard, en Mathias Habersack (ed.), *Münchener Kommentar zum BGB*, vol. VII, *op. cit.*, § 823 nm. 384.

¹¹⁴ Sin embargo, se plantean varias objeciones al respecto, entre ellas que, a diferencia de los objetos corporales, los datos pueden reproducirse tantas veces como se desee y hacerse accesibles a un número ilimitado de personas sin que el «propietario original de los datos» pierda su capacidad de reproducir, utilizar y distribuir estos datos; *vid.*, por ejemplo, ZIMMER, Daniel, «*Property Rights Regarding Data*», pp. 101 y ss.; DREXL, Josef, «*On the Future EU Legal Framework for the Digital Economy: A Competition-based Response to the 'Ownership and Access' Debate*», pp. 223 y ss.; todos en Sebastian LOHSSE, Reiner SCHULZE y Dirk STAUDENMAYER (eds.), *Trading Data in the Digital Economy: Legal Concepts and Tools*, *op. cit.*

¹¹⁵ LOHSSE, Sebastian, SCHULZE, Reiner y STAUDENMAYER, Dirk, «The Data Act – a Cornerstone for the European Data Economy», en Sebastian LOHSSE, Reiner SCHULZE y Dirk STAUDENMAYER (eds.), *Private Law and the Data Act*, *op. cit.*, pp. 14 y ss.

¹¹⁶ ZECH, Herbert, «*Data Access Rights as Property Rights*», en Sebastian LOHSSE, Reiner SCHULZE y Dirk STAUDENMAYER (eds.), *Private Law and the Data Act*, *op. cit.*, pp. 45 y ss.

tanto, la legislación en los Estados miembros tendrá que considerar cuánto tiempo pueden dejarse las respuestas al desarrollo ulterior del Derecho a través de la jurisprudencia y la doctrina jurídica y en qué momento es apropiada una decisión legislativa esencial.¹¹⁷

4.2.4. Derecho de obligaciones incluido el Derecho contractual

Derecho contractual

En el camino hacia la adaptación del Derecho civil a los cambios provocados por la digitalización y las exigencias de la sostenibilidad, el Derecho contractual y la responsabilidad extracontractual serán probablemente dos de los campos de acción más importantes para la doctrina jurídica y la legislación en un futuro próximo. Solo es posible mencionar aquí algunas de las tareas que se plantean, primero para el Derecho contractual y luego para la responsabilidad extracontractual (además de otros ámbitos de actuación, que se tratan con detalle en las siguientes contribuciones a este volumen).¹¹⁸

1. *La celebración de contratos mediante inteligencia artificial*: un número cada vez mayor de contratos son celebrados por una o ambas partes contratantes mediante inteligencia artificial. Además de una variedad de cuestiones relacionadas con la atribución de declaraciones y la «falta de intención» (en

¹¹⁷ Para el Derecho civil catalán, *vid.* RUBÍ PUIG, Antoni, «L'encaix dels béns digitals en el Codi Civil de Catalunya», en este volumen; para otro problema importante planteado por las nuevas tecnologías en el ámbito de los objetos inmuebles, *vid.* RINCÓN DE GREGORIO, Pedro, «La tokenización de activos inmobiliarios en nuestro derecho: rechazo a las propuestas formuladas», en este volumen.

¹¹⁸ *Vid.* entre otros sobre el papel de las plataformas BECH SERRAT, Josep Maria, «Les obligacions implícites de les plataformes en línia envers els béns i serveis subjacents i la responsabilitat contractual», y ARNAU RAVENTÓS, Lúcia, «Contractació per mitjà de plataformes electròniques i el regim català dels "[I]ntermediaris" (art. 231-1 a 231-5 Codi de consum de Catalunya)», en este volumen.

terminología convencional)¹¹⁹ un problema central son los «resultados inesperados» («unexpected outcomes») que surgen de las acciones independientes de los «sistemas autónomos» utilizados y que pueden ir en contra de las intenciones e intereses originales de una o ambas partes. Para estas situaciones, es dudoso hasta qué punto las doctrinas convencionales de la formación de la voluntad y la falta de voluntad pueden conducir a soluciones adecuadas.¹²⁰ Por lo tanto, se están estudiando proyectos para un régimen específico sobre este tema¹²¹ y la legislación a escala europea y/o nacional se enfrenta a la cuestión de si debe completarse el Derecho contractual a este respecto y, en caso afirmativo, de qué manera.

2. *Diseño personalizado de contratos mediante inteligencia artificial*: un problema particular en relación con el uso de la inteligencia artificial en la contratación es la personalización de las cláusulas contractuales por una de las partes, basándose en las recopilaciones de datos de que dispone sobre la otra parte. El marco jurídico de esta práctica, que probablemente se generalizará aún más con el uso creciente de la inteligencia artificial, no puede definirse solo mediante la legislación sobre protección de datos y sobre disposiciones de Derecho de la competencia en la Ley de Mercados Digitales (DMA).¹²² Más bien, el uso de instrumentos de Derecho contractual (como las

¹¹⁹ *Vid.*, por ejemplo, LOHSSE, Sebastian, SCHULZE, Reiner y STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *AI Contracting, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy IX*, Baden-Baden, Nomos, publicación prevista para 2025.

¹²⁰ RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «Legal Framework for AI Contracting: Key Rules on Validity, Attribution and Risk Allocation», en Sebastian LOHSSE, Reiner SCHULZE y Dirk STAUDENMAYER (eds.), *AI Contracting, op. cit.*

¹²¹ WENDEHORST, Christiane, «Version 3.0 of the Principles for AI in Contracting, Old and New Rules for Old and New Problems», en Vincent Sagaert, Joeri Vananroye y Matthias E. Storme (eds.), *Privaatrecht plenis coloribus: liber amicorum Matthias Storme*, Mechelen, Wolters Kluwer, 2024, pp. 1097-1124.

¹²² DE FRANCESCHI, Alberto, en Reiner SCHULZE y Dirk STAUDENMAYER (eds.), *EU Digital Law, op. cit.*, art. 5 DMA, nm. 18 y ss.; *vid.* La Comunicado de prensa de la Comisión Europea sobre la infracción de la DMA por Meta y Apple, del 23 de abril de 2025 (accesible a: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_25_1085) (fecha de último acceso 15/05/2025).

obligaciones de información o los criterios de lealtad) también podría ser necesario para contrarrestar un desequilibrio entre la parte que controla el diseño personalizado del contrato y la otra parte, que a menudo no tendrá ningún conocimiento, o al menos ningún conocimiento detallado, de los respectivos procesos y criterios de diseño del contrato y de las respectivas recopilaciones de datos utilizadas.

3. *Ejecución «automatizada» de contratos*: tareas similares a las de la celebración «automatizada» de contratos mediante inteligencia artificial se plantean para la ejecución «automatizada» de contratos y, en particular, la utilización de mecanismos de sanción «automatizados» a favor de una de las partes contratantes (por ejemplo, el bloqueo «automatizado» de un vehículo, un local comercial o incluso un piso en caso de impago de las cuotas del precio de compra o del precio del alquiler). Es de esperar que el debate actual sobre este tema en la doctrina jurídica¹²³, que a menudo se desarrolla bajo el eslogan «contratos inteligentes» (o «smart contracts»), sienta las bases de soluciones legislativas a este problema urgente, que no afecta exclusivamente a los contratos celebrados con consumidores y que, por lo tanto, es poco probable que se aborde solo a escala europea.
4. *Exigencias de sostenibilidad*:¹²⁴ la transposición de las disposiciones de la Directiva sobre la venta de bienes en materia de durabilidad y de las disposiciones de la Directiva sobre reparaciones¹²⁵ no debe constituir en modo alguno una regulación exhaustiva de las obligaciones contractuales relativas a la sostenibilidad. Más bien, en el marco del Derecho de los Estados miembros se plantea la cuestión de si disposiciones correspondientes son adecuadas en interés de la sostenibilidad

¹²³ Por ejemplo, MÖSLEIN, Florian, «Legal Boundaries of Blockchain Technologies: Smart Contracts as Self-Help? », en Alberto DE FRANCESCHI y Reiner SCHULZE (eds.), *Digital Revolution – New Challenges for Law*, München, C. H. Beck, 2019, pp. 313 y s.; TEMTE, Morgan N., «Blockchain Challenges Traditional Contract Law: Just How Smart Are Smart Contracts?», *Wyoming law review* (2019), vol. 19 (1), pp. 87 y ss.

¹²⁴ Sobre este tema *vid.* en detalle GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, *op. cit.*

¹²⁵ *Vid.* arriba en capítulo 2.2.2.

más allá del Derecho de compraventa de los consumidores y, en caso afirmativo, con qué requisitos de detalle. Por ejemplo, hay que comprobar si el requisito de durabilidad como criterio de conformidad contractual o requisitos de sostenibilidad similares deberían incluirse en el Derecho general de compraventa (como ocurre en Alemania¹²⁶) o también en otros tipos de contrato, en particular los relativos a la fabricación de bienes o a la disposición temporal de bienes, como, en particular, los arrendamientos de bienes muebles o inmuebles.¹²⁷ También a este respecto, en las circunstancias actuales, es más probable que el desarrollo ulterior del Derecho civil al margen del Derecho de los consumidores tenga lugar más en el marco de los Estados miembros que a escala europea.

5. *Conformidad contractual de los productos digitales*: en la mayoría de los Estados miembros, siguen faltando disposiciones legales específicas sobre las obligaciones contractuales de los contratos de contenidos y servicios digitales¹²⁸ al margen de la legislación en materia de consumo, a pesar de que estos contratos se han generalizado mucho y tienen una importancia económica destacada. Las disposiciones de la Directiva sobre contenidos digitales para los contratos con consumidores pueden constituir un primer punto de partida para reflexionar sobre la creación de normas aplicables también a otras partes contratantes, en particular por lo que respecta a la conformidad contractual de tales productos (aunque, a diferencia de los contratos con consumidores, probablemente tengan principalmente carácter dispositivo). En particular, habría que regular las obligaciones de actualización de los productos digitales suministrados. Sería aconsejable combinar estas disposiciones sobre la «actualización» de los productos digitales con normas sobre la transición al «upgrading» (como se prevé en el art. 19 de la Directiva sobre

¹²⁶ Vid. arriba en capítulo 3.2.2.

¹²⁷ Vid. arriba en capítulo 4.2.4.

¹²⁸ DE FRANCESCHI, Alberto y SCHULZE, Reiner, en Alberto DE FRANCESCHI y Reiner SCHULZE (eds.), *Harmonizing Digital Contract Law*, op. cit., p. 10, nm. 28.

contenidos digitales para la modificación de los contratos en los contratos celebrados con consumidores).¹²⁹

6. *Restitución por contratos de datos*: en el caso de nulidad de contratos, resolución u otros casos de fallo del contrato, no solo se requieren normas para la restitución de los objetos contractuales tradicionales, sino también, cada vez más, las correspondientes normas específicas para los datos que una parte ha puesto a disposición de la otra o a los que una parte ha concedido acceso. Dichas normas se refieren en particular a la cuestión de si los datos deben restituirse, en qué medida y de qué manera; si puede bloquearse el acceso a datos y de qué manera; si puede prohibirse el uso de datos y de qué manera y cómo puede controlarse el cumplimiento de las prohibiciones de uso; y si puede exigirse una compensación por el uso de datos y con qué criterios. En cuanto a los modelos que el art. 16 de la Directiva de Contenidos Digitales puede ofrecer en este ámbito¹³⁰, queda por reconsiderar qué modificaciones y adiciones serán necesarias para que las disposiciones sean adecuadas con carácter general al Derecho civil más allá del ámbito de aplicación de la Directiva.
7. *Coordinación con el Derecho de protección de datos*: para coordinar el Derecho contractual con el Derecho de protección de datos, es especialmente necesario regular las consecuencias de Derecho contractual para los casos en los que una parte contratante revoque el consentimiento que ha dado en virtud del Derecho de protección de datos o se oponga al tratamiento ulterior de sus datos personales. Esta cuestión aún no se ha regulado en la legislación europea y solo en algunos Estados

¹²⁹ Vid. SEIN, Karin, «Modifications of digital content or services and of digital elements in smart products – Possible application problems», pp. 111 y ss.; CONRAD, Isabell y SEEGEL, Alin, «Modifications of digital content/services and digital elements in smart products – how to design the contracts», pp. 133 y ss.; todos en Sebastian LOHSSE, Reiner SCHULZE y Dirk STAUDENMAYER (eds.), *Smart Products*, *op. cit.*

¹³⁰ Vid. arriba en capítulo 2.1.5.1.

miembros.¹³¹ Por lo tanto, la mayoría de los Estados miembros se enfrentan a la cuestión de si quieren asumir esta tarea y, en caso afirmativo, si quieren seguir el ejemplo de otro Estado miembro o desarrollar su propio enfoque.

8. *Control de las cláusulas estándar*: la reciente legislación europea ha ampliado el control de las cláusulas estándar a una amplia gama de contratos de datos y productos digitales mucho más allá de la legislación sobre consumidores.¹³² En este contexto, también es necesario que los Estados miembros examinen las materias para las que el control de las cláusulas contractuales puede ser apropiado además de las disposiciones de la legislación europea. El control de las cláusulas de los contratos relativos a datos o productos digitales mediante criterios generales de cláusulas abusivas, transparencia, etc., tal como se recogen en la legislación europea, también podría contribuir en el Derecho de los Estados miembros a reducir el riesgo de abuso en la redacción unilateral de contratos estándar para algunas materias que han surgido como consecuencia de la digitalización y que aún no han sido objeto de una regulación específica (por ejemplo, para los contratos de suministro de servicios a clientes distintos de los consumidores), y también podría, cuando se hayan creado normas dispositivas para nuevos ámbitos del Derecho contractual, contrarrestar las desviaciones abusivas del mismo en perjuicio de la otra parte.
9. *Normas dispositivas para los contratos sobre datos*: por último, pero no por ello menos importante, las cláusulas contractuales modelo antes mencionadas¹³³ basadas en el Reglamento de Datos apuntan a la tarea de desarrollar normas para la redacción de contratos sobre el uso de datos, el intercambio de datos y el acceso a los datos (y posiblemente para otros asuntos). Para la legislación de los Estados miembros, por ejemplo, se plantea la cuestión de si quieren tomar las cláusulas contractuales modelo presentadas

¹³¹ DE FRANCESCHI, Alberto y SCHULZE, Reiner, en Alberto DE FRANCESCHI y Reiner SCHULZE (eds.), *Harmonizing Digital Contract Law*, op. cit., p. 17, nm. 49; para Alemania, *vid.* arriba en capítulo 3.1.5.

¹³² *Vid.* arriba en capítulo 2.1.3.

¹³³ *Vid.* arriba en capítulo 2.1.3.

por la Comisión Europea, en su conjunto o en algunos aspectos, como base para crear una legislación dispositiva correspondiente en estos ámbitos.¹³⁴ Es previsible que con el ulterior desarrollo de la economía de los datos y el creciente uso de la inteligencia artificial surjan nuevos ámbitos del Derecho contractual de este carácter, para los que se planteará la correspondiente cuestión de la regulación legal. Entonces habrá que considerar si deben crearse actos jurídicos particulares para tales disposiciones relativas a clases especiales de contratos sobre datos o si deberían integrarse en el Derecho contractual especial del Código Civil (y posiblemente en parte en el Código de Consumo o el Código de Comercio).

Responsabilidad extracontractual

Por lo que se refiere a las cuestiones y tareas que se plantean en materia de responsabilidad extracontractual, puede bastar con destacar tres ámbitos de responsabilidad.

1. *Inteligencia artificial*: los riesgos derivados de las nuevas tecnologías¹³⁵ y en particular de la inteligencia artificial, han sido objeto de una reciente legislación europea desde la perspectiva de la responsabilidad del productor.¹³⁶ A este respecto, los Estados miembros se enfrentan actualmente a la tarea de transponer a su legislación la nueva versión de la Directiva sobre responsabilidad

¹³⁴ LOHSSE, Sebastian, SCHULZE, Reiner y STAUDENMAYER, Dirk, «The Data Act – a Cornerstone for the European Data Economy», en Sebastian LOHSSE, Reiner SCHULZE y Dirk STAUDENMAYER (eds.), *Private Law and the Data Act*, *op. cit.*, pp. 26 y ss.

¹³⁵ Una visión general de este tema puede encontrarse, por ejemplo, en SPINDLER, Gerald, «Haftung für autonome Systeme», en Tatiana Arroyo Vendrell, Beate Gsell y Johann Kindl (eds.), *Die Schadensersatzhaftung/La Responsabilidad Civil*, Baden-Baden, Nomos, 2022, pp. 139 y ss.; y en GEISTFELD, Mark A. *et alia* (eds.), *Civil Liability for Artificial Intelligence and Software*, Berlin/Boston, De Gruyter, 2023; y en GELLERT, Raphaël, JASSEN, André, «The Impact of Artificial Intelligence on European Tort Law: Taking Stock of an Ongoing Process», en JANSSEN, LEHMANN y SCHULZE (eds.), *op. cit.*, pp. 169 y ss.

¹³⁶ *Vid.* arriba en capítulo 2.1.4.

por productos defectuosos, cuyos efectos y posibles deficiencias deberán analizarse en una fase posterior. En cambio, todavía no se ha adoptado ningún acto jurídico europeo que regule el amplio ámbito de la responsabilidad de los operadores de inteligencia artificial en su conjunto. La Comisión Europea ha dejado abierto si seguirá adelante con su propuesta, que ya ha sido retirada¹³⁷ y que preveía una armonización mínima a este respecto, en una nueva forma. Si en el futuro sigue sin haber una regulación a nivel europeo, los Estados miembros tendrán que decidir si quieren legislar en la materia y, en caso afirmativo, de qué manera —en particular, en qué medida deben crearse progresivamente disposiciones sectoriales de responsabilidad para ámbitos individuales de utilización de la inteligencia artificial (por ejemplo, para los «vehículos autónomos», para la utilización en determinados tipos de aparatos, etc.) o si, y en qué medida, son apropiadas las regulaciones intersectoriales.¹³⁸ Además, en cuanto al contenido de estas disposiciones sobre responsabilidad, habría que decidir, entre otras cosas, si debe establecerse una responsabilidad objetiva o una culpa (presunta); si deben existir presunciones de causalidad; y cómo debe determinarse la responsabilidad en relación con múltiples usuarios y productores.¹³⁹

2. *Datos personales y no personales*: además de las reclamaciones por daños y perjuicios que se derivan del art. 82 del Reglamento General de Protección de Datos en caso de violación de la protección de

¹³⁷ Vid. arriba (nota al pie 24).

¹³⁸ LOHSSE, Sebastian, SCHULZE, Reiner y STAUDENMAYER, Dirk «*Liability for Artificial Intelligence*», pp. 16 y ss.; KARNER, Ernst «*Liability for Robotics: Current Rules, Challenges, and the Need for Innovative Concepts*», pp. 121 y ss.; todos en Sebastian LOHSSE, Reiner SCHULZE y Dirk STAUDENMAYER (eds.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy IV, Baden-Baden, Nomos, 2019.

¹³⁹ Sobre estas cuestiones vid. LOHSSE, Sebastian, SCHULZE, Reiner y STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, op. cit.; LOHSSE, Sebastian, SCHULZE, Reiner y STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *Liability for AI*, op. cit.

datos personales prevista en dicho Reglamento¹⁴⁰, la atención de la doctrina jurídica, la jurisprudencia y, eventualmente, la legislación debe prestarse también al amplio campo de la responsabilidad por otros muchos daños y perjuicios que pueden sufrir los particulares o las empresas en relación con los datos que poseen, incluidos los de carácter no personal, debido al comportamiento ilícito de otros. La responsabilidad en este ámbito se refiere a una amplia gama de situaciones (incluidos los denominados ataques de «hackers» y «ciberataques») en las que personas no autorizadas utilizan datos y, en particular, recopilaciones de datos o los destruyen, deterioran o impiden de otro modo, de forma permanente o temporal, que la persona autorizada los utilice. Sobre todo, los diversos tipos de recopilaciones de datos (de datos no personales y/o personales) pueden tener un valor considerable no solo para las empresas que participan en el comercio y el tratamiento de datos (y, por lo tanto, su deterioro o pérdida, por otra parte, puede constituir un daño indemnizable importante), sino también para el funcionamiento de la economía y la comunicación social, que dependen del tratamiento de datos.¹⁴¹ No se trata solo de definir con precisión las condiciones en las que debe existir responsabilidad en este ámbito. Más bien, también es necesario desarrollar estándares claros y precisos según los cuales pueda determinarse la naturaleza y el alcance del daño que debe indemnizarse y, en este contexto, en particular el valor de los datos y las recopilaciones de datos afectados para garantizar una indemnización efectiva en términos de compensación y prevención.¹⁴²

¹⁴⁰ SANTOS MORÓN, María José, «La responsabilidad por incumplimiento de la normativa de datos personales (art. 82 RGPD)», en Tatiana Arroyo Vendrell, Beate Gsell y Johann Kindl (eds.), *Die Schadensersatzhaftung/La Responsabilidad Civil*, op. cit., pp. 229 y ss.

¹⁴¹ Vid., por ejemplo, MAYER-SCHÖNBERGER, Viktor y CUKIER, Kenneth (eds.), *Big Data, a revolution that will transform how we live, work and think*, London, Murray, 2013.

¹⁴² Para algunos aspectos de este tema, vid. DE FRANCESCHI, Alberto, SCHULZE, Reiner y STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *The Value of Consumer Data in the Digital Economy*, op. cit.

3. *Responsabilidad por daños medioambientales*: tanto a nivel europeo como de los Estados miembros, gran parte de las normas de responsabilidad que atienden a los requisitos de sostenibilidad plantean las mismas cuestiones y tareas para la doctrina y la legislación en el ámbito de la responsabilidad por daños medioambientales en general. Tratar este asunto en profundidad, sin embargo, sería un tema en sí mismo que desbordaría el alcance de este trabajo. Por lo tanto, puede bastar con remitirse aquí a los debates de fondo que se mantienen sobre el concepto de daño (incluida la cuestión de los daños en masa y los daños indirectos), los criterios de causalidad, el requisito de culpa o la responsabilidad objetiva, la asignación de la carga de la prueba, la responsabilidad múltiple, la limitación de la responsabilidad, la asegurabilidad y los fondos de compensación en relación con los daños medioambientales.¹⁴³

4.2.5. Protección contra la vulnerabilidad digital

Por último, cabe destacar que la protección frente a la vulnerabilidad digital es una tarea transversal que afecta a casi todos los ámbitos del Derecho civil. Cubre un amplio abanico de situaciones, como la información inadecuada en las transacciones por Internet (incluso el uso de «dark patterns» o «patrones oscuros»), el suministro precipitado de datos personales al utilizar redes sociales o comprar productos, los peligros de la «discriminación algorítmica» y el acoso en Internet, el uso de la inteligencia artificial para crear perfiles de personalidad y así influir en el comportamiento comercial de otros en su detrimento; y

¹⁴³ *Vid.*, entre muchos otros más, por ejemplo, BAR, Christian von (ed.), *The Common European Law of Torts: Volume One*, Oxford, Oxford University Press, 1998, no. 379 y ss.; HINTEREGGER, Monika (ed.), *Environmental Liability and Ecological Damage in European Law*, Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 3 y ss.; SPITZER, Martin y BURTSCHER, Bernhard, «Liability for Climate Change: Cases, Challenges and Concepts», *JETL* (2017), vol. 2, pp. 137 y ss.

también incluye, por ejemplo, la protección de grupos especialmente vulnerables, como niños y jóvenes¹⁴⁴, cuando utilizan Internet.¹⁴⁵

La dedicación a estos temas puede vincularse en parte a las preocupaciones y objetivos de la protección tradicional de los consumidores, en la medida en la que esta se ocupa del consumidor como usuario de dispositivos digitales y de Internet.¹⁴⁶ Al igual que la protección de los consumidores, también se basa en la comprensión de que el Derecho civil no debe contentarse con la suposición abstracta de que todas las partes jurídicas son iguales y tienen la misma capacidad para proteger sus intereses y derechos, sino que debe tener en cuenta las desigualdades reales y las vulnerabilidades particulares e incluir instrumentos de protección adecuados. Sin embargo, como demuestran los ejemplos citados, las tareas relacionadas con la protección contra la vulnerabilidad digital se extienden a un ámbito mucho más amplio que la protección de los consumidores cuando utilizan Internet. Además, en relación con la protección de los consumidores, debe tenerse en cuenta que los contornos tradicionales del concepto de consumidor se difuminan ante algunas nuevas formas de actuación en el mundo digital, por ejemplo, en lo que se refiere a la utilización cooperativa de instrumentos digitales y, en particular, a diversos tipos de «Organizaciones Autónomas Descentralizadas» (OAD), en las que el actor puede ser a la vez consumidor y cogenerador y asumir funciones empresariales.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Vid. más aspectos de este tema en GARCIA-MICÓ, Tomàs Gabriel, «*Els menors i el contracte amb les xarxes socials*», en este volumen.

¹⁴⁵ Sobre estos y otros aspectos de la vulnerabilidad digital *vid.* CREA, Camilla y DE FRANCESCHI, Alberto (eds.), *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, *op. cit.*; DIURNI, Amalia y AMODIO, Claudia (eds.), *Human Vulnerability in Interaction with AI in European Private Law*, Cham, Springer, publicación prevista para 2025.

¹⁴⁶ SCHULZE, Reiner, «*Propos Introductifs*», en Gerald MÄSCH y Julien VALIERQUE (eds.), *op. cit.*, pp. 9, 16.

¹⁴⁷ AKSOY, Pinar Çağlayan «Decentralised Autonomous Organisations and Digital Vulnerability», ponencia en la conferencia *Remedies to digital Vulnerability in European Private Law*, 10/11 abril 2025, publicación prevista en las actas de la conferencia, editadas por Camilla Crea y Marta Infantino, probablemente 2026.

Por consiguiente, en lo que respecta a la protección contra la vulnerabilidad digital, la tarea consiste tanto en adaptar los instrumentos de protección convencionales a los cambios derivados de la digitalización como en desarrollar nuevos enfoques específicos en relación con la vulnerabilidad digital.¹⁴⁸ En el primer sentido, por ejemplo, habrá que examinar el potencial que ofrecen las obligaciones de información o los derechos de cancelación, también en relación con las asimetrías en el uso de internet y el uso de la inteligencia artificial, o si las disposiciones obligatorias en la venta de productos digitales son también adecuadas en favor de los clientes que no entran en el concepto tradicional de consumidor. En cuanto a nuevos instrumentos específicos de protección, podría considerarse establecer la obligación de que los servicios de intermediación digital o los proveedores de servicios utilicen determinadas tecnologías, como «filtros» para evitar riesgos de vulneración de derechos o mecanismos de protección similares.¹⁴⁹ En ambos aspectos, habrá que tener en cuenta las estructuras comunicativas que han surgido en Internet y, por tanto, sobre todo el papel de los servicios de intermediación de diversa índole que pueden ser en cierto sentido correas de transmisión de infracciones digitales.¹⁵⁰ Como ha demostrado recientemente a escala europea el Reglamento de Servicios Digitales¹⁵¹, son precisamente estas

¹⁴⁸ Vid. una serie de enfoques al respecto arriba (nota al pie 145).

¹⁴⁹ Vid. en detalle, por ejemplo, SCHULZE, Reiner «Digital Vulnerability in European Private Law – Conclusions», p. 530; GOANTA, Catalina, DE GREGORIO, Giovanni y SPANAKIS, Jerry «Consumer Protection and Digital Vulnerability: Common and Diverging Paths», p. 51; todos en Camilla CREA y Alberto DE FRANCESCHI (eds.), *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, op. cit.; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «Product Liability for Beyond-Product Ecosystems – Is the Product Liability Directive ready to accommodate smart products?», en Sebastian LOHSSE, Reiner SCHULZE y Dirk STAUDENMAYER (eds.), *Smart Products, Münster Colloquia on EU Law and the Digital Economy VI*, Baden-Baden, Nomos, 2022, p. 211.

¹⁵⁰ Sobre tales constelaciones, que pueden atribuirse en parte tanto al Derecho civil como al Derecho mercantil en la distinción tradicional, vid. SCHULZE, Reiner «Digital Vulnerability in European Private Law – Conclusions», en Camilla CREA y Alberto DE FRANCESCHI (eds.), *The New Shapes of Digital Vulnerability in European Private Law*, op. cit., pp. 535 y s.

¹⁵¹ Vid. arriba en capítulo 2.1.1.

estructuras comunicativas creadas por la digitalización las que exigen que se desarrollen enfoques de protección contra la vulnerabilidad digital que vayan mucho más allá de las formas tradicionales de protección de las partes más débiles.

5. Conclusión

La visión de conjunto de algunas de las nuevas tareas a las que se enfrentan la doctrina jurídica y la legislación ilustra lo que ya se ha puesto de relieve en relación con la evolución jurídica reciente a escala europea y nacional: la transformación digital y las exigencias de sostenibilidad plantean grandes retos al Derecho privado, incluidos los ámbitos centrales del Derecho civil, que darán lugar a cambios de gran calado. Esto no significa en absoluto una renuncia general a todas las estructuras anteriores del Derecho privado y al arsenal de conceptos y principios jurídicos que se han desarrollado en el «mundo analógico», ni siquiera la constitución de un marco de referencia completamente separado para el «Derecho digital». Sin embargo, es probable que en un futuro previsible deba profundizarse en la adaptación del Derecho civil al cambio digital y a los requisitos de sostenibilidad de nuevos contornos en las disposiciones de áreas individuales del Derecho, así como en algunos conceptos generales.

Ya en un futuro próximo, la contribución tanto de la doctrina como de la práctica jurídica será indispensable para este desarrollo ulterior del Derecho privado. Deberá prestarse especial atención a los ámbitos principales del Derecho civil, como el Derecho contractual, la responsabilidad extracontractual y el Derecho de propiedad, tanto por su importancia en la práctica jurídica cotidiana, como por el papel central que desempeñan tradicionalmente en el desarrollo de los conceptos y principios del Derecho privado. Para la doctrina jurídica, deberá ser una preocupación central no solo proporcionar puntos de partida para el cambio conceptual y sistemático, sino también esbozar los correspondientes enfoques normativos. Por lo que se refiere a la práctica jurídica, es posible que en algunos ámbitos su desarrollo avance actualmente más rápido que el cambio en la doctrina y la legislación (por ejemplo, en lo que se refiere a la celebración

«automatizada» de contratos mediante inteligencia artificial o en lo que se refiere a la aparición de nuevos perfiles contractuales y nuevos tipos de derechos contractuales en la distribución de productos digitales, el comercio de datos y el intercambio de datos). Por consiguiente, las experiencias, en particular en la práctica de la contratación y el asesoramiento jurídico, también deberían revestir especial importancia para la doctrina jurídica y la legislación.

En cuanto a la legislación, las respuestas a los retos de la digitalización y la sostenibilidad serán necesarias y posibles en un futuro próximo en algunos ámbitos, pero seguirán requiriendo una cuidadosa preparación en otros, teniendo en cuenta la doctrina jurídica y la experiencia de la práctica jurídica. Ya en un futuro próximo, por ejemplo, la transposición de las disposiciones de las Directivas relativas a la responsabilidad de los productores de software (incluida la inteligencia artificial) con respecto a las consecuencias de la digitalización¹⁵² y el derecho de los consumidores a la reparación con respecto a los requisitos de sostenibilidad están pendientes para la legislación de los Estados miembros de la UE. Si los respectivos legisladores de los Estados miembros así lo deciden, también sería concebible a corto plazo una aplicación «ampliada» de las disposiciones de las Directivas recientemente adoptadas más allá del Derecho de los consumidores (como ya han hecho algunos Estados miembros), por ejemplo en lo que respecta a las obligaciones de actualización al proporcionar contenidos digitales¹⁵³ o en lo que respecta al requisito de durabilidad en la compra de bienes.¹⁵⁴ Lo mismo cabe decir de la adopción de disposiciones que especifiquen las consecuencias contractuales de la revocación del consentimiento en virtud de la legislación sobre protección de datos (como ya ha ocurrido en algunos Estados miembros).¹⁵⁵ A escala europea, la elaboración de cláusulas contractuales modelo para el uso y el reparto de datos¹⁵⁶

¹⁵² Vid. arriba en capítulo 4.2.4.

¹⁵³ ZÖCHLING-JUD, Brigitta, en Alberto DE FRANCESCHI y Reiner SCHULZE (eds.), *Harmonizing Digital Contract Law*, op. cit., pp. 38 y s.

¹⁵⁴ Vid. arriba en capítulo 3.2.2.

¹⁵⁵ Vid. arriba en capítulo 3.1.5.

¹⁵⁶ Vid. arriba en capítulo 2.1.3.

sobre la base del artículo 41 del Reglamento de Datos constituye otro ejemplo de medida complementaria que ya es posible en la actualidad para adaptar el Derecho contractual a la transformación digital; y este ejemplo sugiere la adopción de las correspondientes normativas en los Estados miembros.

Para otras cuestiones de los principales ámbitos del Derecho civil, es probable que se estudien medidas legislativas a más largo plazo, tras una reflexión más profunda por parte de la doctrina y la práctica jurídicas sobre su necesidad y, en su caso, su contenido. Entre las materias mencionadas, se incluyen, entre muchos otros, por ejemplo:

- la transmisión de bienes digitales en caso de fallecimiento; el reconocimiento y, si procede, la naturaleza jurídica y el alcance de los derechos de propiedad (o derechos «absolutos») sobre los datos;
- en el ámbito del Derecho contractual, la celebración de contratos mediante inteligencia artificial (incluido el problema de los «resultados inesperados» y los requisitos de transparencia en el caso de los contratos personalizados), la protección del cliente en caso de ejecución «automatizada» de contratos (en particular, en el caso de mecanismos de sanción «automatizados») y la inclusión de requisitos de sostenibilidad en los criterios de conformidad contractual para determinados tipos de contratos;
- por lo que respecta a la responsabilidad, disposiciones específicas para sectores concretos o normativas generales en relación con los operadores de inteligencia artificial y las condiciones y el alcance de la responsabilidad por daños a datos y recopilaciones de datos (incluidos los criterios para determinar el valor);
- y, por último, pero no por ello menos importante, la protección de grupos de personas especialmente vulnerables (como los menores) cuando utilizan internet, incluidas nuevas tecnologías como instrumentos de protección.

Estos ejemplos son representativos de otros temas mencionados anteriormente o tratados en otras contribuciones a este volumen. En la actualidad es difícil predecir cuáles de estos asuntos serán abordados por la legislación de la UE en un futuro próximo, y en qué forma (Reglamento o Directiva) y en qué medida. Sin embargo, en la medida en la que los Estados miembros se dediquen a seguir desarrollando el Derecho civil en estos ámbitos —en legislación autónoma o en

aplicación de Directivas europeas—, tendrán que decidir entre promulgar actos jurídicos individuales separados o integrarlos en un código ya existente, en particular el Código Civil. Esta elección puede variar en función de la materia y del objetivo de la legislación. No obstante, sería una decisión muy cuestionable eliminar de forma general del Código Civil las respuestas jurídicas al cambio digital y los requisitos de sostenibilidad. Para que este Código no se convierta en un monumento a una época anterior, sino que siga siendo una parte viva del desarrollo del Derecho, debe estar abierto a contenidos que respondan a cambios de época como el cambio digital y de la sostenibilidad.

Primera ponència

Contractació privada i entorn digital

Contractació privada i nous entorns digitals

Mireia Artigot Golobardes

Professora Agregada de Dret Civil, Universitat Pompeu Fabra / Teaching Fellow, Europaeum Scholars Program, Oxford

Sumari

1. Les profundes transformacions dels drets de contractes europeus al segle XXI

2. Les dades personals com a element nou de la dinàmica transaccional digital

- 2.1. L'enfocament europeu en la protecció de les dades personals
- 2.2. La formació dels *datasets* dels interessats i les inherents limitacions del RGPD
- 2.3. Les dades com a element essencial per l'automatització i la personalització contractual

3. La paradoxa digital: estandardització, personalització automatitzada de les transaccions amb consumidors i el repte de la posició sistèmica del consumidor en transaccions digitals

- 3.1. Estandardització contractual
- 3.2. La personalització automatitzada de les dinàmiques transaccionals
- 3.3. Les transaccions digitals i la posició sistèmica del consumidor

4. Reflexions finals: repensant un dret de contractes útil pels reptes que presenten els nous entorns contractuals

1. Les profundes transformacions dels drets de contractes europeus al segle XXI*

Les societats, el sistema econòmic, les relacions personals, les tradicions, les maneres de relacionar-nos, d'aprendre, les nostres ciutats i els nostres sistemes jurídics estan experimentant unes profundes transformacions.

La transformació dels mercats, de la interacció entre venedors i compradors, la irrupció de nous intermediaris/participants com les plataformes digitals i les noves dinàmiques transaccionals han fet que els drets civils europeus, entre ells el català, també es trobin en plena transformació per respondre a la nova anatomia de les relacions entre agents privats i els contextos en els quals aquestes es desenvolupen.

Aquesta transformació ha tingut lloc a diferents nivells: en primer lloc, amb el desenvolupament de *dret privat Europeu*.¹ La creació i desenvolupament del mercat interior Europeu ha fet que l'augment del comerç interior² requerís regular el mercat tant des del punt de vista dels oferents, a través del dret a la competència³, com des del punt de vista dels demandants —compradors—, desenvolupant un dret de protecció al consumidor que ha esdevingut una competència de la Unió Europea d'una importància fonamental per donar forma i certesa als nostres mercats i al desenvolupament econòmic de les nostres societats europees.⁴

L'aparició i ràpid desenvolupament de la tecnologia, *big data*, intel·ligència artificial (d'ara endavant, IA) i entorns digitals han

* Aquest capítol ha rebut el suport dels projectes «Protecting consumers in digital platforms» PID2021-127258NA-I00/AEI/10.13039/501100011033, UE, Spanish Ministry of Science and Innovation, Spanish Research Agency i «Artificial Intelligence, automated decision making and justice Systems», CNS2023-145543 Consolidación Investigadora (2023).

¹ Esther ARROYO AMAYUELAS & Ángel SERRANO NICOLÁS (2016), *La Europeización del Derecho privado: cuestiones actuales*, Marcial Pons.

² Article 114 TFUE

³ Article 101 i 102 del TFUE

⁴ Article 169 TFUE.

fet que la Unió Europea hagi volgut donar resposta a l'existència als reptes que tenim davant: nous objectes contractuals, l'aparició de mercats digitals amb nous participants com les plataformes digitals, el desenvolupament de tecnologia disruptiva com la IA, l'adopció de noves normes per respondre als riscos que les noves dinàmiques transaccionals presenten per la protecció del consumidor com els patrons obscurs, la publicitat personalitzada o dinàmiques que han col·locat als consumidors en posicions de major risc i vulnerabilitat al mercat.

Entre 2018 i 2019 el legislador europeu va dur a terme una reforma important de la normativa de protecció del consumidor⁵ amb l'objectiu de modernitzar-la en dues dimensions. En primer lloc, respecte a la protecció contractual dels consumidors amb independència de la naturalesa del bé —amb elements digitals o sense— i de si la contractació era presencial o virtual. En segon lloc, es va modernitzar els drets dels consumidors en els contractes de compravenda, amb especial referència a la Directiva 2019/771 sobre determinats aspectes dels contractes de compravenda de béns⁶ i la Directiva 2019/2161 sobre la venda de béns.⁷

La Directiva 2019/771, d'harmonització màxima,⁸ no obstant no deroga la Directiva 1999/44 sobre la venda de béns, regula aspectes

⁵ La majoria de les Directives que es van adoptar amb la reforma de 2018-2019 van entrar en vigor l'any 2022.

⁶ Directiva (UE) 2019/771, de 20 de maig de 2019, relativa a determinats aspectes dels contractes de compravenda de béns, per la qual es modifiquen el Reglament (UE) 2017/2394 i la Directiva 2009/22/CE, i es deroga la Directiva 1999/44/CE (DOUE L 136, de 22.5.2019, p. 28–50).

⁷ Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de novembre de 2019, per la qual es modifiquen la Directiva 93/13/CEE del Consell i les Directives 98/6/CE, 2005/29/CE i 2011/83/UE del Parlament Europeu i del Consell, pel que fa a una millor aplicació i modernització de les normes de protecció dels consumidors de la Unió (DOUE L 328, de 18.12.2019, p. 7–28) (en endavant Directiva 2161/2019).

⁸ L'article 4 de la Directiva 2019/771 estableix les normes relatives a la conformitat dels béns amb el contracte.

com la seva conformitat, els drets del consumidor davant la manca de conformitat i les garanties contractuals.⁹

La modernització de la regulació en matèria de protecció del consumidor, segon objectiu de la reforma de 2018/2019, s'ha articulat mitjançant la Directiva 2019/2161, que modifica diverses directives sobre protecció del consumidor¹⁰ i vol assolir dos grans objectius. En primer lloc, la transformació i harmonització del règim sancionador aplicable a les infraccions de la normativa de protecció del consumidor;¹¹ i, en segon lloc, l'enfortiment del dret a la informació dels consumidors, que s'hauria de traduir en majors obligacions de transparència per als venedors o prestadors de serveis abans que es dugui a terme la transacció.¹²

Una segona transformació del dret civil, particularment del dret de contractes del segle XXI ve d'intentar donar resposta als reptes generats pel *canvi climàtic i la inevitable necessitat d'assolir uns mercats de consum —més— sostenibles*.

La crisi ambiental global provocada per l'acció humana¹³ exigeix l'adopció de mesures que, si bé potser no seran capaces d'invertir-ne completament la dinàmica, potser podran contribuir a mitigar-ne la velocitat, l'impacte, els efectes negatius i les conseqüències futures

⁹ Els articles 6 i 7 de la mateixa Directiva 2019/771 regulen, respectivament, els remeis disponibles per al consumidor en cas de falta de conformitat i les condicions per exercir-los.

¹⁰ La Directiva 2019/2161 modifica les següents directives: la Directiva 93/13/CEE, de 5 d'abril de 1993, relativa a les clàusules abusives en els contractes amb consumidors; la Directiva 98/6/CE, de 16 de febrer de 1998, sobre la protecció dels consumidors en matèria d'indicació dels preus dels productes oferts; la Directiva 2005/29/CE, de 11 de maig de 2005, relativa a les pràctiques comercials deslleials de les empreses en les seves relacions amb els consumidors i la Directiva 2011/83/UE, de 25 d'octubre de 2011, sobre els drets dels consumidors.

¹¹ Vegi's la Directiva 2161/2019 esmenant la Directiva 2011/83 de drets dels consumidors.

¹² Vegi's el [21] de la Directiva 2161/2019 esmenant el Reglament 1150/2019 de 20 de juny de 2019, relatiu a la promoció de l'equitat i la transparència per als usuaris empresarials dels serveis d'intermediació en línia (DO L 186, 11.7.2019, p. 57).

¹³ J. POWELL, «Scientists Reach 100% Consensus on Anthropogenic Global Warming» (2017) *Bulletin of Science, Technology & Society* 37(4), p. 183.

per a la humanitat.¹⁴ El canvi climàtic i l'emergència mediambiental requerirà canvis estructurals profunds en la manera com vivim, ens desplaçem, produïm i consumim. En particular, els mercats no podran continuar operant com fins ara, sota un model de producció i consum massius globalitzats que ignora sistemàticament els riscos i els costos ambientals associats als béns i serveis intercanviats. Aquest patró econòmic resulta insostenible i requerirà una transformació orientada a integrar criteris de sostenibilitat ecològica en el funcionament mateix del mercat.

La Unió Europea aspira a esdevenir un actor global de referència en la transició cap a mercats més sostenibles, tant dins com fora del seu àmbit territorial. Des d'una perspectiva de política general, les primeres iniciatives de la UE en aquest àmbit es troben fa deu anys amb la publicació per part de la Comissió Europea del Pla d'Acció per a l'Economia Circular,¹⁵ amb l'objectiu de promoure pràctiques orientades a fomentar un model econòmic més circular i, així, afavorir un consum més sostenible. En la mateixa línia, el Parlament Europeu va aprovar dues resolucions destacades: la Resolució sobre una vida útil més llarga dels productes: beneficis per als consumidors i les empreses¹⁶ i la Resolució sobre la implementació de la Directiva d'Ecodisseny.¹⁷

¹⁴ Vegi's <https://climate.nasa.gov/evidence/#:~:text=Do%20scientists%20agree%20on%20climate,global%20warming%20and%20climate%20change> (últim accés 21 maig 2025).

¹⁵ Comunicació sobre un nou Pla d'Acció per a l'Economia Circular per a una Europa més neta i competitiva, COM(2020) 98 final. Disponible a: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1583933814386&uri=COM:2020:98:FIN> (últim accés 21 Maig 2025).

¹⁶ Parlament Europeu, Informe sobre una vida útil més llarga dels productes: beneficis per als consumidors i les empreses, de 9 de juny de 2017 (2016/2272(INI)), https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-8-2017-0214_EN.html (últim accés 21 maig 2025).

¹⁷ Resolució del Parlament Europeu, de 31 de maig de 2018, sobre l'aplicació de la Directiva d'ecodisseny. (2009/125/EC) (2017/2087(INI)), [2020] *OJ C76/192-199*, disponible a:

https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=OJ:JOC_2020_076_R_0023 (últim accés 21 Maig 2025).

Tanmateix, la iniciativa més ambiciosa es va presentar el 2019 amb la publicació del Pacte Verd Europeu (*European Green Deal*),¹⁸ reformulat l'any 2020 mitjançant el Nou Pla d'Acció per a l'Economia Circular.¹⁹

La reforma del dret privat de 2018/2019 presentada anteriorment també va incorporar una nova dimensió col·lectiva de la figura del consumidor, dotant-la d'una agenda política i social vinculada a les seves preferències i decisions.²⁰ El legislador europeu sembla confiar que el col·lectiu de consumidors pugui tenir un paper clau en la implementació de les polítiques comunitàries de sostenibilitat i medi ambient —el denominat «New Deal.»²¹ Tanmateix, encara és aviat per preveure l'impacte i l'èxit o fracàs d'aquesta incorporació, sobretot tenint en compte l'absència, fins avui, de mecanismes d'acció col·lectiva.

Aquest conjunt de propostes legislatives té com a objectiu incidir tant en el costat de l'oferta com en el de la demanda del mercat.

Un tercer vector de transformació de les nostres societats té a veure amb el *desenvolupament tecnològic que comporta, de forma inherent, la utilització de dades* —personals o no— pel funcionament i desenvolupament de la tecnologia digital, i en aquests moments, de la intel·ligència artificial (d'ara endavant IA). La Unió Europea, en l'última dècada, ha adoptat el Reglament

¹⁸ Comunicació sobre el Pacte Verd Europeu, 11 de desembre de 2019, COM(2019) 640 final. Disponible a: https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:b828d165-1c22-11ea-8c1f-01aa75ed71a1.0002.02/DOC_1&format=PDF (últim accés 21 Maig 2025).

¹⁹ Un nou Pla d'Acció per a l'Economia Circular per a una Europa més neta i competitiva, COM(2020) 98 final.

²⁰ Mateusz GROCHOWSKI, «European Consumer Law after the New Deal: A Tryptich», (2020) 39 *Yearbook of European Law*, p. 387-422.

²¹ Comunicació de la Comissió al Parlament Europeu, al Consell i al Comitè Econòmic i Social Europeu: Un nou acord per als consumidors (COM/2018/0183 final) (en endavant, «Nou Acord»).

Europeu de Protecció de dades²² i l'adopció del Reglament d'Intel·ligència Artificial²³ per tal de plantejar el model europeu de protecció de dades i de seguretat a la tecnologia IA.

Aquestes disruptions socials profundes s'han vist reflectides en una transformació dels drets privats tant europeu com dels estats membres en *estructures jurídiques multinivell, complexes, i híbrides*.

Avui diferents institucions de dret privat, especialment en l'àmbit del dret al consum, estan regulades per diferents poders legislatius, amb diferents àmbits d'aplicació, amb diferents competències, i sovint amb diferents enfocaments. D'altra banda, les relacions entre els agents participants del mercat estan regulades per diferents nivells normatius que creen un sistema multinivell que combina el dret europeu, el dret a legislador de l'Estat membre en qüestió i en el nostre cas, el dret civil Català. Aquesta diversitat normativa d'origen heterogeni d'aplicació simultània introdueix un grau de complexitat jurídica molt rellevant.

La transformació dels mercats, la posició, sovint vulnerable del consumidor, i la complexitat de l'estructura jurídica i de les dinàmiques econòmiques ha fet que el dret privat hagi anat incorporant institucions de dret públic en la regulació de les relacions entre privats, concretament entre professionals i consumidors. Aquesta fluïdesa entre els mecanismes de dret públic i dret privat ha donat com a resultat un sistema de dret el consum híbrid que combina requisits de seguretat de naturalesa pública amb normativa que regula les relacions contractuals i els remeis contractuals i extracontractual entre els privats.

²² Reglament (UE) 2016/679 del Parlament Europeu i del Consell, de 27 d'abril de 2016, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades (Reglament general de protecció de dades), DO L 119, 4.5.2016, p. 1-88 (en endavant RGPD).

²³ Reglament (UE) 2024/1689 del Parlament Europeu i del Consell, de 13 de juny de 2024, pel qual s'estableixen normes harmonitzades sobre la intel·ligència artificial DO L 2024/1689, 12.7.2024.

Aquest capítol se centrarà en la transformació que ha comportat i continua comportant la tecnologia i la utilització de les personals en les dinàmiques transaccionals en contractes amb consumidors.

Aquest capítol té la següent estructura: la secció dos presenta l'anatomia i la rellevància de les dades personals com un element nou i essencial de les noves dinàmiques transaccionals en entorns digitals. La secció tres presenta l'evolució de la contractació amb consumidors des de la seva estandardització fins a la seva sistematització. El capítol tanca amb unes reflexions finals.

2. Les dades personals com a element nou de la dinàmica transaccional digital

La creació de mercats digitals ha representat la creació de nous productes, nous mercats, nous segments de mercats existents i una transformació de les dinàmiques transaccionals que han experimentat una disrupció amb la incorporació i rol de les dades, tant personals, com no personals. Les dades són l'element essencial i existencial dels mercats digitals, productes digitals i transaccions en entorns digitals, que sense dades no existirien.

Les dades, sobretot les digitals, no són només condició necessària i en alguns casos suficient per a l'existència de productes, mercats i transaccions digitals sinó que han comportat una transformació de les dinàmiques transaccionals, sobretot en entorns digitals, tant en la fase precontractual, contractual i pots contractual.

Els efectes i importància de les dades va molt més enllà dels mercats digitals per ser rellevants, també, en entorns no digitals. Les dades, tant personals com no personals, han esdevingut un element essencial per augmentar l'efectivitat de les pràctiques comercials precontractuals i per dissenyar contractes amb consumidors tant en l'àmbit digital com en l'àmbit no digital. Entendre com funcionen les dades —personals o no—, els mercats de dades i la seva rellevància en el procés transaccional és de vital

importància per poder entendre i intentar respondre als reptes que hem d'afrontar des del punt de vista dels drets civils.

2.1. L'enfocament europeu en la protecció de les dades personals

La regulació europea de dades, tal com preveu el RGPD, es basa en la transparència i el consentiment. Les persones físiques, inclosos els consumidors, tenen dret a decidir si donen el seu consentiment (*opt-in*) perquè s'accedeixi, es recopilin, es tractin i s'utilitzin les seves dades, així com el dret a saber quines dades es recopilen. El RGPD s'aplica al tractament total o parcialment automatitzat de dades personals, així com al tractament no automatitzat de dades personals contingudes o destinades a ser incloses en un fitxer.²⁴ La definició de dades personals es troba a l'article 4.1 del RGPD i s'articula a través de quatre elements: (a) tota la informació, (b) relativa a (sobre), (c) una persona física, (d) identificada o identificable.²⁵

L'accés a les dades personals de les persones interessades és d'especial importància tant per a les plataformes com per als propietaris i gestors de mercats digitals, ja que aquestes proporcionen informació d'alt valor econòmic sobre l'activitat que els agents duen a terme a aquests mercats. Decidir sobre la política de privacitat és una condició prèvia i necessària per poder, posteriorment, celebrar el contracte de consum que estableix els termes de la transacció subjacent.²⁶

Les dades personals, en molts casos, són essencials per dur a terme la transacció, sobretot quan és digital. La plataforma, l'aplicació digital o el venedor en un mercat digital²⁷ necessitaran, per exemple, el nom

²⁴ Article 2.1 RGPD.

²⁵ Article 4.1 RGPD.

²⁶ Article 6(1)(b) RGPD.

²⁷ La importància econòmica de les dades personals es dona sobretot als mercats de doble cara que mostren externalitats creuades de xarxa com, per exemple, Amazon.

i cognoms del comprador, la seva adreça per poder lliurar el producte objecte de la transacció i les dades de la targeta de crèdit amb la qual s'efectua el pagament. Tanmateix, la majoria de les plataformes, aplicacions i gestors de mercats digitals no es limiten a les dades estrictament necessàries per dur a terme la transacció. Les polítiques de privacitat generalment inclouen un nivell d'heterogeneïtat dades que permeti dibuixar, de forma granular i acurada, un perfil de les característiques, preferències i gustos dels usuaris.

Les dades, sobretot les dades personals, tenen valor econòmic quan es tracten a través de tècniques matemàtiques i computacionals de *big data*. L'article 5 del RGPD estableix els principis fonamentals que han de regir qualsevol tractament de dades personals.²⁸ Aquestes dades han de ser tractades de manera lícita, lleial i transparent; recollides amb finalitats determinades, explícites i legítimes, sense que es puguin utilitzar posteriorment per a finalitats incompatibles amb les inicialment declarades. D'altra banda, el tractament de les dades personals ha de limitar-se a les dades estrictament necessàries per a les finalitats previstes (principi de minimització) i garantir-ne l'exactitud i l'actualització. Així mateix, les dades no s'han de conservar més temps del que sigui imprescindible, i s'han de protegir mitjançant mesures tècniques i organitzatives adequades que assegurin la seva integritat i confidencialitat. Finalment, el responsable del tractament ha de tenir una responsabilitat proactiva per tal de garantir i poder demostrar el compliment de tots aquests principis.

L'article següent, l'article 6 del RGPD estableix les condicions que legitimen jurídicament el tractament de dades personals dins l'àmbit de la UE.²⁹ Segons aquest precepte, un tractament només es

²⁸ KUNER, C., BYGRAVE, L. A., & DOCKSEY, C. (2020). *The EU General Data Protection Regulation (GDPR): A Commentary* (Oxford University Press) comentant els principis fonamentals de l'article 5 i les bases jurídiques del tractament de l'article 6 del RGPD.

²⁹ Vegi's European Data Protection Board (EDPB), *Guidelines on the concepts of controller and processor in the GDPR* (2020), WACHTER, MITTELSTADT & RUSSELL, «Counterfactual Explanations without Opening the Black Box», *Harvard Journal of Law & Technology* (2018) 31(2) p. 841-887, sobre el dret a explicació en el RGPD i HJERPPE, RUOHONEN & LEPPÄNEN, *The General Data Protection Regulation: Requirements, Architectures, and Constraints* (2019) (Disponible a <https://arxiv.org/abs/1907.07498>).

pot considerar lícit si es fonamenta en alguna de les bases jurídiques que són: el consentiment explícit de la persona interessada,³⁰ quan aquest tractament sigui necessari per a l'execució d'un contracte en el qual la persona interessada sigui part o per a l'adopció de mesures precontractuals a instància d'aquesta,³¹ quan el tractament respongui al compliment d'una obligació legal,³² quan el tractament sigui necessari per protegir els interessos vitals de la persona interessada o d'una altra persona física;³³ quan sigui necessari per a l'exercici de funcions públiques o per a l'execució d'una missió d'interès públic encomanada al responsable del tractament³⁴ o quan el tractament es fonamenta en l'existència d'un interès legítim del responsable o d'un tercer.³⁵ Aquestes bases legitimadores no tenen una jerarquia entre elles, però el tractament s'ha d'ajustar a la base jurídica que la legítimi.³⁶ El consentiment de l'interessat, per tant, és una de les bases legitimadores però ni és ni l'única ni la més important.

El tractament de les dades personals de l'interessat, permès als articles 5 i 6 del RGPD, doncs, permet conèixer amb molta precisió el seu perfil en la seva activitat digital en els mercats de doble cara o en les plataformes en què participa. Aquest coneixement té un valor econòmic molt rellevant tant pels venedors com per als gestors de mercat. Conèixer les preferències, els gustos i les decisions dels individus a través de la seva activitat digital que és perfectament traçable, permet personalitzar la informació, fer suggeriments de compra, mostrar productes que amb elevada probabilitat podrien

³⁰ Article 6.1(a) RGPD. Aquest consentiment, que caldrà manifestar a través d'una declaració o acció afirmativa, ha de ser lliure, específic informat i inequívoc.

³¹ Article 6.1(b) RGPD. Aquest supòsit inclou, per exemple, tractament de dades vinculats a serveis o a productes sol·licitats per l'interessat.

³² Article 6.1(c) RGPD.

³³ Article 6.1(d) RGPD.

³⁴ Article 6.1(e) RGPD.

³⁵ Article 6.1(f) RGPD. Per tal de justificar l'existència d'un interès legítim del responsable o d'un tercer caldrà avaluar la seva proporcionalitat i ponderar els interessos en qüestió.

³⁶ No obstant, un mateix tractament no pot basar-se en múltiples bases de manera incoherent.

interessar al subjecte i, en definitiva, adaptar les clàusules contractuals, especialment els preus, per tal que el consumidor estigui disposat a celebrar la transacció.³⁷

Així doncs, mitjançant el tractament de dades personals de les persones físiques a través de tècniques de *big data*, és possible personalitzar l'experiència informativa, comercial, publicitària i contractual del consumidor, així com influir i anticipar la seva futura activitat informativa i comercial als mercats.

La personalització de l'experiència del consumidor en els mercats digitals —mitjançant publicitat personalitzada, informació precontractual ajustada a les característiques del consumidor i la personalització del contracte que regula els termes de la transacció, entre d'altres— no és en si mateixa ni negativa ni positiva per al consumidor. Tanmateix, l'asimetria informativa entre les parts contractuals en entorns digitals situa, com s'explicarà més endavant, el consumidor en una posició d'especial vulnerabilitat per garantir un nivell de benestar en transaccions digitals com a mínim equivalent al que obtindria en transaccions tradicionals.

La legislació de la UE a través del RGPD promou la transparència relativa a les dades dels consumidors que es recopilen (mitjançant *cookies*, empremtes dactilars o supervisió dels proveïdors de serveis d'Internet), del tractament i de l'ús que finalment es dona a aquestes dades.³⁸ Tanmateix, l'evidència suggereix que la transparència de la informació no equival al coneixement o al control, i això debilita l'eficàcia del règim de protecció de dades.

³⁷ Cal assenyalar que l'article 22 RGPD introdueix una limitació al tractament de dades personals que resulti en decisions automatitzades que produeixin efectes jurídics o els afectin significativament, excepte quan concorri una base legitimadora adequada i es garanteixin mesures de protecció addicionals. Vegi's WACHTER, Sandra; MITTELSTADT, Brent; FLORIDI, Luciano, «Why a Right to Explanation of Automated Decision-Making Does Not Exist in the General Data Protection Regulation» (2017), *International Data Privacy Law*, 7(2), p. 76-99.

³⁸ Ignacio COFONE & Adriana Z. ROBERTSON, «Consumer Privacy in a Behavioral World», (2018), 69 *Hastings L.J.* p. 1471, 1475, 1489-1490, i Ignacio COFONE «Beyond Data Ownership», (2021) 43 *Cardozo Law Review*, p. 501-572.

2.2. La formació dels *datasets* dels interessats i les inherents limitacions del RGPD

Les plataformes digitals impulsades per IA permeten a les empreses obtenir, tractar i utilitzar grans volums de dades d'una manera altament valuosa per a la seva posició en el mercat, per a la segmentació i l'elaboració de perfils dels consumidors i pel disseny de les condicions contractuals d'acord amb característiques individuals o col·lectives dels agents amb qui celebren transaccions.

Aquestes dades tenen diversa procedència. Algunes s'obtenen amb el consentiment del consumidor, atorgat en accedir a la plataforma o en visitar altres llocs web o descarregar aplicacions. Altres s'obtenen a través del consentiment d'individus o institucions amb vincles amb el consumidor objectiu, cosa que permet inferir informació com el lloc de residència, l'estructura familiar o la situació socioeconòmica. També existeixen dades adquirides al mercat de dades,³⁹ així com dades inferides per la combinació de les dades pròpies del consumidor amb dades personals agregades d'altres participants del mercat.⁴⁰ Així doncs, un conjunt de dades determinat sobre un consumidor pot tenir múltiples orígens, amb implicacions jurídiques molt rellevants.⁴¹

³⁹ Per simplificar, assumirem que les dades disponibles en els mercats de dades s'han obtingut de manera legal i, per tant, mitjançant el consentiment de l'individu respecte a l'accés i el tractament d'aquestes dades.

⁴⁰ Les inferències, mentre siguin anònimes, queden fora de l'àmbit d'aplicació del RGPD tal i com preveu el Preàmbul [26] que estableix que «(...) *Els principis de protecció de dades, per tant, no haurien d'aplicar-se a la informació anònima, és a dir, a la informació que no es refereix a una persona física identificada o identificable, o a dades personals anonimitzades de manera que el titular de les dades no sigui o ja no sigui identificable. Aquest Reglament, doncs, no afecta el tractament d'aquesta informació anònima, inclòs el que es fa amb finalitats estadístiques o de recerca.*» Les dades anònimes no només són aquelles que no permeten identificar una persona, sinó també aquelles que no es podrien utilitzar per a individualitzar o identificar directament o indirectament una persona física. Així, mentre que les dades no permetin identificar o individualitzar —directament o indirectament— un titular, aquestes dades queden fora de l'àmbit d'aplicació del RGPD.

⁴¹ Vegi's Jordan M. BLANKE, «Protection for 'Inferences Drawn': A Comparison Between the General Data Protection Regulation and the California Consumer Privacy Act», (2020) *Global Privacy Law Review* 1(2) p. 81-92.

El primer mecanisme d'obtenció de dades sobre el consumidor objectiu consisteix en la recollida directa de dades personals amb el seu consentiment fonamentat en principis de dret privat i d'autonomia personal.⁴² A través de la transparència, es presumeix que els individus estan en posició de controlar i gestionar l'accés, tractament i ús de les seves dades personals i que es troben, per tant, en una posició per protegir els seus drets mitjançant l'atorgament o la denegació del consentiment.⁴³

El segon gran mecanisme d'obtenció de dades sobre consumidors consisteix a recollir-les a partir d'individus o institucions relacionades amb aquests consumidors —persones interessades. És en aquest punt on el model regulador del RGPD presenta dificultats significatives. El cas extrem seria aquell en què, imaginem, un consumidor objectiu mai no ha utilitzat internet, però el seu cònjuge, fills, amistats o companys de feina sí que ho han fet i han compartit informació sobre ells mateixos i, indirectament, sobre el consumidor en qüestió. Les dades difoses per aquests tercers podries incloure llocs de naixement, països de residència, edats, nivells educatius, ingressos, preferències, eleccions, gustos o detalls sobre la vida professional, les quals, en conjunt, permetria a les empreses i intermediaris digitals elaborar un perfil notablement precís dels grups als quals pertany el consumidor no obstant la seva falta de presència digital. Això vol dir que les dades utilitzades per les empreses per segmentar els consumidors, influir en les seves decisions i dissenyar les condicions de les transaccions van molt més enllà de la informació que els consumidors han facilitat voluntàriament —en aquest exemple hipotètic, cap.

Disposar de dades sobre el context personal, professional, educatiu, social i econòmic d'un individu és avui suficient per elaborar un perfil precís tant de la persona com del grup rellevant al qual pot ser classificada. És important assenyalar que l'ús d'aquest tipus de dades pot tenir lloc independentment de les preferències de les persones físiques.

⁴² El model europeu de regulació de la protecció de dades es fonamenta en el consentiment del titular. Vegeu els articles 4 i 6 del RGPD.

⁴³ Vegi's Ryan CALO «Against Notice Skepticism in Privacy (and Elsewhere)», (2011) 87 *Notre Dame L. Rev.* p. 1027, 1047-59 defensant un model de protecció de dades en base al consentiment de l'interessat.

Aquesta dicotomia entre la disponibilitat de dades sobre trets rellevants dels individus per part de les plataformes, d'una banda, i les decisions dels interessats respecte a l'accés i tractament de les seves dades personals, de l'altra, té profundes implicacions jurídiques pel que fa al paper del consentiment i al control sobre les dades personals i el coneixement del seu ús. Les dades obtingudes a través del consentiment de la persona interessada, en aquest cas, només representa una part – un *subset* – de les dades disponibles sobre aquesta.

La possibilitat d'elaborar perfils dels individus⁴⁴ com a membres de determinats grups a partir de dades personals i contextuals desafia el principi fonamental sobre el qual es construeix la protecció de dades a la Unió Europea i, en general, al món occidental: el consentiment.⁴⁵ Aquestes dades són obtingudes, tractades i utilitzades sense el consentiment dels individus afectats i, tanmateix, el marc normatiu actual de protecció de dades no sembla ser d'utilitat en aquests casos.⁴⁶ Tampoc sembla que el dret contractual ni els instruments de l'autonomia privada que s'utilitzen habitualment per regular les relacions jurídiques privades siguin suficients per regular adequadament l'accés, ús i efectes d'aquestes dades per als consumidors.

El tercer mecanisme d'obtenció de dades sobre consumidors objectiu és la compra de dades a intermediaris especialitzats, coneguts com a *data brokers*.⁴⁷ Aquests intermediaris són agents comercials que es dediquen a obtenir i vendre dades —tant

⁴⁴ Article 4(4) del RGPD defineix 'profiling' com «(...) Qualsevol forma de tractament automatitzat de dades personals que consisteixi en la utilització de dades personals per avaluar certs aspectes personals relacionats amb una persona física, en particular per analitzar o predir aspectes referents al seu rendiment laboral, situació econòmica, salut, preferències personals, interessos, fiabilitat, comportament, ubicació o moviments.»

⁴⁵ Articles 4 i 6 del RGPD.

⁴⁶ WACHTER, Sandra & MITTELSTADT, Brent, «A Right to Reasonable Inferences: Re-Thinking Data Protection Law in the Age of Big Data and AI», *Columbia Business Law Review* (2019) 2, p. 494-618.

⁴⁷ Exemples de databrokers són datacoup (<https://datacoup.com>) o acxiom (<https://www.acxiom.com/>).

primàries com secundàries— en mercats secundaris.⁴⁸ Les dades primàries són recollides específicament per a la finalitat de la plataforma, aplicació o empresa; les dades secundàries són, en general, d'accés públic i recollides per altres actors, com ara les administracions públiques. Aquest darrer tipus de dades sol ser gratuït o de baix cost, però, una vegada tractat, proporciona informació d'alt valor estratègic i econòmic pels operadors del mercat.

Finalment, independentment del mecanisme d'obtenció emprat, les dades dels consumidors són tractades mitjançant tècniques de *machine learning* i altres formes d'IA per generar inferències.⁴⁹ Les dades obtingudes amb el consentiment del consumidor, les recollides a través de tercers del seu entorn personal, professional o institucional i les dades disponibles al mercat adquirides mitjançant data brokers s'integren en un únic conjunt de dades sobre el qual opera les tècniques de *big data*, *machine learning* i IA per inferir característiques personals, preferències, interessos i comportaments de mercat del consumidor —elements tots ells que contribueixen a incrementar l'efectivitat de la personalització de la seva experiència de consum en un mercat – digital o no.

⁴⁸ Com a exemple, Joana Moll, artista i investigadora, va poder adquirir els perfils de cites en línia d'un milió de persones per 136 euros a través del corredor de dades USDate. Les dades adquirides incloïen perfils recopilats de l'aplicació de cites en línia Plenty of Fish, 5 milions de fotografies i detalls com la data de naixement, el codi postal i el gènere, així com informació íntima com la sexualitat, la religió, l'estat civil i si fumen, beuen o tenen fills. Després de l'entrada en vigor del RGPD, Moll no va detectar cap canvi en el nombre de perfils disponibles. (<https://www.ft.com/content/f1590694-fe68-11e8-aebf-99e208d3e521>)(últim accés 15 de Juny de 2025).

⁴⁹ Tal com s'ha explicat anteriorment, les dades obtingudes mitjançant inferències, mentre siguin anònimes, no es consideren dades personals i, per tant, queden fora de l'àmbit d'aplicació del RGPD. Vegeu el preàmbul [26] del RGPD.

2.3. Les dades com a element essencial per l'automatització i la personalització contractual

Els contractes algorítmics amb consumidors són possibles per l'existència, accés i tractament de les dades personals de les persones interessades-consumidors i les dades de l'evolució i dinàmica del mercat. Aquest és un element nou i molt rellevant que no obstant no modifica la naturalesa contractual dels contractes amb els mateixos consumidors ni el règim jurídic que els és aplicable, afecta la posició del consumidor en el contracte, el disseny de les condicions generals de la contractació i, en última instància, la distribució de l'excedent contractual entre les parts contractants.

Les dades aporten potencials guanys per als consumidors, però també presenta riscos.⁵⁰ Els contractes de consum en l'àmbit digital es configuren en dues fases diferenciades, funcionalment autònomes però factualment estretament interrelacionades. Com s'ha explicat anteriorment, quan un consumidor accedeix a un lloc web, entra en una plataforma o mercat de doble cara⁵¹ el primer que troba és una sol·licitud per accedir, recollir i eventualment tractar les seves dades personals. Aquestes dades poden incloure, per exemple, l'historial de navegació, els contactes, les dades del dispositiu o la geolocalització. La decisió sobre quines dades personals compartir —si és que se'n comparteixen— constitueix un element previ, ineludible i necessari a la transacció relativa al bé o servei que el consumidor cerca. Aquest element resulta essencial per al benestar present i futur del consumidor.

La configuració personalitzada de les polítiques de privacitat —mitjançant l'acceptació, el rebuig o la modificació de les dades personals que el consumidor està disposat a compartir— actua com a

⁵⁰ Gerhard WAGNER & Horst EIDENMUELLER «Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases and Shaping Preferences – Regulating The Dark Side of Personalized Transactions» (2018) 86 *University of Chicago Law Review* p. 581.

⁵¹ Els anomenats mercats de doble cara són mercats digitals als quals hi ha efectes de xarxa a les dues bandes del mercat: tant a la banda dels oferents com dels demandants. Un exemple de mercat de doble cara seria Amazon.

primer filtre que determina l'estatus present i, eventualment, futur del consumidor dins del mercat al qual pretén participar.

Una vegada la política de privacitat ha estat acceptada, rebutjada o configurada de manera personalitzada, la segona fase de la contractació digital amb consumidors consisteix en la configuració de la transacció que té com a objecte l'intercanvi de béns o serveis — digitals o no digitals.

Tot i ser formalment diferents, i jurídicament i funcionalment autònoms, els dos estadis que conformen la transacció digital —les polítiques de privacitat i els contractes de consum que defineixen els termes de la transacció subjacent— es troben profundament interconnectats, ja que el primer —les polítiques de privacitat— exerceix una influència determinant tant en la configuració del disseny de la transacció com en el nivell de benestar que el consumidor pot obtenir d'aquesta.⁵²

3. La paradoxa digital: estandardització, personalització automatitzada de les transaccions amb consumidors i el repte de la posició sistèmica del consumidor en transaccions digitals

La importància econòmica, social i jurídica de les dades personals i el seu tractament amb tècniques de *big data* ha generat una paradoxa que representa un repte pel dret civil, tant pel dret de contractes en general com especialment per la protecció al consumidor en aquest segle XXI: la tecnologia permet que l'estandardització contractual en contractes amb consumidors pugui proporcionar una personalització automatitzada de les

⁵² Frederik ZUIDERVEEN BORGESIU and Joost POORT, «Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law», (2017) *J. Consum Policy* 40, p. 347-366.

transaccions. Aquesta paradoxa reflecteix una tensió estructural pròpia dels entorns digitals on la posició del consumidor al mercat, definida per l'algoritme, esdevé sistèmica.

D'una banda, l'estandardització contractual —materialitzada en condicions generals de la contractació predisposades per part dels professionals - facilita l'eficiència transaccional i l'escalabilitat, tot consolidant un model de contractació en massa caracteritzat per l'absència de negociació individualitzada. D'altra banda, aquesta lògica s'articula amb dinàmiques de personalització automatitzada, per mitjà de tècniques de tractament massiu de dades personals (*profiling*), que segmenten, modelen i anticipen el comportament dels usuaris als mercats, alterant potencialment l'equilibri transaccional, i per tant contractual entre les parts. En aquest marc, el consumidor no només es troba en una posició jurídicament dèbil, sinó també col·locat en un lloc al mercat que esdevé sistèmic, que el fa vulnerable a discriminacions i possibles biaixos sobre la base de les dificultats que tenim actualment per conèixer com funcionen aquests sistemes des del punt de vista tecnològic, quines variables s'utilitzen, amb quins pesos, amb quins resultats i amb dificultats més que significatives per poder redreçar aquesta posició sistèmica a la qual el consumidor desitgi.

La nova dimensió de sistematització de la contractació amb consumidors, resultat de l'estandardització i de la personalització contractual automatitzada, representa un dels majors reptes que el dret de contractes haurà d'afrontar en els pròxims anys.

3.1. Estandardització contractual

Les condicions generals de la contractació constitueixen un element fonamental en els contractes celebrats amb consumidors, especialment tenint en compte la generalització de la contractació en massa i la inevitable necessitat l'estandardització contractual. Les condicions generals són clàusules contractuals predisposades unilateralment per una de les parts, habitualment el professional o empresari, amb la intenció que s'apliquin de manera uniforme i repetida en múltiples contractes, sense que es produeixi una negociació individualitzada

amb el consumidor.⁵³ L'asimetria d'informació, el diferent poder negocial entre el professional i el consumidor i l'absència de negociació directa fa que les condicions generals de la contractació esdevinguin una de les bases de l'asimetria existent en transaccions entre professionals i consumidors.⁵⁴

L'estandardització contractual té potencials, però també riscos, tant pel benestar dels consumidors com per a l'interès general, així com per a altres valors jurídics rellevants, com ara l'autonomia privada i la llibertat de contractació.

Des d'una perspectiva funcional, l'ús de condicions generals de contractació facilita la reducció dels costos de transacció i promou la uniformitat del contingut contractual, fet que evita divergències entre contractes similars subscrits entre un mateix professional i els consumidors, possibilita economies d'escala que redueixen el cost de contractació per unitat de producte o servei, o per cada unitat monetària abonada a l'oferent i facilita la comparació entre contractes entre diferents professionals del mateix sector —financer, per exemple— i els consumidors.

Això no obstant, les condicions generals de la contractació també presenten reptes, riscos i inconvenients. L'estandardització contractual pròpia de l'ús de condicions generals de la contractació comporta riscos per a la posició dels qui, en la majoria dels casos són els adherents al contracte. Els consumidors, sovint, desconeixen el contingut, els efectes i les implicacions d'aquestes condicions, bé sigui per ignorància de la seva pròpia existència en el document contractual, o bé perquè no en comprenen el significat jurídic i econòmic.⁵⁵ Aquesta

⁵³ Les condicions generals de la contractació estan definides a l'article 3.2.1 de la Directiva 93/13 de clàusules abusives. Vegi's també la STJUE de 16 de Gener de 2014, *Constructora Principado*, C-226/12.

⁵⁴ Per tal d'adreçar l'asimetria contractual en contractes amb consumidors, el regulador Europeu va adoptar la Directiva 93/13/CEE sobre clàusules abusives per tal de controlar la transparència material i abusivitat de les condicions generals de la contractació.

⁵⁵ Vegi's BAKOS, YANNIS, MAROTTA-WUGLER, FLORENCIA i TROSSEN, David R. «Does Anyone Read the Fine Print? Consumer Attention to Standard Form Contracts» (2014) *Journal of Legal Studies* 43 (1), p. 1-35.

asimetria informativa i negocial permet al predisponent dissenyar estructures contractuals que li permeten apropiar-se de l'excedent contractual agregat generat pel contracte com a benefici individual deixant el consumidor sense excedent contractual o amb un excedent contractual mínim i suficient perquè el consumidor vulgui celebrar la transacció.

Des d'un punt de vista econòmic un dels perills que presenten les condicions generals de la contractació és que aquestes ni maximitzen els guanys conjunts generats per la transacció, ni maximitzen el benestar el consumidor en comparació amb estructures contractuals alternatives, ni milloren necessàriament el benestar de les parts contractuals en comparació amb la seva situació amb anterioritat a la formalització del contracte.⁵⁶

Els efectes negatius de les condicions són els de la contractació en contractes en consumidors és una de les raons jurídiques que expliquen l'adopció de la Directiva 93/13/CEE⁵⁷ per part del legislador europeu. Aquesta directiva, d'harmonització mínima, regula la transparència i l'abusivitat de les clàusules no negociades individualment en contractes amb consumidors.

L'estandardització contractual inherent a les relacions entre professionals i consumidors als mercats ha generat una inevitable uniformització dels dissenys i continguts contractuals així com de la distribució de l'excedent contractual entre professionals i consumidors els mercats.⁵⁸

⁵⁶ La millora del benestar contractual respecte la situació no contractual és un dels pressupòsits que explicarien per què les parts contractuals celebren un contracte. Si no hi hagués guany, o expectativa de guany, les parts contractuals no voldrien celebrar el contracte. Vegi's Fernando Gómez Pomar & Mireia Artigot Golobardes, «Costes, precios y excedente contractual en el control de la contratación de consumo, especialmente la hipotecaria» (2020) *Anuario de derecho civil* 73(1). 7-100 per una anàlisi més detallada sobre la caracterització de l'estandardització contractual a través de les condicions generals de la contractació.

⁵⁷ Directiva 93/13/CEE de 5 de abril de 1993, sobre les clàusules abusives en contractes celebrats amb consumidors, *OJ L 95*, 21.4.1993, p. 29–34.

⁵⁸ Gómez Pomar, Fernando & Artigot Golobardes, Mireia, (2020) «Ex-Post Fairness Controls and Contract Design: The Spanish Experience», a *CONSUMER LAW AND ECONOMICS*, Springer.

Els entorns digitals a través de la utilització de la quantitat immensa de dades personals dels consumidors i la capacitat tecnològica proporcionada pels algorismes, les tècniques de *machine learning* i la IA ha permès, paradoxalment, personalitzar l'estandardització contractual.

3.2. La personalització automatitzada de les dinàmiques transaccionals

Les dades personals, tal com s'ha explicat anteriorment, permeten dissenyar contractes estandarditzats a mida de les preferències i característiques de cada consumidor. Les dades personals, sovint obtingudes a canvi d'aplicacions gratuïtes, accessos a pàgines web o a plataformes *online*, permeten personalitzar tota l'experiència transaccional dels consumidors als mercats, sobretot digitals. La personalització no es dona només en entorns digitals. Això no obstant, és en entorns digitals on l'impacte i efectivitat d'aquesta pràctica és més important i on presenta riscos importants per garantir el model de protecció al consumidor vigent a Europa.

Aquesta personalització estandarditzada, com s'explicarà a continuació, resulta en col·locar a cada consumidor a un lloc al mercat del qual és molt difícil sortir i eventualment modificat. La personalització automatitzada col·loca al consumidor a una posició sistèmica, que és molt difícil qüestionar, donat que es desconeix les variables en base les quals s'ha obtingut el resultat, i de la que és molt difícil actualment obtenir remeis, quan aquesta posició sistèmica és el resultat de la vulneració de drets fonamentals del consumidor. La personalització col·loca al consumidor en un lloc sistèmic al mercat on se li presenten determinats tipus de productes i amb una qualitat determinada a un preu ajustat a la seva eventual disposició a pagar. Aquesta trajectòria transaccional serà la més correlacionada amb les dades que es tinguin del consumidor, tot i que no serà necessàriament a millor pel consumidor.

El consumidor, davant aquest posicionament, ho tindrà molt difícil per conèixer com s'ha dut a terme aquesta personalització, qüestionar i eventualment modificar la posició en la qual el sistema automatitzat

l'ha col·locat i per obtenir compensació pels danys que aquesta hagi pogut causar-li.

En aquest sentit, la situació sistèmica del consumidor al mercat podrà donar com a resultat un empobriment i reducció de les opcions i alternatives de consum en lloc de comportar una ampliació i millora de les opcions de consum i esdevenir una gàbia, en lloc d'una major capacitat d'elecció a mercats digitals.

3.2.1. Una dinàmica transaccional totalment personalitzada

La personalització algorítmica incideix en dues fases essencials del procés contractual: la prèvia a la formalització de la transacció quan el consumidor està avaluant les seves alternatives transaccionals i la relativa a la configuració del contingut contractual. En la fase precontractual, la personalització permet als venedors i prestadors de serveis identificar i dirigir-se a consumidors concrets mitjançant ofertes que s'ajusten de manera precisa a les seves preferències individuals. D'aquesta manera, els operadors econòmics es troben en disposició d'influir en el benestar dels consumidors, alhora que s'incrementa la probabilitat que la transacció arribi a materialitzar-se.⁵⁹ Aquesta influència en les preferències i decisions del consumidor representa que les opcions que s'ofereixen s'ajusten millor als seus interessos, reforçant-ne la direcció, però no augmentant les alternatives possibles en mercats, productes o possibles decisions diferents, fet que potencia la celebració de transaccions ajustades a la trajectòria, historial i preferències del consumidor. Des d'aquesta perspectiva, la personalització podria considerar-se socialment desitjable, en la mesura que permet la celebració de transaccions que potser, sense aquesta publicitat personalitzada i sense les pràctiques comercials precontractuals personalitzades, no s'hagués celebrat.

⁵⁹ La taxa de conversió de la publicitat personalitzada és del 4,4% mentre que la de la publicitat tradicional és del 0,57%. Vegi's Wordstream, 2024, Conversion Rate Benchmarks: Find Out How Your Conversion Rate Compares (<https://www.wordstream.com/blog/ws/2019/08/19/conversion-rate-benchmarks>) (últim accés 5 de juliol de 2025).

No obstant això, la personalització en la fase precontractual també presenta riscos per als consumidors. En destacaré tres: la publicitat segmentada, els patrons obscurs coneguts com a «*dark patterns*» i les interfícies personalitzades.

La publicitat segmentada consisteix a oferir als consumidors anuncis i recomanacions basats en el seu comportament online previ.⁶⁰ Aquesta publicitat pot ser contextual, conductual o segmentada segons grups de consumidors.⁶¹ L'impacte d'aquestes tècniques en les decisions dels consumidors és especialment rellevant quan aquests no són plenament conscients que són objecte de segmentació, ni del volum de dades recollides, del seu tractament ni de les conseqüències que aquesta informació pot tenir sobre les seves eleccions en el mercat.⁶²

Els denominats patrons obscurs o «*dark patterns*» es refereixen a dissenys tècnics adoptats per les empreses que aparenten respectar la llibertat de decisió del consumidor, però que, per la seva presentació o formulació, no afavoreixen realment els interessos d'aquest sinó que el condueixen a prendre decisions que són les que li interessa al

⁶⁰ Vegi's Frederik J. ZUIDERVEEN BORGESIU, «Online behavioral advertising: a literature review and a research agenda» (2017) 46 *J Advert* p. 383-376; Sandra WACHTER, «Affinity profiling and discrimination by association in online behavioural advertising» (2020) *Berkeley Tech Law J* 35(2), p. 367-429; Steven C. Bennet, «Regulating online behavioral advertising» (2010) 44 *J Marshall Rev*, p. 899; Sandra C. Matz et al., «Psychological targeting as an effective approach to digital mass persuasion» (2017) *Proc. Natl. Acad. Sci. U.S.A.* 114 (48), p. 12714-12719; i Choi, W. J., Jerath, K., & Sarvary, M. (2023) «Consumer Privacy Choices and (Un)Targeted Advertising Along the Purchase Journey», *Journal of Marketing Research*, 60(5), p. 889-907.

⁶¹ Vegi's Parlament Europeu, Publicitat en línia: l'impacte de la publicitat personalitzada sobre els anunciants, l'accés al mercat i les eleccions dels consumidors. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662913/IPOL_STU\(2021\)662913_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2021/662913/IPOL_STU(2021)662913_EN.pdf) (2021).

⁶² *Ibidem*.

professional, no al consumidor.⁶³ Tot i que l'origen del concepte estava associat a pràctiques enganyoses en l'àmbit digital,⁶⁴ avui dia s'inclouen també pràctiques sofisticades que, encara que no necessàriament enganyoses, impacten en les decisions del consumidor, com ara fer-los clicar en enllaços determinats o consentir compartir més dades personals de les que hauria inicialment preferit.⁶⁵

Una tercera tècnica són les interfícies personalitzades. Aquestes tenen una influència significativa en les decisions dels consumidors⁶⁶ i en l'experiència de l'usuari, que es veu modificada en funció de les dades disponibles sobre el seu comportament anterior, del grup o segment al qual pertany o del context concret de la transacció.⁶⁷ Si bé aquesta personalització pot enriquir l'experiència adaptant-la als

⁶³ FEDERAL TRADE COMMISSION, *Staff Report: Bringing Dark Patterns to Light*, 14 September 2022, https://www.ftc.gov/system/files/ftc_gov/pdf/P214800%20Dark%20Patterns%20Report%209.14.2022%20-%20FINAL.pdf. Vegi's també Federal Trade Commission, *FTC Report Shows Rise in Sophisticated Dark Patterns Designed to Trick and Trap Consumers*, <https://www.ftc.gov/news-events/news/press-releases/2022/09/ftc-report-shows-rise-sophisticated-dark-patterns-designed-trick-trap-consumers>.

⁶⁴ El concepte de *dark patterns* va ser utilitzat per primera vegada per Harry Brignull l'any 2010 per referir-se a pràctiques enganyoses en l'entorn digital. Vegi's <https://www.deceptive.design/>

⁶⁵ Arunesh MATHUR, Mihir KSHIRSAGAR & Jonathan MAYER (2021), «What Makes a Dark Pattern... Dark? Design Attributes, Normative Considerations, and Measurement Methods», a *Proceedings of the 2021 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems (CHI '21)*. Association for Computing Machinery, New York, NY, USA, Article 360, p. 1-18.

⁶⁶ Un exemple de l'ús -no revelat ni reconegut explícitament- de la personalització conductual és el cas d'Amazon, on la visualització de la pàgina es personalitza per a cada visitant en funció de les dades personals i metadades disponibles sobre ell. Aquest mecanisme té com a finalitat millorar la interacció amb el client mitjançant la personalització de recomanacions de productes i continguts, així com l'adaptació de les campanyes de màrqueting (amazon.com). PORAT, Haggai, *Behavior-Based Price Discrimination and Data Protection in the Age of Algorithms* (20 Octubre 2022). Disponible a SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4254326>.

⁶⁷ Anne-Sophie RIEGGER, Katrin MERFELD, Jan F. KLEIN, Sven HENKEL, «Technology-enabled personalization: Impact of smart technology choice on consumer shopping behavior» (2022) *Technological Forecasting and Social Change*, Volum 181.

gustos del consumidor, també pot conduir a un direccionament de les seves preferències a través de l'explotació de biaixos cognitius,⁶⁸ la distorsió de la percepció sobre els béns i serveis,⁶⁹ i la influència sobre la disposició a pagar. Això pot donar com a resultat la celebració de contractes que, sense aquestes pràctiques, no s'haurien subscrit, amb uns beneficis contractuals inferiors als inicialment esperats o fins i tot negatius pel consumidor.⁷⁰

Aquestes tres pràctiques —la segmentació, els patrons obscurs i la personalització d'interfícies— tenen un impacte innegable en les percepcions i decisions dels consumidors,⁷¹ amb implicacions en diversos àmbits jurídics.⁷² En primer lloc, moltes d'aquestes conductes contradiuen normes que van des de la publicitat enganyosa⁷³ fins a les

⁶⁸ Gerhard WAGNER & Horst EIDENMUELLER «Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases and Shaping Preferences – Regulating The Dark Side of Personalized Transactions» (2018) 86 *University of Chicago Law Review* p. 581 i Strycharz, J. & Duivenvoorde, B. (2021), «The exploitation of vulnerability through personalised marketing communication: are consumers protected?» *Internet Policy Review* 10(4).

⁶⁹ BAR-GILL, Oren, «Algorithmic Price Discrimination When Demand Is a Function of Both Preferences and (Mis)perceptions», *University of Chicago Law Review* (2019) 86(2), p. 237.

⁷⁰ *Ibidem*

⁷¹ Vegi's LUPIÁÑEZ-VILLANUEVA, Francisco; BOLUDA, Alba; BOGLIACINO, Francesco; LIVA, Giovanni; LECHARDY, Lucie; RODRÍGUEZ DE LAS HERAS BALLELL, Teresa, «Behavioural study on unfair commercial practices in the digital environment: dark patterns and manipulative personalisation», a Directorate-General for Justice and Consumers (European Commission) (2022) (disponible a <https://data.europa.eu/doi/10.2838/859030>), destacant que els consumidors sovint no són conscients de l'ús de pràctiques comercials deslleials; però, una vegada identifiquen que s'estan emprant aquestes pràctiques, les perceben de manera negativa.

⁷² *Ibidem*, destacant que els *dark patterns* més habituals són: (1) la ocultació d'informació o la jerarquia falsa de la informació, (2) la preselecció de consentiments o opcions, (3) les interrupcions insistents (*nagging*), (4) la dificultat per cancel·lar serveis o subscripcions, i (5) la inscripció obligatòria (*forced registration*), tal com ha assenyalat la Comissió Europea.

⁷³ Directiva 2006/114/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2006, relativa a la publicitat enganyosa i comparativa (DOUE L 376, 27.12.2006, p. 21–27).

pràctiques comercials deslleials.⁷⁴ A més, poden tenir repercussions en la fase precontractual, en la formació del contracte i en l'àmbit dels remeis per incompliment contractual. Els remeis jurídics avui, encara són molt febles. Potser la disposició més rellevant i innovadora en el dret de la Unió Europea és el nou article 11 bis de la Directiva 2005/29/CE,⁷⁵ que preveu que els consumidors perjudicats per pràctiques comercials deslleials —incloent-hi aquelles relacionades amb la fixació de preus algorítmica— disposin de remeis proporcionats i efectius, com ara la compensació pels danys patits i, si escau, la reducció del preu o la resolució del contracte.⁷⁶

En l'àmbit estrictament contractual, la personalització algorítmica possibilita que les condicions del contracte siguin adaptades a les característiques particulars de cada consumidor, fet que en facilita

⁷⁴ 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 al mercat interior i per la qual es modifiquen la Directiva 84/450/CEE del Consell, les Directives 97/7/CE, 98/27/CE i 2002/65/CE del Parlament Europeu i del Consell, i el Reglament (CE) núm. 2006/2004 del Parlament Europeu i del Consell («Directiva sobre pràctiques comercials deslleials»), DO L 149, 11.6.2005, p. 22–39. Vegi's BRENNCKE, M. A., «Theory of Exploitation for Consumer Law: Online Choice Architectures, Dark Patterns, and Autonomy Violations», (2024) *J Consum Policy* 47, p. 127-164; i BRENNCKE, M. A., «Regulating Dark Patterns», (2024) *Notre Dame Journal of International & Comparative Law* 14(1) Article 5 (Disponible a <https://scholarship.law.nd.edu/ndjicl/vol14/iss1/5>).

⁷⁵ La Directiva 2161/2019 va esmenar la Directiva 29/2005 entre d'altres introduint l'article Article 11 bis que preveu el següent: «*Reparació. 1. Els consumidors perjudicats per pràctiques comercials deslleials tenen accés a mesures correctores proporcionades i eficaces, inclosa una indemnització pels danys i perjudicis patits pel consumidor i, quan escaigui, una reducció del preu o la resolució del contracte. Els Estats membres poden establir les condicions de l'aplicació i els efectes de les mesures correctores esmentades. Els estats membres poden tenir en compte, quan sigui procedent, la gravetat i la naturalesa de la pràctica comercial deslleial, els danys i perjudicis patits pel consumidor i altres circumstàncies pertinents. 2. Aquestes mesures correctores s'entenen sense perjudici de l'aplicació d'altres mesures correctores de què disposin els consumidors en virtut del dret de la Unió o nacional.*

⁷⁶ Aquest article 11bis de la Directiva 2005/29 presenta incerteses ja que les seves condicions i efectes són delegats als estats membres, i s'associen estretament als remeis per manca de conformitat en la venda al consumidor, fet que pot limitar la seva aplicabilitat i efectivitat uniformes a nivell europeu.

l'acceptació i redueix els costos de transacció. Els venedors o prestadors poden ajustar les condicions contractuals a la informació disponible sobre el consumidor, cosa que contribueix a una disminució dels costos associats a la negociació i formalització del contracte. En aquest sentit, la personalització podria, com a mínim des d'un punt de vista teòric, incrementar l'excedent que el consumidor obté del contracte i, simultàniament, potenciar l'excedent agregat generat per la transacció en l'àmbit del mercat.

Tanmateix, els efectes positius potencials de la personalització contractual sobre el benestar del consumidor depenen de diverses variables, com ara l'existència d'informació precontractual sobre la personalització, l'estructura del mercat —particularment si aquest és competitiu o no— i la possibilitat de segmentar els consumidors.⁷⁷ En darrera instància, si els venedors o prestadors competeixen entre ells i podrien establir preus que reflectissin el cost de la protecció legal personalitzada que oferissin, i els consumidors, coneixedors d'aquest fet, obtindrien una transacció no només eficient, sinó també òptima. En aquestes condicions, els consumidors podrien assumir preus diferenciats que reflectirien el cost marginal de la protecció jurídica que se'ls proporcionés. Així, la configuració contractual resultant implicaria costos i preus diversos en funció de les preferències individuals i del nivell de protecció legal associada. Aquesta estructura, en un principi, seria positiva.

Així doncs, si la personalització contractual fos completa i perfecta, els costos de transacció es modularien segons les preferències dels consumidors i els preus reflectirien l'estructura heterogènia dels costos tant per part del venedor com del comprador. L'excedent contractual resultant seria eficient i el resultat, òptim en termes de Pareto, ja que cada part contractant —tant el professional com el consumidor— assoliria el màxim excedent possible derivat del contracte. A més, no hi hauria pèrdues de benestar (*deadweight loss*), no es produirien subsidis creuats entre consumidors i els incentius per celebrar contractes també serien òptims.

⁷⁷ Omri BEN-SHAHAR & Ariel PORAT, «Personalizing Mandatory Rules in Contract Law», (2020) 86 *University of Chicago Law Review* p. 255.

Tanmateix, desafortunadament, la realitat dista molt d'aquesta eficiència i optimalitat ideal. La personalització algorítmica dels contractes amb consumidors presenta també dubtes i reptes importants donat que el seu funcionament es basa en l'explotació massiva de dades recollides per part dels venedors, les quals permeten ajustar, tant les alternatives contractuals que se'ls presenta, així com els termes contractuals, a les preferències individuals dels consumidors.

En termes generals, la personalització pot comportar pèrdues per als consumidors que, sota un règim de contractes uniformes, es beneficiaven indirectament d'un subsidi creuat. Així, aquells consumidors que acceptaven condicions i preus uniformes, però estaven disposats a pagar més podrien veure com els preus dels seus contractes augmenten. Això es deu al fet que la personalització comporta una correlació directa entre el preu del contracte i el nivell de protecció jurídica proporcionat. Altres consumidors, per contra, podrien veure reduïts els preus contractuals, en tant que només pagarien per la protecció que voluntàriament decideixen adquirir. Si aquesta fos baixa i, per tant, amb un cost menor que la que tindrien amb un contracte uniforme, el preu del contracte personalitzat seria menor. Més endavant —a la secció 3.3— es desenvolupa amb més detall aquesta idea.

Malgrat el seu potencial per millorar el benestar, la personalització també planteja riscos vinculats a la manipulació de les preferències del consumidor, a l'explotació de biaixos cognitius i conductuals, i a possibles traspassos de l'excedent del consumidor cap al venedor o prestador.⁷⁸ Aquestes pràctiques poden acabar reduint l'espai d'elecció del consumidor, oferint i promocionant la celebració de transaccions que redueixen el seu benestar i, en última instància, celebrant contractes amb pèrdues d'excedent pel consumidor.

Com s'ha explicat anteriorment, en la fase precontractual, els venedors disposen d'informació que els permet dirigir publicitat i recomanacions de manera personalitzada amb l'objectiu d'influir en les preferències dels consumidors, fins al punt de formalitzar

⁷⁸ WAGNER, G. & EIDENMUELLER, H. G. M., «Down by Algorithms? Siphoning Rents, Exploiting Biases and Shaping Preferences –Regulating The Dark Side of Personalized Transactions» (2018) 86 *University of Chicago Law Review* p. 581.

contractes amb consumidors que, sense aquestes pràctiques personalitzades, no s'haurien celebrat. Aquesta mateixa informació permet, així mateix, explotar biaixos de comportament que dificulten que el consumidor valori adequadament els costos esperats derivats de la transacció, i, en conseqüència, l'excedent que n'obtindria.⁷⁹ Aquest fenomen és especialment rellevant en transaccions complexes, però els biaixos cognitius s'estenen molt més enllà dels escenaris contractuals sofisticats.⁸⁰

En un cas límit, la personalització algorítmica podria derivar en una discriminació de preus de primer grau —o discriminació perfecta—, àmpliament estudiada en l'àmbit de l'economia.⁸¹ Aquest tipus de discriminació pot generar resultats eficients en termes d'excedent global, però planteja seriosos problemes d'equitat donat que només una de les parts de la transacció—en aquest cas el professional— obtindria un excedent contractual, en aquest cas, tot l'excedent generat per la transacció. Si els venedors coneixen —o poden inferir— el preu de reserva dels consumidors, la personalització contractual podria donar com a resultat l'acceptació de condicions generals de la contractació i dissenys contractuals que els consumidors acceptarien gustosament, però que no els permetria obtenir cap excedent contractual.⁸² Així, tot i que el consumidor podria percebre que el contracte seria beneficiós per ell, en realitat sota aquesta

⁷⁹ See Michael D. GRUBB, «Overconfident Consumers in the Marketplace», (2015) 29 *J Econ Perspectives* p. 9, 12-13; Xavier GABAIX & David LAIBSON, «Shrouded Attributes, Consumer Myopia, and Information Suppression in Competitive Markets», (2006) 121 *Q J Econ* p.505, 507-11; Stefano DELLAVIGNA & Ulrike MALMENDIER, «Contract Design and Self-Control: Theory and Evidence», (2004) 119 *Q J Econ* p. 353, 389.

⁸⁰ Cass R. SUNSTEIN, Christine JOLLS & Richard H. THALER, «A Behavioral Approach to Law and Economics», (1998) 50 *Stanford Law Review* p. 1471.

⁸¹ Hal VARIAN, *Intermediate microeconomics: A modern approach*, New York: W.W. NORTON & Co, 2010 i Benjamin SHILLER et al., «First degree price discrimination using big data», (2013) Brandeis Univ., Department of Economics (disponible a <https://econpapers.repec.org/RePEc:brd:wpaper:58>).

⁸² BAR-GILL, Oren (2019) «Algorithmic Price Discrimination When Demand Is a Function of Both Preferences and (Mis)perceptions», *University of Chicago Law Review* 86(2) Article 12 (disponible a: <https://chicagounbound.uchicago.edu/uclrev/vol86/iss2/12>).

estructura, els consumidors s'empobririen en els seus contractes de consum donat que no obtindrien cap excedent. Malgrat l'eficiència aparent de l'equilibri transaccional,⁸³ aquesta estructura transaccional i contractual comprometria seriosament la protecció del consumidor.

3.2.2. Tipus de personalització automatitzada

Hi ha diversos tipus i mecanismes de personalització en funció de les dades emprades i de la dinàmica del procés de personalització de la transacció. L'aprenentatge automàtic (*machine learning*) i la IA permeten adaptar les opcions dels consumidors, així com dissenyar i personalitzar les transaccions i els contractes de consum que les regulen. Com s'ha explicat anteriorment, aquesta personalització es fa possible gràcies a la recollida de dades procedents de diverses fonts, i a les inferències que se n'extreuen sobre les característiques personals, les preferències i les característiques conductuals dels consumidors.

És possible distingir dues grans tipologies de mecanismes de personalització: la personalització conductual —o de comportament— i la personalització algorítmica o basada en dades —*data driven personalization*. Tot i que ambdues poden emprar conjunts de dades similars, els mecanismes de funcionament de la tecnologia que els configura - i, sobretot, les implicacions jurídiques - són substancialment diferents.

La personalització conductual o del comportament es fonamenta en el comportament previ del consumidor en entorns digitals. Aquesta no es basa en característiques intrínseques del consumidor, com ara la raça, el sexe, els ingressos o el nivell educatiu, sinó en l'activitat concreta i observada del consumidor en entorns digitals.

⁸³ L'equilibri transaccional i contractual d'una estructura de monopoli perfectament diferenciador de primer grau és equivalent al resultat òptim que s'obtindria sota una estructura perfectament competitiva. La distribució interna dels beneficis contractuals, no obstant, seria totalment inequitativa atès que aquests només serien pel venedor professional predisponent dels termes contractuals. Vegi's Hal VARIAN, *Intermediate microeconomics: A modern approach*, New York: W.W. NORTON & Co, 2010 i Benjamin SHILLER et al., «First degree price discrimination using big data», (2013) Brandeis Univ., Department of Economics (disponible a <https://econpapers.repec.org/RePEc:brd:wpaper:58>).

D'altra banda, la personalització algorítmica o basada en dades s'alimenta d'un conjunt de dades molt més ampli, obtingut a partir de dades recollides amb el consentiment del consumidor com aquelles procedents de tercers —persones i institucions de l'entorn social i personal del consumidor—, així com de data brokers. Mitjançant tècniques d'IA, s'infereixen noves dades sobre el consumidor, amb l'objectiu d'ajustar de manera precisa les ofertes a les seves preferències. Aquest model permet, entre altres aspectes, adaptar les condicions contractuals (inclosos els preus) a la disposició a pagar del consumidor, ajustar l'objecte contractual a les seves preferències particulars i, fins i tot, proporcionar remeis contractuals personalitzats.

Una diferència fonamental entre ambdós mecanismes rau en el grau d'agència que conserva el consumidor. En el cas de la personalització conductual, el consumidor podria —si més no teòricament— comportar-se de forma estratègica per tal d'induir els algorismes a conclusions errònies sobre les seves preferències. En canvi, en el model de personalització basada en dades, aquest marge d'acció estratègica desapareix pràcticament. Tot el poder resideix en l'empresa que controla la plataforma digital i la capacitat del consumidor de reaccionar davant d'aquesta personalització és molt més limitada.

Tal com s'ha apuntat anteriorment, ni la personalització del contracte ni la uniformitat contractual són, per si soles, necessàriament perjudicials o problemàtiques per als consumidors, però tampoc són inherentment beneficioses. La uniformitat contractual implica que tots els consumidors tinguin un conjunt similar, si no el mateix, d'opcions, termes contractuals, preus i normes obligatòries, independentment de les seves preferències i circumstàncies, inclosa, és clar, la seva disposició a pagar.

No obstant la percepció d'equitat i de justícia de la uniformitat contractual, els contractes uniformes tenen el potencial de generar un problema de risc moral perquè els consumidors celebren transaccions uniformes, per objectes uniformes que els diferents agents valoren de manera diferent. Això pot generar subvencions

creuades entre els consumidors amb efectes distributius (regressius)⁸⁴. Els contractes uniformes de consum tenen el mateix disseny de transacció i assignació del risc de transacció, i paguen el mateix per l'objecte del contracte i per la protecció legal que poden valorar de manera diferent i també poden exercir de manera diferent.⁸⁵ Quan un contracte proporciona un conjunt uniforme de drets entre els consumidors que poden valorar aquests drets de manera diferent, els consumidors amb una valoració més baixa subvencionen els drets dels que més els valoren i que més els poden exercir. Atès que el contracte és uniforme i el seu preu també ho és, els consumidors que no valoren alguns dels drets que hi figuren pagaran un preu més alt pel contracte del que pagarien si poguessin separar els drets que no valoren. Aquest preu més alt que paguen subvenciona els consumidors que valoren més aquests drets.

En aquest entorn contractual uniforme, els consumidors amb ingressos més baixos i menys disposició a pagar —que tendeixen a ser menys propensos a exercir els seus drets com a consumidors— subvencionen la distribució del risc i els drets contractuals de la transacció als consumidors amb ingressos més alts, que paguen el mateix, però són més propensos a exercir aquests drets en virtut del contracte i, per tant, no suporten el cost total dels seus drets en virtut del contracte.⁸⁶ Aquesta subvenció creuada genera costos contractuals addicionals per al grup de consumidors de baixa valoració, alhora que redueix el cost del contracte per al grup de consumidors de valoració més alta, que s'emporten els beneficis inesperats.⁸⁷

⁸⁴ Omri BEN-SHAHAR & Ariel PORAT, «Personalizing Mandatory Rules in Contract Law» (2019) *University of Chicago Law Review*, Vol. 86 (2), p. 255.

⁸⁵ *Ibidem*.

⁸⁶ *Ibidem*.

⁸⁷ Al límit els consumidors no estarien disposats a pagar el preu del contracte uniformitzat abandonarien el mercat. Això seria cert encara que els preus dels contractes fossin diferents. Aquests consumidors, que valoren menys els drets contractuals que el seu cost, acabarien decidint no subscriure el contracte, de manera que només aquells que valoren el contracte uniformitzat més enllà del seu cost voldrien celebrar-lo. BEN-SHAHAR & PORAT, loc.cit.

Aquestes subvencions creuades tenen implicacions distributives.⁸⁸ Si el contracte és uniforme i el seu preu també ho és, els consumidors que valoren més els drets proporcionats pels termes del contracte i, per tant, esperen exercir-los més, són subvencionats per aquells que valoren menys els drets i esperen exercir-los menys. Els consumidors pobres paguen per drets que poden o exercir o que no els importen i el resultat és regressiu.

Així doncs, tant les estructures contractuals, uniformes com personalitzades, presenten avantatges, perills i reptes per al benestar del consumidor. No és possible, per tant, concloure, de forma general i des d'un punt de vista de l'excedent contractual que pot rebre el consumidor un esquema que sigui millor generalment per tots els casos.

3.3. Les transaccions digitals i la posició sistèmica del consumidor

L'estandardització de les condicions generals en contractes amb consumidors i la possibilitat de personalitzar les transaccions d'acord amb les característiques personals del consumidor, preferències i dinàmiques del mercat dona com a resultat la col·locació del consumidor en una posició sistèmica als mercats.

La paradoxa entre l'estandardització de les clàusules contractuals, l'automatització personalitzada dels dissenys i continguts contractuals —sobretot els preus— a través de la utilització de les dades dels consumidors, generen dos importants reptes nous que crec que val la pena destacar: d'una banda, la impossibilitat de saber les variables en base les quals es col·loca al consumidor en un determinat lloc al mercat amb un resultat, potencialment discriminatori —directe o indirecte— i silencios i, en segon lloc, la dificultat del consumidor per poder redreçar, modificar i eventualment reconfigurar la posició sistèmica que el sistema automatitzat li ha proporcionat i obtenir remeis per la possible discriminació o els possibles danys patits a conseqüència d'aquesta.

⁸⁸ *Ibidem*, p. 255.

Avui dia no se sap exactament com els algorismes, les tècniques de *machine learning* i la IA tradueixen les dades obtingudes sobre el comportament i característiques dels consumidors en pràctiques i dissenys contractuals personalitzats.⁸⁹ No sabem, per tant, quines variables s'utilitzen, en quins pesos en el resultat final, quins sentits, quines relacions entre elles i finalment, com aquestes afecten el resultat —el preu— final ... és a dir, desconexem el disseny i funcionament intern de la tecnologia que genera la personalització automatitzada. Així doncs, desconexem si aquests sistemes utilitzen variables exògenes i descriptives del consumidor —com l'edat, el lloc de residència o el nivell educatiu— o variables que informen de característiques que podrien generar resultats discriminatoris —com la raça, el gènere o la religió. Els algorismes que s'utilitzen en entorns digitals sovint, poden, intencionadament o no, discriminar directament o indirectament certs grups d'individus.⁹⁰ Aquesta discriminació pot ser directa o indirecta. Mentre la discriminació directa —tant per disseny o pel funcionament de l'algoritme, sistema de *machine learning* o d'IA— no està permesa en cap cas ni en relacions verticals ni en relacions

⁸⁹ El juliol de 2024 la Federal Trade Commission (FTC) va iniciar la primera investigació per part d'una agència sobre la personalització de preus requerint informació de 8 intermediaris que ofereixen algorismes de personalització a empreses que venen directament al públic. Vegeu <https://www.ftc.gov/news-events/features/surveillance-pricing> La victòria electoral del president Donald Trump va representar un canvi de presidència de la FTC i aturar aquesta investigació que adia d'avui no s'ha reprès.

⁹⁰ J. KLEINBERG et al., «Discrimination in the Age of Algorithms» (2018) 10 *Journal of Legal Analysis* p. 113; F.J. ZUIDERVEEN BORGESIU, *Discrimination, artificial intelligence, and algorithmic decision-making*, Council of Europe, Directorate General of Democracy, 2018 (disponible a, <https://rm.coe.int/discrimination-artificial-intelligence-and-algorithmic-decisionmaking/1680925d73>) i R. XENIDIS & L. SENDEN, «EU non-discrimination law in the era of artificial intelligence: Mapping the challenges of algorithmic discrimination» a Ulf BERNITZ et al (eds), *General Principles of EU law and the EU Digital Order*, Kluwer Law International, 2020, p. 157.

jurídiques horitzontals,⁹¹ la discriminació indirecta està més àmpliament definida i alguns resultats diferenciadors no s'entenen com a discriminatoris pels tribunals europeus.

La IA i els algorismes a mercats digitals poden provocar discriminació contra els consumidors per motius de gènere o raça, per exemple, vulnerant els seus drets econòmics fonamentals d'accés i participació en els mercats en línia, gaudint de termes contractuals similars als d'altres consumidors d'altres races i, en última instància, gaudint d'avantatges econòmics relativament equivalents a altres consumidors al mercat.

Les possibles pràctiques discriminatòries d'algorismes a mercats digitals —amb efectes a contractes amb consumidors en entorns digitals o no— representa un dels reptes més importants de les pròximes dècades: definir quan la personalització dels disseny transaccionals, especialment dels preus, és simplement diferenciació contractual o constitueix una discriminació sobre la base de les variables que s'hagin utilitzat. Aquesta determinació serà fonamental que avaluar jurídicament i econòmicament una pràctica que comença a tenir una presència, trajectòria i desenvolupament important.

El segon repte que presenta la personalització automatitzada de preus és la sistematització de la posició del consumidor en un lloc al mercat i la dificultat per modificar, redreçar o superar el lloc que l'algoritme o el sistema automatitzat ha donat al consumidor i per compensar els possibles danys causats per la personalització contractual o per la discriminació —directiva o indirecta patida.

La posició del consumidor no és merament circumstancial o fruit de decisions individuals, sinó que sovint és el resultat d'un procés de classificació algorítmica que el col·loca en una determinada categoria, segment o nínxol de mercat. Aquesta posició, que esdevé sistèmica, deriva de l'ús intensiu de dades personals, d'hàbits de consum i d'interaccions digitals que alimenten sistemes de decisió automatitzada

⁹¹ Vegi's la sentència TJUE C-414/16, *Vera Egenberger v. Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung eV* [2018] ECLI:EU:C:2018:257 on el Tribunal europeu va concloure que la prohibició de discriminació sota l'article 21(1) de la Carta dels drets fonamentals de la Unió Europea s'aplica no només a relacions verticals entre autoritats i individus sinó també en relacions horitzontals entre privats.

orientats a optimitzar estratègies comercials. Un cop assignat a un cert perfil, els algoritmes, i la tecnologia de *machine learning* o d'IA reforça aquesta posició oferint productes i serveis ajustats a les característiques i preferències del consumidor segons les dades del passat que es tenen sobre aquest. Es crea, doncs, un cercle virtuós entre les característiques i preferències del consumidor, l'entrenament i dinàmica dels algoritmes, *machine learning* i IA i el que el consumidor veu, se li ofereix i el preu que eventualment ha de pagar. D'aquesta manera, el consumidor experimenta una forma de sistematització forçada, atès que les interfícies digitals, les ofertes, els preus i fins i tot les opcions disponibles són personalitzades d'acord amb aquesta classificació. Si el consumidor és pobre, per exemple, se li oferiran productes de preu baix i de qualitat modesta. No veurà, doncs, alternatives interessants que eventualment no podria comprar, però que podria considerar, aprendre i sobre les quals decidir. Veurà el segment i nínxol de mercat al qual l'algoritme l'ha col·locat. Això genera una rigidesa estructural que fa molt difícil alterar la mateixa posició en el mercat, especialment quan aquesta està vinculada a biaixos o suposicions implícites en els models algorítmics.

Aquesta dinàmica planteja reptes importants des del punt de vista del dret dels consumidors, la llibertat de contractació i el principi d'igualtat d'accés al mercat, ja que pot consolidar formes de discriminació econòmica estructural difícilment visibles i encara més difícilment reversibles per part del consumidor individual.

4. Reflexions finals: repensant un dret de contractes útil pels reptes que presenten els nous entorns contractuals

Els algoritmes, *machine learning* i la IA introdueixen dues dimensions diferenciades però estretament interrelacionades en l'àmbit de les transaccions amb consumidors. D'una banda, una dimensió intrínseca, que fa referència al disseny dels algoritmes i a la seva influència sobre les decisions dels consumidors i la personalització de les transaccions. De l'altra, una dimensió relacional, que se centra

en l'impacte que aquestes formes de personalització tenen sobre el benestar del consumidor, l'estructura de les transaccions i els mecanismes de protecció a disposició del consumidor.⁹²

Les profundes transformacions que estan experimentant les nostres societats, institucions econòmiques i jurídiques fan necessari respondre a nous objectes contractuals, dinàmiques contractuals, posicions contractuals i de mercat, entre d'altres.

Els drets privats – i més específicament els drets civils – del segle XXI hauran de respondre no redissenyant les institucions del passat pensant en les possibles realitats del futur sinó que hauran d'entendre les bases de les transformacions que els nostres sistemes econòmics i socials estan experimentant analitzant les noves estructures i realitats que plantegen i proporcionar, en la mesura que sigui possible, solucions que puguin resoldre, o com a mínim contribuir a resoldre, els reptes que el nou segle i el desenvolupament tecnològic ens ha portat.

El valor d'un dret privat del segle XXI no s'avaluarà per com aquest preserva i adapta les institucions que li són pròpies sinó per la seva capacitat de respondre, de manera efectiva a les realitats, que d'una forma dinàmica, es generen a les nostres societats. Esperem que el dret civil català sigui dels drets civils que ho sabrà fer.

⁹² Oren BAR-GIL & Omri BEN-SHAHAR, «Regulatory Techniques in Consumer Protection: A Critique of European Consumer Contract Law» (2013) 50 *Common Market Law Review* p. 109-26.

Les obligacions implícites de les plataformes en línia envers els béns i serveis subjacents i la responsabilitat contractual

Josep Maria Bech Serrat

Professor titular de Dret civil. Universitat de Girona

Sumari

1. Introducció

2. Una responsabilitat de la plataforma per la influència predominant sobre els proveïdors

3. Una responsabilitat de la plataforma per incompliment del contracte d'accés relacionada amb els béns o serveis subjacents

3.1. L'incompliment d'unes obligacions implícites imposades per la bona fe

3.2. Una responsabilitat extracontractual per la confiança especial suscitada en el client en la contractació dels béns i serveis

4. Una responsabilitat contractual de la plataforma basada en la distribució de riscos i oportunitats: un «aixecament del vel» més enllà de la transparència

5. Conclusions

Bibliografia

1. Introducció

Les plataformes digitals tenen un gran protagonisme en la vida econòmica. En el marc d'un model de negoci comercialment exitós faciliten el procés de contractació a dos grups d'usuaris, els proveïdors de béns i serveis i els clients, com a proveïdors del mercat en línia. En l'ambient transaccional creat conflueixen tres relacions contractuals: a) un contracte d'accés entre la plataforma i el proveïdor que estableix les condicions de la comercialització; b) un contracte d'accés entre la plataforma i el client, sovint celebrat a partir d'un registre gratuït i que possibilita a aquest ordenar la contractació del bé o servei; i c) un contracte entre el proveïdor i el client, el contracte principal.

Els dos contractes d'accés es refereixen únicament a l'ús de la plataforma com a mitjà per a la celebració de transaccions entre els usuaris.¹ Les plataformes emfatitzen la seva actuació com a intermediàries en les condicions generals i la informació electrònica publicada, expressen que el contracte principal és conclòs directament entre els usuaris. Habitualment informen amb prou transparència sobre el repartiment d'obligacions contractuals i procuren que l'estructura contractual esdevingui triangular.

Les normes catalanes reguladores de les relacions de consum per mitjà d'intermediaris (arts. 231-1 a 231-5 del Codi de consum de Catalunya) seran d'aplicació quan les plataformes presenten o ofereixen la possibilitat d'adquirir béns o serveis a les persones consumidores, a banda de si a més duen a terme altres activitats tipificades legalment.² Tanmateix, el paper de les plataformes com a creadores i reguladores del mercat en línia és ben diferent del que tradicionalment han tingut les intermediàries i que contempla

¹ Felix MAULTZSCH, «Verantwortlichkeit der Plattformbetreiber», a BLAUROCK, Uwe i SCHMIDT-KESSEL, Martin (eds.), *Plattformen*, Nomos, Baden-Baden, 2018, 223-256, p. 224.

² Art. 231-1, lletres a) i b) de la Llei 22/2010 de 20 de juliol, del Codi de consum de Catalunya, DOGC núm. 5677, de 23 de juliol de 2010.

aquesta regulació.³ Els operadors exerceixen una gran influència en les transaccions i aquesta circumstància fa que hom es plantegi si les plataformes en línia haurien de ser responsables pels béns i serveis contractats pels clients.

L'apartat 2 d'aquest treball aborda la qüestió fent un escrutini d'una visió actualment molt estesa entre un sector de la doctrina científica segons la qual la plataforma ha de respondre per uns béns o serveis que no són conformes amb el contracte principal si el client pot confiar raonablement en el fet que la mateixa exerceix una influència predominant sobre el proveïdor. Les característiques inherents a un model de negoci en el qual el proveïdor del mercat en línia desenvolupa un paper central porten a propugnar la seva responsabilitat solidària enfront del client en el marc del contracte principal en cas d'incompliment del proveïdor. Un clar exponent d'aquest enfocament el trobem a l'apartat 1 de l'art. 20 de les Regles model ELI (*European Law Institute*) sobre plataformes en línia.⁴

³ Així, per exemple, la política de la plataforma Airbnb permet al client (hoste) cancel·lar sense penalització en cas de circumstàncies extraordinàries «independentment de la política de cancel·lacions de la reserva [del proveïdor/amfitrió] establerta en el contracte principal» després de la crisi del Coronavirus. https://www.airbnb.cat/help/article/1320?_set_bev_on_new_domain=1734165433_EAMjA0MzBjODJiNG (data de consulta: 5 d'abril de 2025).

⁴ L'any 2016 un grup d'acadèmics de la UE, el Research Group on the Law of Digital Services, publicà una Discussió de Proposta de Directiva sobre Plataformes d'Intermediació en Línia. El projecte fou assumit pel *European Law Institute* (ELI) i convertit en unes Regles model sobre plataformes en línia a partir del treball d'un grup format per trenta-cinc investigadors de deu Estats membres de la Unió Europea. El text publicat l'any 2019 es pot consultar a Christoph BUSCH/ Gerhard DANNEMANN/ Hans SCHULTE-NÖLKE/ Aneta WIEVIÓROWSKA-DOMAGASKA/ Fryderyk ZOLL (Research Group on the Law of Digital Services), «The ELI Model Rules on Online Platforms», 1-20, p. 13-20 (disponible a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3870296; data de consulta: 5 d'abril de 2025); també a *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 2, 2020, p. 61-70. Per a detalls tècnics del projecte, Marie Jull SØRENSEN, «Draft Model Rules on Online Intermediary Platforms», a Bram DEVOLDER (ed.), *The Platform Economy (Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries)*, Cambridge-Antwerp-Chicago, Intersentia, 2019, 173-186, p. 173-186.

De fet, l'habitual d'opinió partidària d'atribuir majors obligacions contractuals als operadors de plataformes digitals assenyala que aquestes empreses han assolit un gran poder de mercat, mentre que els proveïdors compten amb poca experiència professional i una solvència més limitada. Sosté que les plataformes influeixen en les condicions de les transaccions i, per tant, han d'assumir una responsabilitat contractual pels béns i serveis subjacents.

El cas és que la responsabilitat dels operadors de les plataformes té nombrosos aspectes.⁵ Alternativament, la present investigació valora la possibilitat de perfilar una responsabilitat de la plataforma enfront del client per l'incompliment d'unes obligacions implícites de verificar i fer el seguiment dels béns i serveis subjacents assumits en el contracte d'accés i exigides per la bona fe (art. 1258 CC), d'acord amb les normes generals de l'art. 1101 CC i següents o, eventualment, les reguladores del contracte de mandat (art. 622-21 i ss. CCCat o, en el dret civil comú, art. 1709 i ss. CC). L'apartat 3.1 exposa quin podria ser l'abast de les susdites obligacions i, alhora, contrasta els resultats d'aquesta orientació amb unes línies doctrinals que es mostren partidàries de fer respondre els operadors intermediaris per una manca de conformitat del bé o servei amb el contracte principal a partir d'uns altres raonaments: bé sigui defensant una responsabilitat contractual per l'incompliment d'uns suposats deures legals d'informació (arts. 60 i 97 TRLGDCU),⁶ o bé una responsabilitat extracontractual indirecta per un contingut il·lícit publicat pel proveïdor del bé o servei d'acord amb l'art. 6 del Reglament (UE) 2022/2065, de 19 d'octubre, relatiu a un mercat únic de serveis digitals (d'ara endavant, Reglament de Serveis Digitals).⁷

Així mateix, aquest treball es fa ressò del fet que la voluntat d'actuar com a intermediària no obsta a què la plataforma pugui esdevenir responsable extracontractual per una especial confiança suscitada en

⁵ Per a una visió polièdrica de la responsabilitat de les plataformes, MAULTZSCH, «Verantwortlichkeit der Plattformbetreiber», cit., p. 226-228.

⁶ Reial Decret Legislatiu 1/2007, de 16 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la llei general per a la defensa dels consumidors i usuaris, BOE núm. 287 de 30 de novembre de 2007 (en endavant, TRLGDCU).

⁷ DOUE L 277/1 de 27 d'octubre de 2022.

el client quan contracta el bé o servei. L'entorn digital característic d'una economia de plataformes pot fer que el client sigui propens a creure en les recomanacions o informació subministrada per l'operador i aleshores convé comprovar si concorren els pressupòsits de la responsabilitat civil (art. 1902 CC). L'apartat 3.2 fa aquesta anàlisi amb el propòsit de distingir entre aquest supòsit i una eventual responsabilitat de la plataforma respecte del bé o servei subjacent en el marc del contracte d'accés (apartat 3.1) bo i prenent en consideració les regles model de l'art. VI.-2:207 de l'Esborrany del Marc Comú de Referència (*Draft Common Frame of Reference*, d'ara endavant DCFR) sobre una responsabilitat extracontractual per les pèrdues causades per la confiança en una informació o en un consell incorrecte.

Per a completar la recerca, l'apartat 4 planteja la necessitat de fer respondre contractualment els operadors de les plataformes en línia per una manca de conformitat dels béns i serveis subjacents quan la distribució d'oportunitats i riscos entre els subjectes involucrats no es correspon a la que és pròpia d'una intermediació. Aleshores la plataforma hauria de respondre com a contractant principal del bé o servei (venedora, arrendadora, prestadora o altre tipus de contractant del bé o servei), encara que no es presenti a sí mateixa com a tal enfront del client. Una transparència en la condició d'intermediària en aquests casos no hauria de ser rellevant per l'ordenament jurídic i, lluny de claudicar enfront de la realitat en tals circumstàncies, fora convenient fer un «aixecament del vel».

L'apartat 5 del treball conté unes breus conclusions.

2. Una responsabilitat de la plataforma per la influència predominant sobre els proveïdors

Un corrent d'opinió bastant estesa sosté que qualsevol plataforma digital ha de rescabalar els danys i perjudicis causats per uns béns o serveis que no són conformes amb el contracte principal si el client pot confiar raonablement en el fet que la mateixa exerceix una influència predominant sobre el proveïdor. En aquest cas la responsabilitat

contractual de la plataforma per una manca de conformitat, la qual es propugna com a solidària amb la venedora, arrendadora o prestadora del bé o servei, té lloc encara que aquella hagi estat prou transparent pel que fa a la seva condició d'intermediària; i també quan la informació és facilitada pel proveïdor, sense perjudici d'una eventual acció de repetició entre els subjectes responsables.⁸

L'enfocament enllaça amb els criteris emprats per establir una responsabilitat civil dels prestadors de serveis de la societat de la informació per la publicació d'un contingut il·lícit d'una tercera persona. La influència de l'operador en aspectes com ara la fixació del preu o característiques del bé o servei, el contingut de les condicions del contracte celebrat entre els dos grups d'usuaris, així com les instruccions donades al proveïdor i el seu control o el fet que la contractació tingui lloc emprant exclusivament mitjans facilitats per la plataforma són els principals indicis que denoten un predomini i exclouen l'exempció del «port segur» de l'antic art. 14.2 de la Directiva sobre comerç electrònic⁹ d'acord amb els casos Uber¹⁰ i Airbnb¹¹ resolts pel TJUE; i, recentment, els apartats 2 i 3 l'art. 6 del Reglament de Serveis Digitals prescriuen una no exoneració de responsabilitat en la mateixa línia.

El màxim exponent d'aquest plantejament fou l'apartat 1 de l'art. 20 de les Regles model ELI sobre plataformes en línia, d'acord amb el qual el client pot exercir aquells drets i remeis davant d'un incompliment disponibles enfront del proveïdor sota el contracte proveïdor-client també contra la plataforma si «el client pot raonablement confiar en el fet que l'operador de la plataforma té una influència predominant sobre

⁸ Aura Esther VILALTA NICUESA, «La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765, 2018, 275-330, p. 306-307, 310-311 i 313.

⁹ Directiva 2000/31/CE, de 8 de juny, relativa a determinats aspectes jurídics dels serveis de la societat de la informació, en particular el comerç electrònic, DOCE L 178/1 de 17 de juliol de 2000 (en endavant, Directiva sobre comerç electrònic).

¹⁰ STJUE (Gran sala) de 20 de desembre de 2017, Uber, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981.

¹¹ STJUE (Gran sala) de 19 de desembre de 2019, Airbnb C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112.

el proveïdor». L'autoria del projecte acadèmic es proposa traslladar al dret contractual les regles de la responsabilitat dels prestadors de serveis de la societat de la informació per continguts il·lícits de tercers i especialment un «principi de confiança». L'apartat 2 de l'art. 20 de les Regles model ELI enumera diverses circumstàncies que poden palesar una confiança del client en el predomini de l'operador i en aquest cas la mateixa norma projectada preveu una «responsabilitat compartida», semblaria que solidària, entre la plataforma i el proveïdor pels béns i serveis subjacents.¹²

Tot i que existeix una discrepància notable entre el mateix corrent d'opinió a l'hora de determinar en quins casos es produeix una influència predominant de la plataforma, especialment pel que fa a una prestació de serveis complementaris,¹³ el cas és que l'adopció d'un plantejament com aquest pot tenir un efecte extraordinàriament expansiu de la responsabilitat dels operadors pels béns i serveis contractats pels clients. Així, una part de la doctrina científica sosté una responsabilitat de la plataforma Uber pel compliment del servei de transport, solidària amb el

¹² L'art. 20.1 expressa que el client pot exercir els seus drets i remeis «també» contra l'operador de la plataforma («[i]f the customer can reasonably rely on the platform operator having a predominant influence over the supplier, the customer can exercise the rights and remedies for the non-performance available against the supplier under the supplier-customer contract also against the platform operator [la lletra rodona és d'aquest treball]»). La manca de qualificació de la responsabilitat de la pluralitat de subjectes en el projecte (BUSCH, DANNEMANN, SCHULTE-NÖLKE, WIEVIÓROWSKA-DOMAGASKA i ZOLL, «The ELI Model Rules on Online Platforms», cit., p. 9) contrasta amb una interpretació que sembla encertada de Marie Jull SØRENSEN, «Draft Model Rules on Online Intermediary Platforms», a Bram DEVOLDER (ed.), *The Platform Economy (Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries)*, Cambridge-Antwerp-Chicago, Intersentia, 2019, 173-186, p. 184.

¹³ Per exemple, María Teresa ÁLVAREZ MORENO, *La contratación electrónica mediante plataformas en línea: Modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores)*, Reus, Madrid, 2021, p. 222-225, difereix de Carlos M. Díez SOTO, «Responsabilidad de los proveedores de mercados en línea por incumplimiento del contrato subyacente», a Isabel González Pacanowska/ M^o Carmen Plana Arnaldos (dirs.), *Contratación en el entorno digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 159-220, p. 203-208.

conductor o subsidiària.¹⁴ Defensa una responsabilitat contractual de la plataforma Airbnb quan l'habitatge o habitació que han estat arrendats presenten deficiències després de considerar que l'empresa imposa unes regles de conducta a l'amfitrió («estàndards de l'estada»), ofereix assistència al client quan l'amfitrió cancel·la l'allotjament o l'immoble no reuneix les característiques que foren descrites, i gestiona un sistema de mediació per a la resolució de controvèrsies sorgides de l'arrendament, entre altres actuacions que palesen una influència.¹⁵ O fins i tot manté una responsabilitat de la plataforma Wallapop per uns vicis ocults que presenten els béns oferts per particulars, basada en l'acció redhibitòria de l'art. 1486 CC, quan «[] *por las condiciones en que se desarrolló la operación o la información facilitada por Wallapop, el comprador pudiera tener la legítima apariencia de que estaba contratando directamente con Wallapop*».¹⁶ En tots els casos el rol de les plataformes digitals com a creadores i reguladors del mercat en línia esdevé clau per a determinar la seva responsabilitat contractual.

Nogensmenys, el criteri de la influència predominant de la plataforma és molt controvertit des d'una perspectiva de la responsabilitat contractual.

Primerament, com és sabut, les normes de responsabilitat dels prestadors de serveis intermediaris dels arts. 4 a 8 del Reglament de Serveis Digitals que conformen l'anomenat «port segur», emprades com a punt de partida per a construir el criteri de la influència predominant, en realitat només han de determinar quan no es poden

¹⁴ Marie Jull SØRENSEN, «Private Law Perspectives on Platform Services (Uber: A business model in search of a new contractual legal frame?)», *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 1, 2016, 15-19, p. 18.

¹⁵ Vanessa MAK, «Private Law Perspectives on Platform Services (Airbnb: Home Rentals between AYOR and NIMBY)», *Journal of European Consumer and Market Law* 1/2016, 19-25, p. 20-22; Paola IAMICELI, «Online Platforms and the Digital Turn in EU Contract Law: Unfair Practices, Transparency and the (pierced) Veil of Digital Immunity», *European Review of Contract Law*, núm. 4, 2019, 392-420, p. 417.

¹⁶ Celia SEVILLA GONZÁLEZ, «Compraventa entre particulares a través de la plataforma Wallapop con defectos ocultos. ¿Es arbitrable por arbitraje de consumo?», *Centro de Estudios de Consumo*, 14 d'octubre de 2024, 1-5, p. 4-5.

exigir responsabilitats al prestador de serveis intermediaris de què es tracta amb relació a continguts il·lícits proporcionats pels destinataris de serveis. No es pot entendre que aquestes disposicions assenten una base positiva per establir quan es poden exigir responsabilitats a un prestador, cosa la qual correspon determinar a les normes aplicables del dret de la Unió Europea o nacional.¹⁷ I si bé hi ha hagut contínues discussions sobre la relació entre les disposicions dels esmentats arts. 4 a 8 i les regles de responsabilitat substantiva,¹⁸ és clar que aquests preceptes no preveuen una regla d'extensió d'obligacions contractuals a un tercer sinó que contempen una no responsabilitat per la conducta il·lícita d'un tercer.¹⁹ En realitat, un plantejament com aquest pot significar no prendre prou en consideració que, d'acord amb les normes generals, tota responsabilitat requereix un incompliment contractual imputable al deutor i causant d'un dany (art. 1101 i ss. CC).

Vista l'evolució experimentada en la matèria, és d'observar que les sentències del TJUE que han delimitat el rol de les plataformes tingueren per objecte determinar si les mateixes actuen com a prestadores d'un servei de la societat de la informació únicament als efectes d'excloure, en cas afirmatiu, la possibilitat dels Estats membres de regular l'activitat mitjançant normes de dret públic,²⁰ quelcom ben allunyat d'una eventual responsabilitat per manca de conformitat

¹⁷ Frases primera i segona del considerant 17è del Reglament de Serveis Digitals.

¹⁸ Albrecht CONRAD, «Responsability and liability of intermediaries», a STEINRÖTTER, Björn/ HEINZE, Christian/ DENG, Michael (eds.), *EU Platform Law: A Handbook*, Nomos-Beck-Hart, Baden-Baden, 2025, 30-75, p. 39-40.

¹⁹ Ángel CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, 4ª ed., Aranzadi, Madrid, 2024, p. 1601.

²⁰ Per exemple, STJUE (Gran sala) de 20 de desembre de 2017, Uber, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981, apartat 2; STJUE (Sala quarta) de 3 de desembre de 2020, Star Taxi, C-62/19, ECLI:EU:C:2020:980, apartat 2.

dels béns i serveis subjacents.²¹ Malgrat que poden existir bones raons per imposar unes exigències de dret administratiu a les plataformes quan tenen un paper actiu com a creadores i reguladores del mercat en línia, la responsabilitat civil, contractual i extracontractual, hauria d'establir-se independentment i d'acord amb els principis i normes del dret privat.²² Al cap i a la fi, representa una clara ruptura en l'estructura del dret contractual imposar a una persona el deure de complir les obligacions contractuals assumides per un altre subjecte simplement perquè aquella exerceix una influència predominant sobre aquesta última, i en detriment de l'autonomia de la voluntat.²³

En segon lloc, la influència que la plataforma pot exercir sobre les transaccions entre els usuaris dels serveis, proveïdors i clients, a partir del seu rol creador i regulador del mercat en línia no la priva de la

²¹ Contràriament, segons BUSCH, DANNEMANN, SCHULTE-NÖLKE, WIEVIÓROWSKA-DOMAGASKA i ZOLL, «The ELI Model Rules on Online Platforms», *European Legal Studies Institute Osnabrück Research Paper Series* No. 20-01, p. 3, «encara que les decisions dels casos Uber i Airbnb [STJUE (Gran sala) de 19 de desembre de 2019, C-390/18, ECLI:EU:C:2019:1112] no aborden directament qüestions de responsabilitat contractual, podrien ser llegides com l'expressió d'un principi més general susceptible de ser traslladat a l'àmbit del dret contractual».

²² Maximilian SCHMITT, *Elektronische Marktplätze -Vermittler ohne Produktverantwortung?*, Duckler & Humblot, Berlin, 2022, p. 193-194, per a qui les valoracions de dret públic no es poden traslladar directament a les relacions contractuals. En la mateixa línia, la SAP Madrid (secció 28ª) 406/2019 de 13 de setembre, ECLI:ECLI:ES:APM:2019:10987, punt 13 del FJ únic, declarà abusiva una clàusula que pretenia exonerar Homeaway Spain SL, una plataforma de lloguer d'habitatges d'ús turístic, de qualsevol responsabilitat per la informació allotjada en el lloc web més enllà d'allò previst a l'art. 16 de la Llei 34/2002, d'11 de juliol, de serveis de la societat de la informació i de comerç electrònic (BOE núm. 166, de 12 de juliol de 2002; en endavant LSSICE), fins i tot quan era advertida de la possible il·licitud o falsedat del seu contingut; i, en canvi, entengué que era vàlida una clàusula d'intermediació continguda en el mateix contracte perquè no limitava els drets de les persones consumidores respecte del règim de responsabilitat contractual aplicable. Cf. Peter ROTT, «New Liability of Online Marketplaces Under the Digital Services Act?», *European Review of Private Law*, núm. 6, 2022, 1039-1058. p. 1041 i 1044-1046.

²³ MAULTZSCH, «Verantwortlichkeit der Plattformbetreiber», cit., p. 240-246, a propòsit de l'art. 18 de la Discussió de Proposta de Directiva sobre Plataformes d'Intermediació en Línia de l'any 2016, el precedent de l'art. 20 de les Regles model ELI sobre plataformes en línia.

seva condició d'intermediària si ha estat prou transparent. Aquesta circumstància no la converteix en part del contracte subjacent, de manera que no hauria de respondre pel seu incompliment.²⁴ No endebades l'actual règim legal català erigeix la transparència de l'empresa intermediària sobre la seva condició contractual en clau del sistema quan la contractació té lloc amb persones consumidores. La segona frase de l'art. 231-4.1 del Codi de consum de Catalunya prescriu que els intermediaris «en cap cas no poden fer referències o utilitzar noms que indueixin o puguin induir les persones consumidores a errors sobre la veritable naturalesa de l'empresa, l'establiment o el servei que s'hi presta». La regulació espanyola també fa prevaldre el criteri de la transparència en relació amb els proveïdors del mercat en línia (art. 97 bis 1 TRLGDCU, lletra d) i, *a fortiori*, un mateix plantejament hauria de regir quan el client no és una persona consumidora.

Els ordenaments jurídics català i espanyol han optat per no ampliar la responsabilitat per falta de conformitat pròpia dels empresaris subministradors de serveis i continguts digitals i dels venedors de béns de consum a les plataformes digitals que actuen amb fins relacionats amb les seves pròpies activitats i en qualitat de «socis contractuals directes del consumidor» (considerant 18è de la Directiva (UE) 770/2019 i considerant 23è de la Directiva 771/2019),²⁵ a diferència d'altres Estats membres de la Unió Europea.²⁶ Les regles catalanes es limiten a prescriure una responsabilitat dels intermediaris en les relacions de consum quan la manca de

²⁴ Díez SOTO, «Responsabilidad de los proveedores de mercados en línea por incumplimiento del contrato subyacente», cit., p. 159-220, p. 206, tampoc és partidari de fonamentar la responsabilitat de les plataformes en una influència predominant sobre el proveïdor.

²⁵ Sergio CÁMARA LAPUENTE, «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (la transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)», *Diario La Ley*, núm. 9881, juny de 2021, 1-40, p. 6-7 y 26-27; CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1601.

²⁶ Art. 44 del *Decreto-lei* portugués 84/2001, de 18 d'octubre, *que regula os direitos do consumidor na compra e venda de bens, conteúdos e serviços digitais, transpondo as Diretivas (UE) 2019/771 e (UE) 2019/770*, *Diário da República* n.º 202/2021, *Série I* de 18 d'octubre de 2021, p. 4-29.

formalització del contracte principal deriva de l'incompliment de llurs obligacions d'informació o assessorament, així com una responsabilitat solidària de «tot empresari o empresària que se serveixi de l'activitat d'intermediació» als efectes del que estableix el Codi de consum de Catalunya (art. 231-5). De fet, la mateixa definició de «mercat en línia» de l'apartat 3 de l'art. 59 bis TRLGDCU, introduïda per l'anomenada Directiva de modernització,²⁷ significa que, si la plataforma digital pretén actuar com a venedora, arrendadora, prestadora o contractant del bé o servei, no podrà reunir alhora la condició de proveïdora d'un mercat en línia.²⁸ De fet, la confiança del client en la influència predominant de la plataforma com a fonament d'una responsabilitat esdevé contraintuïtiva quan existeix prou transparència en la distribució de les obligacions contractuals entre els subjectes involucrats.²⁹

Tercerament, el criteri de la influència predominant no aclareix suficientment si la responsabilitat contractual de la plataforma és indirecta o simplement directa pels danys i perjudicis ocasionats al client; ço és, si es tracta d'una solució orientada a un «soci contractual» i que representa una ficció d'una cadena proveïdor-plataforma-client, o bé una solució orientada

²⁷ Els arts. 3 i 4 de la Directiva (UE) 2019/2161, de 27 de novembre, per la qual es modifica la Directiva 93/13/CEE i les Directives 98/6/CE, 2005/29/CE i 2011/83/UE en allò relatiu a la millora de l'aplicació i la modernització de les normes de protecció dels consumidors de la Unió, DOUE L 328/7 de 18 de desembre de 2019, defineixen el «mercat en línia» com «un servei que utilitza programes («software»), inclosos un lloc web, part d'un lloc web o una aplicació, operat pel comerciant o per compte d'aquest, que permet als consumidors celebrar contractes a distància amb altres comerciants o consumidors». Vegeu també el considerant 27è.

²⁸ Marie Jull SØRENSEN, «Is the 'New Deal' for Consumers a Big Deal? Consumer Protection and the New Information Duties for Online Marketplaces», *European Review of Private Law*, núm. 6, 2022, 1019-1038, p. 1023; Josep Maria BECH SERRAT, «La influencia predominante de las plataformas en línea y la responsabilidad contractual por los bienes y servicios subyacentes», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2024, 45-101, p. 64-65.

²⁹ Es refereix a un enduriment dels requisits de transparència contingut en l'art. 16 de la Discussió de Proposta de Directiva sobre Plataformes d'Intermediació en Línia de l'any 2016, MAULTZSCH, «Verantwortlichkeit der Plattformbetreiber», cit., p. 240-246; vegeu també SCHMITT, *Elektronische Marktplätze -Vermittler ohne Produktverantwortung?*, cit., p. 194.

a crear una responsabilitat per incompliment de l'operador de la plataforma, a més d'una responsabilitat del proveïdor derivada del contracte principal amb el client.³⁰ Si bé en el dret europeu no manquen iniciatives per a convertir les empreses intermediàries en «socis contractuals», o sigui, en contractants principals del bé o servei i establir la seva responsabilitat al marge del contracte d'intermediació, algunes sense èxit³¹ i altres que han prosperat legislativament,³² cap d'elles ha tingut lloc en l'àmbit de l'economia de plataformes. A més, aquesta investigació sosté que en la intermediació en línia no existeix un interès comú ni una voluntat de crear una xarxa contractual per a coordinar les activitats d'unes parts jurídicament independents; ni concorren tampoc els indicis necessaris per entendre que es dona una xarxa contractual *de facto* i que es pugui imposar imperativament al marge de la voluntat expressada pels subjectes involucrats. En el cas de les plataformes en línia no es redistribueix el risc prenent en consideració unes interdependències contractuals, a diferència del que succeeix en altres àmbits.³³

En quart lloc, atendre a la confiança que el nivell d'incidència en el contracte principal suscita en el client pot vulnerar els principis de llibertat contractual (art. 1255 CC) i de relativitat dels contractes

³⁰ MAULTZSCH, «Verantwortlichkeit der Plattformbetreiber», cit., p. 230-233, assenyalava que l'art. 16 de la Discussió de Proposta de Directiva sobre Plataformes d'Intermediació en Línia de l'any 2016 no és prou precís en aquest sentit.

³¹ En aquest sentit, vegeu l'art. 7.2 de la proposta de Directiva sobre els drets dels consumidors (COM/2018/0614 final- COD 2008/0196), el qual preveïa considerar a l'intermediari com a contractant principal en cas de no informar al consumidor que el contracte era celebrat en nom i per compte d'un altre consumidor. El precedent rau en la STJUE (Sala cinquena) de 9 de novembre de 2016, Wathelet, C-149/15 (ECLI:EU:C:2016:840).

³² Per exemple, el paràgraf segon de l'art. 13.1 de la Directiva (UE) 2015/2302 de 25 de novembre, relativa als viatges combinats i als serveis de viatge vinculats, DOUE L 326/1 d'11 de desembre de 2015, el qual donà lloc al paràgraf tercer de l'actual art. 161.1 TRLGDCU.

³³ Pel que fa a xarxes contractuals, Fabrizio CAFAGGI, «Redes contractuales y teoría contractual: una agenda de investigación para un derecho contractual europeo», a Juan Ignacio RUIZ PERIS (dir.), *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo blanch, València, 2012, p. 35-45.

(art. 1257 I CC),³⁴ els quals haurien de ser vàlids també per a l'economia de plataformes.³⁵ Encara que la doctrina jurisprudencial elaborada per la Sala Civil del Tribunal Suprem espanyol ha fet algunes excepcions al principi de relativitat dels contractes,³⁶ a parer meu en una economia de plataformes no existeix una correspondència entre el dany sofert pel client a conseqüència d'una falta de conformitat del bé o servei i un eventual incompliment de l'operador en el contracte d'accés que el mateix celebra amb el proveïdor.³⁷

I cinquè, la influència predominant de la plataforma com a factor determinant, al cap i a la fi, sembla ser un enfocament de butxaca o solvència del subjecte responsable, o que busca facilitar una efectivitat de la reclamació als clients, particularment quan el proveïdor és de fora la Unió Europea i l'altre usuari és una persona consumidora. I, tanmateix, aquesta ponència considera que no és necessari ampliar la responsabilitat de les plataformes per assolir una protecció elevada dels consumidors. Més aviat escau emprar el model del consumidor mitjà sensat i que presta una atenció raonable en les transaccions comercials quan es compleixen les exigències legals de transparència; i evitar que la imposició d'una responsabilitat desmesurada a l'operador pugui incrementar el

³⁴ Sobre l'aplicació d'un principi de confiança per determinar la relació jurídica entre les plataformes i els usuaris en el dret alemany, HABAT DURAN, «Digital Intermediaries in the French Code of Transport- An Example Based on Uber», *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 3, 2021, 115-121, p. 120-121. El criteri de la influència predominant de les plataformes exclouria l'autonomia privada dels subjectes involucrats, els quals no tindrien la capacitat de redactar contractes basats en interessos individuals i una avaluació dels riscos. SCHMITT, *Elektronische Marktplätze -Vermittler ohne Produktverantwortung?*, cit., p. 194.

³⁵ FELIX MAULTZSCH, «Contractual Liability of Online Platform Operators: European Proposals and established Principles», *European Review of Contract Law*, núm. 3, 2018, p. 209-240, per a qui un argument econòmic no és vàlid en absolut per a justificar una excepció al principi de relativitat dels contractes.

³⁶ La més notòria la STS-Civil plenària 167/2020 de 11 de març (ECLI:ES:TS:2020:73), relativa a l'escàndol del *Dieselgate*.

³⁷ Més detalladament, BECH SERRAT, «La influencia predominante de las plataformas en línea y la responsabilidad contractual por los bienes y servicios subyacentes», cit., p. 76-87.

risc d'un comportament oportunista per part dels clients de la plataforma.³⁸

Amb vista d'això, el present treball troba més escaient prendre en consideració unes obligacions implícites o accessòries de la plataforma relacionades amb el bé o servei subjacent, exigides per la bona fe d'acord amb l'art. 1258 CC i integrants del contingut del contracte d'accés celebrat amb els clients. Es tracta de fer una anàlisi de la responsabilitat de les plataformes digitals a partir de les diferents relacions contractuals dels subjectes implicats en l'estructura triangular una vegada admesa la condició d'intermediari de l'operador, no com a «soci contractual» o part del contracte principal, quan aquest subjecte és prou transparent. Certament, la plataforma podrà esdevenir responsable contractual directa, contractant del contracte principal, quan la declaració d'intencions desemboca en la celebració d'un contracte entre l'operador i el client. Aleshores, la responsabilitat contractual dependrà del tipus de contracte corresponent (compravenda, arrendament, prestació de serveis, transport), sense particularitats. No obstant això, la present investigació sosté que les plataformes digitals no haurien de respondre com a contractants principals quan les mateixes són prou transparents pel que fa al repartiment de les obligacions contractuals entre els subjectes implicats en l'estructura triangular.³⁹

³⁸ SCHMITT, *Elektronische Marktplätze -Vermittler ohne Produktverantwortung?*, cit., p. 196.

³⁹ En el dret alemany, Fabian VILGERTSHOFER, *Online-Plattformen und vertragliche Haftung*, C.H. Beck, München, 2019, p. 198-200.

3. Una responsabilitat de la plataforma per incompliment del contracte d'accés relacionada amb els béns o serveis subjacents

3.1. L'incompliment d'unes obligacions implícites imposades per la bona fe

El contracte d'accés celebrat amb els clients origina una sèrie d'obligacions contractuals que l'operador de la plataforma assumeix com a intermediari i proveïdor d'Internet. Implica l'obligació principal de proporcionar una infraestructura tecnològica adequada i permetre el contacte i la comunicació entre els dos grups d'usuaris, mantenir les funcions i eines de cerca, els sistemes de protecció enfront d'amenaques externes, entre altres obligacions. Els òrgans judicials solen referir-se a aquestes obligacions a l'hora de resoldre demandes de responsabilitat contractual basades en les normes generals (arts. 1101, 1106 i 1107 CC). Així, les plataformes han de garantir un reenviament immediat i sense demora indeguda dels missatges, peticions o queixes enviats pel client a la proveïdora sobre els béns o serveis subjacents, o viceversa. Hauran de respondre per danys causats als seus clients a conseqüència de l'incompliment de les obligacions derivades del contracte d'accés o intermediació, expressament acordades o resultants de la bona fe contractual (art. 1258 CC).

Habitualment els tribunals consideren, amb bon criteri, que les plataformes digitals no es comprometen amb el client, a canvi d'un preu, a què el bé serà conforme amb el contracte principal, ni a què es porti endavant el servei, ni directament ni per un auxiliar.⁴⁰ Amb

⁴⁰ Així, per exemple, la STS-Civil (secció 1ª) 630/2012 de 30 d'octubre de 2012, ECLI: ES:TS:2012:9153, FJ 1er, descriu la plataforma eDreams com «una agencia de viajes “on line” que accede a dicha página web y, mediante una herramienta informática denominada “screen scraping”, se introduce en sus patrones de búsqueda y proyecta el detalle de los vuelos, incluidos los precios, publicados en la página web de Ryanair desde la propia web de Edreams». I una vegada delimitada la seva funció, l'alt tribunal declara que “d) En el supuesto de que el cliente de la agencia de viajes esté interesado en la adquisición de un

tot, la plataforma intermediària està obligada a vetllar atentament pels interessos dels seus clients i l'incompliment d'aquesta obligació pot comportar el deure de rescabalar danys i perjudicis.⁴¹

El contracte celebrat entre la plataforma i el client sovint no regula prou explícitament quin és l'abast de les obligacions assumides per la plataforma en relació amb el contracte principal que celebren els dos grups d'usuaris, proveïdors i clients. Per aquest motiu sembla convenient acudir a la bona fe, com a regla d'integració de llacunes i de creació d'obligacions implícites a càrrec del deutor i que poden incomplir-se per culpa,⁴² quan es tracta de delimitar una eventual responsabilitat contractual de la plataforma. En cas d'un incompliment culpable o dolós d'una obligació implícita imposada per la bona fe relacionada amb el bé

pasaje, es el propio cliente el que directamente contrata con Ryanair por medios electrónicos, sin otra mediación de Edreams que la de colocarle por medios informáticos como interlocutor directo de la compañía aérea cuya identidad no queda desvelada hasta después de perfeccionado el contrato». En aquesta línia, la SAP Barcelona (secció 16ª) 328/2008 de 13 de juny, JUR 2008\265866, FJ 2on, desestima una demanda d'indemnització de danys i perjudicis interposada per unes passatgeres contra eDreams que es presenten a l'aeroport i no poden embarcar perquè els bitllets no foren confirmats degut a un error en el sistema d'emissió propietat de la companyia aèria, després de comprovar que la plataforma havia informat degudament sobre un procés de contractació no completat i advertit que no es presentessin a l'aeroport; o la SAP Barcelona (secció 11ª) 239/2009 de 12 de maig, ECLI:ES:APB:2009:5236, FJ 3er, declara que la plataforma Atrápalo compleix el seu deure enviant un correu electrònic a uns passatgers informant d'un canvi en l'horari del vol de tornada (en realitat, cancel·lació del vol), sense exigir-li emprar un altre mitjà de comunicació puix que es tractà d'una contractació en línia. Existeixen nombroses sentències que dispensen aquest tractament a les plataformes que actuen com a intermediàries en la contractació de serveis de viatge. Vegeu les citades per Lucía Del SAZ DOMÍNGUEZ, «La protección del consumidor que contrata su vuelo, viaje combinado o alojamiento a través de plataformas digitales», *Revista CESCO*, núm. 48, 2023, 73-95, p. 84-88.

⁴¹ En el dret alemany, Peter ROTT, «Die vertragliche position des Online-Plattformbetriebers als Vermittler», a ROTT, Peter i TONNER, Klaus (eds.), *Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis*, Nomos, Baden-Baden, 2018, 62-80, p. 72.

⁴² Sobre les funcions de la bona fe com a element integrador del contracte (art. 1258 CC), CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 618-627.

o servei subjacent, la plataforma estarà obligada a rescabalar els danys i perjudicis causats al client, eventualment d'acord amb les normes reguladores del contracte de mandat (art. 622-27.3 CCCat o, en el dret civil comú, art. 1726 CC) i, en qualsevol cas, les normes generals (art. 1101 CC i ss.).

Com és sabut, les obligacions implícites o accessòries derivades de la bona fe són obligacions a títol onerós amb un abast i contingut que depèn de la relació contractual corresponent, l'objecte del contracte, el costum i les exigències d'unes transaccions comercials honestes. Aquestes obligacions s'han de correspondre amb el contracte d'accés celebrat entre la plataforma i el client. Si la plataforma i el client haguessin celebrat el contracte principal, el bé o servei hauria de reunir aquelles condicions promeses en la publicitat i promoció precontractual generadores d'una confiança legítima en el client, en el cas que l'oferta hagués estat determinant del consentiment a contractar.⁴³ Això no obstant, la plataforma intermediària en el marc del contracte d'accés no assumeix una obligació d'entregar o arrendar un bé o prestar un servei que sigui conforme amb el contracte. Una obligació implícita o accessòria amb el mateix abast que l'obligació primària assumida pel proveïdor en el contracte principal en realitat faria impossible el model de negoci de les plataformes digitals;⁴⁴ i, alhora, fora contradictòria amb la condició contractual d'intermediària. Si bé la plataforma ha d'informar dels fets que són precisos per tal que els clients puguin defensar els interessos a què es refereix el contracte d'accés, els quals estan relacionats amb els béns i serveis subjacents, tant si l'activitat comercial inclou un assessorament de les persones

⁴³ Sobre la bona fe integradora en els contractes translatius en general, *ibidem* p. 628-629.

⁴⁴ SCHMITT, *Elektronische Marktplätze -Vermittler ohne Produktverantwortung?*, cit., p. 130-140.

consumidores com si no,⁴⁵ l'ordenament jurídic no li pot imposar les obligacions primàries o principals que sorgeixen del contracte principal mitjançant la construcció d'unes obligacions implícites o accessòries massa extenses.⁴⁶

Ara bé, l'operador de la plataforma sí que ha de col·laborar amb els interessos i deures de la seva contrapart, el client, i té el deure de produir l'efecte útil de les seves pròpies obligacions d'acord amb les exigències de la bona fe contractual (art. 1258 CC).

En general, les obligacions implícites o accessòries resultants de la bona fe es poden classificar en obligacions d'informació, cooperació, lleialtat i protecció. En el cas de les plataformes tindran un particular relleu unes obligacions de seguiment, verificació o auditoria relacionades amb els béns o serveis subjacents que són fruit del seu paper creador del mercat en línia. Els operadors no solament assumeixen l'obligació de permetre o facilitar les transaccions sinó que també han d'orientar llur activitat a permetre un comerç raonablement segur, una «higiene del mercat».⁴⁷

En aquest punt, el Reglament de Serveis Digitals no permet identificar quines obligacions implícites o accessòries assumeixen els prestadors de serveis intermediaris a partir de la bona fe en el marc del contracte d'accés celebrat amb els clients, ni tan sols estableix

⁴⁵ Resulta controvertit afirmar que les plataformes intermediàries realitzen una activitat comercial que inclou l'assessorament de les persones consumidores en relació amb el negoci jurídic en què intervenen (art. 231-1, lletra d) del Codi de consum de Catalunya) i que, en conseqüència, han de donar la informació necessària sobre la naturalesa, les característiques, les condicions i la utilitat o finalitat del bé o servei, perquè les persones consumidores puguin avaluar si el contracte proposat s'ajusta a llurs necessitats (art. 231-3). Amb tot, sí que sembla exigible a les plataformes una obligació d'oferir informació veraç i suficient en la promoció i oferta dels béns i serveis que comercialitzin en les relacions de consum, en els termes previstos per les intermediàries (art. 231-2.3).

⁴⁶ Pel que fa a l'apartat primer del § 241 BGB alemany, VILGERTSHOFER, *Online-Plattformen und vertragliche Haftung*, cit., p. 201, per a qui no es pot conformar una responsabilitat contractual primària de les plataformes per la porta del darrera.

⁴⁷ Empra aquesta expressió, SCHMITT, *Elektronische Marktplätze -Vermittler ohne Produktverantwortung?*, cit., p. 131.

una responsabilitat (arts. 4 a 8).⁴⁸ Encara que el text legal és vist com un estàndard de responsabilitat en relació amb la legislació aplicable respectiva dels Estats membres de la Unió Europea (art. 54), les mesures rellevants s'orienten exclusivament a controlar la il·licitud del contingut de tercers (control de qualitat del mercat, ús de filtres, moderació dels continguts, control d'accés, gestió de reputació dels usuaris, entre d'altres); i aquestes mesures són contemplades com a integrants d'unes condicions generals de la contractació bo i reconeixent l'autonomia de la voluntat i llibertat contractual de les plataformes, sense imposar uns deures ni regular les reclamacions de caràcter contractual.⁴⁹

A parer meu, no es tracta d'imposar a les plataformes una obligació d'inspeccionar tots i cadascun dels béns o serveis subjacents amb caràcter absolut, ni d'investigar cada suposat incompliment dels contractes principals celebrats des de l'entorn tecnològic que aquelles han facilitat.⁵⁰ Si hom prengués en consideració com estàndard de l'obligació de seguiment la conformitat contractual del bé o servei amb el contracte principal, això significaria a la pràctica mesurar segons les condicions generals de la contractació predisposades per cada proveïdor. I si bé les plataformes poden assumir voluntàriament i expressa una obligació de seguiment amb aquest abast enfront del client en el marc del contracte d'accés, sovint el seu compliment

⁴⁸ CONRAD, «Responsability and liability of intermediaries», cit., p. 65.

⁴⁹ Sobre l'art. 14 del Reglament de Serveis Digitals, Matthias BERBERICH, «Due diligence obligations, content moderation and procedural fairness», a STEINRÖTTER, Björn i HEINZE, Christian/ DENG, Michael (eds.), *EU Platform Law: A Handbook*, Nomos-Beck-Hart, Baden-Baden, 2025, 101-155, p. 122, 133 i 154.

⁵⁰ En la mateixa línia, l'art. 8.1 de les Regles model ELI sobre les plataformes en línia estableix que l'operador de la plataforma no té un deure general de controlar l'activitat dels usuaris de la plataforma. Quant a un altre aspecte de la responsabilitat de les plataformes digitals, l'art. 8 del Reglament de Serveis Digitals preveu la inexistència d'una obligació general de monitorització o de cerca activa de fets per part dels prestadors de serveis intermediaris. A la llum de l'anterior art. 15 de la Directiva sobre comerç electrònic, MAULTZSCH, «Verantwortlichkeit der Plattformbetreiber», cit., p. 252-254, tampoc considera adient obligar a les plataformes a controlar activament les transaccions comercials dels usuaris.

serà inassolible tenint en compte que el model de negoci es basa en una economia d'escala i que es caracteritza per un gran nombre de transaccions comercials.

Tampoc és exigible contractualment a les plataformes que verifiquin la identitat, professionalitat i solvència de tots els proveïdors d'acord amb la bona fe (art. 1258 CC). Encara que el risc de frau és elevat en el mercat en línia creat i una obligació implícita com aquesta certament podria facilitar l'efectivitat de les reclamacions dels clients, ara mateix l'ús de procediments d'identificació no és tècnicament possible ni econòmicament assumible d'una manera raonable pels operadors,⁵¹ per bé que cada vegada existeixen més instruments mitjançant els quals les mateixes poden conèixer quines són les condicions dels proveïdors⁵² i hi ha una opinió que veu factible la verificació a partir del *Big Data* i els avenços tecnològics experimentats en els darrers anys.⁵³

Més aviat cal entendre que, si el contracte d'accés no delimita prou explícitament l'abast de l'obligació de seguiment dels béns o serveis, les plataformes estan implícitament obligades a prendre mesures per evitar una falta de conformitat dels béns i serveis subjacents únicament quan existeixen uns indicis raonables de la seva manca de conformitat amb els contractes principals arran de les notificacions dels sistemes

⁵¹ Per a més detalls, VILGERTSHOFER, *Online-Plattformen und vertragliche Haftung*, cit., p. 201-206.

⁵² Així, recentment, l'art. 6 del Reial Decret 1312/2024, de 23 de desembre, pel qual es regula el procediment de registre únic d'arrendaments i es crea la finestreta única digital per a la recollida i l'intercanvi de dades relatives als serveis de lloguer d'allotjaments de curta durada (BOE núm. 309 de 24 de desembre de 2024), obliga a les plataformes en línia a fer comprovacions aleatòries i periòdiques de les declaracions de les arrendadores, si escau, mitjançant la consulta a aquesta finestreta (lletra c); i a informar a la finestreta i a les arrendadores dels resultats de les comprovacions en els casos previstos en el Reglament (UE) 2024/1028, d'11 d'abril (DOUE L 2024/1028 de 29 d'abril).

⁵³ ROTT, «Die vertragliche position des Online-Plattformbetriebers als Vermittler», cit., p. 72-74, qui tanmateix manté que no es pot obligar a les plataformes a comprovar la informació facilitada pels proveïdors a manca d'un compromís exprés.

d'alerta ràpida,⁵⁴ les comunicacions o reclamacions d'altres clients o altres circumstàncies. En aquest cas les plataformes no haurien de permetre la comercialització dels béns o serveis no conformes amb el contracte principal i, si escau, haurien de retirar aquests béns o serveis del mercat.

Si la plataforma té un coneixement adequat sobre la mala qualitat d'un bé o servei ofert per un proveïdor a partir de queixes o avisos massius dels clients, un compliment del contracte d'accés celebrat amb el client d'acord amb les exigències de la bona fe l'obligarà a suspendre o resoldre el contracte d'accés amb el proveïdor.⁵⁵ Els operadors de plataformes en línia tenen l'oportunitat de comprovar la fiabilitat i el rendiment dels proveïdors i excloure els proveïdors no fiables, així com fer valdre els drets dels clients (p. ex., no reenviar els pagaments dels clients als proveïdors fins que es verifica la conformitat del bé o servei amb el contracte principal). No endebades, les condicions generals de la contractació incorporades en els contractes d'accés solen contenir un catàleg extens de sancions per mala conducta dels proveïdors.⁵⁶ I, encara que probablement fora excessiu responsabilitzar l'operador de la plataforma com a contractant principal pel simple fet d'exercir una influència predominant sobre el proveïdor, sí que sembla que un paper més actiu com a creador i regulador del mercat en línia hauria de significar una major extensió d'obligacions assumides d'acord amb les exigències de la bona fe contractual (art. 1258 CC) en el marc del contracte d'accés celebrat amb els clients.

En aquest punt, la present investigació sosté que les ressenyes negatives de clients per a si mateixes no constitueixen un indicatiu suficient d'una manca de conformitat per a la plataforma, atesa la seva poca fiabilitat. Ara bé, si l'operador afirma que les revisions dels clients es basen en unes transaccions verificades per la mateixa plataforma (v. gr., una verificació de què la transacció ha tingut lloc per aquell

⁵⁴ Per exemple, el sistema d'alerta ràpida de la Unió Europea per a productes perillosos no alimentaris: <https://ec.europa.eu/safety-gate-alerts/screen/search> (data de consulta: 22 de febrer de 2025).

⁵⁵ ROTT, «Die vertragliche position des Online-Plattformbetriebers als Vermittler», cit., p. 72-74.

⁵⁶ Sobre la capacitat de coneixement de les plataformes, *ibidem*, p. 74-76.

client que fa la ressenya i no de la transacció en si mateixa), o bé que compleixen amb uns determinats estàndards,⁵⁷ aquell incomplirà una obligació implícita derivada de la bona fe contractual (art. 1258 CC) quan omet la verificació de la condició de client de les persones que fan les ressenyes i unes ressenyes falsament positives dels béns o serveis porten a contractar un bé o servei que no és conforme amb el contracte principal.⁵⁸ I una mateixa responsabilitat contractual per uns béns o serveis no conformes podrà tenir lloc quan la plataforma assenyala que el sistema de classificació dels proveïdors obeeix a una verificació i seguiment d'uns estàndards de qualitat per part de l'operador que després no tenen lloc.

Aquest plantejament no obsta a què les plataformes tinguin també una obligació de controlar i fer proves aleatòries dels béns o serveis de més risc per a la salut i seguretat de les persones (medicaments, aliments, cosmètics, entre d'altres), si escau fora de l'àmbit d'una eventual responsabilitat contractual en el marc del contracte d'accés.⁵⁹ En aquest sentit, l'art. 8.2 de les Regles model ELI sobre les plataformes en línia regula un deure de protecció dels usuaris que estableix una responsabilitat de la plataforma pels danys causats quan la mateixa no pren les mesures adequades per a la protecció dels usuaris malgrat tenir una evidència creïble («*credible evidence*») d'una conducta delictiva d'un proveïdor o client en perjudici d'altres usuaris (lletra a); o d'una conducta d'un proveïdor o client que és probable que causi lesions físiques, vulneració de la intimitat o la propietat corporal, privació de llibertat o infracció d'un altre dret similar en perjudici d'un altre usuari de la plataforma (lletra b). La necessitat de protecció d'uns béns jurídics dels clients que tenen una especial transcendència

⁵⁷ Per exemple, ISO 20488:2018 *Online Consumer Reviews*.

⁵⁸ Sobre la informació que ha de donar un empresari en una pràctica comercial que facilita un accés a ressenyes dels consumidors i la possibilitat de considerar aquesta pràctica com a deslleial per enganyosa en el sentit de l'art. 7 de la Llei 3/1991, de 10 de gener, de competència deslleial (BOE núm. 10 d'11 de gener de 1991; en endavant, LCD), vegeu els apartats 4 i 6 de l'art. 20 TRLGDCU.

⁵⁹ Sobre els criteris que podrien originar l'obligació d'investigar de la plataforma, SCHMITT, *Elektronische Marktplätze -Vermittler ohne Produktverantwortung?*, cit., p. 136-140.

pot significar una major exigència a la plataforma a l'hora de complir les obligacions contractuals d'acord amb la bona fe.⁶⁰

Una clàusula eximint la plataforma d'una obligació d'examinar o avaluar les ofertes dels proveïdors i exclouent la seva garantia i la del contingut dels seus llocs web serà vàlida.⁶¹ No serà abusiva quan el client és una persona consumidora. La manca d'una regulació legal del contracte d'accés fa que hom no pugui considerar que una clàusula així causa un desequilibri important dels drets i obligacions de les parts que es deriven del contracte (art. 82.1 TRLGDCU). De totes maneres, una clàusula com aquesta no eximeix a la plataforma d'una obligació implícita, derivada de la bona fe (art. 1258 CC), de no contribuir a la comercialització de béns o serveis no conformes amb el contracte principal quan la plataforma compta amb uns indicis raonables sobre aquesta circumstància.⁶²

Quan l'expectativa econòmica que el client pot legítimament esperar amb el contracte d'accés fracassa perquè la plataforma no compleix com deuria es causarà un dany contractual positiu. Aleshores el client podrà reclamar a la plataforma un rescabament de danys i perjudicis per un import que el col·loqui en la mateixa situació en què es trobaria si el contracte d'accés s'hagués complert

⁶⁰ Referint-se a la lletra a) de l'art. 9 de la Discussió de Proposta de Directiva sobre Plataformes d'Intermediació en Línia de l'any 2016, MAULTZSCH, «Verantwortlichkeit der Plattformbetreiber», cit., p. 253-254, sosté que fora preferible establir uns estàndards més oberts puix que la qualificació penal de la conducta serà susceptible de variar en cada ordenament jurídic.

⁶¹ Per exemple, la clàusula 9 («Ofertas de terceros») de les Condicions d'ús i venda de la companyia Amazon, actualitzades el dia 1 d'octubre 2024, estableix el següent: «No somos responsables de examinar o evaluar, y no garantizamos, las ofertas de ninguna de estas empresas o individuos (incluido el contenido de sus sitios). Amazon no asume ninguna responsabilidad u obligación por las acciones, los productos y el contenido de todos estos y otros terceros. Debe revisar atentamente sus declaraciones de privacidad y otras condiciones de venta y uso [...]», <https://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html?nodeId=202119380> (data de consulta: 5 d'abril de 2025).

⁶² Distintament, ROTT, «Die vertragliche position des Online-Plattformbetreibers als Vermittler», cit., p. 76-77, sosté que sovint les clàusules exonadores de les plataformes són abusives d'acord amb el § 307 BGB perquè no estableixen restriccions, ni tant sols en cas de coneixement de riscos importants pel consumidor.

perfectament. En alguns casos, si el contracte d'accés s'hagués complert totalment, el contracte principal entre els dos grups d'usuaris no s'hauria celebrat i aleshores el rescabament de la plataforma haurà de situar el client allà on es trobava abans de concloure el darrer contracte. Així, si la plataforma no ha retirat l'oferta d'un propietari d'un habitatge d'ús turístic malgrat que anteriorment altres clients li havien comunicat que els seus immobles no estaven disponibles a la destinació, la plataforma haurà de rescabalar al client mitjançant un reemborsament de l'import abonat, impostos, despeses ocasionades i, si escau, un dany no patrimonial per pèrdua de vacances. Si el bé comercialitzat és un punter làser que, segons el sistema d'alerta ràpida per productes perillosos de la Unió Europea, pot causar lesions als ulls i a la pell, la persona compradora hauria d'estar facultada per rebre un rescabament de la plataforma que hauria d'incloure, eventualment, el dany corporal sofert.⁶³ Un rescabament per les despeses o pèrdues sofertes pels clients en el contracte principal a conseqüència d'un incompliment contractual de la intermediària en el marc del contracte d'accés, basada eventualment en les normes reguladores del contracte de mandat (art. 622-27.3 CCCat o, en el dret civil comú, art. 1726 CC) i, en qualsevol cas, les normes generals de l'art. 1101 CC i següents, es troba absolutament admès en l'àmbit judicial i no sembla raonable fer una excepció en el cas de les plataformes en línia.⁶⁴

⁶³ Les alertes per productes perillosos de la Unió Europea es publiquen regularment a <https://ec.europa.eu/safety-gate-alerts/screen/search> (data de consulta: 5 d'abril de 2025).

⁶⁴ Fora de les plataformes en línia, els tribunals espanyols han condemnat, basant-se en l'art. 1101 CC, a una entitat financera intermediària a rescabalar per la pèrdua de valor d'unes participacions preferents arran de l'incompliment d'unes obligacions d'informació integrants del contracte d'intermediació sobre un producte emès per un banc islandès (SAP Zaragoza (secció 4ª) 464/2012 de 13 de novembre, ECLI: ES:APZ:2012:2417); a una societat intermediària per la pèrdua d'unes quantitats de diners invertides en l'adquisició d'uns pagarés emesos per una societat en situació d'alt risc, a partir dels arts. 1726 CC i 255 CCom i altres normes, després de constatar que la intermediària no havia actuat amb prou diligència (STS-Civil (secció 1ª) 28/2003 de 20 de gener, RJ\2003\350); a una agència immobiliària a rescabalar els danys i perjudicis ocasionats als clients per l'abonament del preu i unes gestions esdevingudes inútils com a conseqüència de la compra frustrada d'un immoble que abans aquella havia venut a un tercer (SAP Álava (secció 1ª) 62/2009 de 13 de febrer, ECLI: ES:APVI:2009:101), entre d'altres casos.

En altres casos, si la plataforma hagués complert totalment les seves obligacions del contracte d'accés, el client hauria celebrat igualment el contracte principal, però hauria obtingut unes condicions més avantatjoses, especialment quan la manca de conformitat del bé o servei amb aquest contracte no és prou rellevant. Per exemple, si un dron no es pot emprar fent servir un model de telèfon mòbil i la plataforma intermediària no adverteix d'aquesta circumstància al client malgrat tenir constància de múltiples queixes de clients, i comercialitza el dron a un mateix preu que un altre model que si és compatible amb tota la telefonia mòbil, el client hauria de poder demanar una rebaixa del preu a la plataforma com a forma de liquidar el dany sofert a conseqüència de la manca d'informació.⁶⁵

Concurrent aquestes circumstàncies, la plataforma no actuarà com a gestora d'una reclamació adreçada al proveïdor, el fabricant o un altre subjecte quan efectua un reemborsament sinó com a responsable directa per incompliment del contracte d'accés. I el client no podrà acumular l'exercici d'una pretensió de rescabament en els termes descrits amb la interposició d'una acció de responsabilitat enfront del proveïdor del bé o servei subjacent per incompliment del contracte principal que tingui per objecte una indemnització dels mateixos danys i perjudicis.

A partir dels criteris traçats, aquesta investigació manté que de vegades una pretesa responsabilitat contractual de la plataforma com a intermediària per un hipotètic incompliment d'un deure d'informació es troba mancada de fonament.

En aquest sentit, una plataforma facilitadora d'una contractació d'activitats d'aventura fou declarada responsable pels danys corporals soferts per un client que caigué d'un cavall perquè no havia informat que la proveïdora no estava inscrita en el registre d'empreses i establiments turístics de Castella la Manxa, ni que no tenia contractades les assegurances de responsabilitat civil i d'accidents preceptives, ni que no reunia els requisits per a la inscripció.⁶⁶ La plataforma fou condemnada a rescabalar uns danys i perjudicis

⁶⁵ Sobre una generalització de l'acció *quantum minoris* com a mesura per liquidar el dany, CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1442-1443.

⁶⁶ SAP Cuenca (secció 1ª) 118/2018 de 8 de maig, ECLI:ECLI:ES:APCU:2018:196.

per un import de 22.459,19 euros. La responsabilitat no es basà en una negligència en la selecció del proveïdor⁶⁷ sinó en un fet propi: l'incompliment d'un deure d'informació com a intermediària en línia resultant de les exigències de la bona fe contractual (art. 1258 CC).⁶⁸ Per arribar a declarar la responsabilitat la resolució judicial prengué en consideració el fet que la plataforma anunciava en el seu lloc web el següent:

«Nuestro sistema de opiniones se asegura de que todas nuestras empresas estén sujetas a los más altos estándares de profesionalidad. Las calificaciones están basadas en los comentarios de clientes verificados».

Segons el tribunal, tenint en compte aquesta circumstància l'operador fou declarat responsable de la bona execució de l'activitat amb cavall a causa de la confiança que la informació suscità en el consumidor de què l'empresa enunciada complia els requisits inherents a la seva activitat. Les exigències de la bona fe contractual, raona la sentència, obligaven la plataforma a assegurar-se que les proveïdors que s'allotjaven a la seva pàgina complien la normativa bàsica específica; i, afegeix, que no excusava a la plataforma una implantació internacional ni la diferent legislació de cada país, perquè en tot cas és preceptiva una adequació a la legalitat del lloc on aquelles empreses estan ubicades.

⁶⁷ La sentència expressa el següent: «sin embargo, no puede concluirse que tal ausencia de control o aseguramiento de toda la información que ha de suministrarse determine la procedencia de la indemnización a la demandante, o alcance a una suerte de responsabilidad por hecho ajeno, en supuestos de fuera de su órbita de control, en cuanto no presta directamente el servicio contratado». FJ 3er.

⁶⁸ La sentència declara que la plataforma és intermediària d'acord amb la LSSICE, sense mencionar l'art. 16, assenyala que aquesta no reuneix la condició de prestadora del servei ni se li pot imputar responsabilitat, control o direcció sobre les empreses anunciants i les condicions de prestació del servei (FJ 2on). Tanmateix, el tribunal declara una responsabilitat pròpia de la plataforma per una informació d'activitats no legalitzades i, alhora, considera abusiva la clàusula d'intermediació emprada a partir de l'art. 86 TRLGDCU. FJ 3er, el qual també fa referència a una dificultat o impossibilitat del consumidor d'obtenir el rescabament de la proveïdora.

A propòsit de la sentència, una opinió doctrinal assenyalà que la plataforma controla la informació, no manté una neutralitat tecnològica i que en aquest cas l'omissió d'informació sobre la manca de compliment dels requisits legals de la proveïdora fou la causant d'uns danys i perjudicis a rescabalar.⁶⁹ L'activisme de les plataformes com a creadores i reguladores del mercat ha portat un sector de la doctrina científica a propugnar, des del dret del consum, que les mateixes responen quan l'incompliment del contracte principal celebrat entre el proveïdor i el client es pot vincular causalment a l'incompliment d'unes obligacions en matèria d'informació, transparència, allotjament i tractament de dades i continguts. Segons aquesta visió, una ommissió de la informació precontractual que l'empresari ha de facilitar en un contracte a distància (art. 97 TRLGDCU), o una facilitació deficient d'aquesta informació poden originar una responsabilitat de la plataforma per danys i perjudicis causats a la persona consumidora quan aquella adopta un paper actiu, altera o manipula d'alguna manera la informació facilitada pels proveïdors de béns o serveis, o internautes.⁷⁰ Aleshores la mateixa opinió defensa l'establiment d'una responsabilitat solidària de la plataforma i el proveïdor enfront del client pels danys i perjudicis soferts.⁷¹

D'aquesta manera la mateixa sentència 118/2018 de la secció primera de l'Audiència provincial de Cuenca, de 8 de maig, ha estat relacionada amb la confiança generada per la plataforma en el client: aquesta ha de respondre per l'incompliment del contracte subjacent quan, en virtut de manifestacions o comportaments concloents, indueix al client a creure legítimament que la mateixa estava assumint, implícitament, una funció de garant en el compliment de les obligacions contractuals del proveïdor, fent declaracions publicitàries sobre el nivell de qualitat o seguretat dels proveïdors o dels béns o serveis.⁷²

⁶⁹ ÁLVAREZ MORENO, *La contratación electrónica mediante plataformas en línea*, cit., p. 197, 208 i 221, per a qui l'incompliment d'una obligació pròpia en relació amb el consumidor fa que la plataforma no quedi al marge del contracte principal.

⁷⁰ *Ibidem*, p. 264-267.

⁷¹ Díez SOTO, «Responsabilidad de los proveedores de mercados en línea por incumplimiento del contrato subyacente», cit., p. 159-220, p. 193.

⁷² *Ibidem*, p. 159-220 i 190-191.

Tanmateix, a banda que les normes actuals del dret del consum imposen deures d'informació sobre els béns i serveis subjacents únicament als proveïdors (arts. 60 i 97 TRLGDCU), a parer meu el tribunal en aquesta ocasió no valorà degudament l'abast de les obligacions implícites que corresponien a la plataforma demandada en el marc del contracte d'accés celebrat amb el client d'acord amb les exigències de la bona fe contractual (art. 1258 CC). La resolució judicial considera que a la plataforma se li ha de requerir un control d'unes «mínimes condicions per a l'exercici de l'activitat [eqüestre]» a partir de la classificació i suggeriments dels serveis que duu a terme. A aquests efectes el tribunal solament pren en consideració la informació facilitada per la plataforma sobre dos trets característics del sistema d'opinions dels clients: un primer segons el qual el sistema s'assegura que tots els proveïdors estan subjectes als estàndards més alts de professionalitat, i un segon sobre el fet que la plataforma verifica la condició de clients de les persones que fan els comentaris. No es planteja de quina manera la plataforma havia gestionat el sistema d'opinions, ni si la mateixa abans de la contractació dugué a terme una verificació de la condició de clients de les persones autores de les ressenyes, ni encara menys si existien uns indicis raonables d'una manca de conformitat amb el contracte principal arran d'un sistema d'alerta, la informació o reclamacions d'altres clients o altres circumstàncies amb vista d'un eventual incompliment d'una obligació de seguiment del servei subjacent. I el tribunal tampoc pren en consideració si l'activitat comportava un risc prou elevat per exigir a la plataforma unes mesures de seguiment específiques.⁷³ Així, la plataforma no havia assumit expressament una obligació de seguiment

⁷³ Segons la sentència «*adquiridos los bonos por el consumidor, el mismo opta entre las diferentes empresas anunciantes que Yumping sugiere, por lo que dicha elección, oferta o sugerencia, no puede estar exenta de todo control, en cuanto las mínimas condiciones para el ejercicio de la actividad. Yumping detalla sus ofertas, las clasifica por actividades, e incluso las destaca, por lo que las sugerencias que realiza, si bien han de entenderse de intermediación, no están exentas a todo control conforme dispone el art. 17 de la LSSI*». A més, afegeix el tribunal, «*este deber de información se conforma en su interpretación y despliegue atendiendo a las exigencias de la buena fe contractual. Si bien la agencia está exenta de responsabilidad más allá de la intermediación en condiciones concretas, no es menos cierto que existe un deber general de información de todo lo necesario para que el consumidor alcance el resultado previsto con la contratación del servicio*» (FJ 3er).

de la conformitat contractual dels béns o serveis, ni estrictament una obligació de verificar totes i cadascuna de les transaccions esdevingudes objecte de les ressenyes dels clients i, nogensmenys, aquella fou declarada responsable contractual.

D'aquesta manera, l'òrgan judicial en realitat ignorà la distribució contractual d'oportunitats i riscos duta a terme entre els contractants: la plataforma actuà com a intermediària i en cap cas s'havia compromès amb el client, a canvi d'un preu, a prestar un servei d'equitació que fora conforme amb el contracte principal, ni a garantir la indemnitat del client en l'activitat contractada d'anar amb cavall. No en va, caldrà emprar els principis propis del corretatge o la intermediació en un incompliment de les obligacions contractuals implícites o accessòries del contracte d'accés derivades de la bona fe (art. 1258 CC) per part de la plataforma en relació amb els béns o serveis subjacents.

Una altra cosa hauria estat plantejar una eventual responsabilitat extracontractual de la plataforma per la confiança especial suscitada en els clients en la contractació del servei d'equitació, fora de l'àmbit del contracte d'accés, basada en els danys ocasionats negligentment per un fet il·lícit (art. 1902 CC).⁷⁴

Un altre raonament que el present treball tampoc comparteix és aquell que propugna una aplicació dels paràmetres que actualment regeixen la responsabilitat dels prestadors de serveis de la societat de la informació pel magatzematge de dades il·lícites facilitades pel destinatari final (art. 16 LSSICE) a fi d'establir una responsabilitat civil indirecta de les plataformes en línia per una manca de conformitat del bé o servei contractat pel client.

En aquest sentit, un corrent d'opinió es mostra partidari de fer respondre Amazon indirectament com a intermediària per un contingut il·lícit publicat per una venedora basant-se en el paper actiu de la plataforma quan un vehicle quad no és conforme amb el contracte principal. El rerefons del plantejament és el paper d'optimitzar ofertes de l'operador,⁷⁵ una classificació dels productes mitjançant

⁷⁴ *Infra* § 3.2.

⁷⁵ Un sistema de publicitat que permet posicionar les ofertes a partir d'una retribució del proveïdor.

estrelles que té lloc a partir dels comentaris dels clients i unes dades sobre classificacions mitjanes i devolucions que són emprades per la plataforma per a determinar l'ordre d'aparició i adoptar decisions.⁷⁶ A partir d'aquestes circumstàncies el criteri interpretatiu argumenta que «costaría entender que la causa de exoneración de responsabilidad prevista en el artículo 16 LSSICE resulte aplicable al caso». Considera que Amazon en el cas comentat —aparentment, no resolt judicialment— no actuà amb la diligència deguda i, per tant, «se le puede imputar la responsabilidad por haber contribuido a la causación del daño, siquiera de forma indirecta, dada la posición que ocupa y los potenciales beneficios económicos que puede obtener con ella». D'acord amb l'enfocament, la plataforma no realitzà la conducta il·lícita de posar en venda béns no conformes amb el contracte principal, però sí col·laborà de manera indirecta en aquest il·lícit quan, coneixent-lo, no actuà de manera efectiva per a la seva eliminació bo i esborrant la descripció de béns que no es corresponien amb la realitat, o mitjançant un bloqueig del compte del venedor que era emprat per la comercialització del bé que no era conforme amb el contracte.⁷⁷ Aleshores, d'acord amb aquesta visió, plataformes intermediàries de serveis d'allotjament turístic com ara Booking, Airbnb, Homeaway, Trivago, o Toprural, o de viatges com Viajarbarato o eDreams, seran responsables de qualsevol incompliment del contracte principal (p. ex., manca de disponibilitat de l'allotjament per overbooking) si tenen un coneixement efectiu de la il·licitud o vulneren un principi de reaccionar amb promptitud.⁷⁸ Es tracta d'una imputació de responsabilitat a la plataforma per una espècie de posició

⁷⁶ Gemma MINERO ALEJANDRE, «Responsabilidad de Amazon por las ventas concertadas por terceros en su Marketplace? Estudio de la cuestión a fecha de 2021 y perspectivas de futuro», *Revista CESCO*, núm. 37, 2021, 33-50, p. 39. L'autora traça un paral·lelisme entre l'actuació de la plataforma Amazon i la plataforma eBay a partir de les consideracions fetes sobre aquesta última per la STJUE (Gran sala) de 12 de juliol de 2011, L'Oréal, C-324/09 (ECLI:EU:C:2011:474), apartats 116-124.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 34 i 41-42.

⁷⁸ Pascual MARTÍNEZ ESPÍN, «Productores, proveedores, plataformas, intermediarios, guardianes de acceso», a Àngel CARRASCO PERERA (coord.), *Derecho de Consumo (Materiales, fundamentos, aplicaciones)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, 459-486, p. 470; segueix el mateix criteri, DEL SAZ DOMÍNGUEZ, «La protección del consumidor que contrata su vuelo, viaje combinado o alojamiento a través de plataformas digitales», cit., p. 77.

de garant que fonamenta una responsabilitat extracontractual per un fet aliè. La contribució de l'operador de posar en el mercat béns o serveis que presenten faltes de conformitat amb el contracte farà que li sigui imputable una responsabilitat indirecta.⁷⁹

Doncs bé, segons la meua opinió no és possible imputar el contracte principal i la seva execució a la plataforma simplement per considerar que, d'acord amb la diligència deguda, aquesta empresa no podia desconèixer la manca de conformitat del bé o servei, o no eliminà amb promptitud una descripció dels béns que no es corresponien amb la realitat. I a l'efecte d'establir una responsabilitat de la mateixa per una falta de conformitat no sembla admissible tampoc aplicar els criteris de l'art. 6.3 del Reglament de Serveis Digitals, la idea d'una creença induïda en un consumidor mitjà del fet que la informació o el bé o servei es proporcionen per la mateixa plataforma o un proveïdor que actua sota la seva autoritat o control. Aquesta regulació està relacionada únicament amb una informació il·lícita publicada per un tercer i en cap cas amb el bé o servei subjacents⁸⁰ i, tal com s'ha exposat en relació amb el criteri de la influència predominant de la plataforma,⁸¹ es fonamenta en unes consideracions allunyades del dret contractual.

Per aquesta raó, sembla més escaient dibuixar una responsabilitat contractual de les plataformes en línia per incompliment d'unes obligacions implícites o accessòries, derivades de la bona fe (art. 1258 CC) i integrants del contracte d'accés, coherents amb llur condició d'intermediàries quan són prou transparents; i diferenciar absolutament entre una responsabilitat de les prestadores de serveis de la societat de la informació que emmagatzemen dades facilitades per tercers i una eventual responsabilitat de les plataformes en línia per una manca de conformitat del bé o servei contractat pel client.

⁷⁹ També es mostra partidària d'adoptar aquest criteri, ÁLVAREZ MORENO, *La contratación electrónica mediante plataformas en línea*, cit., p. 264-267, qui estableix uns primers nivells de responsabilitat de les plataformes a partir d'una distinció entre un *hosting* actiu i un *hosting* passiu.

⁸⁰ SCHMITT, *Elektronische Marktplätze -Vermittler ohne Produktverantwortung?*, cit., p. 136; cf. VILGERTSHOFER, *Online-Plattformen und vertragliche Haftung*, cit., p. 201.

⁸¹ *Supra* § 2.

De totes maneres, una vegada exposada quina podria ser la responsabilitat de la plataforma per incompliment d'unes obligacions implícites del contracte d'accés relacionades amb els béns o serveis subjacents imposades per la bona fe (art. 1258 CC), aquest treball considera que la mateixa podrà esdevenir responsable civil extracontractual enfront del client quan amb el seu comportament suscita en el client una confiança especial en la contractació del bé o servei subjacent.

3.2. Una responsabilitat extracontractual per la confiança especial suscitada en el client en la contractació dels béns i serveis

Una plataforma en línia podrà esdevenir responsable civil extracontractual enfront del client en diversos escenaris. Els clients comptaran amb una legitimació individual per interposar una acció de rescabament quan el tractament de dades i continguts, l'establiment d'un sistema de classificació dels béns o serveis o una participació activa en el funcionament del sistema de ressenyes dels clients constitueixi una pràctica comercial deslleial causant de danys i perjudicis (arts. 4 a 31, 32.5è i 33.3, lletra b) LCD).⁸² L'apartat 3 de l'art. 8 de la Directiva (UE) 2024/2853⁸³ prescriu una responsabilitat del proveïdor d'una plataforma en línia per danys causats per productes defectuosos en els mateixos termes que un distribuïdor si la plataforma permet als consumidors celebrar contractes a distància amb comerciants, la mateixa no és

⁸² Per exemple, es considera deslleial per enganyosa una afirmació que atribueix les ressenyes d'un bé o servei a uns consumidors que han utilitzat o adquirit el bé o servei sense prendre mesures raonables i proporcionades per comprovar que les dites ressenyes pertanyen a tals consumidors; o la pràctica que afegeix o encarrega a una altra persona la inclusió de ressenyes o aprovacions de consumidors falses, o que distorsiona ressenyes de consumidors a fi de promoure béns o serveis (apartats 7 i 8 de l'art. 27, respectivament).

⁸³ Directiva (UE) 2024/2853 de 23 d'octubre, sobre responsabilitat pels danys causats per productes defectuosos, DOUE L/1 de 18 de novembre de 2024.

un operador econòmic⁸⁴ i es compleixen les condicions de l'art. 6.3 del Reglament de Serveis Digitals (apartat 4 de l'art. 8 de la Directiva (UE) 2024/2853).⁸⁵ La responsabilitat extracontractual de la plataforma que presenta un major interès en aquesta investigació és la que té lloc a partir d'una confiança suscitada en el client en la contractació dels béns o serveis, atesa la necessitat de diferenciar-la d'una responsabilitat per incompliment d'unes obligacions implícites del contracte d'accés imposades per la bona fe (art. 1258 CC).

Un comportament negligent o dolós de la plataforma en el moment de la contractació dels béns i serveis subjacents podrà constituir un il·lícit civil causant d'uns danys i perjudicis al client en els termes previstos a l'art. 1902 CC quan aquella exerceix una influència significativa. La figura de la responsabilitat derivada de la culpa *in contrahendo* es refereix a subjectes que negocien un contracte futur com a contractants i no sembla que pugui ser aplicada a les plataformes en relació amb el contracte principal. Tanmateix, el sistema de clàusula general emprat per l'art. 1902 CC és prou ample per imputar una responsabilitat civil a l'operador en aquests casos. És clar que no es donarà si la plataforma expressa amb prou claredat que no assumeix cap mena de responsabilitat per la correcció de la informació. Ara bé, les plataformes sovint exerceixen una forta influència en els clients en un mercat electrònic en el qual aquests darrers no mantenen un contacte directe i presencial amb el proveïdor. Estudis empírics demostren que les opinions positives d'altres clients tenen una influència significativa en la decisió del client de celebrar el contracte principal. Així, una classificació presentada com una recomanació

⁸⁴ El numeral 15 de l'art. 4 de la Directiva (UE) 2024/2853 defineix l'«operador econòmic» com «tot fabricant d'un producte o component, prestador d'un servei connex, representant autoritzat, importador, prestador de serveis logístics o distribuïdor».

⁸⁵ La regulació assumeix com a vàlid en aquest àmbit el criteri de la influència predominant de les plataformes sobre els proveïdors sorgit de la responsabilitat dels operadors com a prestadors de serveis de la societat de la informació.

(«Millors resultats», «Els nostres millors consells») podrà esdevenir crucial.⁸⁶

Una confiança especial en la plataforma actuarà com a principal pressupòsit de la seva responsabilitat. Aleshores el filtratge d'ofertes i la classificació dels béns i serveis que la plataforma presenta com a pròpies, basades en l'experiència de transaccions anteriors, i les recomanacions o suggeriments podran dur-se a terme sense prendre en consideració suficientment els interessos dels clients, ni emprar la diligència exigible a un bon professional.⁸⁷ L'ocultació de paràmetres utilitzats per la classificació serà un cas paradigmàtic. D'aquesta manera l'operador que ha deixat suficientment clara la seva condició d'intermediari pot haver de respondre, no obstant això, com a tercer quan assisteix en la contractació del bé o servei subjacent a partir de la seva reputació i fiabilitat.⁸⁸

⁸⁶ Christoph BUSCH, «Effektiver Verbraucherschutz im online-handel: verantwortung und haftung von Internetplattformen», 1-77, p. 33, en un informe de 22 de novembre de 2019 presentat per la *Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.* i finançat pel Ministeri de Justícia i Protecció del Consumidor alemany (disponible a <https://www.vzbv.de/publikationen/online-plattformen-und-vergleichsplattformen-die-verantwortung-nehmen>; data de consulta: 5 d'abril de 2025).

⁸⁷ Sobre els criteris que porten a una plataforma a suscitar una especial confiança en els clients, SCHMITT, *Elektronische Marktplätze -Vermittler ohne Produktverantwortung?*, cit., p. 154-157.

⁸⁸ Fora de l'àmbit de les plataformes digitals, en relació amb el § 311(3) BGB, frase segona, Volker EMMERICH, «§ 311 BGB: Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9. Aufl., C. H. Beck, München, 2022, 3-88, p. 75-77. La jurisprudència alemanya aplica la figura de la *Sachwalterhaftung* a persones assessores i, en particular, a concessionàries de vehicles d'ocasió que actuen com a intermediàries si anuncien la compra d'un vehicle com a «provat en taller» sense haver-lo examinat abans curosament o oculten defectes que coneixen o d'un accident anterior, o si els trivialitzen deliberadament en resposta a preguntes del client. Fa aquest raonament en l'àmbit de les plataformes, BUSCH, «Effektiver Verbraucherschutz im online-handel: verantwortung und haftung von Internetplattformen», cit., p. 33 i 36. De totes maneres, l'informe expressa que la responsabilitat de les plataformes és bastant incerta i acaba recomanant la promulgació d'una regulació aclaridora.

L'art. VI.-2:207 DCFR preveu que els danys causats a una persona per adoptar una decisió basada en la confiança raonable dipositada en una informació o consell incorrectes constitueixen un dany jurídicament rellevant als efectes d'imputar una responsabilitat extracontractual si: a) el consell o informació els proporciona una persona en l'exercici de la seva professió o en el curs d'una activitat comercial; i b) l'emissor coneixia, o es podia esperar raonablement que conegués, que el receptor confiaria en el consell o en la informació a l'hora d'adoptar una decisió com la que adoptà.⁸⁹ La secció novena de l'Audiència provincial de Madrid aplicà aquestes regles model amb valor orientatiu, com a *soft law*, en diverses sentències on es plantejà una responsabilitat extracontractual d'unes empreses intermediàries en la contractació d'actius financers quan foren demandades per les persones inversores;⁹⁰ i res no obsta al fet que les plataformes en línia també es regeixin per aquestes regles si concorren els pressupòsits de la responsabilitat civil (art. 1902 CC), encara que hi hagi una manca d'expertesa.⁹¹

Així, el consell o informació erronis de la plataforma (acció o omissió il·lícita) han de ser la causa de la decisió presa pel client de contractar el bé o servei subjacent i, alhora, aquesta decisió

⁸⁹ Es tracta d'un consell o assessorament que es basa fonamentalment en uns fets incorrectes. Per exemple, una declaració falsa que una llicència urbanística ha estat concedida acompanyada d'una recomanació, explícita o implícita, d'optar per a la compra d'un immoble. A més, el client demandant haurà de provar el caràcter previsible d'una confiança raonable i hom pot presumir que la mateixa concorre més en el cas d'una decisió econòmicament rellevant que si és més trivial. STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE i RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, vol.1, Sellier, München, 2009, p. 3222.

⁹⁰ SSAP Madrid (secció 9ª) 346/2021 de 5 de juny, 382/2021 de 16 de juliol, 406/2021 de 9 de setembre i 510/2021 de 21 d'octubre, ECLI:ES:APM:2021:8710, ECLI:ES:APM:2021:9539, ECLI:ES:APM:2021:10206 i ECLI: ES:APM:2021:12588, respectivament.

⁹¹ Respecte del § 311(3) BGB, frase segona, EMMERICH, «§ 311 BGB: Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, cit., p. 79-85.

ha de ser la causa del dany (causalitat).⁹² I, pel que fa a l'element de la culpa, si l'operador ha permès publicar a la plataforma revisions o comentaris falsos de persones no clientes que reben vals-descompte del proveïdor a canvi de promoure els béns o serveis subjacents, el client podrà reclamar un rescabament dels danys a l'interès de la confiança causats per aquesta conducta (interès negatiu). En canvi, la manca de negligència professional de la plataforma podrà excloure una responsabilitat civil quan la mateixa facilita una contrasenya als clients després de comprovar que els mateixos efectivament han contractat els béns o serveis subjacents, com a requisit previ a fer la revisió o comentaris, i alhora comprova la seva autenticitat. A més, no es pot descartar una eventual concurrència de culpa del client quan aquest no contrastà la informació.

En cas de responsabilitat civil el client podrà reclamar a la plataforma un rescabament de les despeses ocasionades per la contractació dels béns o serveis subjacents i, si escau, les pèrdues d'oportunitat resultants de celebrar el contracte principal amb el proveïdor, però la indemnització no inclourà l'interès de compliment del contracte principal o interès positiu.⁹³

La celebració d'un contracte d'accés o intermediació entre la plataforma i el client no hauria d'excloure una eventual responsabilitat extracontractual de la plataforma resultant de la confiança suscitada en el client en la contractació dels béns i

⁹² En relació amb la responsabilitat de l'art. VI.-2:207 DCFR, l'autoria del projecte precisament posa l'exemple d'una empresa auditora que negligentment passa per alt unes pèrdues comptables considerables de l'empresa auditada, posteriorment unes persones inverteixen en ella confiant en l'informe i poc després la mateixa esdevé insolvent. Aleshores l'empresa auditora esdevé responsable enfront dels inversors pel preu pagat per les accions. STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE i RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 3222-3223.

⁹³ La compensació ha de procurar col·locar el client en la mateixa posició en què estaria si no hagués arribat a celebrar el contracte principal. Cf. EMMERICH, «§ 311 BGB: Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse», cit., p. 79-80.

serveis subjacents.⁹⁴ Una cosa és configurar una responsabilitat per danys ocasionats als clients a conseqüència de l'incompliment d'unes obligacions de l'operador derivades del contracte d'accés o intermediació, expressament acordades o resultants de la bona fe contractual (art. 1258 CC), i una altra ben distinta imputar una responsabilitat civil a la plataforma en línia com a tercer pels danys i perjudicis causats als clients.

Així les coses, reprenent el supòsit de la caiguda des d'un cavall en el marc d'una activitat contractada des d'una plataforma,⁹⁵ probablement hom hauria pogut imputar una responsabilitat civil a l'operador per la confiança suscitada en el client en la contractació del servei basada en l'art. 1902 CC. Hom podia esperar raonablement que la plataforma conegués que el seu anunci, expressant que el sistema d'opinions s'assegurava que les empreses estaven sotmeses als estàndards de professionalitat més alts, era susceptible de suscitar una confiança especial a l'hora de contractar el servei al proveïdor en els clients que cercaven la pràctica d'una activitat segura. El fet de no contrastar la informació donada verificant si l'empresa proveïdora estava inscrita en el registre d'empreses i establiments turístics de Castella la Manxa, o si tenia contractades les assegurances de responsabilitat civil i d'accidents preceptives i reunia els requisits per a la inscripció, denota una actuació negligent de la plataforma. I, a més, és plausible considerar que la informació facilitada causà no solament la decisió de contractar el servei sinó també els danys corporals resultants de la caiguda. El fet que la persona monitora no hagués amarrat correctament les regnes del cavall revela que la pràctica de

⁹⁴ També la responsabilitat de l'art. VI-2:207 DCFR és concebuda independentment de si existeix una relació contractual amb el destinatari del consell o informació. STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE i RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, cit., p. 3221. En canvi, Ronny HAUCK/ Heiko BLAUT, «Die (quasi-)vertragliche Haftung von Plattformbetreibern», *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 20, 2018, 1425-1430, p. 1428, sostenen que la responsabilitat del § 311(3) BGB tan sols és aplicable quan manca un contracte entre la plataforma i el client.

⁹⁵ SAP Cuenca (secció 1ª) 118/2018 de 8 de maig, ECLI:ECLI:ES:APCU:2018:196.

l'activitat en realitat no era segura quan la víctima contractà des de la plataforma confiant en el fet que el servei subjacent reunia aquesta qualitat.

Una vegada examinades les obligacions implícites o accessòries imposades per la bona fe (art. 1258 CC) a la plataforma en el marc del contracte d'accés quan existeix una transparència pel que fa a la condició d'intermediària, i traçada la distinció amb una eventual responsabilitat extracontractual per la confiança suscitada en el client en la contractació del bé o servei subjacent, aquesta investigació considera indispensable prestar atenció així mateix a una eventual responsabilitat contractual de l'operador dimanant d'una distribució de riscos i oportunitats que resulta dels contractes celebrats entre els diversos subjectes involucrats.

4. Una responsabilitat contractual de la plataforma basada en la distribució de riscos i oportunitats: un «aixecament del vel» més enllà de la transparència

Si ens atenim a la distribució contractual de riscos i oportunitats, resulta que les plataformes en línia sovint actuen com a intermediàries en la contractació de béns i serveis. Habitualment ofereixen un lloc web que permet als clients cercar béns o serveis seleccionant uns paràmetres i contractar els que es troben disponibles als proveïdors. Inverteixen principalment a posar a disposició dels dos grups d'usuaris una eina tecnològica i alhora procuren ocupar una posició prominent en el mercat aprofitant unes economies d'escala. A canvi, obtenen una retribució dels proveïdors per cada contracte principal celebrat i, eventualment, de la publicitat; i també reben com a contraprestació les dades personals dels clients, les quals sovint són emprades per donar

publicitat dels serveis addicionals o fer suggeriments a partir del perfil creat.⁹⁶

En l'àmbit dels serveis de viatge, per exemple, les plataformes en línia no solen assumir la condició de prestadores dels serveis d'allotjament, transport o d'altre tipus, ni la d'organitzadores d'un viatge combinat en els termes de la lletra g) de l'art. 151.1 TRLGDCU.⁹⁷ Encara que les persones viatgeres poden desenvolupar un paper actiu en la selecció dels serveis de viatge, la plataforma no ven un viatge combinat per compte propi, assumint els riscos inherents a la comercialització. No contracta els serveis als proveïdors ni els ven a la persona viatgera amb el propòsit de quedar-se un marge comercial, ni assumeix el risc que l'execució tingui lloc en la forma enunciada. De fet, una economia de plataformes és incompatible amb una organització de viatges on sovint resulta imprescindible conèixer molt bé el producte i viure l'experiència de la destinació turística en primera

⁹⁶ Bram DEVOLDER, «Contractual Liability of the Platform», a Bram DEVOLDER (ed.), *The Platform Economy (Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries)*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2019, 31-88, p. 32-33; també, Christian TWIGG-FLESNER, «Online Intermediary Platforms and English Contract Law», a Paul S. DAVIES/ Tan CHENG-HAN (eds.), *Intermediaries in Commercial Law*, Hart, Oxford-London-New York-New Delhi-Sydney, 2022, 171-192, p. 178.

⁹⁷ La lletra g) de l'art. 151.1 TRLGDCU defineix l'organitzador d'un viatge combinat com «un empresario que combina y vende u oferta viajes combinados directamente, a través de o junto con otro empresario, o el empresario que transmite los datos del viajero a otro empresario a efectos de lo indicado en el párrafo b) 2.º v) [viatges combinats en línia]». Contràriament, Del SAZ DOMÍNGUEZ, «La protección del consumidor que contrata su vuelo, viaje combinado o alojamiento a través de plataformas digitales», cit., p. 79-83, 88 i 92, qualifica d'organitzadora a la plataforma en línia eDreams després de considerar el seu paper actiu en la contractació del viatgesuprimir. L'autora invoca a més l'art. 150.3 TRLGDCU, segons el qual «no quedarán eximidos de las obligaciones establecidas en este libro los organizadores de viajes combinados, o, en su caso, los minoristas, así como los empresarios que facilitan servicios de viaje vinculados, aunque declaren que actúan exclusivamente como prestadores de un servicio de viaje, como intermediarios o en cualquier otra calidad, o que los servicios que prestan no constituyen un viaje combinado o servicios de viaje vinculados». Una norma que no aclareix per quins motius aquests subjectes no s'eximiran de responsabilitat (CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1602) ni en quins supòsits esdevé aplicable.

persona abans d'ofrir els serveis integrants d'un viatge combinat.⁹⁸ Des d'aquesta perspectiva, les plataformes en línia com a molt actuaran com a facilitadores o intermediàries de serveis de viatge vinculats.⁹⁹

Al meu entendre, un mateix plantejament hauria de regir en la contractació de qualsevol bé o servei subjacent. El fet que algunes plataformes com Amazon assumeixin un paper encara més actiu assumint l'obligació de transportar el bé al domicili del client,¹⁰⁰ o oferint una garantia comercial addicional (l'anomenada «Garantia de la A a la Z»),¹⁰¹ no hauria de desplaçar el criteri de la distribució de riscos i oportunitats establerta contractualment.¹⁰² Això sense perjudici d'una eventual responsabilitat civil contractual o

⁹⁸ Els proveïdors solen oferir als organitzadors viatges de familiarització o de cortesia (en anglès *fam trips* o *fam tours*) abans no decideixen emprar els prestadors com a auxiliars en el compliment d'un contracte de viatge combinat i assumir el risc inherent a la seva execució.

⁹⁹ És en aquest sentit que s'ha d'entendre la clàusula 13 de les condicions generals per a la contractació de la plataforma Atrápalo, en virtut de la qual «en el cas que el consumidor adquireixi serveis vinculats, no estarà subjecte a la legislació corresponent al Viatge Combinat, sent responsables de cada producte els corresponents proveïdors», referida al requisit d'informació de la lletra a) de l'art. 168.1 TRLGDCU. Sobre la definició de «serveis de viatge vinculats», lletra e) de l'art. 151.1 TRLGDCU. El precepte legal implementa el punt 5 de l'art. 3 de la Directiva (UE) 2015/2302 de 25 de novembre, relativa als viatges combinats i als serveis de viatge vinculats, DOUE L 326 d'11 de desembre de 2015. Una proposta de modificació d'aquesta Directiva de 9 de desembre de 2024 (2023/0435(COD)), preveu una eliminació del concepte de «serveis de viatge vinculats».

¹⁰⁰ El considerant 27è de la Directiva de modernització es refereix a l'obligació d'entregar el bé com un aspecte del contracte sobre el qual el proveïdor del mercat en línia pot assumir la responsabilitat i del qual té l'obligació d'informar a les persones consumidores, encara que ni la lletra d) de l'apartat 1 de l'art. 6 bis que aquesta Directiva introdueix en la Directiva 2011/83/UE, ni la lletra d) de l'apartat 1 de l'art. 97 bis TRLGDCU, no contenen cap referència expressa a aquest aspecte.

¹⁰¹ Es pot consultar l'anomenada «Garantia de la A a la Z» a <https://www.amazon.es/gp/help/customer/display.html?nodeId=GQ37ZCNECJKTIFYQV> (data de consulta: 5 d'abril de 2025). Pel seu comentari, MINERO ALEJANDRE, «Responsabilidad de Amazon por las ventas concertadas por terceros en su Marketplace?», cit., p. 46-49, segons la qual Amazon assumeix una responsabilitat contractual pròpia amb totes les persones compradores a partir d'aquesta garantia comercial.

¹⁰² Cf. *ibidem*, p. 41-42.

extracontractual de la plataforma quan el bé es malmet o s'extravia durant el transport per una causa imputable al seu personal, o si la seva acció o omissió causa danys i perjudicis al client (p. ex., malmet la bústia del client en el moment del lliurament). Nogensmenys, les figures de la responsabilitat contractual i la garantia comercial haurien de ser clarament distingides.

Amb tot, en alguns casos la plataforma Amazon actua com a distribuïdora, compra a productors i proveïdors i ven els béns als clients com a propis assumint el risc comercial; i aleshores sí que podrà esdevenir responsable contractual per una falta de conformitat d'acord amb la regulació de la compravenda de béns de consum (arts. 621-20 a 30 del Codi Civil de Catalunya, arts. 114 a 125 TRLGDCU), o el règim general de rescabament de danys i perjudicis (arts. 1101 CC i ss.).

En qualsevol cas, la present investigació és partidària d'emprar el criteri de distribució de riscos i oportunitats bo i assumint que els contractes celebrats per la plataforma són el que són, objectivament i segons llur naturalesa, i no el què les parts expressen formalment que són. Per aquest motiu, si escau, caldrà fer un «aixecament del vel»: la plataforma haurà d'assumir una responsabilitat pels béns i serveis subjacents si resulta que en realitat no ha actuat com a intermediària.¹⁰³

Seran excepcionals els casos en què una plataforma ha de ser qualificada de contractant principal malgrat haver informat de la seva condició d'intermediària als clients i incorporat una clàusula d'intermediació en les condicions generals de la contractació.

Una actuació de contractant *de facto* basada en una assignació d'oportunitats i assumpció de riscos en el contracte principal es podrà conèixer o inferir d'un contracte celebrat entre la plataforma

¹⁰³ Semblantment, MAULTZSCH, «Verantwortlichkeit der Plattformbetreiber», cit., p. 246-249, en relació amb l'art. 18 de la Discussió de Proposta de Directiva sobre Plataformes d'Intermediació en Línia de l'any 2016, el precedent de l'art. 20 de les Regles model ELI sobre plataformes en línia, encara que únicament quan el contracte principal forma una relació C2C. L'autor pretén trobar una explicació per a l'art. 18 que sigui coherent amb el dret de contractes seguint el model de la revenda de vehicles d'ocasió dutes a terme mitjançant empreses concessionàries i critica l'enfocament subjectiu del text resultant de fer dependre el criteri de la influència predominant de la plataforma d'un nivell raonable de comprensió del client.

i el proveïdor amb anterioritat a la creació de l'estructura triangular originada pels contractes d'accés. Així, un contracte de distribució celebrat amb el fabricant d'un bé, una reserva de places d'allotjament en règim de contingent conclòs amb un hotel, un arrendament d'un habitatge d'ús turístic, o un contracte laboral amb els conductors d'uns vehicles, palesaran una voluntat inequívoca de la plataforma de comercialitzar directament el bé o servei i córrer el risc comercial de l'operació. La plataforma esdevindrà, respectivament, venedora del bé, prestadora d'un servei d'allotjament turístic o —si integra l'estada en un hotel en el marc d'un viatge combinat— organitzadora, sotsarrendadora d'un habitatge d'ús turístic, o prestadora d'un servei de transport de vehicle amb conductor, encara que la mateixa aparegui formalment com a intermediària enfront del client. La mateixa situació es podrà donar quan la plataforma ha celebrat un contracte amb un tercer (p. ex., contracte de *leasing* de vehicles que es destinen a un transport amb conductor). La intermediació és una activitat dirigida a què terceres persones celebrin contractes sobre un bé o servei. El lucre buscat per la plataforma a partir d'aquests i altres contractes, celebrats amb anterioritat al contracte d'accés que la mateixa celebra fictíciament amb els clients, posa de manifest que en realitat la mateixa pretén que se li assignin unes oportunitats a partir de la contractació del bé o servei i que, en conseqüència, ha d'assumir els riscos resultants. Per aquest motiu aleshores la plataforma hauria de ser responsable per una manca de conformitat del bé o servei d'acord amb la regulació aplicable al contracte principal de què es tracti (arts. 621-20 a 30 i 621-67 a 78 del Codi Civil de Catalunya, arts. 114 a 125 TRLGDCU, arts. 161 i 162 TRLGDCU, arts. 1556 i 1560 CC, art. 1101 CC i següents, entre d'altres).

Quan l'estructura contractual triangular només existeix formalment i la plataforma únicament ha celebrat amb el proveïdor un contracte d'accés, caldrà comprovar si en realitat aquest darrer és emprat voluntàriament per aquella com a auxiliar en el compliment del contracte que té per objecte el bé o servei. Aquesta investigació assumeix que el contracte celebrat entre la plataforma i el client serà el que serà, objectivament, i no necessàriament un contracte d'accés (v. gr., contracte de mandat o correatge) simplement pel fet que les parts així ho expressin formalment.

Ara bé, les inferències que hom pugui fer per a concloure que la plataforma ha de respondre contractualment pel bé o servei enfront del client haurien de ser summament respectuoses amb els trets distintius del seu model de negoci. En aquest sentit, l'establiment d'unes característiques concretes dels béns o serveis contractats des de la plataforma o d'uns estàndards mínims de qualitat, la predeterminació del deure de prestació que el client pot exigir en relació amb el bé o servei, o una política del «preu mínim garantit» per a qui utilitza la plataforma com a via per a la comercialització,¹⁰⁴ sovint solen tenir exclusivament una motivació de reputació. Aquestes pràctiques, majoritàriament beneficiàries pels clients, normalment no signifiquen que la plataforma busqui que li siguin assignades les oportunitats del negoci principal, ni els riscos contractuals implícits.

En particular, una plataforma pot legítimament orientar el marc transaccional a béns o serveis d'unes característiques concretes (p. ex., Wallapop, en relació amb béns de segona mà), o únicament d'unes marques, sense que aquestes circumstàncies originin per sí mateixes la seva responsabilitat contractual pels béns o serveis. Com a regla general, tampoc hauria de ser suficient per a imputar automàticament aquesta responsabilitat una influència de la plataforma en el contingut de les condicions generals de la contractació emprades pel proveïdor

¹⁰⁴ Per exemple, el punt 1 de la clàusula B7 («¿Què més et cal saber?») anomenada «*T'igualem el preu*» de la plataforma Booking expressa el següent: «Volem que sempre obtinguis el millor preu possible. Si, després d'haver reservat l'Allotjament amb nosaltres, trobes el mateix Allotjament (amb les mateixes condicions) per menys en un altre lloc web, ens comprometem a reemborsar la diferència, subjecte a les condicions de *T'igualem el preu*». <https://www.booking.com> (data de consulta: 5 d'abril de 2025). En el dret alemany i fora de l'àmbit de les plataformes en línia, Markus MÜLLER, «Die Umgehung des Rechts des Verbrauchsgüterkaufs im Gebrauchtwagenhandel», *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 28, 2003, 1975-1980, p. 1979, sosté en la compravenda de vehicles d'ocasió que l'anterior relació entre l'antic propietari i l'empresa concessionària només pot ser un criteri dèbil a l'hora d'avaluar si procedeix excloure el model de la intermediació, puix que aquesta relació no és decisiva pel comprador-consumidor, i posa com a exemple el preu de venda mínim garantit.

en el contracte principal celebrat amb el client;¹⁰⁵ ni que el proveïdor incideixi en la classificació de la oferta del bé o servei en el lloc web remunerant a la plataforma, si aquesta és prou transparent pel que fa a la utilització d'aquest paràmetre;¹⁰⁶ ni la circumstància que la plataforma obligui a incloure un servei de viatge (p. ex., visita a un parc d'atraccions) en un viatge combinat organitzat per una altra empresa, si això és degut solament a què la primera obté una major retribució quan el servei de viatge és contractat pels clients. En tots aquests casos normalment regirà objectivament una intermediació contractual en línia. Les plataformes podran tenir diferent grau d'influència en la fixació del preu¹⁰⁷ i ni tan sols el fet que el preu final del bé o servei sigui fixat unilateralment per la plataforma hauria de menar en tots els casos a imputar-li una responsabilitat contractual per una manca de conformitat,¹⁰⁸ ni unes instruccions detallades donades al proveïdor

¹⁰⁵ Així, la clàusula «Overbooking, cancelaciones y no shows» integrant de les condicions generals que regeixen els contractes entre la plataforma Booking i els hotels de la Costa Brava estableix que, «*en caso de que no haya habitaciones disponibles a la llegada del Cliente, el Hotel: (a) encontrará un alojamiento alternativo con las mismas o mejores condiciones garantizando la reserva del Cliente; y (b) proporcionará transporte gratuito al hotel alternativo para el Cliente y los acompañantes incluidos en la reserva*».

¹⁰⁶ Art. 5.3 del Reglament UE 2019/1150, de 20 de juny de 2019, sobre el foment de l'equitat i la transparència pels usuaris professionals de serveis d'intermediació en línia, DOUE L 186/57 d'11 de juliol de 2019.

¹⁰⁷ Les plataformes es poden limitar a publicar les ofertes en una aplicació i suggerir als proveïdors uns preus màxims i mínims en funció de les característiques del bé o servei (p. ex., BlaBlaCar), oferir una eina opcional d'estimació del preu en funció dels preus mitjans del mercat en la plataforma (p. ex., Airbnb), imposar al proveïdor l'obligació d'oferir el millor preu en comparació amb altres canals de comercialització i contractació del mateix bé o servei (p. ex., Booking), o fixar unilateralment el preu final (p. ex., Uber).

¹⁰⁸ No en va, MAULTZSCH, «Contractual Liability of Online Platform Operators», cit., p. 227, es refereix a la validesa del contracte de franquícia tot i la significativa influència que exerceix la part franquiciadora sobre les condicions generals celebrades entre la franquiciada i els seus clients, un contracte que sol incloure a més la determinació del preu. L'autor adverteix que l'establiment d'una responsabilitat solidària del franquiciador amb el franquiciat podria resultar absolutament injustificada. Distintament, en el dret espanyol, Matilde CUENA CASAS, «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», *Cuadernos de*

sobre com ha d'executar la prestació deguda o complir el contracte que té per objecte el bé o servei.

Amb tot, les circumstàncies esmentades podran ser valorades discrecionalment i llur concurrència en el cas concret podrà revelar l'existència d'un contracte celebrat entre la plataforma i el proveïdor amb anterioritat a la creació de l'estructura contractual triangular, més enllà dels contractes d'accés, circumstància que exclourà una intermediació si denota una distribució de riscos i oportunitats impròpia d'aquesta figura.

Així, la manera com la plataforma Uber gestiona els trajectes emprant una eina tecnològica sofisticada,¹⁰⁹ una fixació del preu basada en un algorisme específic¹¹⁰ i, sobretot, la seva actuació *de facto* com a empresària o ocupadora portaren a considerar que la mateixa celebra un contracte de treball amb els conductors dels vehicles.¹¹¹ La plataforma controla la idoneïtat i l'actuació dels conductors, duu a terme un procés de selecció, exigeix a aquests subjectes el compliment de certs requisits (carnet de conduir, certificat d'antecedents penals, assegurança de responsabilitat civil, entre d'altres), els imparteix

Derecho Transnacional, núm. 2, 2020, 283-348, p. 334, sosté categòricament que la imposició del preu per part de la plataforma desnaturalitza el contracte de mediació celebrat amb el proveïdor.

¹⁰⁹ Semblantment, encara que des d'una perspectiva de la influència predominant de la plataforma sobre els proveïdors (*supra* § 2), Raquel LÓPEZ ORTEGA, «Las plataformas Uber, BlaBlaCar y Airbnb: ¿Intermediarias o prestadoras del servicio subyacente?», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 321, 2021, 177-238, p. 209-210, qualifica la plataforma Uber com a titular de l'activitat de transport a partir de la forma com gestiona els trajectes dels conductors dels vehicles; i sosté que BlaBlaCar i Airbnb exerceixen una menor influència en les condicions per a compartir vehicle i prestar allotjament, respectivament, de manera que aquestes últimes són plataformes d'intermediació.

¹¹⁰ Sobre les condicions generals amb incidència en la fixació del preu del servei subjacent integrants dels contractes d'accés celebrats entre plataformes i proveïdors, *ibidem*, p. 198-202.

¹¹¹ La sentència 374/2020 de la Cort de Cassació francesa, Social, de 4 de març, ECLI:FR:CCAS:2020:SO0034, considerarà els conductors de vehicles com a treballadors de la plataforma Uber a partir d'una relació legal de subordinació. Amb anterioritat, SØRENSEN, «Private Law Perspectives on Platform Services», cit., p. 16-17.

uns cursos de formació i els dona unes instruccions detallades sobre com executar la prestació deguda enfront dels clients. La tasca de coordinació i organització de la plataforma excedeix l'àmbit de la intermediació,¹¹² puix que els conductors es veuen immersos en una relació de subordinació i no poden caracteritzar lliurement el servei que presten als clients.

La determinació de l'existència d'una relació laboral, d'acord amb l'art. 4.2 de la Directiva (UE) 2024/2831 de 23 d'octubre, relativa a la millora de les condicions laborals en el treball en plataformes,¹¹³ «haurà de guiar-se principalment pels fets relacionats amb la realització real del treball, inclosa la utilització de sistemes automatitzats de seguiment o de sistemes automatitzats de presa de decisions en l'organització del treball [...], independentment de com es denomini la relació en qualsevol estipulació contractual que puguin haver convingut les parts implicades». Si s'aprecia l'existència d'una relació jurídica laboral a partir d'una anàlisi fàctica de les circumstàncies, aleshores hom no pot considerar que hi ha un contracte de corretatge, mandat o intermediació entre la plataforma i el client. En aquest cas preval l'aplicació d'unes normes imperatives i tuïtives de les persones treballadores, encara que la plataforma ostenti formalment una condició contractual d'intermediària respecte d'ambdós grups d'usuaris. Aleshores caldrà «aixecar el vel» i entendre que la plataforma no assumeix un paper d'intermediària, ni es produeix una relació transaccional triangular, vertaderament no tenen lloc tres contractes sinó solament dos: un contracte laboral entre la plataforma i les persones auxiliars emprades en el compliment del contracte que té per objecte el bé o servei (*v. gr.*, contracte laboral entre la plataforma Uber i els conductors) i el contracte principal celebrat entre la plataforma i els clients (*v. gr.*, contracte de transport entre la plataforma Uber i els clients). En conseqüència, la plataforma Uber pretén l'assignació d'unes oportunitats i, alhora, ha d'assumir uns riscos en el contracte principal i, si escau, esdevenir responsable contractual per una falta de conformitat del servei de transport en virtut dels arts. 1101 CC i

¹¹² LÓPEZ ORTEGA, «Las plataformas Uber, BlaBlaCar y Airbnb», cit., p. 202-210.

¹¹³ DOUE L 2024/2831 d'11 de novembre.

següents, per tal d'assolir una coherència entre els aspectes civils i socials de l'ordenament jurídic.¹¹⁴

Contràriament, quan no s'aprecia l'existència d'una relació jurídica laboral el legislador nacional podria valorar la possibilitat d'establir una responsabilitat contractual de la plataforma amb un règim específic.¹¹⁵ Així succeí a França amb la «*loi Grandguillaume*», la qual fou aprovada per tal d'instaurar un nou marc legal per a les activitats d'intermediació dutes a terme per les «centrals de reserva» (*centrales de réservation*). L'art. 1 de la llei creà l'anomenat Codi dels transports (*Code des transports*).¹¹⁶ Una de les normes del Codi dels transports francès prescriu que «la central de reserves és responsable de ple dret, enfront del client, de la correcta execució de les obligacions derivades del contracte de transport, tant si aquest contracte és celebrat a distància com si no i amb independència de si tals obligacions han de ser complertes per la pròpia central de reserves, o per altres prestadors de serveis, sense perjudici d'un dret de repetició de la central de reserves contra ells» (art. L 3142-3, primer paràgraf). La norma és aplicable únicament a intermediaris que posen en contacte un conductor professional amb un client que vol ser transportat (art. L 3142-1). No és aplicable

¹¹⁴ En aquest sentit, per exemple, la STS-Social plenària 805/2020 de 25 de setembre, ECLI:ES:TS:2020:2924, FJ 20è, declarà que els repartidors que presten serveis de menjar a domicili contractats des de Glovo són treballadors per compte de la plataforma i aquesta no es pot emparar en la seva condició d'intermediària per a no respondre contractualment, per exemple, per un retard de tres hores en una de les entregues. Per a l'anàlisi d'una relació laboral basada en els fets concurrents en el repartiment de menjar a domicili, Marlene Louise Buch ANDERSEN, «Digital Platforms and Insurance Coverage of Damages on Third Parties», *European Review of Private Law*, núm. 6, 2022, 999-1018, p. 1009-1016.

¹¹⁵ En la mesura que l'activitat desenvolupada per Uber fou classificada pel TJUE com «un servei en l'àmbit del transport» i exclosa del camp d'aplicació de la Directiva sobre comerç electrònic, aquesta activitat quedà sotmesa a l'art. 58.1 TFUE; i, com que fins ara no s'han establert mesures a l'empara de l'art. 91.1 TFUE, els legisladors nacionals bé poden regular lliurament l'activitat.

¹¹⁶ *Loi 2016-1920 du 29 décembre 2016 relative à la régulation, à la responsabilisation et à la simplification dans le secteur du transport public particulier de personnes*, en vigor des del 31 de desembre de 2016.

si el conductor és considerat un treballador de l'empresa.¹¹⁷ La regulació francesa no solament estableix una responsabilitat de la central de reserves per l'execució del contracte de transport sinó que, a més, implanta una responsabilitat objectiva: únicament permet a les centrals de reserves exonerar-se totalment o parcial de la seva responsabilitat aportant una prova de què l'incompliment contractual és imputable al client, a un acte imprevisible i inevitable d'un tercer aliè a la prestació del servei previst en el contracte, o bé a força major (art. L 3142-3, paràgraf segon). De totes maneres, la regulació s'aparta del criteri de distribució d'oportunitats i riscos entre els contractants que propugna aquesta investigació i ha estat qualificada d'arbitrària i basada en un enfocament que no promou un equilibri proporcionat de tots els interessos de la relació contractual triangular que es produeix en una economia de plataformes.¹¹⁸

Així i tot, d'acord amb el plantejament d'aquest treball, una responsabilitat indirecta de la plataforma pels conductors de vehicles que utilitza en el compliment del contracte de transport podrà establir-se encara que no existeixi una relació laboral formalment ni objectiva. Una tal responsabilitat tindrà lloc si

¹¹⁷ Lesmentada sentència 374/2020 de la Cort de Cassació francesa, Social, de 4 de març, ECLI:FR:CCAS:2020:SO0034, la qual qualificà els conductors de vehicles com a treballadors de la plataforma Uber, fou considerada com a plenament compatible amb la STJUE (Gran sala) de 20 de desembre de 2017, Uber, C-434/15, ECLI:EU:C:2017:981. Amb l'apreciació de la plataforma com a transportista i no com a prestadora de serveis de la societat de la informació, el Tribunal de Luxemburg obrí la porta a la possibilitat d'admetre la condició de la primera com a empresària o ocupadora dels conductors i que únicament la mateixa és part contractant del servei de transport enfront del client. DURAN, «Digital Intermediaries in the French Code of Transport», cit., p. 118-120.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 116 i 118-120. A més, l'autor mostra la seva sorpresa pel fet que el paràgraf segon de l'art. L 3142-1 del Codi de transports francès no exigeix al passatger provar una negligència de la central de reserves i opina que una responsabilitat objectiva descuida completament els interessos de les plataformes i obstaculitza el progrés tecnològic. També fa notar que es tracta d'una norma imperativa i que una clàusula d'exoneració de responsabilitat podrà ser declarada abusiva d'acord amb l'art. L 212-1 i següents del Codi de consum francès i l'art. 1171 del Codi civil francès.

la plataforma celebra un altre contracte amb els conductors o terceres persones al marge de la creació de l'estructura contractual triangular, més enllà dels contractes d'accés, que revela una distribució d'oportunitats i riscos en el contracte principal i és incompatible amb una intermediació p. ex., contracte d'arrendament de serveis professionals, o contracte de *leasing* dels vehicles).

La responsabilitat del deutor pels auxiliars en el compliment del contracte constitueix un principi general a l'ordenament jurídic nacional. No es troba regulada amb caràcter general i només està prevista en supòsits específics (arts. 1551, 1564, 1596, 1721, 1890 CC, art. 262 CCom, art. 161.1 I TRLGDCU, entre d'altres) però és clar que el seu àmbit d'aplicació excedeix els supòsits en què regeix una relació laboral. En principi, una utilització voluntària del proveïdor del bé o servei precisament en l'activitat del compliment de les obligacions derivades del contracte principal denotant una assignació d'unes oportunitats a favor seu, hauria d'originar una responsabilitat contractual indirecta de la plataforma. La figura presenta un contorn molt imprecís. Amb tot, cal entendre que l'auxiliar en el compliment podrà ser una persona dependent de la plataforma deutora o bé ser un tercer independent, sempre que exerceixi les activitats que integren el compliment degut per la plataforma (cf. art. 1596 CC). Així, una companyia aèria o un hotel podran ser auxiliars en el compliment d'una plataforma organitzadora d'un viatge combinat que inclou els serveis de transport i allotjament, de manera que la plataforma respondrà pels actes d'aquests proveïdors que portin a un fracàs del viatge (art. 161.1 TRLGDCU). I, contràriament, no seran auxiliars de la plataforma les persones autònomes que ofereixen i presten un servei de guia no integrant del viatge i actuant amb independència respecte de la plataforma.

A més, si concorren els pressupòsits d'un responsabilitat contractual per l'auxiliar emprat en el contracte principal, la plataforma en línia hauria de respondre com a deutora d'una manera absoluta, és a dir, sense importar si es troba amb culpa o dol: no es pot excusar al·legant el contracte celebrat amb el proveïdor, sigui un contracte laboral, de mandat, de serveis o d'altre tipus; ni tampoc acreditant que el proveïdor complia les exigències legals per a dur a

terme l'activitat i fou escollit diligentment.¹¹⁹ Ara bé, en aquests casos la responsabilitat de la plataforma per un fet del seu auxiliar no pot anar més enllà del què respondria per un fet propi, llevat quan la introducció de l'auxiliar incrementa el risc d'incompliment; ni tampoc pot respondre contractualment amb major mesura del que haurien de respondre els auxiliars.¹²⁰

En qualsevol cas, aquest plantejament porta a considerar com a absolutament irrelevants un bon nombre de paràmetres emprats per aquella opinió que fonamenta la responsabilitat contractual de les plataformes en la confiança del client en una influència predominant sobre els proveïdors.¹²¹ En particular, el fet que el contracte sigui celebrat entre el proveïdor i el client emprant exclusivament mitjans facilitats per la plataforma, o que l'actuació d'aquesta resulti indispensable per a dur a terme la prestació del servei subjacent, haurien de ser vistos únicament com a trets característics d'un model de negoci propi de la intermediació en línia.¹²² Tampoc haurien de tenir cap mena de ressò a l'hora d'imputar una responsabilitat contractual pels béns o serveis subjacents altres circumstàncies, com ara la retenció per part de la plataforma de la identitat del proveïdor o els detalls de contacte fins a després de la celebració del contracte proveïdor-client; ni un sistema de gestió i cobrament del pagament del preu dels béns o serveis efectuat pels clients i que permet a la plataforma detreure l'import de la seva remuneració i transferir la quantitat restant al proveïdor; o bé que la comercialització se centri en la plataforma i no amb els proveïdors; o l'establiment d'uns requisits d'accés necessaris per a prestar

¹¹⁹ Fora de l'àmbit de les plataformes, CARRASCO PERERA, *Derecho de contratos*, cit., p. 1155-1169, especialment p. 1157 i 1162-1167, per a qui el deutor respondrà per la seva pròpia negligència d'acord amb l'art. 1104 CC per no escollir diligentment l'auxiliar, no per un fet del seu auxiliar, quan no pot provar que l'incompliment s'ha produït per una contingència aliena a la seva organització.

¹²⁰ Per exemple, art. 162.5 *in fine* TRLGDCU.

¹²¹ *Supra* § 2.

¹²² Cf. LÓPEZ ORTEGA, Raquel, «Las plataformas Uber, BlaBlaCar y Airbnb», cit., p. 207.

adequadament el servei.¹²³ A parer meu, aquestes circumstàncies simplement formen part d'una economia de plataformes i no haurien de significar cap particularitat pel que fa al règim de responsabilitat contractual envers els béns i serveis subjacents.

5. Conclusions

La legislació de la UE, catalana i espanyola han optat per la prudència a l'hora d'establir una responsabilitat de les plataformes en línia per l'incompliment dels contractes subjacents. Les normes no contenen regles encaminades a fer respondre l'operador de la plataforma per una manca de conformitat dels béns o serveis, ni com a intermediari (art. 231-5 Codi de consum de Catalunya), ni com a contractant principal (p. ex., arts. 621-20 a 30 i 621-67 a 78 del Codi Civil de Catalunya; arts. 114 a 125 TRLGDCU), sinó que fan prevaldre la transparència respecte de la seva condició d'intermediari i la distribució de les obligacions contractuals (segona frase de l'art. 231-4.1 del Codi de consum de Catalunya; apartat 3 de l'art. 59 bis i lletra d) de l'apartat 1 de l'art. 97 bis TRLGDCU).

En la responsabilitat dels operadors de plataformes en línia cal distingir entre les diferents relacions contractuals dels subjectes implicats per a preservar els principis de llibertat contractual (art. 1255 CC) i de relativitat dels contractes (art. 1257 I CC). Dues línies doctrinals propugnen fer respondre els operadors intermediaris per una manca de conformitat del bé o servei amb el contracte principal, sigui contractualment per l'incompliment d'uns suposats deures legals d'informació o bé extracontractualment i de manera indirecta per un contingut il·lícit publicat pel proveïdor del bé o servei d'acord amb els paràmetres de l'art. 6 del Reglament de Serveis Digitals. Tanmateix, la normativa només imposa la informació precontractual a l'empresari

¹²³ Per exemple, el fet que la plataforma BlaBlaCar per a compartir vehicles sol·liciti la identitat dels conductors de vehicles, el carnet de conduir, una antiguitat mínima com a conductor, la inspecció tècnica del vehicle, una assegurança de responsabilitat civil i d'altres requisits.

que contracta amb les persones consumidores (en general, art. 60 TRLGDCU; en la contractació a distància, art. 97 TRLGDCU); i l'art. 6 del Reglament de Serveis Digitals contempla una responsabilitat extracontractual i relacionada amb una informació o contingut il·lícit emprant uns paràmetres que són difícilment extrapolables a una responsabilitat contractual per una manca de conformitat del bé o servei.

Com alternativa, aquesta investigació considera més escaient explorar quin abast haurien de tenir unes obligacions implícites de verificar i fer el seguiment dels béns i serveis subjacents assumides per la plataforma en el contracte d'accés a partir de la bona fe (art. 1258 CC). Quan una plataforma permet la comercialització d'uns béns o serveis que presenten uns indicis raonables de la seva manca de conformitat amb el contracte principal, hauria de respondre per incompliment del contracte d'accés; i aleshores sembla admissible la procedència d'un rescabament consistent, eventualment, en un reemborsament de l'import abonat pel bé o servei, o per les despeses o pèrdues sofertes pels clients en el contracte celebrat amb el proveïdor o, fins i tot, pel dany corporal ocasionat, basat en les normes reguladores del contracte de mandat (art. 622-27.3 CCCat o, en el dret civil comú, art. 1726 CC) i, sobretot, les regles generals de l'art. 1101 CC i següents; i en alguns casos també serà plausible l'exigència d'una rebaixa del preu a la plataforma per part del client com a forma de liquidar el dany sofert. Aquest plantejament és més coherent amb els principis fonamentals del dret contractual i respectuós amb el model de negoci de les plataformes.

La preservació de la voluntat de la plataforma expressada en unes condicions generals de la contractació hauria de ser compatible amb una eventual responsabilitat extracontractual per una especial confiança suscitada en el client quan contracta el bé o servei. L'entorn digital característic d'una economia de plataformes és propici per crear aquesta confiança, si bé l'actuació hauria de ser objecte d'un escrutini rigorós dut a terme a partir dels pressupòsits de la responsabilitat civil (art. 1902 CC). La confiança raonable hauria de ser previsible, l'operador hauria de facilitar un consell o informació incorrectes negligentment o amb dol i la mateixa incorrecció causar els danys i perjudicis soferts pel client, en línia amb les regles model de l'art. VI.-2:207 DCFR.

Amb tot, cal que la responsabilitat contractual de les plataformes digitals per una manca de conformitat del bé o servei obeeixi, en darrera instància, a qui és el subjecte que en realitat aprofita les oportunitats resultants de la comercialització i assumeix els riscos del contracte principal (compravenda, arrendament, prestació de serveis o d'altres) des d'una perspectiva econòmica. Hauria de fer-se un «aixecament del vel» si aquest subjecte és una plataforma que aparentment es presenta com a intermediària. Si un contracte addicional a la relació triangular celebrat per la plataforma —afegit als contractes d'accés amb els dos grups d'usuaris i al contracte principal— palesa una distribució d'oportunitats i riscos impròpia d'una intermediació, la mateixa ha de ser tinguda com a venedora o arrendadora del bé, prestadora del servei o, en definitiva, contractant principal. En aquest cas es desnaturalitza el contracte d'intermediació i hauria de prevaldre la realitat material abans que la transparència, una responsabilitat de l'operador de la plataforma enfront del client pel bé o servei contractat.

En tot cas, convé descartar qualsevol nova regulació encaminada a fer respondre contractualment les plataformes sobre la base de la seva influència predominant sobre els proveïdors de béns o serveis, bo i prenent en consideració una sèrie de circumstàncies intrínseques al model d'intermediació en línia. La recerca conclou que un enfocament que té com a màxim exponent l'art. 20 de las Regles model ELI sobre plataformes en línia pot esdevenir pernicios. Una visió com aquesta menysté massa coses importants: els pressupòsits generals de la responsabilitat contractual (art. 1101 CC i ss.), una distribució de les oportunitats i riscos realitzada en cadascuna de les tres relacions contractuals integrants de l'ambient transaccional creat per la plataforma, els principis de llibertat contractual (art. 1255 CC) i relativitat dels contractes (art. 1257 I CC), el valor d'una transparència i la importància d'un model de negoci d'unes empreses intermediàries que, sortosament, l'actual marc legal espanyol i la majoria de les sentències sí que semblen preservar (apartat 3 de l'art. 59 bis i lletra d) de l'apartat 1 de l'art. 97 bis TRLGDCU). Al cap i a la fi, una economia de plataformes transparent pot esdevenir molt favorable per les persones consumidores i un comportament poc acurat d'aquestes últimes no hauria de justificar la seva protecció.

Bibliografia

- ÁLVAREZ MORENO, María Teresa, *La contratación electrónica mediante plataformas en línea: Modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (proveedores y consumidores)*, Reus, Madrid, 2021.
- ANDERSEN, Marlene Louise Buch, «Digital Platforms and Insurance Coverage of Damages on Third Parties», *European Review of Private Law*, núm. 6, 2022, p. 999-1018.
- BECH SERRAT, Josep Maria, «La influencia predominante de las plataformas en línea y la responsabilidad contractual por los bienes y servicios subyacentes», *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2024, p. 45-101.
- BERBERICH, Matthias, «Due diligence obligations, content moderation and procedural fairness», a STEINRÖTTER, Björn/ HEINZE, Christian/ DENG, Michael (eds.), *EU Platform Law: A Handbook*, Nomos-Beck-Hart, Baden-Baden, 2025, p. 101-155.
- BUSCH, Christoph, «Effektiver verbraucherschutz im online-handel: verantwortung und haftung von Internetplattformen», 22 de novembre de 2019, p. 1-77 (disponible a https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/02/12/vzbv_gutachten_verbraucherrechtliche_plattformhaftung.pdf; data de consulta: 5 d'abril de 2025).
- BUSCH, Christoph/ DANNEMANN, Gerhard/ SCHULTE-NÖLKE, Hans/ WIEWIÓROWSKA-DOMAGASKA, Aneta/ ZOLL, Fryderyk (RESEARCH GROUP ON THE LAW OF DIGITAL SERVICES), «The ELI Model Rules on Online Platforms», p. 1-20 (disponible a https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3870296; data de consulta: 5 d'abril de 2025); també a *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 2, 2020, p. 61-70.
- CAFAGGI, Fabrizio, «Redes contractuales y teoría contractual: una agenda de investigación para un derecho contractual europeo», a RUIZ PERIS, Juan Ignacio (dir.), *Nuevas perspectivas del derecho de redes empresariales*, Tirant lo blanch, València, 2012.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio. «Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales (la transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)», *Diario La Ley*, núm. 9881, juny de 2021, p. 1-40.

- CARRASCO PERERA, Ángel, *Derecho de contratos*, 4ª ed., Aranzadi, Madrid, 2024.
- CONRAD, Albrecht, «Responsability and liability of intermediaries», a STEINRÖTTER, Björn/ HEINZE, Christian/ DENG, Michael (eds.), *EU Platform Law: A Handbook*, Nomos-Beck-Hart, Baden-Baden, 2025, p. 30-75.
- CUENA CASAS, Matilde, «La contratación a través de plataformas intermediarias en línea», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2020, p. 283-348.
- DEL SAZ DOMÍNGUEZ, Lucía, «La protección del consumidor que contrató su vuelo, viaje combinado o alojamiento a través de plataformas digitales», *Revista CESCO*, núm. 48, 2023, p. 73-95.
- DEVOLDER, Bram, «Contractual Liability of the Platform», a DEVOLDER, Bram (ed.), *The Platform Economy (Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries)*, Intersentia, Cambridge-Antwerp-Chicago, 2019, p. 31-88.
- DÍEZ SOTO, Carlos M., «Responsabilidad de los proveedores de mercados en línea por incumplimiento del contrato subyacente», a GONZÁLEZ PACANOWSKA, Isabel/ PLANA ARNALDOS, M^o Carmen (dirs.), *Contratación en el entorno digital*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, p. 159-220.
- DURAN, Habat, «Digital Intermediaries in the French Code of Transport- An Example Based on Uber», *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 3, 2021, p. 115-121.
- EMMERICH, Volker, «§ 311 BGB: Rechtsgeschäftliche und rechtsgeschäftsähnliche Schuldverhältnisse», *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9 Auf., C.H. Beck, München 2022, p. 3-88.
- HAUCK, Ronny/ BLAUT, Heiko, «Die (quasi-)vertragliche Haftung von Plattformbetreibern», *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 20, 2018, p. 1425-1430.
- IAMICELI, Paola, «Online Platforms and the Digital Turn in EU Contract Law: Unfair Practices, Transparency and the (pierced) Veil of Digital Immunity», *European Review of Contract Law*, núm. 4, 2019, p. 392-420.
- LÓPEZ ORTEGA, Raquel, «Las plataformas Uber, BlaBlaCar y Airbnb: ¿Intermediarias o prestadoras del servicio subyacente?», *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 321, 2021, p. 177-238.
- MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, «Productores, proveedores, plataformas, intermediarios, guardianes de acceso», a CARRASCO PERERA, Ángel

- (coord.), *Derecho de Consumo (Materiales, fundamentos, aplicaciones)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, p. 459-486.
- MAULTZSCH, Felix, «Contractual Liability of Online Platform Operators: European Proposals and established Principles», *European Review of Contract Law*, núm. 3, 2018, p. 209-240.
- MAULTZSCH, Felix, «Verantwortlichkeit der Plattformbetreiber», a BLAUROCK, Uwe i SCHMIDT-KESSEL, Martin (eds.), *Plattformen*, Nomos, Baden-Baden, 2018, p. 223-256.
- MINERO ALEJANDRE, Gemma, «Responsabilidad de Amazon por las ventas concertadas por terceros en su Marketplace? Estudio de la cuestión a fecha de 2021 y perspectivas de futuro», *Revista CESCO*, núm. 37, 2021, p. 33-50.
- MÜLLER, Markus, «Die Umgehung des Rechts des Verbrauchsgüterkaufs im Gebrauchtwagenhandel», *Neue Juristische Wochenschrift*, núm. 28, 2003, p. 1975-1980.
- ROTT, Peter, «Die vertragliche position des Online-Plattformbetriebers als Vermittler», a ROTT, Peter i TONNER, Klaus (eds.), *Online-Vermittlungsplattformen in der Rechtspraxis*, Nomos, Baden-Baden, 2018, 62-80.
- ROTT, Peter, «New Liability of Online Marketplaces Under the Digital Services Act?», *European Review of Private Law*, núm. 6, 2022, p. 1039-1058.
- SCHMITT, Maximilian, *Elektronische Marktplätze -Vermittler ohne Produktverantwortung? Produktbezogene Pflichten und Haftung von Betreibern elektronischer Marktplätze*, Duckler & Humblot, Berlin, 2022.
- SEVILLA GONZÁLEZ, Celia, «Compraventa entre particulares a través de la plataforma Wallapop con defectos ocultos. ¿Es arbitrable por arbitraje de consumo?», *Centro de Estudios de Consumo*, 14 d'octubre de 2024, p. 1-5.
- SØRENSEN, Marie Jull, «Private Law Perspectives on Platform Services (Uber: A business model in search of a new contractual legal frame?)», *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 1, 2016, p. 15-19.
- SØRENSEN, Marie Jull, «Draft Model Rules on Online Intermediary Platforms», a DEVOLDER, Bram (ed.), *The Platform Economy (Unravelling the Legal Status of Online Intermediaries)*, Cambridge-Antwerp-Chicago, Intersentia, 2019, p. 173-186.
- SØRENSEN, Marie Jull, «Is the "New Deal" for Consumers a Big Deal? Consumer Protection and the New Information Duties for Online

Marketplaces», *European Review of Private Law*, núm. 6, 2022, p. 1019-1038.

TWIGG-FLESNER, Christian, «Online Intermediary Platforms and English Contract Law», a DAVIES, Paul S./ CHENG-HAN, Tan (eds.), *Intermediaries in Commercial Law*, Hart, Oxford-London-New York-New Delhi-Sydney, 2022, p. 171-192.

VILALTA NICUESA, Aura Esther, «La regulación europea de las plataformas de intermediarios digitales en la era de la economía colaborativa», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 765, 2018, p. 275-330.

VILGERTSHOFER, Fabian, *Online-Plattformen und vertragliche Haftung*, C.H. Beck, München, 2019.

Els menors i el contracte amb les xarxes socials

Tomàs Gabriel Garcia-Micó

Professor lector de dret civil i membre de l'institut de recerca TransJus. Universitat de Barcelona

Sumari

1. Introducció

2. El contracte amb les plataformes de xarxes socials

- 2.1. La prestació contractual de l'operador de la plataforma: el servei de xarxa social
- 2.2. La contraprestació de l'usuari: les dades personals

3. La capacitat d'obrar dels menors

- 3.1. En el Codi Civil de Catalunya
- 3.2. En el Codi Civil espanyol i altres drets territorials

4. Els actes conformes als usos socials

- 4.1. Els usos socials en el dret català
- 4.2. La capacitat contractual dels menors segons la jurisprudència espanyola
- 4.3. Els *actes de la vie courante* del dret francès
- 4.4. El *Taschengeldparagraph* del dret alemany
- 4.5. Els *atti minuti de la vita quotidiana* del dret italià

5. La capacitat dels menors per concloure el contracte amb les xarxes socials

6. La capacitat per a consentir el tractament de dades personals

- 6.1. Al Reglament General de Protecció de Dades
- 6.2. A la Llei Orgànica de Protecció de Dades Personals i Garantia dels Drets Digitals

7. Reflexions finals

Bibliografia

1. Introducció*

L'objecte d'aquest treball és l'autonomia dels menors per a concloure contractes amb els operadors de plataformes en línia que presten serveis digitals de xarxa social, l'objecte dels quals és poder crear, compartir, modificar i visualitzar contingut, així com interactuar amb altres usuaris i en què, addicionalment, els menors han de consentir el tractament de les seves dades personals.

El treball analitza la capacitat dels menors per a realitzar actes o concloure negocis per si sols. Més enllà dels casos en què la llei estableix requisits de capacitat vinculats a una edat específica, l'art. 211-5.b CC Cat els permet fer tots els actes sobre béns i serveis propis de l'edat segons els usos socials. Una disposició similar la trobem en l'art. 1263 CC i en altres drets territorials. En el nostre cas, la doctrina i la jurisprudència consideren que la conformitat amb l'ús social es vincula a les repercussions econòmiques del negoci jurídic, així com en la transcendència jurídica de les obligacions que assumeix el menor i, principalment, si aquestes són de tracte successiu i de llarga durada. En altres ordenaments jurídics, com ara el francès, l'alemany i l'italià, preval l'avaluació dels riscos que el contracte pot suposar per a la integritat física i altres drets fonamentals del menor.

Seguidament, s'analitzarà si, tot i ser un contracte relatiu a un servei propi de l'edat, hauria d'admetre's al menor la capacitat per a concloure'l per si mateix.

La darrera part del treball se centra en si els menors tenen o no capacitat per a consentir el tractament de dades de caràcter personal que constitueixen la contraprestació del contracte de serveis digitals que conclouen amb l'operador de la plataforma.

* El treball s'integra a les activitats del Grup de recerca consolidat en Dret civil català UB (2021 SGR 347; IP: Esther ARROYO AMAYUELAS), finançat per l'Agència de Gestió d'Ajuts Universitaris i de Recerca (AGAUR).

2. El contracte amb les plataformes de xarxes socials

La inscripció (o registre) és condició necessària perquè els usuaris puguin usar el servei que presten les plataformes. Per això, han de subministrar dades personals: nom i cognoms, data de naixement, gènere, número de mòbil o correu electrònic i una contrasenya. Seguidament, han de clicar una casella que diu «Inscriu-te» (Meta)¹ o «Registra't» (TikTok i X). A conseqüència d'aquesta acció, l'usuari consent expressament² la conclusió d'un contracte d'adhesió de prestació de serveis digitals.

El contracte entre l'usuari i l'operador de la plataforma es regeix pels termes o condicions del servei, que estableixen el preu, l'edat mínima per a ser titular d'un compte, el tractament de les dades personals i altres dades, les obligacions de l'usuari amb l'operador de la plataforma i la resta d'usuaris, i altres clàusules, com ara la resolució de conflictes, la possibilitat de modificació del servei, la suspensió o cancel·lació del compte i les limitacions de responsabilitat de la plataforma. Els detalls relatius a l'ús de les dades personals es poden llegir a la política de privacitat, on s'indiquen les dades que s'utilitzen, les bases que legitimen el tractament, i la seva finalitat.

Quant a l'edat mínima per a poder inscriure's a la xarxa social, X³ i TikTok⁴ la fixen a tretze anys, i Meta⁵ a catorze anys. Per sota d'aquestes edats, han de ser els pares els que concloguin el contracte

¹ Facebook i Instagram.

² TikTok («Al confirmar que acepta aquestes Condiciones [...], celebra un contracte amb nosaltres»), Meta («Ofereim experiències [...] fora de l'àmbit del nostre contracte amb tu»; «però si no acceptes les nostres Condiciones actualitzades o vols finalitzar l'acord d'aquest contracte [...]») i X («Pot utilitzar els Serveis solament si accepta establir un contracte vinculant amb nosaltres»).

³ «En qualsevol cas, has de tenir com a mínim 13 anys per a emprar els Serveis», sinó l'acceptació per la persona que «té l'autoritat per a vincular al menor».

⁴ «Només pot utilitzar la Plataforma si té 13 anys o més».

⁵ «Has de tenir, al menys, 13 anys (o 14, segons el país) per a crear un o més comptes compatibles amb els productes de MPT, com un compte de Meta».

en nom del menor. Meta, per la seva banda, prohibeix a menors de deu anys tenir presència a les xarxes que gestiona.⁶

2.1. La prestació contractual de l'operador de la plataforma: el servei de xarxa social

L'objecte i la causa del contracte és idèntic en tots els casos i se subsumeixen sense dificultats en el concepte de servei digital de la DCSD⁷ (art. 2.2). L'operador de la plataforma s'obliga a posar a disposició els seus serveis, que permeten als usuaris crear, compartir, modificar i visualitzar contingut, així com interactuar amb altres persones. El concepte de «contingut» que empen els termes i condicions dels diversos operadors és molt ampli. Així, segons TikTok, és: «qualssevol informacions, textos, enllaços, gràfics, fotografies, àudios, vídeos o altres materials o arranjaments de materials carregats, descarregats o que apareguin en el Servei».

2.2. La contraprestació de l'usuari: les dades personals

Tot contracte amb les xarxes socials requereix el consentiment al tractament de les dades personals de l'usuari com a base de legitimació més freqüent, tant si es paga amb diners com si no. Si no és així, es planteja la qüestió del caràcter oneros del contracte.

L'existència d'una contraprestació de l'usuari permet qualificar d'oneros el contracte. Els operadors de les plataformes fan publicitat

⁶ «Pots crear un compte de Meta en nom del teu fill d'entre 10 i 12 anys (o 13, segons el país)».

⁷ Directiva (UE) 2019/770 del Parlament Europeu i del Consell, de 20 de maig de 2019, relativa a determinats aspectes dels contractes de subministrament de continguts i serveis digitals (DOUE L 136, de 22.5.2019).

que ofereixen els seus serveis gratuïtament,⁸ perquè no exigeixen una contraprestació en diners. Això, en realitat, no és així perquè mai no hi ha ànim de liberalitat en aquests contractes.⁹ Clarament, els termes de servei expliquen que els usuaris accepten que l'operador de la plataforma pugui incloure publicitat personalitzada de tercers que paguen per la inclusió d'aquests anuncis. Això implica que la contraprestació per l'ús del servei és el consentiment per tractar les dades personals de l'usuari.¹⁰ Efectivament, amb aquestes dades, tercers poden oferir publicitat personalitzada sobre la base del perfil de navegació o interacció en les xarxes socials. És la monetització que de les dades personals fa l'operador de la plataforma el que permet concloure que existeix un contracte oneros, amb obligacions a càrrec d'ambdues parts.¹¹

Un cop hem vist les característiques essencials del contracte, convé entrar en l'objecte de la contribució, com és l'estudi de si els menors tenen capacitat suficient per concloure per si sols aquest tipus de contractes, així com per a consentir el tractament de les dades personals que constitueixen la contraprestació, de conformitat amb les condicions generals de servei imposades unilateralment pels operadors de les plataformes.

⁸ Per això s'anomenen *free services*: SEPD, *EDPS Opinion 8/2018 on the legislative package «A New Deal for Consumers»*, 5 d'octubre de 2018, 11 (para 18) i Rosa M. GARCÍA PÉREZ, «Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales», a Esther ARROYO AMAYUELAS i Sergio CÁMARA LAPUENTE (coords.), *El derecho privado en el nuevo paradigma digital* (Marcial Pons, 2020), 175.

⁹ Esther ARROYO AMAYUELAS, «The Implementation of EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain», *EuCML*, núm. 1, 2022, 37.

¹⁰ Carmen LANGHANKE i Martin SCHMIDT-KESSEL, «Consumer Data as Consideration», *EuCML*, núm. 6, 2015, 220.

¹¹ Sentència del TGI de París, 9.4.2019: «Ainsi, la fourniture de données collectées gratuitement puis exploitées et valorisées par la société FACEBOOK doit s'analyser en un « avantage » au sens de l'article 1107 du code civil. Cet avantage constitue la contrepartie du service de réseau social que la société FACEBOOK procure à l'utilisateur, de sorte que le contrat conclu avec FACEBOOK est un contrat à titre onéreux».

3. La capacitat d'obrar dels menors

3.1. En el Codi Civil de Catalunya

Els menors d'edat no tenen plena capacitat d'obrar. Poden actuar vàlidament en el tràfic jurídic per si sols, en funció de la seva edat i capacitat natural, pel que fa als actes relatius als drets de la personalitat (art. 211-5.a CC Cat), els que fan referència a béns i serveis propis de l'edat, segons determinin els usos socials (art. 211-5.b CC Cat); i tots els altres que la llei determini expressament (art. 211-5.c CC Cat).¹² En altres casos, actuen els seus representants legals en el seu nom, siguin els seus pares o tutor (arts. 236-18.1 i 222-47.1 CC Cat, respectivament).

3.2. En el Codi Civil espanyol i altres drets territorials

La redacció originària de l'art. 1263 CC no reconeixia capacitat contractual als menors no emancipats. El negoci jurídic conclòs per ells mateixos i no pels seus representants legals era anul·lable (arts. 1300, 1302.2).

Amb l'entrada en vigor de la LOPJM,¹³ a conseqüència de la ratificació per part del Govern espanyol de la Convenció dels Drets del Nen de 1989, va imposar-se un model legislatiu que garantia la

¹² I en els que la llei fixa una edat concreta: 12 anys, com ara per a consentir a ser adoptat (235-40 CC Cat) o per a l'acolliment preadoptiu (148.1 LDOIA); 14 anys pel reconeixement de la filiació amb autorització judicial (235-11.1 CC Cat), o per atorgar testament notarial (421-4 CC Cat), altres disposicions de voluntat digitals en cas de mort (411-10.3.a i 421-24.1 CC Cat) o capítols matrimonials (231-21 CC Cat); o 16 anys, com ara per a concloure un contracte de treball amb autorització dels representants legals (7.b.II ET), o prestar consentiment a les intervencions en la seva salut (212-2.1 CC Cat i 9.4 LBAP), o interrompre voluntàriament l'embaràs (13.1 bis de la Llei Orgànica 2/2010, de 3 de març, de salut sexual i reproductiva i de la interrupció voluntària de l'embaràs); entre d'altres.

¹³ Llei Orgànica 1/1996, de 15 de gener, de Protecció Jurídica del Menor, de modificació parcial del Codi Civil i de la Llei d'Enjudiciament Civil (BOE núm. 15, de 17.1.1996).

capacitat progressiva dels menors per a exercir els drets dels quals eren titulars.¹⁴ Per aquest motiu, tota limitació a la seva capacitat d'obrar havia de ser interpretada restrictivament (art. 2 II LOPJM). Això no obstant, el CC espanyol no es va modificar fins a la Llei 26/2015,¹⁵ que va esmenar l'art. 1263 CC com segueix:

«els menors d'edat no emancipats podran celebrar aquells contractes [...] relatius a béns i serveis de la vida corrent propis de l'edat de conformitat amb els usos socials».

Segons la memòria d'anàlisi d'impacte normatiu de l'avantprojecte, el nou redactat pretenia donar cobertura als actes patrimonials de la vida quotidiana dels menors mitjançant el recurs als usos socials, una «solució pròpia del dret francès que recentment ha estat acollida pels drets civils propis d'Aragó i Catalunya».¹⁶ Efectivament, trobem la disposició en el *Fuero Nuevo de Navarra* (Ley 47)¹⁷ i en el *Código de Derecho Foral de Aragón* (art. 7.1.b).¹⁸

4. Els actes conformes als usos socials

4.1. Els usos socials en el dret català

En el CC Cat, la referència als usos socials la trobem en els arts. 211-5.b, 222-47.2.b i 236-18.2.b; els dos darrers, relatius a les exclusions de

¹⁴ EM 2, IV LOPJM.

¹⁵ Llei 26/2015, de 28 de juliol, de modificació del sistema de protecció a la infància i a l'adolescència (BOE núm. 180, de 29.7.2015).

¹⁶ El document es pot consultar a: https://www.congreso.es/docu/docum/ddocum/dosieres/sleg/legislatura_10/spl_78/pdfs/10.pdf, 24.

¹⁷ «Menors d'edat. Els menors d'edat tenen capacitat [...] pels actes i contractes [...] relatius als béns i serveis ordinaris que siguin propis de l'edat conforme als usos socials».

¹⁸ «1. El menor que tingui suficient maduresa podrà per si sol: [...] b) Atorgar els actes i contractes propis de la vida corrent del menor que, estant a l'abast de la seva capacitat natural, siguin conformes als usos socials».

la representació legal dels tutors i pares, respectivament, i que són la concreció de l'art. 211-5.b. La doctrina ha considerat que els menors poden concloure per si sols contractes de compravenda de béns de consum (laminadures, begudes, menjar, llibres, cromos i joguines), així com de prestació de serveis, com ho seria el transport,¹⁹ o la reparació d'una bicicleta.²⁰

En tots aquests supòsits hi ha dos elements que permeten observar la seva adequació o conformitat a l'ús. El primer, que es tracta de contractes amb un reduït cost econòmic. El segon, que són operacions quotidianes o del dia a dia que seria impossible que requerissin, sempre i en tot cas, de la seva celebració pels representants legals dels menors. Segons la doctrina, també, no seria rellevant l'origen dels diners.²¹

4.2. La capacitat contractual dels menors segons la jurisprudència espanyola

Abans de la reforma de l'art. 1263 CC, l'any 2015, la jurisprudència ja flexibilitzava substancialment el rígid contingut del precepte i admetia una capacitat contractual als menors d'edat.

La sentència del Tribunal Suprem, de 10.6.1991,²² va ser la primera que es va pronunciar sobre la qüestió. En el cas, un noi de setze anys va comprar per si sol un *forfait* per accedir a les pistes d'esquí de la Masella i va patir un greu accident quan va descarrilar el telecadira que va emprar per pujar a les pistes. En el procediment es va discutir si el contracte entre l'empresa propietària de la pista d'esquí i el menor

¹⁹ Joan EGEA i FERNÀNDEZ, «Article 211-5», a Joan EGEA i FERNÀNDEZ i Josep Ferrer i Riba (dirs), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya. La persona física i les institucions de protecció de la persona* (Atelier, 2017), 89 i Esther ARROYO AMAYUELAS, «L'edat de la persona i els seus efectes jurídics», a Antoni Vaquer Aloy (coord), *Dret civil. Part general i dret de la persona* (15ª ed, Atelier, 2022), 173.

²⁰ Carles Enric FLORENSA i TOMÀS, «Article 236-18», a Joan EGEA i FERNÀNDEZ i Josep Ferrer i Riba (dirs), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua* (Atelier, 2014), 881.

²¹ EGEA i FERNÀNDEZ, *op. cit.*, 89.

²² RJ\1991\4434.

era vàlid o no, *ex art.* 1263 CC. El Tribunal Suprem va afirmar que la incapacitat per a prestar consentiment contractual havia de ser interpretada de conformitat amb l'art. 3.1 CC, atès que la realitat demostrava que els menors concloïen habitualment contractes per a accedir a llocs d'esbarjo o adquirir béns de consum, els quals eren vàlids tot i que els pares no els concloguessin en nom seu perquè, de la naturalesa del contracte, es podia sobreentendre que els pares el consentien tàcitament perquè concloguessin el contracte com si ho fessin ells directament.²³

A la SAP Jaén, Sec. 3a, 29.4.2005²⁴ es discutia la validesa del contracte de compravenda d'un patinet que un noi de tretze anys havia adquirit per 480 euros. L'Audiència Provincial sosté la nul·litat del contracte per la seva elevada transcendència econòmica.

«En cap cas pot considerar-se [...] que la quantitat disposada pel menor, 480 euros, sigui avui en dia, parva, nímia o venial».

El mateix motiu porta a la SAP Oviedo, Sec. 6a, 21.11.2006²⁵ a declarar la nul·litat de la compravenda d'una bicicleta per 1.150 euros. En el cas, l'Audiència Provincial, també va posar en relació el preu amb les circumstàncies econòmiques de la família del menor.

«En el present cas la importància de la compravenda era innegable, en ser el seu preu de 1.150 € [...], a més de que tal despesa excedia notòriament les normals possibilitats econòmiques de la família, composta per la mare i tres fills [...]».

La SAP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3a, 30.3.2007²⁶ tenia per objecte la validesa d'un contracte de compravenda d'una moto que

²³ José Ramón GARCÍA VICENTE, «Artículos 1263-1264», a Rodrigo Bercovitz-Rodríguez Cano (dir), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015* (Tirant lo Blanch, 2016), p. 1039.

²⁴ SAP J 240/2005.

²⁵ SAP O 3318/2006.

²⁶ SAP TF 497/2007.

un menor de setze anys havia adquirit per 1.290 euros. L'Audiència coincideix amb el jutjat *a quo* i manté la nul·litat del contracte. Tot i que en el cas hi havia l'especial circumstància que el fill havia furtat els diners dels pares, sembla que l'Audiència Provincial ho ignora per complet i considera que la nul·litat estaria justificada per l'elevat import de compravenda, així com pels costos subsequents, com ara el combustible i el manteniment del vehicle.

«[...] l'import de la qual era de 1.290 euros, no pot entendre's com a poc elevat o com intranscendent, com tampoc ho serien les despeses derivades de l'ús habitual de la mateixa [...], per la qual cosa i de cap manera cap apreciar la pretesa aplicabilitat al cas de l'article 3.1 del Codi Civil, sense que tampoc hi hagi constància d'una eventual emancipació del menor o de que al temps d'adquirir l'esmentada moto estigués treballant i disposés d'ingressos propis [...]».

Un criteri distint el trobem a la SJPII 5 Toledo, 11.10.2005,²⁷ que va declarar la nul·litat d'un contracte de compravenda d'un telèfon mòbil amb targeta de prepagament que, posteriorment, el menor va migrar a la modalitat de contracte. La sentència no justifica ben bé els motius pels quals declara la nul·litat, però sí que es poden intuir per les diferències existents entre una modalitat de pagament i l'altra. En la modalitat de prepagament, l'usuari recarrega un import de diners a la targeta SIM del telèfon que es descompta amb cada trucada, missatge o ús de dades mòbils. Per tant, no hi ha més pagament que el concret acte de recàrrega de saldo. Per contra, en la modalitat de contracte, s'assumeix una obligació de tracte successiu que consisteix a pagar una quota mensual fixa mentre duri el contracte. Així doncs, el motiu de la nul·litat no seria l'import d'allò pagat, sinó més aviat la vinculació del menor a un contracte de llarga durada que, en definitiva, pot representar un important perjudici econòmic.

Per tant, es pot observar com la jurisprudència, fins i tot abans de la reforma de l'art. 1263 CC, considerava que els negocis jurídics conclosos pels menors per si sols eren vàlids en funció de si eren adequats o no als usos socials. Per a determinar quan ho són la

²⁷ SJPII 1/2005.

jurisprudència empra dos criteris. El primer, la seva transcendència econòmica, és a dir, el preu pagat pel bé o servei en relació amb les concretes circumstàncies personals i familiars. Per tant, com més elevat sigui el preu, menys possible serà que un jutjat o tribunal el pugui considerar vàlid. El segon, l'abast de les obligacions assumides pel menor, de manera que no serà conforme amb els usos socials un contracte de tracte successiu o de llarga durada. No sembla que el canvi legislatiu operat l'any 2015 afecti aquesta jurisprudència, ans al contrari, li dona cobertura legal expressa.

4.3. Els *actes de la vie courante* del dret francès

Originàriament, l'art. 1123 del *Code civil français* (CCFr) reconeixia capacitat per a contractar a tota persona, tret que la llei no la declarés incapaç. L'art. 1124 CCFr considerava incapaços als menors no emancipats. Ara bé, tot i la contundència de l'art. 1124 CCFr, aquest precepte havia de llegir-se conjuntament amb els arts. 389-3 (potestat parental)²⁸ i 450 (tutela)²⁹ CCFr, en la seva redacció posterior a la *loi* 64-1230, 14.12.1964, que exclouïen de la representació legal dels pares o tutors els actes que «*la loi ou l'usage autorise les mineurs à agir eux-mêmes*». Convé preguntar-se, doncs, quan el dret francès considera que els usos socials permeten als menors actuar per si sols.

Tots els casos en què els tribunals francesos s'han pronunciat sobre la capacitat dels menors per a concloure negocis jurídics per si sols han coincidit en l'objecte (un contracte de compravenda d'una motocicleta) i en destacar que el preu era mòdic o rebaixat. La única diferència era l'edat del menor: en el cas resolt per la sentència de la *Cour de cassation*, de 9.5.1972³⁰ es desconeix l'edat pels casos resolts per les sentències de la *Cour d'appel* de Nancy, de 4.9.2009³¹ i de Caen,

²⁸ Amb la reforma de l'*ordonnance* 2015-1288, 15.10.2015, aquest passà a ser l'art. 388-1-1 CCFr.

²⁹ Amb la mateixa reforma indicada *ut supra*, passà a ser l'art. 408 CCFr.

³⁰ 71-10.361.

³¹ 2009-023370.

de 15.10.2015³², els menors tenien 16 i 17 anys, deu mesos i dinou dies, respectivament.

La *Cour de cassation* va coincidir amb el tribunal d'instància en què els riscos de la conducció de vehicles de motor feien que la compravenda litigiosa no pogués ser considerada conforme als usos, de conformitat amb els arts. 389-3 i 450 CCFr.³³ Tot i que la sentència no ho explicita, és evident que les circumstàncies econòmiques de la transacció van ser irrellevants, i allò determinant va ser que l'objecte del contracte exposava al menor al risc de perjudicar la seva integritat física. Els mateixos motius van portar a les *Cour d'appel* de Nancy³⁴ i de Caen³⁵ a declarar la nul·litat dels contractes.

En aquest sentit, es pot observar com el dret francès considera irrellevants l'edat del menor al moment de concloure el contracte, així com la transcendència econòmica del negoci jurídic, i únicament empra el criteri del risc per a la integritat física com a paràmetre de valoració de la conformitat del contracte a l'ús. Ara bé, aquest criteri es pot ampliar més enllà de la integritat física, de manera que qualsevol contracte que pugui afectar a un bé jurídic indisponible o a un dret fonamental no podrà ser mai conforme a l'ús social.

La reforma del dret francès d'obligacions de 2016 manté el redactat dels arts. 1123 (ara 1145) i 1124 (ara 1146) CCFr, però afegeix un nou art. 1148 CCFr: «*Tout personne incapable de contracter peut*

³² 14-00044.

³³ Un criteri sostingut per la doctrina francesa majoritàriament: Laurence FRANCOZ-TERMINAL, *La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais* (Université Jean Moulin Lyon 3, 2007), 162; Anne-Sophie PLAUTIN, *Enfant et contrat* (Université de Montpellier, 2015), 106; Gilles RAOUL-CORMEIL, «Art. 1148», a Thibault Douville (dir), *La réforme du Droit des contrats. Commentaire article par article* (Gualino, 2016), 105; Bintou MEITE, *La gestion de biens du mineur: étude comparée des droits français et ivoiren* (Université de Toulouse 1 Capitole, 2022), 107; Dorothée GUÉRIN-SEYSEN, «Capacité contractuelle résiduelle des mineurs non émancipés et des majeurs protégés», *RRJ*, núm. 1, 2023, 109, tot i que ho critica.

³⁴ Ingrid Maria, «L'achat d'un cyclomoteur n'est pas un acte de la vie courant», *Droit de la famille*, núm. 10, 2010, comm. 155.

³⁵ Gilles RAOUL-CORMEIL, «L'achat d'un scooter n'est pas un acte de la vie courante», *Le semaine juridique*, núm. 11, 2016, 306.

néanmoins accomplir seule les actes courants autorisés par la loi ou l'usage, pourvu qu'ils soient conclus à des conditions normales». Tot i que la nova redacció afegeix la necessitat que el contracte s'hagi conclòs en «condicions normals», la doctrina francesa ha entès que aquesta addició és redundant amb la conformitat de l'acte a l'ús³⁶ que, en el cas dels menors, ha de tenir en compte si el contracte ha estat conclòs en condicions que afavoreixin el seu aprenentatge i autonomia,³⁷ però sense exposar-lo a riscos excessius.

4.4. El *Taschengeldparagraph* del dret alemany

El dret alemany preveu que els menors de set anys són absolutament incapaços de contractar (§ 104.1 BGB) i les seves declaracions de voluntat són nul·les de ple dret (§ 105(1) BGB). Per sobre dels set anys, i per sota de la majoria d'edat, tenen capacitat de contractar no plena, de manera que poden contractar d'acord amb el que disposen els §§ 107 a 113 BGB (§ 106 BGB). Per tant, i com a regla general, és precís el consentiment dels representants legals (§ 107 BGB *a contrario*), la manca del qual causa la ineficàcia provisional (*schwebende unwirksamkeit*) de l'acte o negoci jurídic.

Durant aquesta fase transitòria d'ineficàcia, la contrapart pot desistir si desconeixia la minoria d'edat o si el menor va afirmar falsament que comptava amb el consentiment dels seus progenitors (§ 109 BGB). El contracte també pot ser ratificat pels representants legals del menor o pel menor mateix, un cop assoleixi la majoria d'edat (§ 108 BGB). Si res del que preveuen els §§ 108 i 109 BGB succeeix, el § 110 BGB (*Taschengeldparagraph*) regula la confirmació *ex tunc* del negoci jurídic si es compleixen els següents requisits.³⁸ D'aquesta manera, s'entén que existia un consentiment tàcit dels representants legals.

³⁶ GUÉRIN-SEYSEN, *op. cit.*, 115.

³⁷ GUÉRIN-SEYSEN, *op. cit.*, 116.

³⁸ Steffen KLUMPP, «§ 110 BGB», a Steffen KLUMPP, Reinhard SINGER i Malte STIEPER (eds), *Staudinger BGB. Buch I* (Sellier - de Gruyter, 2017), rn 13.

Primer, que el menor hagi complert íntegrament les seves obligacions contractuals.³⁹ I, segon, que el compliment sigui amb mitjans que el representant legal o un tercer amb el seu consentiment li donin amb aquesta concreta finalitat. Tot i que el legislador alemany inicialment pensés en els diners en efectiu (d'aquí el nom de «paràgraf del diner de butxaca»), el BGB fa referència a «mitjans» (*Mitteln*) i no «diners» (*Geld*). D'aquesta manera, el concepte abasta no només els diners en metàl·lic, sinó també drets de crèdit o béns.⁴⁰ Per contra, no poden ser confirmats *ex* § 110 BGB els casos (i) en què el menor compleix amb mitjans immaterials,⁴¹ o (ii) en què el menor genera els mitjans de compliment (e.g., amb el seu treball),⁴² o (iii) aquells que puguin afectar drets personalíssims del menor,⁴³ com ara la integritat física (tatuatges) i els drets de la personalitat (en particular, el dret a la protecció de dades).⁴⁴

4.5. Els *atti minuti de la vita quotidiana* del dret italià

L'art. 2.1 del *Codice Civile* italià (CCIt) estableix que:

«La maggiore età è fissata al compimento del diciottesimo anno. Con la maggiore età si acquista la capacità di compiere tutti gli atti per i quali non sia stabilita una età diversa».

³⁹ Hannes WEIS, «§ 110 BGB», a Gerhard DANNEMANN i Reiner SCHULZE (eds), *German Civil Code* (Vol. I, C.H. Beck i Nomos, 2020), 134.

⁴⁰ KLUMPP, *op. cit.*, rn 21. També Andreas SPICKHOFF, «§ 110 BGB», a Claudia SCHUBERT (ed), *MüKoBGB. Band 1* (8a ed, C.H. Beck, 2018), rn 21.

⁴¹ SPICKHOFF, *op. cit.*, rn 24.

⁴² Holger WENDTLAND, «§ 110 BGB», a Wolfgang HAU i Roman POSECK (eds), *BeckOK BGB* (68a ed., C.H. Beck, 2023), rn 11.

⁴³ SPICKHOFF, *op. cit.*, rn 31.

⁴⁴ KLUMPP, *op. cit.*, rn 9 i 23, SPICKHOFF, *op. cit.*, rn 24 i Peter BRÄUTIGAM, «Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken: Zivilrechtlicher Austausch von IT-Leistung gegen personenbezogene Daten», *MMR*, 2012, 637.

Quan la llei no preveu expressament capacitat als menors, el CCIt els nega la capacitat d'obrar.⁴⁵ Algun sector de la doctrina italiana interpreta que la frase «*non sia stabilita una età diversa*» permet als jutges considerar que un menor suficientment madur pot fer un acte o concloure vàlidament un negoci per si sol.⁴⁶ Un altre sector doctrinal s'hi oposa, atès que la literalitat del precepte no atribueix la facultat als jutges per a atenuar la rigidesa de l'art. 2 CCIt.⁴⁷

Per a interpretar les normes de conformitat amb la realitat social, la doctrina proposa tolerar un marge d'actuació autònoma dels menors en relació amb els actes insignificants de la vida quotidiana (*atti minuti della vita quotidiana*). En aquest sentit, un acte podrà qualificar-se com a tal quan no hi hagi un risc de perjudici important pel menor,⁴⁸ sigui econòmic⁴⁹ o jurídic (atesa la durada del contracte o si és de tracte únic o successiu).⁵⁰

Han estat diversos els intents de trobar als *atti minuti della vita quotidiana* un encaix en el dret vigent, com ara entendre que són actes en els quals el menor actua com a representant dels seus pares,⁵¹ atès que el dret italià requereix que el representant (i.e., el menor) tingui suficient capacitat natural, però no estableix cap requisit sobre la capacitat d'obrar (art. 1389.1 CCIt).⁵² També s'ha justificat l'aplicació analògica de l'art. 409 II CCIt, que permet al beneficiari de

⁴⁵ Andrea GIORDANO, «Art. 1-4», a Andrea GIORDANO (dir), *Commentario breve al Codice Civile* (Admaiora, 2023), 107-108.

⁴⁶ Laura TAFARO, *L'età per l'attività* (Esi, 2003), 229, 231.

⁴⁷ Maddalena CINQUE, *Il minore contraente. Contesti e limiti della capacità* (Cedam, 2007), 55-56.

⁴⁸ Marcello FARNETI, «Art. 2», a Giorgio Cian (ed), *Commentario breve al Codice Civile* (15ª ed., CEDAM, 2022), 27.

⁴⁹ CINQUE, *op. cit.*, 99.

⁵⁰ Raffaele GIARDA, Jacopo LIOTTA i Giovanni RINDI, «Vita quotidiana del minore online. Tra esigenze di tutela e limiti tecnologici», *Media Laws*, núm. 1, 2022, 194.

⁵¹ GIARDA, *op. cit.*, 189.

⁵² Elio CUCCHIARA, «Art. 1389», a Andrea GIORDANO (dir), *Commentario breve al Codice Civile* (Admaiora, 2023), 1824.

l'amministrazione di sostegno realitzar «gli atti necessari a soddisfare le esigenze della propria vita quotidiana».⁵³ Això no obstant, la doctrina dels *atti minuti della vita quotidiana* ha romàs com una construcció doctrinal sense impacte en la jurisprudència.⁵⁴

5. La capacitat dels menors per concloure el contracte amb les xarxes socials

En tot procés de conclusió d'un contracte de prestació de serveis digitals, com són els de xarxes socials, hi ha dues declaracions de voluntat.⁵⁵ La primera, en què l'usuari accepta les condicions generals de la contractació imposades per l'operador de la plataforma. La segona, que recau en el tractament de dades de caràcter personal, subjecte a l'RGPD.⁵⁶

En aquest sentit, s'ha d'apreciar una doble manifestació de la capacitat d'obrar del menor: aquella que li permet consentir l'ús de les dades personals (*infra* 6) i la que li permet concloure el contracte de serveis digitals. En aquest darrer cas, el menor tindrà capacitat suficient si el contracte té per objecte un servei propi de l'edat, d'acord amb els usos socials (art. 211-5.b CC Cat). La doctrina majoritària

⁵³ Emanuele CALÒ, «L'implosione degli istituti di protezione degli incapaci», *Corriere giuridico*, vol. 19, núm. 6, 780.

⁵⁴ CINQUE, *op. cit.*, 99.

⁵⁵ BRÄUTIGAM, *op. cit.*, 636 i Sergio CÁMARA LAPUENTE, «Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿navegar es contratar (servicios digitales “gratuitos”)?, a Fernando GÓMEZ POMAR i Ignacio Fernández CHACÓN (dirs), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas* (Aranzadi, 2022), 340.

⁵⁶ Reglament (UE) 2016/679 del Parlament Europeu i del Consell, de 27 d'abril de 2016, relatiu a la protecció de les persones físiques quant al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades i pel qual es deroga la Directiva 95/46/CE (DO L 119, de 4.5.2016).

entén que ho és,⁵⁷ perquè els menors conclouen contractes de prestació de serveis de xarxa social per si sols de manera habitual. Per contra, l'opinió que se sosté en aquest treball és que, tot i que és innegable que el servei de xarxes socials és un servei propi de l'edat,⁵⁸ els menors no haurien de tenir capacitat per a poder concloure por si sols.

Com hem vist, tant la doctrina catalana com la jurisprudència espanyola demostren que el criteri prevalent per a avaluar l'abast de la capacitat autònoma del menor és la transcendència econòmica del contracte conclòs, així com l'abast de les obligacions assumides. El dret comparat ens ofereix criteris distints dels que hem observat a Espanya i Catalunya, sobre quins actes són conformes als usos socials (França) o són actes quotidians (Alemanya i Itàlia). En tots aquests països, la coordinada comuna és que els menors no poden concloure vàlidament aquells contractes que els exposin a riscos per a la seva integritat física o per als seus drets de la personalitat.

Tant si emprem el criteri de la transcendència econòmic-jurídica del negoci jurídic (Catalunya i Espanya), com el dels riscos als quals s'exposa al menor amb la seva conclusió (França, Alemanya i Itàlia), la conclusió és la mateixa: el contracte de serveis digitals que conclouen els menors amb els operadors de xarxes socials no és conforme als usos socials. Primer, perquè els menors assumeixen una obligació de tracte successiu —com és donar les seves dades personals amb tot l'abast imposat per l'operador de la plataforma— clarament desproporcionada per la seva edat, atès que el contracte té una durada indefinida, de manera que li serà exigible fins que una de les parts desisteixi del

⁵⁷ Estrella TORAL LARA, «Menores y redes sociales: consentimiento, protección y autonomía», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 36, 2020, 197, 202 i Jesús Daniel AYLLÓN GARCÍA, «Consentimiento de los menores de edad en las redes sociales: especial referencia a TikTok», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2022, 587, 598.

⁵⁸ Segons la Fundació BARRIÉ, *Adolescencia, tecnología, salud y convivencia. Un estudio integral y proactivo desde los propios adolescentes*, febrer de 2024, disponible a ResearchGate (DOI: 10.13140/RG.2.2.29279.02726), 92, el 96,6% dels joves d'entre 12 i 13 anys tenen, com a mínim, un compte obert a una xarxa social; i el 69,8% a tres o més. Les xarxes més utilitzades són Instagram (81,1%), TikTok (80,1%) i Twitter (38,8%).

contracte. A més a més, és impossible pel menor, com també ho és per qualsevol usuari, saber el veritable valor de les seves dades.⁵⁹

Segon, pels importants riscos als quals els menors, sense saber-ho, es veuen exposats, a conseqüència de tenir un compte actiu i d'interactuar amb les xarxes socials, com ara, robatori i suplantació d'identitat, vigilància, extorsió, discriminació, alteració de fotografies amb tecnologies *deepfake*, frauds i amenaces.⁶⁰ Així com els de caràcter físic i psicològic: ansietat, depressió, reducció de la qualitat del son i les hores de descans, trastorns alimentaris o addicció a les xarxes,⁶¹ conductes suïcides o autolítiques.⁶²

Per això, altres països han aprovat iniciatives legislatives que van en la via de limitar la capacitat dels menors per a contractar amb xarxes socials. L'Estat de Florida prohibeix als menors de catorze anys concloure un contracte amb els operadors de les plataformes de xarxes socials.⁶³ En conseqüència, obliga els operadors a notificar proactivament als titulars de comptes a xarxes socials que tinguin menys de catorze anys, o que se sospiti que puguin tenir-los, de l'eliminació del compte en noranta dies des de l'entrada en vigor de la norma, tret que acreditin que el compte no pot ser eliminat. O bé eliminar-la abans, de manera reactiva, a petició del menor o dels titulars de la potestat parental.⁶⁴ La mateixa norma preveu que, a partir

⁵⁹ Sobre aquesta qüestió. Philipp HACKER, «Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive», a Sebastian LOHSSE, Reiner SCHULZE i Dirk STAUDENMAYER (eds), *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?* (Nomos, 2020), 47-76.

⁶⁰ INCIBE, *Privacidad, identidad digital y reputación online*, disponible a: <https://www.incibe.es/ciudadania/tematicas/privacidad> (consulta l'11 de març de 2025).

⁶¹ Carlos Miguel SIRVENT RUIZ *et alii*, *Guía de adicciones comportamentales. Manual para profesionales*, Departamento de Publicaciones Fundación Instituto Spiral, disponible a: <https://drogodependencias.femp.es/sites/default/files/Guia-adicciones-comportamentales.pdf> (consulta l'11 de març de 2025), 18.

⁶² Zaheer HUSSAIN i Mark D GRIFFITHS, “Problematic Social Networking Site Use and Comorbid Psychiatric Disorders: A Systematic Review of Recent Large-Scale Studies”, *Front Psychiatry*, vol. 9, article 686, 1-9.

⁶³ F.S. 501.1736(2)(a).

⁶⁴ F.S. 501.1736(2)(b).

dels 14 i fins als setze anys, els menors poden concloure contractes amb els operadors de plataformes si compten amb el consentiment dels titulars de la potestat parental.⁶⁵

Més recentment, el Parlament australià va aprovar l'*Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024*, que obliga els operadors de xarxes socials a impedir que els menors de setze anys puguin obrir o mantenir comptes. Ara bé, la llei també permet que determinades plataformes puguin restar excloses, com ara les de missatgeria, les de jocs *online* i aquelles que tinguin finalitats de salut i educatives.⁶⁶

6. La capacitat per a consentir el tractament de dades personals

Com hem vist, les dades personals poden servir com a contraprestació en un contracte de serveis digitals, com ho és el que es conclou amb les xarxes socials, i llavors es pot plantejar si la capacitat per a contractar o per consentir ha de ser la mateixa. En realitat, encara que es mantinguin com a qüestions separades, la pregunta que hem formulat es manté.

Les operacions de tractament de dades són lícites quan hi ha una base que les legítimi (art. 6.1 RGPD). En el cas dels operadors de plataformes en línia, les bases legitimadores que s'invoquen amb més freqüència són la necessitat per a l'execució d'un contracte (6.1.b RGPD), el compliment d'obligacions legals (dades d'identificació; art. 6.1.c RGPD), l'interès legítim (per a la personalització de productes

⁶⁵ F.S. 501.1736(3)(a).

⁶⁶ Així ho preveu expressament l'*explanatory memorandum* de l'*Online Safety Amendment (Social Media Minimum Age) Bill 2024*, disponible a: https://parlinfo.aph.gov.au/parlInfo/download/legislation/ems/r7284_ems_b9c134ac-a19a-47b2-9879-b03dda6e3c1a/upload_pdf/JC014726.pdf;fileType=application%2Fpdf#search=%22legislation/ems/r7284_ems_b9c134ac-a19a-47b2-9879-b03dda6e3c1a%22 (consulta el 18 de març de 2025), 4.

propis o de tercers, així com per a finalitats de prospecció de mercat; art. 6.1.f RGPD) i el consentiment de l'interessat (art. 6.1.a RGPD). Aquí interessa fixar-se en aquest darrer perquè pot ser distinta la capacitat de contractar de la capacitat per a consentir el tractament de dades.

6.1. Al Reglament General de Protecció de Dades

L'art. 8 RGPD preveu que els menors només podran consentir vàlidament per si sols quan tinguin més de setze anys (art. 8.1 I RGPD), tot i que permet als estats membres reduir-ho fins als tretze anys (art. 8.1 II RGPD). Per sota d'aquesta edat, la validesa del consentiment estarà condicionada a l'autorització expressa dels titulars de la potestat parental o tutors (art. 8.1 I *fine* RGPD). Aquestes condicions són aplicables només a «l'oferta directa de serveis de la societat de la informació», que és un concepte que es defineix per remissió a l'art. 1.1.b de la Directiva 2015/1535⁶⁷ (art. 4.25 RGPD). Les xarxes socials ho són, atesa la seva consideració de plataformes en línia (art. 3 i) i Atès 14 DSA⁶⁸).

Les xarxes socials compleixen també amb el segon requisit d'aplicació de l'art. 8 RGPD: ofereixen el seu servei directament a nens, atès que no restringeixen l'accés als seus serveis només a majors d'edat.⁶⁹ Ans al contrari, i com hem vist, admeten expressament que es registrin persones majors de 13 o 14 anys.

⁶⁷ Directiva (UE) 2015/1535 del Parlament Europeu i del Consell, de 9 de setembre de 2015, per la qual s'estableix un procediment d'informació en matèria de reglamentacions tècniques i de regles relatives als serveis de la societat de la informació (DOUE L 241, de 17.9.2015).

⁶⁸ Reglament (UE) 2022/2065 del Parlament Europeu i del Consell de 19 d'octubre de 2022 relatiu a un mercat únic de serveis digitals i pel qual es modifica la Directiva 2000/31/CE (DOUE L 227, de 27.10.2022).

⁶⁹ CEPD, *Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, versión 1.1*, 4 de maig de 2020, 26 (para 130). David KAMPERT, «Artikel 8», a Gernot SYDOW (coord), *Europäische Datenschutzgrundverordnung* (Nomos, 2017), 385, rn 9.

6.2. A la Llei Orgànica de Protecció de Dades Personals i Garantia dels Drets Digitals

En el dret espanyol hi ha normativa pròpia, la LOPDGDD.⁷⁰ En particular, l'art. 7.1 I LOPDGDD divergeix de l'art. 8.1 RGPD, i generalitza les condicions per a la validesa del consentiment al tractament de les dades dels menors d'edat més enllà dels serveis de la societat de la informació i, a més a més, rebaixa l'edat de consentiment a catorze anys. Convé destacar que, tot i que encara no és dret vigent, el Govern espanyol ha registrat l'avantprojecte de Llei Orgànica per a la protecció de les persones menors d'edat en els entorns digitals, que augmenta a setze anys l'edat mínima perquè els menors puguin consentir el tractament de dades per si sols.⁷¹

Aquesta regla general compta amb una excepció: quan sigui exigible l'assistència dels titulars de la potestat parental o tutela per a la celebració de l'acte o negoci jurídic en el context del qual es procuri el consentiment per al tractament (art. 7.1 II LOPDGDD). És a dir, si el consentiment al tractament de dades és la conseqüència de la conclusió d'un altre acte o negoci jurídic, i aquest darrer requereix la seva conclusió per part dels pares del menor per a la seva validesa; el menor necessitarà l'autorització expressa dels pares per a consentir vàlidament el tractament de les seves dades personals. I, precisament, aquest és el cas dels contractes amb xarxes socials, en què hem vist que els menors no haurien de poder concloure'l vàlidament per si sols, sinó que hauria de ser necessària la conclusió per part dels seus representants legals. Per tant, el menor tampoc no hauria de poder consentir el tractament de dades per si sol, tot i que tingüés més de catorze anys.

⁷⁰ Llei Orgànica 3/2018, de 5 de desembre, de Protecció de Dades Personals i Garantia dels Drets Digitals (BOE núm. 294, de 6.12.2018).

⁷¹ Disposició final cinquena de l'avantprojecte, que es pot consultar a: <https://www.mpr.gob.es/servicios/participacion/audienciapublica/Documents/VSGT%202024/2024-0921%20APLO%20menores%20entornos%20digitales/ANTEPROYECTO%20DE%20LEY%20ORG%C3%81NICA%20PARA%20LA%20PROTECCI%C3%93N%20DE%20LAS%20PERSONAS%20MENORES%20DE%20EDAD%20EN%20LOS%20ENTORNOS%20DIGITALES.pdf>.

7. Reflexions finals

Els menors poden actuar vàlidament per si sols, en funció de la seva edat i capacitat natural en determinats actes de naturalesa personal i patrimonial. Quant als actes amb transcendència patrimonial, el CC Cat els permet actuar per si sols quan siguin contractes propis de l'edat conformes als usos social. Pel dret català i espanyol ho són en funció de la transcendència econòmica del contracte conclòs, així com la durada temporal les obligacions assumides. Per tant, no són conformes als usos socials els contractes pels quals el menor paga un preu elevat, ni tampoc els de tracte successiu. Els drets francès, alemany i italià empenen criteris distints i consideren que no són actes conformes als usos socials (França) o quotidians (Alemanya i Itàlia) els que exposen els menors a una situació de risc per a drets personalíssims indisponibles.

En el concret cas dels contractes amb els operadors de plataformes en línia de prestació de serveis de xarxa social hi ha unes dues declaracions de voluntat. La primera, en què l'usuari accepta les condicions generals de la contractació imposades per l'operador de la plataforma i que comporta la conclusió del contracte. La segona recau sobre l'objecte de la prestació contractual de l'usuari: el tractament de dades de caràcter personal.

Quant a la primera, tot i que el contracte és relatiu a un servei propi de l'edat, se sosté que els menors no haurien de poder emetre-la per si sols, atès que les xarxes socials exposen els menors a riscos importants: la protecció de dades i la seva pròpia salut física i psicològica; i els fan assumir obligacions de tracte successiu, com és proporcionar un gran volum de dades personals amb les finalitats imposades per l'operador de la plataforma.

Quant a la segona, els menors tampoc no podran emetre-la per si sols, fins i tot quan tinguin més de catorze anys, atès que l'art. 7.1 II LOPDGD estableix que si el consentiment al tractament de dades és part d'un contracte i aquest darrer requereix la intervenció dels titulars de la potestat parental, el primer haurà de comptar necessàriament amb el consentiment complementari dels pares per a ser conforme amb l'RGPD.

No és veritat, per tant, que calguin 13 o 14 anys només per a contractar serveis en xarxes socials perquè així ho estableixen les condicions de servei unilateralment imposades pels operadors de les plataformes. Aquesta conclusió seria precipitada i donaria a les condicions generals de la contractació un valor que no tenen, com a moduladors o com a elements determinants de la capacitat dels menors. En aquest sentit, les condicions generals X, TikTok i Meta fan coincidir l'edat per a consentir el tractament de dades amb l'edat necessària per concloure el contracte. I obliden que la norma espanyola diu clarament que si la capacitat necessària per contractar és superior, serà aquesta la que es tindrà en compte. I ja hem vist que aquest hauria de ser el cas en aquest tipus de contractes.

En aquest sentit, es pot observar com els legisladors de l'Estat de Florida i d'Austràlia han estat els primers a considerar que el contracte no és propi de l'edat d'un menor de 14 i 16 anys, respectivament. I, Espanya, es troba en el camí de protegir els menors en els entorns digitals, no per la via de prohibir-los contractar amb xarxes socials directament, sinó d'augmentar a setze anys l'edat perquè puguin prestar un consentiment vàlid al tractament de dades personals. Això tindrà, sens dubte, impacte en el contracte.

Bibliografia

- Esther ARROYO AMAYUELAS, «The Implementation of EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain», *EuCML*, núm. 1, 2022, p. 35-40.
- Esther ARROYO AMAYUELAS, «L'edat de la persona i els seus efectes jurídics», a Antoni Vaquer Aloy (coord), *Dret civil. Part general i dret de la persona* (15ª ed, Atelier, 2022), p. 167-188.
- Jesús Daniel AYLLÓN GARCÍA, «Consentimiento de los menores de edad en las redes sociales: especial referencia a TikTok», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 16, 2022, p. 580-609
- Peter BRÄUTIGAM, «Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken: Zivilrechtlicher Austausch von IT-Leistung gegen personenbezogene Daten», *MMR*, 2012, p. 635-641.

- Emanuele CALÒ, «L'implosione degli istituti di protezione degli incapaci», *Corriere giuridico*, vol. 19, núm. 6, p. 773-780.
- Sergio CÁMARA LAPUENTE, «Nuevos perfiles del consentimiento en la contratación digital en la Unión Europea: ¿navegar es contratar (servicios digitales “gratuitos”)», a Fernando GÓMEZ POMAR i Ignacio Fernández CHACÓN (dirs), *Estudios de Derecho Contractual Europeo: nuevos problemas, nuevas reglas* (Aranzadi, 2022), p. 331-405.
- CEPD, *Directrices 5/2020 sobre el consentimiento en el sentido del Reglamento (UE) 2016/679, versión 1.1*, 4 de maig de 2020 (disponible a: https://www.edpb.europa.eu/sites/default/files/files/file1/edpb_guidelines_202005_consent_es.pdf)
- Maddalena CINQUE, *Il minore contraente. Contesti e limiti della capacità* (Cedam, 2007).
- Elio CUCCHIARA, «Art. 1389», a Andrea GIORDANO (dir), *Commentario breve al Codice Civile* (Admaiora, 2023), p. 1823-1824.
- Jos DUMORTIER, Pieter GRYFFROY, Ruben ROEX i Yung Shin VAN DER SYPE, *European Privacy and Data Protection Law* (Wolters Kluwer, 2022).
- Joan EGEA i FERNÁNDEZ, «Article 211-5», a Joan EGEA i FERNÁNDEZ i Josep Ferrer i Riba (dirs), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya. La persona física i les institucions de protecció de la persona* (Atelier, 2017), p. 83-95.
- Carles Enric FLORENSA i TOMÀS, «Article 236-18», a Joan EGEA i FERNÁNDEZ i Josep Ferrer i Riba (dirs), *Comentaris al llibre segon del Codi civil de Catalunya. Família i relacions convivencials d'ajuda mútua* (Atelier, 2014), p. 877-883.
- Marcello FARNETI, «Art. 2», a Giorgio Cian (ed), *Commentario breve al Codice Civile* (15ª ed., CEDAM, 2022), p. 25-28.
- Laurence FRANCOZ-TERMINAL, *La capacité de l'enfant dans les droits français, anglais et écossais* (Université Jean Moulin Lyon 3, 2007).
- Fundación BARRIÉ, *Adolescencia, tecnología, salud y convivencia. Un estudio integral y proactivo desde los propios adolescentes*, febrer de 2024, disponible a ResearchGate (DOI: 10.13140/RG.2.2.29279.02726).
- Rosa M. GARCÍA PÉREZ, «Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales», a Esther ARROYO AMAYUELAS i Sergio CÁMARA LAPUENTE (coords.), *El derecho privado en el nuevo paradigma digital* (Marcial Pons, 2020), p. 175-208.

- José Ramón GARCÍA VICENTE, «Artículos 1263-1264», a Rodrigo Bercovitz-Rodríguez Cano (dir), *Las modificaciones al Código Civil del año 2015* (Tirant lo Blanch, 2016), p. 1037-1040.
- Raffaele GIARDA, Jacopo LIOTTA i Giovanni RINDI, «Vita quotidiana del minore online. Tra esigenze di tutela e limiti tecnologici», *Media Laws*, núm. 1, 2022, p. 183-198.
- Andrea GIORDANO, «Art. 1-4», a Andrea GIORDANO (dir), *Commentario breve al Codice Civile* (Admaiora, 2023), p. 105-112.
- Dorothee GUÉRIN-SEYSEN, «Capacité contractuelle résiduelle des mineurs non émancipés et des majeurs protégés», *RRJ*, núm. 1, 2023, p. 102-126.
- Philipp HACKER, «Regulating the Economic Impact of Data as Counter-Performance: From the Illegality Doctrine to the Unfair Contract Terms Directive», a Sebastian LOHSSE, Reiner SCHULZE i Dirk STAUDENMAYER (eds), *Data as Counter-Performance – Contract Law 2.0?* (Nomos, 2020), p. 47-76.
- Zaheer HUSSAIN i Mark D GRIFFITHS, «Problematic Social Networking Site Use and Comorbid Psychiatric Disorders: A Systematic Review of Recent Large-Scale Studies», *Front Psychiatry*, vol. 9, article 686, p. 1-9.
- INCIBE, *Privacidad, identidad digital y reputación online*, disponible a: <https://www.incibe.es/ciudadania/tematicas/privacidad>
- David KAMPERT, «Artikel 8», a Gernot SYDOW (coord), *Europäische Datenschutzgrundverordnung* (Nomos, 2017), p. 381-388.
- Steffen KLUMPP, «§ 110 BGB», a Steffen KLUMPP, Reinhard SINGER i Malte STIEPER (eds), *Staudinger BGB. Buch 1* (Sellier - de Gruyter, 2017).
- Carmen LANGHANKE i Martin SCHMIDT-KESSEL, «Consumer Data as Consideration», *EuCML*, núm. 6, 2015, p. 218-223 (220).
- Ingrid Maria, «L'achat d'un cyclomoteur n'est pas un acte de la vie courant», *Droit de la famille*, núm. 10, 2010, comm. 155.
- Bintou MEITE, *La gestion de biens du mineur: étude comparée des droits français et ivoiriens* (Université de Toulouse 1 Capitole, 2022).
- Tereza PERTOT, «Die Auslegung des datenschutzrechtlichen Koppelungsverbots – Lockerung durch den Corte di Cassazione», *GPR. Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union*, núm. 2, 2019, p. 54-57.
- Anne-Sophie PLAUTIN, *Enfant et contrat* (Université de Montpellier, 2015).

Gilles RAOUL-CORMEIL, «Art. 1148», a Thibault Douville (dir), *La réforme du Droit des contrats. Commentaire article par article* (Gualino, 2016), p. 104-106.

Gilles RAOUL-CORMEIL, «L'achat d'un scooter n'est pas un acte de la vie courante», *Le semaine juridique*, núm. 11, 2016, p. 306.

SEPD, *EDPS Opinion 8/2018 on the legislative package «A New Deal for Consumers»*, 5 d'octubre de 2018 (disponible a: https://www.edps.europa.eu/sites/default/files/publication/18-10-05_opinion_consumer_law_en.pdf)

Spiros SIMITIS, «§ 28. Datenerhebung und -speicherung für eigene Geschäftszwecke», a Spiros SIMITIS (coord), *Bundesdatenschutzgesetz*, 7ª ed (Nomos, 2011), p. 1105-1193.

Carlos Miguel SIRVENT RUIZ, Pilar BLANCO ZAMORA, Leandro PALACIOS AJURIA, Cruz RIVAS REGUERO i María DE LA VILLA MORAL JIMÉNEZ, *Guía de adicciones comportamentales. Manual para profesionales*, Departamento de Publicaciones Fundación Instituto Spiral (disponible a: <https://drogodependencias.femp.es/sites/default/files/Guia-adicciones-comportamentales.pdf>).

Andreas SPICKHOFF, «§ 110 BGB», a Claudia SCHUBERT (ed), *MüKoBGB. Band 1* (8a ed, C.H. Beck, 2018).

Laura TAFARO, *L'età per l'attività* (Esi, 2003).

Estrella TORAL LARA, «Menores y redes sociales: consentimiento, protección y autonomía», *Derecho Privado y Constitución*, núm. 36, 2020, p. 179-218.

Paul VOIGT i Axel VON DEM BUSSCHE, *EU-Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO): Praktikerhandbuch*, 2ª ed. (Springer, 2024).

Hannes WEIS, «§ 110 BGB», a Gerhard DANNEMANN i Reiner SCHULZE (eds), *German Civil Code* (Vol. I, C.H. Beck i Nomos, 2020), p. 133-134.

Holger WENDTLAND, «§ 110 BGB», a Wolfgang HAU i Roman POSECK (eds), *BeckOK BGB* (68a ed., C.H. Beck, 2023).

Segona ponència

Contractació privada i sostenibilitat

La incidencia de las políticas comunitarias de sostenibilidad en materia contractual

La Directiva sobre diligencia debida

Antonio I. Ruiz Arranz

Sumario

1. Introducción y delimitación del objeto de estudio

2. Influencias alemanas: el contrato como centro de la obligación de diligencia

3. La obligación de recabar garantías contractuales en la CSDDD

- 3.1. Los códigos de conducta como referencia para las garantías contractuales
- 3.2. El significado de la expresión «garantías contractuales»
- 3.3. Obligaciones de medios y de resultado
- 3.4. Una cuestión de compliance de terceros. El Derecho público en los contratos

4. La eficacia y el control de las cláusulas de garantía

- 4.1. Derecho aplicable
- 4.2. Cláusulas de Garantía negociadas individualmente
- 4.3. Cláusulas de Garantías predispuestas
- 4.4. Consecuencia de la ineficacia: la integración del contrato

5. Enforcement privado

- 5.1. El enforcement frente a la empresa obligada. El ilícito competencial
- 5.2. El enforcement frente a la contraparte

6. Conclusiones

Bibliografía

1. Introducción y delimitación del objeto de estudio¹

El 11 de diciembre de 2019, la Comisión Europea lanzó el «Pacto Verde Europeo»; una estrategia integral destinada a transformar la Unión Europea en un continente climáticamente neutro para 2050.² Este plan busca un crecimiento económico desvinculado del uso de recursos y socialmente neutro. En este contexto, una de las obligaciones impuestas por la normativa de la Unión Europea es que las empresas establezcan sistemas de diligencia debida capaces de identificar, evaluar y gestionar los riesgos en determinados ámbitos. Aquí se cuentan el Reglamento de deforestación,³ el Reglamento de minerales,⁴ y la Directiva sobre diligencia debida en materia de sostenibilidad (en adelante, por sus siglas en inglés, la «CSDDD»; también la «**Directiva 2024/1760**», o la «**Directiva**»).⁵

De entre todos estos instrumentos, la CSDDD es el que más impacto presenta para el Derecho de contratos. Como parte de la obligación de diligencia, la CSDDD obliga a las empresas a obtener garantías contractuales de sus socios comerciales con las que mitigar y/o poner fin a efectos adversos potenciales o reales en materia

¹ Este trabajo se ha beneficiado de las conversaciones con el Prof. Dr. Massaguer Fuentes, a quien agradezco sus observaciones. Los errores son solo míos.

² Comisión Europea, Comunicación, «El Pacto Verde Europeo», Bruselas 11.12.2019 COM(2019) 640 final.

³ Reglamento (UE) 2023/1115 del Parlamento Europeo y del Consejo de 31 de mayo de 2023, relativo a la comercialización en el mercado de la Unión y a la exportación desde la Unión de determinadas materias primas y productos asociados a la deforestación y la degradación forestal, y por el que se deroga el Reglamento (UE) N.º 995/2010

⁴ Reglamento (UE) 2017/821, del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de mayo de 2017 por el que se establecen obligaciones en materia de diligencia debida en la cadena de suministro por lo que respecta a los importadores de la Unión de estaño, tantalio y wolframio, sus minerales y oro originarios de zonas de conflicto o de alto riesgo.

⁵ Directiva (UE) 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de junio de 2024 sobre diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad y por la que se modifican la Directiva (UE) 2019/1937 y el Reglamento (UE) 2023/2859.

de derechos humanos o medioambiente dentro de su cadena de suministro. La Comisión Europea⁶ ha pospuesto la trasposición de la Directiva («**Ómnibus I**»)⁷ y está modificando algunas de las obligaciones vigentes («**Ómnibus II**»)⁸. Sin embargo, el núcleo de esta obligación sigue siendo importante.

Hasta ahora, la doctrina europea ha analizado las implicaciones generales de la CSDDD,⁹ prestando especial atención al Derecho de sociedades,¹⁰ pero no ha abordado las implicaciones para el Derecho de contratos.

En este trabajo se sostendrá que la obligación de recabar garantías contractuales, impuesta por la Directiva 2024/1760, transforma el contrato en un instrumento de cumplimiento normativo, al incorporar en su seno intereses públicos vinculados a la sostenibilidad y los derechos humanos. Esta incorporación altera la lógica tradicional del Derecho de contratos, al desplazar el centro de gravedad desde la autonomía privada hacia la realización de fines regulatorios. A partir de esta premisa, se analizarán las implicaciones que ello tiene para la eficacia de las cláusulas, los mecanismos de control y los remedios frente al incumplimiento, con especial atención al caso español.

⁶ Ver, Comunicación de la Comisión Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social, al Comité de las Regiones. Una Brújula para la Competitividad de la UE. (COM(2025) 30 final).

⁷ Hasta el 26 de julio de 2027. art. 2 Directiva (UE) 2025/794 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de abril de 2025 por la que se modifican las Directivas (UE) 2022/2464 y (UE) 2024/1760 en lo que respecta a las fechas a partir de las cuales los Estados miembros deben aplicar determinados requisitos de presentación de información sobre sostenibilidad y de diligencia debida por parte de las empresas.

⁸ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifican las Directivas 2006/43/CE, 2013/34/UE, (UE) 2022/2464 y (UE) 2024/1760 en lo que respecta a determinados requisitos de presentación de información corporativa y de diligencia debida de las empresas en materia de sostenibilidad, COM(2025) 81 final 2025/0045(COD).

⁹ Véase, RAMOS MUÑOZ, D. (2025a, pp. 1-30); MORAL DE LA ROSA (2025).

¹⁰ Así, RECALDE CASTELLS (2022); PORTELLANO DÍEZ (2024, pp. 1181 y ss.).

La importancia práctica de esta cuestión se evidencia en casos como el de la empresa alemana KiK. En septiembre de 2012, un incendio en la fábrica textil Ali Enterprises, ubicada en Karachi (Pakistán), provocó la muerte de 258 trabajadores. KiK, principal cliente de la fábrica, fue demandada en 2015 ante un tribunal alemán por familiares de las víctimas, quienes alegaban que la empresa había incumplido su deber de diligencia al no exigir condiciones mínimas de seguridad en su cadena de suministro. Sin embargo, la demanda fue desestimada en 2019 por prescripción, sin que el tribunal llegara a pronunciarse sobre el fondo del asunto.¹¹ Este desenlace puso de relieve no solo las dificultades para exigir responsabilidad civil a empresas matrices por daños ocurridos en su red de proveedores, sino también una carencia estructural desde el punto de vista regulatorio: el contrato entre KiK y Ali Enterprises no contenía cláusula alguna que exigiera el cumplimiento de estándares en materia de derechos humanos o sostenibilidad, ni otorgaba a KiK facultades para hacerlos exigibles. Dentro del marco de la autonomía privada, KiK tampoco estaba jurídicamente obligada a incluir tales disposiciones. En consecuencia, una eventual vulneración de esos estándares por parte del socio de KiK no constituía un incumplimiento contractual. Como se analizará a lo largo de este trabajo, la CSDDD viene a corregir esta omisión al imponer la obligación de incorporar garantías contractuales vinculantes en materia de diligencia debida, derechos humanos y medioambiente. Con ello, se refuerza la respuesta jurídica ante casos como el de KiK. No obstante, al hacerlo, también se introduce un elemento de regulación en el Derecho de contratos, ámbito al que este hasta ahora era prácticamente ajeno.

¹¹ Sobre el caso KiK, véase: ECCHR, KiK: Paying the price for clothing production in South Asia, disponible en: <https://www.ecchr.eu/en/case/kik-paying-the-price-for-clothing-production-in-south-asia/>. También, WILHELM (2021, p. 65) y, ampliamente, SCHIRMER (2023, pp. 274 y ss.).

2. Influencias alemanas: el contrato como centro de la obligación de diligencia

Promulgada en julio de 2021, la Ley alemana sobre diligencia debida (en adelante, «LkSG»)¹² representa la contribución alemana al debate sobre la responsabilidad corporativa a lo largo de las cadenas de suministro, de acuerdo con las directrices de la O.N.U.¹³ Mediante este instrumento, Alemania se suma al grupo de países con legislación de esta clase, como Reino Unido,¹⁴ o Francia¹⁵. La Directiva 2024/1760 ha seguido un modelo muy

¹² Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten Vom 16. Juli 2021.

¹³ KINDER (2024, p. 7).

¹⁴ La Sección 54 de la Modern Slavery Act 2015 obliga a las empresas con una facturación de más de 36 millones de libras a publicar declaraciones anuales detallando sus esfuerzos para gestionar los riesgos de la esclavitud moderna. Sin embargo, no establece explícitamente la obligación de obtener garantías contractuales de los socios comerciales. La guía actualizada de 2025 proporciona recomendaciones detalladas para ayudar a las organizaciones a cumplir con estos requisitos.

¹⁵ *LOI n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (1)* - JORF n°0074 du 28 mars 2017 (en adelante, «LV»). La LV modificó el Código de comercio francés (art. L225-102-4), estableciendo la obligación de las empresas que emplean a un cierto número de empleados de establecer e implementar un plan de vigilancia (art. 1 LV). Este plan debe incluir medidas específicas para identificar y prevenir riesgos graves relacionados con los derechos humanos, la salud, la seguridad y el medio ambiente. Las empresas deben establecer procedimientos y mecanismos para evaluar y mitigar estos riesgos, así como para garantizar la efectividad de las medidas implementadas. El art. 2 LV introdujo una segunda modificación en el Código de comercio francés (art. L225-102-5), la cual abre la vía de la responsabilidad civil en caso de incumplimiento de las obligaciones de prevención. Con todo, la LV no especifica cuál haya de ser el contenido del plan.

similar al alemán.¹⁶ Esta semejanza atiende al modo en que la obligación de diligencia debida se canaliza: el contrato. La LkSG obliga a las empresas a adoptar medidas preventivas en relación con sus proveedores directos (§ 6(1) LkSG). Aquí se incluye la obligación de obtener de sus proveedores inmediatos la garantía contractual de que se respetan las expectativas en materia de derechos humanos y medioambiente exigidas por la dirección de dicha empresa; y, además, que el proveedor las aborda adecuadamente a lo largo de la cadena de suministro (§ 6(4) II LkSG). Esto exige la implementación de mecanismos contractuales que permitan verificar el cumplimiento por parte del proveedor directo (§ 6(4) IV LkSG). La regulación alemana se culmina con medidas específicas para el caso de incumplimiento, donde la resolución es un recurso de *ultima ratio*.¹⁷ La entrada en vigor de la normativa alemana en enero de 2023 la convierte en un referente temprano en materia de garantías contractuales, circunstancia que ofrece elementos útiles de análisis para el Derecho español.

¹⁶ HÜBNER / LIEBERKNECHT (2024, párrs. 1 y 35). Para las similitudes entre ambos textos, véase, BLEIER / RITTE (2025), p. 28). El acuerdo de coalición de 9 de abril de 2025 firmado por CDU/CSU y SPD prevé la derogación de la LkSG y su sustitución por la CSDDD («Verantwortung für Deutschland», 21. Legislaturperiode, p. 60).

¹⁷ Cuando se determine la producción consumada o inminente de una violación de una obligación en materia de derechos humanos o de medio ambiente, en el ámbito de negocios de la empresa o en el de un proveedor directo, la empresa debe tomar de inmediato medidas correctivas para prevenir, detener o minimizar el alcance de dicha violación (§ 7(1) LkSG). Respecto a los proveedores directos, la norma prioriza el mantenimiento de la relación contractual. Por eso, si la empresa no puede poner fin a la violación en un futuro previsible, debe elaborar y aplicar de inmediato un plan para poner fin o minimizar dicha violación. El plan debe incluir un cronograma concreto, para el que se prevén diferentes medidas como la suspensión temporal de la relación comercial, durante el tiempo en que se produzcan los esfuerzos para minimizar el riesgo (§ 7(2) LkSG). En este contexto, la resolución del contrato solo se permite ante tres situaciones: (i) cuando la violación se considere muy grave; (ii) cuando la implementación del plan ha sido infructuosa; o (iii) cuando la empresa carece de medios más suaves para obtener el cumplimiento, y no parece prometedor incrementar su influencia sobre dicho proveedor directo (§ 7(3) LkSG).

3. La obligación de recabar garantías contractuales en la CSDDD

3.1. Los códigos de conducta como referencia para las garantías contractuales

Una empresa dentro del ámbito de aplicación subjetiva de la Directiva 2024/1760¹⁸ —«macroempresas» o a los «macro grupos de empresas»—,¹⁹ debe recabar garantías contractuales de sus socios comerciales directos para asegurar el cumplimiento del código de conducta de la empresa y, si es necesario, del plan de acción preventivo (arts. 10.2 b) y 11.3 c) CSDDD). El código de conducta describe las normas y principios que deben seguirse en toda la empresa y sus filiales, así como los socios comerciales, directos o indirectos de la empresa (Cdos. 39, 46 y 54 y art. 7.2 b) CSDDD). Normalmente, se adjuntará, como anexo, e integrará su contenido.²⁰ Por medio del código, se vehicula una política de diligencia debida basada en el riesgo. Sin embargo, la Directiva no especifica ni el contenido que ha de tener el código de conducta ni tampoco las exigencias de las garantías contractuales en este sentido.

¹⁸ En general, la Directiva 2024/1760 se aplica a (art. 2 CSDDD) empresas con más de 1000 empleados y que registren un volumen de negocio neto anual superior a 450 millones de euros a escala mundial. Además, las empresas de terceros países no pertenecientes a la UE se ven afectadas si su volumen de negocios neto en la UE supera el umbral de los 450 millones de euros. En ambos casos, la Directiva se aplica también cuando, sin superarse los umbrales, la empresa es matriz última de un grupo que ha alcanzado tales umbrales. Finalmente, la Directiva se aplica a empresas que han celebrado –o que son la matriz de un grupo el cual ha celebrado– acuerdos de franquicia o de licencia en la UE a cambio de cánones con terceras empresas ante determinadas situaciones.

¹⁹ PORTELLANO DÍEZ (2024, p. 1190).

²⁰ PANNEBAKKER (2024, pp. 4-5).

3.2. El significado de la expresión «garantías contractuales»

A propósito de la LkSG, la doctrina alemana se ha preguntado por el significado de la expresión y si, con ella, el legislador se refiere a la obtención de una garantía legal que fundamenta una responsabilidad objetiva de la contraparte.²¹ La respuesta a esta cuestión es negativa. La obligación de recabar garantías contractuales no constituye una «warranty» (una promesa en el seno del contrato sobre la veracidad de determinados hechos o condiciones). La expresión debe entenderse en un sentido atécnico, como la obligación de diligencia de las empresas de asegurarse que sus socios cumplen su código de conducta, con el fin de prevenir efectos adversos potenciales (art. 10.1 CSDDD), y eliminar efectos adversos reales (art. 11.1 CSDDD).

3.3. Obligaciones de medios y de resultado

La CSDDD concibe la obligación de obtener garantías contractuales como una obligación de medios.²² Ello se compadece con la calificación que la CSDDD hace de las «principales obligaciones de la presente Directiva» como «obligaciones de medios» (Cdo. 19); y es lo que se desprende de la manera en que esta cuenta la obligación de obtener garantías contractuales.²³ Ahora bien, resulta importante distinguir entre dos situaciones: la obligación de diligencia debida frente a las autoridades de control; y el contrato entre la empresa y su contraparte, donde se recaba la garantía. La Directiva 2024/1760 considera a la primera como una obligación de medios: en general, la empresa puede

²¹ CASTLE (2024, p. 304).

²² Crítico con la falta de correspondencia entre las ambiciones de la Directiva y su traducción jurídica como obligaciones de medios, PORTELLANO DÍEZ (2024, pp. 1224-1225).

²³ Así, la CSDDD se refiere a que las empresas deben «tratar de recabar de los socios comerciales directos garantías contractuales que avalen su cumplimiento del código de conducta y, en caso necesario, del plan de acción preventiva»; pero «la empresa solo debe estar obligada a intentar recabar las garantías contractuales, ya que su obtención puede depender de las circunstancias» (Cdos. 46 y 54).

cumplir las obligaciones de la CSDDD, aunque no se logre el resultado deseado.²⁴ Al mismo tiempo, en la medida en la que se trata de garantizar el cumplimiento del código de conducta, la obligación del socio comercial puede considerarse como una obligación de medios. Pero esto no es relevante. El incumplimiento del código de conducta, como modelo de diligencia, implica el incumplimiento de la cláusula.²⁵ Lo que ocurre es que la Directiva concibe la relación entre la empresa y su contraparte en este punto como una «relación societaria» o de *joint venture*;²⁶ lo que se intensifica si el socio es una pyme.²⁷ Ello, con el objetivo de lograr el fin perseguido por el legislador. Por eso, el incumplimiento es visto, si se quiere, como un incumplimiento de ambos, empresa y socio comercial. Esto solo se explica a partir de la obligación de obtener garantías contractuales como manifestación del interés público en los contratos, más allá de los intereses de las partes.

3.4. Una cuestión de compliance de terceros. El Derecho público en los contratos

La obligación de recabar garantías contractuales remite a un debate más amplio sobre el papel del contrato como instrumento de realización de objetivos públicos. En este contexto, algunos autores han defendido que el Derecho privado puede ser, también,

²⁴ Eso sí, el mero uso de garantías contractuales no es suficiente para cumplir con la diligencia debida establecidas (Cdo. 66 *in fine*). Véase, DADUSH / SCHÖNFELDER / STREIBELT (2024, pp. 2 y 3), quienes advierten de que el sentido de la obligación de medios se refiere al sistema de gestión e identificación de riesgos potenciales y reales.

²⁵ Sobre las obligaciones de medios en el concepto neutro de incumplimiento, MORALES MORENO (2009, pp. 215-221).

²⁶ Cdo. 46 y 54: «Las garantías contractuales deben estar concebidas para garantizar que la empresa y los socios comerciales compartan adecuadamente las responsabilidades». Sobre el contenido del contrato para cumplir con la CSDDD, DADUSH / SCHÖNFELDER / STREIBELT (2024, pp. 5 y ss.); lo que en general consiste en no transferir simplemente a la contraparte todo el riesgo y responsabilidad en el cumplimiento.

²⁷ La Directiva prevé que la empresa proporcione apoyo específico al socio pyme, incluso financiero (arts. 10.2 e), 10.3, 11.3 f) y 11.4 CSDDD).

«sosteniblemente responsable», en el sentido de que permite a las partes incorporar cláusulas que reflejen estándares sociales y medioambientales. Es la tesis de J. E. Schirmer, para quien el contrato puede vehicular compromisos voluntarios con la sostenibilidad sin necesidad de alterar su estructura dogmática tradicional. Desde esta perspectiva, la inclusión de cláusulas de sostenibilidad sería una manifestación legítima —aunque no novedosa— de la autonomía privada.²⁸

Sin embargo, la Directiva 2024/1760 introduce un cambio cualitativo: convierte esa posibilidad en una obligación jurídica. La función del contrato como vehículo de responsabilidad social ya no depende de la voluntad de las partes, sino que se impone normativamente, dentro de su ámbito de aplicación. Esta transformación desplaza el eje desde la libertad de pactar hacia la imposición regulatoria, lo que sí representa una mutación relevante en el modelo contractual. En este sentido, la Directiva no se limita a permitir un uso social del contrato, sino que lo exige, integrando objetivos públicos en el núcleo de las relaciones contractuales privadas. Esto supone un cambio de paradigma significativo que interpela directamente al *iusprivatista*.

Siguiendo el modelo de la LkSG, busca extender indirectamente su ámbito de aplicación a sujetos que escapan a la competencia regulatoria directa de la Unión Europea.²⁹ El objetivo es asegurar el cumplimiento normativo efectivo y prevenir efectos adversos.³⁰ Por eso, esta vocación

²⁸ SCHIRMER (2023, pp. 74-116, 306 y ss.).

²⁹ En referencia a la LkSG, KORCH(2023, párr. 90).

³⁰ SCHMID / THOMALE (2024, sec. 1.b). En este sentido, el Cdo. 45 de la Directiva se refiere a un «efecto palanca» a partir del cual las empresas deben utilizar su influencia en el socio comercial directo para alcanzar los objetivos de mitigación y eliminación de efectos adversos más allá de sus propios socios directos, a lo largo de toda la cadena de actividades. Este enfoque ha sido objeto de críticas, fundamentalmente desde el punto de vista de la aplicación privada de dichos estándares a través de la responsabilidad civil extracontractual. En este sentido, WAGNER, G. (2023, p. 526); PACCES (2023); SCHMID / THOMALE (2024, sec. 2. V. b. 1).

de expansión en la cadena de actividades conlleva la aplicación a un número indeterminado, pero con seguridad elevado, de empresas.³¹

La obligación de recabar garantías contractuales no responde a una ordenación dogmática previa ni a la autonomía de la voluntad de las partes. Tampoco obedece al interés social.³² Bajo una perspectiva estrictamente política, la obligación responde a un objetivo regulatorio de Derecho público, que busca integrar los valores de sostenibilidad y derechos humanos en las relaciones contractuales privadas.³³ Ello se enmarca dentro de un movimiento, más amplio, que viene recurriendo al Derecho privado para lograr objetivos públicos.³⁴ Así, se genera una «privatización» de los derechos humanos y del medio ambiente: al incorporar intereses públicos, la inobservancia de estos intereses se convierte (también) en un problema de cumplimiento contractual, que será decidido por tribunales civiles o arbitrales en el marco de la ejecución del contrato.³⁵

Para las empresas, recabar las garantías contractuales no es sino una cuestión de «*compliance*» o cumplimiento normativo, el cual no se limita al interior de la organización, sino que se extiende a las

³¹ PORTELLANO DÍEZ (2024, p. 1201).

³² Puede decirse que el interés social es esencialmente el interés común de los accionistas en maximizar el valor de sus inversiones de acuerdo con el contrato social; lo cual es coherente con la maximización de riqueza en una economía de mercado. Véase en este sentido, ALFARO ÁGUILA-REAL (2016, pp. 215 y ss.). Crítico con la inclusión de objetivos sociales o de intereses colectivos como parte de los objetivos de las sociedades, RECALDE CASTELLS (2022, pp. 5 y ss.). Bien es verdad que la vigilancia de la cadena de suministro y la incorporación de cada vez mayor diligencia es algo que se viene haciendo por las empresas de acuerdo con los estándares de muchos sectores. Pero también es cierto que el auto cumplimiento voluntario de dichos estándares presenta sus límites (al respecto, HÜBNER (2020, p. 141)).

³³ PORTELLANO DÍEZ (2024, pp. 1210 y ss.).

³⁴ Esto se aprecia bien en el Derecho de sociedades. Véase, RECALDE CASTELLS (2022, pp. 8 y ss.).

³⁵ SPIESSHOFER / GRAF VON WESTPHALEN (2015, p. 77).

relaciones con terceros.³⁶ Es un «*third party compliance*» o *compliance* de terceros cuya implantación se vehicula a través de las relaciones contractuales.³⁷ Como resultado, a la reglamentación contractual se le suma una suerte de «equipamiento regulatorio»³⁸. Dicho equipamiento permite que los intereses públicos de la Unión Europea se integren dentro de las relaciones contractuales entre particulares,³⁹ y, en particular, el cumplimiento normativo de los deberes de cuidado con terceros.⁴⁰ Por eso, una vez incorporada al contrato, la obligación de recabar garantías es un saliente de la regulación inyectada al Derecho contractual.⁴¹

En este contexto, la configuración del contrato adquiere un carácter central⁴². Con la introducción del Derecho público en el contrato, la confección del contrato deviene importante también en términos de cumplimiento normativo —y no solo de

³⁶ Véase, en materia de *compliance* con terceros, SHORT / TOFFEL (2016, pp. 22-24), quienes se refieren a seguridad alimentaria, control de emisiones, productos defectuosos y dispositivos médicos, contabilidad, telecomunicaciones y etiquetado voluntario de productos.

³⁷ WILHELM (2021, pp. 658-659).

³⁸ SPIESSHOFER / GRAF VON WESTPHALEN (2015, p. 77).

³⁹ Crítico con este modo de operar, PORTELLANO DÍEZ (2024, p. 1206).

⁴⁰ WAGNER (2022, párr. 2123); DADUSH / SCHÖNFELDER / STREIBELT (2024, pp. 1 y 14).

⁴¹ Detrás de este enfoque está la idea de que los efectos adversos para el medio ambiente y los derechos humanos nos los causan directamente las macroempresas a las que directamente se refiere la norma, sino sobre todo otras empresas de la cadena de actividades de las macroempresas afectadas. En este sentido, PORTELLANO DÍEZ (2024, pp. 1198, 1199).

⁴² Prueba de ello son (i) las reglas modelo publicadas por la American Bar Association para proteger los derechos de los trabajadores en contratos de cadena de custodia; la red global «Chancery Lane Project», ocupada en desarrollar cláusulas sobre protección del medio ambiente en los contratos internacionales; o (iii) el «Responsible Contracting Project» centrado en ofrecer un kit de herramientas al que las empresas pueden recurrir para mejorar la protección de los derechos humanos y el medioambiente en sus contratos y cadenas de suministros (véase, <https://www.responsiblecontracting.org/toolkit>).

seguridad jurídica para las partes—. ⁴³ La obligación de recabar garantías contractuales significa que empresas quedan obligadas a introducir «cláusulas de compliance» a través de las cuales introducen mandatos legales o exigencias extrajurídicas de comportamiento. ⁴⁴ La materialización jurídico-contractual de las exigencias normativas ofrece diferentes posibilidades. Consciente de su importancia, la Directiva 2024/1760 obliga a la Comisión a adoptar, antes del 26 de enero de 2027, orientaciones sobre cláusulas modelo voluntarias (art. 18 CSDDD). En lo sucesivo, me referiré a las cláusulas que incorporan el mandato de la CSDDD como «Cláusulas de Garantía».

Que las Cláusulas de Garantía respondan a un imperativo regulatorio tiene importantes implicaciones en su análisis. En cierto modo, las categorías tradicionales del Derecho de contratos siguen siendo útiles para identificar los problemas. Sin embargo, la valoración y ponderación que se realice a partir de ahí será distinta, ya que el interés público debe ser tomado en consideración. Así sucede tanto en materia de su eficacia (IV), como de *enforcement* (V).

4. La eficacia y el control de las cláusulas de garantía

La Directiva 2024/1760 presenta una tensión entre el carácter regulatorio de las Cláusulas de Garantía y la eficacia de estas. Consciente del desequilibrio en las relaciones contractuales, la Directiva establece que las cláusulas deben ser «justas, razonables y no discriminatorias», cuando el socio comercial directo es una

⁴³ PANNEBAKKER (2024, p. 9).

⁴⁴ WILHELM (2021, pp. 660-661).

pyme⁴⁵ (arts. 10.5 II, y 11.6 II CSDDD). Con ello, la Directiva busca compensar la asimetría contractual en estas relaciones.⁴⁶ Pero no solo eso. En realidad, la Directiva es consciente de que, si el contrato resulta desproporcionado, la efectividad de la diligencia debida disminuye.⁴⁷ En este contexto, la razonabilidad implica que la cláusula no debe ser excesiva en relación con los objetivos perseguidos (proporcionalidad); la no discriminación obliga a la empresa a tratar a todos sus proveedores de manera igualitaria; y la justicia busca evitar que la cláusula favorezca desproporcionadamente a la parte fuerte. Este triple mandato constituye un test de eficacia de las Cláusulas de Garantía, que debe ser interpretado según el Derecho aplicable (1). En el caso del Derecho español, el test requiere diferenciar si el contrato fue negociado individualmente (2) o si se contrató por adhesión (3).

4.1. Derecho aplicable

El control de la eficacia de las Cláusulas de Garantía dependerá de la aplicabilidad del Derecho español. En términos generales, esto ocurrirá si las partes lo establecen en el contrato (art. 3.1 Reglamento CE 593/2008, «Roma I»). De lo contrario, la ley española se aplicará si la empresa que realiza la prestación característica tiene su residencia habitual en España, lo cual es poco probable (cfr. art. 4 Roma I).⁴⁸

⁴⁵ Según el art. 3.1 i) CSDDD se considera «pyme» a una microempresa o una pequeña o mediana empresa, independientemente de su forma jurídica, que no forme parte de un gran grupo, conforme a las definiciones del artículo 3, apartados 1, 2, 3 y 7 de la Directiva 2013/34/UE. En este sentido, la Directiva 2013/34/UE considera como mediana empresa –por establecer el umbral último– a aquellas sociedades que no excedan de 250 empleados, cuyo volumen de negocios anual no supere los 50 millones de euros, y cuyo balance general sea inferior a 43 millones de euros.

⁴⁶ Cfr. Cdo. 69 CSDDD.

⁴⁷ DADUSH / SCHÖNFELDER / STREIBELT (2024, pp. 9 y 10).

⁴⁸ En cualquier caso, si un tribunal español conoce del asunto, el estándar de la CSDDD podría ser aplicable como orden público del foro (cfr. art. 9 Roma I). Ello dependería de la trasposición española, ya que la Directiva solo otorga cualidad de Derecho imperativo a las normas sobre responsabilidad civil de las empresas (art. 29.7 CSDDD).

Finalmente, la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías —que también es Derecho español— se aplicará si ambas empresas tienen su sede en Estados contratantes (art. 1.1 a) CISG).

4.2. Cláusulas de Garantía negociadas individualmente

El contenido de las Cláusulas de Garantía solo está limitado por la ley, la moral y el orden público (art. 1255 CC). Por incorporar un estándar regulatorio, será complicado plantear la nulidad de la cláusula por contravención de norma (arts. 6.3 y 1275 CC). Con todo, la obligación de justicia, razonabilidad y no discriminación deja abiertas, al menos, las siguientes cuestiones.

4.2.1. Derecho extranjero contrario al orden público

Siendo aplicable el Derecho español, puede ocurrir que una Cláusula de Garantía incorpore un estándar legal de Derecho extranjero necesario para cumplir con los deberes de cuidado impuestos, y que dicho estándar contravenga una norma imperativa de Derecho nacional.⁴⁹ Por ejemplo, si una cláusula negociada individualmente obliga a la empresa a compensar a su socio directo —que opera en un país fuera de la UE y que no ha ratificado todos los tratados del Anexo I CSDDD— según la ley de ese país, y dicha compensación es punible bajo la corrupción entre particulares según el art. 286 *bis* CP español, la cláusula sería nula por contravenir una norma imperativa (art. 6.3 CC).

4.2.2. Cláusulas oscuras

El art. 1288 CC establece una regla que puede cobrar relevancia a la hora de interpretar las Cláusulas de Garantía. Este precepto establece

⁴⁹ Véase, WILHELM (2021, p. 669).

el principio *in dubio contra stipulatorem*, cuando una cláusula es oscura o puede interpretarse de diferentes maneras. Así, si la Cláusula de Garantía obliga a la contraparte a cumplir e implementar «todas las medidas necesarias» para asegurar el cumplimiento de «todos los estándares de sostenibilidad» requeridos por la empresa, la cláusula sería ineficaz, por ambigua o indeterminada, y emplear términos vagos y amplios. Ahora bien, si se determina la oscuridad, el resultado de la regla no puede contradecir el sentido de la Cláusula de Garantía, como expresión regulatoria.⁵⁰ Esto es, la oscuridad no puede conducir a una interpretación que de facto suponga que la empresa no cumple con su obligación de recabar la garantía. De ahí que favorecer a la contraparte implique reconducir el sentido de la cláusula al cumplimiento de lo necesario para que la garantía contractual resulte determinable y eficaz.

4.2.3. Ventaja injusta

Las Cláusulas de Garantías pueden fallar, cuando imponen a la contraparte un código de conducta u otras condiciones, que puedan constituir «ventaja injusta», si se dan sus requisitos.⁵¹

Por ejemplo, si la Cláusula de Garantía obliga a la pyme a implementar y cumplir con todos los estándares de sostenibilidad establecidos por la empresa dentro de los próximos seis meses. Además, la empresa se reserva el derecho de auditar las instalaciones de la pyme en cualquier momento para asegurar el cumplimiento. La pyme asume la responsabilidad de todas las multas y sanciones impuestas por las autoridades a la empresa. Todo esto, sin que la empresa esté obligada a proporcionar ningún tipo de apoyo

⁵⁰ Véase, CARRASCO PERERA (2024, sec. 10/77).

⁵¹ Véase, GINÉS CASTELLET (2016, pp. 15-34). Es decir, en aquellas situaciones en las que la Cláusula de Garantías otorga a la empresa una ventaja excesiva en términos económicos o manifiestamente injusta o excesiva, aprovechando una situación de debilidad de la otra parte.

financiero o técnico para la implementación de la tecnología necesaria. La pyme asume todos los costes.

La situación admitiría calificarse como ventaja injusta en aquellos ordenamientos que formalmente la reconocen como institución.⁵² Para el Derecho civil español común, que no conoce la ventaja injusta,⁵³ el mandato de justicia, razonabilidad y no discriminación constituye una nueva incursión de la institución en las relaciones ente privados, para el ámbito que nos ocupa y cuando la contraparte sea una pyme.⁵⁴ Aquí, la lógica societaria con la que Directiva contempla la obtención de garantías,⁵⁵ hace que esta sea especialmente cuidadosa en señalar la importancia de un adecuado reparto de costes entre empresa y socio comercial.⁵⁶ De ahí que pueda sostenerse una extensión de la ventaja injusta a cualquier relación contractual sujeta a la CSDDD, y no solo a aquellas en las que intervienen pymes.

4.2.4. La modificación del código de conducta por una sola parte

La relación de la Cláusula de Garantía con el código de conducta de la empresa plantea la cuestión de si la empresa puede modificar unilateralmente el contenido del código. Una respuesta apresurada conduciría a considerar ineficaz la cláusula a la vista del art. 1256 CC. Dejando a un lado la superación de la imposibilidad del arbitrio de parte en la determinación de la prestación,⁵⁷ aquella norma piensa

⁵² Arts. 621-45 CCCat, art. 508 Fuero Nuevo de Navarra, art. 4:109 PECL, art. II.-7:207 DCFR y art. 3.2.7 Principios Unidroit.

⁵³ Sobre la aplicación de la ventaja injusta al Derecho del Código civil español, por la vía del dolo, véase, ampliamente, FENOY PICÓN (2023, pp. 87-152, 721-728).

⁵⁴ Puede decirse que se unirá a la «avanzadilla» que representa el art. 1302.3 CC, que vincula la ventaja injusta a una situación de discapacidad del contratante perjudicado. En este sentido, GARCÍA RUBIO / VARELA CASTRO (2022, pp. 664-666).

⁵⁵ *Supra*, III.3.

⁵⁶ DADUSH / SCHÖNFELDER / STREIBELT (2024, pp. 9-11).

⁵⁷ Véase, ampliamente, GÓMEZ POMAR (2018, pp. 248 y ss.).

en el hecho mismo de quedar obligado; y no en que, constituida la obligación, el precio u otras partes de la reglamentación puedan determinarse por un contratante.⁵⁸ A ello se añade que, por tratarse de un elemento regulatorio dentro del contrato, la modificación del contrato venga exigida por la necesidad de cumplir con la diligencia debida. El límite solo vendría dado por la prohibición de obtener una ventaja injusta en la modificación.

4.3. Cláusulas de Garantías predispuestas

Por razones operativas y de eficiencia, las garantías contractuales se incorporarán habitualmente en los contratos entre las empresas y sus socios directos mediante cláusulas predispuestas,⁵⁹ generalmente acompañadas del código de conducta de la empresa.⁶⁰ Aquí se hace palpable la tensión entre el carácter regulatorio de las Cláusulas de Garantía, que responden a objetivos públicos, y la obligación de que estas sean «justas, razonables y no discriminatorias» (arts. 10.5 II y 10.6 II CSDDD). Los controles propios del Derecho de las condiciones generales pueden evitar que las Cláusulas de Garantía perjudiquen a la empresa adherente.⁶¹

4.3.1. Previo. La formación del contrato y la batalla de formularios

La formación del contrato con condiciones generales puede plantear un problema de batalla de formularios. Así sucederá, si la pyme adherente contesta a la propuesta de la empresa en materia de sostenibilidad, remitiendo otro formulario con su propio código de conducta sobre la

⁵⁸ Véase, STS, 1.ª, 16 de junio de 2016, F. D. 3.º (M.P.: Fernando Pantaleón Prieto; ES:TS:2016:2870).

⁵⁹ WAGNER (2022, párrs. 2139 y 2140).

⁶⁰ SPIESSHOFER / GRAF VON WESTPHALEN (2015, p. 76); DEPPING (2022, párr. 66).

⁶¹ WAGNER (2022, párr. 2133).

misma cuestión.⁶² No es este el lugar para entrar las diferentes teorías formuladas a propósito de la batalla de formularios.⁶³ Considerando el contenido regulatorio de la Cláusula de Garantías, salvo que la empresa no incorpore en su oferta una mención explícita de que solo se considerará aceptación del destinatario aquella que coincida plenamente con su oferta en materia de cumplimiento normativo,⁶⁴ cualquier contradicción deberá resolverse de manera que permita la incorporación de la Cláusula de Garantía al contrato.

4.3.2. Control de incorporación y cláusulas sorpresivas

Aceptar el cumplimiento de cada código de conducta «a ciegas», sin considerar sus detalles,⁶⁵ puede originar un problema de incorporación. El control de incorporación garantiza que las cláusulas predispuestas por una de las partes hayan sido correctamente integradas y aceptadas por la otra. Los contornos de este control son conocidos⁶⁶ y han sido perfilados por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo.⁶⁷ El control de incorporación de las Cláusulas de Garantías no se limita por el art. 4 II de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación (en adelante, la «LCGC»), porque la norma se refiere a casos en los que la condición general en sí ya venga determinada por un Convenio internacional o por una

⁶² DEPPING (2022, párr. 65).

⁶³ Al respecto, puede verse PERALES VISCASILLAS (1998, pp. 114 y ss.).

⁶⁴ En este sentido sobre la batalla de formularios, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2007, cap. XI, sec.47).

⁶⁵ DEPPING (2022, párr. 65).

⁶⁶ arts. 5 y 7 LCGC.

⁶⁷ STS, 1.^a, núm. 296/2020, de 12.06.2020: «Como hemos declarado en las sentencias 241/2013, de 9 de mayo, y 314/2018, de 28 de mayo, el control de incorporación o inclusión es, fundamentalmente, un control de cognoscibilidad. Lo que requiere, en primer lugar, que el adherente haya tenido oportunidad real de conocer al tiempo de la celebración del contrato la existencia de la condición general controvertida y, en segundo lugar, que la misma tenga una redacción clara, concreta y sencilla, que permita una comprensión gramatical normal».

disposición legal o administrativa de carácter general y de aplicación obligatoria para los contratantes. En el caso de las Cláusulas de Garantía, la CSDDD no indica cuál haya de ser el contenido exacto o la redacción de la cláusula. Por ello, su incorporación al contrato se someterá al control de incorporación (arts. 5.5 y 7 LCGC).

A propósito de la LkSG, en Alemania, el control de incorporación de Cláusulas de Garantía se ha centrado fundamentalmente en la sorpresividad.⁶⁸ Las «cláusulas sorpresivas» son aquellas tan inusuales que el adherente no pueda esperarlas, en cuyo caso no se convierten en parte del contrato (§ 305c BGB). Por reproducir un estándar legal impuesto, se entiende que las Cláusulas de Garantía no pueden no superar el control de incorporación.⁶⁹ Y es que resulta difícil concebir un escenario en el que la Cláusula de Garantía para cumplir con los deberes de diligencia impuestos sea inusual y sorpresiva.⁷⁰ Las mismas consideraciones valen para el Derecho español, donde la teoría de las cláusulas sorpresivas está menos desarrollada.⁷¹ Aun así, la sorpresividad de una Cláusula de Garantía en este contexto podría aparecer, si para un determinado sector, la empresa predisponente incorpora estándares del todo inusuales o que correspondan a otro sector del tráfico (cfr. art. 1288 CC).

⁶⁸ Y es que el § 310.1 BGB excluye expresamente el control de incorporación para contratos entre empresarios.

⁶⁹ WAGNER (2022, párr. 2153); KORCH (2023, párr. 103);

⁷⁰ Véase, WILHELM (2021, p. 676); WAGNER (2022, párrs. 2142, 2143, 2144).

⁷¹ La Sala 1.^a del Tribunal Supremo ha desarrollado la doctrina de las cláusulas sorprendentes, al calor de las cláusulas limitativas en contratos de seguro. Así, las SSTs, 1.^a, núm. 160/2021, de 22.03.2021 (para una cláusula que exigía un determinado volumen de precipitaciones y de persistencia de la lluvia, para admitir la cobertura en un seguro multirriesgo-familia-hogar); y núm. 252/2018, de 26.04.2018 (para una cláusula «*claim made*»). Igualmente, el Tribunal Supremo ha desarrollado la sorpresividad en materia de cláusulas suelo en contratos de préstamos hipotecarios celebrados entre no consumidores (STS, 1.^a, núm. 30/2017, de 18.01.2017).

4.3.3. Control de contenido o abusividad entre empresarios

La obligación de que las Cláusulas de Garantías sean «justas, razonables y no discriminatorias» (arts. 10.5 II y 10.6 II CSDDD) abre la puerta a un control de contenido o abusividad en los contratos celebrados entre la empresa y una pyme. Con ello, se sigue una senda similar a la abierta por otros instrumentos legislativos europeos.⁷² Para España, la transposición de la Directiva implicará reconocer un control de contenido en un ámbito —la contratación entre empresarios— en el que hasta ahora esta posibilidad ha sido rechazada.⁷³ De nuevo, esta vía tiene carácter alemán. Uno de los principales problemas identificados ante la LkSG es el desequilibrio de las Cláusulas de Garantía en la contratación seriada.⁷⁴

En este ámbito, surge la pregunta de si, por dar cumplimiento a una obligación impuesta por el legislador, las Cláusulas de Garantía se sujetan a control de contenido. Parte de la doctrina alemana ha

⁷² Según el Reglamento (UE) 2016/679 (de protección de datos), el consentimiento del interesado al tratamiento de los datos debe realizarse mediante una declaración por escrito que no contenga cláusulas abusivas, en el sentido de la Directiva 93/13 (Cdo. 42). En este contexto, el art. 7.2 del Reglamento obliga a emplear un lenguaje claro y sencillo. Con todo, hay razones para dudar de que el legislador europeo haya establecido aquí un genuino control de contenido. Al respecto, McCOLGAN (2021, pp. 695 y ss.).

⁷³ No es el lugar para dedicarse a esta cuestión. Está arraigado en el Derecho español que no procede el control de contenido de las condiciones generales en contratos celebrados entre empresarios, las cuales solo quedan sometidas a control de incorporación. La sistemática de los arts. 7 y 8 LCGC es clara en este respecto. Y puede decirse que no existen dudas en los autores (véase, CÁMARA LAPUENTE, 2016). Ello, a pesar de las dudas —legítimas— suscitadas por el preámbulo de la LCGC, y su mención al abuso de posición dominante y la nulidad en contratos entre empresarios. Igualmente, la Sala 1.ª del Tribunal Supremo no ha contribuido a clarificar demasiado las cosas en este punto. Antes bien, ha explorado el camino que permite apreciar un control de abusividad en contratos entre empresarios, a modo de óbiter, sobre la base de los arts. 1258 y 57 CC. Así, la STS, 1.ª, Pleno, núm. 367/2016, de 03.06.2016. Véase, también la STS, 1.ª, núm. 30/2017, de 18.01.2017.

⁷⁴ DEPPING (2022, párr. 71).

respondido negativamente a la pregunta.⁷⁵ Bajo este enfoque, las cláusulas quedarían fuera del control de contenido, porque reflejan disposiciones legales o reglamentarias imperativas (arts. 4 II LCGC y 1.2 Directiva 93/13). Con ello, se atribuye una «*Leitbildfunktion*» a los arts. 10 y 11 CSDDD en materia de Cláusulas de Garantía (o a las disposiciones legales encargadas de trasponerlos). Sin embargo, no es una respuesta convincente. La Directiva se limita a imponer a las empresas la obligación de recabar garantías contractuales y establecer mecanismos de verificación, sin concretar el contenido de dichas cláusulas ni las consecuencias derivadas de su incumplimiento.⁷⁶ A salvo de mínimos estándares,⁷⁷ las empresas tienen discreción para determinar el contenido. Bien miradas las cosas, el hecho de que las Cláusulas de Garantía obedezcan a la imposición de la Directiva 2024/1760 puede incidir en el criterio de abusividad aplicable, aunque no justifica su exclusión, siendo ello coherente con el principio de justicia, razonabilidad y no discriminación.

Sentado lo anterior, es preciso ofrecer algunos parámetros sobre el control de abusividad de las Cláusulas de Garantía. La regla general es la del art. 82.1 Real Decreto Legislativo 172007, de 16 de noviembre (en adelante «TRGDCU»). La cláusula no debe causar, en contra de las exigencias de la buena fe, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato, en perjuicio de la pyme. Sin embargo, en la contratación entre empresas, la valoración de los intereses en conflicto puede conducir a resultados distintos a los que se obtendrían en contratos con consumidores.⁷⁸ En general, habrá que estar a la experiencia de la pyme en el sector en el que contrata; a su tamaño; y, sobre todo, a la situación de dependencia con la predisponente. La valoración final será el resultado de una

⁷⁵ SPINDLER (2022, pp. 105-106); WAGNER (2022, párr. 2156); KORCH (2023, párrs. 102, 106-107).

⁷⁶ En este sentido, WILHELM (2021, pp. 678-679).

⁷⁷ Por ejemplo, que en el caso de las pymes el coste de la comprobación por un tercero independiente no sea asumido por la parte adherente, salvo pacto en contrario (arts. 10.5 II y 11.6 II CSDDD); o la obligación en los contratos sometidos a la legislación de un Estado Miembro de que los contratos incluyan la opción de suspender o terminar la relación contractual (arts. 10.6 III y 11.7 III CSDDD).

⁷⁸ En este sentido, FUCHS (2016b, párr. 375).

ponderación de los intereses en conflicto, así como de la necesidad de protección a la pyme adherente.⁷⁹

La ponderación exige tener presente que la Cláusula de Garantía responde fundamentalmente a un interés público regulatorio.⁸⁰ Por esta razón —y a diferencia de un contexto de contratación no ya con consumidores, sino también entre empresarios sin intereses públicos en liza—, que la Cláusula de Garantía vaya más allá de lo necesario para cumplir sus objetivos no la convierte automáticamente en injusta ni desproporcionada.⁸¹ Antes bien, será cuestión de acudir al caso concreto y determinar si —a la luz del interés público existente en la introducción de la cláusula— los intereses de la pyme adherente merecen más protección en el caso concreto. Y todo ello, además, de acuerdo con una valoración *ex ante*.

(i) Una cláusula que obligue a la pyme al cumplimiento general de «todas las obligaciones establecidas por la CSDDD» será eficaz cuando ambos contratantes están dentro del ámbito de aplicación de este instrumento. Sin embargo, cuando la adherente no esté sujeta a una legislación de la Unión Europea, dicha cláusula sería nula por crear un desequilibrio. La razón está en el cuidado del legislador europeo en delimitar los obligados directos.⁸²

(ii) Una cláusula que obligue a la pyme a cumplir estándares de Derecho de la Unión Europea, que para ella constituye Derecho extranjero, difícilmente puede considerarse abusiva, ya que la predisponente está legalmente vinculada a dicho Derecho comunitario. En cambio, si la cláusula se refiere al Derecho nacional de

⁷⁹ FUCHS (2016b, párr. 380).

⁸⁰ En este sentido, se debe considerar que el interés principal de la predisponente es cumplir con la regulación impuesta (KORCH (2023, párr. 108)). A ello se une el riesgo reputacional y el hecho de que la Cláusula de Garantía constituirá el medio de prueba más habitual para probar el cumplimiento normativo (WILHELM (2021, pp. 680-681)). Desde el lado del adherente, el interés reside en el derecho a autoorganizarse, unido al incremento de costes que puede resultar de la Cláusula de Garantía (WILHELM (2021, p. 683)).

⁸¹ KORCH (2023, párr. 107). En distinto sentido, WAGNER (2022, párr. 2148).

⁸² Sobre el ámbito directo de aplicación, y en especial a la eliminación de las actividades de especial riesgo, véase PORTELLANO DÍEZ (2024, pp. 1188-1197).

la predisponente o a estándares de Derecho fuera de la Unión Europea (como el estadounidense o el del Reino Unido), la cuestión es menos clara. La abusividad se medirá según cuánto se aleje el estándar legal aplicable de la cláusula del Derecho nacional de la pyme.⁸³

(iii) Las Cláusulas de Garantía que se remiten a estándares suprallegales no vinculantes o a principios internacionales de *soft law* no se considerarán abusivas si estos estándares son igualmente reconocidos en el país de residencia de la pyme adherente.⁸⁴ Fuera de este escenario, la abusividad se evaluará según el grado de separación de la cláusula respecto al estándar legal aplicable por la ley nacional de la pyme, así como el coste de implementación de dichos estándares para el adherente.⁸⁵

(iv) Las cláusulas de auditoría para verificar el cumplimiento del código de conducta serán abusivas si otorgan a la empresa un poder de inspección prácticamente ilimitado.⁸⁶ Esto ocurre cuando la cláusula no detalla el alcance de la auditoría, las formas de su ejercicio (con o sin preaviso), la información accesible, las garantías de confidencialidad sobre la información obtenida, y los fines para los cuales se utilizará. Además, la cláusula puede ser abusiva si impone que todos los costes de la auditoría sean soportados por la empresa adherente.⁸⁷ También será abusiva si obliga a la pyme a

⁸³ WAGNER (2022, párrs. 2159, 2161).

⁸⁴ WILHELM da el ejemplo de las directrices de la OECD sobre erradicación del trabajo infantil y la trata de personas en las cadenas de suministro, que son igualmente Derecho aplicable en Alemania. WILHELM (2021, p. 685).

⁸⁵ WAGNER (2022, párr. 2167). Considera que estas cláusulas no serán nunca abusivas, WILHELM (2021, p. 686).

⁸⁶ En similar sentido, WAGNER 2022, párr. 2196).

⁸⁷ Se debe tener en cuenta que «las garantías contractuales deben estar concebidas para garantizar que la empresa y los socios comerciales compartan adecuadamente las responsabilidades» (Cdo.s 46 y 54 CSDDD).

vigilar el cumplimiento del código de conducta de la predisponente con sus socios comerciales directos.⁸⁸

(v) Las cláusulas que establezcan una indemnización por incumplimiento de la pyme pueden no superar el test de abusividad si otorgan una sobrecompensación a la predisponente.⁸⁹

(vi) Las cláusulas de terminación anticipada deben ajustarse a lo dispuesto por la CSDDD, que considera la resolución como un remedio de *ultima ratio*. En su versión actual, el Ómnibus II ha eliminado las referencias a la terminación, y se refiere solo a la suspensión temporal (Cfr. arts. 10.6 y 10.7). Esto no implica la imposibilidad de resolver anticipadamente el contrato por incumplimiento, pero limita hacerlo ante incumplimientos insignificantes que no afectan a la obligación de diligencia y son problemáticas.⁹⁰ Ante incumplimientos relevantes, el estándar legal que proporciona la Directiva apunta a la obligación de la empresa de conceder una especie de plazo adicional que posibilite en la medida de lo posible el cumplimiento (arts. 10.6 IV y 11.7 IV CSDDD). Por su parte, aquellas cláusulas que permitan terminar unilateralmente el contrato ante sospechas mínimas e infundadas de incumplimiento serán abusivas.⁹¹

(vii) Las cláusulas que autoricen una modificación del contenido de la obligación en favor de la predisponente no serán abusivas si sirven al cumplimiento de la obligación de diligencia impuesta por la CSDDD y se someten a la condición de que se cumplan unos requisitos

⁸⁸ WAGNER (2022, párr. 160). En estos casos, la ponderación entre el interés de cumplimiento de la empresa predisponente y el interés de la empresa adherente de evitar costes elevados se decantaría en favor de la segunda en la mayoría de los casos. Acaso con la excepción de que el no cumplimiento del estándar de la cláusula exponga a la empresa predisponente a sanciones importantes. Así, WILHELM (2021, p. 684).

⁸⁹ Especial atención debe prestarse a las cláusulas penales que obliguen al adherente a pagar o restituir cualquier sanción impuesta a la predisponente por las administraciones en caso de incumplimiento de las reglas de diligencia. En este sentido, DEPPING (2022, párr. 107).

⁹⁰ WAGNER (2022, párr. 2188).

⁹¹ KORCH (2023, párr. 113).

tasados y objetivamente determinables.⁹² Por ejemplo, la modificación del código de conducta para adaptarse a cambios regulatorios que imponga al predisponente la obligación de notificación inmediata.

4.3.4. Control de transparencia entre empresarios

Las Cláusulas de Garantía pueden someterse a control de transparencia, cuando la contraparte es una pyme. En Alemania, a propósito de la LkSG, esto no es problemático, ya que se acepta el control de contenido entre empresarios.⁹³ La falta de transparencia puede conducir a la abusividad de la cláusula directamente.⁹⁴ A este respecto, el mandato de justicia de la CSDDD para las Cláusulas de Garantía encajaría con el modelo de control alemán.

En España, no se considera con carácter general que la falta de transparencia implique abusividad en contratos con consumidores.⁹⁵ Sin embargo, en contratos entre empresarios, siendo uno de ellos una pyme, el mandato de justicia de la Directiva 2024/1760 permite subsumir una obligación de transparencia. Refiriéndose a las orientaciones sobre Cláusulas de Garantía tipo, que corresponde presentar a la Comisión, el Cdo. 66 CSDDD exige que las cláusulas prevean una «asignación clara de las tareas entre las partes

⁹² En similar sentido, KORCH (2023, párr. 110).

⁹³ Véase, FUCHS (2016a, párrs. 49 y 52).

⁹⁴ Según el § 307.1 segundo inciso BGB, «un perjuicio desproporcionado [entre los derechos y obligaciones de las partes, léase] también puede surgir, si la cláusula no es clara y comprensible. La doctrina está dividida en este punto, véase, por todos, FUCHS (2016b, párrs. 330-332).

⁹⁵ PANTALEÓN PRIETO (2023, pp. 26-30), para quien la falta de transparencia material es irrelevante si la cláusula no es abusiva, es decir, que el control de transparencia es un genuino control de contenido o abusividad. Esta visión se compadece con la jurisprudencia del TJUE, la cual entiende que si una cláusula no está redactada de manera clara y comprensible a efectos del art. 4.2 Directiva 93/13, el juez debe examinar si ésta es abusiva en el sentido del art. 3.1 Directiva 93/13. Véase, STJUE 12 de diciembre de 2024, párr. 108 (C-300/23 - EU:C:2024:1026 - Kutxabank, S.A.) y las que allí se citan. En efecto, el Tribunal Supremo interpreta el art. 4.2 Directiva 93/13 en el sentido de que el control de transparencia solo permite entrar a analizar si la Cláusula de Garantía es abusiva.

contratantes». Si bien la Directiva podría ser más clara en este aspecto, la exigencia de que las Cláusulas de Garantía sean concretas e inteligibles para la contraparte resulta axial para un adecuado cumplimiento de los objetivos regulatorios. La pyme debe saber qué se espera de ella.⁹⁶

En consecuencia, serán no transparentes cláusulas que (i) se remitan genérica e inconcretamente a un código de conducta que obligue, al «cumplimiento de los derechos humanos» o a la «defensa de los ecosistemas»;⁹⁷ (ii) se remitan a estándares sobre prohibición del «trabajo infantil», sin que el contrato especifique qué se entiende por ellos a efectos del cumplimiento;⁹⁸ (iii) obliguen al adherente a cumplir «todos los estándares de las Naciones Unidas, así como estándares similares», sin especificar la versión de estos;⁹⁹ o (iv) impongan a la adherente el cumplimiento de disposiciones legales que no le son legalmente aplicables y cuyo sentido puede no ser comprensible para ella, sin previa explicación.¹⁰⁰

⁹⁶ WAGNER (2022, párr. 2157).

⁹⁷ WAGNER (2022, párr. 2177); KORCH (2023, párr. 104).

⁹⁸ WILHELM (2021, p. 677), WAGNER (2022, párrs. 2168, 2171).

⁹⁹ WAGNER (2022, párr. 2168). La transparencia aquí podría salvarse si el contrato establece simultáneamente una posibilidad de adaptación.

¹⁰⁰ WAGNER (2022, párr. 2162). Véase, igualmente, TEICKE / RUST (2018, p. 42). Los autores ofrecen un ejemplo característico. El art. 4 d) del Reglamento de Minerales incorpora obligaciones en materia de gestión de la cadena de suministros, las cuales incluyen reforzar su compromiso con los proveedores mediante la incorporación de su política de cadena de suministro en los contratos y acuerdos con proveedores en coherencia con el anexo II de la Guía de Diligencia Debida de la OCDE. Si el destinatario de la cláusula no pertenece a un país de la Unión Europea, el Reglamento de Minerales no le es aplicable. Sin embargo, si el contrato se lo impone, la transparencia de la cláusula dependerá de si se le incluye una versión comprensible de dicho estándar.

4.4. Consecuencia de la ineficacia: la integración del contrato

La Directiva no aborda las consecuencias de la ineficacia de las Cláusulas de Garantía, dejando su determinación a los Estados miembros. En España, se aplica el art. 10.1 LCGC, que rechaza la ineficacia total del contrato tras la no incorporación o la declaración de nulidad de las condiciones generales, siempre que el contrato pueda subsistir sin dichas cláusulas. En tal caso, el contrato se deberá integrar de acuerdo con el art. 1258 CC (art. 10.2 LCGC). Además de ser dogmáticamente correcto, esta secuencia se ajusta a la ponderación de intereses público-privados que exige la Directiva 2024/1760, la cual considera la resolución o la suspensión temporal del contrato como recursos de última ratio.¹⁰¹ En la medida en la que la Cláusula de Garantía responde a un interés público, su ineficacia crea una laguna en la reglamentación contractual. La integración deberá colmar esta laguna mediante una nueva cláusula no abusiva, capaz de cumplir los objetivos regulatorios. El contrato podrá incluir una cláusula de salvaguarda, sometida a los mismos controles. No obstante, no se puede establecer una cláusula de salvaguarda que proclame la subsistencia del contrato sin la Cláusula de Garantía.

5. Enforcement privado

Tradicionalmente, el cumplimiento privado de estándares de derechos humanos o medioambientales se canalizaba mediante cláusulas de «mejores esfuerzos», las cuales atendían a un nivel mínimo de diligencia,¹⁰² previamente definido por algún instrumento de *soft*

¹⁰¹ *Infra*, V.2.c.

¹⁰² PANNEBAKKER (2024, pp. 5-6).

law.¹⁰³ Sin embargo, la CSDDD convierte el cumplimiento de tales estándares en una cuestión de aplicación del Derecho privado. Con la eliminación de la responsabilidad civil de la Directiva mediante el Ómnibus II,¹⁰⁴ el cumplimiento del deber de las empresas de recabar garantías contractuales sobre el cumplimiento de su código de conducta y/o plan de prevención puede estudiarse desde dos ángulos: (1) el cumplimiento de la obligación de recabar garantías por parte de la empresa y (2) el cumplimiento de las garantías establecidas por el socio de la empresa en la relación contractual. En ambos casos, el hecho de que establecer garantías contractuales responda a un interés público tiene importantes efectos.

5.1. El enforcement frente a la empresa obligada. El ilícito competencial

La conducta de una empresa obligada que evita recabar garantías contractuales de sus socios comerciales directos, aun estando legalmente obligada a hacerlo, puede considerarse un ilícito competencial de violación de normas (art. 15.a Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, en adelante «LCD»). Dado que los arts. 10.2 b) y 11.3 c) CSDDD no regulan la actividad concurrencial, la deslealtad de la conducta exige que la empresa obtenga una ventaja competitiva significativa, mejorando su posición respecto a terceros competidores. Esta ventaja debe traducirse en un ahorro de costes que otros competidores no pueden igualar sin reducir precios.¹⁰⁵ Se trata,

¹⁰³ Por ejemplo, las directrices de la OCDE en materia de trabajo infantil de 2019 (<https://mneguidelines.oecd.org/Erradicar-el-trabajo-infantil-el-trabajo-forzoso-y-la-trata-de-personas-en-las-cadenas-mundiales-de-suministro.pdf>) o las más generales en materia de diligencia debida para una conducta empresarial responsable (<https://mneguidelines.oecd.org/Guia-de-la-OCDE-de-debida-diligencia-para-una-conducta-empresarial-responsable.pdf>)

¹⁰⁴ El Ómnibus II (art. 4) ha eliminado la responsabilidad civil de la Directiva, dejando a los Estados miembros la posibilidad de que su Derecho nacional permita considerar a una empresa responsable de los daños causados a una persona física o jurídica por el incumplimiento de los requisitos de diligencia debida.

¹⁰⁵ MASSAGUER FUENTES (1999, pp. 298-299).

pues, de una deslealtad frente al mercado, que socava las bases de la *par conditio concurrentium*.¹⁰⁶

Dicho lo anterior, la omisión de incluir cualesquiera Cláusulas de Garantía constituirá un ilícito concurrencial, en la medida en la que ello conferirá, por hipótesis, a la empresa mejores condiciones que sus competidores en el mercado. Mayores dudas presenta, sin embargo, el supuesto en el que la empresa cumple formalmente con la obligación de recabar garantías, pero estas se revelan insuficientes o ineficaces. En tal caso, la obtención de una ventaja competitiva en término de ahorro de costes no convierte por sí sola a la conducta en desleal. Si se recuerda, la Directiva 2024/1760 establece que la obligación de diligencia, que incluye la obtención de garantías contractuales, es una obligación de medios. Por lo tanto, solo se considerará deslealtad si una evaluación previa de la adecuación de la Cláusula de Garantía muestra que es ineficaz para prevenir o mitigar efectos reales o adversos.

5.2. El enforcement frente a la contraparte

El enfoque dogmático tradicional de Derecho privado explica el incumplimiento como cualquier desviación de las obligaciones que impone el contrato, la cual «implica la insatisfacción del interés del acreedor».¹⁰⁷ En el ámbito que nos ocupa, junto con el interés del acreedor, aparece el interés público.¹⁰⁸ Por eso, la insatisfacción del interés inmediato de la empresa acreedora, en caso de incumplimiento, significa también la insatisfacción de otro interés. Esta particularidad afecta a los remedios frente al incumplimiento, al menos de dos maneras. Por un lado, el interés público hace que los remedios se centren en garantizar el cumplimiento *ex ante*; lo que da carta de naturaleza a las auditorías de cumplimiento (a). Por el otro, producido el incumplimiento, el interés público presente en el contrato hace que la pretensión de cumplimiento sea el remedio preferente (b) frente a la resolución del contrato (c) o la responsabilidad (d). En cualquier caso,

¹⁰⁶ *Ibid.* (p. 103).

¹⁰⁷ MORALES MORENO (2006, p. 56).

¹⁰⁸ *Supra*, III.4.

el cumplimiento puede favorecerse mediante cláusulas penales o de incentivos (e).

5.2.1. Auditorías internas de cumplimiento

Una vez obtenidas, las garantías contractuales han de acompañarse de medidas adecuadas para comprobar su cumplimiento (arts. 10.5 y 11.6 CSDDD). Los contratos pueden incluir cláusulas de auditoría que permitan a la empresa verificar el cumplimiento de las normativas y políticas establecidas por las Cláusulas de Garantía. Estas cláusulas habilitan a la empresa para visitar las instalaciones de la contraparte o revisar sus libros de cuentas, ya sea de manera periódica o puntual, especialmente cuando se sospecha un incumplimiento de las garantías.¹⁰⁹ Dados los problemas que las auditorías plantean desde el punto de vista de la eficacia de la cláusula,¹¹⁰ la Directiva permite la comprobación por un tercero independiente, cuyo coste debe asumir la empresa en relación con los socios pymes (arts. 10.5 II y 11.6 II CSDDD). No obstante, involucrar a un tercero en la comprobación del cumplimiento de la contraparte puede generar problemas adicionales de confidencialidad.

5.2.2. Pretensión de cumplimiento como garantía de la satisfacción del interés público

El (in)cumplimiento contractual en materia de sostenibilidad y derechos humanos depende, primero, de la forma en que la Cláusula de Garantía se confeccione. Aquí, las partes pueden referirse a indicadores de cumplimiento («key performance indicators») definidos en el contrato y que facilitan determinar si ha habido incumplimiento.¹¹¹

¹⁰⁹ En este sentido, PANNEBAKKER (2024, p. 9). Por ejemplo, el 6.5 LkSG establece una periodicidad anual para supervisar la eficacia de las medidas de prevención.

¹¹⁰ *Supra*, IV.3.c.

¹¹¹ PANNEBAKKER (2024, p. 7)

Con lo anterior, se destaca que, si las partes quieren poner el acento en el cumplimiento normativo, introducirán cláusulas que obliguen a redactar un plan de acción correctivo ante el incumplimiento, sujeto a determinados plazos y con cooperación entre las partes.¹¹² En línea con la lógica societaria del establecimiento de garantías contractuales¹¹³ y el carácter regulatorio de estas,¹¹⁴ la Directiva favorece la continuidad de la relación contractual, priorizando la pretensión de cumplimiento como remedio frente al socio comercial. Se trata de obtener, en forma específica, el comportamiento omitido por el deudor, porque la prestación sigue siendo posible.¹¹⁵ Si las garantías contractuales no logran impedir los efectos adversos potenciales o eliminar los reales, la empresa tiene que adoptar y ejecutar, primero, un plan de acción correctiva mejorado, con plazos y objetivos específicos y adecuados (arts. 10.6 I a), 11.7 I a) CSDDD). Durante este periodo, la Directiva avala «buscar socios comerciales alternativos», lo cual puede entenderse como una operación de reemplazo transitoria.

El Ómnibus II refuerza este compromiso al descartar la responsabilidad (administrativa) de la empresa que continúe colaborando con un socio incumplidor, siempre que existan expectativas de que el plan de acción preventiva, en caso de incumplimiento, vaya a tener éxito.¹¹⁶

Dentro de la pretensión de cumplimiento, se echa en falta una referencia a su posible limitación, por razones de eficiencia económica adaptada; esto es, cuando el coste del plan correctivo para la empresa y el socio supera el beneficio o interés público en el cumplimiento.

¹¹² *Ibid.* (p. 9).

¹¹³ *Supra*, III.3.

¹¹⁴ *Supra*, III.4.

¹¹⁵ Véase, MORALES MORENO (2006, pp. 40-41, 67).

¹¹⁶ art. 4 5) y 6) Ómnibus II, que modifica los arts. 10.6 y 11.7 CSDDD.

5.2.3. Resolución y/o terminación anticipada del contrato

La Directiva contempla la posibilidad de resolver o extinguir anticipadamente el contrato.¹¹⁷ No obstante —coherente con su preferencia por el cumplimiento, y al igual que la LkSG—, la concibe un recurso de *ultima ratio*,¹¹⁸ cuando no existen expectativas razonables de que el plan de acción correctivo tenga éxito, o si este fracasa.¹¹⁹ En cualquier caso, se exige que los efectos adversos potenciales o reales sean «graves» (arts. 10.6 a) y b) y 11.7 a) y b) CSDDD). Aquí se plantea la pregunta de cuándo el incumplimiento de las Cláusulas de Garantía justifica la resolución del contrato.¹²⁰ Para sortear los problemas derivados de la satisfacción del requisito de la esencialidad del incumplimiento, es habitual que los contratos incorporen cláusulas de terminación anticipada.¹²¹ Otra posibilidad es insertar una cláusula de «*anticipatory breach*», para cuando la contraparte manifiesta, de manera clara e inequívoca, que no cumplirá con sus obligaciones contractuales antes de que llegue el momento de cumplirlas.¹²²

No obstante, ni siquiera ante un incumplimiento considerado como «grave» tiene la resolución vía libre. La aversión de la Directiva por la terminación se hace evidente ante dos situaciones adicionales. *Primero*,

¹¹⁷ Exige que «el Derecho por el que se rijan sus relaciones [de las partes] así lo permita» (arts. 10.6 I y 11.7 I CSDDD). Y, los Estados miembros se asegurarán de que los contratos que se rijan por su Derecho, excepto los contratos que las partes estén obligadas por ley a celebrar incluyen la opción de suspender temporalmente o poner fin a la relación comercial de conformidad con el párrafo primero (arts. 10.6 III y 11.7 III CSDDD).

¹¹⁸ Se aprecia bien en el Cdo. 66. Al referirse a las orientaciones sobre cláusulas contractuales, la Directiva se refiere al reparto de tareas entre las partes como una «cooperación continua», que debe evitar que «se anule automáticamente el contrato en caso de incumplimiento».

¹¹⁹ *Supra*, V.2.b.

¹²⁰ PANNEBAKKER (2024, p. 8).

¹²¹ WAGNER (2022, párr. 2188).

¹²² En el ámbito que nos ocupa, esto sucederá ante las sospechas fundadas de la empresa de que la contraparte no está cumpliendo con la cláusula; lo que normalmente se refleja en el clausulado del contrato. Así, WILHELM (2021, p. 690).

cuando cabe esperar razonablemente que la terminación puede tener efectos adversos más graves que el problema que se pretendía atajar, se abre incluso la puerta a no sancionar a la empresa (arts. 10.6 II y 11.7 II CSDDD). De ser así, no se exige suspender o terminar la relación contractual, pudiendo informar a la autoridad de control competente sobre las razones que justifican esta decisión (arts. 10.6 II y 11.7 II CSDDD). *Segundo*, en el caso en que la empresa decida resolver el contrato, se obliga a la contraparte a mantener la decisión sujeta a revisión (arts. 10.6 V y 11.7 V CSDDD). Según lo veo, esta última provisión se debe interpretar como una invitación de la Directiva a conceder un plazo adicional de cumplimiento del socio comercial.

El Ómnibus II va más allá en el rechazo por la resolución. La propuesta elimina la posibilidad de terminar la relación contractual, dejando esta cuestión en manos del Derecho nacional. Así, reafirma la idea de que, aunque la resolución puede satisfacer el interés de la empresa acreedora, no es el mejor remedio para garantizar el cumplimiento de los objetivos perseguidos por el regulador.

Finalmente, en caso de terminación, la Directiva 2024/1760 exige un preaviso suficiente, aunque no lo determina (arts. 10.6 III y 11.7 III CSDDD). Ante la falta de concreción de la Directiva, y a salvo de la trasposición española en este punto, la determinación del preaviso razonable quedará en manos de la jurisprudencia. Esta bien podría establecer un plazo máximo de seis meses y un mínimo de seis meses cuando el socio comercial sea una pyme.¹²³

¹²³ En este sentido, no se descarta que se recurra –en general– al parámetro establecido por el art. 25 de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, que permite a las partes extinguir la relación en contratos de duración indefinida con un preaviso de un mes por cada año de vigencia del contrato, con un máximo de seis meses. Igualmente, en las relaciones con una pyme, puede pensarse en la aplicación de la regla del art. 16.3 a) LCD, según el cual se considera desleal el incumplimiento del plazo legal de preaviso mínimo (seis meses), cuando existe dependencia económica entre las partes involucradas.

5.2.4. Responsabilidad contractual

El incumplimiento de las Cláusulas de Garantías activará el remedio indemnizatorio en la responsabilidad por incumplimiento, si se dan sus requisitos.¹²⁴ A su vez, la vía de los daños contractuales se puede activar con el *venire contra factum proprium*.¹²⁵ Desde un punto de vista práctico, no es una vía sencilla. La prueba del daño requerirá informes periciales económicos que midan, entre otras cosas, el daño a la reputación empresarial derivado del incumplimiento de la contraparte¹²⁶. Una fuente clara de daño contractual serán las sanciones administrativas que las empresas afectadas puedan sufrir como consecuencia del incumplimiento de la Cláusula de Garantías. Otra vendría dada por el coste de la operación de reemplazo, cuando la empresa busca socios comerciales alternativos durante el tiempo en que dura el plan correctivo (arts. 10.6 I a), 11.7 I a) CSDDD).¹²⁷ Superado este escollo, surge el problema de la imputación objetiva del daño (art. 1107 CC) y, junto a él, el de la culpabilidad. Dicho lo anterior, el principal problema que plantea la indemnización radica en el carácter regulatorio de las Cláusulas de Garantía, las cuales no operan únicamente como instrumentos contractuales, sino como vehículos de realización de objetivos públicos. A diferencia del remedio indemnizatorio clásico, donde se indemniza el interés del acreedor garantizado por el contrato, el

¹²⁴ DEPPING (2022, párr. 107).

¹²⁵ En este sentido, PANNEBAKKER (2024, p. 5). Según este enfoque, el comportamiento contrario al marcado por dicho código contraviene la prohibición de actuar contra los propios actos, por daño a la confianza de la empresa. Este enfoque es consistente con la idea –correcta– de que el abuso del derecho se asienta sobre el daño a tercero. Por tanto, se dará una situación de abuso, si se demuestra que el no cumplimiento del código ha defraudado la confianza legítima de la empresa, la cual invirtió fondos en lo que solo resultó ser una apariencia. Lo que ocurre es que, en el contexto que nos ocupa, la consecuencia más evidente para la situación de abuso –los daños y perjuicios (art. 7.2 CC)– plantea los mismos problemas de existencia del daño y de imputación de la responsabilidad contractual.

¹²⁶ En similar sentido, WAGNER (2022, párr. 2180).

¹²⁷ Sobre el reemplazo como partida indemnizatoria, VARGAS BRAND (2023, pp. 277 y ss.; 327 y ss.).

enforcement de las Cláusulas de Garantía busca el cumplimiento normativo.¹²⁸ Ello convierte a la indemnización en un remedio subóptimo.

5.2.5. Cláusulas penales y de incentivos

Dentro de la preferencia por la pretensión de cumplimiento, el enforcement puede lograrse con cláusulas penales que directamente establezcan un precio al incumplimiento.¹²⁹ Aunque menores, las cláusulas penales tampoco están libres de limitaciones. La principal será determinar si la indemnización pactada con la cláusula resulta o no desproporcionada, en relación con los daños previsibles al momento de contratar.¹³⁰ Al lado de las cláusulas penales tradicionales, el cumplimiento se puede incentivar mediante cláusulas de bonus.¹³¹ Por ejemplo, una reducción en la financiación concedida, si se alcanzan determinados objetivos, unida a una penalización en caso de no cumplirse las expectativas marcadas por el código de conducta.¹³² Con todo, la posibilidad de establecer estos incentivos dependerá de la capacidad de la empresa de vigilar dicho cumplimiento.¹³³

¹²⁸ En este sentido, PANNEBAKKER (2024, p. 58).

¹²⁹ WILHELM (2021, p. 689); KORCH (2023, párr. 95).

¹³⁰ STS, 1.ª, núm. 530/2016, de 13 de septiembre (Pte. Pantaleón Prieto). En Alemania, a propósito de la LkSG, véase, SPIESSHOFFER/GRAF VON WESTPHALEN (2015, p 80); DEPPING (2022, párr. 107).

¹³¹ DEPPING (2022, párr. 110); KORCH (2023, párr. 95).

¹³² PANNEBAKKER (2024, p. 9).

¹³³ WILHELM (2021, p. 690).

6. Conclusiones

1. La Directiva 2024/1760 constituye un hito relevante en la incorporación de objetivos de sostenibilidad y derechos humanos al Derecho de contratos. En el marco de la diligencia debida, impone a las empresas la obligación de obtener garantías contractuales de sus socios comerciales directos, integrando así el cumplimiento normativo en el núcleo de las relaciones contractuales..
2. La LkSG ha servido de modelo para la CSDDD, destacando la importancia del contrato como vehículo para canalizar las obligaciones de diligencia debida. La CSDDD vincula la obligación de las empresas de recabar garantías contractuales de sus socios comerciales directos con el cumplimiento de su propio código de conducta y plan de acción preventiva.
3. La obligación de obtener garantías contractuales implica incluir cláusulas que hagan referencia al código de conducta de la empresa y, en su caso, al plan de prevención. Se trata de una obligación de medios donde la Directiva parte de una cierta lógica societaria entre la empresa y el socio, para conseguir los objetivos en materia de medio ambiente y derechos humanos.
4. La obligación de recabar garantías introduce una dimensión de *compliance* de terceros, integrando los valores de la Unión Europea en las relaciones contractuales entre particulares. Esto obliga a considerar el interés público en el análisis jurídico-contractual de las Cláusulas de Garantía.
5. Dado que la CSDDD no determina el contenido específico de las Cláusulas de Garantía, estas pueden plantear problemas de eficacia. La CSDDD exige que las cláusulas sean justas, razonables y no discriminatorias, abriendo la puerta a controles de Derecho civil, para resolver posibles desequilibrios contractuales. Los controles dependen de si la Cláusula de Garantía fue negociada individualmente o si se incorporó por adhesión. En el primer caso, pueden aparecer problemas de derecho extranjero contrario al orden público, de cláusulas oscuras o de ventaja injusta. En el segundo caso, la eficacia de la cláusula depende del control de incorporación, de contenido y de transparencia.

6. Frente a la empresa, el cumplimiento de la obligación de recabar garantías contractuales puede garantizarse, civilmente, mediante el Derecho de la competencia (ilícito competencial). Frente a la contraparte, los remedios frente al incumplimiento contractual están patrocinados por el hecho de que las Cláusulas de Garantía incorporan un estándar regulatorio al contrato. Esto conlleva, por un lado, una preferencia por mecanismos orientados al cumplimiento normativo *ex ante* —como las auditorías internas— y, por otro, la primacía de la pretensión de cumplimiento sobre la indemnización o la resolución contractual. Para reforzar dicho cumplimiento a lo largo de la cadena de actividades, pueden emplearse cláusulas penales o incentivos contractuales.
7. El trabajo ha tratado de dar unas primeras pinceladas sobre el papel del Derecho de contratos en el cumplimiento de los objetivos de materia de sostenibilidad y derechos humanos; así como los problemas que se plantean. La presencia de intereses públicos en el contrato impone una relectura de las categorías tradicionales del Derecho privado, en un escenario que se transforma y se aleja, no sin tensiones, del modelo liberal que históricamente lo ha definido.

Bibliografía

- ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (2016) «El interés social y los deberes de lealtad de los administradores», *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 20, pp. 213-236.
- BLEIER, A. / RITTE, E. (2025) «LkSG, CSDDD, EUDR – Aktuelle Entwicklungen und Diskussionen im Lieferkettenrecht: ein Schritt vorwärts, zwei zurück?», *Zeitschrift für das Recht der Außenwirtschafts, Sanktionen und Auslandsinvestitionen*, 1, pp. 26-30.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2016), «Control de cláusulas predisuestas en contratos entre empresarios», *Almacén de Derecho*, 27 de junio de 2016 (disponible en: <https://almacenederecho.org/control-clausulas-predispuestas-contratos-empresarios>; última consulta: 01.04.2025).

- CASTLE, A. (2024) „Die vertragliche Zusicherung des unmittelbaren Zulieferers nach dem Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz: Systematik, Tatbestand, praktische Herausforderungen, Gestaltung in AGB und Einfluss der EU-Lieferkettenrichtlinie«, *Corporate compliance*, pp. 301-311
- CARRASCO PERERA, Á. (2024) *Derecho de contratos*, 4.^a ed., Aranzadi, Madrid, edición electrónica.
- DADUSH, S. / SCHÖNFELDER, D. / STREIBELD, M. (2024) «What the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive Says About Contracts», *Responsible Contracting Project Policy Brief* (disponible en https://www.responsiblecontracting.org/_files/ugd/fcee10_ad0d01396b0d402e88f7a611edeb8718.pdf) (última consulta: 20 de marzo de 2025).
- DEPPING (2022) «LkSG § 6 Präventionsmaßnahmen» en Depping/Walden, *Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*, C. H. Beck, München.
- DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (2007) *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, 6.^a ed., Aranzadi, Cizur Menor, edición electrónica.
- FENOY PICON, N. (2023), *Dolo, ventaja injusta y rescisión por lesión en los contratos*, Boletín Oficial del Estado, Madrid.
- GÓMEZ POMAR, F. (2018) «El arbitrio de parte en la determinación del contenido y elementos del contrato», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, N.º 49, pp. 243-254.
- HÜBNER, L. (2020), «Bausteine eines künftigen Lieferkettengesetzes», *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 36, pp. 1411-1417.
- HÜBNER, L. / LIEBERKNECHT, M. (2024) «Mehr Pflichten für weniger Unternehmen? – Kerninhalte der EU-Lieferketten-RL und ihre Umsetzung im deutschen Recht», *Neue Juristische Wochenschrift*, 26, pp. 1841-
- FUCHS, A. (2016a) «vor § 307 BGB» en Ulmer / Brandner / Hensen, *AGB-Recht*, 12.^a ed., Otto Schmidt, Köln.
- FUCHS, A. (2016b) «§ 307 BGB» en Ulmer / Brandner / Hensen, *AGB-Recht*, 12.^a ed., Otto Schmidt, Köln.
- GARCÍA RUBIO, M. / VARELA CASTRO, I. (2022) «artículo 1302», en García Rubio / Moro Almaraz (dirs.) y Varela Castro (coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, pp. 645-668.

- GINÉS CASTELLET, N. (2016) «La ventaja o explotación injusta en el ¿futuro? Derecho contractual», *InDret*, 4/2016, pp. 1-57.
- KINDER, K. (2024) *Comparative Legal Analysis of the Corporate Sustainability Due Diligence Directive and Germany's Supply Chain Due Diligence Act: Implications for National Compliance and Harmonization*, Nova School of Law, disponible en https://run.unl.pt/bitstream/10362/178384/1/Kinder_Kristin_Tese_2025.pdf (última consulta: 9.4.2025).
- KORCH, S. (2023) «LkSG § 6» en Fleischer / Mankowski, *LkSG: Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz*, 1.^a ed.
- MASSAGUER FUENTES, J. (1999), *Comentario a la ley de competencia desleal*, Civitas, Madrid
- MCCOLGAN, P. (2021) «Die Inhaltskontrolle von Datenschutzerklärungen ist keine Inhaltskontrolle», *Archiv für die Civilistische Praxis*, 5, pp. 695-731).
- MORAL DE LA ROSA, J. (2025), «Las cadenas de valor de las empresas y la diligencia debida a partir de la Directiva 2024/1760 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024», *Diario la Ley*, disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/dll/2025/02/13/las-cadenas-de-valor-de-las-empresas-y-la-diligencia-debida-a-partir-de-la-directiva-2024-1760-del-parlamento-europeo-y-del-consejo-de-13-de-junio-de-2024> (última consulta: 10.4.2025).
- MORALES MORENO, A. M. (2009) «Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato» en *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, pp. 193-221.
- MORALES MORENO, A. M. (2006), *La modernización del Derecho de obligaciones*, Thomson Civitas, Cizur Menor.
- PACCES, A. (2023) «Civil Liability in the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive Proposal», *Oxford Business Law Blog*, 22 de septiembre de 2023 (disponible en <https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2023/09/civil-liability-eu-corporate-sustainability-due-diligence-directive-proposal>)
- PANNEBAKKER, E. (2024) «Sustainable development clauses in international contracts through the lens of the UNIDROIT principles», *Uniform Law Review*, 00, pp. 1-10.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (2023a) «Las cláusulas abusivas en la contratación con consumidores», Comares, Granada.
- PERALES VISCASILLAS, M. (1998), «Battle of the Forms” Under the 1980 United Nations Convention on Contracts for the International Sale of

- Goods: A Comparison with Section 2-207 UCC and the UNIDROIT Principles», *Pace International Law Review*, 10, pp. 97-155.
- PORTELLANO DÍEZ, P. (2024) «*Nessun Dorma*. El verdadero ámbito de aplicación personal de la Directiva sobre diligencia debida y sus pilares», en Castellano, M. J. y Campuzano Laguillo, A. B. (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ángel Rojo*, Vol. II, Tomo 2, pp. 1181-1226.
- RAMOS MUÑOZ, D. (2025) «The Corporate Sustainability Due Diligence Directive (CSDDD). Everything, everywhere, all at once?», *EUSFiL Research Working Paper Series 2025 no. 1*, pp. 1-30.
- RECALDE CASTELLS, A. (2022) «La inclusión de objetivos públicos en la gestión de las sociedades de capital», *Estudios Homenaje al Profesor Ricardo Alonso Soto*, copia electrónica disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4072486 (última consulta: 22 de abril de 2025).
- SCHMID S. / THOMALE C. (2024) «Private Enforcement in the EU Corporate Sustainability Due Diligence Directive—A critical comparative law and economic analysis of the Final Compromise», *Oxford Business Law Blog*, 22 de mayo de 2024 (disponible en <https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2024/05/private-enforcement-eu-corporate-sustainability-due-diligence-directive>) (última consulta: 4 de marzo de 2025).
- SCHIRMER, J. E. (2023) *Nachhaltiges Privatrecht*, Mohr Siebeck, Tübingen.
- SPIESSHOFER, B. / GRAF VON WESTPHALEN, F. (2015) „Corporate Social Responsibility und AGB-Recht», *Betriebsberater*, 3, pp. 75-82.
- SHORT, J. / TOFFEL, M. (2016) «The Integrity of Private Third-Party Compliance Monitoring», *Administrative & Regulatory Law News*, Vol 42, No. 1.
- SPINDLER, G. (2022), «Verantwortlichkeit und Haftung in Lieferantenkett – das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz aus nationaler und europäischer Perspektive», *Zeitschrift für das ges. Handelsrecht & Wirtschaftsrecht*, pp. 67-124).
- TEICKE, T. / RUST, M. (2018) «Gesetzliche Vorgaben für Supply Chain Compliance – Die neue Konfliktmineralien-Verordnung», *CCZ - Corporate Compliance*, 1, pp. 39-43.
- VARGAS BRAND, I. (2023), *Interés en el cumplimiento del contrato y operación de reemplazo (La influencia del modelo angloamericano)*, Boletín Oficial del Estado, Madrid.

- WAGNER, S. (2022) Vertragsgestaltung» en Wagner/Ruttloff/Wagner, *Das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz in der Unternehmenspraxis*, 1.^a ed.
- WAGNER, G. (2023) «Lieferkettenverantwortlichkeit – alles eine Frage der Durchsetzung», *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 3, pp. 517-528.
- WILHELM, A. (2021), «Compliance-Klauseln im unternehmerischen Geschäftsverkehr», *Archiv für die Civilistische praxis*, 221, pp. 657-694.

El nou dret europeu a la reparació: propostes per a Catalunya

Rosa M. Garcia Teruel

Professora lectora de dret civil. Membre de l'institut de recerca Transjus.
Universitat de Barcelona

Sumari

- 1. Introducció**
- 2. Finalitat i estructura de la Directiva de reparació de béns**
- 3. Consideracions preliminars sobre el contracte de prestació de serveis de reparació a la Directiva de reparació de béns**
- 4. El formulari europeu d'informació sobre la reparació**
- 5. La plataforma europea en línia sobre reparacions**
- 6. L'obligació de reparar**
- 7. Canvis en la Directiva 2019/771, de compravenda de béns**
- 8. Reflexions finals sobre la Directiva de reparació de béns i la seva transposició a Catalunya**

Bibliografia

1. Introducció¹

1.1. El dret civil davant els reptes de la sostenibilitat

El dret civil, com a regulador de les relacions privades, pot jugar un paper clau en la promoció del consum responsable en el context actual de crisi climàtica. La sostenibilitat ambiental s'ha consolidat com una prioritat política a la Unió Europea, i algunes institucions civils clàssiques estan contribuint a aquest objectiu. És el cas, per exemple, de la regulació de les immissions i de l'acció negatòria (arts. 546-13 i 544-4 del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya,² CCCat) o de la responsabilitat mediambiental amb el principi «qui contamina paga» (Directiva 2004/35/CE, transposada per la Llei 26/2007).³

Amb tot, la incorporació explícita de criteris de sostenibilitat en la regulació civil ha estat progressiva i parcial. Quan es va aprovar la Directiva 1999/44/CE, sobre determinats aspectes de la venda i les garanties dels béns de consum,⁴ la sostenibilitat no era tinguda en compte. El mateix pot dir-se de la Directiva (UE) 2019/771, relativa a

¹ El tema tractat en aquest treball va ser examinat amb anterioritat en el marc del Seminari de dret civil de la Universitat de Barcelona, dirigit pel Dr. Ferran Badosa, on es van debatre algunes de les idees i qüestions que aquí es desenvolupen. Agraïixo a tots els seus membres les aportacions i, en especial, a la Dra. Esther ARROYO AMAYUELAS (U. de Barcelona) per les observacions a una versió preliminar d'aquesta contribució. Qualsevol error que pugui contenir aquest text és només responsabilitat meua.

² Llei 5/2006, de 10 de maig, del llibre cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals. DOGC núm. 4640, 24.5.2006.

³ Sobre la influència del dret civil en la sostenibilitat, veure: POZZO, B. «Private Law and Environmental Sustainability», SANTOS, M. NICOLUSSI, A. WENDEHORST, C. SALVADOR, P. CLÉMENT, M. i ZOLL, F. (eds.). *Routledge Handbook of Private Law and Sustainability*. Nova York, Routledge, 2024, 3-27.

⁴ Directiva 1999/44/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 25 de maig de 1999, sobre determinats aspectes de la venda i les garanties dels béns de consum. DOCE núm. 171, 7.7.1999.

la compravenda de béns (d'ara endavant, DCV).⁵ Tanmateix, aquesta darrera ja es va promulgar en un context diferent, marcat per la publicació del Pacte Verd Europeu,⁶ que impulsava la producció i el consum de productes reutilitzables, duradors i reparables, així com la necessitat de combatre l'obsolescència programada, especialment en l'àmbit de l'electrònica.

En aquest marc, la DCV comença a integrar, encara que tímidament, consideracions ambientals. Com és sabut, aquesta directiva consolida el sistema de responsabilitat del venedor en la compravenda de consum per la manca de conformitat que existeixi en el moment de l'entrega del bé i es manifesti en el termini de dos anys (art. 10 DCV). L'atès 48 indica que oferir al consumidor la possibilitat de triar entre la reparació o la substitució en aquests casos pot afavorir el consum sostenible i allargar la vida útil dels productes. Aquesta mesura és certament insuficient, tot i que la introducció del requisit objectiu de la durabilitat dels béns (art. 7.1.d DCV), referida a la capacitat dels béns de mantenir les seves funcions al llarg del temps, pot contribuir a evitar pràctiques com l'obsolescència programada,⁷ que comporta la pèrdua de la funcionalitat dels productes després d'un nombre determinat d'usos.

Ara bé, la sostenibilitat va més enllà de la regulació de la durabilitat dels béns. Requereix fer-nos a tots corresponsables d'aquest objectiu,⁸ sobretot si es té present que, en molts casos, és el mateix consumidor qui es desprèn dels béns abans que perdin la seva utilitat, i que alguns

⁵ Directiva (UE) 2019/771 del Parlament Europeu i del Consell, de 20 de maig de 2019, relativa a determinats aspectes dels contractes de compravenda de béns. DOUE núm. 136, 22.5.2019.

⁶ Comissió Europea. *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. El Pacto Verde Europeo*. Brussel·les, 11.12.2019, 9.

⁷ Miguel OLIVEIRA, M. Morais CARVALHO, J. «The (Un)Sustainability of the Sale of Goods», a SANTOS, M. et al. (eds.). cit., 123-139.

⁸ MAK, V. «A Primavera for European consumer law: re-birth of the consumer image in the light of digitalisation and sustainability», *Journal of European Consumer and Market Law*, iss. 11, núm. 3, 2022, 77-80.

drets dels consumidors, com el de desistiment, poden generar tensions amb els objectius ambientals.⁹

1.2. El «right to repair»

En paral·lel a aquest debat normatiu, començava a consolidar-se en la consciència col·lectiva la necessitat de reparar els béns en lloc de fomentar un consum desmesurat a través d'iniciatives que promovien l'aprenentatge i la pràctica col·laborativa de la reparació de béns (v. gr. iniciativa Fixit, *repair cafés*, etc.).¹⁰ Aquesta evolució també va tenir ressò en la doctrina¹¹ i les institucions europees,¹² que ja assumien que es requerien mesures addicionals perquè els consumidors optessin per la reparació i poder assolir el denominat «dret a reparar» (*right to repair*), referit a la capacitat dels consumidors de tornar a fer

⁹ SANTOS SILVA, M. i Garcia-Micó, T. G. «Cooling-Off Hot Deals: A Plea for Green Sludge in Distance Sales Contracts», a SANTOS, M. et al. (eds.). cit., 366-396.

¹⁰ Fixit promou la reparació de béns amb la publicació de manuals i vídeos explicatius amb la finalitat que els consumidors puguin dur a terme, ells mateixos, la reparació dels seus béns. Els *repair cafés* són tallers de reparació comunitaris on persones voluntàries ajuden el públic a reparar objectes i, així, a prolongar-ne la vida útil. CHARTER, M. i Keiller, S. «Repair cafés. Circular and social innovation», a CHARTER, M. (ed.). *Designing for the Circular Economy*. Routledge, 2018.

¹¹ Vid. TERRY, E. «A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law», *European Review of Private Law*, núm. 4, 2019, 851-874. MAK, V. LUTINOVIC, E. «Towards a Circular Economy in EU Consumer Markets - Legal Possibilities and Legal Challenges and the Dutch Example», *EuCML*, 1, 2019, 4-13.

¹² El 2020, el Parlament europeu va instar a la Comissió a preveure mesures com l'extensió de la responsabilitat del venedor atesa la vida útil dels productes (Parlament europeu. *Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2020, sobre el tema «Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores»*. 2020). Veure addicionalment l'estudi de KEIRSBILCK, B. et al. *Sustainable Consumption and Consumer Protection Legislation, In-Depth Analysis for the Committee on Internal Market and Consumer Protection (IMCO), Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies*. Luxemburg, Parlament Europeu, 2020, on es proposava l'adaptació del període de responsabilitat del venedor amb la vida útil dels béns o prioritzar la mesura correctora de la reparació.

funcionals els productes sense trobar impediments econòmics, legals o materials.¹³

En l'àmbit comparat, diversos sistemes jurídics van anticipar-se en aquest camí. A Massachusetts, Estats Units, des del 2012 es requeria que els fabricants automobilístics compartissin informació sobre el diagnòstic d'avaries i de reparació d'aquests béns.¹⁴ També la *Digital Fair Repair Act* de Nova York¹⁵ que, entre altres mesures, prohibeix la inclusió de clàusules contractuals que deneguin la reparació al consumidor si prèviament ja s'ha reparat per un reparador independent. A Europa, França va ser pionera el 2014 en aquesta matèria. La *loi Hamon*¹⁶ va modificar l'art. L 111-3 del *code de la consommation*, tot obligant els fabricants i importadors a informar els venedors professionals sobre el període de disponibilitat de peces de recanvi. Complementàriament, el 2021 va entrar en vigor l'índex de reparabilitat,¹⁷ que té com a objectiu informar els consumidors sobre la facilitat de reparació dels productes elèctrics i electrònics en aquest país.

Conscient d'això, des del 2022¹⁸ el legislador europeu ha intensificat els seus esforços en crear un entramat legislatiu en l'àmbit del dret del consum i en el disseny i fabricació de béns per a afavorir-ne la seva «reparabilitat», entesa com la qualitat d'un bé o producte de poder recuperar les condicions perquè sigui apte per a la finalitat prevista. A la reparabilitat es refereix el Reglament (UE) 2024/1781, de disseny

¹³ DALHAMMAR, C. et al. «What is the Right to Repair (R2r) and How can it be Realised through Legal Interventions?», GRUNDMANN, S. i ATAMER, Y. (eds.). *European Sales Law*. Cambridge, Intersentia, 2023, 165-196.

¹⁴ Massachusetts, Estats Units. *Right to repair Act*, 2012.

¹⁵ 2023, NY A 1285.

¹⁶ França. *Loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation* (JORF núm. 65, 18.3.2014).

¹⁷ A partir del 2025, serà progressivament substituït per l'índex de durabilitat, que inclou també aspectes com la fiabilitat i la robustesa. França. *Arrêté du 5 avril 2024 relatif aux modalités d'affichage, à la signalétique et aux paramètres généraux de calcul de l'indice de durabilité des équipements électriques et électroniques* (JORF núm. 82, 7.4.2024).

¹⁸ Unió Europea. *Conference on the Future of Europe. Report of the final outcome*. Luxemburg: Publication Office of the European Union. Maig 2022.

ecològic aplicable als productes sostenibles,¹⁹ que preveu la inclusió de puntuacions de reparabilitat o durabilitat (art. 7); la Directiva (UE) 2024/825, d'empoderament dels consumidors en la transició ecològica,²⁰ que incorpora l'obligació d'informar sobre la reparabilitat; i la Directiva (UE) 2024/825 (Directiva *greenwashing*),²¹ que combat certes pràctiques comercials relacionades amb la informació mediambiental.

Finalment, i després de diversos debats a la proposta legislativa,²² la Directiva (UE) 2024/1799, de promoció de la reparació de béns²³ (d'ara endavant, DRB), regula un nou marc normatiu per a la prestació de serveis de reparació i modifica el règim de responsabilitat del venedor de la DCV. L'objectiu d'aquest treball és, precisament, analitzar com el dret civil pot contribuir a la reparabilitat dels béns a través de les mesures de la DRB, i proposar criteris per a la seva transposició al dret català.

¹⁹ Reglament (UE) 2024/1781 del Parlament Europeu i del Consell, de 13 de juny de 2024, pel qual s'estableix un marc per a l'establiment de requisits de disseny ecològic aplicables als productes sostenibles. DOUE núm. 1781, 28.6.2014.

²⁰ DOUE núm. 825, de 6.3.2024.

²¹ Directiva (UE) 2024/825 del Parlament Europeu i del Consell, de 28 de febrer de 2024, per la qual es modifiquen les Directives 2005/29/CE i 2011/83/UE pel que fa a l'empoderament dels consumidors per a la transició ecològica mitjançant una millor protecció contra les pràctiques deslleials i mitjançant una millor informació. DOUE 825, 6.3.2024.

²² Veure la Proposta de Directiva del Parlament Europeu i del Consell per la qual s'estableixen normes comunes per promoure la reparació de béns i es modifiquen el Reglament (UE) 2017/2394 i les Directives (UE) 2019/771 i (UE) 2020/1828. Brusel·les, 22.3.2023; i Parlament Europeu. Normes comunes per promoure la reparació de béns – Esmenes adoptades pel Parlament Europeu el 21 de novembre de 2023 sobre la proposta de directiva del Parlament Europeu i del Consell sobre normes comunes per a promoure la reparació de béns i modificar el Reglament (UE) 2017/2394, les Directives (UE) 2019/771 i (UE) 2020/1828. DOUE 24.7.2024.

²³ Directiva (UE) 2024/1799 del Parlament Europeu i del Consell, de 13 de juny de 2024, per la qual s'estableixen normes comunes per promoure la reparació de béns i es modifiquen el Reglament (UE) 2017/2394 i les Directives (UE) 2019/771 i (UE) 2020/1828. DOUE núm. 1799, 10.7.2024.

2. Finalitat i estructura de la Directiva de reparació de béns

La finalitat de la DRB és contribuir al mercat interior. Tot i això, també persegueix objectius addicionals, com la protecció dels consumidors i del medi ambient, la promoció de l'economia circular i l'impuls de la transició ecològica (art. 1.1).

A més a més, segons l'art. 1.2 DRB, «la present Directiva s'aplicarà a la reparació dels béns adquirits pels consumidors en cas que es produeixi o es manifesti un defecte en els béns al marge de la responsabilitat del venedor d'acord amb l'article 10 de la Directiva (UE) 2019/771». Ara bé, encara que pugui semblar el contrari, la DRB no omet modificar el règim de la DCV, sinó que estructura les seves mesures, que han de ser plenament harmonitzades, en dos grans eixos (atès 46).

En el primer eix, s'inclou una regulació parcial del contracte de prestació de serveis de reparació amb consumidors, i inclús a vegades imposa aquesta relació jurídica al fabricant (art. 5, veure *infra*), la qual cosa fa continuar la tendència de legislar fragmentàriament aquest tipus contractual sense donar-li un règim jurídic uniforme.²⁴ Inclou també aquest primer eix una nova forma de proporcionar la informació precontractual en la prestació de serveis de reparació (art. 4) i la creació d'una plataforma europea per a posar en contacte els potencials prestadors del servei i els consumidors (art. 7). La DRB, però, no afecta la llibertat dels estats membres de regular els contractes de prestació de serveis de reparació, ni els aspectes del dret general de contractes (atès 6 DRB).

El segon eix és el referent a la modificació de la DCV per a fer més sostenible el sistema de remeis davant la manca de conformitat en la compravenda de consum (art. 16 DRB). I, dins de la DCV, també s'han previst algunes disposicions per a promoure els denominats «béns

²⁴ En algunes ocasions, inclús s'equipara a qualsevol contracte diferent del contracte de compravenda (v. gr. art. 2.6 de la Directiva 2011/83/UE (modificada per la Directiva 2019/2161). MÖSLEI, F. «Service Contracts», BASEDOW, J. HOPT, K. J. ZIMMERMANN, R. i STIER, A. *The Max Plack Encyclopedia of European Private Law*. Vol. I. Oxford, Oxford University Press, 2012, 1548-1551.

reacondicionats», que són aquells sotmesos a determinades accions, com la neteja o reparacions, per a restablir-ne l'ús que s'espera quan surten al mercat. Tot i això, com veurem més endavant (vid. *infra*, ap. 7.4), el seu règim jurídic és encara avui bastant limitat.

L'article 1.2 DRB, quan es refereix a la reparació de béns «adquirits per consumidors», sembla circumscriure l'àmbit d'aplicació d'aquesta regulació fragmentària als negocis onerosos amb consumidors (relacions *business to consumer*, B2C). Tècnicament, la paraula «adquisició» també podria indicar una adquisició gratuïta. No obstant això, si fos el cas, no ens trobaríem davant la figura del «consumidor», que es limita a la seva actuació en el marc de determinats contractes onerosos (art. 2.1 Directiva 2011/83/UE). Que la DRB se centri només en relacions B2C ha estat criticat, atès que les relacions *business to business* (B2B) són de les que més emissions d'efecte hivernacle poden causar.²⁵

Això no ens ha de fer pensar, però, que les mesures de la DRB es destinen exclusivament a relacions jurídiques preexistents entre empresari-consumidor, ja que també es preveuen determinades obligacions per a fabricants (juntament amb el seu representant a la Unió), importadors o distribuïdors,²⁶ que són independents d'un contracte conclòs amb el consumidor, com l'obligació de proporcionar peces de recanvi a serveis externs de reparació (vegeu *infra*, ap. 6).

²⁵ AUGENHOFER, S., ATAMER, Y. i POLUDNIAK Gierz, K. *European Commission's Proposal for a Directive on Common Rules Promoting the Repair of Goods (COM(2023) 155 final) - Feedback of the European Law Institute*, 2023,10.

²⁶ Veure art. 2 DRB respecte a les definicions de consumidor i venedor (remissió a la DCV) i de fabricant, representant autoritzat, importador i distribuïdor (remissió al Reglament 2024/1781, de disseny ecològic).

3. Consideracions preliminars sobre el contracte de prestació de serveis de reparació a la Directiva de reparació de béns

3.1. Notes característiques i parts contractuals

La DRB, en la seva finalitat de contribuir al mercat interior, parteix de la premissa que cal harmonitzar el contracte de prestació de serveis de reparació amb el consumidor per tal d'evitar la fragmentació jurídica que perjudica les reparacions transfrontereres (atès 2). Ara bé, l'harmonització de la Directiva es limita a la definició dels subjectes, i a preveure un format estandarditzat per a la provisió d'informació precontractual.

Tot i el llistat de definicions previst a l'art. 2, la DRB no proporciona un concepte per al contracte de prestació de serveis de reparació (ni, com veurem, altres de rellevants com el de «reparabilitat»). Es pot deduir, però, que aquest contracte és celebrat tant a títol oneros com gratuït (v. gr. quan la prestació de serveis s'imposa seguint l'art. 5.2 DRB). També que es conclou entre un consumidor i el denominat «reparador», que és qui efectua el servei de reparació i que es defineix com «la persona física o jurídica que, en relació amb la seva activitat comercial, negoci, ofici o professió, presta un servei de reparació, inclosos els fabricants i venedors que prestin serveis de reparació i els prestadors de serveis de reparació, tant si són independents com si estan associats a aquests fabricants o venedors» (art. 2.2 DRB).

La definició de la Directiva, tot i incórrer en una reiteració excessiva de la locució terminològica «servei de reparació», sí que deixa clar que el reparador se situa en l'àmbit del *professional* o *comerciant* de la relació de consum (v. gr. art. 2.2 Directiva 2011/83/UE²⁷), la qual cosa exclou la consideració de reparador d'aquells usuaris de «cafès de reparació» comunitaris que es reuneixen per reparar els seus

²⁷ Directiva 2011/83/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 25 d'octubre de 2011, sobre els drets dels consumidors. DOUE núm. 304, 22.11.2011.

productes²⁸ i, per tant, efectuen la reparació al marge d'una activitat professional.

Aquesta part contractual pot, de vegades, coincidir amb altres subjectes previstos a la DRB. A títol d'exemple, un fabricant pot arribar a efectuar la reparació (v. gr. art. 5 DRB), supòsit en què també adquireix la consideració de reparador.

3.2. La reparació de béns com a objecte de la prestació de serveis

L'objecte de la prestació del servei és la reparació d'un bé. Quant al terme «reparació», la DRB es remet al Reglament 2024/1781, de disseny ecològic, que el delimita com «una o diverses accions realitzades per retornar un producte defectuós o un residu a una condició en què serveixi per a la seva finalitat prevista» (art. 2.20).

Per tant, el concepte de «reparació» no s'equipara a la mesura correctora de la manca de conformitat de la compravenda de consum (arts. 13 i 14 DCV), ²⁹sinó que fa referència a aquelles activitats necessàries per a fer que un bé torni a ser útil per a la seva finalitat. S'aproxima al que es troba en diverses disposicions del nostre ordenament (v. gr. arts. 21 Llei d'arrendaments urbans³⁰; 553-44, 561-12 CCCat i 569-4 CCCat), sense distingir, en aquest cas, entre reparacions ordinàries i extraordinàries —segons derivin de l'ús habitual del bé o tinguin un caràcter excepcional— com si es fa a títol d'exemple a l'art. 561-12 CCCat.

La reparació es diferencia també del manteniment (art. 2.19 Reglament 2024/1781) en el fet que la primera entra en joc quan

²⁸ Una pràctica popular en altres països però d'escassa transcendència al nostre país, almenys de moment. Segons [repaircafe.org](https://www.repaircafe.org), a Espanya hi ha només un cafè de reparació situat a Madrid. Ara bé, l'Ajuntament de Barcelona indica que n'existeix un també en aquesta ciutat. Veure: <https://www.bcnsostenible.cat/web/punt/repair-cafe-barcelona-1>

²⁹ Sobre els diferents significats de reparació, vegeu Loos, M. «Repairing Consumer Sales Law», *European Review of Private Law*, núm. 6, 2024, 945-978.

³⁰ Llei 19/1994, d'arrendaments urbans. BOE núm. 282, 25.11.1994.

el bé està deteriorat, mentre que el manteniment busca prevenir aquest deteriorament. En definitiva, perquè una prestació de serveis tingui com a objecte una reparació, cal que tingui com a finalitat el restabliment de la funcionalitat del bé, és a dir, que persegueixi recuperar-ne l'ús que li és propi. Més endavant veurem com eventualment aquesta distinció pot afectar el contingut de l'obligació de reparar (vegeu ap. 6).

D'altra banda, la prestació de serveis de reparació recau sobre els «béns», que són els mobles tangibles, inclús els que incorporin continguts digitals o estiguin interconnectats a ells (art. 2.5 de la DCV). Se n'exclouen, per tant, l'aigua, el gas i l'electricitat, atès que no poden ser considerats béns reparables. Aquesta delimitació implica, així mateix, l'exclusió de les intervencions destinades a recuperar la funcionalitat de béns immobles, que queden fora de l'àmbit del contracte de serveis de reparació de la DRB.

4. El formulari europeu d'informació sobre la reparació

4.1. Els deures d'informació precontractual del reparador

En el contracte de prestació de serveis de reparació, el reparador queda subjecte a les obligacions d'informació pròpies del dret de consum. Aquestes obligacions d'informació es troben disperses en les directives 2011/83/UE, sobre els drets dels consumidors, 2006/123/CE, relativa als serveis en el mercat interior³¹, i 2000/31/CE, del comerç electrònic³², i comporten que l'empresari o professional hagi d'informar el consumidor,

³¹ Directiva 2006/123/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis en el mercat interior. DOUE 27.12.2006.

³² Directiva 2000/31/CE del Parlament Europeu i del Consell, de 8 de juny de 2000, relativa a determinats aspectes jurídics dels serveis de la societat de la informació, en particular el comerç electrònic en el mercat interior. DOUE 17.7.2000.

entre d'altres, sobre les característiques essencials del servei, el preu total o, si no és possible, la seva base de càlcul, les condicions d'execució i durada del contracte, així com sobre l'existència del dret de desistiment i els seus efectes. Cal destacar que el dret d'informació és considerat un dels puntals de la protecció del consumidor, amb la finalitat de permetre que aquest prengui decisions informades sobre el contingut del contracte.³³

Per a cobrir determinats deures d'informació del contracte de prestació de serveis de reparació i facilitar la lliure elecció del reparador per part del consumidor, la DRB crea el formulari europeu d'informació sobre la reparació (*European Repair Information Form*, d'ara endavant, ERIF; art. 4 DRB, annex I). L'ERIF es basa en l'experiència en altres sectors per a facilitar l'aportació d'informació precontractual al consumidor, com en l'àmbit dels contractes de crèdit al consum (art. 10 i annex I Directiva 2023/2225³⁴) o en el dels contractes de crèdit immobiliari (Fitxa Europea d'Informació Normalitzada —FEIN—, art. 14 Directiva 2014/17/UE³⁵). De fet, l'ERIF també es proporciona en suport durador, en un termini raonable i de forma gratuïta (art. 4.1 i 2 DRB), excepte que calgui fer un diagnòstic del tipus de desperfecte. Si és el cas, el reparador podrà sol·licitar una contraprestació per aquest servei.

Suposa una novetat que un formulari estandarditzat estigui regulat en una Directiva diferent de la qual es preveuen els deures d'informació, però aquest fet pot estar justificat perquè l'ERIF es limita a les prestacions de serveis que tinguin per objecte, només, la reparació de béns. Això fonamentaria, també, que la DRB no reguli les conseqüències per la

³³ SCHULZE, R. ZOLL, F. *European Contract Law*. Baden Baden, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016, 154-156.

³⁴ Directiva (UE) 2023/2225 del Parlament Europeu i del Consell, de 18 d'octubre de 2023, relativa als contractes de crèdit al consum. DOUE 30.10.2023.

³⁵ Directiva 2014/17/UE del Parlament Europeu i del Consell, de 4 de febrer de 2014, sobre els contractes de crèdit subscrits amb els consumidors per a béns immobles d'ús residencial. DOUE núm. 60, 28.2.2014.

manca de subministrament d'informació, que s'hauran d'anar a buscar a les directives que estableixin aquests deures.³⁶

4.2. Contingut del formulari

A l'ERIF, en essència, s'ha d'informar sobre les característiques principals del servei de reparació, sobre la identitat del reparador i les dades de contacte, sobre el preu (o la forma de calcular-lo) i sobre les modalitats i termini per a la prestació del servei de reparació (art. 4 DRB, annex I). Les condicions de reparació s'especificaran de manera clara i comprensible (art. 4.4 DRB).³⁷

Si se segueix la posició del TJUE,³⁸ per a determinar si la clàusula és clara i comprensible s'ha de valorar si un consumidor mitjà, normalment informat i raonablement atent i perspicaç està en condicions de comprendre-la. Sí que és cert, però, que la majoria d'elements del formulari seran de fàcil comprensió, com la part I (identitat i dades de contacte), i els elements relatius al bé que s'ha de reparar, naturalesa del defecte, lloc d'entrega o disponibilitat de béns de substitució temporal. No obstant això, si no es pot calcular el preu de la reparació, s'haurà d'informar sobre el mètode de càlcul d'aquest

³⁶ Com indiquen SCHULZE i ZOLL, la Directiva 2011/83/UE no va preveure de forma consistent un sistema de sancions per als casos de contravenir la provisió d'informació precontractual. Només deixa clar que, en cas d'incompliment, s'ampliarà el termini de desistiment a dotze mesos (art. 10). Contrasta amb l'art. 29 de la Proposta de reglament relatiu a una normativa comuna de compravenda europea 2011 i, especialment, amb l'art. 2:207 dels principis *acquis*, que preveia la possible indemnització dels danys, l'extensió del desistiment i, a més, l'adaptació del contracte segons al que l'altra part podia raonablement esperar. SCHULZE, R. ZOLL, F. cit., 154-156. En el marc del TRLGDCU, l'art. 65 recorre a la «integració» de la bona fe si hi ha una omisió d'informació precontractual rellevant, i es poden arribar a desplegar diversos mecanismes específics (v. gr. inexistència d'allò no informat, interpretació favorable al consumidor, etc.).

³⁷ L'atès 10 afegeix que també s'han de complir els requisits d'accessibilitat de la Directiva UE 2019/882 (v. gr. informació accessible per a persones amb discapacitat).

³⁸ V.gr. STJUE (Gran Sala) de 3.3.2020, Gómez del Moral Guasch, C-125/18.

(art. 4.4.e DRB), el que pot resultar de més difícil comprensió per a un consumidor mitjà.

L'ERIF no conté informació sobre els drets del consumidor, com sí que succeeix en l'àmbit del crèdit al consum o del crèdit immobiliari (v. gr. ap. 11 de la FEIN). El fet que l'ERIF inclogui informació limitada sobre les característiques bàsiques del contracte pot ser inclús adequat si es té en consideració que el processament d'informació per part dels consumidors és limitat i que poden tenir dificultats a distingir-ne la rellevància, la qual cosa ha portat crítiques sobre la provisió d'informació en àmbits de contractació més complexos.³⁹

Ara bé, segons la Directiva 2011/83/UE, en alguns casos pot ser necessari informar d'altres qüestions més específiques que no apareixen a l'ERIF. És per això que amb l'entrega del formulari no es consideraria que s'ha complert el deure d'informació precontractual relatiu als procediments de pagament (arts. 5.1.d i 6.1.g Directiva 2011/83/UE). A més, si la reparació se sol·licita a distància —fet que intenta promoure la DRB amb la creació de la plataforma de reparacions (vegeu ap. 5) —, tampoc es consideraria que s'ha proporcionat informació relativa a les circumstàncies en les quals no procedirà un dret de desistiment (art. 6.1.k i 16 Directiva 2011/83/UE), la qual cosa pot generar als reparadors la percepció errònia que, en lliurar l'ERIF, compleixen totes les obligacions d'informació, quan en realitat no és així.

4.3. El formulari no és obligatori, però sí vinculant

L'entrega de l'ERIF no és obligatòria (art. 4.1 DRB), sinó una forma més de complir amb l'obligació de proporcionar informació precontractual, sempre que el formulari sigui complet i exacte, i que, com s'ha comentat *supra*, la informació consti de forma clara i comprensible.

Tot i la manca d'obligatorietat, si el reparador decideix proporcionar la informació precontractual amb l'ERIF, no podrà modificar les

³⁹ HEIDERHOFF, B. «Information Obligations (Consumer Contracts)», BASEDOW, J. cit., 869-872.

condicions de reparació que s'hi indiquin durant un període d'almenys trenta dies naturals des de l'entrega al consumidor (art. 4.5 DRB), la qual cosa fa que s'assimili a una oferta vinculant. Si el consumidor accepta les condicions dins del període de validesa, el reparador estarà obligat a prestar el servei de reparació segons les condicions establertes en el formulari (art. 4.5 DRB), ja que aquesta informació esdevindria part del contracte de prestació de serveis de reparació.

5. La plataforma europea en línia sobre reparacions

5.1. Característiques generals

La proposta de DRB preveia la creació d'una plataforma en línia sobre reparacions de caràcter estrictament nacional per a facilitar la localització de prestadors de serveis de reparació (art. 7 proposta DRB). Finalment, però, s'ha imposat l'opció de regular una plataforma amb interfície comuna europea, que permeti la cerca de reparadors localitzats en diversos països gràcies a un sistema cartogràfic (art. 7.6 DRB) i, a més a més, faciliti la provisió d'informació sobre les condicions del servei de reparació als consumidors.

L'article 7 DRB en regula els detalls tècnics. Aquesta plataforma centralitzarà la cerca de reparadors, però es compondrà de seccions nacionals en línia que estaran interconnectades mitjançant una interfície comuna gestionada per la Comissió Europea (art. 7.2 DRB).

A part de la cerca de reparadors, els estats membres poden incloure més informació en les seves plataformes nacionals, i permetre localitzar béns reacondicionats, compradors de béns amb desperfectes per al seu reacondicionament, i iniciatives de reparació participatives, que són projectes comunitaris on els participants poden aprendre a reparar els seus béns. Aquesta darrera categoria inclou els ja mencionats «cafès de reparació» (atesos 28 i 31). Fins ara, no existia

una plataforma centralitzada en l'àmbit europeu per agrupar aquests serveis, i la seva creació es troba pendent.⁴⁰

5.2. La plataforma com a facilitadora de prestacions de serveis de reparació

La plataforma pot servir per a canalitzar la provisió d'informació precontractual. Així, en ella s'haurà d'informar sobre les condicions de reparació, com ara el temps necessari per a completar-la o la disponibilitat de béns de substitució en cas que s'efectuï la reparació, informació que haurà de poder actualitzar-se periòdicament (art. 7.6 DRB). S'hi ha de poder incorporar, també, informació sobre serveis auxiliars oferts pels reparadors, com la retirada, la instal·lació i el transport, així com les condicions d'aquests serveis i les normes de qualitat europees o nacionals aplicables en matèria de reparació.

Així mateix, la plataforma ha de permetre als consumidors sol·licitar l'ERIF als reparadors perquè puguin obtenir una oferta vinculant abans de concloure la prestació del servei (art. 7.6.c DRB). Ara bé, cal tenir en compte que la plataforma no ofereix un servei de comparació de preus, i que, per a efectuar el pressupost adequadament, els prestadors de serveis hauran de comprovar primer l'estat del producte, per la qual cosa l'entrega directa de l'ERIF a distància probablement estarà limitada a les avaries de més fàcil detecció o de *software*.

Tot i les mesures de promoció de la plataforma que en principi han de prendre els estats membres i la Comissió (art. 7.8 DRB), la voluntarietat del registre per als reparadors i altres agents interessats podria ser una limitació en l'assoliment de finalitat de la Directiva. A més, si bé els consumidors tindran accés gratuït a la plataforma (art. 7.5 DRB), no s'especifica si els reparadors i altres actors implicats, com els venedors de béns reacondicionats o els organitzadors d'iniciatives de reparació participatives, també podran utilitzar la plataforma de franc. Aquesta qüestió podria comprometre la motivació dels

⁴⁰ La interfície europea i les seccions nacionals han d'estar desenvolupades abans del 31 de juliol del 2027 (art. 7.2 DRB).

reparadors d'inscriure's a la plataforma, la qual cosa pot afectar la disponibilitat d'ofertes i la competència en el sector.

6. L'obligació de reparar

6.1. Consideracions preliminars

Al marge de la regulació fragmentària del contracte de prestació de serveis de reparació, la DRB imposa l'obligació als fabricants dels béns de reparar-los quan el consumidor ho sol·liciti (art. 5 DRB). Aquesta obligació de reparar és una de les mesures cabdals de la DRB. Prové del debat⁴¹ iniciat en el marc de la DCV de si s'hauria de fer també responsable el fabricant de la manca de conformitat dels béns, atès que, a la pràctica, els venedors, que en són els principals responsables (art. 10 DCV) envien el bé al fabricant perquè el reperi, ja que sol ser qui disposa de mitjans per a fer-ho i de les peces de recanvi.

Finalment, l'obligació de reparar ha quedat materialitzada a l'art. 5 DRB, que estableix que «Els estats membres vetllaran perquè, a petició del consumidor, el fabricant reperi els béns per als quals els actes jurídics de la Unió enumerats a l'annex II estableixin requisits de reparabilitat, i en la mesura en què s'estableixin (...) El fabricant podrà subcontractar la reparació per complir la seva obligació de reparació». Afegeix també l'art. 5.1 que el fabricant no estarà obligat a reparar aquests béns quan la reparació sigui impossible. Això és evident, ja que estaríem davant d'una impossibilitat originària de caràcter material, que implicaria que l'obligació no arriba a néixer (art. 1460.1 CC), tot i que l'asimetria informativa entre el fabricant i el consumidor pot fer que el primer al·legui indegudament la impossibilitat per a exonerar-se de l'obligació de reparar.

Es preveu, doncs, que els estats membres regulin un nou tipus de contracte forçós fonamentat en la protecció del medi ambient i

⁴¹ ZOLL, F. et al. cit., 1111. BUJALSKI, M. «On Producers' Obligation to Repair Defective Goods: Direct Producers' Liability vs. Self-Standing Obligation under R2R Directive», *EuCML*, vol. 13, iss. 4, 2024, 174-184.

al marge de la responsabilitat del venedor. Per tant, es constituirà de forma unilateral una nova relació jurídica entre el fabricant i el consumidor, en què el primer restarà obligat a reparar el bé si el consumidor ho sol·licita. Amb tot, i com es veurà a continuació, l'art. 5 genera incerteses que poden posar en dubte l'efectivitat de la mesura.

6.2. Els subjectes obligats i la dificultat pràctica d'identificar la condició de consumidor

El creditor de l'obligació de reparació serà el consumidor, que ha de sol·licitar la reparació. No es preveu que el sol·licitant pugui ser un empresari, tot i que en altres textos normatius com ara el Reglament de disseny ecològic, s'ha optat per consolidar la categoria de «clients» com a subjectes de drets.⁴² A la pràctica, però, un fabricant difícilment podrà verificar la condició de consumidor,⁴³ sobretot si el sol·licitant és una persona física (v. gr. empresaris per compte propi o persona que ha rebut aquell bé arran d'una donació d'un tercer).⁴⁴ En aquests casos, és probable que hagi de presumir que el sol·licitant reuneix aquesta

⁴² V. gr. l'art. 17 del Reglament de disseny ecològic preveu que no s'introduiran al mercat productes que vagin acompanyats d'etiquetes informatives que puguin induir a error als *clients*, que són les persones físiques o jurídiques que adquireixen els productes independentment de la finalitat per la qual l'adquireixen (art. 2, ap. 35 Reglament de disseny ecològic).

⁴³ Recordem en aquest punt que el consumidor, en el dret català i en el marc del TRLGDCU, pot ser també una persona jurídica que actuï al marge d'una activitat professional o empresarial (art. 3.1 TRLGDCU; art. 621-2 CCCat i art. 111-2 Codi de consum de Catalunya).

⁴⁴ FACCIOI considera que caldrà rastrejar la finalitat per la qual el bé va ser adquirit originàriament per la persona que posteriorment pretén invocar el que disposa la Directiva. FACCIOI, M. «Economia circolare e sostenibilità ambientale nel diritto dei consumatori: prime note sulla dir. 2024/1799/UE recante norme comuni che promuovono la riparazione dei beni», *Persona e Mercato*, 3/2024, 945-967.

condició, atès que els béns inclosos en l'obligació de reparació són, a grans trets, béns de consum d'ús comú (vegeu *infra*).⁴⁵

A més, la dificultat en saber si el sol·licitant de la reparació és consumidor o no s'incrementa si es té en compte que no és necessari que hi hagi una relació contractual prèvia de consum, com la derivada d'un contracte de compravenda, entre el fabricant i el consumidor, al contrari que succeeix amb la reparació dins del període de responsabilitat (art. 10 DCV; el venedor és responsable de la conformitat del bé).

El subjecte passiu de l'obligació és el «fabricant», segons la definició del Reglament de disseny ecològic. El fabricant és tota persona física o jurídica que fabrica un producte o que se n'encarrega del seu disseny o fabricació i el comercialitza amb el seu nom o marca (art. 2.42). La DRB s'ha apartat de la definició de fabricant de la Directiva (UE) 2024/2853, de productes defectuosos,⁴⁶ que és més àmplia i considera també com a fabricants les persones que desenvolupen, fabriquen o produeixen un producte per al seu propi ús (art. 2.42). Aquesta diferència és raonable, ja que si el fabricant no ha comercialitzat el producte, un consumidor no n'ha de poder sol·licitar la reparació. Addicionalment, en els casos que el fabricant del bé estigui establert fora de la UE, serà el representant a la Unió qui hagi de complir l'obligació de reparar, la qual cosa mostra el caràcter extraterritorial de la Directiva.

Si no s'ha designat un representant, ho serà l'importador i, quan no hi hagi importador, ho serà el distribuïdor, sens perjudici que tots ells puguin subcontractar la reparació a un tercer (art. 5.3 DRB). Segons l'atès 17, la subcontractació pot ser adient quan l'obligat a reparar no té els recursos materials per a dur-la a terme, o bé per a afavorir que es repari per un professional més pròxim al consumidor, tot evitant

⁴⁵ Sobre la classificació dels béns d'ús comú, veure art. 9 TRLGDCU i annex I i II Reial Decret 1507/2000, d'1 de setembre.

⁴⁶ Directiva (UE) 2024/2853 del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'octubre de 2024, sobre la responsabilitat pels danys causats per productes defectuosos. DOUE núm. 2853, 18.11.2024.

desplaçaments innecessaris. La subcontractació, però, no els exonera de responsabilitat, fet que s'infereix del nostre dret d'obligacions.⁴⁷

6.3. Què cal reparar? Els béns sotmesos a requisits de reparabilitat

Tot i que segons l'article 2.9 del DRB la prestació de serveis de reparació pot referir-se a qualsevol bé moble, l'article 1.3 del mateix Reglament restringeix l'àmbit d'aplicació de l'obligació de reparar als béns per als quals el dret de la Unió estableixi requisits específics de reparabilitat. L'annex II inclou un llistat⁴⁸, que pot ser ampliat en un futur, de diverses normes jurídiques europees que regulen uns mínims de reparabilitat d'algunes categories de béns.

Els béns sobre els quals recauen requisits de reparabilitat, segons se'n deriva de les normes citades a l'annex II, són les rentadores i rentadores-assecadores domèstiques, rentavaixelles domèstics, aparells de refrigeració, pantalles electròniques, equips de soldadura, aspiradors, servidors i productes d'emmagatzematge de dades, telèfons mòbils sense fils i *tablets*, assecadores de tambor i els béns de transport lleuger que incorporin bateries. Aquestes normes tenen en comú que obliguen els fabricants a garantir la disponibilitat de peces essencials durant almenys set anys, a proveir accés a la informació sobre la reparació i manteniment dels béns (*v. gr.* manuals tècnics), instruccions de muntatge, o a dissenyar-los de manera que puguin ser desmuntats amb eines habituals sense danyar el bé.

Aquest llistat abasta alguns dels béns dels quals usualment disposen els consumidors, però n'hi ha molts que en resten

⁴⁷ CARRASCO PERERA, Á. «Artículo 1101», a ALBALADEJO, M. (dir.). *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Tom XV, Vol. 1r, EDSA, 1989, 397.

⁴⁸ En concret, els Reglaments (UE) 2019/2023, 2019/2022, 2019/2019, 2019/2021, 2019/1784, 666/2013, 2019/424, 2023/1670, 2023/2533 i 2023/1542, tots ells referits a requisits de reparabilitat de diversos béns.

exclosos,⁴⁹ com els ordinadors, microones, cafeteres, planxes, altaveus, auriculars, rellotges intel·ligents, càmeres, comandaments, ventiladors, robots de cuina, vehicles, etc. En definitiva, i tot i que es preveu que pugui anar augmentat el llistat de béns sotmesos a requisits de reparabilitat (art. 5.9 DRB), ara per ara l'obligació de reparació, en ser tan limitada, podria no contribuir significativament a la sostenibilitat.

6.4. Condicions aplicables a la reparació: el recurs qüestionable a la raonabilitat del preu i del temps

La reparació ha de ser o bé gratuïta o bé a un preu raonable —segons ho esculli el fabricant—, i s'ha d'efectuar en un termini raonable des que aquest disposi físicament del bé, l'hagi rebut o el consumidor li hagi donat accés (art. 5.2 DRB). L'expressió «hagi donat accés» indica que també es pot sol·licitar la reparació, a títol d'exemple, a domicili, cas en què hauria de ser legítim, tot i que no ho diu la Directiva, afegir les despeses de desplaçament.

El legislador ha sigut optimista en preveure que la reparació podrà ser gratuïta (si ho fos, segurament seria a càrrec d'incrementar el preu de venda dels béns) i podria, de fet, evitar que els consumidors tinguessin cura d'aquests.⁵⁰ Probablement, aquest cas es doni només quan el fabricant hagi ofert una garantia comercial (art. 17 DCV).

Per altra banda, el recurs a la raonabilitat del preu i del temps es fa per a evitar que els fabricants puguin eludir la seva obligació de reparar imposant gravàmens excessius als consumidors.⁵¹ No preveu la directiva, però, conseqüències a la fixació d'un preu no raonable (ens

⁴⁹ A més a més, les respectives normes de dret europeu que regulen els requisits de reparabilitat exclouen determinats béns, com en el cas del Reglament 2019/424, de requisits de disseny ecològic dels productes d'emmagatzematge, que exclou els «petits productes d'emmagatzematge de dades» (art. 1.2).

⁵⁰ FACCIONI, M. «Economia circolare e sostenibilità ...», cit., 961.

⁵¹ Vid. atès 16.

preguntem, però, què és la raonabilitat?),⁵² ni a la dilació excessiva en dur a terme la reparació. Per tant, hauran de ser els estats membres qui regulin, si escau, aquestes conseqüències o resolde-ho segons el dret d'obligacions i contractes que resulti aplicable.

Quant a la manca de raonabilitat del preu, a Catalunya es podria pensar en l'aplicació per analogia de la solució de l'art. 621-5 CCCat, que preveu que la fixació d'un preu de la compravenda manifestament no raonable per una de les parts o per un tercer, comportarà que aquest sigui substituït pel generalment cobrat en circumstàncies comparables.⁵³ Per a tenir en compte el preu raonable, es podrien prendre com a referència els preus de mercat i les particularitats de la prestació del servei (v. gr. dificultat, preu dels recanvis i urgència). Així mateix, es podria plantejar l'aplicació de la rescissió per lesió en més de la meitat (art. 621-46 CCCat), regulada no només per a la compravenda, sinó també per a altres contractes onerosos. No obstant això, seria un mecanisme de protecció reactiu —que rescindeix el negoci jurídic— i no encaixaria ben bé amb la finalitat de la directiva de prevenir l'efecte dissuasiu de la fixació d'un preu elevat.

Pel que fa a la raonabilitat del temps, podria arribar a qüestionar-se la validesa d'una condició general de la contractació que establís un termini excessiu (art. 8 Llei 7/1998, de 13 d'abril, sobre condicions generals de la contractació).⁵⁴ En conseqüència, el fabricant-reparador no hauria de poder emparar-se en un termini desproporcionat acordat

⁵² L'art. 5 de la proposta de CESL, el 2011, que recorria a la raonabilitat en diverses ocasions, almenys definia aquest terme dient que «allò que és raonable haurà de ser objectivament determinable tenint en compte la naturalesa i la finalitat del contracte, les circumstàncies del cas i els usos i pràctiques de les activitats comercials o professions de què es tracti». obre el concepte de raonabilitat en el dret privat europeu, TROIANO, S. *La «ragionevolezza» nel diritto dei contratti*. Padova, Cedam, 2005, 510.

⁵³ Sobre l'adaptació del preu a un fixat en circumstàncies comparables, veure RUBÍ PUIG, A. «Article 621-5. Determinació del preu», Egea, J. Ferrer, J. (dirs.). Farnós, E. (coord.). *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*. Barcelona, Atelier, 2021, 104-112.

⁵⁴ BOE núm. 89, 14.4.1998.

amb el consumidor per justificar una dilació injustificada. A més, si la reparació no es duu a terme dins un termini raonable, s'hauria d'admetre la possibilitat d'encarregar-la a un tercer a costa de l'obligat, com ja succeeix en altres àmbits (v. gr. art. 621-38.5 CCCat). Ara bé, davant aquestes possibles conseqüències, i com ja s'ha especificat en seu de compravenda de consum⁵⁵ i en contractes fora d'establiment i a distància (arts. 109 i 110 TRLGDCU), seria convenient fixar prèviament uns paràmetres que permetin determinar què s'entén per un termini raonable. Amb aquest propòsit, es podria utilitzar com a punt de partida el que estableix l'atès 55 de la DCV:

«lo que se considere un plazo razonable para efectuar una reparación o sustitución debe corresponder al plazo más breve posible necesario para llevar a cabo dicha reparación o sustitución. Este plazo debe determinarse objetivamente teniendo en cuenta la naturaleza y complejidad de los bienes, la naturaleza y la gravedad de la falta de conformidad y el esfuerzo necesario para llevar a cabo la reparación o la sustitución. Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembros deben poder interpretar el concepto de plazo razonable para llevar a cabo una reparación o sustitución estableciendo plazos fijos que normalmente podrían considerarse razonables para la reparación o sustitución, concretamente para determinadas categorías de productos».

6.5. Altres mecanismes per a evitar l'elusió de l'obligació de reparar

Algunes pràctiques comercials han intentat impedir la reparació de productes per reparadors independents del fabricant mitjançant

⁵⁵ El citat atès 55 de la DCV ho permet. Veure una crítica a l'ús del criteri abstracte de la raonabilitat del temps a ARROYO AMAYUELAS, E. «La Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia», *Indret*, 3, 2016, p. 21, que proposa fixar un termini màxim per a dur a terme la reparació que pugués ser modificat a la baixa per les parts.

acords verticals dins la cadena de distribució, que restringeixen l'accés a components essencials. Això pot constituir una restricció de la competència prohibida per l'art. 101.1 TFUE.⁵⁶ Per a limitar encara més aquestes pràctiques, la DRB introdueix diverses mesures en l'art. 5.4.

En primer lloc, els fabricants que comercialitzin peces de recanvi i eines per als béns previstos a l'annex II han d'oferir-les a un preu raonable que no dissuadeixi la reparació; en definitiva, que no la faci antieconòmica.⁵⁷ No sembla que aquesta obligació es limiti a la venda als consumidors, sinó que també inclou la comercialització de peces de recanvi entre empresaris.⁵⁸

En segon lloc, l'art. 5.7 confirma que no es podrà eludir l'obligació de reparar amb el pretext que un reparador independent hagi reparat amb anterioritat el bé. Això es pot relacionar amb l'art. 5.6, que prohibeix que els fabricants facin els béns irreparables mitjançant clàusules contractuals o tècniques informàtiques que en restringeixin la reparació, excepte si l'ús d'aquestes clàusules està justificat per factors objectius.⁵⁹ Aquesta pràctica va ser comuna amb la introducció de clàusules o etiquetes «*Warranty void if seal broken*» i ja se'n va

⁵⁶ L'article 4 del Reglament (UE) 2022/720 preveu l'exempció dels acords verticals de la prohibició general, però no queden exempts els que limitin la capacitat d'un proveïdor de vendre components com a recanvis a usuaris finals, tallers de reparació, majoristes o altres proveïdors de serveis (art. 4.f).

⁵⁷ Aquesta exigència planteja de nou interrogants sobre el concepte de «preu raonable» i la seva aplicabilitat (veure *supra*). La Resolució del Parlament europeu del 2020 es referia a aquesta qüestió en indicar que el preu de la peça de recanvi havia de ser raonable i rentable en relació amb el preu de tot el producte, sense que els consumidors o els reparadors tinguin «obstacles injustos». Parlament europeu. *Resolución del Parlamento Europeo, de 25 de noviembre de 2020, sobre el tema «Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores»*. 2020.

⁵⁸ De nou, en l'àmbit del TRLGDCU, els empresaris estan obligats a mantenir els preus dels recanvis que estiguin a disposició del públic (art. 127 bis TRLGDCU).

⁵⁹ L'atès 18 esclareix aquesta qüestió, en indicar que els factors objectius es refereixen a la necessitat d'incloure les clàusules per a restringir l'ús no autoritzat d'obres protegides per drets de propietat intel·lectual.

qüestionar la seva validesa.⁶⁰ Qualsevol clàusula contractual, doncs, que limiti el dret a reparar serà nul·la (art. 14 DRB), i no només les clàusules no negociades individualment, ja que la norma nacional que transposi l'obligació de reparar tindrà el caràcter de norma imperativa, que no permet ser eliminada per la voluntat de les parts (art. 6.3 CC).

Per concloure, l'art. 5.8 DRB reconeix que els consumidors poden sol·licitar la reparació a qualsevol reparador de la seva elecció. Aquesta previsió pretén evitar que els consumidors siguin compel·lits a contractar únicament amb reparadors autoritzats pel fabricant. D'escollir un reparador independent, els fabricants no poden evitar que aquests utilitzin peces de recanvi originals, de segona mà, compatibles o fabricades mitjançant impressió 3D, sempre que compleixin els requisits de seguretat i de propietat intel·lectual.⁶¹

6.6. Darrera reflexió: la Directiva no resol clarament a què queda obligat el fabricant ni durant quant de temps

L'article 5 deixa sense resoldre dues qüestions que, en l'àmbit pràctic, poden resultar rellevants per a delimitar 1) a què està obligat el reparador i 2) durant quant de temps el consumidor podrà exigir la reparació. I, si es té a més en compte els pocs tipus de béns de consum sobre els quals es projecta, creiem que l'obligació de reparar no pugui ser realment efectiva sense adreçar-les.

Així, una primera qüestió és l'abast de la reparació, i si es pot compel·lir a aquesta activitat per qualsevol desperfecte que tingui el bé. Com s'ha vist, el concepte de reparació fa referència a les accions realitzades per retornar un producte defectuós a una condició en què

⁶⁰ Sobre la possible il·licitud d'aquestes clàusules, veure TERRY, E. cit., 862 i ss.

⁶¹ Aquesta previsió s'ajusta a la denominada «clàusula de reparació», introduïda per l'article 19 de la Directiva (UE) 2024/2823 sobre protecció jurídica dels dibuixos i models, que harmonitza el règim de protecció dels components dels productes complexos, i que preveu que els components d'un producte complex no gaudiran de protecció per drets de disseny quan la seva finalitat sigui la reparació del producte complex o la restitució de la seva aparença inicial.

serveixi per a la seva finalitat prevista. Si es té en compte la literalitat del terme «reparació», doncs, s'haurien d'excloure aquelles actuacions que no són imprescindibles per a la funcionalitat del bé, com arreglar desperfectes estètics o l'execució de tasques de manteniment. És cert, però, que en alguns casos pot ser difícil determinar fins a quin punt l'actuació servirà per a recuperar la funcionalitat d'un bé. Pensem en el canvi d'una bateria que ha perdut capacitat, però que encara permet utilitzar el dispositiu amb certa normalitat.

La segona qüestió concerneix el termini durant el qual el consumidor podrà exigir la reparació. Segons l'art. 5 DRB, l'abast de l'obligació de reparar dependrà del que estableixin els actes jurídics especificats a l'annex II; en definitiva, caldrà acudir a la normativa que imposi requisits de reparabilitat d'aquell bé per a conèixer la durada. Si bé aquesta opció és adequada per a tenir en compte les especificitats de cada producte, pot resultar confosa pels consumidors, que no sabran ben bé durant quant de temps podran sol·licitar la reparació a un determinat fabricant.

Així, si hom intenta aclarir durant quin període de temps es podrà sol·licitar la reparació al fabricant, es trobarà amb dificultats per identificar el termini establert. A títol d'exemple, el Reglament (UE) 2019/2021⁶² estableix diversos terminis per a afavorir la reparabilitat de les pantalles electròniques: pel que fa a la informació sobre la vida útil, aquesta estarà disponible almenys quinze anys després de la introducció al mercat de l'última unitat del model en qüestió; però la disponibilitat de peces de recanvi serà d'un mínim de set anys, i les actualitzacions del *software* o *firmware* de vuit anys (annex 2).⁶³ Amb tot, els terminis per a poder sol·licitar la reparació són, per tant, equívocs i hauria sigut preferible fixar a la DRB un rang d'anys depenent del tipus de bé.

⁶² Reglament (UE) 2019/2021 de la Comissió, de 1 d'octubre de 2019, pel qual s'estableixen requisits de disseny ecològic aplicables a les pantalles electròniques. DOUE 5.12.2019.

⁶³ I, addicionalment, des del 2022 que l'art. 127 bis TRLGDCU preveu que la disponibilitat de les peces de recanvi s'ha de garantir un mínim de deu anys des que el bé deixa de fabricar-se.

7. Canvis en la Directiva 2019/771, de compravenda de béns

7.1. La sostenibilitat del sistema de remeis davant la manca de conformitat

D'acord amb la regulació de la responsabilitat del venedor de la DCV,⁶⁴ els béns conformes amb el contracte de compravenda han de reunir diversos requisits subjectius, relacionats amb la descripció que el venedor va fer d'aquell bé en concret, i objectius, relacionats amb allò que el consumidor podia esperar d'un bé d'aquelles característiques. La DCV parteix de la responsabilitat del venedor per manca de conformitat que existeixi en el moment de l'entrega del bé i que es manifesti en el termini de dos anys (art. 10.1 DCV) o, en el cas de les compravendes amb subministrament d'element digitals, durant tot el període de subministrament d'aquests.

Davant la manca de conformitat, el consumidor pot escollir entre la reparació o la substitució del bé, excepte que la mesura correctora seleccionada resulti impossible o que, en comparació amb l'altra mesura correctora, comporti costos desproporcionats⁶⁵ (art. 13 DCV). Aquest sistema d'elecció ha provocat⁶⁶ que gran part dels consumidors optin per la substitució, molts cops, davant la manca de confiança en el producte un cop apareix un defecte,

⁶⁴ El sistema va ser transposat a Catalunya en el marc de la regulació de la compravenda, arts. 621-37 a 44 CCCat, amb un termini de responsabilitat de tres anys.

⁶⁵ La DCV preveu que es poden tenir en compte totes les circumstàncies per a valorar la manca de proporcionalitat en l'aplicació d'una mesura correctora i, entre elles, el valor dels béns o la rellevància de la manca de conformitat (art. 13.2 DCV; transposat a l'art. 118.3 TRLGDCU i al 621-38.2 CCCat).

⁶⁶ Document de treball del personal de la Comissió sobre l'informe d'avaluació d'impacte, acompanyant la proposta de Directiva del Parlament Europeu i del Consell relativa a normes comunes per a la promoció de la reparació de béns i per la qual es modifiquen el Reglament (UE) 2017/2394 i les Directives (UE) 2019/771 i (UE) 2020/1828. Brussel·les, 22.3.2023, 14.

tot i que la raó principal podria trobar-se en el cost de la reparació en comparació a la substitució.⁶⁷

L'article 12 de la proposta DRB optava per imposar la mesura correctora de la reparació quan aquesta fos igual o més econòmica que la substitució. Aquesta proposta havia sigut objecte de crítica,⁶⁸ ja que no sempre la reparació serà més sostenible que altres mesures correctores, sobretot si es pensa en la reparació de béns de consum d'energia elevat.⁶⁹ Com a resultat, en la versió final de la Directiva s'ha preferit un sistema d'incentius positius a la reparació, sense que aquesta s'imposi com a mesura correctora (art. 16 DRB) i sense replantejar des de la sostenibilitat tot el sistema de remeis, fet que podria haver sigut més adient.⁷⁰

7.2. La limitada eficàcia pràctica de la «reparabilitat» com a criteri objectiu de conformitat

Un primer canvi en aquesta matèria és el referent a la introducció d'un nou requisit objectiu de conformitat referent a la «reparabilitat» del producte, que vindria a ser reconegut com una nova qualitat dels béns. Així, l'art. 7.2 DCV deia que els béns *«presentarán la cantidad y poseerán las cualidades y otras características, en particular respecto*

⁶⁷ Loos, M. «Repairing Consumer Sales Law, cit., 950. DALHAMMAR, C. et al. «What is the Right to Repair (R2r) and How can it be Realised through Legal Interventions?», a GRUNDMANN, S. i ATAMER, Y. (eds.). *European Sales Law*. Cambridge, Intersentia, 2023, 165-196.

⁶⁸ AUGENHOFER, S., ATAMER, Y. i POLUDNIAK Gierz, K. *European Commission's Proposal for a Directive on Common Rules Promoting the Repair of Goods (COM(2023) 155 final) - Feedback of the European Law Institute*, 2023, 10. ZOLL, F. et al. cit., 106. ARTIGOT GOLOBARDES, M. «Revisiting European Consumer Protection through the Lens of Sustainable Markets», a SANTOS, M. et al. (eds.). cit., 154-176.

⁶⁹ FACCIOLI, M. «La riparazione del bene nella disciplina europea dei contratti di vendita mobiliare ai consumatori dopo la dir. 2024/1799/UE 553», *Pactum*, 4, 2024, 545-556.

⁷⁰ ARTIGOT GOLOBARDES, M. cit., 168.

de la durabilidad, funcionalidad, compatibilidad y seguridad, que presentan normalmente bienes del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar (...)». A partir d'ara s'afegiria l'element de la «reparabilitat», que persegueix parcialment el mateix objectiu que la durabilitat: augmentar la vida útil dels béns. No incorpora el legislador, però, altres termes que s'han proposat per la doctrina, com el de «reciclabilitat» o «reutilitzabilitat» (art. 5 Directiva de disseny ecològic),⁷¹ que també poden contribuir a la sostenibilitat.

El legislador europeu també ha omès incloure una definició de «reparabilitat» a la DCV (o a la DRB), la qual cosa hauria sigut convenient atès que altres criteris sí que estan definits, com la durabilitat, la funcionalitat i la compatibilitat (art. 2 DCV). De la definició de «requisits de reparabilitat» (art. 2.11 DRB) es pot entendre, però, que la reparabilitat és la capacitat d'un bé de ser reparat, la qual cosa es pot valorar amb la facilitat de desmuntar el bé, l'accessibilitat de les peces de recanvi, la disponibilitat d'informació sobre les formes de reparar el bé o la possibilitat d'utilitzar eines comunes. A diferència de la durabilitat, que implica una resistència funcional al pas del temps i a l'ús ordinari,⁷² la reparabilitat no pressuposa una vida útil prolongada, sinó la possibilitat que el bé, en cas de sofrir un desperfecte, pugui ser reparat. En definitiva, arran de la DRB, si un consumidor podia raonablement esperar que un bé fos reparable, i aquest finalment no ho és (v. gr. per inexistència de peces de recanvi, per impediments de *software*...), aquesta circumstància podrà considerar-se una manca de conformitat davant la qual es podran activar les mesures correctores si es presenta dins del termini de responsabilitat.

Com ja va succeir amb la introducció del terme «durabilitat»,⁷³ és qüestionable l'efecte que pugui tenir la qualitat de reparable d'un bé

⁷¹ ZOLL, F. et al. cit., 109.

⁷² Sobre el concepte de durabilitat, veure AVILÉS GARCÍA, J. et al. «Contratos con finalidad translativa de dominio», a Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.). *Tratado de contratos. Tomo II*. 4a ed. València, Tirant lo Blanch, 2024, 2399 i ss.

⁷³ ARNAU RAVENTÓS, L. i GRAMUNT FOMBUENA, M. «La regulación del contrato de compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al Derecho catalán», *ADC*, tomo LXXVI, 2023, fasc. I, 75-126. ATAMER, Y. i GRUNDMANN, S. «Sales Law in Transformation: Sustainability, Digitalisation, Servitisation», a

si es contextualitza amb el període de responsabilitat del venedor. Si la legislació requereix que els béns siguin reparables durant un determinat termini (v. gr. disposar de peces de recanvi com a mínim set anys), quin sentit té limitar la responsabilitat del venedor a dos anys (o, en el cas català, tres anys)?

En molts casos, els consumidors s'adonaran de la impossibilitat o dificultats de reparar el bé un cop hagin transcorregut anys d'ús, quan el venedor ja no sigui responsable d'aquesta manca de conformitat. Per tant, a la pràctica, es buidarà de contingut l'obligació de disposar de peces de recanvi i d'instruccions de reparació, que quedarà sense mecanismes d'enforcement privat. A més, tot i que la qualitat de ser reparable serà fàcil de demostrar en aquells béns pels quals la legislació exigeix requisits de reparabilitat, o quan el venedor hagi fet declaracions públiques al respecte, pot resultar més difícil establir quina reparabilitat s'espera dels béns sense requisits de reparabilitat,⁷⁴ que són la majoria.

Hauria estat desitjable que el legislador prengués en consideració els diversos vessants de la reparabilitat, que no es limiten a la qualitat intrínseca del bé, sinó que abasten igualment la provisió continuada d'informació tècnica i la disponibilitat de peces de recanvi. En coherència amb el règim aplicable als béns amb continguts o serveis digitals de subministrament continuat —en què la responsabilitat del venedor pot englobar la manca de conformitat que es produeixi o es manifesti durant tot el període de subministrament del contingut o servei digital (art. 10.2 DCV)—, s'hauria pogut preveure l'extensió de la responsabilitat del venedor durant tot el termini en què el fabricant

GRUNDMANN, S. i ATAMER, Y. (eds.). *European Sales Law*. Cambridge, Intersentia, 2023, 1-46. ARROYO AMAYUELAS, E. «Los plazos de responsabilidad y los remedios por falta de conformidad», a GÓMEZ POMAR, F. FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (dirs.). *El nuevo derecho digital. I. Los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales*. Cizur Menor, Aranzadi, 2024, 536.

⁷⁴ STAUDENMAYER, D. BERTELMANN, B. «Art. 7 SGD. Objective requirements for conformity», SCHULZE, R. i Staudenmayer, D. *EU digital law: article-by-article commentary*. 2a ed. Baden-Baden: Nomos; München: Beck; Oxford: Hart, 2025, 403-404. Arran de la Directiva *greenwashing*, no obstant això, els consumidors haurien de disposar de més informació sobre la reparabilitat dels productes, ja que s'afegeix a la Directiva 2011/83/UE la necessitat d'informar sobre aquesta característica.

estigui obligat a facilitar peces de recanvi o informació relativa a la reparació, sens perjudici de l'acció de repetició que li correspongui al venedor per l'incompliment imputable al fabricant (art. 18 DCV).

7.3. L'ampliació del termini de responsabilitat després de la reparació

La segona mesura consisteix en l'extensió del termini de responsabilitat per un any addicional⁷⁵ en aquells supòsits en els quals la manca de conformitat hagi estat corregida mitjançant la reparació. En aquest cas, el període de responsabilitat s'estén fins a tres anys (2+1). L'ampliació del termini d'un any també ha de preveure's en aquells estats membres que hagin regulat períodes de responsabilitat més extensos (v. gr. els tres anys de l'art. 621-23.1 CCCat, de l'art. 120.1 TRLGDCU, o de la normativa sueca de consum⁷⁶) i també en aquells ordenaments que no tinguin terminis fixos de responsabilitat, sinó que la pretensió del consumidor es limiti mitjançant la prescripció (v. gr. Països Baixos⁷⁷), que hauran d'assegurar que, en cas de reparació, la responsabilitat del venedor abasti els tres anys (art. 10.5 bis DCV).

Ara bé, cal remarcar que el nou art. 10.2 bis DCV no circumscriu l'extensió del termini al fet que la reparació hagi sigut necessàriament sol·licitada pel consumidor. Aquest article especifica que l'ampliació del termini es durà a terme «quan s'efectuï una reparació com a mesura correctora». Això pot tenir dues conseqüències:

- En primer lloc, que quan el consumidor no hagi tingut la iniciativa de reparar (v. gr. hagi optat per la substitució), però el venedor s'hi hagi negat al·legant un cost desproporcionat respecte a la reparació,

⁷⁵ Els estats membres també poden regular períodes més amplis, segons l'art. 10.3 DCV.

⁷⁶ Art. 14 *Konsumentköplag*. SFS núm. 2022:260.

⁷⁷ Art. 7:23, ap. 2, del *Burgerlijk Wetboek*.

també s'ampliarà el termini. Caldrà veure, però, que realment existeixi aquesta manca de proporcionalitat.⁷⁸

- En segon lloc, que el venedor pot estar incentivat a evitar de totes formes la reparació perquè no es produeixi l'ampliació del termini (v. gr. al·legant de nou la desproporcionalitat de costos). Tot i que ha d'informar el consumidor de la possible extensió del termini (art. 13.2 bis DCV), el venedor pot pretendre imposar la substitució si, fent una anàlisi econòmica, considera que li resulta més convenient la substitució que no pas l'ampliació del termini de responsabilitat.

7.4. La categorització dels béns reacondicionats: una ocasió perduda per a preveure'n un règim jurídic

Els béns reacondicionats, que són aquells sotmesos a accions (v. gr. reparacions, neteja...) per a restablir el seu rendiment o funcionalitat dins de l'ús previst quan s'introdueix al mercat (art. 2.18 Reglament 2024/1781, de disseny ecològic), es mencionen per primer cop a la DCV arran de la modificació efectuada per la DRB. La doctrina ja havia posat de manifest les incerteses existents sobre el règim jurídic dels béns reacondicionats,⁷⁹ ja que aquests no s'equiparen a béns nous, com es pot veure de la distinció que fa l'art. 14 de la DCV i l'atès 17 del Reglament de disseny ecològic. Per tant, en principi, resten exclosos de poder-se imposar com a bé de substitució d'un no conforme⁸⁰.

⁷⁸ Per determinar si una opció és desproporcionada, cal valorar diversos factors, com el preu que tindria el bé si no presentés defectes o la gravetat de la manca de conformitat. ARROYO AMAYUELAS, E. cit., 20.

⁷⁹ Loos, M. «Furthering Sustainability by Developing Specific Provisions for the Sale of Secondhand Goods: Rubbish or Recycling?», a GRUNDMANN, S. i ATAMER, Y. (eds.). cit., 135-164; IZQUIERDO GRAU, G. «La transición del Derecho de consumo hacia el paradigma de la economía circular», *Indret*, 2, 2023, 254-291.

⁸⁰ Veure l'anàlisi i impacte de la sentència del cas *Quelle* a Països Baixos sobre la impossibilitat de substituir el bé no conforme amb un de reacondicionat a MAK, V. LUJINOVIC, E. cit., 9.

Adicionalment, si un consumidor adquireix un bé reacondicionat, el període de responsabilitat del venedor podrà reduir-se a un any (art. 10.6 DCV; art. 621-23.4 CCCat, art. 120.1 II TRLGDCU), el que és en part incompatible amb l'objectiu d'incrementar la durabilitat dels béns.

La reforma efectuada per la DRB s'aproxima a la regulació dels béns reacondicionats amb orientacions de caràcter no vinculant per al venedor. Així, mentre s'efectua la reparació, el venedor *podrà* proporcionar gratuïtament en comodat un bé de substitució,⁸¹ que també podrà ser reacondicionat (art. 14 DCV). Tot i que el legislador està pensant en què el bé reacondicionat de substitució sigui ofert en supòsits on la reparació s'allargui o causi molèsties al consumidor (atès 42 DRB), l'art. 14 DCV no ho limita només a aquests casos. Com és una possibilitat que depèn de la voluntat del venedor, no hauria d'haver-hi inconvenient en què aquest oferís també el bé de substitució quan la reparació no causi molèsties substancials al consumidor o quan el consumidor no necessiti el bé de forma permanent, segons la literalitat de l'art. 14 DCV. És dubtós si introduir aquesta modificació a la DCV era realment necessari.

Els béns reacondicionats també es mencionen ara a l'art. 14 DCV, que preveu que, a petició del consumidor, es podrà complir l'obligació de substituir el bé proporcionant un bé reacondicionat. De nou, la mesura depèn de la voluntat de les parts, en concret del consumidor, que ha de preferir un bé reacondicionat a un de nou; rarament el consumidor triarà un bé reacondicionat, excepte quan estigui realment conscienciat en matèria de sostenibilitat. El 73% dels ciutadans europeus afirmen que l'impacte del producte en el medi ambient és molt important o bastant important a l'hora de prendre una decisió de compra,⁸² però no se sap fins a quin punt aquesta preferència faria que els consumidors optessin per un bé reacondicionat. A més, el venedor no està obligat a informar de la possibilitat de substituir el

⁸¹ La DRB, en modificar l'art. 14 DCV, preveu que el bé reacondicionat es pot prestar (*to loan*) al consumidor. La denominació "préste" no obsta perquè cada Estat membre faci la qualificació de la figura conforme el Dret intern. En el nostre cas, aquest seria un comodat (art. 1740 CC).

⁸² Ipsos European Public Affairs. *Flash Eurobarometer 535. The EU Ecolabel*. Setembre, 2023, p. 5.

bé no conforme per un bé reacondicionat (l'art. 13.2 bis DCV no ho menciona), de manera que és possible que el consumidor no conegui aquesta possibilitat. Hauria sigut preferible, doncs, incloure dins l'obligació d'informació de l'art. 13.2 bis, aquesta circumstància, i incentivar d'alguna forma aquesta elecció (*v. gr.* ampliant també el termini de responsabilitat si el consumidor opta per la substitució amb un bé reacondicionat).

8. Reflexions finals sobre la Directiva de reparació de béns i la seva transposició a Catalunya

8.1. La regulació del contracte de prestació de serveis (de reparació) i l'obligació de reparar

Tal com s'ha exposat, la DRB aborda la sostenibilitat mitjançant mesures concretes relatives als contractes amb consumidors; ara bé, més enllà dels dubtes ja comentats, hi ha altres qüestions que la Directiva directament no tracta. Pensem, per exemple, que en el marc dels cafès de reparació s'intenta promoure que els consumidors reparin els seus béns: es podria considerar en aquest cas que s'ha posat un bé en conformitat si l'ha reparat el consumidor? La Directiva tampoc fa un replantejament més general del sistema de remeis, atès que altres mesures correctores, com la reducció del preu, també poden contribuir a les polítiques mediambientals, ni consolida un règim jurídic propi per als béns reacondicionats. Per tant, i tot i ser una directiva d'harmonització màxima que limita en part el marge decisor dels estats membres, aquests hauran d'assumir la responsabilitat de resoldre algunes d'aquestes incerteses.

Els estats membres hauran d'haver transposat la DRB el 31 de juliol de 2026 (art. 22 DRB) i es planteja un primer interrogant quant a la ubicació de la transposició dels preceptes aliens a la responsabilitat del venedor. Com s'ha vist, la Directiva fa una aproximació als contractes de prestació de serveis de reparació amb consumidors. L'ideal seria poder continuar la proposta de regular aquest tipus contractual al

llibre sisè CCCat⁸³ i incorporar-hi les especialitats dels serveis de reparació que preveu la Directiva.

En particular, l'obligació de reparar de l'art. 5 DRB es podria preveure, com una especialitat en matèria de consum, en les disposicions relatives a les prestacions de serveis o els contractes d'obra. Ara bé, com aquests tipus contractuals no estan previstos, ara per ara, al CCCat, potser la ubicació sistemàtica més pragmàtica serà dins del Codi de consum de Catalunya (Llei 22/2010)⁸⁴ que, a part d'actualitzar-lo amb altres directives en matèria de consum, podria incloure les disposicions de la DRB en el títol V (De les obligacions en les prestacions de serveis). En aquest punt, convindria afegir no només la regulació de l'ERIF, sinó també l'obligació de reparar, tot determinant què s'entén per raonabilitat en el preu i en el temps i regulant-ne les conseqüències (v. gr. la fixació d'un preu en circumstàncies comparables o l'execució per un tercer a càrrec del deutor).

8.2. La reforma del règim de responsabilitat de la compravenda

Així mateix, Catalunya ja va transposar al CCCat la DCV, de manera que està cridada a mantenir el règim actualitzat,⁸⁵ particularment, amb la transposició de la DRB. Quant al règim de responsabilitat de la

⁸³ Sobre els debats de la regulació de la prestació de serveis al CCCat, veure ARROYO AMAYUELAS, E. «Configuració i tipologia dels contractes de serveis: una proposta per a Catalunya des del marc europeu», a Universitat de Girona. INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT (ed.). *Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya: materials de les Setzenes Jornades de Dret Català a Tossa: 23 i 24 de setembre de 2010*. Girona, Documenta Universitària, 2012, 183-226.

⁸⁴ DOGC núm. 5677, de 23.7.2010.

⁸⁵ ARNAU RAVENTÓS, L. i GRAMUNT FOMBUENA, M. cit., p. 78; ARNAU RAVENTÓS, L. «La implementació al Dret civil català de les Dir. (UE) 2019/770 i 2019/771, relatives al contracte de subministrament d'elements digitals i al contracte de compravenda de béns», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (Coord.). *Compravenda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns: Ponències de les Vint-i-unenes Jornades de Dret Català a*

compravenda, s'ha de partir del fet que la DCV es limita a les relacions de consum, però que el sistema de remeis català s'aplica a qualsevol compravenda, sens perjudici d'algunes especialitats per a les relacions B2C. Per tant, serà clau decidir si la nova versió de la DCV es transposa només per a les compravendes de consum o bé per a qualsevol d'elles. Creiem que el més raonable és no fer-ne una distinció, no només per continuar amb el règim existent, sinó perquè així es contribuirà també a la sostenibilitat en les relacions entre consumidors en l'adquisició de béns de segona mà —fet que la directiva omet regular— i també en les compravendes mercantils B2B, en aplicació supletòria del CCCat respecte al Codi de comerç (art. 2 Codi de comerç⁸⁶, art. 111-4 CCCat).

Si se segueix aquesta opció caldrà modificar l'art. 621-2.2 b) CCCat, relatiu als requisits objectius de conformitat, per afegir-hi la paraula «reparabilitat». S'ha de tenir en compte, a més, que és possible que en el futur s'incorporin altres termes, com el de «reciclabilitat» i el de «reutilitzabilitat». Ara bé, a diferència dels criteris ja existents, que compten amb una definició a l'art. 620-20.3 CCCat, potser també seria adequat afegir-hi una definició de «reparabilitat». Aquesta no ens la dona la DCV ni la DRB, però es pot elaborar a partir de la definició de «requisits de reparabilitat» (art. 2.11 DRB). A més a més, si es té en compte que la reparabilitat es manifesta, també, amb la provisió d'informació sobre com reparar els béns (el que s'assegura amb els reglaments europeus que imposen requisits de reparabilitat), seria adient afegir a l'art. 621-22 CCCat, relatiu a la manca de lliurament dels documents relacionats, les instruccions no només d'ús, consum i maneig, sinó també les de reparació.

Seguint el previst a la nova versió de la DCV, caldria incloure l'extensió del termini en cas de reparació (art. 621-23.1 CCCat). L'extensió mínima que s'hauria de preveure és d'un any, però es podria optar per un termini més ampli (art. 10.3 DCV), fet que seria adequat si es vol assegurar l'aplicació efectiva del requisit objectiu de reparabilitat. També, en el marc de les condicions dels remeis de

Tossa, organitzades per l'Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universitat de Girona els dies 23 i 24 de setembre de 2021. Girona, Documenta Universitaria, 2021, 92 i ss.

⁸⁶ Reial decret de 22 d'agost de 1885 pel qual es publica el Codi de Comerç. Gaceta de Madrid, núm. 289, 16.10.1885.

la reparació i substitució, l'art. 621-38.3 CCCat podria incorporar la possibilitat que el comprador ofereixi un bé de substitució de forma gratuïta (art. 14 DCV), i afegir en un nou apartat 8 l'obligació d'informació del venedor sobre l'extensió del termini (art. 13.2 bis DCV). Quant a la substitució del bé, l'art. 621-38.2 CCCat inclouria la possibilitat d'entregar un bé reacondicionat si el comprador i el venedor hi estan d'acord.

Hi ha un dubte que es pot plantejar en l'àmbit de l'art. 621-38.5 CCCat, que no té equivalent a la DCV. Aquest article preveu que «si el venedor no posa els béns en conformitat d'acord amb el que estableix l'apartat 4, ho pot fer el comprador o un tercer a càrrec del venedor». En cas que el comprador reperi el bé a càrrec d'un tercer, s'ha d'ampliar el termini un any addicional? Entenem que sí, ja que la nova versió de la DCV no en fa distinció. A part, si no fos així, s'incentivaria que els venedors es neguessin injustificadament a reparar el bé per a eludir l'extensió del termini, i aniria precisament en contra de la finalitat de la directiva de promoure la reparació per part de reparadors independents (v. gr. art. 5.6 i 5.8 DRB).⁸⁷

Alhora, el legislador català podria aprofitar l'ocasió per a preveure la possible reparació del bé per part del consumidor (vegeu atès 54 DCV). El que resulta més evident és que el consumidor, en aquests casos i sempre que el venedor no hagi reparat el bé, hauria de poder recuperar el preu de les peces de recanvi, ni que sigui en consideració dels danys i perjudicis que se li han causat (art. 621-37.1.e CCCat). Però entendre que el bé s'ha posat en conformitat en aquest cas podria comportar que els venedors s'haguessin de fer responsables de la reparació feta per un consumidor que no n'és expert (art. 621-23.3 CCCat), fet que no és desitjable.

⁸⁷ Com indica Arroyo, permetre el compliment per un tercer, sempre que s'hagi comunicat la manca de conformitat i s'hagi ofert l'opció de complir, evita que el comprador quedi sense remei i permet l'existència de serveis de reparació independents. ARROYO AMAYUELAS, E. «The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain», *EuCML*, 1, 2022, 39.

Bibliografia

- ARNAU RAVENTÓS, L. «La implementació al Dret civil català de les Dir. (UE) 2019/770 i 2019/771, relatives al contracte de subministrament d'elements digitals i al contracte de compravenda de béns», a INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT DE LA UNIVERSITAT DE GIRONA (Coord.). *Compravenda, arrendaments i noves modalitats d'ús temporal de béns*. Girona, Documenta Universitaria, 2021, 87-118.
- ARNAU RAVENTÓS, L. i GRAMUNT FOMBUENA, M. «La regulación del contrato de compraventa y de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales tras la incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771 al Derecho catalán», *ADC*, tomo LXXVI, 2023, fasc. I, 75-126.
- ARROYO AMAYUELAS, E. «Configuració i tipologia dels contractes de serveis: una proposta per a Catalunya des del marc europeu», a UNIVERSITAT DE GIRONA. INSTITUT DE DRET PRIVAT EUROPEU I COMPARAT (ed.). *Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi Civil de Catalunya: materials de les Setzenes Jornades de Dret Català a Tossa: 23 i 24 de setembre de 2010*. Girona: Documenta Universitaria, 2012, 183-226.
- ARROYO AMAYUELAS, E. «La Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia», *Indret*, 3, 2016, 1-33.
- ARROYO AMAYUELAS, E. «The Implementation of the EU Directives 2019/770 and 2019/771 in Spain», *EuCML*, 1, 2022, 35-40.
- ARROYO AMAYUELAS, E. «Los plazos de responsabilidad y los remedios por falta de conformidad», a GÓMEZ POMAR, F. FERNÁNDEZ CHACÓN, I. (dirs.). *El nuevo derecho digital. I. Los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales*. Cizur Menor, Aranzadi, 2024, 511-590.
- ARTIGOT GOLOBARDES, M. «Revisiting European Consumer Protection through the Lens of Sustainable Markets», SANTOS, M. NICOLUSSI, A. WENDEHORST, C. SALVADOR, P. CLÉMENT, M. i ZOLL, F. (eds.). *Routledge Handbook of Private Law and Sustainability*. Nova York, Routledge, 2024, 154-176.
- ATAMER, Y. i GRUNDMANN, S. «Sales Law in Transformation: Sustainability, Digitalisation, Servitisation», GRUNDMANN, S. i ATAMER, Y. (eds.). *European Sales Law*. Cambridge, Intersentia, 2023, 1-46.

- AUGENHOFER, S., ATAMER, Y. i POLUDNIAK Gierz, K. *European Commission's Proposal for a Directive on Common Rules Promoting the Repair of Goods (COM(2023) 155 final) - Feedback of the European Law Institute*, 2023.
- AVILÉS GARCÍA, J. et. al. «Contratos con finalidad translativa de dominio», a Bercovitz Rodríguez-Cano, R. (dir.). *Tratado de contratos. Tomo II*. 4a ed. València, Tirant lo Blanch, 2024, 2177-2926.
- BORGHETTI, J.S. «Direct Producer Liability for Non-Conformity: Is it Worth Pushing the Case?», GRUNDMANN, S. i ATAMER, Y. (eds.). *European Sales Law*. Cambridge, Intersentia, 2023, 249-276.
- BUJALSKI, M. «On Producers' Obligation to Repair Defective Goods: Direct Producers' Liability vs. Self-Standing Obligation under R2R Directive», *EuCML*, vol. 13, iss. 4, 2024, 174-184.
- CARRASCO PERERA, A. «Artículo 1101», a ALBALADEJO, M. (dir.). *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*. Tom XV, Vol. 1r, EDESA, 1989.
- CHARTER, M. i Keiller, S. «Repair cafés. Circular and social innovation», CHARTER, M. (ed.). *Designing for the Circular Economy*. Routledge, 2018.
- DALHAMMAR, C. et al. «What is the Right to Repair (R2r) and How can it be Realised through Legal Interventions?», GRUNDMANN, S. i ATAMER, Y. (eds.). *European Sales Law*. Cambridge, Intersentia, 2023, 165-196.
- FACCIOLI, M. «Economia circolare e sostenibilità ambientale nel diritto dei consumatori: prime note sulla dir. 2024/1799/UE recante norme comuni che promuovono la riparazione dei beni», *Persona e Mercato*, 3/2024, 945-967.
- FACCIOLI, M. «La riparazione del bene nella disciplina europea dei contratti di vendita mobiliare ai consumatori dopo la dir. 2024/1799/UE 553», *Pactum*, 4, 2024, 545-556.
- HEIDERHOFF, B. «Information Obligations (Consumer Contracts)», BASEDOW, J. HOPT, K. J. ZIMMERMANN, R. i STIER, A. *The Max Plack Encyclopedia of European Private Law*. Vol. I. Oxford, Oxford University Press, 2012, 869-872.
- IZQUIERDO GRAU, G. «La transición del Derecho de consumo hacia el paradigma de la economía circular», *Indret*, 2, 2023, 254-291.
- KEIRSBILCK, B. et al. *Sustainable Consumption and Consumer Protection Legislation, In-Depth Analysis for the Committee on Internal Market and Consumer Protection (IMCO), Policy Department for Economic, Scientific and Quality of Life Policies*. Luxemburg, Parlament Europeu, 2020.

- Loos, M. «Furthering Sustainability by Developing Specific Provisions for the Sale of Secondhand Goods: Rubbish or Recycling?», GRUNDMANN, S. i ATAMER, Y. (eds.). *European Sales Law*. Cambridge, Intersentia, 2023, 135-164.
- Loos, M. «Repairing Consumer Sales Law», *European Review of Private Law*, núm. 6, 2024, 945-978.
- MAK, V. i LUJINOVIC, E. «Towards a Circular Economy in EU Consumer Markets - Legal Possibilities and Legal Challenges and the Dutch Example», *EuCML*, 1, 2019, 4-13.
- Miguel OLIVEIRA, M. i Morais CARVALHO, J. «The (Un)Sustainability of the Sale of Goods», SANTOS, M. NICOLUSSI, A. WENDEHORST, C. SALVADOR, P. CLÉMENT, M. i ZOLL, F. (eds.). *Routledge Handbook of Private Law and Sustainability*. Nova York, Routledge, 2024, 123-139.
- MÖSLEI, F. «Service Contracts», BASEDOW, J. HOPT, K. J. ZIMMERMANN, R. i STIER, A. *The Max Plack Encyclopedia of European Private Law. Vol. I*. Oxford, Oxford University Press, 2012, 1548-1551.
- POZZO, B. «Private Law and Environmental Sustainability», SANTOS, M. NICOLUSSI, A. WENDEHORST, C. SALVADOR, P. CLÉMENT, M. i ZOLL, F. (eds.). *Routledge Handbook of Private Law and Sustainability*. Nova York, Routledge, 2024, 3-27.
- RUBÍ PUIG, A. «Article 621-5. Determinació del preu», Egea, J. Ferrer, J. (dirs.). Farnós, E. (coord.). *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*. Barcelona, Atelier, 2021, 104-112.
- SANTOS SILVA, M. i Garcia-Micó, T. G. «Cooling-Off Hot Deals: A Plea for Green Sludge in Distance Sales Contracts», SANTOS, M. NICOLUSSI, A. WENDEHORST, C. SALVADOR, P. CLÉMENT, M. i ZOLL, F. (eds.). *Routledge Handbook of Private Law and Sustainability*. Nova York, Routledge, 2024, 366-396.
- SCHULZE, R. ZOLL, F. *European Contract Law*. Baden Baden, C.H. Beck, Hart, Nomos, 2016, 154-156.
- STAUDENMAYER, D. BERTELMANN, B. «Art. 7 SGD. Objective requirements for conformity», SCHULZE, R. i Staudenmayer, D. *EU digital law: article-by-article commentary*. 2a ed. Baden-Baden: Nomos; München: Beck; Oxford: Hart, 2025.
- TERRY, E. «A Right to Repair? Towards Sustainable Remedies in Consumer Law», *European Review of Private Law*, núm. 4, 2019, 851-874.

La conformidad de los bienes y servicios a la luz de la sostenibilidad

Carlos Gómez Ligüerre

Universitat Pompeu Fabra

Sumario

1. Desarrollo económico sostenible y economía circular

- 1.1. Hacia un derecho de la sostenibilidad

2. De la sostenibilidad a la conformidad

3. El Reglamento de diseño ecológico

- 3.1. Ecología y consumo. Una visión general de la norma
- 3.2. La responsabilidad por el incumplimiento de requisitos de diseño ecológico

4. El derecho a reparar (*Right to repair*)

- 4.1. Una directiva de máximos para promover la reparación de bienes
- 4.2. El efecto limitado, por el momento, de la Directiva

5. La reforma de la Directiva 2019/771 y la obligación de información sobre la reparación

- 5.1. La reparabilidad como requisito objetivo de conformidad
- 5.2. La ampliación del plazo de garantía legal con motivo de la reparación
- 5.3. La opción entre reparación y sustitución
- 5.4. Bienes de cortesía y sustitución del bien

Bibliografía

1. Desarrollo económico sostenible y economía circular

A finales del año 2019, la Comisión Europea publicó el «Pacto Verde Europeo».¹ Un ambicioso plan de actuación cuyo objetivo fue (y sigue siendo), instaurar «una nueva estrategia de crecimiento destinada a transformar la Unión Europea en una sociedad equitativa y próspera, con una economía moderna, eficiente en el uso de los recursos y competitiva, en la que no habrá emisiones netas de gases de efecto invernadero en 2050 y el crecimiento económico estará disociado del uso de los recursos».² El plan, que se plantea como un «pacto» que la Comisión Europea propone al resto de instituciones de la Unión, incorpora actuaciones de diversa índole y de concreción diversa que han de regir la actuación legislativa de la Unión. Buena parte de los objetivos conciernen a las políticas industrial, agrícola y medioambiental de la Unión Europea y se presentan como la respuesta europea a los Objetivos de Desarrollo Sostenible (SDG, por sus siglas en inglés) marcados por Naciones Unidas en septiembre de 2015.³

En relación con la política industrial, que para la Unión es tanto la que supervisa la producción en suelo europeo como la que concierne a las importaciones de productos procedentes de terceros países, el Pacto anuncia la elaboración de un nuevo plan por la economía circular. En los términos en que se formula el anuncio:

«El plan de acción de la economía circular incluirá una política de “productos sostenibles” que sustentará el diseño circular de todos los productos sobre la base de una metodología y unos principios comunes. El plan de

¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. El Pacto Verde Europeo, 11.12.2019, COM (2019) 640 final.

² Comisión Europea, El Pacto Verde Europeo, p. 1.

³ Sobre las implicaciones legales de los objetivos de desarrollo sostenible de Naciones Unidas, Ralf MICHAELS, Verónica RUIZ ABOU-NIGM, Hans VAN LOON (coordinadores), *The Private Side of Transforming the World. UN Sustainable Development Goals 2030 and the role of private international law*, Intersentia, 2021.

acción dará prioridad a la reducción y reutilización de los materiales antes de su reciclado. Impulsará nuevos modelos de negocio y fijará requisitos mínimos para prevenir la entrada de productos perjudiciales para el medio ambiente en el mercado de la Unión Europea. También se reforzará la responsabilidad ampliada del productor.»

Para, más adelante, concretar que:

«(...) el plan de acción de la economía circular incluirá medidas para animar a las empresas a que ofrezcan productos reutilizables, duraderos y reparables y para que los consumidores puedan elegirlos. El plan de acción analizará la necesidad de establecer un «derecho a la reparación» y pondrá coto a la obsolescencia programada de los dispositivos, sobre todo en el sector de la electrónica».⁴

El «Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva» se publicó en el mes de marzo de 2020.⁵ Actualizaba los contenidos de uno anterior, publicado en el año 2014,⁶

⁴ Comisión Europea, El pacto Verde Europeo, p. 9.

⁵ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva, 11.3.2020, COM (2020) 98 final.

⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Hacia una economía circular: un programa de cero residuos para Europa, 2.7.2014, COM (2014) 398 final. Esa Comunicación describe lo que haya de entenderse por «economía circular» del siguiente modo: «Una economía circular mantiene el valor añadido de los productos el mayor tiempo posible y excluye los residuos. Funciona reteniendo los recursos en la economía cuando un producto ha llegado al final de su vida, de modo que puedan continuar utilizándose con provecho una y otra vez para crear más valor. La transición a una economía más circular exige la introducción de cambios en todas las cadenas de valor, desde el diseño de los productos hasta los nuevos modelos de gestión y de mercado, desde los nuevos modos de conversión de los residuos en un activo hasta las nuevas formas de comportamiento de los consumidores. Todo eso implica un cambio sistémico completo, así como innovación no sólo en las tecnologías, sino también en la organización, la sociedad,

para ajustarse tanto a los SDG de Naciones Unidas como al programa que anunciaba el Pacto Verde Europeo.

El «Nuevo Plan» identifica la circularidad como el medio para alcanzar la sostenibilidad. Un objetivo que ha de alcanzarse mediante normas y actuaciones que afectan tanto a la oferta (diseño de productos sostenibles y circularidad de los procesos de producción) como a la demanda (la Comunicación utiliza la expresión «empoderamiento de los consumidores y compradores públicos»). Actuaciones tendentes a adoptar un nuevo modelo de diseño y fabricación de los productos que se consumen en la Unión:

«(...) el patrón lineal “extraer-fabricar-usar-tirar” no ofrece a los productores incentivos suficientes para conseguir que sus productos sean más circulares. Muchos productos se descomponen con demasiada rapidez, no pueden reutilizarse, repararse o reciclarse fácilmente, y, en muchos casos, están concebidos para un solo uso. Al mismo tiempo, el mercado único proporciona una masa crítica que permite a la Unión Europea sentar las pautas mundiales en materia de sostenibilidad de los productos e influir en el diseño de los productos y en la gestión de la cadena de valor en todo el mundo.»⁷

En concreto, el «Nuevo Plan» anuncia que:

«Como parte de esta iniciativa legislativa y, según proceda, mediante propuestas legislativas complementarias, la Comisión estudiará la posibilidad de establecer principios de sostenibilidad y otros medios adecuados para regular los siguientes aspectos: (...) mejorar la durabilidad,

los métodos de financiación y las políticas. Incluso en una economía fuertemente circularizada quedará siempre algún componente de linealidad, pues hacen falta recursos vírgenes y hay que eliminar residuos.», p. 2.

⁷ Comisión Europea, Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y competitiva, p. 3.

reutilizabilidad, actualizabilidad y reparabilidad de los productos».⁸

En el mismo mes de marzo de 2020, la Comisión Europea publicaba su Comunicación «Un nuevo modelo de industria para Europa»⁹ que anunciaba la intención de la Comisión de impulsar una «doble transición» de la industria europea hacia la neutralidad climática y el liderazgo digital¹⁰.

Las Comunicaciones de la Comisión referidas hasta el momento no son actos jurídicos contemplados en el artículo 288 TFUE.¹¹ Carecen,

⁸ Comisión Europea, Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y competitiva, p. 4.

⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Un nuevo modelo de industria para Europa, 10.3.2020, COM (2020) 102 final.

¹⁰ La Resolución del Parlamento Europeo de 25 de noviembre de 2020 «Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores» (2020/2021 (INI)) recibió con satisfacción las comunicaciones de la Comisión sobre el Pacto verde y la Nueva economía circular y anunciaba el apoyo al programa legislativo en ellas anunciado. En esa Resolución, el Parlamento Europeo manifiesta que «Acoge con satisfacción el nuevo Plan de Acción para la Economía Circular presentado por la Comisión y la voluntad declarada de promover productos sostenibles y más fáciles de reparar, reutilizar y reciclar, a la vez que se adoptan medidas para apoyar a los consumidores en esta transición» e insta a la Comisión a desarrollar un plan legislativo que incluya la lucha contra la obsolescencia programada, una nueva estrategia reparación de los productos y la adopción de una estrategia de la, así denominada en la Resolución, «economía de la reutilización», entre otros objetivos señalados por el Parlamento.

¹¹ De hecho, ni siquiera se contemplan como tales entre las posibles modalidades del derecho secundario de la Unión. El artículo 288 TFUE menciona las recomendaciones y los dictámenes como instrumentos jurídicos propios del derecho derivado no vinculante. Estos vendrían a ser los instrumentos propios del derecho no vinculante típico, mientras que otras manifestaciones de la práctica institucional de la Unión como, por ejemplo, las comunicaciones de la Comisión, vendrían a formar parte de un mismo derecho derivado sin vinculación que puede ser calificado como de «soft law» atípico. Las comunicaciones no vinculan a los Estados o particulares (STJUE de 19 de julio de 2016, *Grimaldi*, C-526/14 (ECLI:EU:C:2016:570, apartados 43 a 45). No pueden fundamentar, por tanto, pretensiones ante los tribunales, pues no son normas jurídicas aplicables. Sin embargo, que no sean vinculantes no implica que carezcan de efectos jurídicos o que sean irrelevantes para la comprensión del derecho de la Unión. Las comunicaciones

por tanto, de valor vinculante. Son documentos programáticos, que anuncian la estrategia de la Comisión para cumplir con su deber de promoción del interés general de la Unión (artículo 17.1 TUE), que definen las orientaciones conforme a las cuales la Comisión desempeñará su iniciativa legislativa (artículo 17.2 TUE), anuncian las consecuencias normativas del programa de cada presidencia de la Comisión (artículo 17.6 TUE) y, en general, dan cumplimiento a la obligación de transparencia que el artículo 15 TFUE impone a los trabajos de los todas las instituciones europeas.

Son, con todo, más relevantes que meras declaraciones políticas. Así lo demuestra que se mencionen en las directivas y reglamentos que traducen en actos jurídicos vinculantes los planes de actuación anunciados en las comunicaciones. Por tanto, aunque por remisión, forman parte de los antecedentes legislativos y no pueden ser ignoradas en la aplicación e interpretación de las normas europeas.¹²

vinculan a la propia Comisión, que las formula, pues mediante ellas anuncia de qué modo hará uso de sus poderes discrecionales de promoción del interés de la Unión. Son, también referentes interpretativos de la normativa europea. De este modo, aunque no pueden ser alegadas antes los Tribunales, estos deben tenerlas en cuenta a la hora de interpretar la legislación aplicable. Así lo confirma la cita habitual de comunicaciones de la Comisión en los considerandos de reglamentos y directivas. Sobre el tema, David SARMIENTO, *El derecho de la Unión Europea*, 2ª edición, Marcial Pons, 2018, pp. 276-279 y Ricardo ALONSO GARCÍA, «El *soft law* comunitario», *Revista de Administración Pública*, 154, 2001, pp. 63-94.

¹² «As compared with documents released by single legislative institutions, the recitals preceding the measures of the Union are invested with a higher authority. To a certain extent, they reflect the *common* views and intentions of the three legislative institutions of the Union. Though the recitals, the EU legislature complies with the obligation under Article 296(2) TFEU to state the reasons for the adoption of the legislative act at issue. Over the years, however, they have become more detailed and longer and have grown in number to a point where they could be designated as small treaties and may even appear as the utterances of a chatty legislature. Nevertheless, they often contain helpful information. The Court of Justice refers to them more frequently than to the comments of a single legislative body. In particular, the references are meant to support the identification of the enabling provision of an act, the embeddedness of that act in the policies pursued in the respective sector and the purpose of individual provisions.», Jürgen BASEDOW, *EU Private Law. The Anatomy of a Growing Legal Order*, Intersentia, 2021, p. 619.

1.1. Hacia un derecho de la sostenibilidad

Parece prematuro hablar de un «derecho de la sostenibilidad». Seguramente lo fue también el algún tiempo pasado hablar del «derecho del transporte» o del «derecho de consumo». Lo cierto e indiscutible en la Europa contemporánea es que la «sostenibilidad» es ya un concepto habitual en el discurso legislativo cuya obtención es un objetivo que el derecho privado ya no puede desconocer.

Un objetivo ambicioso, de urgencia e importancia indudables, cuyos contornos difusos dificultan su traducción legislativa. Parece que la sostenibilidad debería ser el resultado de muchas y variadas acciones de tipo diverso y que debería tratarse de una cualidad —la de ser sostenible—, presente en todo tipo de políticas públicas y también de —y de allí viene la vinculación con el derecho privado— de decisiones de los particulares, entre otras, las relativas a los productos que consumen y el modo de consumirlos.

La sostenibilidad sería el resultado de determinadas exigencias técnicas que habrían de promover la economía circular con la finalidad de reducir el consumo de recursos. De este modo, se protege el medio ambiente, pues se reduciría la frecuencia de las actividades potencialmente contaminantes y el impacto ecológico negativo que suponen la gestión y eliminación de residuos. La sostenibilidad es, desde esta perspectiva, un elemento más de la política medioambiental. A esa visión se sumaría otra de gran importancia relativa a la protección de los derechos humanos y las condiciones de explotación de los recursos naturales. Una visión que, por un lado, compromete indudables objetivos de bienestar global que deberían comprometer a todos los agentes sociales y, por otro, evita la deslocalización de la actividad productiva en jurisdicciones poco escrupulosas en términos de protección del medio ambiente y los derechos humanos.¹³

Así entendida, la sostenibilidad es un objetivo de interés público que involucra la protección de bienes comunes (públicos, en el sentido

¹³ Véase, Richard REVESZ, Philippe SANDS, Richard B. STEWART (editors), *Environmental Law, the Economy, and Sustainable Development. The United States, the European Union, and the International Community*, Cambridge University Press, 2000.

económico del término, es decir, bienes no excluyentes y no rivales). Los mecanismos jurídicos habituales en la cultura continental europea para la protección de este tipo de recursos han venido de la mano del derecho público y de las políticas públicas. Así entendida, la sostenibilidad se fundamenta en tres pilares: la protección del medio ambiente, la organización de la actividad económica y la protección de los derechos sociales.¹⁴ Esta es seguramente la forma en que comúnmente se entienden las expresiones «desarrollo sostenible» o «economía sostenible», cuya idea común es la de preservar para las generaciones posteriores los recursos y el desarrollo económico y social alcanzado hasta la fecha.

Esa es la visión que subyace al artículo 11 TFUE cuando dispone que:

«Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible.

Una previsión que debe relacionarse el artículo 3 TFUE y la competencia exclusiva de la Unión en materia de:

(...) b) el establecimiento de las normas sobre competencia necesarias para el funcionamiento del mercado interior; (...) e) la política comercial común.»

A pesar de la rotundidad de sus objetivos, esa manera de entender la sostenibilidad se puede definir como propia de una «concepción débil»; entendiendo el adjetivo en el contexto de una sostenibilidad que implica de manera muy difusa al individuo y que lo convierte en mero sujeto paciente de decisiones públicas.¹⁵

Esa visión débil, difusa o lejana de la sostenibilidad convive ahora con otra que, por oposición, puede referirse como «sostenibilidad fuerte». De esa sostenibilidad darían razón las comunicaciones de la Comisión referidas en el apartado anterior y las normativas europeas

¹⁴ Rupprecht PODSZUN, Tristan ROHNER, *Nachhaltigkeit und Recht*, C. H. Beck, 2024, pp. 16-24.

¹⁵ Konrad OTT, Ralf DÖRING, *Theorie und Praxis starker Nachhaltigkeit*, Metropolis, 2011, pp. 108 y ss.

que se analizan en los posteriores. La sostenibilidad, para ser tal y además de todo lo dicho hasta el momento, exige la reducción de la llamada «huella ecológica» en todas y cada una de las decisiones individuales de consumo. Esa dimensión asume el carácter sostenible de la producción y distribución de bienes, pero añade a ella, las exigencias de un consumo que debe ser sostenible. Una meta a la que contribuyen las herramientas propias del derecho privado. De forma muy especial, las relativas a la compraventa y otros contratos de transmisión y disfrute de bienes.

La combinación de ambas visiones da lugar a normas como las que se analizan en los apartados siguientes. Normas que son manifestación de una forma de regular en derecho privado a la que el legislador europeo nos ha venido acostumbrando. Son textos legales de lectura compleja, que transitan entre el derecho público y el derecho privado y que comparten algunos rasgos propios de un nuevo enfoque en el derecho privado y la forma de disciplinarlo.

Algunos rasgos son compartidos con el método legislativo que ha devenido propio entre las instituciones europeas, en especial, la combinación de comunicaciones recíprocas previas a la adopción de los actos legislativos propios del derecho derivado. Unos modos auspiciados por las formas adoptadas por la Comisión para cumplir con las funciones que le encomiendan los tratados. En una suerte de «legislación extensa», la interpretación de la normativa europea requiere cada vez en mayor medida de la lectura conjunta de las comunicaciones de la Comisión y de las normas —Reglamentos o Directivas—, a que han dado lugar.¹⁶

Otros son característicos de un derecho privado que se considera un instrumento para la consecución de un fin que trasciende a la lógica del intercambio y a los propósitos de los contratantes.

¹⁶ «(...) the role of the Commission as a “guardian” of Union law and as a promoter of its general interest, reflected by Article 17 TEU, appears to allow almost any action that falls short of the adoption of binding acts. It is therefore unsurprising that the Commission has made ample use of such tools with a view to what may be called soft harmonization as an alternative to legislation. Such initiatives also target the relations between private parties. This explains the designation and frequent treatment of soft law in current literature on EU law.», Jürgen BASEDOW, *EU Private Law*, cit., p. 303.

Entre ellos, puede identificarse una tendencia a la ampliación de sujetos potencialmente responsables. Habitualmente referidos de manera genérica como «operadores económicos». El fabricante y el comerciante son responsables de lo que, respectivamente, producen y venden. El primero viene obligado a producir bienes sostenibles. El segundo no debería comercializar bienes que no son sostenibles. Junto a ellos, aparecen el importador y representante autorizado del fabricante ubicado fuera de la Unión, el prestador de servicios logísticos, la plataforma electrónica que intermedia y el distribuidor. Una secuencia de responsables que tiene por objetivo principal el de evitar que el consumidor europeo haya de litigar fuera del territorio de la Unión, pero que promueve, sin duda, una secuencia de garantes de la sostenibilidad con una lógica que es muy lejana a la propia del principio de relatividad de los contratos.

Todos esos responsables potenciales vienen obligados a cumplir con determinadas obligaciones. En algunos casos son obligaciones propias, como las de un determinado requisito técnico que impone al fabricante de un bien. En otras, se trata de obligaciones de diligencia relativas al control del cumplimiento de las obligaciones que competen a otros eslabones de la cadena de suministro. El incumplimiento de unas y otras da lugar a responsabilidad. En ocasiones, desligada de la causación de daños concretos sufridos por el consumidor. Muchas de esas obligaciones se determinan conforme a estándares legales abiertos, cuya adecuación al derecho europeo solo puede evaluarse conforme a los principios de equivalencia y efectividad.

El control de esos estándares se confía a los poderes públicos y ya es habitual encontrar la previsión de sanciones públicas o la habilitación para establecerlas en normas sobre contratación con consumidores. Ese control se complementa con la legitimación de los particulares para exigir el cumplimiento de esos estándares, en una suerte de aplicación privada (*private enforcement*) de la normativa europea sobre sostenibilidad.

Una última, de las varias características que podrían destacarse de este nuevo derecho de la sostenibilidad o derecho privado del consumo sostenible tiene que ver con la superación de la distinción tradicional entre productos y servicios; entre contrato de obra y de servicios; entre compraventa y contratos de uso.

La sostenibilidad no distingue entre unos y otros y el objetivo es que el consumo, con independencia de la tipología legal que haga posible el disfrute de un bien, se desarrolle conforme a criterios sostenibles. Por un lado. Por otro, el legislador europeo es consciente de que las distinciones apuntadas, de honda raigambre en nuestros Códigos, ya no se corresponden con la realidad material del consumo de bienes que, cada vez en mayor medida, son solo soportes materiales de servicios auxiliares o complementarios. Esa realidad tiene una importante consecuencia en términos de sostenibilidad, pues no se trata solo de determinar si el bien lo es en el momento de su puesta en servicios, sino de asegurar que esa cualidad de sostenible se mantiene durante toda su vida útil. En el Pacto Verde europeo, la Comisión se propone:

«(...) incentivar los «productos como servicios» u otros modelos similares en los que los productores conservan la propiedad del producto o la responsabilidad por su rendimiento a lo largo de su ciclo de vida» (...), p. 4.

2. De la sostenibilidad a la conformidad

Las Comunicaciones de la Comisión Europea sobre el «Pacto verde europeo» y el «Nuevo plan de acción para la economía circular» han sido las precursoras de muchas y variadas iniciativas legislativas. Entre ellas, hay dos de especial relevancia para el propósito de este estudio. Se trata del Reglamento de diseño ecológico¹⁷ y de la Directiva para promover la reparación de bienes.¹⁸

En ambos casos, es evidente la tendencia que anuncia el título de este trabajo: la conformidad de los bienes incorpora la cualidad de su sostenibilidad. Ya no se trata de que los bienes de consumo sean aptos

¹⁷ Reglamento (UE) 2024/1781, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se instaure un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a productos sostenibles.

¹⁸ Directiva (UE) 2024/1799, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes.

para el uso previsto, sino que su diseño, mantenimiento y su desecho al final de su vida útil se ajusten a criterios medioambientales y puedan promover la economía circular. Esos criterios, que se desarrollan en los apartados siguientes con ocasión del análisis de las dos normas legales referidas, integran el contrato de consumo. Son obligaciones que asumen los operadores económicos, cuyo incumplimiento genera pretensiones de remediación en el consumidor.

De este modo, puede afirmarse que, en el vigente derecho europeo, la protección del consumidor se emplea como un medio más para alcanzar la sostenibilidad. Así se ha concretado el objetivo de «empoderamiento» de los consumidores al que hace referencia el Nuevo Plan europeo para la economía circular. Se trata de una vía indirecta de fomentar algo así como una «aplicación privada» del derecho de la sostenibilidad. Alcanzarla ya no es solo misión de los poderes públicos, que les faculta para exigir determinadas actuaciones a los operadores económicos. La sostenibilidad involucra a los consumidores, que tienen derecho a exigirla. Para que eso sea así, los criterios europeos de sostenibilidad se han incorporado al juicio objetivo sobre la conformidad de los bienes de consumo. La ausencia de tales criterios provocará la falta de conformidad del bien afectado y facultará al consumidor a instar los remedios legales para exigir la puesta en conformidad.

Consciente de que la vida útil de un bien puede superar el plazo de duración de los remedios legales a la falta de conformidad y que la falta de sostenibilidad de un bien puede manifestarse expirados esos plazos, el legislador europeo ha previsto un régimen especial de reparación de bienes para, precisamente, alargar su vida útil y reducir el uso de recursos necesarios que supondría abocar al consumidor a la adquisición de otro bien de nueva fabricación. El acierto de tales medidas debe analizarse teniendo en cuenta lo que se explica en las páginas que siguen.

3. El Reglamento de diseño ecológico

El Reglamento de diseño ecológico impone que todos los productos que se introduzcan en el mercado europeo cumplan, entre otros, con los requisitos de «durabilidad», «reutilizabilidad», «reparabilidad» y

«posibilidad de mantenimiento y reacondicionamiento» (artículo 5) que se especifiquen en los actos que el propio Reglamento delega en la Comisión (artículo 4). Todo ello con la finalidad de «mejorar la sostenibilidad medioambiental de los productos» (artículo 1).

3.1. Ecología y consumo. Una visión general de la norma

Conforme al artículo 3 del Reglamento:

«Solamente se introducirán en el mercado o se pondrán en servicio productos que cumplan los requisitos de diseño ecológico que sean aplicables a dichos productos (...)»

Un ambicioso objetivo cuya concreción depende de las exigencias técnicas que la Comisión establezca para todos los productos que hayan de entrar en el mercado común. A este efecto, el Reglamento reconoce a la Comisión amplios poderes delegados para la concreción material de los requisitos de diseño ecológico en la revisión de las autorizaciones de comercialización ya existentes y en las que se concedan a partir del 19 de julio de 2025 (artículo 4.7).

Hasta la promulgación del Reglamento de diseño ecológico, la norma que hacía referencia a un diseño de esa índole en el derecho de la Unión era la Directiva 2009/125, de 21 de octubre de 2009, por la que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía, que el Reglamento deroga expresamente conforme al complejo régimen transitorio de su artículo 79. La experiencia acumulada en la aplicación de esa Directiva se extiende ahora a todos los productos del mercado común, que habrán de contar con un «pasaporte digital» (artículo 9) de acceso público mediante una página web que la Comisión habrá de crear (artículo 14), con un «identificador único» (artículo 12) y con una etiqueta ecológica (artículo 16).

El Reglamento es una norma de control del mercado. Reconoce amplios poderes delegados a la Comisión e involucra a las autoridades nacionales, de aduanas y de vigilancia del mercado en la consecución de objetivos tan amplios como la protección del medio ambiente, el

desarrollo sostenible o la seguridad de la salud que solo son efectivos mediante la adopción de normas técnicas. Su objetivo es asegurar un estándar ecológico en todos los productos comercializados en la Unión, tanto los fabricados en suelo europeo como los procedentes de terceros países. Es una norma imperativa que sirve de cobertura a la miríada de normas delegadas que elaborará la Comisión para determinar los requisitos ecológicos exigibles a cada sector de producción. En esta materia, la norma europea ya no pretende la coordinación de las legislaciones nacionales, sino el establecimiento de estándares técnicos comunes que habrán de ser observados por los operadores económicos y controlados por las autoridades nacionales.¹⁹ Para ello, es evidente que la norma que se ajusta al objetivo perseguido es un Reglamento, cuyas normas obligan tanto a los Estados que han de velar por su cumplimiento como a los particulares afectados por la nueva regulación (cfr. artículo 288 TFUE). No caben las divergencias propias de la unificación de objetivos comunes mediante una Directiva.

El Considerando 122 del Reglamento de diseño ecológico justifica sus ventajas respecto a una directiva de contenido equivalente en los siguientes términos:

«Dado que los objetivos del presente Reglamento, a saber, mejorar la sostenibilidad medioambiental de los productos y garantizar la libre circulación, en el mercado interior, de los productos para los que se establezcan requisitos de diseño ecológico, no pueden ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, sino que, debido a sus dimensiones y efectos, pueden lograrse mejor a escala de la Unión, esta puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea. De conformidad con el principio de proporcionalidad establecido en el mismo artículo, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar dichos objetivos.»

¹⁹ Véase, Susanne TÖLLE, *Der Rechtsrahmen für den Erlass von Ökodesign-Anforderungen*, Nomos, 2016.

La afirmación evoca la evolución experimentada por la normativa europea sobre la seguridad de los productos. En ese ámbito, el nuevo Reglamento 2023/988, de 10 de mayo de 2023, relativo a la seguridad general de los productos, derogó la Directiva 2001/95, sobre la materia. La justificación del cambio de instrumento legislativo fue que «Un reglamento es el instrumento normativo apropiado, ya que impone normas claras y detalladas que no dejan margen para transposiciones divergentes por parte de los Estados miembros. La elección del reglamento en lugar de la directiva también permite conseguir mejor el objetivo de garantizar la congruencia con el marco legislativo de vigilancia del mercado de los productos que entran en el ámbito de aplicación de la legislación de armonización de la Unión.» (Considerando 3 del Reglamento de seguridad de productos).²⁰

En el caso del Reglamento de diseño ecológico, no existía una directiva europea previa que hubiera de ser derogada. La adopción de un reglamento es una prueba de la unificación de las normas sobre conformidad de productos que promueve la Comisión.

Esas normas siguen una pauta común en la identificación de los operadores económicos responsables. Ya se ha hecho referencia a ese fenómeno. El Reglamento de diseño ecológico impone el cumplimiento de los requisitos de diseño a los fabricantes (artículo 27), a sus representantes autorizados (artículo 28), a los importadores (artículo

²⁰ Se trata de otra manifestación, a la que se suma el Reglamento de diseño ecológico, del programa normativo que auspició con carácter general el Reglamento 2019/1020, de 20 de junio de 2019, relativo a la vigilancia del mercado y la conformidad de los productos. En su Considerando 67, la conveniencia de un Reglamento que unifique las reglas de vigilancia del mercado interior se formula en los siguientes términos: «Dado que el objetivo del presente Reglamento, a saber, mejorar el funcionamiento del mercado interior reforzando la vigilancia del mercado de los productos a los que se aplique la legislación de armonización de la Unión, no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros debido a la necesidad de un grado muy elevado de cooperación, interacción y coherencia en la actuación de todas las autoridades competentes de todos los Estados miembros, sino que, debido a su dimensión y sus efectos, puede alcanzarse mejor a escala de la Unión, esta puede adoptar medidas, de acuerdo con el principio de subsidiariedad establecido en el artículo 5 del Tratado de la Unión Europea. De acuerdo con el principio de proporcionalidad establecido en el mismo artículo, el presente Reglamento no excede de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.»

29), a los distribuidores (artículo 30) y prestadores de servicios logísticos (artículo 33) y, finalmente, a los comerciantes (artículo 31). Todos ellos comparten el deber de fabricar, introducir en la Unión, distribuir y vender productos que cumplan con los estándares técnicos de diseño y rendimiento que impone el Reglamento. Todos ellos están obligados a cumplir con los deberes de control y comunicación y todos ellos son sujetos pasivos potenciales de las potestades sancionadoras que reconoce la norma (artículo 74).

3.2. La responsabilidad por el incumplimiento de requisitos de diseño ecológico

Las obligaciones que impone el Reglamento de diseño ecológico no se agotan, sin embargo, con las medidas de carácter público propias de la vigilancia del mercado. El artículo 76 de la norma reconoce a los consumidores la posibilidad de reclamar daños y perjuicios causados por el incumplimiento de los requisitos de diseño ecológico:

«En caso de que un producto no cumpla los requisitos de diseño ecológico establecidos en los actos delegados adoptados en virtud del artículo 4, los siguientes operadores económicos serán responsables de los daños y perjuicios sufridos por el consumidor:

- a) el fabricante, o
- b) en caso de que el fabricante no esté establecido en la Unión, y sin perjuicio de su propia responsabilidad, el importador o el representante autorizado del fabricante, o
- c) en caso de que el importador no esté establecido en la Unión o no exista un representante autorizado del fabricante, el prestador de servicios logísticos.

La responsabilidad de los operadores económicos por daños y perjuicios se entenderá sin perjuicio de la aplicación de otras vías de recurso a disposición de los consumidores en virtud del Derecho de la Unión o nacional.»

El precepto es otra manifestación de la ampliación de sujetos responsables a la que ya se ha hecho referencia y que se consolida como uno de los rasgos característicos del derecho europeo de la

responsabilidad. La novedad de la norma obliga a ser cauteloso en su lectura, pero el tenor literal de la norma anuncia algunos problemas prácticos que, de buen seguro, habrán de ser resueltos en el futuro por el Tribunal de Justicia.

La norma no distingue entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. Por tanto, los daños a que se refiere pueden ser tanto los derivados de la falta de conformidad del producto como los causados a la persona o bienes del consumidor.

En ambos supuestos, la responsabilidad a que se refiere el artículo 76 del Reglamento es objetiva. El texto del precepto deja poco margen de duda cuando prevé que «los operadores económicos (...) serán responsables de los daños».

3.2.1. Responsabilidad contractual por falta de conformidad ecológica

En el primer caso, el artículo 76 del Reglamento incorpora los requisitos de diseño ecológico al juicio sobre la conformidad del bien. Tales requisitos integran el contenido del contrato (cfr. artículo 1258 CC) y su ausencia equivaldrá a una falta de conformidad. La divergencia entre las exigencias sobre «durabilidad»²¹, «reutilizabilidad», «reparabilidad» y «posibilidad de mantenimiento y reacondicionamiento» a que se refiere el artículo 5 del Reglamento y que se hayan sido concretadas para una determinada categoría de productos por un acto delegado promulgado por la Comisión podrá fundamentar una pretensión de responsabilidad contractual por falta

²¹ Por tal habrá de entenderse la que se corresponde con un uso normal del bien. Por tanto, el incumplimiento relativo a la durabilidad será el que suponga un acortamiento de la vida útil del bien que no se corresponda con el desgaste normal asociado a su uso. Es decir, se trata de evitar la «obsolescencia programada o prematura», que el artículo 2.21 del Reglamento de diseño ecológico define como «una característica de diseño de un producto o acción posterior u omisión que da lugar a que el producto deje de ser funcional o sea menos eficaz sin que dichos cambios de funcionalidad o rendimiento se deriven del desgaste por un uso ordinario.»

de conformidad del bien. Una pretensión de incumplimiento por falta de conformidad ecológica.

Esa pretensión es una manifestación de la aplicación privada del derecho de la Unión. Un reconocimiento general a los particulares de una pretensión compensatoria por los daños causados por el incumplimiento de obligaciones legales que, con la cautela ya referida, plantea problemas en dos órdenes diferentes de cuestiones.

El primero tiene que ver con el régimen aplicable a esa «responsabilidad por incumplimiento de obligaciones de diseño ecológico» y deriva de la naturaleza legal de la norma en que se prevé. Contenida en un Reglamento europeo, no deja margen de maniobra a los Estados miembros para que puedan adaptar sus previsiones a los respectivos derechos internos. Parece que la norma prevé un régimen propio de responsabilidad, pero su insuficiencia, por ejemplo, en materia de prescripción de la pretensión del consumidor o de determinación de la causalidad, obligará a acudir a los regímenes nacionales de responsabilidad. La aplicación directa del Reglamento, sin embargo, puede llevar a que legisladores nacionales poco pulcros entiendan que ninguna acción se requiere por su parte y que la pretensión que se reconoce en el artículo 76 del Reglamento carezca de un acomodo adecuado en la respectiva legislación nacional.

El propio Reglamento parece ser consciente del problema, al menos en parte. La norma modifica el Anexo de la Directiva 2020/1828, relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, para que los incumplimientos de diseño ecológico previstos en el Reglamento puedan fundamentar tales acciones de clase. El Considerando 118 del Reglamento justifica la reforma de la Directiva en los siguientes términos:

«Los consumidores deben tener derecho a hacer valer sus derechos en relación con las obligaciones impuestas a los fabricantes y, en su caso, a los importadores, los representantes autorizados y los prestadores de servicios logísticos en virtud del presente Reglamento mediante acciones de representación de conformidad con la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo. A tal fin, el presente Reglamento debe disponer que la Directiva (UE) 2020/1828 sea aplicable a las acciones de

representación relativas a las infracciones del presente Reglamento por parte de fabricantes y, en su caso, por importadores, representantes autorizados y prestadores de servicios logísticos que se consideren empresarios con arreglo al artículo 3, punto 2, de dicha Directiva que perjudiquen o puedan perjudicar los intereses colectivos de los consumidores. Por lo tanto, procede a modificar el anexo I de dicha Directiva en consecuencia. Corresponde a los Estados miembros garantizar que dicha modificación se refleje en sus medidas de transposición adoptadas de conformidad con dicha Directiva, aunque la adopción de medidas nacionales de transposición a este respecto no es una condición para la aplicabilidad de dicha Directiva a las acciones de representación. La aplicabilidad de la Directiva a las acciones de representación ejercitadas frente a infracciones por parte de fabricantes y, en su caso, por importadores, representantes autorizados y prestadores de servicios logísticos de las disposiciones del presente Reglamento que perjudiquen o puedan perjudicar los intereses colectivos de los consumidores debe comenzar a partir de la fecha de entrada en vigor del presente Reglamento.»

La solución es, con todo, parcial, pues el artículo 76 no limita su aplicación a tales acciones y nada impide que la responsabilidad que contempla la norma pueda pretenderse con motivo de acciones individuales.

En segundo lugar, la existencia de un régimen propio de responsabilidad por incumplimiento de requisitos de diseño ecológico parece compadecerse de mala manera con la previsión final del artículo 76 del Reglamento. Conforme a ella, la responsabilidad que se anuncia en el precepto es compatible con otras vías de responsabilidad previstas en las respectivas legislaciones nacionales. La remisión en bloque a esas regulaciones nacionales plantea la duda de su coordinación con la prevista en el Reglamento.

El artículo 76 del Reglamento impone la responsabilidad por daños a fabricantes, en su defecto, a importadores o representantes

autorizados y, en su defecto, de nuevo, a los prestadores de servicios logísticos. La norma identifica operadores responsables, pero nada dice sobre el contenido de esa responsabilidad, genéricamente vinculada a los daños sufridos por el consumidor, ni sobre el modo de remediarla. La norma, en la generalidad de su tenor literal, puede dar lugar a una pretensión estrictamente indemnizatoria que desconozca el elenco y jerarquía de remedios en los casos de falta de conformidad habituales en la normativa europea de protección del consumidor.

El Considerando 117 del Reglamento ayuda a contextualizar la previsión contenida en la norma:

«Para facilitar la aplicación privada del presente Reglamento, los consumidores que hayan sufrido daños debido al incumplimiento por parte de un producto de los requisitos de diseño ecológico deben tener derecho a reclamar una indemnización por dichos daños al fabricante del producto o, si el fabricante no está establecido en la Unión, al importador o al representante autorizado del fabricante o, si ninguno de estos operadores económicos está establecido en la Unión, al prestador de servicios logísticos. Dicho derecho a indemnización debe entenderse sin perjuicio de otras medidas correctoras disponibles para los consumidores en virtud del Derecho de la Unión, como las medidas correctoras contra el vendedor en caso de falta de conformidad de los bienes vendidos, de conformidad con la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo. Además, no debe impedirse que los Estados miembros introduzcan o mantengan derechos de los consumidores a otras medidas correctoras de conformidad con su Derecho nacional, como la reparación o la sustitución de productos que incumplan los requisitos de diseño ecológico.»

Esas «otras medidas» a las que hace referencia el Considerando transcrito pueden involucrar a otros sujetos responsables; por ejemplo, a distribuidores y comerciantes. Estos, sin embargo, no se contemplan en el artículo 76 del Reglamento, lo que puede dar lugar a la convivencia de regímenes de responsabilidad potencialmente

incompatibles si involucran a los mismos responsables, pero diferenciables —y compatibles— si los legitimados pasivos y la causa de pedir son diferentes.

La convivencia de la pretensión del artículo 76 con las nacionales de protección de los consumidores (que son el resultado de las sucesivas adaptaciones a directivas europeas) puede dar lugar a situaciones extrañas. Si se acumulan, parece lógico que, por ejemplo, el operador de servicios logísticos no puede asumir las obligaciones derivadas de la reparación o sustitución del bien. También que tanto este operador como el importador o representante autorizado del fabricante no están en la mejor posición imaginable para ofrecer una reducción de precio o la resolución del contrato en los casos de falta de conformidad de relevancia resolutoria. Y si tales remedios se exigen al vendedor (cfr. artículo 5 y artículos 117 a 119 quater TRLGDCU y 621-38 a 621-42 CCCat), acaso el consumidor podría sumar a la pretensión de puesta en conformidad otra estrictamente indemnizatoria fundada en el artículo 76 del Reglamento y dirigida contra los sujetos identificados en el precepto.

Una solución de este tipo, que parece posible por la autonomía que el artículo 76 del Reglamento parece dispensar a la responsabilidad por daños causados por incumplimientos de diseño ecológico solo sería lógicamente atendible en los casos en que la puesta en conformidad no solventara el incumplimiento de las normas sobre ecología del producto. Es decir, que, por ejemplo, la falta de conformidad derivara de un rendimiento deficiente o de exigencias de durabilidad que consistieran en un incumplimiento de obligaciones derivadas del diseño ecológico, pero que pudieran ser remediadas mediante la reparación del producto o su sustitución por otro técnicamente correcto. En ese caso, si el régimen de la puesta en conformidad supone la vuelta del bien a la legalidad ecológica, el artículo 76 del Reglamento no debería fundamentar una pretensión adicional.

Esta conclusión, sin embargo, se enfrenta con algunos obstáculos. Por un lado, la convivencia de la pretensión por daños del artículo 76 con las nacionales de protección del consumidor se plantea en el Reglamento en términos de compatibilidad («se entenderá sin perjuicio de la aplicación de otras vías de recurso»). Por tanto, puede fácilmente defenderse que el legislador europeo

ha querido añadir un nuevo nivel de responsabilidad por daños compatible con la que pueda derivarse de la falta de conformidad y sus remedios generales.

Por otro lado, la divergencia de operadores económicos potencialmente responsables del incumplimiento ecológico y de la falta de conformidad parece abonar la idea de que se trata de dos regímenes de responsabilidad diversos, exigibles a sujetos diferentes y que pueden convivir respecto de un mismo incumplimiento que, a su vez, suponga una falta de conformidad. Así, el «empresario» respondería de esta última según el elenco de remedios aplicables y el operador económico correspondiente del artículo 76 del Reglamento asumiría, por ejemplo, la indemnización de los perjuicios de naturaleza económica sufridos por el consumidor, aunque la puesta en conformidad haya solventado la carencia de que adolecía el bien. Es cierto, por último, que las normas nacionales de protección del consumidor tienen por finalidad alcanzar la conformidad cuya ausencia genera daños al consumidor, pero que es la conformidad y no tales daños, la que se toma como criterio de determinación tanto de la existencia de responsabilidad como de la medida de su enmienda. El artículo 76 del Reglamento vendría a complementar ese régimen mediante el reconocimiento de una pretensión indemnizatoria por los perjuicios derivados de la falta de conformidad por el incumplimiento de requisitos de diseño ecológico.

3.2.2. Responsabilidad por daños causados por defectos ecológicos

La responsabilidad por daños causados por el incumplimiento de requisitos de diseño ecológico puede ser extracontractual. Nada en el precepto lo excluye, pues su aplicación se proyecta sobre los daños sufridos por el consumidor y no a los que afecten exclusivamente al producto con carencias ecológicas. Por tanto, el artículo 76 del Reglamento permite fundamentar pretensiones indemnizatorias por daños causados por el bien.

En ese caso, el solapamiento de la pretensión del artículo 76 se produce con las disposiciones nacionales en materia de

responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. Todas ellas sujetas a una revisión inminente por su necesaria adaptación a las nuevas reglas contenidas en la reciente Directiva 2024/2853, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos. A diferencia de lo que sucede con el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva sobre daños causados por productos defectuosos, el Reglamento no excluye los daños que afecten al producto o bien. En esos casos, la responsabilidad derivará de la falta de conformidad, a la que ya se ha hecho referencia en el apartado anterior. La cuestión que se aborda ahora tiene que ver con los daños que los incumplimientos de diseño ecológico puedan causar a otros bienes o a terceros.

El artículo 7.1 de la nueva Directiva de producto considera como «defectuoso» al producto «(...) cuando no ofrezca la seguridad de que una persona tiene derecho a esperar y que se exige asimismo en virtud del Derecho de la Unión o nacional.» Entre tales normas de derecho europeo consta el Reglamento de diseño ecológico. Además, entre las circunstancias que han de coadyuvar al juicio sobre la existencia del defecto, el artículo 7.2 de la nueva Directiva menciona «a) la presentación y las características del producto, incluidos su etiquetado, diseño, características técnicas, composición y envase, y las instrucciones de montaje, instalación, uso y mantenimiento». Características fácilmente reconducibles a los requisitos de diseño ecológico exigidos a una determinada categoría de productos. En definitiva, que si el incumplimiento de tales requisitos es causa del daño que el consumidor sufre en su persona o en sus bienes, es perfectamente imaginable que la pretensión de la víctima pueda fundarse tanto en la norma nacional de adaptación a la nueva Directiva de producto como en el artículo 76 del Reglamento de diseño ecológico. De nuevo, la compatibilidad de este último precepto con la protección dispensada por los derechos nacionales da lugar a la convivencia de ambas pretensiones.

Esa eventual convivencia vuelve a ser origen de problemas prácticos, pues el perímetro del daño indemnizable será el mismo en aplicación de ambas normativas y el supuesto de hecho de ambas será el mismo. En ambos casos, el producto adolecerá de una carencia que lo convertirá, a la vez, en un producto no-ecológico y

en un producto defectuoso. Por tanto, el supuesto es reconducible a un caso de concurso de normas fundamentadoras de una misma pretensión indemnizatoria (*Anspruchsnormenkonkurrenz* o *Anspruchsgrundlagenkonkurrenz*)²². La víctima, por tanto, no puede acumularlas.

Lo anterior es así desde el punto de vista material. Las implicaciones procesales pueden variar. En este sentido, conviene tener presente que la Directiva de producto defectuoso contiene requisitos de procedibilidad de los que carece el artículo 76 del Reglamento de diseño ecológico, que se limita a anunciar una responsabilidad a la que no anuda un régimen de ejercicio. Tampoco en lo que se refiere al régimen de la prescripción.

También hay que tener en cuenta que los ámbitos de legitimación son diversos. El artículo 8 de la nueva Directiva de daños causados por productos defectuosos identifica como potenciales responsables a operadores económicos que no menciona el artículo 76 del Reglamento. Así, por ejemplo, el artículo 76 no menciona a las plataformas en línea, al distribuidor o a quien haya reacondicionado o modificado el producto, que pueden ser considerados operadores responsables en aplicación de la Directiva de producto.

En cuanto a los demandantes posibles, el artículo 76 del Reglamento solo prevé su aplicación al consumidor que sufre el daño del producto no-ecológico. Esa limitación excluye a usuarios que no

²² Karl LARENZ, Manfred WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Auflage, Beck, 2004, pp. 321-322: «Anspruchskonkurrenz und Anspruchsnormenkonkurrenz haben gemeinsam, dass ein im wesentlichen identischer Lebenssachverhalt unter verschiedene anspruchsbegründende Normen subsumiert werden kann und dass die nach diesen verschiedenen Normen begründeten Anspruchsinhalte im wesentlichen gleich sind und dasselbe Schutzziel verfolgen. (...) Bei der Anspruchsnormenkonkurrenz oder Anspruchsgrundlagenkonkurrenz liegt nur ein einziger materiellrechtlicher Anspruch, aber eine Mehrheit von Anspruchsgrundlagen vor. Über den alleinigen Anspruch kann nur einheitlichen verfügt werden und kann auch nur einheitlich in einem Prozess und nicht in getrennten Prozessen eingeklagt werden. (...) Eine Anspruchsnormen- oder Anspruchsgrundlagenkonkurrenz ist grundsätzlich anzunehmen, wenn nach dem Zweck der Anspruchsnorm die Rechtsfolgen mehrerer Anspruchsgrundlagen notwendig immer nur bei ein und derselben Person eintreten können.»

sean los «consumidores» del producto, expresión que ha de entenderse referida a la definición europea de tal condición.²³ El artículo 1 de la nueva Directiva de productos defectuosos, por su parte, prevé su protección frente a daños sufridos «personas físicas» (artículo 1), con clara inclusión de usuarios o terceros ajenos a la relación de consumo.

Esa diferencia, que es de nota, puede llevar a que existan operadores que puedan ser demandados por proveer productos defectuosos que causan daños que no pueden serlo por haber introducido en el mercado un bien que incumple los requisitos legales de diseño ecológico, aunque ese incumplimiento sea la razón del carácter defectuoso del producto. También que haya víctimas que no puedan reclamar daños por el incumplimiento de los requisitos ecológicos, pero que puedan instar la reparación de los daños causados por ese incumplimiento conforme al régimen de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

3.2.3. El problema de la responsabilidad de varios operadores económicos

Es más que previsible que la aplicación del artículo 76 del Reglamento provoque un problema añadido a los ya referidos. Se trata de la posible concurrencia de sujetos responsables por el incumplimiento de los requisitos de diseño ecológico. El problema se presentará tanto en escenarios de responsabilidad contractual como de responsabilidad extracontractual, pero no por la concurrencia de normas, pues o bien las pretensiones contra sujetos diversos (el fabricante y el vendedor, por ejemplo, en un caso de falta de conformidad) tendrán su fundamento en regulaciones diferentes,

²³ Sobre la problemática legal asociada al concepto, Sergio CÁMARA LAPUENTE, «El concepto legal de “consumidor” en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos», *Noticias de la Unión Europea*, 320, 2011, pp. 21-44; y, del mismo, «La codificación del derecho de consumo», *Revista de Derecho Civil*, 2-1, 2015, pp. 105-151. El Reglamento de diseño ecológico no incluye una definición propia de «consumidor». El artículo 2.2 de la Directiva 2019/771, lo define como: «toda persona física que, en relación con los contratos regulados por la presente Directiva, actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión.»

o bien las pretensiones (contra el fabricante que incumple el Reglamento y que produce por ello un producto defectuoso) serán las mismas. El problema de la concurrencia vendrá causado por el propio artículo 76 del Reglamento, cuyas previsiones no son claras al respecto.

El precepto prevé, como viene siendo habitual en las normas sobre responsabilidad en materia de productos, una responsabilidad secuencial, en cascada, de diversos operadores económicos. De los daños causados por el incumplimiento de los requisitos de diseño ecológico, responde el fabricante. Si este no está ubicado en la Unión, responderán el importador o el representante autorizado del primero. En ausencia de todos ellos, el artículo 76 responsabiliza al prestador de servicios logísticos.

La responsabilidad del importador o del representante autorizado se declara —prevé textualmente el artículo 76— «sin perjuicio» de la responsabilidad del fabricante. Una expresión que genera dudas sobre la legitimación pasiva del fabricante. Por estar ubicado fuera de la Unión, parece evidente que la regla quiere evitar que el consumidor haya de pleitear fuera del territorio europeo, pero la salvedad del «sin perjuicio» de la responsabilidad del fabricante en casos en que otros —el importador o el representante autorizado— habrán de responder en su lugar, plantea la duda de si el fabricante queda sujeto a una acción de reembolso por parte del importador o representante que asuman la responsabilidad frente al consumidor o si este debe demandarlos a todos y, en el marco de una responsabilidad solidaria, ejecutar la condena contra el operador situado en territorio europeo.

La norma, por otro lado, nada dice sobre el régimen legal aplicable a la pluralidad de operadores responsables. Parece que la solidaridad es el régimen que mejor protege a la víctima del daño, pero —a diferencia de lo que sucede en otras normativas europeas— el Reglamento no especifica que haya de ser ese el régimen aplicable. La cuestión debería resolverse conforme al derecho interno, pero la naturaleza reglamentaria de la previsión puede plantear dudas sobre la aplicación subsidiaria del derecho naciones y, en todo caso, la solución a un problema de ese tipo puede divergir en las respectivas legislaciones nacionales, que pueden disponer de regímenes diferentes para los casos de pluralidad de responsables.

Tampoco es claro de qué modo se articula esa responsabilidad de segundo nivel entre importador y representante autorizado. El artículo 76 plantea la responsabilidad de estos operadores en defecto de fabricante ubicado en la Unión. Lo hace, sin embargo, mediante la conjunción disyuntiva: en lugar del fabricante, responderán el importador o el representante autorizado. El primero será quien introduce el bien en el mercado europeo (artículo 29 del Reglamento). El segundo puede ser designado por un fabricante no europeo para gestionar la declaración europea de conformidad del bien y cooperar con las autoridades nacionales, entre otras funciones (artículo 27 del Reglamento). Es posible, así, que respecto de un mismo fabricante ubicado en un tercer país y respecto de un mismo incumplimiento concurren tanto un importador como un representante autorizado.

En ese caso, el artículo 76 no suma las responsabilidades de ambos. Algo que hubiera exigido calificar el régimen legal como solidario. En su lugar, identifica a uno o a otro como responsables en lugar del fabricante al que representan o por cuya cuenta importan, sin dar pautas sobre a quién en concreto y en un escenario como el descrito, debe dirigirse la víctima del daño. Que su responsabilidad no es conjunta ni, por tanto, solidaria, no debería impedir que la víctima demande a ambos, pues la norma sitúa a ambos operadores en el mismo nivel de responsabilidad frente a la víctima y por la misma razón, que es la ausencia de un fabricante europeo. En ese caso se planteará la duda sobre la distribución de responsabilidad tanto en la determinación de la condena exclusiva de uno u otro como, en caso de que ambos sean condenados, en la ejecución de esa condena por parte de la víctima. El artículo 76 del Reglamento no da pautas para resolver el problema.

Es posible que la práctica siga la estela de la sanción impuesta al incumplidor que las autoridades nacionales hayan considerado responsable de la infracción. No obstante, se trataría solo de una inercia, que puede no existir en los casos en que el incumplimiento que causa un daño no haya suscitado un procedimiento sancionador previo. La solución es, con todo, muy deficiente, pues el propio artículo 75 del Reglamento defiende a las legislaciones nacionales el ejercicio de la potestad sancionadora y la determinación de las sanciones, y esa diversidad puede frustrar las aspiraciones de uniformidad del Reglamento.

4. El derecho a reparar (*Right to repair*)

La segunda norma europea que anuda la conformidad de los bienes a su sostenibilidad es la Directiva 2024/1799, de 12 de junio de 2024, por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes. A diferencia del Reglamento de diseño ecológico, la Directiva es una norma que afecta principalmente a las relaciones entre oferentes y adquirentes de bienes. En una perspectiva ciertamente novedosa, a la que ya se ha hecho referencia, la Directiva da razón del intento por alcanzar la sostenibilidad mediante el reconocimiento de derechos a los consumidores y no solo mediante normas de control o supervisión del mercado, los requisitos técnicos de los productos y las obligaciones de los productores. Como se anuncia en su artículo 1, su objetivo es «(...) contribuir al correcto funcionamiento del mercado interior, garantizando al mismo tiempo un elevado nivel de protección de los consumidores y del medio ambiente.» Tres finalidades que hasta el momento extrañamente habían compartido un mismo precepto legal.

La Directiva es, con todas las cautelas que implica el uso de esta categoría en el derecho europeo actual, una norma de derecho privado o, por lo menos, de derecho del consumo. Afecta, de hecho, y como se verá, al sistema de remedios legales a disposición del consumidor.

4.1. Una directiva de máximos para promover la reparación de bienes

Los consumidores europeos ya disponen de un régimen legal de reparación de los bienes que adquieren. Se trata de la reparación necesaria para la puesta en conformidad del bien en el artículo 13 de la Directiva 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos relativos a la compraventa de bienes. Esa reparación puede instarse frente a los vendedores en el plazo de garantía legal. Ese plazo debe tener una duración mínima de 2 años a partir de la entrega del bien (artículo 10.1 Directiva 2019/771), que los legisladores nacionales pueden ampliar (artículo 10.3 Directiva 2019/771). Una posibilidad que aprovechó el legislador español para establecer un plazo de 3 años (artículo 120 TRLGDCU y 621-44 CCCat). En el siguiente apartado se hace mención del nuevo régimen legal de esa reparación.

Transcurrido ese plazo y agotado el régimen legal de la puesta en conformidad, no existe obligación legal de reparación. La ausencia de esa obligación puede provocar que los consumidores opten por adquirir un nuevo bien en sustitución del que ha dejado de funcionar. Algo que puede ser bueno para fabricantes y vendedores, pero que puede no serlo para el medio ambiente al suponer un incremento poco sostenible del consumo. En ese sentido, en el Considerando 3 de la Directiva sobre el derecho a la reparación se asume que:

«Con el fin de reducir la eliminación prematura de los bienes aún útiles adquiridos por los consumidores y animarles a utilizar sus bienes durante más tiempo, es necesario reforzar las disposiciones relacionadas con la reparación de bienes de modo que los consumidores puedan solicitar una reparación asequible al prestador de servicios de reparación de su elección. La reparación debería dar lugar a un consumo sostenible, ya que es probable que genere menos residuos causados por los bienes desechados, menos demanda de recursos, incluida la energía, causada por el proceso de fabricación y venta de nuevos bienes que sustituyen a los bienes defectuosos, así como menos emisiones de gases de efecto invernadero. La presente Directiva promueve el consumo sostenible con vistas a obtener beneficios para el medio ambiente, fomentando un ciclo de vida de los productos que incluya la reutilización, la reparación y el reacondicionamiento, y generar al mismo tiempo beneficios para los consumidores al evitar costes asociados a nuevas compras a corto plazo.»

El objetivo de la nueva Directiva es, por tanto, ampliar las posibilidades de reparación de los bienes y complementar, en la medida que la norma ha considerado posible, la garantía legal de reparación de los bienes de consumo. La nueva Directiva se aplica tras la expiración del régimen legal de puesta en conformidad. Su artículo 1.2 dispone que:

«La presente Directiva se aplicará a la reparación de bienes adquiridos por los consumidores en caso de que se produzca o manifieste un defecto en los bienes al margen de la

responsabilidad del vendedor, con arreglo al artículo 10 de la Directiva (UE) 2019/771».

Para alcanzar el objetivo que se propone, la Directiva promueve la ampliación de un mercado europeo de reparación de bienes en el que oferentes (reparadores) y usuarios (consumidores de un bien que requiere reparación) coincidan en un entorno en el que la información sobre los servicios de los primeros, facilite la decisión por reparar de los segundos. La Directiva confía la promoción de la reparación en la mejora de la información sobre su posibilidad, su precio y el precio y condiciones en que se llevará a cabo.

A este efecto, la Directiva incluye en su Anexo I un «Formulario europeo de información sobre la reparación» cuyo contenido se regula en el artículo 4 y que habrá de contener información sobre el reparador, en su caso, el coste del diagnóstico, el precio y tiempo necesario para la reparación y la disponibilidad de bienes de sustitución durante ese periodo. Las condiciones del formulario, una vez entregado al consumidor, no pueden modificarse por el reparador.

Se trata de una oferta irrevocable de un contrato de servicios con la que el legislador europeo pretende dar seguridad al consumidor.²⁴ El formulario vincula al reparador, que es el responsable de su emisión. El reparador puede ser una persona o entidad ajena a la organización del fabricante. El artículo 2.2 de la Directiva de reparación de bienes lo define como:

«reparador»: toda persona física o jurídica que, en relación con su actividad comercial, negocio, oficio o profesión, presta un servicio de reparación, incluidos los fabricantes y vendedores que prestan servicios de reparación y los prestadores de servicios de reparación, tanto si son independientes o como si están asociados a dichos fabricantes o vendedores.

El artículo 7 de la Directiva prevé la creación de una «Plataforma europea en línea sobre reparaciones». La Plataforma, que habrá de estar

²⁴ Sobre ese contrato, el premonitorio trabajo de Hans-W. MICKLITZ, *Der Reparaturvertrag*, J. Schweitzer Verlag, 1983.

operativa el 31 de julio de 2027, facilitará a los consumidores el acceso a la información sobre reparadores y para categorías de productos, en cada uno de los Estados miembros. Las secciones nacionales de la Plataforma «incluirán funciones de búsqueda en relación con los bienes, la ubicación de los servicios de reparación, incluida una función cartográfica, la prestación de servicios transfronterizos, las condiciones de reparación, incluido el tiempo necesario para completarla, la disponibilidad de bienes de sustitución temporal y el lugar en el que el consumidor entrega los bienes para su reparación, los servicios auxiliares que ofrecen los reparadores, incluidos la retirada, la instalación y el transporte, así como sus condiciones, y las normas de calidad europeas o nacionales aplicables en materia de reparación» (artículo 7.6 de la Directiva). Los Estados miembros deben adoptar medidas para la promoción de la reparación (artículo 13) y garantizar que los consumidores conocen los derechos que les reconoce la nueva Directiva (artículo 12). Además, deben dotarse de un régimen sancionador para las infracciones de las disposiciones nacionales que adopten el «derecho a reparar» en las respectivas legislaciones nacionales (artículo 15).

El período de adaptación de la Directiva a los derechos de los Estados miembros finaliza el 31 de julio de 2026 (artículo 22 de la Directiva). El artículo 3 de la Directiva la cualifica como una directiva de máximos o de armonización máxima:

«Los Estados miembros no mantendrán ni introducirán en su Derecho nacional disposiciones que se aparten de las establecidas en la presente Directiva.»

El Considerando 2 de la Directiva justifica la opción del siguiente modo:

«Para alcanzar esos objetivos, y en particular para facilitar la prestación transfronteriza de servicios y garantizar la competencia entre los reparadores de bienes adquiridos por los consumidores en el mercado interior, es necesario establecer normas uniformes que promuevan la reparación de los bienes adquiridos por los consumidores, bajo la responsabilidad del vendedor y al margen de ella, establecida por la Directiva (UE) 2019/771. (...) Las diferentes normas

nacionales obligatorias en este ámbito constituyen obstáculos reales o potenciales para el funcionamiento del mercado interior, que afectan negativamente a las transacciones transfronterizas de los operadores económicos que actúan en dicho mercado. Dichos operadores podrían tener que adaptar sus servicios para cumplir las diferentes normas nacionales obligatorias y afrontar costes de transacción adicionales para obtener el asesoramiento jurídico necesario sobre los requisitos de la normativa del Estado miembro de residencia habitual del consumidor (...) y para adaptar en consecuencia sus contratos a efectos de la prestación de servicios de reparación. Esto afectará, en particular, a las pequeñas y medianas empresas, que constituyen la mayor parte del sector de la reparación. La fragmentación jurídica también podría afectar negativamente a la confianza de los consumidores en la reparación transfronteriza, debido a la incertidumbre sobre factores que son importantes para la decisión de reparar los bienes.»

Ciertamente, las reglas sobre mercado interior son candidatas a la armonización máxima. De otro modo, es difícil la creación de un mercado común sujeto a las mismas reglas. Es un ámbito habitualmente ocupado por reglamentos europeos. En casos como el que nos ocupa, la opción por una directiva haya estado motivada por preservar un ámbito de maniobra natural de cada Estado miembro para buscar el acomodo del derecho a reparar en el sistema contractual y procesal de cada ordenamiento nacional.²⁵

Sin embargo, el doble nivel de legislación que supone una Directiva no es el mejor mecanismo para la regulación de las relaciones

²⁵ «Maximum harmonization (or total or full harmonization) refers to enactments of the Union which do not permit any deviation by the Member States in their national law. This does not exclude national provisions which complement the EU measure in question. Supplementary rules at the national level may be needed to fill gaps of the EU measure, to shape procedures required for its enforcement or to bring it in line with neighboring provisions of national law. All this is compatible with the concept of maximum harmonization.», Jürgen BASEDOW, *The EU Private Law*, cit., p. 102.

privadas.²⁶ La experiencia derivada de las directivas en materia de consumo con incidencia en la contratación entre particulares (en especial, la Directiva 93/13, sobre cláusulas abusivas en la contratación con consumidores) no ha sido positiva. Una directiva es una norma destinada a los Estados y que no genera pretensiones justiciables entre los particulares durante el plazo legal de adaptación. Su impacto en las relaciones entre particulares se pospone al momento de la modificación del derecho nacional aplicable o a la expiración del plazo previsto para ello. Cuando los particulares fundamentan sus pretensiones en la segunda razón, los tribunales nacionales se enfrentan a serios problemas de aplicación de una regla que identifica objetivos, pero que puede no contener los mecanismos para hacerlos efectivos en un concreto ordenamiento jurídico. Cuando sucede lo primero, las reglas de la Directiva, en ejercicio de la libertad de que dispone cada Estado miembro, pueden haber dado lugar a normas de diverso rango y de ubicación sistemática variada. Divergencias propias de cada ordenamiento que pueden suponer una consideración diversa de las nuevas reglas una vez que han de ponerse en relación con otras ya existentes y con los criterios de interpretación y, sobre todo, de jerarquía normativa de un concreto ordenamiento nacional.²⁷

²⁶ Es oportuna y muy interesante la reflexión de Jürgen Basedow, *EU Private Law*, cit., p. 246: «The goal pursued by Article 288(3) TFEU is that judges sitting in different Member States (or administrative authorities) will decide similar fact situations with the same result irrespective of the legal provisions they apply. The founders considered the identity of outcome as possible since they primarily contemplated the harmonization of public law, in particular provisions on technical properties and ingredients of good in view of their circulation in the whole EEC. It does, for example, not really matter whether the additives allowed in food are listed in a consumer code, in a statute on chemicals or in food law. For the operation of the EU market it is sufficient that the Directive contains information about the standards that are binding on one way or the other in all Member States.»

²⁷ Así, por ejemplo, el Considerando 6 de la Directiva sobre el derecho a la reparación contempla expresamente que «La presente Directiva no debe afectar a la libertad de los Estados miembros para regular aspectos de los contratos de prestación de servicios de reparación distintos de los armonizados por el Derecho de la Unión. La presente Directiva no debe afectar a la libertad de los Estados miembros de regular los aspectos del Derecho general de contratos, como las normas sobre la formación, la validez, la nulidad o los efectos de los contratos, incluidas las consecuencias de la terminación de un contrato, mientras no estén reguladas en la presente Directiva, ni al derecho a indemnización por daños y

Así, y aunque los objetivos de las normas nacionales se correspondan con los indicados por la directiva en cuestión, la aplicación nacional de las reglas nacionales puede variar en su intensidad y efectos entre Estados de la Unión. Un resultado que contradice las exigencias del mercado común interior y que, en el caso que nos ocupa, se ha querido paliar mediante una directiva de máximos.

La armonización máxima de los derechos nacionales se complementa con el carácter imperativo de las normas contenidas en la Directiva y que declara su artículo 14:

- «1. Salvo que se establezca de otro modo en la presente Directiva, no será vinculante para el consumidor ninguna cláusula contractual que, en perjuicio del consumidor, excluya la aplicación de las medidas nacionales de transposición de la presente Directiva, establezca excepciones a estas o modifique sus efectos.
2. La presente Directiva no impedirá al reparador ofrecer al consumidor condiciones contractuales que garanticen mayor protección que la otorgada por la presente Directiva.

4.2. El efecto limitado, por el momento, de la Directiva

A pesar del interés de las previsiones de la Directiva, lo cierto es que lo dicho hasta el momento no pasa de ser una normativa auxiliar al mercado, marcadamente instrumental, que promueve un conjunto de actuaciones que, en muchos sectores, ya existen. Los operadores

perjuicios (...)» Y, en el Considerando 7: «Los Estados miembros deben seguir teniendo libertad, cuando ello sea compatible con las obligaciones establecidas en la presente Directiva y en otras disposiciones aplicables del Derecho de la Unión, para mantener o introducir disposiciones sobre otros aspectos de la promoción de la reparación de bienes que puedan complementar las normas establecidas en la presente Directiva, por ejemplo en lo que atañe a garantías comerciales, a la existencia de centros de servicios de reparación o a incentivos financieros para la reparación.»

interesados en reparar bienes y los consumidores en alargar la vida útil de sus bienes ya han encontrado modos y lugares de coincidir. La Directiva, en este sentido, no hace más que ampliar a todo el espectro de bienes algunas ventajas tecnológicas, como la instauración de una plataforma. Sin embargo, es dudoso que una solución centralizada sea más eficiente que las soluciones a las que pueda llegar la industria.

La principal novedad de la Directiva de reparación de bienes está en la extensión de la obligación de reparación con cargo al fabricante. Una reparación que, conforme al artículo 5.2 de la Directiva:

- «a) será gratuita o a un precio razonable;
- b) se efectuará en un plazo razonable a partir del momento en que el fabricante disponga físicamente del bien, lo haya recibido o el consumidor le haya proporcionado acceso a él;
- c) el fabricante podrá prestar al consumidor un bien de sustitución gratuitamente o a un precio razonable mientras dure la reparación, y
- d) en aquellos casos en los que la reparación sea imposible, el fabricante podrá ofrecer al consumidor un bien reacondicionado.»

Una nueva obligación legal del fabricante que se impone tras la expiración del plazo legal de garantía:

«La Directiva (UE) 2019/771 impone a los vendedores la obligación de reparar los bienes en caso de falta de conformidad existente en el momento de la entrega de los bienes y cuando se constate dentro del período de responsabilidad. Cuando no se aplica esta obligación, gran número de bienes defectuosos, pero por lo demás aún útiles, se desechan prematuramente. Con el fin de animar a los consumidores a reparar los bienes en tales situaciones, la presente Directiva debe imponer a los fabricantes la obligación de reparar, a petición del consumidor, los bienes a los que se apliquen los requisitos de reparabilidad impuestos por actos jurídicos de la Unión, dado que son ellos los destinatarios de tales requisitos de reparabilidad. Esta obligación debe aplicarse a los fabricantes establecidos tanto dentro como fuera de la Unión en relación con los

bienes introducidos en el mercado de la Unión. Además, la presente Directiva no debe cuestionar la libertad económica de los fabricantes de optar por dejar de fabricar un bien, sin perjuicio de la obligación, en su caso, de proporcionar piezas de recambio y herramientas con arreglo al Derecho de la Unión.» (Considerando 15)

El fabricante solo puede librarse de esa obligación de reparación si esta es imposible (artículo 5.1). La norma no especifica los parámetros en que haya de evaluarse esa imposibilidad, que ya no pueden ser exclusivamente económicos (como en el artículo 13 de la Directiva 2019/771). De hecho, el fabricante puede cobrar por esa reparación, como ya se ha dicho, «un precio razonable». Condición esta última de crucial importancia, pues el consumidor comparará, sin duda, el precio de la reparación con el de adquisición de un producto nuevo y la diferencia puede suponer el fracaso de los objetivos de la Directiva en sectores relevantes del mercado de bienes de consumo.

Parece que puede paliar ese efecto el diseño ecológico de los productos y la exclusión del mercado europeo de bienes de un solo uso cuando exista una alternativa de fabricación más duradera. En todo caso, la Directiva ha de reconocer los límites que le impone el funcionamiento del mercado cuando confía la razonabilidad del precio al vigor que desea para el mercado europeo de la refacción de bienes de consumo.²⁸ Así, en el Considerando 16 se puede leer que:

²⁸ El tema es más complejo de lo que parece a primera vista. Tras el reconocimiento de un derecho a la reparación se esconden obstáculos legales de primer orden. Los más destacados proceden del derecho de la propiedad industrial y la exclusiva de acceso a los productos y, en su caso, el programario que los gobierna por parte de, exclusivamente, su fabricante o las personas y entidades a quienes licencie, habitualmente a cambio de un precio. El derecho de la competencia puede ser una buena herramienta para limitar ese efecto y generar un auténtico mercado secundario de bienes o *Aftersales market*, que solo es posible si las condiciones de competencia en el mercado primario de venta de bienes se reproducen en el de su reparación. La Directiva europea aborda el tema de manera muy tangencial. Acaso porque confía en la labor de las autoridades de la competencia en la persecución de acuerdos colusorios y abusos de posición dominante. No obstante, ni los artículos ni los Considerandos de la Directiva incluyen una mención expresa. En todo caso, el reconocimiento de un derecho a la reparación, más allá de formularios y plataformas, solo será efectivo si existe un mercado de reparación competitivo. En

«Dado que la obligación de reparación impuesta a los fabricantes en virtud de la presente Directiva se aplica a los defectos que no se deben a la falta de conformidad de los bienes con un contrato de venta, los fabricantes deben poder realizar la reparación a cambio de un precio pagado por el consumidor o de forma gratuita. El cobro de un precio debe animar a los fabricantes a desarrollar modelos de negocio sostenibles, incluida la prestación de servicios de reparación. Este precio podría tener en cuenta, por ejemplo, los costes laborales, el coste de las piezas de recambio, los costes de explotación del taller de reparación y los márgenes habituales. El precio debe ser razonable, es decir, debe fijarse de manera tal que no se disuada intencionadamente a los consumidores de acogerse a la obligación de reparación del fabricante. El precio y las condiciones de reparación deben acordarse en un contrato entre el consumidor y el fabricante, y el consumidor debe seguir siendo libre de decidir si dicho precio y dichas condiciones son aceptables. La necesidad de un contrato de este tipo y la presión competitiva de otros reparadores profesionales deben animar a los fabricantes que están obligados a reparar a mantener un precio aceptable para el consumidor. La obligación de reparación también podría cumplirse gratuitamente si el defecto estuviera cubierto por una garantía comercial, por ejemplo, relacionada con

los Estados Unidos de América, el análisis se ha enfocado desde esa perspectiva y no desde esa óptica tan europea de la protección de los derechos de los consumidores que da lugar a un derecho de clase o de autor. Los consumidores, en definitiva, solo verán cumplidas sus expectativas de reparación si existe quien repare y quien lo haga ofrecerá ese servicio si las condiciones económicas de oferta en el mercado de la reparación le son beneficiosas. Sobre el debate en los Estados Unidos de América, véase Michael A. CARRIER, «How the Federal Trade Commission can use Section 5 to Strengthen the Right to Repair», 37 *Berkeley Technology Law Journal* 1145 (2022) y Louisa SPECHT-REIMENSCHNEIDER, Victor MEHNERT, «Updates und das Recht auf Reparatur», *Zeitschrift für das Digitale Recht*, 2022, pp. 313-338. Uwe NEUMAYR, «Ein neues Right to Repair – Bestehende Regelungen und Alternativen de lege ferenda», en Lukas Klever et alii, *Nachhaltigkeit im Privatrecht*, Nomos, 2023, pp. 97-120 resume el debate sobre la cuestión en los Estados Unidos de América.

la duración garantizada de los bienes. Para incentivar a los consumidores a que se reparen sus bienes al margen de la garantía legal, el fabricante debe poder ofrecer el préstamo de un bien comparable mientras dure la reparación, que se espera que sea devuelto una vez que el consumidor reciba el bien reparado.»

El fabricante está obligado a dar información a los consumidores sobre los precios indicativos de la reparación y a hacerlo a través de una página web que, parece, habrá de ser propia de cada fabricante y diferente a la Plataforma que prevé la propia Directiva.

El fabricante no puede negarse a la reparación por el hecho de que el mismo bien haya sido previamente reparado por otro operador (artículo 5.7). Una previsión que busca eliminar barreras contractuales en el mercado de la reparación. El fabricante puede subcontratar la reparación de los bienes por él producidos (artículo 5.1) y quienes fabriquen piezas de recambio, deberán hacerlo «a un precio razonable que no disuada la reparación» (artículo 5.4). Esta última, otra afirmación legal carente de contenido práctico que confía en exceso en la función simbólica de la norma. Es mucho menos simbólica la previsión que se contiene en el artículo 5.6 de la Directiva en relación con los servicios de reparación de bienes que no pertenezcan a la organización del fabricante del bien:

«(...) En particular, los fabricantes no impedirán que los reparadores independientes utilicen piezas de recambio originales o de segunda mano, piezas de recambio compatibles y piezas de recambio realizadas mediante impresión 3D, siempre que dichas piezas sean conformes a los requisitos del Derecho de la Unión o nacional, como los requisitos en materia de seguridad de los productos o en cumplimiento de la propiedad intelectual (...)»

Cuando el fabricante está ubicado fuera de la Unión, el artículo 5.3 prevé la sucesión habitual de operadores obligados:²⁹

²⁹ Conforme al Considerando 20 de la Directiva: «La obligación de reparación también debe aplicarse en los casos en que el fabricante esté establecido fuera de la Unión. A fin de que los consumidores puedan dirigirse a un operador económico

«Cuando el fabricante obligado a efectuar una reparación en virtud del apartado 1 esté establecido fuera de la Unión, su representante autorizado en la Unión cumplirá la obligación del fabricante. Cuando el fabricante no tenga un representante autorizado en la Unión, el importador del bien en cuestión cumplirá la obligación del fabricante. Cuando no haya importador, el distribuidor del bien en cuestión cumplirá la obligación del fabricante. El representante autorizado, el importador y el distribuidor podrán subcontratar la reparación para cumplir su obligación de reparación.»

Todos ellos están obligados a informar a los consumidores sobre sus respectivas obligaciones de reparación, en los términos ya referidos. Conforme al artículo 6 de la Directiva:

«Los Estados miembros velarán por que el fabricante o, en su caso, el representante autorizado, el importador o el distribuidor pongan gratuitamente a disposición información sobre sus servicios de reparación de manera fácilmente accesible, clara y comprensible y al menos durante toda la duración de la obligación de reparar en virtud del artículo 5.»

De esta forma, lo más novedoso y las implicaciones de mayor calado para el derecho de consumo de la Directiva sobre el derecho a reparar se contienen en sus artículos 5 y 6. El resto de la Directiva, a pesar de su valor e interés, no pasa de ser un instrumento que facilita el acceso de información sobre reparadores a los consumidores potencialmente interesados en reparar sus bienes.

Sucede, sin embargo, que la obligación de reparación que se impone al fabricante (y operadores europeos cuando este proceda de un tercer país) en los artículos 5 y 6 de la Directiva solo son exigibles respecto de

establecido en la Unión para cumplir esta obligación, la presente Directiva establece una secuencia de operadores económicos alternativos que deben cumplir la obligación de reparación del fabricante en tales casos. Esto debe permitir a los fabricantes establecidos fuera de la Unión organizarse y cumplir su obligación de reparación dentro de la Unión.»

las categorías de bienes que se incluyen en el Anexo II de la Directiva. Así lo anuncia el artículo 1.3 de la Directiva:

«Los artículos 5 y 6 solo se aplicarán a los bienes para los que los actos jurídicos de la Unión enumerados en el anexo II establezcan requisitos de reparabilidad. y en la medida en que se establezcan.»

Los bienes para los que el derecho de la Unión ya ha establecido requisitos de reparabilidad son heterogéneos: lavadoras domésticas y lavadoras-secadoras domésticas, aparatos de refrigeración, pantallas eléctricas, pantallas electrónicas, equipos de soldadura, servidores y productos de almacenamiento de datos, teléfonos móviles, inalámbricos y tabletas-pizarra, secadoras de tambor domésticas y bienes que incorporen baterías para medios de transporte ligeros. En el referido Anexo II constan los actos de la Unión en que se establecen los requisitos de reparabilidad.

Para el resto de bienes, queda el resto de la Directiva, el formulario europeo de reparación y la Plataforma europea de reparación. Para ampliar a nuevas categorías de productos la obligación de reparación con cargo al fabricante en los términos de los artículos 5 y 6, el apartado 9 del artículo 5 anuncia que:

«La Comisión adoptará actos delegados con arreglo al artículo 20 a fin de modificar el anexo II, actualizando la lista de actos jurídicos de la Unión que establecen requisitos de reparabilidad en función del desarrollo normativo. La Comisión adoptará dichos actos delegados sin demora indebida tras la publicación del correspondiente acto jurídico de la Unión, y a más tardar doce meses después de dicha publicación.»

5. La reforma de la Directiva 2019/771 y la obligación de información sobre la reparación

Además de la obligación de reparación con cargo al fabricante una vez finalizada la garantía legal de conformidad para los productos para los que se han establecido requisitos europeos de reparabilidad (artículos 1.3, 5 y 6 de la Directiva), la Directiva del derecho a reparar modifica las normas que regulan el remedio reparatorio en el régimen legal de la puesta en conformidad. Se trata, sin duda, de la segunda gran novedad de la Directiva. Una novedad que resulta de aplicación a todos los vendedores europeos y no solo a los que venden bienes para los que existen requisitos legales de reparabilidad.

El artículo 16 de la Directiva del derecho a reparar modifica los artículos 7.1, 10, 13 y 14.1 de la Directiva 2019/771, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes.

La reforma solo se aplicará a los contratos de compraventa concluidos tras el 31 de julio de 2026 (artículo 21 de la Directiva de reparación).

5.1. La reparabilidad como requisito objetivo de conformidad

La primera de las modificaciones es semántica. En la letra d) del artículo 7.1 de la Directiva 2019/771, sobre requisitos objetivos para la conformidad, se sustituye la locución adverbial «en particular» que precedía al listado de los requisitos objetivos de conformidad por la expresión «entre ellas», en referencia a tales requisitos. El cambio carece de efectos prácticos.

Es más relevante la adición de la «reparabilidad» como requisito objetivo de conformidad. Hasta ahora, los requisitos de conformidad en el artículo 7 de la Directiva 2019/771 eran la «durabilidad, funcionalidad, compatibilidad y seguridad» del bien, en relación con

otros del mismo tipo. A ese listado, la reforma del precepto añade la «reparabilidad». La nueva letra d) del artículo 7.1 de la Directiva 2019/771 queda redactado del siguiente modo:

«1. Además de cumplir cualesquiera requisitos subjetivos para la conformidad, los bienes: (...)

d) presentarán la cantidad y poseerán las cualidades y otras características, entre ellas las relacionadas con la durabilidad, reparabilidad, funcionalidad, compatibilidad y seguridad, que presentan normalmente bienes del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los bienes y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el vendedor, o en su nombre, por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor, especialmente en la publicidad o el etiquetado.»

La modificación es de calado. El nuevo tenor literal de la norma quiere despejar cualquier duda sobre la incorporación de los criterios de sostenibilidad en el juicio objetivo sobre la conformidad de los bienes de consumo y, en especial, la reparabilidad como una cualidad exigible al bien.

Esa reparabilidad del bien —es decir, capacidad o habilidad de ser reparado— que ahora se eleva a la condición de requisito de conformidad, se define en el artículo 2.11 de la Directiva de reparación de bienes respecto de los bienes para los que se han determinado (o se determinarán) requisitos de reparabilidad mediante actos jurídicos de la Unión:

«requisitos de reparabilidad», los requisitos establecidos en virtud de los actos jurídicos de la Unión enumerados en el anexo II que permiten la reparación del bien, incluidos los requisitos para mejorar la facilidad de desmontaje y los requisitos relativos al acceso a las piezas de recambio, la información y las herramientas relacionadas con la reparación aplicables a bienes o componentes específicos de los bienes de que se trate.»

Tales bienes, como ya se ha visto, quedan sujetos al régimen de reparación previsto en los artículos 5 y 6 de la Directiva sobre reparación.

Sin embargo, parece que la reforma del artículo 7 de la Directiva 2019/771 no se limita a tales categorías de bienes. Los requisitos objetivos de conformidad se predicen de todos los bienes de consumo y se evalúan conforme a las expectativas razonables del consumidor y la comparación de bien concreto con otros del mismo tipo. Esa operación se lleva a cabo en relación con el juicio sobre la conformidad del bien con independencia de la existencia de regulaciones concretas que determinen especiales requisitos de reparabilidad. La Directiva 2019/771, a diferencia de lo que sucede con los artículos 5 y 6 de la Directiva de reparación, no se aplica exclusivamente a las categorías de productos que hayan merecido un acto específico de la Unión sobre las condiciones para su reparación.

La nueva previsión legal debe entenderse referida a todo tipo de bienes de consumo. Por tanto, respecto de todos ellos la reparabilidad es un requisito objetivo de conformidad. Una reparación que, conforme a la remisión que el artículo 2.2 de la Directiva de reparación hace al artículo 2.20 del Reglamento de diseño ecológico debe entenderse como:

«reparación»: una o varias acciones llevadas a cabo para devolver un producto defectuoso o un residuo a una condición en la que sirva para su finalidad prevista.

Por tanto, los bienes de consumo habrán de ser susceptibles de reparación para ser conformes. Si no es así, el consumidor tiene a su disposición los remedios primarios y secundarios propios de la puesta en conformidad.

El requisito plantea, con todo, el problema de su constatación. Puede ser que un bien no sea conforme por otros motivos que su reparabilidad y que, con motivo de la opción del consumidor por la reparación, se detecte que esta no es posible porque el bien no es reparable. En ese caso, la ausencia de reparabilidad se sumaría a la falta de conformidad ya constatada por otros motivos. En ese caso, la reparación del bien dejaría de ser un remedio disponible para el

consumidor, que podría optar por la sustitución o, en su defecto, por la reducción de precio o la resolución del contrato.

También puede ser, sin embargo, que el consumidor descubra que un bien que funciona correctamente carece de las cualidades que harían posible su reparación. Esta no es todavía necesaria, pues el bien funciona correctamente, y acaso no lo sea durante el período legal de garantía, pero la constatación de esa carencia despoja al bien de su conformidad objetiva y abre al consumidor la posibilidad de ejercicio de los remedios legales. Entre ellos, la reparación es tautológicamente imposible, pues su imposibilidad es la que provoca la falta de conformidad. La sustitución es escasamente probable, pues es posible que otros bienes del mismo tipo estén afectados por el mismo problema de diseño que impide la reparación el bien. Parece que el supuesto solo puede resolverse mediante la reducción de precio o, en último término, la resolución del contrato.³⁰ Hay que confiar, con todo, en que el control de los requisitos de diseño ecológico que habrán de cumplir todos los bienes de consumo comercializados en la Unión, y que incluyen la reparabilidad, evitará supuestos como el descrito.

³⁰ Sobre el tema, la interesante contribución de Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, «La “reparabilidad” como elemento para juzgar la conformidad del bien vendido con el contrato: el nuevo artículo 7.1.d) de la Directiva 2019/771, de 20 de mayo, de contratos de compraventa de bienes», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (Cesco)*, enero de 2025, pp. 1-9. En términos más generales, Fryderyk ZOLL et alii, «Towards and Environment-friendly Law of Obligations», en André Jansenn, Matthias Lehmann, Reiner Schulze (editors), *The Future of EU Private Law*, Nomos, 2023, p. 202: «Today, under Directive 2019/771, it could be argued that all the requirements for the conformity with the contract should be interpreted in light of the framework of the circular economy. However, although this new interpretation would promote environmental-friendly innovations, the directive still uses an old-fashioned way of determining conformity with the contract and there is an immanent conflict within this perception of a lack of conformity. The provisions on the requirement of conformity with the contract provide specific criteria for the interpretation of the contract, referring to the intention of the parties. Therefore, it is difficult to supplement this system with a requirement for conformity that does not result from the contract itself and cannot be achieved through its interpretation.»

5.2. La ampliación del plazo de garantía legal con motivo de la reparación

La segunda de las modificaciones afecta a los plazos de cobertura de la garantía legal. El artículo 10 de la Directiva 2019/771, sobre responsabilidad del vendedor, incluye ahora la previsión expresa conforme a la cual, en caso de que la reparación haya sido el modo de remediar la falta de conformidad, el plazo de la garantía legal de esa conformidad se amplía en 12 meses. Se convierte, así, en un modo de ampliar la garantía legal. Conforme a un nuevo apartado 2bis del artículo 10, la norma prevé ahora que:

2 bis. Cuando, de conformidad con el artículo 13, apartado 2, se efectúe una reparación como medida correctora para restablecer la conformidad de los bienes, el período de responsabilidad se ampliará una vez por doce meses.

Los Estados Miembros pueden ampliar ese plazo, como ya podían con el general de 2 años previsto en el artículo 10 de la Directiva 2019/771. La reforma, sin embargo, impone en cierto modo el ejercicio de esa facultad, pues cuando el bien haya sido objeto de reparación, el plazo legal que resulte de aplicación en una legislación nacional nunca podrá ser inferior a los 3 años. Así lo impone un nuevo apartado 5bis del artículo 10:

«5bis.Los Estados miembros que, de conformidad con el apartado 3 o el apartado 5, no establezcan períodos fijos para la responsabilidad del vendedor o solo establezcan un plazo de prescripción de las medidas correctoras, podrán establecer excepciones a lo dispuesto en el apartado 2 bis siempre que garanticen que la responsabilidad del vendedor o el plazo de prescripción de las medidas correctoras en caso de reparación sea al menos equivalente a tres años.»

Una decisión que el Considerando 40 de la Directiva del derecho a reparar entiende que habrá de promover el consumo sostenible y la economía circular:

«A fin de incentivar a los consumidores a que opten por la reparación para restablecer la conformidad de los bienes bajo

la responsabilidad del vendedor y, por lo tanto, promover la reparación, de modo que el consumidor la elija como solución para restablecer la conformidad de los bienes, debe modificarse la Directiva (UE) 2019/771 al objeto de ampliar el período de responsabilidad en doce meses, que deben añadirse al período de responsabilidad restante del bien. Dicha ampliación debe aplicarse una sola vez. Sin embargo, los Estados miembros podrían incentivar en mayor medida la reparación estableciendo ampliaciones adicionales de la responsabilidad del vendedor en caso de que se repita la reparación. Los Estados miembros también podrían introducir o mantener normas para ampliar la responsabilidad del vendedor en caso de reparación por períodos superiores a doce meses. En consonancia con la Directiva (UE) 2019/771, cuando se aplique la ampliación del período de responsabilidad, el vendedor debe ser responsable de cualquier falta de conformidad existente en el momento de la entrega de los bienes y que se manifieste dentro del período de responsabilidad restante respecto del bien, lo que incluye la ampliación. La ampliación del período de responsabilidad debe entenderse sin perjuicio de los derechos de los consumidores establecidos en la Directiva (UE) 2019/771. La presente Directiva debe entenderse sin perjuicio de que los Estados miembros introduzcan o mantengan disposiciones que establezcan una ampliación mayor del período de responsabilidad únicamente para las piezas reparadas de conformidad con la Directiva (UE) 2019/771. Teniendo en cuenta la flexibilidad que ofrece la Directiva (UE) 2019/771, los Estados miembros que no establezcan períodos fijos para la responsabilidad del vendedor o solo establezcan un plazo de prescripción de las medidas correctoras deben velar por que la responsabilidad del vendedor o el plazo de prescripción de las medidas correctoras en caso de reparación sea al menos equivalente a dos años y doce meses, lo que corresponde al período mínimo de responsabilidad del vendedor establecido en la Directiva (UE) 2019/771 y a la ampliación mínima de dicho período en caso de reparación. La ampliación del período de responsabilidad fomentaría el consumo sostenible y contribuiría a una economía circular.»

En nuestro caso, y a reserva de la modificación que se efectúe en nuestro derecho, el plazo actual de 3 años en los artículos 120 TRLGDCU y 621-44 CCCat se ampliará en 12 meses en los casos en que la falta de conformidad se remedie con la reparación del bien.

5.3. La opción entre reparación y sustitución

La tercera modificación tiene mayor calado. Se añade un nuevo apartado 2bis al artículo 13 de la Directiva 2019/771, conforme al cual:

«2 bis. Antes de ofrecer al consumidor una solución para restablecer la conformidad de los bienes, el vendedor le informará de su derecho a optar entre reparación y sustitución, así como de la posible ampliación del período de responsabilidad establecida en el artículo 10, apartado 2 bis.»

La adición se leerá después del vigente y no modificado apartado 2 del artículo 13 de la Directiva 2019/771, que reconoce al consumidor la facultad de elección entre los remedios primarios para poner el bien en conformidad:

«Para poner los bienes en conformidad, el consumidor podrá elegir entre la reparación o la sustitución, salvo cuando la medida correctora elegida resulte imposible o que, en comparación con la otra medida correctora, suponga al vendedor costes desproporcionados, teniendo en cuenta todas las circunstancias (...)»

La reforma busca ampliar la información al consumidor con la finalidad evidente de promover la reparación. El legislador europeo busca que esta se presente al consumidor como una opción atractiva, que puede remediar la falta de conformidad, que amplía el periodo de garantía y, por tanto, de gratuidad de los remedios legales.³¹

³¹ Así justifica la reforma el Considerando 41 de la Directiva del derecho a reparar: «Con el fin de promover la reparación bajo la responsabilidad del vendedor, en beneficio de los consumidores y de la protección del medio ambiente, debe además modificarse la Directiva (UE) 2019/771, para introducir una nueva obligación

El nuevo apartado, sin embargo, ha de coordinarse con lo que ya prevé y seguirá previendo el apartado 3 del mismo artículo 13 de la Directiva 2019/771, en cuya virtud:

«3. El vendedor podrá negarse a poner los bienes en conformidad cuando la reparación y la sustitución resulten imposibles o le impongan costes que resultarían desproporcionados, teniendo en cuenta todas las circunstancias, en particular las que se mencionan en el apartado 2, letras a) y b).»

Es decir, que la facultad de elección del consumidor, a pesar de la mayor información sobre la reparación y sus ventajas legales, sigue supeditada a la decisión del vendedor.

La solución es tibia y, en lo que a la sostenibilidad se refiere, insuficiente. Acaso sea la única que pueda adoptarse con carácter general, pero si la Unión apuesta por la reparación de bienes como remedio para promover la sostenibilidad, la protección del medio ambiente y la economía circular, la reparación de bienes no conformes debería ser un remedio prioritario para el legislador (y no solo para un potencial consumidor más y mejor informado).³² Los incentivos a la reparación que la reforma busca con la ampliación del plazo de garantía, pueden frustrarse con una decisión del vendedor reacio a la reparación. El resultado puede ser paradójico, pues el mismo vendedor obligado a explicar las bondades de la reparación, puede negarse a ella cuando sea imposible o le imponga costes que resultarían desproporcionados.

Es sensato que en circunstancias tales como la imposibilidad y el coste excesivo, la reparación no haya de ser considerada. En especial,

de informar al consumidor sobre el derecho a escoger entre la reparación y la sustitución, así como sobre la ampliación del período de responsabilidad si el consumidor opta por la reparación, aumentando así la concienciación sobre ambas alternativas y las ventajas de optar por la reparación. Ese requisito de información fomentaría el consumo sostenible y contribuiría a una economía circular.»

³² En el mismo sentido, Katharina GELBRICH, «Verbraucherschutz vs. (ökologische) Nachhaltigkeit», en Jannis Vertling et alii, *Nachhaltigkeit im Wandel*, Nomos, 2023, pp. 101-115.

si se tiene en cuenta que en el plazo de garantía legal deberá llevarse a cabo a costa del vendedor. Es paradójica, no obstante, esa posibilidad legal para las alternativas a la reparación. Es posible que sea solo una cuestión de tiempo. Si los requisitos de diseño ecológico se determinan y controlan correctamente y conforme se amplíen los requisitos de reparabilidad de nuevas categorías de bienes, parece que esa imposibilidad y la eventual desproporción del coste deberían dejar de ser un motivo para desechar el bien, en lugar de repararlo.³³

Ciertamente, la producción legal en la materia ha sido intensa, pero el nuevo paradigma que promueve la Unión hubiera exigido una reforma más detallada del artículo 13 de la Directiva 2019/771 que hubiera distinguido, por ejemplo, entre categorías de bienes (sujetos o no a requisitos de reparabilidad) y momentos de puesta en servicio (antes o después de la determinación de requisitos de diseño ecológico). Al fin y al cabo, la mejor forma de promover la reparación de bienes es evitar tanto como sea posible el recurso a otros remedios por falta de conformidad que van a motivar un mayor consumo de recursos (como la sustitución o la resolución) o la perpetuación de bienes no ecológicos (como la reducción de precio).³⁴

5.4. Bienes de cortesía y sustitución del bien

Por último, la Directiva de reparación de bienes modifica el artículo 14.1 de la Directiva 2019/771, sobre reparación o sustitución de bienes, al que se añade la previsión conforme a la cual:

³³ «In naher Zukunft dürfte die objektive Erwartbarkeit der Reparierbarkeit bei vielen Produkten ohnehin außer Zweifel gestellt sein. Denn nach der Ökodesign Verordnung sollen künftig erheblich mehr Produkte Ökodesign-Anforderungen bezüglich der Reparierbarkeit unterliegen. Jedenfalls bei den davon betroffenen Produkten wäre das die fehlende Reparierbarkeit eine Abweichung von der üblichen, erwartbaren Beschaffenheit.», Stefan ARNOLD, *Recht auf Reparatur*, Nomos, 2024, pp. 64-65.

³⁴ En el mismo sentido, Benedikt BAHNER, *Ansatzpunkte im Kaufrecht zur Förderung eines nachhaltigen Konsums nach Umsetzung der Warenkaufrichtlinie*, Nomos, 2024, p. 202.

«Durante la reparación, en función de las especificidades de la categoría de bienes de que se trate, en particular de la necesidad del consumidor de disponer de ellos de forma permanente, el vendedor podrá proporcionar gratuitamente al consumidor un bien de sustitución, también un bien reacondicionado, en préstamo.

Para cumplir su obligación de sustituir el bien, el vendedor podrá proporcionar, a petición expresa del consumidor, un bien reacondicionado.»

En los casos en que el bien no conforme haya de ser objeto de reparación, la modificación no añade nada a la que es práctica habitual en muchos sectores de actividad. La referencia al «préstamo» que contiene la norma es errónea. En nuestro derecho, la referencia contractual correcta de un préstamo de uso de ese tipo debería serlo al comodato (artículo 1740 CC), al que se refieren las características del bien de cortesía al que se refiere el texto europeo.

La nueva redacción del artículo 14.1 de la Directiva 2019/771 no es clara, pero todo parece indicar que el segundo párrafo de la nueva versión del precepto no se refiere al bien de cortesía a disposición del consumidor durante el tiempo en que se prologue la reparación de su bien, sino a la sustitución como alternativa a la reparación.

Cuando el remedio haya de ser la sustitución, la novedad de la modificación puede limitarse a la anécdota. En el artículo 2.18 del Reglamento de diseño ecológico se define el reacondicionamiento de un bien como:

«reacondicionamiento»: las acciones llevadas a cabo para preparar, limpiar, probar, hacer mantenimiento y, en caso necesario, reparar un producto o un producto desechado para restablecer su rendimiento o funcionalidad dentro del uso previsto y el intervalo de rendimiento concebidos originalmente en la fase de diseño en el momento en que el producto sea introducido en el mercado.

Que un consumidor esté dispuesto a obtener un producto de sustitución que sea el resultado del reacondicionamiento de otro en lugar de uno nuevo, es algo que puede depender de muchos factores. Ninguno de ellos, sin embargo, lleva a pensar en una preferencia por el

reacondicionado respecto de uno nuevo. Un incentivo real en el sentido que indica la norma hubiera tenido que incorporar algún tipo de ventaja adicional, como una ampliación de la garantía o una reducción del precio proporcional a la intensidad del reacondicionamiento.

Bibliografía

Ricardo ALONSO GARCÍA, «El *soft law* comunitario», *Revista de Administración Pública*, 154, 2001, pp. 63-94.

Stefan ARNOLD, *Recht auf Reparatur*, Nomos, 2024.

Benedikt BAHNER, *Ansatzpunkte im Kaufrecht zur Förderung eines nachhaltigen Konsums nach Umsetzung der Warenkaufrichtlinie*, Nomos, 2024.

Jürgen BASEDOW, *EU Private Law. The Anatomy of a Growing Legal Order*, Intersentia, 2021.

Sergio CÁMARA LAPUENTE, «El concepto legal de “consumidor” en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos», *Noticias de la Unión Europea*, 320, 2011, pp. 21-44.

Sergio CÁMARA LAPUENTE, «La codificación del derecho de consumo», *Revista de Derecho Civil*, 2-1, 2015, pp. 105-151.

Michael A. CARRIER, «How the Federal Trade Commission can use Section 5 to Strengthen the Right to Repair», *37 Berkeley Technology Law Journal* 1145 (2022)

Katharina GELBRICH, «Verbraucherschutz vs. (ökologische) Nachhaltigkeit», en Jannis Vertling et alii, *Nachhaltigkeit im Wandel*, Nomos, 2023, pp. 101-115.

Karl LARENZ, Manfred WOLF, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Auflage, Beck, 2004.

Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, «La “reparabilidad” como elemento para juzgar la conformidad del bien vendido con el contrato: el nuevo artículo 7.1.d) de la Directiva 2019/771, de 20 de mayo, de contratos de compraventa de bienes», *Revista del Centro de Estudios de Consumo (Cesco)*, enero de 2025, pp. 1-9.

Ralf MICHAELS, Verónica RUIZ ABOU-NIGM, Hans VAN LOON (coordinadores), *The Private Side of Transforming the World. UN Sustainable Development Goals 2030 and the role of private international law*, Intersentia, 2021.

Hans-W. MICKLITZ, *Der Reparaturvertrag*, J. Schweitzer Verlag, 1983.

Uwe NEUMAYR, «Ein neues Right to Repair – Bestehende Regelungen und Alternativen de lege ferenda», en Lukas Klever et alii, *Nachhaltigkeit im Privatrecht*, Nomos, 2023, pp. 97-120.

Konrad OTT, Ralf DÖRING, *Theorie und Praxis starker Nachhaltigkeit*, Metropolis, 2011.

Rupprecht PODSZUN, Tristan ROHNER, *Nachhaltigkeit und Recht*, C. H. Beck, 2024.

Richard REVESZ, Philippe SANDS, Richard B. STEWART (editors), *Environmental Law, the Economy, and Sustainable Development. The United States, the European Union, and the International Community*, Cambridge University Press, 2000.

David SARMIENTO, *El derecho de la Unión Europea*, 2ª edición, Marcial Pons, 2018.

Louisa SPECHT-REIMENSCHNEIDER, Victor MEHNERT, «Updates und das Recht auf Reparatur», *Zeitschrift für das Digitales Recht*, 2022, pp. 313-338.

Susanne TÖLLE, *Der Rechtsrahmen für den Erlass von Ökodesign-Anforderungen*, Nomos, 2016.

Fryderyk ZOLL et alii, «Towards and Environment-friendly Law of Obligations», en André Jansenn, Matthias Lehmann, Reiner Schulze (editors), *The Future of EU Private Law*, Nomos, 2023, pp. 195-224.

Tercera ponència

Noves formes de propietat en l'entorn digital

L'encaix dels béns digitals en el Codi Civil de Catalunya

Antoni Rubí Puig

Professor agregat de dret civil. Universitat Pompeu Fabra

Sumari

- 1. Una realitat a la recerca de regles i més seguretat jurídica**
- 2. Concepte de bé digital**
 - 2.1. El debat sobre el reconeixement de drets de propietat
 - 2.2. Noció àmplia i noció estricta de bé digital
 - 2.3. Objecte dels béns digitals
 - 2.4. La idea de control
- 3. Circulació de béns digitals. Transmissió i adquisició**
- 4. Tokenització i béns digitals**
- 5. Drets reals de garantia sobre béns digitals**
- 6. Conclusions**

1. Una realitat a la recerca de regles i més seguretat jurídica

Els processos de digitalització, que s'han accelerat les tres darreres dècades, han propiciat l'aparició de nous recursos econòmics. Els exemples d'aquests són diversos, tant pel que fa a les seves característiques com als seus usos o al seu valor patrimonial, però, comparteixen essencialment el fet de consistir en informació digitalitzada i, per tant, de ser intangibles o immaterials.

En primer lloc, destaquen els que d'habitud identifiquem com a continguts digitals i que, en molts casos, incorporen obres i altres prestacions protegides per drets de propietat intel·lectual. A finals dels anys noranta del segle passat, la digitalització s'estengué ràpidament com a mecanisme d'accés i gaudi de moltes produccions culturals, especialment, en l'àmbit musical i audiovisual. El desenvolupament de nous models de negoci com iTunes i l'aparició de plataformes d'intercanvi (*P2P networks*) com Napster van revolucionar el sector.¹ La digitalització també ha incidit clarament en la producció de nous continguts per part de consumidors i usuaris finals, especialment, gràcies a l'aparició de les primeres càmeres fotogràfiques i de vídeo digitals, la possibilitat d'un emmagatzematge remot, com el que ofereixen els serveis de computació en el núvol, i l'ús de xarxes socials. El canvi de segle va marcar l'inici d'una tendència evident cap a la desmaterialització i la pèrdua de centralitat dels suports materials o tangibles en aquests sectors. Avui en dia el subministrament de música, pel·lícules, produccions audiovisuals, aplicacions informàtiques, videojocs i, en menor mesura, llibres, té lloc majoritàriament per mitjans digitals. El procés ha vingut acompanyat del disseny de regles sobre contractes de subministrament de continguts i serveis digitals,

¹ Per a una descripció de l'impacte de la digitalització en l'àmbit de la producció cultural, vegeu WALDFOGEL, Joel, *Digital Renaissance. What Data and Economics Tell Us about the Future of Popular Culture*, Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2018.

incorporades ja al CCCat,² i de regles sobre la possible destrucció i corrupció de continguts i d'altres tipus de dades en general.³

En segon lloc, el desenvolupament de les tecnologies de registres distribuïts (*Distributed Ledger Technologies* (DLTs)) i, en especial, d'un dels seus usos principals, les criptomonedes, avivà el procés digitalitzador. La innovació en el sector de les DLTs ha estat molt intensa i han sorgit diverses categories de cryptoactius, utilitzats per a finalitats diferents, com ara per a fer pagaments i transferències internacionals o facilitar la inversió en projectes de finances descentralitzades (DeFi). Entre la panòpia de cryptoactius que han aparegut durant els darrers quinze anys, destaquen instruments com les *stablecoins*, les *memecoins*, els *utility tokens*, els *asset-backed tokens*, els *liquidity provider tokens*, els *non-fungible tokens* (NFTs) o els *wrapped tokens*.⁴ L'impacte econòmic que generen molts cryptoactius no es pot menystenir. Les transaccions que es produeixen sobre varies criptomonedes arreu del món són molt substancials i, per exemple, el volum de negoci diari sobre Bitcoin, una de les més populars creada el 2008, arriba a una mitjana de més de 40.000 milions d'euros.⁵ Bancs consolidats en el territori espanyol ofereixen ja serveis relacionats amb criptomonedes, com ara pagaments o inversions. La regulació en aquest sector ha propiciat l'aprofitament dels avantatges associats a les DLTs i la protecció d'inversors. A la UE, destaca el Reglament 2023/1114,

² Articles 621-67 a 621-78 CCCat.

³ Vegeu, per exemple, l'article 6.1.c) de la *Directiva (UE) 2024/2853 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2024, sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos y por la que se deroga la Directiva 85/374/CEE del Consejo* (DO L, 2024/2853, 18.11.2024).

⁴ Una descripció de cadascun d'aquests cryptoactius, així com de les seves característiques i finalitats, excedeix l'objecte d'aquest treball. El lector interessat pot trobar més informació a PARRONDO, Luz, «Typology and classification of crypto-assets based on the MiCA regulatory framework: contributions and limitations», a PARRONDO, Luz i AMAT, Oriol (eds.), *Research Handbook on Financial Accounting*, Edward Elgar, 2024, pp. 264-282.

⁵ <https://www.coinbase.com/es-la/price/bitcoin> (aquest i altres enllaços en el treball han estat consultats a 23.4.2025).

sobre mercats de criptoactius («Reglament MiCA»).

⁶ La legislació espanyola sobre mercat de valors té molt presents les tecnologies de registres distribuïts, amb normes per a garantir la seguretat jurídica en la representació de valors negociables en *blockchains* i altres DLTs.⁷ Específicament, la LMV preveu que els diferents instruments financers inclosos en el seu àmbit objectiu d'aplicació, com, entre d'altres, valors negociables o participacions i accions en institucions d'inversió col·lectiva, poden ser emesos, registrats, transmesos i emmagatzemats emprant tecnologies de registres distribuïts o altres tecnologies semblants com a suport per aquestes actuacions.⁸

En tercer lloc, les millores en processament i l'abaratiment de determinades tasques informàtiques han facilitat endegar projectes relacionats amb el tractament de quantitats massives de dades, en moltes ocasions, emprades després per entrenar i millorar models d'intel·ligència artificial. Les bases de dades generades — no sempre protegibles per drets de propietat intel·lectual— poden tenir un valor patrimonial molt significatiu i, de fet, són objecte de diverses transaccions en el mercat. En els darrers anys, les institucions europees han impulsat diverses normes per oferir un marc jurídic a la generació i explotació de diferents tipus de dades, principalment, les generades per productes interconnectats (Internet de les coses), siguin en brut o estructurades. Els dos instruments normatius més rellevants són el Reglament de Dades⁹ i

⁶ *Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n. 1093/2010 y (UE) n. 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937 (DO L 150 de 9.6.2023, p. 40–205)* (en endavant, «Reglament MiCA»).

⁷ *Ley 6/2023, de 17 de marzo, de los Mercados de Valores y de los Servicios de Inversión (BOE núm. 66, de 18.3.2023)* (en endavant, «LMV»).

⁸ Art. 2.2 LMV.

⁹ *Reglamento (UE) 2023/2854 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2023, sobre normas armonizadas para un acceso justo a los datos y su utilización, y por el que se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y la Directiva (UE) 2020/1828 (Reglamento de Datos) (DO L, 2023/2854, 22.12.2023)* (en endavant, «Reglament de Dades»).

el Reglament de Governança de Dades.¹⁰ Tot i que el règim europeu dissenyat entorn dels mercats de dades no personals ha defugit la configuració de drets de propietat, diversos autors suggereixen que podem, en definitiva, parlar d'una titularitat sobre aquests recursos molt propera a la dominical.¹¹

La digitalització i l'aparició d'aquests nous recursos o *objectes* digitals obliguen a examinar el seu encaix en el dret privat, en especial, per a proporcionar més seguretat jurídica en relació amb el seu règim de circulació i de protecció enfront de tercers. Són diverses les qüestions que hauran d'encarar els operadors jurídics catalans en els propers anys. La major part dels problemes fins al dia d'avui i que han dut a jutges fora de la jurisdicció espanyola a considerar el seu estatus com a objectes de drets de propietat han afectat criptomonedes i s'han referit, entre d'altres, a aspectes com la protecció dels seus titulars davant de processos concursals iniciats contra prestadors de serveis de custòdia, la seva transmissibilitat *mortis causa* o la possibilitat d'exercir pretensions reivindicatòries enfront de tercers que n'assumeixen el control de forma il·lícita.¹²

¹⁰ *Reglamento (UE) 2022/868 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a la gobernanza europea de datos y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1724 (Reglamento de Gobernanza de Datos)* (DO L 152 de 3.6.2022, p. 1/44). Hom també ha de tenir en compte els diferents drets d'accés i les obligacions de subministrament de dades establerts en normatives sectorials com, entre d'altres, la *Directiva (UE) 2015/2366, de 25 de noviembre de 2015 sobre servicios de pago en el mercado interior* (DO L 337 de 23.12.2015, p. 35/127); la *Directiva 2012/27/EU, de 25 de octubre de 2012 relativa a la eficiencia energética* (DO L 315, 14.11.2012, p. 1/56); o el *Reglamento (CE) no 715/2007, de 20 de junio de 2007, sobre la homologación de tipo de los vehículos de motor por lo que se refiere a las emisiones procedentes de turismos y vehículos comerciales ligeros (Euro 5 y Euro 6) y sobre el acceso a la información relativa a la reparación y el mantenimiento de los vehículos* (DO L 171 de 29.6.2007, p. 1/16).

¹¹ ZECH, Herbert, «Data Access Rights as Property Rights», a: LOHSSE, Sebastien, SHULZE, Reiner i STAUDENMAYER, Dirk (eds.), *Private Law and the Data Act*, Nomos, 2024, pp. 45-58.

¹² Per a referències a la litigació recent, vegeu WYCZIK, Jakub, «Ownership in the 21st century: property law of digital assets», *Information & Communications Technology Law*, Octubre, 2024, pp. 1-20; i ALLEN, Jason G, WELLS, Henry i MAUER,

La solució emergent en l'àmbit internacional és el reconeixement d'alguns d'aquests objectes com a béns digitals, sotmesos a les regles pròpies dels béns. Les experiències comparades conviden el legislador català a reconèixer els béns digitals en el marc del Llibre Cinquè del Codi Civil i a preveure una sèrie de normes especials que adaptin el règim general aplicable a les coses a aquestes noves tipologies de béns resultat de la digitalització. Sense ànim d'oferir una anàlisi completa i en profunditat del tractament dels béns digitals en el dret privat català, aquesta contribució persegueix només identificar i presentar breument alguns dels reptes que tard o d'hora hauran d'encarar el legislador català i els diferents operadors jurídics per normar una realitat econòmica emergent i dinàmica.

2. Concepte de bé digital

2.1. El debat sobre el reconeixement de drets de propietat

Especialment durant els darrers deu anys s'han incrementat arreu els debats a l'entorn del reconeixement de drets de propietat sobre determinats recursos digitals.¹³ En el marc d'aquestes discussions, ha emergit una nova categoria, la de bé digital o *digital asset*, per a

Marco, «Cryptoassets in Private Law: Emerging Trends and Open Questions from the First 10 Years», *SMU Centre for AI & Data Governance Research Paper* No. 06/2022 (disponible a <https://ssrn.com/abstract=4206250>).

¹³ Algunes referències en la literatura acadèmica són: VAN ERP, Sjef, «Ownership of Digital Assets?», *European Property Law Journal*, vol. 5, n.2, 2016, pp. 73-76; ALLEN, Jason G., «Property in Digital Coins», *European Property Law Journal*, vol. 8, n.1, 2019, pp. 64-101; LEHMANN, Matthias, «Who Owns Bitcoin? Private Law Facing the Blockchain», *Minnesota Journal of Science, Law and Technology*, vol. 21, n.1, 2019, pp. 93-136; GRIMMELMANN, James i MULLIGAN, Christina, «Data Property», *American University Law Review*, vol. 72, 2023, pp. 829-883; LOW, Kelvin F.K. i HARA, Megumi, «Cryptoassets and property», a: VAN ERP, Sjef i ZIMMERMANN, Katja (eds.), *Research Handbook on European Property Law*, Cheltenham, UK: Edward Elgar Publishing, 2024, pp. 146-156; i TOSATO, Andrea

designar aquells recursos digitals que poden arribar a ser objecte de domini.

Com no podia ser d'altra manera, els debats s'han fet en relació amb les característiques pròpies de cada jurisdicció i, principalment, del concepte de propietat reconegut en les diferents tradicions jurídiques. Les diferències tant pel que fa al concepte mateix de propietat com a la noció de bé dificulten una aproximació unitària al fenomen.¹⁴ Tot i això, són varies les iniciatives de *soft law* que persegueixen dotar de millors regles, properes o funcionalment equivalents a les del dret de propietat, a alguns recursos digitals com ara els criptoactius.¹⁵

El dret privat català parteix d'un concepte ampli de béns patrimonials, que, a més de les coses, inclou els drets (art. 511-1 CCCat). La solució contrasta amb el previst en alguns ordenaments, com el dret alemany, que, com a regla de principi, limiten els béns a les coses corporals.¹⁶ En el nostre dret privat i la nostra tradició jurídica, el model clàssic de delimitació de la propietat sobre béns es basa en les coses corporals i identifica una sèrie de caràcters per

i ODINET, Christopher K., «Crypto and the Property Question», *Florida Law Review*, 2026 (disponible com a Working Paper, 2025, a SSRN: <https://ssrn.com/abstract=5151907>).

¹⁴ Per això, el propi EUROPEAN LAW INSTITUTE (ELI) no es pronuncia d'una forma clara sobre la naturalesa jurídico-real o obligacional dels drets que hom pot ostentar sobre un recurs digital (vegeu EUROPEAN LAW INSTITUTE, *ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security*, 2022 (disponibles a https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Principles_on_the_Use_of_Digital_Assets_as_Security.pdf), Definició b(ii), p. 17, i p. 21)).

¹⁵ Vegeu UNIDROIT, *UNIDROIT Principles on Digital Assets and Private Law*, International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), 2023 (disponibles a <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2024/01/Principles-on-Digital-Assets-and-Private-Law-linked-1.pdf>); i EUROPEAN LAW INSTITUTE, *ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security*, op. cit. Durant la reunió del Council de l'EUROPEAN LAW INSTITUTE celebrada a Viena el propassat dia 2 de març de 2025, es va aprovar el text d'un nou informe sobre *Enforcement Against Digital Assets*, que fou publicat el 12 de juny (https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Projects/Access_to_Digital_Assets/ELI_Principles_and_Guidance_for_Enforcement_Against_Digital_Assets.pdf).

¹⁶ §§ 90 i 903 BGB.

a dotar de contingut el dret que n'ostenta un subjecte.¹⁷ En aquest sentit, hom identifica la propietat com un poder absolut i directe sobre un bé (art. 541-1.1) que permet al seu titular l'obtenció de diverses utilitats: ús (arts. 561-2.2 i 566-4), gaudi (art. 561-2.1), aprofitament (arts. 563-1, 554-3.1 i 554-9.a)); l'establiment de limitacions per a obtenir-ne utilitat, com, per exemple, en funció de garantia (art. 569-2); i, finalment, la seva transmissió (arts. 531-1 i 541-1.1). En general, s'assenyala la idea d'immediativitat entre un titular i una cosa, això és, l'obtenció d'utilitats sobre la cosa sense requerir la col·laboració d'un tercer per a satisfer l'interès, a diferència dels drets de crèdits, en els quals llurs titulars necessiten l'actuació del deutor. La condició de propietari atribueix la titularitat residual d'aquelles facultats no conferides a tercer per llei o per títol (art. 541-1.2 CCCat). El dret de propietat sobre la cosa comporta una exclusivitat en l'obtenció de les utilitats que permet excloure'n tercers que no comptin amb una autorització del titular (*ius excludendi*), així com la possibilitat de reivindicar el bé (reipersecutorietat). A diferència dels drets de crèdit, amb una eficàcia relativa o *inter partes*, el dret de propietat i els altres

¹⁷ Vegeu DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni i BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *Derecho Civil de Cataluña. Derechos Reales*, 7a ed., Barcelona: Marcial Pons, 2023, pp. 18-19. Elena LAUROBA identifica el dret de propietat amb les notes següents: 1) poder màxim/poder abstracte/poder absolut; 2) poder residual; 3) poder exclusiu, i 4) poder perpetu (LAUROBA LACASA, Elena, «¿Qué modelos de propiedad ampara la Constitución? (O cómo imaginamos el derecho de propiedad en los cincuenta próximos años)», a: SERRANO DE NICOLÁS, Ángel (ed.), *Nuevas perspectivas iusprivatistas a los 40 años de la Constitución española*, Marcial Pons- Col·legi Notarial de Catalunya, 2021, pp. 251-320). Per la seva banda, M^a del Carmen GETE-ALONSO destaca les característiques següents: a) inherència a la cosa i immediatesa; b) exclusivitat o absolutivitat; i c) oponibilitat enfront de tercers (GETE-ALONSO GALERA, M^a del Carmen, «Los derechos reales vigentes en Cataluña», a GETE-ALONSO GALERA, M^a del Carmen, i SOLÉ RESINA, Judith (Coords.), *Derechos Reales de Cataluña*, Atelier, 2022, pp. 29-44, en especial, pp. 33-34).

Per una discussió de les característiques del dret de propietat en el dret privat espanyol i el seu possible trasllat als béns digitals, vegeu CASTILLO PARRILLA, José Antonio, *Bienes digitales. Una necesidad europea*, Madrid: Dykinson, 2019; HIDALGO CEREZO, Alberto, *Propiedad y patrimonio en el medio digital*, Cizur Menor: Aranzadi, 2021; i SCHULLER, Robert Reinhart, «Criptoactivos: Categorización jurídica de los criptoactivos e introducción a la tecnología DLT/Blockchain», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, n. 2, 2022, pp. 737-769.

drets reals tenen una eficàcia general o *erga omnes*. Finalment, el dret de propietat té una vocació de perpetuïtat.

Res no obsta d'entrada a traslladar aquestes característiques a recursos diferents de les coses corporals i, en particular, als béns immaterials. D'acord amb la concepció de l'anàlisi econòmica clàssica dels drets de propietat, hom pot defensar que el reconeixement de facultats dominicals sobre aquests recursos respon al fet que el seu valor patrimonial i les facilitats d'identificació del seu contingut superen els costos derivats de l'atribució de drets.¹⁸ Diferents tecnologies digitals, com les DLTs, permeten identificar fàcilment nous recursos que poden ser objecte d'intercanvis impersonals en el mercat i passar de les mans de qui menys a qui més els valoren. A més, el propi art. 511-1 CCCat fa referència ja a la immaterialitat i, de fet, considera els drets com a béns patrimonials objecte d'intercanvis impersonals. Entre els béns immaterials, hom pot situar-hi els drets de propietat intel·lectual en un sentit ampli. Tot i la discussió sobre si són efectivament drets de propietat,¹⁹ és clar que, amb particularitats pròpies de cada tipologia, són transmissibles,²⁰ donen lloc a utilitats, o poden ser limitats per drets reals de garantia. Altres béns immaterials inclouen, per exemple, els noms de domini, els drets patrimonials d'imatge, els drets d'emissió, o les quotes d'explotació de recursos naturals. Els béns immaterials poden d'entrada regir-se, amb adaptacions derivades de les seves característiques particulars, per les regles aplicables a les coses, sense necessitat de ser qualificats de tals. Així i tot, alguns ordenaments, com el belga, es refereixen a les coses incorporals (*choses incorporelles*), que es defineixen per exclusió, això és, com totes aquelles coses que no són corporals.²¹ Excedeix la finalitat

¹⁸ DEMSETZ, Harold, «Toward a Theory of Property Rights», *The American Economic Review*, vol. 57, n.2, 1967, pp. 347-359.

¹⁹ Per tots, VAN HOUWELING, Molly Shaffer, «Intellectual property as property», a: DEPOORTER, Ben, MENELL, Peter i SCHWARTZ, David, *Research Handbook on the Economics of Intellectual Property Law*, Edward Elgar, 2019, pp. 2-26.

²⁰ En els supòsits de drets de constitució registral, la transmissió requereix el canvi en la titularitat registral (vegeu, per exemple, arts. 2.1, 46.2 i 46.3 de la *Ley 17/2001, de 7 de diciembre, de Marcas* (BOE núm. 294, de 8.12.2001); i arts. 2.2, 79 i 82 de la *Ley 24/2015, de 24 de julio, de Patentes* (BOE núm. 177, de 25.7.2015)).

²¹ Art. 3.40 CC belga.

d'aquesta contribució una discussió de les implicacions filosòfiques que presenten les *coses* digitals.²²

Tot i que es pot discutir que els béns digitals siguin veritables béns immaterials,²³ el seu objecte bàsic és informació digitalitzada i, en el seu cas, emmagatzemada electrònicament. Per exemple, gràcies a la combinació de tecnologies proporcionada per DLTs i a l'emmagatzematge d'aquesta informació, la persona titular d'un cryptoactiu podrà en molts casos obtenir les diferents utilitats associades amb el bé, identificar-se en el mercat com a titular, establir drets reals limitats de garantia sobre el bé o arribar a transmetre'l a un tercer. Un grup nodrit de juristes assenyalen que no hi ha obstacles per considerar en el dret privat català i espanyol alguns béns digitals, entre d'altres, les criptomonedes, com a objectes de propietat.²⁴ Les raons bàsiques que assenyalen apunten que la mateixa tecnologia que les facilita proporciona a determinats

²² Vegeu, sobretot, HUI, Yuk, *On the Existence of Digital Objects*, University of Minnesota Press, 2016. Per altres referències a tractaments filosòfics i, en particular, als realitzats per Vilém FLUSSER o Byung-Chul HAN, vegeu RUDA GONZÁLEZ, Albert, «Much Ado About Nothing? An Approach to Digital Assets in the Law», a: SAGAERT, Vincent i VANANROYE, Joeri (eds.), *Privaatrecht plenius coloribus. Liber Amicorum Matthias Storme*, Wolters Kluwer, 2024, pp. 649-664.

²³ Vegeu *infra* apartat 2.3.

²⁴ Per a DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni i BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *op. cit.*, p. 21, les creacions digitals, com les criptomonedes, encaixen en la categoria dels béns. Per a Peinado Gracia, Juan Ignacio, «Títulos-valores. Teoría General», a: MÉNENDEZ, Aurelio i ROJO, Ángel (Dirs.), *Lecciones de Derecho Mercantil*, vol. II, 20a ed., Thomson Reuters-Civitas, 2022, pp. 343-364, p. 356: «Cuando incorporamos un derecho o cuota de derecho a un token (hablamos de tokenizar) los derechos incorporados ya no se transmiten por las reglas de su propia naturaleza, sino por los mecanismos de transmisión del soporte». Vegeu també SCHULLER, Robert Reinhart, *op. cit.*, p. 759: «...el encaje de los cryptoactivos dentro de la categoría de bienes en el ordenamiento jurídico español no supone serias dificultades...».

Vegeu també STS, Sala 2a, núm. 326/2019, de 20 de juny (MP: Pablo Llarena Conde) (ECLI:ES:TS:2019:2109): «el bitcoin no es sino un activo patrimonial inmaterial, en forma de unidad de cuenta definida mediante la tecnología informática y criptográfica denominada bitcoin, cuyo valor es el que cada unidad de cuenta o su porción alcance por el concierto de la oferta y la demanda en la venta que de estas unidades se realiza a través de las plataformas de trading Bitcoin» (FJ 3r).

subjectes una posició de control equivalent a la que atribueix un dret jurídico-real sobre una cosa. En funció del tipus de criptoactiu, el seu titular podrà gràcies a la tecnologia —principalment, al mecanisme de consens dels diferents nodes en una DLT—, transmetre'l a un tercer, gravar-lo amb drets reals limitats, o excloure altres de les seves utilitats. En alguns casos, hom destaca també raons pragmàtiques: el mercat ja funciona en bona mesura configurant molts criptoactius com a béns. Als arguments anteriors, s'hi pot afegir la força del dret positiu: almenys pels béns digitals compresos en el seu àmbit objectiu d'aplicació, el Reglament MiCA promou la seva configuració com a objectes de drets de propietat.²⁵

Diversos ordenaments del nostre entorn presenten solucions o iniciatives per atribuir drets de propietat sobre almenys alguns béns digitals. Alguns països han optat per oferir un règim especial. Aquesta és, per exemple, la solució proposada al Regne Unit on, al moment d'escriure aquestes línies, es discuteix un projecte de llei per a considerar els béns digitals o electrònics com a objecte de propietat, malgrat que no puguin qualificar-se jurídicament com a «*thing in possession*» o a «*thing in action*», les dues categories tradicionals en el *common law* per a identificar béns personals («*objects of personal property*»).²⁶ Als EUA, l'*Uniform Commercial Code* (UCC) fou modificat el 2022, entre altres finalitats, per introduir-hi un nou article 12 dedicat als «*controllable electronic records*», que són objecte de propietat.²⁷ En altres països s'ha optat per un reconeixement limitat a determinades categories. Aquest és el cas d'Alemanya en què la Llei de valors electrònics considera els valors negociables criptogràfics coses

²⁵ Vegeu Considerant 82 Reglament MiCA: «*A fin de garantizar la protección de sus clientes, ha de requerirse que los proveedores de servicios de criptoactivos cuenten con mecanismos adecuados para proteger los derechos de propiedad de los clientes respecto de los criptoactivos que poseen [...]*».

²⁶ *Draft Bill to make provision about the type of things that are capable of being objects of personal property rights* (disponible a: <https://bills.parliament.uk/bills/3766>).

²⁷ *2022 Amendments to UCC* (disponibles a <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=d5bcf850-366f-b4b5-e7d6-6749ba2382c6&forceDialog=0>).

als efectes del § 90 BGB.²⁸ Tal vegada, els reconeixements més amplis fins a data d'avui són els de Liechtenstein i d'Andorra, on es preveuen règim civil que expressament estableixen que la transmissió dels béns digitals també suposa la dels drets que incorporen.²⁹

2.2. Noció àmplia i noció estricta de bé digital

Els recursos digitals són molt variats i això provoca que no tots ells s'hagin de considerar necessàriament objecte de drets de propietat i sotmetre's a les regles pròpies de la circulació de les coses. D'una observació dels diferents recursos digitals, només en resulta una semblança familiar (*Familienähnlichkeit*), en el sentit emprat per Wittgenstein. A la pràctica, les diferències que hi ha entre recursos diversos com, per exemple, dades en brut, un arxiu digital, un objecte digital en el marc d'un videojoc o servei digital immersiu, o un cryptoactiu, tant pel que fa a les seves característiques com als seus usos, són ben accentuades. Així, mentre alguns d'aquests recursos són fàcilment duplicables per qualsevol persona i dificulten que puguin ser transmesos de forma exclusiva, altres no poden ser duplicats ni tan sols per qui hi té accés amb una clau criptogràfica.³⁰ També alguns d'aquests recursos poden ser modificats o eliminats per un prestador de serveis digitals, mentre que en altres, atès el caràcter descentralitzat

²⁸ §§ 2(3) i 4(3) *Gesetz über elektronische Wertpapiere vom 3. Juni 2021* (BGBl. I S. 1423) (eWpG).

²⁹ A Liechtenstein, vegeu *Gesetz vom 3. Oktober 2019 über Token und VT-Dienstleister (Token- und VT-Dienstleister-Gesetz; TVTG)* (disponible a <https://www.regierung.li/files/medienarchiv/950-6-01-09-2021-en.pdf>). A Andorra, vegeu la Llei 24/2022, del 30 de juny, de la representació digital d'actius mitjançant l'ús de la criptografia i de la tecnologia de llibre registre distribuït i blockchain (https://www.consellgeneral.ad/ca/activitat-parlamentaria/lleis-aprovades/llei-24-2022-del-30-de-juny-de-la-representacio-digital-dactius-mitjancant-lus-de-la-criptografia-i-de-la-tecnologia-de-llibre-registre-distribuit-i-blockchain/at_download/PDF).

³⁰ WENDEHORST, Christiane, «Proprietary Rights in Digital Assets and the Conflict of Laws», a BONOMI, Andrea, LEHMANN, Matthias i LALANI, Shaheez (eds.), *Blockchain and Private International Law*, Brill, 2023, pp. 101-127, p. 103.

de la tecnologia de què depenen, la seva desprogramació és gairebé impracticable.³¹

Ateses aquestes diferències, hom pot identificar una noció àmplia i una noció estricta de bé digital. Segons la primera, qualsevol recurs digital podria ser considerat d'entrada un bé digital susceptible de ser objecte de drets de propietat. Segons la segona, només determinats recursos digitals haurien de ser qualificats de béns i, en particular, només aquells que reuneixen determinades característiques que en permeten l'exclusivitat i l'apropiació.

La noció àmplia de bé digital inclouria qualsevol recurs digital i, principalment, admetria com a objecte de propietat les dades com a tals. La seva consideració com a recursos susceptibles de ser objecte de drets reals es faria amb independència de les implicacions que deriven del seu caràcter intangible. Alguns autors advoquen per a la consideració de les dades com a béns digitals sotmesos a les regles pròpies de les coses tangibles.³² Destaquen que la identificació del seu contingut és factible, que posseeixen un valor patrimonial i que ja són objecte d'intercanvis en el mercat. Per això, relativitzen la facilitat en què les dades poden ser duplicades i la possibilitat d'un ús o consum no rival. També assenyalen que la consideració de les dades com a béns facilita la seva protecció enfront d'interferències de tercers.³³ Altres autors apunten que l'atribució de drets reals sobre dades pot enfortir la posició de consumidors i usuaris enfront d'empresaris que vulguin explotar-les.³⁴ En contra, les crítiques principals que es fan a la seva

³¹ *Id.*, p. 104.

³² Per exemple, GRIMMELMANN, James i MULLIGAN, Christina, *op. cit.*, pp. 829-883; o MICHELS, Johan David, i MILLARD, Christopher, «The New Things: Property Rights in Digital Files?», *The Cambridge Law Journal*, vol. 81, n.2, 2022, pp. 323-355.

³³ En particular, assenyalen que aquesta nova concepció facilitaria l'exercici del tort de «conversion». En aquest sentit, GRIMMELMANN, James i MULLIGAN, Christina, *op. cit.*, pp. 867-870.

³⁴ THOUVENIN, Florent i TAMÒ-LARRIEUX, Aurelia, «Data Ownership and Data Access Rights: Meaningful Tools for Promoting the European Digital Single Market?», a: Burri, Mira (ed.), *Big Data and Global Trade Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2021, pp. 316-339.

consideració com a béns digitals se centren en les implicacions que deriven del seu caràcter eminentment no rival.³⁵

L'objecte dels béns immaterials no deixa de consistir en informació i, com a tal, té una naturalesa intangible. La intangibilitat de la informació i de l'objecte d'aquests recursos permet qualificar aquests béns com a béns públics en un sentit econòmic. En efecte, presenten dues característiques que porten a la seva producció i explotació ineficients: d'una banda, el seu titular només pot excloure tercers d'una manera molt limitada (exclusivitat imperfecta) i, d'una altra, l'ús i accés per part d'un tercer no impedeix altres usos simultanis (no rivalitat). A la pràctica, la solució jurídica per a evitar els problemes de producció i explotació ineficients demana generar un poder de control o d'exclusivitat i generar una escassetat artificial mitjançant la decisió sobre el nombre de còpies per mitjà de les quals es podrà accedir a la informació.³⁶ En qualsevol cas, tant l'exclusivitat com la rivalitat són variables contínues i no discretes. En efecte, un recurs pot ser més o menys rival:³⁷ així, si bé una idea, després de comunicada públicament, és purament no rival, un contingut digital, que tècnicament no es pot copiar, i que s'incorpora en un determinat suport tangible o és accessible per mitjà d'un dispositiu, és purament rival. Aquesta rivalitat facilita l'exercici de facultats de control i l'especificació de cara a la transmissió del bé a un tercer.

³⁵ La bibliografia en contra de la consideració de les dades com a bé digital objecte de drets jurídico-reals és abundant. Algunes referències inclouen RUDA GONZÁLEZ, Albert, *op. cit.*, p. 658; i SENG, Daniel i Low, Kelvin F. K., «Data objects: new things or no-thing more than Ignis Fatuus?», *Law, Innovation and Technology*, vol. 17, n.1, 2025, pp. 1-36. Alguns autors suggereixen que les dades com a tals només podran ser considerades béns si d'alguna manera -i, principalment, per mor de la tecnologia- presenten característiques d'exclusivitat i no rivalitat. Així, per a WENDEHORST, Christiane, *op. cit.*, p. 104, les dades registrades en DLTs podrien ser considerades «biens» d'acord als arts. 516 i ss. Code Civil francès o com a «*Sachen*» d'acord a l'art. 285 ABGB austríac.

³⁶ LEMLEY, Mark A., «IP in a World Without Scarcity», *New York University Law Review*, vol. 90, 2015, pp. 460-515; pp. 466-468.

³⁷ VAN HOUWELING, Molly Shaffer, *op. cit.*, p. 5.

La noció estricta de bé digital exigeix, per contra, la concurrència de diferents característiques en els béns i, principalment, la rivalitat.³⁸ En el fons, una noció estricta persegueix identificar aquells trets dels recursos digitals que els aproximen als béns mobles. Per a la seva consideració com a béns digitals, hom pot requerir atributs com el caràcter individualitzable dels recursos, la possibilitat d'obtenir-ne una utilitat o la susceptibilitat per ser objectes de drets.³⁹ La tasca passa, en definitiva, per poder identificar i delimitar correctament l'objecte sobre el qual recau el recurs en qüestió i dotar-lo de qualitats rivals. Un recurs massa abstracte com una idea o una qualitat estètica no serà suficientment identificable; i un altre fàcilment duplicable no serà suficientment rival. Atès l'estat actual de la tecnologia, la condició estricta de bé digital quedaria pràcticament limitada als criptoactius, com diferents tipus de *tokens* i criptomonedes. En aquests recursos digitals, la identificabilitat del seu objecte i el caràcter rival es fan palesos gràcies al nivell d'escassetat artificial que permet la tecnologia.

Aquesta és la tendència que segueixen els diferents instruments de *soft law* i diferents iniciatives arreu i que exigeixen també la concurrència de diferents atributs. Per exemple, en els *Principis ELI*, els béns digitals es defineixen com a qualsevol registre o representació de valor que compleixi els criteris següents:

«(i) s'emmagatzema, es mostra i s'administra exclusivament electrònicament, en o per mitjà d'una plataforma o base de dades virtual, inclòs quan es tracta d'un registre o

³⁸ Algunes de les definicions que podem trobar en el dret positiu són insuficients per a proporcionar un concepte suficient de bé digital i per a facilitar la tasca definidora que ha d'emprendre el legislador català. Així, per exemple, l'art. 2.32 del Reglament de Dades defineix els «actius digitals» com «*elementos en forma digital, incluidas las aplicaciones, para los que el cliente tiene derecho de uso, independientemente de la relación contractual establecida con el servicio de tratamiento de datos del que el cliente se pretende cambiar*». Per la seva banda, l'art. 3.5 del Reglament MiCA defineix un «criptoactiu» com «*una representación digital de un valor o de un derecho que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro distribuido o una tecnología similar*».

³⁹ CASTILLO PARRILLA, José Antonio, *op. cit.*, pp. 208-209. Per a referències a la civilística espanyola, vegeu HIDALGO CEREZO, Alberto, *op. cit.*, pp. 310-314.

representació d'un actiu negociable del món real, i si el mateix bé digital es manté o no directament o mitjançant un compte amb un intermediari;

(ii) pot estar subjecte a un dret de control, gaudi o ús, independentment de si aquests drets es caracteritzen jurídicament com a dret real, personal o d'una altra naturalesa;⁴⁰ i

(iii) sigui susceptible de ser transferit d'una part a una altra, inclòs per disposició voluntària».⁴¹

La *Law Commission* anglesa també ha destacat una sèrie de característiques que haurien de reunir els recursos digitals per ser considerats objecte de drets reals. Ha identificat diversos criteris: (1) les característiques descrites per Lord Wilberforce a l'assumpte *National Provincial Bank v. Ainsworth* i que exigeixen que un objecte sigui definible, identificable per tercers, susceptible per naturalesa de ser assumit per tercers, i que tingui algun grau de permanència o

⁴⁰ Tanmateix, cal observar que l'ELI no es pronuncia sobre la naturalesa jurídica dels béns digitals i, en particular, sobre els diferents drets sobre aquests. La raó principal és que l'objecte dels *Principis* es limita al règim dels drets de garantia sobre béns digitals i que, en diversos ordenaments, com el català, es permet la penyora de drets. Vegeu *infra* apartat 5.

⁴¹ EUROPEAN LAW INSTITUTE, *ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security*, p. 17. Per la seva part, els *Principis UNIDROIT* no identifiquen a la definició característiques específiques dels béns digitals. Segon el Principi 2.2: «'Digital asset' means an electronic record which is capable of being subject to control». De forma similar, als EUA, el 2022 el *Uniform Commercial Code* (UCC) fou modificat, entre d'altres, per introduir-hi un nou article 12 dedicat als «*controllable electronic records*». Aquests, segons la secció 12-102 UCC es defineixen com a «a record stored in an electronic medium that can be subjected to control under Section 12-105».

estabilitat;⁴² (2) exclusivitat; (3) rivalitat; (4) separabilitat; i (5) valor.⁴³ Per a la *Law Commission*, la rivalitat és la clau de volta del sistema i el factor que permet distingir entre diversos recursos digitals.⁴⁴ Com a il·lustració, empra l'exemple de les diferències entre un arxiu de Microsoft Word i un *non-fungible token*: el primer, igual que ocorre amb la pura informació, pot ser replicat indefinidament; el segon, en canvi, és singular i exclusiu en el sentit que l'ús d'un individu n'exclou necessàriament el d'un altre. Només aquest darrer seria un verdader bé digital.

Correspon al legislador català la decisió al voltant d'adoptar una noció àmplia o estricta de bé digital. Les dificultats que plantegen els recursos digitals no rivals i les tendències emergents en el *soft law* i en el nostre entorn jurídic suggereixen la conveniència d'adoptar de moment una noció estricta de bé digital. Un reconeixement legal merament nominal de la categoria dels béns digitals pot ser ambigu i, per tant, el legislador català hauria d'optar per a una identificació dels trets que ha de reunir la categoria per ser objecte de drets reals. En qualsevol cas, una falta de reconeixement legal de la categoria dels béns digitals o d'una delimitació dels seus caràcters no impedeix que ja diversos objectes digitals —els que presenten les característiques pròpies que associem a les coses— puguin arribar a ser sotmesos al dret de propietat. Tampoc no obsta que malgrat una definició insuficient, es puguin predicar drets reals sobre altres recursos digitals o intangibles. En aquest sentit, hom no pot desconèixer el paper

⁴² *National Provincial Bank v. Ainsworth* [1965] AC 1175. Es tracta del *leading case* en dret anglès per a determinar quan un dret pot ser oposable enfront de tercers. De forma molt resumida, en el cas es discutia la possibilitat d'oposar un dret d'ús sobre l'habitatge familiar atribuït a un cònjuge enfront del banc que volia executar la hipoteca constituïda per l'altre cònjuge.

⁴³ LAW COMMISSION, *Digital assets as personal property: Supplemental report and Draft Bill*, 2024, pp. 11-12 (disponible a https://webarchive.nationalarchives.gov.uk/ukgwa/20250109095350mp_/https://cloud-platform-e218f50a4812967ba1215eaecede923f.s3.amazonaws.com/uploads/sites/30/2024/07/Digital-assets-as-personal-property-supplemental-report-and-draft-Bill-web-version.pdf).

⁴⁴ LAW COMMISSION, *Digital assets as personal property: Supplemental report and Draft Bill*, 2024, pp. 12-13.

integrador que poden tenir els usos del mercat⁴⁵ i el de les expectatives dels participants en els mercats en relació amb determinats recursos digitals o immaterials. Si, a la pràctica, ja es realitzen contractes que comporten per a les parts que els celebren una transmissió de propietat sobre conjunts de dades, és probable que en el mitjà termini sigui necessària la intervenció del legislador o, si s'escau, de jutges i tribunals per a fer cristal·litzar per mitjà de regles jurídiques l'enteniment social d'aquestes transaccions. De fet, des de fa dècades, es fan negocis sobre idees pures, com per exemple, compravendes d'art conceptual sense massa problemes jurídics o pràctics.⁴⁶

2.3. Objecte dels béns digitals

Els béns digitals consisteixen essencialment en un registre o representació de valor. Això els fa diferents de tres elements que s'hi relacionen: a) la informació que incorporen de forma digitalitzada; b) altres béns o drets a què poden fer referència; i c) els suports on pot emmagatzemar-se el bé digital en qüestió.

Per a entendre l'objecte dels béns digitals, pot servir una analogia amb els drets de propietat intel·lectual i les seves implicacions per als continguts digitals. En el supòsit d'una obra musical incorporada en un arxiu digital gravat en un *pendrive*, hom pot diferenciar diferents objectes la titularitat dels quals pot correspondre a subjectes diferents: en primer lloc, el suport tangible (*pendrive*) pot ser propietat d'A, el contingut digital o arxiu informàtic (xyz.mp3) pot ser propietat de B, i diferents persones, com el compositor C, l'interpret D i el productor musical E poden ser titulars de drets d'autor i drets afins sobre la informació intangible que incorporen.⁴⁷ L'objecte dels béns digitals és

⁴⁵ Article 111-1 CCCat.

⁴⁶ RUB, Guy, «Owning Nothingness: Between the Legal and the Social Norms of the Art World», *Brigham Young University Law Review*, vo. 2019, pp. 1147-1278 (2019).

⁴⁷ Vegeu art. 56.1 del *Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual* (BOE núm. 97, de 22.4.1996) (en endavant, «TRLPI»).

el registre o representació de valor, que en aquesta analogia equivaldria a l'arxiu informàtic.

El bé digital és diferent de la informació digitalitzada (dades, metadades, etc.) que incorpora⁴⁸. El bé digital és el registre d'aquesta informació i, per tant, separable idealment. Tanmateix, com s'ha assenyalat, molts dels debats dels darrers anys s'han centrat en la possibilitat de protegir les dades com a objecte de drets de propietat i de reconèixer una noció àmplia de bé digital.⁴⁹ La posició majoritària advoca per a no conferir drets jurídico-reals sobre aquest recurs intangible, malgrat l'important valor patrimonial que algunes dades poden tenir. En qualsevol cas, l'atribució de drets sobre el bé digital no implica necessàriament la seva extensió sobre la informació que incorporen.

Hom també ha de distingir el bé digital d'altres béns o drets a què fan referència. En efecte, els béns digitals es poden classificar en dos grans grups: per una banda, trobem als béns digitals purs o exclusivament digitals i, per una altra, els que es relacionen amb altres béns o drets. Altres terminologies emprades per descriure aquestes dues categories són les que distingeixen entre béns digitals primaris i secundaris, béns digitals endògens i exògens,⁵⁰ béns no referenciats i referenciats, o béns digitals no representatius i representatius. Els béns digitals purs són aquells que tenen valor en si mateixos, com ara, en general, les criptomonedes, mentre que els altres extreuen el seu valor del bé o del dret amb què es vinculen. Per exemple, poden representar o referir-se a un bé (moble o immoble) o a un altre bé digital; o a un

⁴⁸ De fet, és possible identificar dos sentits diferents de la informació o dades. Per una banda, les dades poden ser concebudes semànticament com a informació pura i, per tant, intangible. Per una altra banda, les dades poden ser concebudes com a una representació d'informació a partir de la combinació de caràcters, com ara números i lletres. En l'àmbit de la informàtica, és el que hom anomena codi o capa lògica de la informació, per oposició a la capa física, que és la manifestació concreta de les dades en una determinada localització, com un servidor o un objecte tangible. Vegeu GEIREGAT, Simon, «The Data Act: Start of a New Era for Data Ownership?», Working paper, 2022 (disponible a SSRN: <https://ssrn.com/abstract=4214704>), pp. 4-5.

⁴⁹ Vegeu *supra* apartat 2.2.

⁵⁰ WENDEHORST, Christiane, *op. cit.*, p. 106.

dret, com pot ser un dret de crèdit o un dret de propietat intel·lectual. L'establiment d'una relació entre un bé digital i un altre bé o dret s'anomena habitualment tokenització.⁵¹ Un dels reptes principals que presenten els béns digitals és la determinació dels efectes jurídics que comporta aquesta relació i, per exemple, si la transmissió d'un bé digital afecta la transmissió del bé o dret relacionats.⁵²

Finalment, el bé digital es diferencia del suport on està gravat o des d'on es pot accedir. Així, els servidors on s'allotja el bé digital en qüestió, o un ordinador o un altre bé tangible que emmagatzemen el bé digital, són diferents d'aquest i de la informació que incorpora. És cert que els béns digitals s'experimenten a partir d'algun dispositiu, a diferència de la informació pura, que pot ser experimentable mentalment. Per això, alguns autors es refereixen als béns digitals com una espècie d'híbrid entre un bé totalment intangible i una cosa.⁵³ Per això, hom pot fer referència a l'efecte físic de la informació en un servidor, en un ordinador o en un altre suport. En aquest sentit, es pot discutir si els béns digitals són una categoria dels béns immaterials o si són efectivament un *tertium genus*.

⁵¹ Vegeu *infra* apartat 4.

⁵² Vegeu *infra* apartat 4.

⁵³ GRIMMELMANN, James i MULLIGAN, Christina, *op. cit.* (es refereixen a «instances» de la informació que en faculten la possibilitat de control). Per la seva banda, MARGONI i STOWEL graduen el grau de tangibilitat que pot correspondre a les dades i a les dades registrades digitalment: «*data are a tangible (although digital) embodiment of information, while information is more immaterial, as it is a distillation or a derivation from the data that can be recorded and computed in digital form, through a "brick and mortar" electronic system*» (MARGONI, Thomas i STOWEL, Alain, «Contractual freedom and fairness in EU data sharing agreements», a: CALBOLI, Irene i DE WERRA, Jacques, *Research Handbook on Intellectual Property Licensing*, Edward Elgar, 2025, pp. 100-127, p. 105). Relacionen la noció amb la de «document», que es defineix a l'article 6.a) de la Directiva (UE) 2019/1024 com a «*cualquier contenido sea cual sea el soporte (escrito en papel o almacenado en forma electrónica o como grabación sonora, visual o audiovisual)*» (Directiva (UE) 2019/1024, de 20 de juny de 2019, relativa a los datos abiertos y la reutilización de la información del sector público (DO L 172 de 26.6.2019, p. 56/83)).

2.4. La idea de control

Una noció estricta de bé digital descansa sobretot en la idea de control exclusiu per part del seu propietari o titular. Aquesta idea de control està lligada a les dues característiques que converteixen un bé públic en un bé privat en sentit econòmic i, sobretot, a l'eliminació del seu caràcter rival. En definitiva, la idea comporta que la persona que ostenti el control sobre un bé digital podrà obtenir els beneficis associats al bé, en exclusió de tercers, podrà identificar-se en el tràfic com a titular i podrà transmetre a un tercer el bé, juntament amb les facultats anteriors, de forma exclusiva, això és, perdent ella mateixa el control sobre el bé.

La noció de control ha estat utilitzada en els textos de *soft law* sobre béns digitals. Així, per exemple, en els *Principis UNIDROIT*, la idea de control es concep com un equivalent funcional a la possessió dels béns mobles. No deixa de ser un “poder de fet” com el que defineix la possessió a l'article 521-1 CCCat, encara que sembli que només deriva d'un dret de propietat sobre el bé o d'algun dret real amb facultats transmissives. En el Principi 2.2. es defineixen els béns digitals com a enregistraments electrònics que són susceptibles de control, i el Principi 6.1. assenyala que una persona té control sobre un bé digital si:

- a. el bé digital o el protocol o sistema rellevants confereixen a aquesta persona: (i) la facultat exclusiva d'evitar que altres persones puguin obtenir substancialment totes les utilitats del bé digital; (ii) la facultat d'obtenir substancialment totes les utilitats del bé digital; i (iii) la facultat exclusiva de transmetre a una altra persona les facultats d'exclusió, aprofitament i transmissió del bé digital; i
- b. el bé digital o el protocol o sistema rellevants permeten a aquesta persona identificar-se com a titular de les facultats abans descrites.⁵⁴

⁵⁴ Vegeu també als EUA, Uniform Commercial Code, Section 12-105. Control of Controllable Electronic Record: «(a) [General rule: control of controllable electronic record.] A person has control of a controllable electronic record if the electronic record, a record attached to or logically associated with the electronic record, or a system in which the electronic record is recorded: (1) gives the person: (A) power to avail itself of substantially all the benefit from the electronic record; and (B) exclusive power, subject to subsection (b), to: (i) prevent others from availing themselves of

La noció de control en els *Principis ELI* és més difosa. Control en relació a un bé digital s'hi defineix com «el poder legal o la capacitat de fet de qualsevol persona física o persona jurídica per a negociar i/o extingir aquests béns, si escau».⁵⁵ Així i tot, assenyalen que, per determinats efectes jurídics, és recomanable una concepció més específica de control.⁵⁶ En el fons, com suggereix Christiane WENDEHORST, es tracta d'un mecanisme per a crear rivalitat i, per tant, predicable només d'alguns recursos com els criptoactius.⁵⁷

La possibilitat de control sobre el bé digital deriva de les característiques pròpies de la tecnologia. Les DLTs consisteixen en una xarxa de diferents ordinadors connectats coneguts com a nodes que s'encarreguen d'emmagatzemar de forma descentralitzada la informació ordenada en cadenes de blocs⁵⁸. Quan es vol fer un canvi en la informació registrada i, per tant, afegir un nou bloc a la cadena, els diferents nodes competeixen entre ells per a validar el canvi i obtenen una recompensa en forma de criptoactius. Per exemple, en el cas de Bitcoin, s'utilitza principalment l'anomenada «prova de treball» (*proof of work*), per la qual el node (anomenat miner) que és més ràpid en resoldre autònomament un problema matemàtic valida la transacció que és després replicada en la resta de nodes descentralitzats i obté una fracció de Bitcoins. La tecnologia impedeix el problema de la doble despesa, això és, que el titular del bé pugui transferir-lo a més d'una persona o retenir-ne una còpia o valor. Una transmissió d'un bé digital o d'una part d'ell (per exemple, fer un pagament amb una

substantially all the benefit from the electronic record; and (ii) transfer control of the electronic record to another person or cause another person to obtain control of another controllable electronic record as a result of the transfer of the electronic record; and (2) enables the person readily to identify itself in any way, including by name, identifying number, cryptographic key, office, or account number, as having the powers specified in paragraph (1)».

⁵⁵ EUROPEAN LAW INSTITUTE, *ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security*, p. 17.

⁵⁶ EUROPEAN LAW INSTITUTE, *ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security*, pp. 19-21.

⁵⁷ WENDEHORST, Christiane, *op. cit.*, pp. 103-104.

⁵⁸ DE FILIPPI, Primavera i WRIGHT, Aaron, *Blockchain and the Law. The Rule of Code*, Cambridge: Harvard University Press, 2018, pp. 13-32.

criptomonedes) implica afegir un nou bloc a la cadena de transaccions i, per fer-ho, el titular haurà de fer servir la seva clau privada. En conseqüència, la realització de les facultats inherents al bé digital només depenen del seu titular i no queda sotmesa a la decisió o validació de l'emissor de les criptomonedes o d'alguna autoritat externa. Tota la informació sobre un determinat bé digital i la seva cadena de blocs pot ser coneguda per tercers a partir de la seva adreça pública. En efecte, en l'àmbit de les DLTs, el control també pot ser entès com un mecanisme de legitimació registral i, per tant, de publicitat en què poden confiar els tercers (cfr. art. 522-1 CCCat).

Hi haurà recursos digitals en els quals aquest tipus de control efectiu no existirà. Així, l'atribució de potestats d'un tercer (emissor de l'objecte en qüestió) sobre la circulació d'aquests o sobre la seva supressió elimina el poder directe i absolut que ordinàriament atribuïm a la possessió material i farà recomanable sotmetre'ls a les regles de circulació dels drets de crèdit o, en el seu cas, a la infraestructura de circulació dissenyada pel seu emissor.⁵⁹ Per aquests motius, pot defensar-se l'exclusió de molts continguts digitals, atès que el poder directe sobre aquests no recau necessàriament en l'usuari. La plataforma pot eliminar-ne l'accés, especialment quan una llicència d'ús ho preveu. Això ocorreria, per exemple, en relació amb molts continguts digitals que es posen a disposició del públic per mitjà de serveis d'accés, en general, limitats per llicències d'usuari o *end-user license agreements* (EULAs). El mateix es pot dir de suposats béns digitals en el marc de videojocs, realitats immersives o en els suposats metaversos, així com de comptes digitals o comptes de correu.⁶⁰

La falta de control també pot derivar d'una manca d'immediatesa sobre el bé pretesament adquirit. Així, si és necessària una conducta

⁵⁹ Aquest és el cas de moltes entrades digitals a espectacles públics, com per exemple, concerts i festivals de música, en què el venedor només permet la seva transmissió entre els usuaris de la plataforma sense poder decidir el preu. Vegeu, per exemple, condicions generals 9 i 10 de DICE (<https://dicefm.zendesk.com/hc/es/articles/4412957231761-Spain-Purchase-Terms>).

⁶⁰ Això no obstant, per als *Principis ELI*, p. 20, si el contracte de prestació de serveis digitals no impedeix la possible transmissió a un tercer, haurien de poder ser objecte de drets reals limitats de garantia.

del transmissiu perquè es produeixi l'efecte transmissiu del domini —com ara esborrar el recurs digital dels seus instruments—, es pot dubtar que hi hagi un verdader control⁶¹. Aquesta limitació és rellevant en relació amb continguts digitals que incorporen obres protegides per drets de propietat intel·lectual que queden sotmesos als efectes de l'esgotament del dret de distribució, principalment, els programes d'ordinador.⁶² La jurisprudència del TJUE ha assenyalat la possibilitat que còpies digitals d'un programa informàtic es puguin transmetre, sempre que el transmissiu esborri dels seus terminals les còpies que en pugui tenir.⁶³ Les dificultats en verificar el compliment d'aquest requisit, juntament amb la facilitat de fer còpies i el caràcter no rival del seu accés, fa difícil que es pugui parlar d'un verdader control sobre el recurs digital que desplegui funcions possessòries o legitimadores.

Hom també pot arribar a qüestionar si les DLTs assegurin efectivament un control similar a la possessió. Així, és dubtós que totes les DLTs hagin de seguir el mateix règim jurídic. Es poden identificar diferents tipus de tecnologies de registre distribuït i, per tant, en alguns supòsits, no hi ha efectivament una descentralització absoluta que atorgui a un titular un control absolut i directe sobre els béns digitals en qüestió. D'entrada, les DLTs que ofereixen un control més intens als titulars dels béns digitals són les de registre distribuït accessible

⁶¹ SÁNCHEZ GIL, Ignacio, «La propiedad sobre activos digitales», *CEFLegal. Revista Práctica de Derecho*, núm. 286, noviembre de 2024, pp. 5-32, p.19.

⁶² Vegeu STJUE (Gran Sala) de 3 de juliol de 2012, assumpte C-128/11, *UsedSoft GmbH c. Oracle International Corp.* (ECLI:EU:C:2012:407); STJUE (Sala Tercera) de 12 d'octubre de 2016, asunto C-166/15, *Aleksandrs Ranks i Jurijs Vasiļevičs c. Finanšu un ekonomisko noziegumu izmeklēšanas prokuratūra i Microsoft Corp.* (ECLI:EU:C:2016:762); i STJUE (Sala Primera) de 19 de desembre de 2019, assumpte C-263/18, *Nederlands Uitgeversverbond i Groep Algemene Uitgevers c. Tom Kabinet Internet BV i altres* (ECLI:EU:C:2019:1111). Per a una discussió, vegeu SGANGA, Caterina, «A Plea for Digital Exhaustion in EU Copyright Law», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law (JIPITEC)*, vol. 9, 2018, pp. 211-239.

⁶³ Vegeu RUBÍ PUIG, Antoni, «Copyright Exhaustion Rationales and Used Software. A Law and Economics Approach to Oracle v. UsedSoft», *Journal of Intellectual Property, Information Technology and Electronic Commerce Law (JIPITEC)*, vol. 4, n.3, 2013, pp. 159-178.

sense permisos.⁶⁴ Però hi ha altres DLTs en què poden requerir-se permisos o hi pot haver un control i supervisió per part d'algun subjecte, principalment, l'emissor dels béns digitals. Aquests poden prendre decisions que modifiquin una cadena de blocs, en corregeixin el contingut o fins i tot arribin a suprimir algun bé.⁶⁵ En determinats criptoactius, el control i la supervisió seran necessaris. Així, pels valors negociables sotmesos a la LMV, es preveu que les entitats emissores hauran de garantir la integritat i immutabilitat de les emissions que es realitzin en DLTs, identificar de manera directa i indirecta els titulars dels drets sobre els valors negociables i determinar-ne la naturalesa, les característiques i el nombre.⁶⁶ A més, les entitats emissores hauran de designar en el document d'emissió una o diverses entitats que seran responsables de l'administració de la inscripció i registre dels valors en el sistema.⁶⁷ Entre altres funcions, aquestes entitats s'encarregaran de la gestió de la identificació dels titulars dels drets derivats dels valors negociables, així com dels diferents esdeveniments corporatius, inscripcions o gravàmens que afectin l'emissió. En conseqüència, les entitats emissores o les entitats designades tindran una capacitat d'afectar el control dels diferents titulars dels béns digitals. Els mateixos *Principis UNIDROIT* preveuen en certa manera la possibilitat que no hi hagi un control exclusiu per part del titular i que el mateix bé digital o el protocol o sistema rellevants en limitin l'ús, estiguin programats per a modificar el bé digital, en el seu cas, en supòsits de canvi o pèrdua de control (Principi 6.3). Es pot fer una analogia amb els títols valors: a vegades els títols valors es perden i cal iniciar un

⁶⁴ Aquestes es defineixen a l'article 1.b) del *Reglamento Delegado (UE) 2025/299 de la Comisión de 31 de octubre de 2024 por el que se completa el Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a los mercados de criptoactivos*: «registro distribuido accesible sin permisos»: «un tipo específico de registro distribuido en el que ninguna entidad controla el registro distribuido y cuyos nodos de red TDR pueden ser establecidos por cualquier persona que cumpla los requisitos técnicos y los protocolos de dicho registro distribuido».

⁶⁵ De fet, algun autor considera que hi ha possibilitats, encara que remotes, que els nodes d'un DLTs puguin arribar a manipular el sistema i, per tant, a impedir un control exclusiu per part del titular. Vegeu SÁNCHEZ GIL, Ignacio, *op. cit.*, pp. 25-26.

⁶⁶ Art. 5.6 LMV.

⁶⁷ Art. 8.4 LMV.

procés en què col·labori el tercer i es procedeixi a l'amortització del títol i a la generació d'un de nou en substitució.⁶⁸

L'estat actual de la tecnologia convida a pensar que només els béns digitals registrats en una DLT atribueixen la facultat de control que exigeixen els textos de *soft law* i iniciatives legals en el nostre entorn. Això no impedeix que es pugui aconseguir una situació similar de control a partir de l'ús de mesures tècniques de protecció i altres solucions, tals com signatures electròniques, tecnologies d'encryptació digital o *smart contracts*. En qualsevol cas, la regulació que endegui el legislador català ha de reflectir una neutralitat tecnològica i ha de ser adaptable a futurs desenvolupaments tecnològics més enllà de les DLTs.

3. Circulació de béns digitals. Transmissió i adquisició

L'encaix dels béns digitals en el Llibre Cinquè del Codi Civil permet sotmetre'ls a les regles de circulació dels béns i sostreure'ls de les dels drets de crèdit. La conseqüència principal és l'aplicació de la teoria del títol i el mode (article 531-1 CCCat) a la seva transmissió i el desplaçament del règim de la cessió de crèdits (arts. 1526 i s. CCEsp), que exigeix la notificació al deutor. L'adquirent, per tant, guanya amb aquest règim, ja que pot arribar a adquirir a *non domino* un bé digital si és de bona fe i a títol oneros. A més, en casos de béns digitals que incorporen un dret de crèdit, l'adquirent trasllada al deutor els riscos de l'extinció del dret. El resultat de l'aplicació de les regles de circulació i adquisició dels béns als béns digitals és l'impuls del mercat, amb un increment de la confiança i una reducció dels costos d'informació dels adquirents i inversors potencials.

D'altra banda, des d'un punt de vista econòmic, l'establiment de drets de propietat sobre béns digitals també facilita les transaccions i

⁶⁸ Arts. 132-135 de la *Ley 5/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria* (BOE núm. 158, de 3.7.2015).

evita estratègies d'integració vertical. En altres termes, un operador en el mercat pot decidir adquirir un bé digital generat per un altre operador —per exemple, una gran base de dades, si reuneix les característiques per ser objecte de drets reals—, sense necessitar adquirir o absorbir aquest o de fusionar-s'hi.

Per descomptat, no és necessari que tots els béns digitals hagin de poder circular i sotmetre's a les regles pròpies dels béns. Alguns béns digitals sorgeixen sense intenció que puguin circular i ser objecte d'intercanvis impersonals.⁶⁹ D'altra banda, el legislador no necessàriament ha de permetre que tots els drets de crèdit circulin incorporats a un bé digital: no tots els drets són titulitzables. Finalment, la circulació dels béns digitals pot ser independent de la de les coses i drets a què fan referència i, molt probablement, és recomanable en el moment actual preservar aquesta independència en la majoria dels casos.⁷⁰

La consideració dels béns digitals —almenys dels béns digitals purs— com a béns circulables d'acord amb les regles dels béns forçarà el legislador català a donar resposta a diverses qüestions. En el cas de la transmissió de béns digitals, la primera qüestió a examinar afecta a la forma en què ha de produir-se la seva tradició. Almenys en el cas dels béns digitals purs o exclusivament digitals, té sentit que la tradició es produeixi només per mitjans digitals i, per tant, que no tinguin efectes enfront de tercers formes de tradició simbòlica o espiritualitzada o els pactes de constitut possessori. La tradició hauria d'equivaldre, per tant, a la cessió per part del transmissor de la facultat de control sobre el bé digital, principalment, mitjançant el lliurament d'una clau d'accés. Aquest canvi de control determinaria principalment l'efecte

⁶⁹ Vegeu, per exemple, Considerant 17 del Reglament MiCA: «Los activos digitales que no pueden transferirse a otros titulares no entran en la definición de criptoactivos. Por consiguiente, los activos digitales que solo sean aceptados por el emisor o el oferente y que sean técnicamente imposibles de transferir directamente a otros titulares deben quedar excluidos del ámbito de aplicación del presente Reglamento. Entre los ejemplos de tales activos digitales cabe citar los programas de fidelización en los que los puntos por fidelidad pueden intercambiarse por beneficios solo con el emisor u oferente de dichos puntos».

⁷⁰ Vegeu *infra* apartat 4.

adquisitiu sobre el bé digital.⁷¹ En conseqüència, en relació amb els béns digitals exclusivament digitals, caldria limitar les formes de la tradició i, en particular, no aplicar-hi les formes previstes per als béns incorporals, que d'acord amb l'article 531-5 CCCat inclouen el lliurament dels títols, la tradició instrumental o l'ús que en fan els adquirents amb consentiment dels transmissors. La transmissió dels béns digitals referits a altres béns o drets és més problemàtica, atès que la seva tradició no ha de tenir necessàriament efectes sobre la tradició del bé o dret referenciat o, en general, la transmissió dels primers no necessàriament ha d'afectar la transmissió dels segons.⁷²

Hi ha un paral·lisme entre alguns fenòmens de digitalització i els processos de desincorporació dels títols valors. Un canvi en una anotació comptable inscrita en un registre poderosament controlat per l'emissor o un canvi en la informació registrada en un sistema amb tecnologies de registres distribuïts són equivalents funcionalment. Des del punt de vista de la circulació i de les possibilitats de transmissió, el mateix legislador pot facilitar-ho mitjançant un reconeixement jurídic exprés. Així ho ha fet històricament en relació amb diferents títols valors desincorporats, com per exemple els diferents valors negociables anotats comptablement. Darrerament, el legislador espanyol ja ha previst aquest mateix resultat per als valors negociables i altres instruments financers inclosos en l'àmbit d'aplicació de la LMV registrats a DLTs. Així, l'article 11.1 i 2 LMV estableix:

«1. [...] La transmisión de los valores representados mediante sistemas basados en tecnología de registros distribuidos tendrá lugar mediante la transferencia registrada en el registro distribuido.

La inscripción o registro de la transmisión [...] en el sistema basado en tecnología de registros distribuidos [...] a favor del

⁷¹ Cal tenir en compte que en alguns estàndards tècnics, quan es produeix un canvi en la cadena de blocs es genera un nou enregistrament electrònic, això és, el bé digital que es transmetria i el que s'adquiriria serien diferents. Per tant, el legislador català podria establir una regla segons la qual la transmissió d'un bé digital s'entén feta fins i tot en aquells supòsits en què es produeix la seva substitució tècnica.

⁷² Vegeu *infra* apartat 4

adquirente, producirá los mismos efectos que la entrega de los títulos.

2. La transmisión será oponible a terceros desde el momento en que se haya practicado la inscripción [...] en el sistema basado en tecnología de registros distribuidos [...]».

L'aplicació de les regles dels béns a la circulació dels béns digitals obligarà a traslladar-hi les normes sobre adquisició a *non domino*. Si la tradició depèn del control, caldrà establir que l'adquisició del control sobre la clau privada, de bona fe i a títol onerós, comportarà l'adquisició del bé digital, malgrat les persones que en tenien el control anteriorment no tinguessin poder suficient sobre el bé.⁷³ En el cas de béns digitals que referencien altres béns, l'adquisició a *non domino* no ha de tenir necessàriament efectes adquisitius sobre els béns referenciats.⁷⁴

En el dret privat català, hi ha diverses excepcions a l'efecte adquisitiu a *non domino*. Principalment, els propietaris d'un bé moble perdut, furtat, robat o apropiat indegudament el poden reivindicar dels posseïdors que en tenen la possessió efectiva, tret que aquests l'hagin adquirit de bona fe i a títol onerós en subhasta pública o en un establiment dedicat a la venda d'objectes semblants al dit bé i establert legalment.⁷⁵ Respecte dels béns digitals, caldrà determinar si s'hi aplica aquesta excepció. Així, primer, caldrà tenir en compte, en cas de transaccions sense intermediació professional, si les DTLs han de ser qualificades d'«establiments dedicats a la venda d'objectes semblants». L'existència d'una infraestructura majorment descentralitzada i amb un funcionament preestablert que no pot ser alterat pel transmissor

⁷³ L'art. 11.3 LMV ja preveu una regla d'adquisició a *non domino* pels béns digitals inclosos en el seu àmbit objectiu d'aplicació: «El tercero que adquiere a título oneroso valores negociables representados por medio de anotaciones en cuenta o por medio de sistemas basados en tecnología de registros distribuidos, de persona que, según los asientos del registro contable o el sistema basado en tecnología de registros distribuidos, aparezca legitimada para transmitirlos, no estará sujeto a reivindicación, a no ser que en el momento de la adquisición haya obrado de mala fe o con culpa grave».

⁷⁴ Vegeu *infra* apartat 4.

⁷⁵ Article 522-8.3 CCCat.

pot convidar el legislador a privilegiar aquestes tecnologies i a protegir els subjectes que hi acudeixen per adoptar decisions de compra o inversió. Això implicaria la possibilitat d'adquirir a *non domino* en aquestes plataformes béns digitals apropiats indegudament o sobre els quals s'hi hagués perdut el control. Una altra opció del legislador català, tanmateix, demana distingir entre diverses DTLs o delegar als jutges la consideració de si determinada DLT és anàloga o no a un «establiment dedicat a la venda d'objectes semblants». Segon, caldrà considerar una possible adaptació de l'excepció per als béns digitals. En particular, els tipus penals del furt i del robatori no són aplicables als béns digitals, atès que requereixen que l'objecte sobre el qual recauen sigui una cosa.⁷⁶ Per altra banda, tot i els dubtes que planteja el tipus de l'apropiació indeguda, algun tribunal ja ha acceptat que és aplicable a les criptomonedes.⁷⁷ Finalment, el legislador català haurà de considerar si caldria afegir a la llista de delictes que no impedirien la reivindicabilitat dels béns els tipus referits als delictes informàtics,⁷⁸ especialment tenint en compte les possibilitats que una falla de ciberseguretat permeti a un tercer adquirir il·lícitament el control sobre un determinat bé digital.

L'adquisició exclusivament per mitjans digitals exclou l'aplicació d'altres formes d'adquisició de la propietat com ara l'ocupació, la troballa o l'accessió. En el cas de l'accessió, es fa difícil establir una veritable unió entre un recurs digital i un suport material —com pot ser l'ordinador d'un subjecte—, com la requerida per l'article 542.1-1 CCCat.⁷⁹ A més, aquesta unió mancaria de les característiques d'indivisibilitat, inseparabilitat, estabilitat i durada que estableix l'article 542-14 CCCat.⁸⁰ Finalment, caldrà considerar la possibilitat

⁷⁶ Articles 234 i 237 CP (*Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal* (BOE núm. 281, de 24.11.1995)).

⁷⁷ Vegeu Tribunal Suprem, Sala Segona, Interlocutòria núm. 109/2022, de 20 de gener, que rebutja l'admissió del recurs de cassació i confirma la SAP Àlava, Secció Segona, de 15 de gener de 2021, en un assumpte en què s'aplicava el tipus de l'article 253.1 CP a una apropiació indeguda de bitcoins.

⁷⁸ Arts. 249 i 264 CP.

⁷⁹ RUDA GONZÁLEZ, Albert, *op. cit.*, p. 661.

⁸⁰ RUDA GONZÁLEZ, Albert, *op. cit.*, *ibidem*.

d'adquisició d'un bé digital mitjançant usucapió de qui ostenta una facultat de control si es preveuen excepcions a la possibilitat d'adquisició a *non domino*.

4. Tokenització i béns digitals

Alguns béns digitals es vinculen per referència a un bé immoble, un bé moble o a un dret patrimonial.⁸¹ De forma impròpia, es diu que representen el bé o el dret en qüestió. El fenomen pel qual es crea aquest vincle es coneix com a tokenització.⁸² La principal qüestió jurídica que plantegen aquests tipus de béns digitals es refereix als efectes que poden tenir sobre el bé exogen i, per exemple, si l'adquisició del bé digital ha de comportar necessàriament la del bé representat.⁸³

⁸¹ Vegeu article 3.6 Reglament MiCA: «ficha referenciada a activos» (*asset-referenced token*): «un tipo de criptoactivo que no es una ficha de dinero electrónico y que pretende mantener un valor estable referenciado a otro valor o derecho, o a una combinación de ambos, incluidas una o varias monedas oficiales».

⁸² Moisés BARRIO defineix la tokenització com a «la transformación y representación de un activo o bien real como una expresión de datos únicos dentro de una blockchain mediante su conversión en un criptoactivo» (BARRIO ANDRÉS, Moisés, «Concepto y clases de criptoactivos», a: AA.VV., *Criptoactivos. Retos y desafíos normativos*, Madrid: La Ley Wolters Kluwer, 2021, p. 80 y ss.). La literatura secundària espanyola sobre tokenització és molt abundant. Algunes referències inclouen: GARCÍA TERUEL, Rosa (Coord.), *La tokenización de bienes en blockchain. Cuestiones civiles y tributarias*, Cizur Menor: Aranzadi, 2020; SIEIRA GIL, Jesús i CAMPUZANO GÓMEZ ACEBO, Jimena, «Blockchain, tokenización de activos inmobiliarios y su protección registral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 775, 2019, pp. 2277-2318; PLATERO ALCÓN, Alejandro, «La adquisición (o no) de la propiedad en el metaverso: La tokenización de bienes inmuebles», *Revista de Derecho Civil*, vol. X, n. 2, 2023, pp. 163-185; i GARCIA TERUEL, Rosa i SIMÓN MORENO, Héctor, «The digital tokenization of property rights. A comparative perspective», *Computer Law & Security Review*, vol. 41 (2021), pp. 1-16.

⁸³ UK JURISDICTION TASKFORCE, *Legal Statement on Cryptoassets and Smart Contracts*, 2019 (disponible a https://technation.io/wp-content/uploads/2019/11/6.6056_JO_Cryptocurrencies_Statement_FINAL_WEB_111119-1.pdf).

Un informe recent publicat per l'OCDE assenyala, entre els obstacles al desenvolupament de nous instruments de tokenització, l'habitual separació jurídica entre la transmissió del bé digital i la transmissió del bé o dret que representa.⁸⁴ El reforçament jurídic d'aquest vincle entre bé digital i bé referenciat pot fer més atractiva la tokenització i pot obrir la via a noves formes d'inversió i d'exercici de drets relacionats amb el mercat immobiliari. En la seva darrera carta anual als inversors, Larry Fink, President del fons Blackrock, defensa la tokenització com a instrument de democratització de la inversió.⁸⁵ Tanmateix, no poden obviar-se els costos socials derivats de la generalització d'efectes jurídics a aquesta relació i, per tant, el legislador català hauria de ser molt caut en aquest sentit.

D'entrada, les normes en el nostre dret privat sobre circulació dels béns mobles i immobles —que han codificat diferents problemes detectats durant segles i han superat amb escreix el test del pas del temps— funcionen apropiadament i, de forma eficient, lubriquen el tràfic econòmic i jurídic mitjançant la reducció de costos d'informació, la protecció de l'aparença de titularitats i la provisió de seguretat jurídica. És improbable que fer derivar de la transmissió d'un bé digital efectes jurídic sobre la cosa representada presenti algun guany significatiu. Els avantatges que en el nostre sistema aporten l'aparença que atorga la possessió material o la fe pública registral són difícilment superables per la tokenització.

Però, a més, la decisió d'atorgar alguna rellevància jurídica a aquest vincle entre un bé digital i un immoble o una cosa corporal plantejaria una sèrie d'inconvenients pràctics als quals el legislador hauria de donar solució. Primer, caldria decidir qui pot procedir a la tokenització d'un determinat bé i, per exemple, si només ha de poder fer-ho un propietari o també un titular de drets reals limitats sobre el bé. Caldria, així mateix, preveure una solució per als casos de copropietat del bé quan tècnicament molts *tokens* no admeten una titularitat plural. Segon, caldria decidir un règim per aquelles coses que s'haguessin

⁸⁴ OECD, *Tokenisation of Assets and Distributed Ledger Technologies in Financial Markets. Potential impediments to market development and policy implications*, OECD Business and Finance Policy Papers, No. 75, 2025, p. 20.

⁸⁵ «Larry Fink's 2025 Annual Chairman's Letter to Investors» (<https://www.blackrock.com/corporate/investor-relations/larry-fink-annual-chairmans-letter>).

tokenitzat més d'una vegada, per exemple, en dues DLTs diferents, que empressin estàndards tecnològics diversos. No és un fenomen estrany i s'ha plantejat, entre d'altres, en els casos de NFTs d'obres d'art digital.⁸⁶ Per exemple, hom podria decidir si la tokenització anterior en els temps n'impedeix de posteriors. Tercer, caldria decidir un règim per a les situacions en què la cosa representada s'adquireix per un tercer sense que es produeixi alhora una transmissió del *token* per via digital. Caldria, per exemple, establir unes regles de preferència entre les dues vies de transmissió. Quart, caldria considerar si serien necessàries algunes formalitats per a la tokenització de béns mobles i immobles més enllà de l'encunyament del *token*. Finalment, caldria determinar els efectes sobre el *token* de la pèrdua o destrucció de la cosa representada.

La tokenització, en canvi, pot tenir efectes positius per a la circulació i transmissió de drets. Com s'ha assenyalat, el desplaçament del règim de cessió de crèdits i la possibilitat d'adquisició a *non domino* fan atractiu l'ús de tecnologies digitals, com ara les DLTs, per a representar drets patrimonials, especialment, d'aquells que tenen vocació de circular massivament i ser intercanviats de forma impersonal. La tokenització no difereix de la tradicional documentació o titulització de drets, excepte pel que fa a l'ús de DLTs.⁸⁷ De la mateixa manera que ha ocorregut històricament amb la desincorporació i l'ús d'anotacions comptables, la utilització de tecnologies digitals per a representar drets patrimonials mitiga els costos d'impressió, custòdia i manipulació que s'associen als títols valors.⁸⁸ La tokenització ja està contemplada a la LMV, que la preveu per a diferents valors negociables. En qualsevol cas, el dret del mercat de valors no s'encarrega només d'establir regles

⁸⁶ RUBÍ PUIG, Antoni, «Tokenizing attribution: NFT marketplaces and the enforcement of social norms of authenticity», a: BONADIO, Enrico i SGANGA, Caterina (Eds.), *Non-fungible tokens and copyright*, Londres: Routledge, 2024, pp. 124-145.

⁸⁷ MARTINS PEREIRA, Clara, «The Digital Tokenisation of Non-Financial Assets: Challenges to English Private Law», *Católica Law Review*, vol. VII, n. 2, 2023, pp. 9-45, p. 20.

⁸⁸ ALFARO ÁGUILA-REAL, Jesús «Los títulos-valores y el pasado como futuro», *Almacén de Derecho*, 5.4.2017 (disponible a <https://almacendederecho.org/los-titulos-valores-pasado-futuro>).

de dret privat sobre la circulació i transmissió dels diferents valors, sinó també i principalment d'establir una protecció per als inversors enfront de riscos d'agència, operatius, de liquiditat, concentració o dels relacionats amb els propis béns i drets referenciats.⁸⁹

Fora de la regulació del mercat de valors, per la qual manca la competència legislativa, s'obre al legislador civil català la possibilitat de regular el vincle entre el bé digital i els drets referenciats i de fer-ho de diverses maneres. Seguint l'analogia entre *tokens* i títols valors, el efectes normatius de la tokenització poden afectar, almenys, tres qüestions diferents: l'exercici, la transmissió i la constitució dels drets.

El legislador català podria centrar la seva intervenció en l'esfera de l'exercici dels drets. Aquest seria l'efecte jurídic menys intens que podria atorgar l'ordenament a la tokenització. Aquesta implicaria que els drets no es podrien exercir sense ostentar el control sobre el bé digital i, per altra banda, el deutor s'alliberaria si satisfés la pretensió al titular del bé digital. Es tractaria de reconèixer un principi de presentació digital, que a la pràctica desplaçaria el risc d'alliberament del deutor que hagués pagat, que en la cessió de crèdits assumeix l'adquirent (article 1257 CC). Els béns digitals que tokenitzessin drets no serien simples documents de legitimació, sinó que la seva presentació digital seria necessària: sense bé digital sota el control del seu titular no hi hauria possibilitat d'exercici del dret.

El legislador podria anar més enllà i establir també un règim per la transmissió de drets tokenitzats. Si així es reconeguéssin, els drets tokenitzats es transmetrien només digitalment mitjançant la disposició de la facultat de control sobre el bé digital. Aquesta és la solució a la qual s'adhereix l'article 11 LMV. En relació amb aquesta possibilitat, cal destacar dos problemes. Primer, caldria determinar en quin abast el deutor originari en una relació obligatòria tokenitzada podria oposar possibles excepcions enfront del titular del bé digital. Previsiblement, la regulació hauria de preveure normes sobre els requisits que haurien de tenir els documents d'emissió dels diferents *tokens*. Segon, caldria determinar si la tokenització és suficient per aquells drets la transmissió dels quals requereix certes formalitats. Per exemple, és qüestionable que la utilització de NFTs per a la cessió

⁸⁹ MARTINS PEREIRA, Clara, *op. cit.*, p. 22.

o transmissió de drets de propietat intel·lectual compleixi amb la forma escrita exigida habitualment.⁹⁰ El legislador podria preveure que la transmissió del bé digital per mitjans digitals no ha d'eximir del compliment dels requisits establerts per la normativa aplicable a les transmissions dels drets a què facin referència. En qualsevol cas, la possibilitat de tokenitzar determinats drets de crèdit no hauria de permetre esquivar l'aplicació de normes imperatives relacionades amb els drets en qüestió o, principalment, si els drets es relacionen amb béns immobles o coses mobles.

Finalment, en relació amb la constitució dels drets, aquest és l'efecte més ampli que pot dotar el legislador. Implicaria que sense tokenització no es constitueix vàlidament el dret referenciat. No sembla que aquesta sigui l'opció més atractiva pel legislador català, especialment, en l'estat actual de la tecnologia i la incertesa al seu entorn. Factors com el grau d'autonomia de les DLTs, el caràcter immutable de les transaccions i el caràcter a-nacional de les tecnologies de blockchain, això és, la fragilitat dels vincles de les DLTs amb una jurisdicció en particular, dificulten una opció legislativa per un grau tan intens d'efectes jurídics de la tokenització.⁹¹

5. Drets reals de garantia sobre béns digitals

Una de les qüestions amb més impacte pràctic que plantegen els béns digitals concerneix la possibilitat de constituir-hi drets reals de garantia, especialment, sobre aquells més estables i amb menys riscos de volatilitat. El disseny de regles sobre aquesta qüestió ha centrat precisament les iniciatives de l'ELI sobre béns digitals fins al dia d'avui.

⁹⁰ Art. 45 TRLPI. Vegeu GUADAMUZ, Andrés, «The treachery of images: non-fungible tokens and copyright», *Journal of Intellectual Property Law & Practice*, vol. 16, n.12, 2021, pp. 1367-1385; pp. 1373-1374.

⁹¹ En un sentit similar, LEHMANN, Matthias, *op. cit.*, pp. 107-115.

La consideració dels béns digitals com a objectes de propietat transmissibles facilita la constitució de drets reals de garantia i, en particular, de la penyora. De totes maneres, el règim actual de la penyora al CCCat és d'entrada aplicable als béns digitals amb independència de la seva qualificació jurídica. Sense necessitat d'aproximar-los a les coses, el Llibre Cinquè permet la penyora sobre crèdits i altres drets,⁹² així com la penyora sobre diners —per exemple, en cas de qualificar alguns béns digitals, com criptomonedes, com a mitjans de pagament.⁹³

En funció del tipus de bé digital en qüestió, es poden aplicar règims diversos sobre penyora.⁹⁴ Pels béns digitals que poden recaure sobre valors negociables inclosos en l'àmbit d'aplicació de la LMV, l'article 12.1 preveu diverses regles per a la constitució de drets reals limitats de garantia i, en particular, sobre la penyora:

«La constitución de derechos reales limitados u otra clase de gravámenes sobre valores negociables representados por [...] sistemas basados en tecnología de registros distribuidos deberá [...] registrarse en el registro correspondiente, según el caso. Los sistemas basados en tecnología de registros distribuidos que se utilicen, en su caso, para la representación de valores negociables deberán contar con los mecanismos necesarios para realizar la inscripción de cualesquiera actos y negocios jurídicos que deban inscribirse conforme

⁹² En relació amb els drets, si hom els considera béns mobles i alienables, el CCCat es refereix als drets de crèdit (arts. 569-12, 569-13.3 i 569-17), als títols representatius de diner (art. 569-20.5) i a diferents tipus de valors (arts. 589-16.3, 569-17, 569-20.6 i 569-22).

⁹³ Articles 569-12 i 569-20.5 CCCat. DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, VAQUER ALOY, Antoni i BOSCH CAPDEVILA, Esteve, *op. cit.*, pp. 571 i ss.: les penyores de diners com a tals no són freqüents a la pràctica i hom sol constituir-les sobre actius financers com ara imposicions bancàries a termini, certificats de dipòsit, o valors de rescat d'una pòlissa d'assegurança.

⁹⁴ ASENSIO BORRELLAS, Víctor J., «Prenda de criptomonedas o activos digitales», a: FONT I MAS, Maria, SERRANO DE NICOLÁS, Ángel i VÁZQUEZ MORAL, Pablo (Dirs.), *Derechos reales en el Derecho Internacional Privado de la UE. Aspectos jurídico-prácticos desde la perspectiva notarial*, Barcelona: Col·legi Notarial de Catalunya, 2024, pp. 175-198.

a derecho, incluyendo, entre otros, embargos, ejecuciones judiciales, transmisiones *mortis causa* y la constitución de derechos reales limitados y otros gravámenes sobre ellos. Igualmente deberán contar con todas las funcionalidades necesarias propias de esta forma de representación de valores negociables. La inscripción de la prenda equivale al desplazamiento posesorio del título».⁹⁵

La llei sobre hipoteca mobiliària i penyora sense desplaçament pot resultar-hi també d'aplicació.⁹⁶

Sense ànim d'exhaustivitat, poden destacar-se diverses qüestions jurídiques relatives a la penyora de béns digitals, que el legislador català pot considerar en una futura revisió del Llibre Cinquè. En primer lloc, cal determinar si per a la vàlida constitució d'una penyora sobre un bé digital cal efectivament un traspàs de la facultat de control al creditor o, en el seu cas, d'un tercer, com ara un proveïdor de serveis relatiu a cryptoactius. Aquesta és la solució que estableixen els *Principis ELI* i els *Principis UNIDROIT*.⁹⁷ El CCCat ja preveu la possibilitat d'un traspàs possessori a favor d'un tercer (art. 569-12). Presumiblement, la possibilitat d'una possessió immaterial en el nostre dret privat permetria, a més, la constitució de penyores sobre béns digitals via pacte.⁹⁸ La determinació dels béns digitals com a objectes de propietat incrementa la protecció del seu titular quan aquest n'ha desplaçat el control a un creditor o a un tercer i aquests poden trobar-se en una situació d'insolvència.⁹⁹ Caldrà preveure també si és possible

⁹⁵ Cfr. Art. 569-22 CCCat.

⁹⁶ Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento (BOE núm. 352, de 18.12.1954).

⁹⁷ *Principis ELI*, 3.5.; *Principis UNIDROIT*, 15.

⁹⁸ ASSENSIO BORRELLAS, Víctor J., *op. cit.*, p. 184.

⁹⁹ Vegeu art. 70.1. Reglament MiCA: «Los proveedores de servicios de cryptoactivos que tengan en su poder cryptoactivos pertenecientes a clientes o los medios de acceso a dichos cryptoactivos tomarán las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos de propiedad de los clientes, especialmente en caso de insolvencia del proveedor de servicios de cryptoactivos, y para impedir el uso de cryptoactivos de un cliente por cuenta propia».

un control compartit entre el titular del bé i el creditor o un tercer.¹⁰⁰ En segon lloc, cal tenir presents les relacions entre tokenització i penyora. D'entrada, si el bé referencia una cosa corporal, en línia amb allò examinat a l'apartat anterior, la penyora no s'hauria d'estendre al bé exogen. En cas de penyora d'un bé digital que referenciés un dret de crèdit, hom hauria d'examinar si es desplaça efectivament el règim previst a l'article 569-13.3 CCCat, que requereix constitució en document públic i notificació al deutor del crèdit empenyorat. En tercer lloc, hom podria considerar les possibilitats de substitució del bé digital empenyorat. En quart lloc, la realització del valor empenyorat o, en el seu cas, la seva apropiació per part del creditor pignoratiu poden presentar diversos reptes, especialment en aquells casos de recursos digitals en què no hi ha una facultat de control plena i es requereix la col·laboració de l'emissor o plataforma en què es troba el bé digital, com poden ser els objectes d'un videojoc o metavers.¹⁰¹ Finalment, caldria preveure que la destrucció i la desprogramació del bé digital empenyorat comporten l'extinció de la penyora, sens perjudici d'un possible subrogació.

6. Conclusions

La digitalització creixent genera nous recursos econòmics valuosos que permeten ser explotats i l'obtenció de diferents utilitats a partir de decisions sobre llur transmissió o ús com a garantia. Tecnologies actuals, com les DLTs, aproximen alguns d'aquests recursos digitals a les coses corporals i provoquen que puguin ser objecte de propietat i de drets reals.

La tendència emergent en el nostre entorn jurídic més proper —palesa, per exemple, en el Reglament MiCA o a la LMV—, així com en les iniciatives de *soft law*, exigeix reconèixer els béns digitals com a objectes que en el tràfic jurídic i econòmic poden recórrer a les

¹⁰⁰ Cfr. *Principis UNIDROIT*, 15.9-15.13.

¹⁰¹ ASENSIO BORRELLAS, Víctor J., *op. cit.*, p. 183.

regles de circulació pròpies dels béns. Aquest reconeixement convida el legislador privat català a trobar-hi un encaix en el marc del Llibre Cinquè del Codi Civil i a regular les vicissituds que puguin generar, especialment derivades del caràcter obert de la noció de bé digital, de les diferents modalitats d'aquests i dels riscos que puguin utilitzar-se per esquivar normes imperatives adreçades a la protecció del mateix tràfic jurídic, dels drets dels inversors i consumidors o dels interessos generals reflectits en regulacions públiques com la d'habitatge. Amb aquesta iniciativa, el legislador dotaria de regles a una realitat ja perceptible al nostre país i amb una projecció en augment.

En qualsevol cas, el legislador català haurà d'encarar diversos desafiaments, entre ells, trobar l'equilibri adequat entre el respecte per l'elegància dogmàtica del dret de propietat i el pragmatisme en la regulació d'aquesta matèria. Per altra banda, la falta de competències legislatives plenes menarà necessàriament a una normativa fragmentària, que haurà de dialogar amb les normes estatals i europees. Poc marge tindrà per normar les implicacions que els béns digitals puguin tenir en relació amb matèries de competència exclusiva de l'Estat com les referides al mercat de valors, la propietat intel·lectual, els registres públics, el dret concursal o la política monetària, per exemple, a partir de l'emissió de monedes digitals per part de Bancs Centrals (CBDCs).¹⁰² Un últim desafiament deriva del caràcter transnacional de les tecnologies de DLTs, que dificultarà l'aplicació efectiva del futur dret català en aquest àmbit.¹⁰³

¹⁰² Art. 149.1 CE.

¹⁰³ Vegeu ANDREEVA ANDREEVA, Vésela, «Derechos reales sobre activos digitales y conflicto de leyes», a: FONT I MAS, Maria, SERRANO DE NICOLÁS, Ángel i VÁZQUEZ MORAL, Pablo (Dirs.), *Derechos reales en el Derecho Internacional Privado de la UE. Aspectos jurídico-prácticos desde la perspectiva notarial*, Barcelona: Col·legi Notarial de Catalunya, 2024., pp. 669-694.

La transmisibilidad *mortis causa* de los bienes y contenidos digitales: problemas no resueltos

(No solo de Derecho de sucesiones vive el heredero digital)

Sergio Cámara Lapuente

Catedrático de Derecho civil. Universidad de La Rioja

Sumario

1. Planteamiento y aproximaciones legislativas a partir de una dicotomía

- 1.1. Retos derivados de la composición de la «herencia digital»
- 1.2. Tres enfoques normativos diversos

2. Las tres cuestiones sucesorias clásicas de la herencia digital

- 2.1. ¿Qué? El objeto de la herencia digital
- 2.2. ¿Cómo? Testamento vs. otro tipo de instrucciones
- 2.3. ¿A quién?

3. Otras cuestiones sucesorias y transversales que los legisladores deberían tomar en consideración

4. La necesidad de una clasificación adecuada para afrontar problemas específicos

- 4.1. Criptoactivos
- 4.2. Contenidos digitales ajenos (licencias de uso)
- 4.3. Contenidos digitales generados por el usuario (titularidad propia)
- 4.4. Redes sociales
- 4.5. Correo electrónico

1. Planteamiento y aproximaciones legislativas a partir de una dicotomía*

1.1. Retos derivados de la composición de la «herencia digital»

El primer problema que plantea el posible tratamiento legal de la «herencia digital», en un sentido amplio o lato, es qué tipo de activos componen ese acervo. Va inextricablemente ligado a ello afrontar qué es «transmisible» *mortis causa*. Y ambas cuestiones cuentan con matices diferenciales según la pregunta se dirija a los aspectos patrimoniales (herencia, en sentido estricto) o a los aspectos personales (ligados a los derechos de la personalidad y, muy en particular, a los datos personales de la persona fallecida, esto es, protección de la *memoria defuncti*, gestión de la huella digital o disposición *post mortem* de los contenidos digitales del finado que solo en un sentido atécnico o muy lato pueden considerarse comprendidos en la herencia digital si no alcanzan la categoría de «bienes», transmisibles). Por lo tanto, en este ámbito, tan proteico y mutable, la taxonomía es crucial para dictaminar las reglas aplicables a cada caso.

Sin embargo, aún conseguida una clasificación válida que capture la esencia de los diversos grupos de activos transmisibles (o intransmisibles) *mortis causa*, o siquiera de las facultades de administración y disposición relativas tanto a bienes en sentido estricto como a contenidos digitales y otros datos y restos digitales, surge inmediatamente el factor perturbador de constatar que en muchos de los activos digitales existe una conmixtión de aspectos personales y patrimoniales difícilmente escindible (v. gr., en el acceso a una cuenta de *Instagram* o de correo electrónico o a un espacio de almacenamiento en la nube, por citar tres supuestos, en sí muy diversos, puede haber elementos con valor patrimonial, como obras

* Esta contribución forma parte del proyecto de I+D+i PID2021-141910B-I00, financiado por MCIN / AEI /10.13039/501100011033 FEDER, UE, titulado *Consentimiento, abusividad y transparencia en los contratos de contenidos y servicios digitales*, del que el autor es IP.

protegidas por propiedad intelectual, pero también comunicaciones privadas propias y ajenas merecedoras de protección y restricción especiales, o imágenes o archivos sin valor patrimonial pero merecedoras de tutela por el derecho de imagen o de intimidad).

La primera tarea del jurista y, por ende, también del legislador que quiere resolver los conflictos entre todas las partes implicadas (el causante y sus voluntades digitales, los ejecutores de las mismas, los beneficiarios de la sucesión —que no tienen por qué coincidir con los anteriores—, los familiares —no necesariamente herederos ni legatarios—, los proveedores de servicios digitales en los que el fallecido tenía cuentas o perfiles —relaciones contractuales en vigor, a la postre—, todo tipo de terceros —acreedores del causante, coautores, usuarios de internet que interactuaron o se comunicaron con él, etc.—), es deslindar, en la medida de lo posible, las diversas vertientes implicadas en cada situación y acometer la difícil tarea de lo que es objeto de pura *sucesión mortis causa* (titularidades transmisibles) y lo que es objeto de *legitimación* para actuar en defensa de la memoria, dignidad y voluntad del difunto en cuanto a datos personales y derechos de una personalidad ya extinguida por la muerte de su titular (datos y derechos, en principio, intransmisibles como tales).

En España, los principales responsables de promover la acción legislativa, tras un primer abordaje normativo parcial y muy defectuoso por vía de Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPD), parecen haber tomado nota de esta infranqueable dicotomía y en un texto sin valor normativo, sino antes bien programático, la han incorporado a la eventual agenda de trabajo en la *Carta de derechos digitales* del Gobierno de España, hecha pública el 14 de julio de 2021. Como séptimo derecho, dentro de los «derechos de libertad», se consagra el «VII. Derecho a la herencia digital», en estos términos: «1. *Conforme a la ley que rija la sucesión, se reconoce el derecho a la herencia digital de todos los bienes y derechos de los que, en el entorno digital, fuera titular la persona fallecida.* 2. *Corresponde al legislador determinar los bienes y derechos de carácter digital de naturaleza patrimonial transmisibles por herencia y los bienes de la personalidad que pueden ser objeto de defensa, preservación y memoria, así como las personas llamadas, en su caso, a tal función,*

en defecto de señalamiento por el fallecido»¹. El legislador, por tanto, habría de abordar la tarea de desbrozar qué son bienes y derechos digitales patrimoniales y transmisibles, por un lado, y qué son bienes de la personalidad, con un tratamiento distinto, hasta la fecha relegado casi *in totum* al dictamen jurisprudencial, sobre el alcance de su defensa y su, de acuerdo con las prácticas del mercado, posible vertiente patrimonial *post mortem* (imagen, honor, intimidad, datos), por tanto, también transmisible en ese aspecto². Sin embargo, cuatro años después de esa proclama no se conoce norma de desarrollo, ni tampoco se ha aprobado, siete años después de la LOPD de 2018, el debido y previsto reglamento que desarrolle las directrices contenidas en los arts. 3 y 96 LOPD sobre

¹ El texto consta de un tercer apartado, en el que, revirtiendo correctamente, a mi juicio, la regla por defecto contraria de los arts. 3 y 96 LOPD, se lee que la legislación establecerá, para los casos en el que el causante no haya dejado manifestación expresa sobre el destino, los supuestos en que proceda «la extinción del patrimonio digital o su no accesibilidad fuera de las personas a quienes se distribuyeron o se permitió acceder». La versión de la Carta publicada como definitiva en 2021 mejora la propuesta inicial de 2020, en la que no existía este tercer apartado, el primero era bastante coincidente con el actual y el segundo, transcrito en texto, no tenía ese contenido sobre la dicotomía, sino que contenía una vacua remisión legislativa para el «acceso a contenidos y servicios digitales de los que fuera titular la persona fallecida» (al CC, leyes autonómicas con Derecho civil propio y LOPD). Para una aproximación crítica a ese borrador inicial, CÁMARA LAPUENTE, S., «La propuesta de Carta de Derechos Digitales: reflexiones de Derecho privado y técnica legislativa», *Revista Derecho Digital e Innovación* (Wolters-Kluwer La Ley), 7, 2020, pp. 1-13.

² Cfr. arts. 4 a 6 y 7.6 LO 2/1982 sobre protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, art. 1 LO 2/1984 sobre derecho de rectificación y art. 85 LOPD, arts. 15 y 113 RDL 1/1996, de 12 de abril, que aprueba el TR de la Ley de Propiedad Intelectual (TRLPI) sobre legitimación *mortis causa* de ejercicio de derechos morales, art. 24.2 TRLPI sobre el derecho de participación de los causahabientes y art. 26-28 y 30 TRLPI sobre duración *post mortem* de los derechos de explotación; cfr. también el art. 82 RGPD (en relación con los arts. 3, 96, 30 y 76 LOPD). Por todos, *vid.* VENDRELL CERVANTES, C., *El mercado de los derechos de imagen. El consentimiento o autorización para la intromisión en los derechos de la personalidad y la transmisión de los derechos de imagen*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2014 y MINERO ALEJANDRE, G., *La protección post mortem de los derechos al honor, intimidad y propia imagen y la tutela frente al uso de datos de carácter personal tras el fallecimiento*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 65-67, 135 y 169-207.

los datos personales y contenidos digitales de las personas fallecidas. En el plano programático, al menos, el Gobierno español ha sido más preciso y ambicioso que las instituciones de la Unión Europea, cuya *Declaración Europea sobre derechos y digitales y principios para la década digital*, de diciembre de 2022, incluye un décimo noveno derecho o principio digital dentro de la sección de «privacidad y control individual sobre los datos» formulado así: «*Todo el mundo debería ser capaz de determinar su legado digital [digital legacy] y decidir lo que ocurre con sus cuentas personales y la información que le concierne tras la muerte*»³. Dejando de lado la más técnicamente inadecuada, denominación del fenómeno como «legado digital» (una concesión al uso nominativo generado por algunos proveedores de servicios digitales, sin ajuste a la normativa sucesoria de los Estados miembros), no deja de constituir un importante *desideratum* de actuación, aparentemente solo en el ámbito de los datos personales, pero sin desdeñar una potencial regulación de aspectos contractuales (destino de las «cuentas personales») por la vía de la protección europea de los consumidores, ligada a la reciente normativa sobre plataformas digitales, contenidos, servicios y mercados digitales; es, en todo caso, un acuerdo político que parece querer actuar por vía de armonización dentro del conflictivo tema de los datos personales de las personas fallecidas, el cual, por falta de consenso en su momento, quedó relegado a la legislación nacional por previsión del considerando 27 del Reglamento (UE) 2016/679 General de Protección de Datos (RGPD)⁴.

Si con estas premisas tratamos ahora de ubicar la aproximación legislativa catalana y española en un contexto internacional y cronológico, podemos trazar una triple aproximación al fenómeno de la herencia digital: (a) Mediante la aprobación de una ley *ad hoc*

³ European Parliament, Council of the European Union, European Commission, *European Declaration on Digital Rights and Principles for the Digital Decade*, Brussels, 2022: según el texto original, «Everyone should be able to determine their digital legacy, and decide what happens with their personal accounts and information that concerns them after their death».

⁴ De acuerdo con el considerando, este Reglamento «no se aplica a la protección de datos personales de personas fallecidas. Los Estados miembros son competentes para establecer normas relativas al tratamiento de los datos personales de estas».

(Estados Unidos, Canadá); (b) Mediante reglas específicas dentro de la normativa de protección de datos personales, con más o menos (normalmente apenas) previsión colateral sobre efectos para la estricta sucesión *mortis causa* del patrimonio digital (Francia, Italia, España, Portugal); (c) Mediante reglas específicas en la normativa de Derecho sucesorio, en el Código civil (Cataluña, aproximación jurisprudencial del BGH alemán y proyecto de 2025 en Brasil). En este panorama presentan el máximo interés iniciativas como (d) la del *European Law Institute* de aprobar para finales de 2025 o comienzos de 2026 unas Reglas Modelo sobre la materia, en línea con la primera aproximación holística indicada, que probablemente sea la más coherente, bien mediante un instrumento completo, bien mediante la modificación tanto de las normas sobre datos personales y sobre sucesión hereditaria (entre otras, pues en esta materia también es imperativo actuar mediante la legislación relativa a contratos, protección de consumidores, privacidad y propiedad intelectual, entre otras) y de ahí el título de esta presentación. Pero puestos a elegir una sola ubicación normativa preferente, la aproximación por la vía sucesoria, como en su día (2017), de forma pionera, hizo el legislador catalán, debe ser la prioritaria para resolver una serie de cuestiones prácticas que específicamente reclama la naturaleza intangible y peculiar del patrimonio digital. E incluso la aproximación sucesoria, a mi entender, debe permear en las decisiones legislativas de protección de datos personales sobre quién puede acceder y disponer de los datos del difunto (a diferencia de lo que hizo la LOPD española); existe también reciente jurisprudencia alemana que da un paso más allá, llevada por el preferente enfoque sucesorio, acerca de lo que podría hacer un heredero con las cuentas personales del causante (*vid. infra*). La sucesión *mortis causa* en el patrimonio digital debe regirse por las comunes reglas del Derecho de sucesiones, pero debe deslindar, por una parte, «qué» es bien transmisible a estos efectos (tarea no consumada, en realidad, por ningún ordenamiento hasta la fecha) y, por otra parte, determinar «cómo» ordenar la sucesión, esto es, los cauces por los que hayan de tener eficacia las últimas voluntades digitales, así como «quién» puede acceder a esos bienes, administrarlos, disfrutarlos o disponer de ellos (con la debida atención a la distinción entre beneficiario final y ejecutor/administrador de la herencia digital).

En esta línea, tras (1.2) sintetizar acto seguido esas regulaciones existentes o propuestas en los tres grupos apuntados, se abordarán (2) las tres cuestiones clásicamente sucesorias de la herencia digital (qué, cómo, quién), para después (3) sugerir, con carácter prospectivo, una serie de otras materias tanto sucesorias como ligadas a los aspectos personales de la «herencia digital» que deberían merecer la atención de los legisladores que pretendan regular este ámbito (por lo tanto, dentro de sus competencias, también el legislador catalán). En lo que podría considerarse una segunda parte de este trabajo, (4) se abordarán las posibles clasificaciones de los bienes, contenidos y servicios digitales para sustentar la idea central de que seguramente «*one (legal) size does not fit all*», esto es, que las especificidades de algunos bienes, derechos, relaciones contractuales, contenidos o servicios digitales requieren una aproximación ajena y adicional a la consabida dicotomía entre Derecho de sucesiones y Derecho de protección de datos personales, lo cual se tratará de demostrar a partir de los problemas específicos que plantean cinco de los contenidos y servicios digitales más al uso.

1.2. Tres enfoques normativos diversos

1.2.1. Legislación *ad hoc* (Estados Unidos y Canadá)

En el Derecho comparado⁵ destaca sin duda el precedente sentado por la *Uniform Law Commission* al publicar en 2015 la vigente RUFADAA

⁵ Los estudios pioneros en España sobre esta materia ponen en valor estos antecedentes y los analizan en detalle; en este sentido, cabe destacar y remitir a SANTOS MORÓN, M. J., «La denominada ‘herencia digital’: ¿necesidad de regulación? Estudio de Derecho español y comparado», *Cuadernos de Derecho transnacional*, 10-1, marzo 2018, pp. 413-438; GINEBRA MOLINS, M. E., «Morir en la era digital. ‘Voluntades digitales’, intimidad y protección de datos personales», en MADRID PARRA, A. (dir.), *Derecho Mercantil y Tecnología*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2018, pp. 107-153; CÁMARA LAPUENTE, S., «La sucesión mortis causa en el patrimonio digital», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 59, 2019, pp. 375-432 (disponible en http://www.cnotarial-madrid.org/NV1024/Paginas/TOMOS_ACADEMIA/059-07-SERGIO_CAMARA.pdf; un resumen en *El Notario del siglo XXI*, n° 84, marzo-abril 2019, pp. 138-144). Desde entonces, la bibliografía ha crecido exponencialmente, e incluye las siguientes cuatro monografías y un libro colectivo, donde pueden consultarse ulteriores referencias: DÍAZ ALABART, S., *La*

(*Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* o Ley Uniforme Revisada [respecto a la versión inicial de 2014] de Acceso Fiduciario a Bienes/Activos Digitales), que ha sido implementada como ley en vigor en prácticamente todos los Estados norteamericanos⁶. De esta norma cabe destacar que permite al así llamado «fiduciario» del causante (término que incluye ejecutores testamentarios, apoderados, *trustees* y otras figuras encargadas de administrar bienes tangibles y cuentas financieras en beneficio ajeno) acceder y gestionar los bienes digitales del *de cuius*. La definición de «*digital asset*» es particularmente amplia al incluir cualquier «archivo electrónico en el que una persona tiene un derecho o interés», de manera que se comprende la información almacenada en el ordenador u otro instrumento electrónico del usuario, el contenido cargado en sitios web o los derechos relativos a la propiedad digital⁷. Sin embargo, en un crucial cambio de paradigma desde la versión de 2014 a la de 2015, la RUFADAA restringe el acceso de los fiduciarios a comunicaciones electrónicas como correos electrónicos, mensajes de texto y cuentas de redes sociales, salvo que el

protección de los datos y contenidos digitales de las personas fallecidas, Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, 10 febrero 2020, RAJL, Madrid, 2020 (de donde se citará; también en Reus, Madrid, 2020); PÉREZ VALLEJO, A. M., *La transmisión mortis causa del patrimonio intelectual y digital*, Thomson Reuters/Aranzadi, Cizur Menor, 2022; SERRANO FERNÁNDEZ, M., *La sucesión mortis causa en el patrimonio digital: objeto, sujetos y forma*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023; SERRANO COPETE, J., *Los testamentos digital y electrónico: una visión de Derecho internacional y comparado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024; ANDRADES NAVARRO, A., ARANGUREN URRIZA, J. F., ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. *et. al.* (Dirs.), *La herencia digital*, Fundación Notariado, Madrid, 2024.

⁶ En concreto, en 49 de los 53 potenciales Estados a los que va dirigida (no ha sido aprobada en Delaware [significativamente, pues a su Derecho se someten, sin ir más lejos, las cinco grandes tecnológicas del acrónimo FAANG: *Facebook/Meta, Amazon, Apple, Netflix y Google*], Louisiana y Puerto Rico; recientemente ha iniciado su andadura legislativa en Massachusetts): *vid.* *estatus, texto y documentación* en <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=f7237fc4-74c2-4728-81c6-b39a91ecdf22> (fecha de última consulta: 19.6.2025).

⁷ Así lo especifican los comentarios oficiales a la RUFADAA (*loc. cit.*, p. 6); la definición de bien digital (sec. 2.10) excluye, sin embargo, cualquier activo subyacente o responsabilidad, salvo que estos sean en sí mismos un archivo electrónico. En cambio, sí incluye «archivos que son bien el catálogo o el contenido de una comunicación electrónica».

usuario original le hubiese autorizado en un testamento, *trust*, poder u otro archivo; a lo único que pueden acceder, salvo prohibición, es a la lista de mensajes enviados y recibidos y direcciones de correo, el llamado «catálogo de las comunicaciones», pero no al contenido de los correos. Un enfoque muy similar fue adoptado en 2016 en Canadá por la ULCC bajo el título de UADFA (*Uniform Access to Digital Assets by Fiduciaries Act*), que igualmente permite el acceso a los contenidos digitales del causante por parte de los fiduciarios y no de cualesquiera familiares, allegados o interesados⁸.

1.2.2. Regulación a través de la normativa de protección de datos personales (Francia, Italia, España y Portugal)

Un camino diferente inauguró Francia con la llamada *Ley para una República Digital* de 7 de octubre de 2016, cuyo contenido, tras algunas modificaciones por Ordenanza de 12 de diciembre de 2018, obra en la actualidad en los artículos 84, 85 y 86 de la Ley sobre informática, ficheros y libertades⁹. Estos preceptos se refieren solo a los derechos sobre datos personales y su punto de partida es que los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición «se extinguen a la muerte de su titular», aunque pueden ser provisionalmente mantenidos (art. 84 § 2). El usuario puede disponer bien unas directrices o instrucciones

⁸ Disponible en <https://ulcc-chlc.ca/Civil-Section/Uniform-Acts/Uniform-Access-to-Digital-Assets-by-Fiduciaries-Ac> (fecha de última consulta: 19.6.2025). Destaca desde el inicio el texto que su objetivo es extender las facultades usuales de los fiduciarios a los bienes digitales, facilitando su acceso a la par que se respeta la privacidad y voluntad del titular de las cuentas; por eso, se subraya, «los miembros de la familia, amigos u otras personas interesadas pueden buscar el acceso pero, salvo que estas personas sean fiduciarios, sus pretensiones estarán sometidas a otras leyes y no se cubren en la Ley Uniforme» (p. 1).

⁹ El art. 63 de la Ley n° 2016-1321 de 7.10.2016 «*pour une République numérique*» añadió un largo art. 40-1 a la Ley n° 78-17, de 6.1.1978 sobre informática, ficheros y libertades (LIFL). Para adaptar el Derecho francés al RGPD por la Ordonnance n°2018-1125 de 12 Diciembre 2018 (en vigor desde el 1 junio 2019), esas reglas se encuentran en el capítulo V del título II de la LIFL bajo la rúbrica «*Dispositions régissant les traitements de données à caractère personnel relatives aux personnes décédées*».

generales para todos sus datos personales o bien unas instrucciones particulares en relación con determinados prestadores de servicios, de cara a nombrar una persona de su confianza para la «conservación, eliminación y comunicación» de esos datos (art. 85.I § 8). A falta de esa persona, los herederos (y solo los herederos) tendrán derecho a conocer las directrices y solicitar su ejecución (art. 85.I § 8). Se establece también que serán nulas las cláusulas contractuales que limiten estos derechos del usuario¹⁰. A falta de instrucciones, de nuevo los herederos contarán con esos derechos «en la medida necesaria para organizar y reglamentar la sucesión», esto es, «a fin de identificar y obtener comunicación de informaciones útiles para la liquidación y partición de la herencia» (art. 85.II); los herederos también podrán cerrar las cuentas del difunto o ponerlas al día (art. 85.II § 2). La norma francesa resalta el carácter imperativo de esos nuevos derechos al establecer que el responsable del tratamiento de los datos personales debe justificar que ha realizado las operaciones exigidas por los herederos (art. 85.II § 2), además de que todo suministrador de un servicio de comunicación al público en línea debe informar al usuario del destino de sus datos personales en el momento de su defunción y debe permitirle elegir entre comunicar o no sus datos al tercero que designe (art. 85.III).

Se trata de un modelo que prima la voluntad del causante y su «derecho a una muerte digital» por defecto, en el que la legitimación para la gestión de sus datos personales la tienen los herederos y no cualesquiera familiares y que hace primar las directrices del causante frente a las condiciones generales no negociadas de los proveedores de servicios digitales. Un modelo protector de la privacidad y la autonomía de la voluntad que no ha temido imponer obligaciones a estos proveedores, cuyos términos de servicio han cambiado para recoger expresamente los derechos de los ciudadanos franceses relativos a las decisiones sobre su herencia digital¹¹.

¹⁰ Según el art. 85-I § 9 LIFL, «*Toute clause contractuelle des conditions générales d'utilisation d'un traitement portant sur des données à caractère personnel limitant les prérogatives reconnues à la personne en vertu du présent article est réputée non écrite*».

¹¹ Así se aprecia, significativamente, en las condiciones generales aplicables a la privacidad en los servicios de *Microsoft* (con sus múltiples servicios) o *Steam* (plataforma de videojuegos). En la versión de estas condiciones aplicables para la Unión Europea expresamente se recoge (versión vigente desde mayo 2025): «cuando sea

En cambio, otros ordenamientos que siguieron el cauce de abordar la «herencia digital» a través de sus normas de protección de datos personales fueron menos atentas con la vertiente estrictamente sucesoria y más permisivas con el arbitrio de los prestadores de servicios digitales al configurar su relación contractual con los usuarios y el margen de su poder de disposición *post mortem* sobre los datos y contenidos alojados en sus plataformas.

Así, inició esta senda el Derecho italiano en el Decreto Legislativo n.º 101, de 10 de agosto de 2018, que introdujo el art. 2-terdecies sobre los «derechos relativos a la persona fallecida» en el Código sobre protección de datos personales¹². Según este precepto, se reconoce una legitimación amplia para ejercitar los derechos recogidos en los arts. 15 a 22 RGPD (acceso, rectificación, supresión, limitación, notificación, portabilidad, oposición, tratamiento no automatizado) en relación con los datos personales del finado a las personas que tienen «un interés propio» (o actúan en defensa del interesado en calidad de mandatario suyo) o «por razones familiares merecedoras de protección». Al amparo de esa legitimación amplia, los tribunales italianos han admitido acceso a cuentas digitales (v. gr., *iCloud*) por

aplicable la ley francesa, también puede enviarnos instrucciones específicas en relación con el uso de sus datos personales tras su muerte, usando nuestro Formulario web» (en la sección de «Cómo contactar con nosotros»: <https://www.microsoft.com/es-es/privacy/privacystatement#mainhowtocontactusmodule> y en cuanto a *Steam*, su sección 6.7, señala: «Derecho al control *post mortem* de sus Datos personales. Si en su caso se aplica la legislación francesa sobre protección de datos, tiene derecho a establecer directrices para la conservación, la eliminación y la transmisión de sus Datos personales después de su fallecimiento de conformidad con el artículo 40-1 de la Ley n.º 78-17 de 6 de enero de 1978 sobre información, tecnología, archivos de datos y libertades civiles» (https://store.steampowered.com/privacy_agreement/?l=spanish).

¹² Decreto Legislativo n.º 101, de 10 agosto 2018 (vigente el 19.9.2018), *Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio* (disponible en <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/gu/2018/09/04/205/sg/pdf>). El *Codice in materia di protezione dei dati personali* (o Código Privacy) en italiano e inglés, disponible en <https://www.garanteprivacy.it/codice>.

parte de cónyuges o progenitores, fueran o no herederos del causante¹³. Junto con los legitimados y los derechos que pueden ejercer, el art. 2-terdecies regula también, en los números 2 a 4 el veto al ejercicio de esos derechos que puede producirse por ley o porque el causante lo haya «prohibido expresamente con declaración escrita presentada al titular del tratamiento o comunicada a este último»; voluntad inequívoca, específica, libre, informada y revocable o modificable. Por lo tanto, el principio general es el de acceso y disposición de los datos del difunto por personas con interés propio o por razones familiares, y la excepción es la prohibición por el causante que debe comunicarse al proveedor de servicios digitales. Esta posibilidad de prohibir o limitar el acceso y gestión de los datos personales cuenta con un límite establecido por el último apartado del precepto (art. 2-terdecies.5): «la prohibición no puede tener ningún efecto perjudicial para el ejercicio por terceros de sus derechos patrimoniales derivados del fallecimiento del interesado o de su derecho a defender sus intereses ante los tribunales».

Continuó con ese patrón, aunque con algunas divergencias reseñables respecto al Derecho italiano, el legislador español en la LOPD de 5 de diciembre de 2018, tanto en el art. 3 (sobre «datos [personales] de las personas fallecidas»), como en el art. 96 (sobre «contenidos [digitales] gestionados por prestadores de la sociedad de la información sobre personas fallecidas», esto es, según la rúbrica oficial del art. 96, el mal llamado «derecho al testamento digital»). Los extensos artículos, de redacción paralela, que obliga a un nada nítido deslinde entre lo que sean «datos personales» (art. 3) y lo que sean «contenidos» (art. 96), no definidos en la ley¹⁴, en sustancia y (a

¹³ Para el análisis del Derecho italiano, entre la ingente bibliografía (además del pionero trabajo de RESTA, G., «Morte digitale», *Il diritto dell'informazione e dell'informatica* [Dir. Inf.], 6, 2014, pp. 891-920): PATTI, F. P., BARTOLINI, F., «Digital Inheritance and Post Mortem Data Protection: the Italian Reform», *European Review of Private Law*, 5, 2019, pp. 1183-1196; CINQUE, M., «L'eredità digitale' alla prova delle riforme», *Rivista di Diritto Civile*, 1, 2020, pp. 72-100; SEMPRINI, A., «Successione digitale, dati personali e teoria dei beni», *Famiglia. Il Diritto della Famiglia e delle Successioni in Europa*, 6, 2024, pp. 775-800.

¹⁴ Reflexiona sobre el ámbito posible del término «contenidos» del art. 96 LOPD CASTILLO PARRILLA, J. A., «Derecho al testamento digital», en RODRÍGUEZ AYUSO, J. F. (coord.), *Nuevos retos en materia de derechos digitales en un contexto de*

efectos expositivos) por contraste con el Derecho italiano, adoptan las siguientes decisiones:

- a. En lugar de remitirse a concretos derechos reconocidos en la LOPD o en el RGPD, faculta a un amplio elenco de personas para «acceder», «rectificar» o «suprimir» los datos personales del fallecido (art. 3) o «acceder», seguir instrucciones sobre «utilización, destino o supresión» de contenidos digitales o «decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes» (art. 96); a falta de una remisión a concretos preceptos —como hizo el legislador italiano— queda en sombra si las personas legitimadas para actuar así podrían alegar otros derechos (v. gr., portabilidad, cfr. art. 95) recogidos en la normativa para interesados vivos¹⁵.
- b. El legislador español, de forma absolutamente inapropiada y sin fijar siquiera un orden de prelación ni dar preferencia ninguna o exclusividad al heredero o albacea como hubiera sido de *lege ferenda* adecuado¹⁶, establece que esas facultades

pandemia: perspectiva multidisciplinar, Thomson-Reuters/Aranzadi, 2022, pp. 405-443; en especial, págs. desde n. 32 y ss., CASTILLO sugiere excluir las redes sociales y servicios equivalentes (art. 96.2) de las reglas relativas a «contenidos (digitales)» enunciadas en el art. 96.1 por su especial afección al derecho a la intimidad, existiendo, por tanto, a su juicio, una noción de «contenidos» de interpretación amplia (sin incluir redes sociales) y con facultades amplias y una noción estricta de redes sociales con facultades más restringidas.

¹⁵ La doctrina es proclive a interpretar que los derechos comprendidos en los arts. 12 a 22 LOPD son ejercitables también por las personas designadas para gestionar *post mortem* los datos personales y contenidos digitales: así, en detalle, DÍAZ ALABART (*op. cit.*, pp. 199-213).

¹⁶ Me he ocupado de defender y apuntalar argumentalmente esta afirmación en CÁMARA LAPUENTE, «La sucesión...», cit., pp. 423-426; también en CÁMARA LAPUENTE, S., «Vida (digital) eterna o muerte digna en la nube? La protección de los datos y contenidos digitales de las personas fallecidas», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 88-89, mayo-junio 2020, pp. 56-69. En el mismo sentido, en la doctrina posterior la crítica se ha convertido casi en unánime: *ad ex.*, DÍAZ ALABART, *op. cit.*, p. 98 y 126-130; GINEBRA MOLINS, M^a. E., «Voluntades digitales: disposiciones mortis causa», en ARROYO AMAYUELAS, E., CÁMARA LAPUENTE, S. (Dirs.), *El Derecho Privado en el nuevo Paradigma Digital*, Marcial Pons, 2020, pp. 232-234; NAVAS NAVARRO, S., «Herencia y protección de datos de personas fallecidas. A propósito del mal denominado ‘testamento digital’», *Revista*

pueden ser ejercidas frente al responsable del tratamiento de los datos personales o el prestador de servicios de la sociedad de la información por «las personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho, así como sus herederos¹⁷» (art. 3.1 y art. 96.1.a), así como, por «las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente para ello» (art. 3.2 y art. 96.1.b), además de, para el caso de contenidos digitales¹⁸, por «el albacea testamentario» (art. 96.1.b)¹⁹. Estas previsiones suponen un cúmulo de desaciertos, no solo por no conceder legitimación únicamente a los herederos y abrirlo a cualquier persona con «vinculación» con el *de cuius*, sino por no priorizar entre todos los nombrados, ni siquiera dando preferencia a las personas que el causante designó expresamente para ejercer estas facultades justo sobre los datos o contenidos digitales; y por permitir así, *de iure* y *de facto*, que cualquier familiar, allegado o conocido del causante —incluso personas incursas en causa de indignidad sucesoria o desheredadas por el testador, en el caso más extremo²⁰— se dirijan al responsable del tratamiento o al proveedor del servicio

de Derecho Privado, 1, 2020, pp. 78-79; SERRANO FERNÁNDEZ, *op. cit.*, pp. 91-95. En cambio, se muestran favorables al elenco amplio que incluye cualesquiera allegados DURÁN RIVACOBIA, R., «Herencia y testamento digitales», en Asociación de Profesores de Derecho Civil (GONZÁLEZ PACANOWSKA, I, coord.), *Protección de datos personales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 261 y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., «Reflexiones en torno a la protección *post mortem* de los datos personales y la gestión de la transmisión *mortis causa* del patrimonio digital tras la aprobación de la LOPDGDD», *Derecho Privado y Constitución*, 35, 2019, pp. 200-201.

¹⁷ Se sobreentiende, pese a la pésima redacción, que son los herederos del causante, no de las personas vinculadas al causante.

¹⁸ Debido a otra omisión de mala técnica legislativa del albacea en el art. 3, solo mencionado en el art. 96.1.b LOPD, que debería subsanarse con una interpretación teleológica correctora.

¹⁹ Tanto el art. 3.3 como el art. 96.c) y d) LOPD amplían la legitimación, en caso de fallecimiento de menores de edad y de personas con discapacidad, respectivamente a representantes legales y Ministerio Fiscal y a las personas de apoyo designadas. Al respecto, *vid.* BASTANTE GRANELL, V., «Menor de edad y últimas voluntades digitales», *Revista de Derecho Civil*, 9-4, 2022, pp. 51-135.

²⁰ Entiende DÍAZ ALABART (*op. cit.*, p. 135) que, aunque las leyes no lo contemplen expresamente, puede entenderse que engloban la prohibición de acceso preceptos como el art. 111, 756, 851 CC o el art. 63 de la LO 1/2004.

digital (v. gr., un servicio de almacenamiento en la nube o una plataforma de difusión de vídeos a demanda) y, al amparo de esa legitimación legal, accedan al contenido (que puede incluir obras protegidas por propiedad intelectual y alto valor económico que correspondería a los herederos, no a cualesquiera familiares) y lo supriman o eliminen perjudicando así derechos de los herederos, los legitimarios o los acreedores.

- c. La regla establecida por defecto por el legislador español es (a diferencia de la estadounidense, canadiense o francesa) tremendamente invasiva respecto a los datos personales, intimidad y posibles deseos presuntos del causante. Sólo «como excepción» (la regla debería ser, a mi juicio, la contraria) las personas mencionadas «no podrán acceder» a los datos o contenidos digitales del causante, ni solicitar su rectificación/supresión (art. 3.1.), modificación/eliminación (art. 96.1.a) «cuando la persona fallecida lo hubiese prohibido expresamente o así lo establezca una ley». Al margen de la incertidumbre interpretativa que genera la remisión legislativa y las dudas de coordinación que produce (por ejemplo, con la LO 2/1981), la LOPD no fija cómo el causante puede ordenar eficazmente esa prohibición (obviamente sí a través de testamento y también del uso de las herramientas *ad hoc* de cada plataforma o proveedor, sin esclarecer prelación en caso de conflicto, pero, ¿también mediante declaraciones de voluntad manifestadas por otros conductos, orales, escritos, de forma privada o mediante escritura pública, dirigidos a los proveedores o a los familiares, mediante poder, en poderes preventivos, por correo electrónico cuando la plataforma fija una herramienta de uso interno...?). Tampoco se ha aprobado el Real Decreto al que se remite (arts. 3.2 y 96.3) para establecer «los requisitos y condiciones para acreditar la validez y vigencia de los mandatos e instrucciones»²¹ y, en su caso, el registro de los mismos». Registro igualmente inexistente hasta la fecha.

²¹ Ese desarrollo reglamentario, obviamente, debería esclarecer las dudas que acaban de plantearse, sobre la prohibición de acceso, y no solo versar sobre los mandatos (*sic*, pese al art. 1732.3º Cc.) e instrucciones del causante en positivo (directrices a los legitimados).

- d. La LOPD, en cambio, sí introduce una regla oportuna para que el patrimonio digital transmisible sí pueda ser tenido en cuenta al afrontar el fenómeno de la sucesión *mortis causa stricto sensu* (esto es, para la fijación del caudal relicto, cómputo de legítimas, colación, pago de acreedores y partición): la prohibición de acceso a datos y contenidos digitales ordenada por el causante «no afectará al derecho de los herederos²² a acceder a los datos/ contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto» (arts. 3.1 y 96.1.a LOPD). Es, en realidad, un recordatorio de las reglas sucesorias generales del Código civil acerca de lo que constituye «herencia» (art. 659 Cc.). Pero no llega a contemplar un mecanismo que hubiera sido incluso más útil y para el que ya hay precedentes comparados (RUFADAA y Francia): el derecho a recabar de los operadores de comunicaciones y de los prestadores de servicios digitales la información necesaria para saber de qué activos digitales disponía el causante para incluirlos en el caudal relicto (identidad de los custodios de criptomonedas, banca online, programas de fidelización con puntos o crédito, etc.); sin el acceso a esa información²³, diversos bienes digitales pueden no llegar a ser tenidos en cuenta al liquidar y distribuir la herencia.
- e. La segunda conexión expresa con el fenómeno sucesorio se produce, cabe entender, en el último apartado del art. 96, solo, por tanto, respecto a «contenidos digitales» y no respecto a «datos personales» (y de nuevo, el deslinde es harto difícil, cuando no imposible en algunos casos, como los relativos a perfiles en cuentas de redes sociales): según el art. 96.4 lo establecido en el entero precepto, «en las comunidades autónomas con derecho civil, foral o especial, propio se regirá por lo establecido por estas dentro de

²² Sugiere DÍAZ ALABART (*op. cit.*, p. 137), razonablemente, entender que la mención a los «herederos» comprenda a los herederos forzosos o legitimarios (aunque, en su criterio, debería referirse «solo» a estos).

²³ Apunta OTERO CRESPO, M., «La sucesión en los 'bienes digitales'. La respuesta plurilegislativa española», *Revista de Derecho civil*, VI-4, octubre-diciembre 2019, pp. 89-133, p. 116, que la voluntad del causante que prohíbe el acceso podría carecer de eficacia *post mortem* porque la literalidad del precepto permitiría el acceso a los herederos simplemente argumentando la existencia de potenciales contenidos o datos con trascendencia patrimonial, pues la norma no exige aportar el más mínimo indicio de prueba.

su ámbito de aplicación». Por ende, los aspectos estrictamente sucesorios (no los relativos a la vertiente iusfundamental de los datos personales contemplados en el art. 3 LOPD) que se deriven de contenidos digitales transmisibles o de auténticos «bienes» digitales alojados en plataformas de prestadores de servicios digitales podrán ser regulados por esas Comunidades Autónomas, como ya ocurrió en Cataluña en 2017.

- f. Como último apunte, la LOPD española no contiene prescripciones imperativas que limiten el poder de los prestadores de servicios de imponer por vía de cláusulas no negociadas aspectos relativos a la intransmisibilidad de cuentas, contenidos, perfiles, activos o relaciones contractuales de servicios digitales. La única previsión imperativa que impone a los operadores (además de, por supuesto, permitir el acceso y decisiones de los legitimados, decisiones que no en todos los casos estarán permitidas en los términos de uso de los proveedores de servicios²⁴ si, por ejemplo, solo autorizan la eliminación, pero no el mantenimiento de la cuenta al comunicar el óbito) estriba en que «el responsable del servicio al que se le comunique (...) la solicitud de *eliminación* del perfil, deberá proceder sin dilación a la misma». No se establece —como sí ocurre

²⁴ De donde se infiere la interesante cuestión de entender que la LOPD habría podido crear un derecho de los legitimados por ley o por el testador a decidir sobre si «mantener» o «eliminar» cuentas «en redes sociales o servicios equivalentes» (no definidos en la ley), al no haber introducido la LOPD una salvaguarda de respeto a lo acordado al contratar con el prestador del servicio —como en cambio sí hace el legislador catalán, art. 411-10.2.c y 411-10.5 CCCat., *infra*, que, con esa previsión mina el potencial protector para los usuarios que podría llegar a alcanzar su normativa—. Sin embargo, una interpretación sistemática del art. 96, pese a no contener la citada salvaguarda de respeto a los contratos y políticas de los prestadores, conduce a descartar que ese «derecho a mantener» la cuenta *post mortem auctoris* se haya consagrado legislativamente, dado que el art. 96.2 *in fine* solo impone la obligación de respetar la solicitud de eliminación, *ergo*, *contrario sensu*, solo se podría solicitar el mantenimiento si las condiciones en su día suscritas por el causante (o las obrantes al tiempo de la solicitud, modificadas válidamente de acuerdo con la normativa contractual y de consumo) permitiesen ese resultado (característicamente, las llamadas «cuentas conmemorativas»). A tenor de la jurisprudencia alemana (BGH de 2018 y OLG Oldenburg de 2024, *infra*) otra parece ser la solución, más protectora de los intereses del causante y sus herederos, conforme a Derecho alemán. *Vid. infra*.

en Derecho francés y sería oportuno en la LOPD— una obligación del operador de notificar/acreditar que ese deber se ha cumplido²⁵.

En una orientación próxima se sitúa Portugal, cuya Ley 58/2019, de 8 de agosto, de protección de datos personales regula en los tres breves apartados de su art. 17 la protección de los datos personales de las personas fallecidas²⁶, sin embargo, con un relevante y acertado cambio respecto al Derecho español: los derechos previstos en el RGPD, que se concretan en los derechos de acceso, rectificación y supresión, «serán ejercidos por quien la persona fallecida haya designado a tal efecto o, en su defecto, por sus respectivos herederos» (art. 17.2). Cabe, por tanto, una designación *ad hoc* —cabe pensar que también al margen del Derecho sucesorio—, para la gestión *post mortem* de esas facultades, pero a falta de designación por el interesado, solo sus herederos y no cualesquiera familiares o personas tendrán legitimación activa. El causante también puede imposibilitar el ejercicio de esos derechos (art. 17.3).

1.2.3. Regulación en la normativa sucesoria, en el Código civil (Cataluña, jurisprudencia alemana y Brasil)

El legislador catalán inauguró con la Ley 19/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña, la vía certera de abordar el fenómeno desde la óptica netamente sucesoria. Lo hizo introduciendo —además de la novedosa y juiciosa previsión sobre las voluntades digitales en caso de pérdida sobrevenida de capacidad y también, *inter vivos*, ambas en el libro II, previsiones sobre el papel de los progenitores respecto a la presencia de los

²⁵ En paralelo a lo establecido en el art. 19 RGPD (y su considerando 66), que podrían esgrimirse para una aplicación extensiva a los gestores *post mortem*.

²⁶ Aunque su art. 17.1 parece delimitar el tipo de datos personales al declarar protegidos por esa ley y por el RGPD los que entran en las categorías especiales de datos personales del art. 9.1 RGPD, y también cuando se refieren a datos relativos a la intimidad, la imagen o las comunicaciones, salvo los casos previstos en el art. 9.2 RGPD.

hijos en entornos digitales—²⁷ en el libro IV CCCat, relativo a las sucesiones lo siguiente: dos artículos nuevos (el detallado art. 411-10 sobre «voluntades digitales en caso de muerte» y el art. 421-24 sobre la «designación de la persona encargada» de ejecutarlas), dos modificaciones de artículos existentes, en relación con el contenido del testamento (art. 421-2.2) y con el modo sucesorio (art. 428-1.1)²⁸ y una Disposición Adicional nueva relativa a la creación del Registro electrónico de voluntades digitales. Como es sabido, la STC 7/2019, de 17 de enero, declaró la inconstitucionalidad de este Registro y, por ende, de la Disposición Adicional y de los dos incisos en que se permitía manifestar las voluntades digitales —además de en testamento, codicilo o memorias testamentarias— mediante un «documento» de inscripción constitutiva en dicho Registro²⁹; precisamente ese efecto constitutivo, que dotaba al

²⁷ En esencia, respectivamente, arts. 222-2.4 (poder para la gestión) y 237-17.5 (relaciones padres-hijos); además de los arts. 222-36, apartados 3 y 4 (presencia de los tutelados en entornos digitales) y, sobre actos de padres o tutores que requieren autorización judicial, arts. 222-43.1 y 236-27. Se trata, por tanto, de previsiones originales y distintas de las que adoptan los arts. 3 y 96 LOPD que contemplan el fallecimiento de menores y personas con discapacidad, pero no la delegación de la gestión de los contenidos digitales en vida de su titular con discapacidad.

²⁸ Donde se especifica —de forma más didáctica que necesaria— que «el modo también puede consistir en imponer la ejecución de las voluntades digitales del causante», de manera que dicha ejecución se puede imponer a uno o varios herederos o a cualquier legatario (art. 428-1), a cualquier persona física o jurídica sin beneficio ni otro papel en la herencia (por aplicación del art. 421-4.1), esto es, un puro albacea particular de las voluntades digitales, o, a falta de designación específica, a quienes corresponde ejecutar la voluntad del causante, esto es, «el heredero, el albacea o el administrador de la herencia» (art. 421-2).

²⁹ Los dos incisos anulados por inconstitucionales son el art. 411-10.3.b (las voluntades digitales pueden ordenarse «si la persona no ha otorgado disposiciones de última voluntad, un documento que debe inscribirse en el Registro electrónico de voluntades digitales») y la segunda parte del art. 421-24.1 (en defecto de testamento, codicilo o memoria testamentaria, la designación del encargado de ejecutar las voluntades digitales puede hacerse en un documento de voluntades digitales que «debe inscribirse» en el nuevo Registro, declarado igualmente inconstitucional por falta de competencia para crearlo. Quedó sin anular, pero sin sentido ni virtualidad a la luz de esas anulaciones, lo dispuesto en el art. 411-10.4: el documento de voluntades digitales se puede modificar y revocar en cualquier momento y no produce efectos si existen disposiciones de última voluntad (donde

Registro de efectos civiles sustantivos, fue una de las razones en las que el TC fundamentó su carácter inconstitucional, al amparo de la reserva de ley estatal del art. 149.1.8 sobre los Registros públicos³⁰.

La normativa catalana, en el contexto comparado expuesto, cuenta con algunas virtudes que merecen destacarse y tenerse como referente en caso de futuras regulaciones de la herencia digital (en España o en la Unión Europea):

- a. *Legitimación legal acotada al heredero, albacea o administrador de la herencia* (art. 421-2.2). Esta es, precisamente, una de las ventajas del abordaje de la herencia digital desde la perspectiva sucesoria, que debería igualmente replicarse para los aspectos personales de la misma relacionados con la gestión de los datos personales del finado.
- b. *Principio de mínima invasión en la esfera privada del causante*, con un diseño legal defensor de la privacidad (personalidad pretérita) por defecto. En este sentido, en lugar de promover una aberrante legitimación de cualquier familiar o persona vinculada de hecho con el causante (arts. 3 y 96 LOPD), el art. 411-10.6 CCCat. sienta la regla de que «si el causante no lo ha establecido de otro modo en sus voluntades digitales, la persona a quien corresponde ejecutarlas *no puede tener acceso a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales, salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial*»; el causante puede dar

se daba prioridad a estos últimos instrumentos frente al novedoso y abortado «documento» sin los requisitos formales de los tres citados cauces de disposición sucesoria); cfr. también el art. 421-24.2.

³⁰ La STC 7/2019 cuenta con un voto particular (E. ROCA TRÍAS), que defiende el carácter administrativo (y no de Derecho privado) del Registro y la constitucionalidad de las normas derogadas. En esta dirección, antes de la sentencia, también SOLÉ RESINA, J., «Las voluntades digitales: marco normativo actual», *Anuario de Derecho Civil*, LXXI-II, 2018, pp. 417-440, en especial, p. 431 y ss. Para un análisis detallado de la STC y refrendo, en sustancia, de su argumentación, PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, C., «La competencia exclusiva del Estado sobre ordenación de los registros e instrumentos públicos. Algunas reflexiones tras la STC 7/2019, de 17 de enero, sobre el registro electrónico de voluntades digitales de Cataluña», *Derecho Privado y Constitución*, 35, pp. 87-123.

permiso expreso a su ejecutor digital, pero si no lo ha hecho, la regla es que este no puede acceder, salvo con autorización judicial. Es una regulación garantista con una digna muerte digital por defecto. Ahora bien, la norma merece una interpretación adecuada: (i) Ese veto, en una hermenéutica acotada de lo que sean «cuentas y archivos digitales», no debería alcanzar a cualesquiera «bienes digitales» (por ejemplo, criptomonedas), a los que el heredero, ejecutor o administrador ha de poder acceder para proceder a liquidación de deudas de la herencia, cómputo a efectos de la legítima y reparto del caudal relicto (*vid.*, en este sentido, el art. 96.1.a *in fine* LOPD). (ii) El causante puede establecer expresamente en sus voluntades digitales la prohibición de acceso a determinadas cuentas o archivos digitales; ahora bien, si a través de esas cuentas puede accederse a bienes con contenido patrimonial, una previsión de destrucción o eliminación de patrimonio que ha quedado transformado en herencia debe ser sometida a las reglas propias del Derecho sucesorio sobre protección de acreedores y legitimarios mediante el empleo de las correspondientes acciones judiciales. (iii) La «autorización judicial» a que alude el art. 411-10.6 podría consistir no tanto en el acceso directo a las cuentas y archivos digitales, como en ordenar a los prestadores de los servicios digitales procurar solo los datos a través de los que el encargado de ejecutar las voluntades digitales puede conocer los bienes digitales del causante y, con esa información y su legitimación voluntaria o legal para gestionar la herencia digital, dirigirse a esos prestadores para disponer de ellos. A la luz de las circunstancias concurrentes, esta solución, en línea con la medida de entregar un «catálogo de las comunicaciones» al estilo de la RUFADAA, puede ser la más respetuosa con la teleología de la norma. Una regulación expresa de esta previsión (cfr. también la solución francesa) sería recomendable.

- c. *Amplitud del elenco de personas a las que el causante puede encargar la gestión de sus últimas voluntades digitales.* A diferencia de los legitimados *ex lege*, el círculo de personas a quienes voluntariamente el causante puede encomendar estas tareas es, correctamente, amplísimo: herederos, legatarios, beneficiarios *sub modo*, albaceas universales o particulares, administradores

hereditarios³¹ y, a la postre, cualquier persona física «o jurídica» (art. 421-24.1). Habida cuenta de la especialización que en ocasiones puede requerir el manejo de ciertos activos digitales, la previsión de que el ejecutor de las voluntades digitales sea una persona jurídica³² es muy adecuada, también con la vista puesta en futuras profesiones y empresas especializadas que ya existen y que se crearán al efecto. También merece un juicio positivo la posibilidad de que el heredero, el albacea o el administrador no solo puedan ejecutar por sí mismos las voluntades digitales, sino también «encargar su ejecución a otra persona» (art. 421-2.2 *in fine*)³³; es habitual, al menos en los sistemas de *common law*, que el albacea digital (*executor*) delegue tareas en agentes especializados en la gestión digital, aunque los prácticos del Derecho recomiendan al planificar la sucesión digital preguntar al causante si quiere prohibir cualquier tipo de delegación³⁴.

- d. *Previsión sobre los gastos generados por la ejecución de las voluntades digitales.* Aunque posiblemente las normas generales hubieran dado solución³⁵, el art. 411-10.7 precisa que si el causante no lo establecido de otro modo, esos gastos «corren a cargo del activo hereditario»; de ahí la doctrina interpreta que no corren

³¹ Sobre elenco, *supra*, nota 29.

³² El art. 3.2 LOPD se refiere a «las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente»; el art. 96.1.b LOPD menciona al albacea así como «aquella persona o institución» designada al efecto.

³³ El tenor literal contiene la previsión solo para el supuesto de que no exista designación de ejecutor digital por el causante («en defecto de designación»), por lo que, en sentido estricto, si en sus voluntades digitales no estableció la previsión de delegación, no habría habilitación legal para hacerlo. El resultado resulta coherente con la tradición catalana explicitada para el albacea en el art. 429-1.3 CCCat., si bien otra solución podría suponer una excepción razonable para el entorno digital.

³⁴ Cfr. NORMINGTON, J., *Digital Assets and Probate. A Practitioner's Guide*, Wildy, Simmonds & Hill Publishing, London, 2023, pp. 63-66. Es usual distinguir entre un «digital executor» (encargado de administrar las cuestiones digitales en general) y un «digital manager» (cuando no se nombró un albacea para estos menesteres pero el testador encomendó acciones específicas con alguna cuenta o archivo): SAGAR, L., BURROUGHS, J., *The Digital Estate*, 2ª ed., Sweet & Maxwell, London, 2022, pp. 312-313.

³⁵ Según el art. 429-6.1 CCCat: «Todos los gastos judiciales o extrajudiciales originados por la actuación de los albaceas corren a cargo de la herencia».

propiamente a cargo de la herencia, sino del activo hereditario, no se califican ni como deudas ni como cargas, por lo que «su pago solo procede tras liquidar todo el pasivo, esto es, deudas, cargas, legítimas, cuarta viudal y cuarta falcidia»³⁶. La razón de la distinción respecto a los gastos de actuación de los albaceas comunes no resulta aparente.

- e. En el capítulo de soluciones originales y bien orientadas, aún fuera de lo sucesorio, debe destacarse la *previsión de un poder preventivo para gestionar las voluntades digitales antes del fallecimiento en caso de discapacidad* que precisase de apoyos o de curatela representativa (cfr. art. 222-2.4 CCCat., aunque la norma requiera de adaptación técnica y terminológica al Convenio de Nueva York).

En cambio, ciertas decisiones del legislador catalán son, a mi juicio, manifiestamente mejorables, en futuras reformas (amén de otros aspectos que no se afrontan en la norma: *vid. infra*, apartado 3):

- a. *El objeto sobre el que recaen las voluntades digitales* es algo ambiguo y desdibujado y no lidia con los problemas de delimitar los aspectos personales y patrimoniales que caracterizan los diversos contenidos digitales. Aunque la exposición de motivos de la Ley 10/2017 se refiere a «archivos», «contratos» y «redes sociales», además de la administración del «legado relativo a la actividad de cada persona en los entornos digitales» («huella»), lo cierto es que el artículo central de la regulación se refiere a las «cuentas activas» del causante (art. 411-10.1)³⁷ y la otra única mención al objeto de gestión y disposición es a los «contenidos de sus cuentas y archivos digitales» (art. 411-10.6)³⁸. Por lo tanto, el legislador catalán, que no define esos conceptos, se centra más en esclarecer quién puede acceder a esas cuentas y archivos y por qué cauces se puede designar

³⁶ Así, VAQUER ALOY, A., *Comentario al Código Civil de Cataluña. Libro 4: Derecho de sucesiones*, Atelier, Barcelona, 2024, p. 35.

³⁷ Recuérdese, el precepto-pórtico del régimen legal explica que las voluntades digitales se pueden establecer para el designado para ejecutarlas «actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas activas».

³⁸ Artículo que, cabe recordar, supedita el acceso a ellos a autorización judicial en caso de que el causante no lo hubiese permitido expresamente.

a esas personas o qué ocurre en caso de falta de designación, para poder actuar frente a los prestadores de servicios digitales (problema central, sin duda, el de la legitimación), que en delimitar una categoría de «bienes digitales» transmisibles —que pueden no estar alojados en una «cuenta»— o en discernir las peculiaridades distintivas entre relaciones contractuales del finado de cariz digital y «archivos», contenidos, bienes o informaciones (*vid. infra* posibles clasificaciones de las que derivar reglas más precisas). En síntesis, *el objeto de las voluntades digitales en la regulación vigente es dar legitimación frente a los prestadores de servicios digitales en que el finado tenía «cuentas»*, sin establecer derechos imperativamente reclamables frente a ellos ni delimitar qué podría constituir el acervo hereditario —incluso frente a previsiones contrarias de los proveedores digitales— o la suerte de la relación contractual o de los contenidos gestionados a su través.

- b.** *Las facultades de quien haya de ejecutar las voluntades digitales mortis causa son muy limitadas y están supeditadas al contenido contractual predispuerto por el prestador del servicio digital.* Así, en el art. 411-10.2 se establecen tres facultades («actuaciones»): comunicar a los prestadores la defunción, solicitar que se cancelen las cuentas activas y solicitar que los prestadores «ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas y, *si procede*, que le entreguen una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores». Este es el «máximo» contemplado legalmente, sin añadir el legislador de manera imperativa derechos que protejan siquiera la recuperación de los contenidos digitales del difunto («*si procede*», de acuerdo con las cláusulas contractuales). Dado que se trata de operar sobre cuentas (basadas en relaciones contractuales existentes entre el fallecido y el prestador del servicio) y que esas cuentas pueden alojar también numerosos datos personales, el elenco de derechos que contempla la LOPD —en toda su imperfección, ya vista— permite por vía directa (o por la analógica propuesta doctrinalmente) incluir otras facultades como la destrucción o supresión de los contenidos (no solo la cancelación de la cuenta) o incluso la portabilidad. En cuanto a solicitar «una copia de los archivos digitales», debería explicitarse que el prestador de servicios digitales no puede negarse a atender esa pretensión (no «*si procede*», dejando al arbitrio empresarial y sus cláusulas no

negociadas y «políticas» el cumplimiento de ese deber), máxime cuando el legislador catalán ha transpuesto la Directiva 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales; si «el suministrador tiene que poner a disposición del adquirente los contenidos o los servicios digitales» (art. 621-69.1 CCCat.); si incluso en el caso de resolución del contrato «el suministrador tiene que poner a disposición del adquirente, previa petición de este», con algunas salvedades, «los contenidos que no sean datos personales que el adquirente haya facilitado o creado en uso de los contenidos o servicios digitales suministrados» y el usuario tiene derecho a recuperarlos (art. 621-77.5 CCCat.), es obvia la conclusión de que los herederos y ejecutores digitales deben tener derecho a obtener una copia de esos contenidos digitales («archivos en cuentas activas», en la poco jurídica —pero expresiva— terminología de 2017). Además, si el causante podría en algunos casos ejercer esos derechos también sobre cuentas inactivas al fallecer (*v.gr.*, porque las hubiera resuelto poco antes del deceso) no se ve por qué limitar las facultades de sus ejecutores digitales al respecto. Es preciso, por lo tanto, cohonestar los preceptos de las voluntades digitales *mortis causa* tanto con los avances en materia de protección de datos personales de las personas fallecidas como con el régimen imperativo de derechos de los consumidores en relación con contratos y servicios digitales e incluso con el resto de normativa digital consumerista de la UE sobre servicios y mercados digitales. En síntesis, pocas facultades *ex lege* y enteramente supeditadas a la voluntad del prestador del servicio digital (que ha podido fijar unilateralmente, como hacen algunas empresas, la inaccesibilidad total a la cuenta una vez comunicado el óbito o su destrucción); desde aquí se colige también la necesidad de actuar normativamente desde más ángulos que el sucesorio (cláusulas abusivas, defensa del consumidor, transmisibilidad de ciertas relaciones contractuales, etc.).

- c. Como corolario, por tanto, *el legislador catalán debería emplear su competencia legislativa para (desde el Derecho sucesorio o desde el Derecho de consumo) imponer deberes a los prestadores de los servicios digitales que garanticen la plena transmisibilidad de ciertos contenidos digitales (vid. infra sub 4 la distinción entre contenidos generados por los usuarios y licencias de uso de contenidos ajenos) y no quedarse en un vacuo reconocimiento tout court del poder normativo de estos prestadores, como el que se deriva del*

transcrito art. 411-10.2, igualmente refrendado en su apartado 5³⁹. Esto, a la postre, implica supeditar la voluntad del causante a lo que establezcan las condiciones generales y dejar el destino de los bienes digitales del usuario en manos de las empresas de internet⁴⁰. Como se ha visto, el modelo norteamericano y el francés declaran la nulidad de las cláusulas que contravienen los derechos de acceso y disposición en ellas establecido. El legislador catalán, en cambio, declaradamente, no quiso imponer obligaciones a los prestadores de los servicios digitales⁴¹. Quizás el momento actual esté maduro para introducir esas obligaciones que, a juzgar por la experiencia francesa⁴², pueden llegar a incidir en el clausulado contractual que afecta a los nacionales más protegidos.

Por su parte, el Tribunal Federal alemán (BGH) sentó en la importante sentencia de 12 de julio de 2018⁴³ que los contratos de acceso y uso de una red social son heredables y, por tanto, los sucesores *mortis causa* han de ocupar la misma posición que el finado, dando así prevalencia a las reglas sucesorias a partir del § 1922 BGB, que fija la

³⁹ El heredero o albacea universal puede ejecutar esas tres «actuaciones» o facultades del 411-10.2 «de acuerdo con los contratos que el causante haya suscrito» o «de acuerdo con las políticas que estos prestadores tengan en vigor».

⁴⁰ En expresión y crítica de SANTOS MORÓN (*op. cit.*, p. 435), que comparto. Añade la autora: «por lo que cabe preguntarse por la utilidad real del sistema articulado en esta ley».

⁴¹ Según cita de GINEBRA MOLINS («Voluntades digitales...», cit., p. 221, n. 36), la *Memòria d'avaluació de l'impacte de les mesures proposades a l'Avantprojecte de llei sobre les voluntats digitals i de modificació dels llibres segon i Quart del Codi civil de Catalunya*, explica que la regulación catalana no pretende imponer nuevas obligaciones a los prestadores de servicios, sino generar un marco de mayor seguridad jurídica para apoderar expresamente a algunas personas.

⁴² *Supra*, nota 12.

⁴³ Asunto III ZR 183/17. Para comentarios de detalle de la sentencia, me remito a los primeros trabajos sobre herencia digital en nuestro país (*supra*, nota 6), así como a la sección monográfica del *European Review of Private Law*, 5-2019, pp. 1115-1205, donde se analiza la sentencia y consideraciones de Derecho comparado desde varios países.

universalidad de la sucesión⁴⁴. El BGH descarta que la colisión con el secreto de las comunicaciones, la protección de datos o la vinculación de los contratos puedan minar la posición de los herederos respecto a ese tipo de cuentas; es más, considera que las condiciones generales que excluyen de la herencia esa relación contractual son abusivas al no superar el control de contenido del § 307.1 y 2 BGB. La jurisprudencia alemana más reciente ha seguido esa misma directriz y ha ido incluso algo más allá de todas las previsiones legales hasta ahora vistas, en una cuestión que quedó en sordina en aquella sentencia: la posibilidad de que el heredero no solo tenga un derecho de acceso o lectura, sino incluso un derecho de uso activo que, al entender de la significativa sentencia del OLG Oldenburg de 30 de diciembre de 2024⁴⁵, no podría quedar excluido por la naturaleza del contrato, que no se considera personalísima pese a las afirmaciones del clausulado de *Instagram*.

El legislador de Brasil está trabajando en una reforma de su Código civil que, además de incorporar un novedoso libro VI «*Do Direito Civil Digital*» (art. 2027-A y ss.), aborda aspectos de la herencia digital precisamente en sede sucesoria pero sin descuidar la atención a la dicotomía entre su vertiente patrimonial y personal. En el Proyecto de Ley n.º 4 de 2025, que tiene por objeto la actualización de la Ley n.º 10.406, de 10 de enero de 2002 (Código Civil), introducido el 31 de enero de 2025⁴⁶, destacan cuatro artículos (1791-A, B y C y 1918-A). El que sería nuevo art. 1791-A, incorpora cuatro previsiones del máximo interés: en primer lugar declara que los bienes del fallecido, «de valor económicamente apreciable» integran su herencia; en segundo y tercer lugar divide —como sugería la Carta española de

⁴⁴ El BGH resaltó que este tipo de cuentas (en el caso, la cuenta de *Facebook* de la hija de la heredera) se pueden heredar como cualquier otra posición contractual, de manera que los bienes inmateriales también formarían parte de la sucesión, con independencia de que estuvieran involucrados datos personales o no personales; se esgrimió también que los papeles y fotografías familiares pueden ser objeto de sucesión (con apoyo en los §§ 2373 y 20147 BGB).

⁴⁵ Asunto 13 U 116/23. *Vid. infra.*, apartado 4.4.

⁴⁶ El proyecto fue presentado a iniciativa del senador Rodrigo Pacheco, tiene su base en el borrador elaborado por una comisión de profesores y expertos y fue publicado en el *Diário do Senado Federal*, año LXXX, n.º 5, 4 de febrero de 2025, pp. 425-698 (disponible en: <https://legis.senado.leg.br/diarios/ver/119177?sequencia=425>).

derechos digitales— el régimen sucesorio de los bienes digitales y el propio de la personalidad pretérita del difunto: el § 1 del precepto explicita una lista no cerrada de lo que han de considerarse «bienes digitales o patrimonio intangible del fallecido»: «entre otros, contraseñas, datos financieros, perfiles en redes sociales, cuentas, archivos de chat, vídeos y fotos, archivos de otro tipo, puntuaciones en programas de recompensas o incentivos y *cualquier contenido de naturaleza económica almacenado o acumulado en un entorno virtual y propiedad del autor de la herencia*». Por su parte, el § 2 deriva el régimen de «los derechos de la personalidad y la efectividad civil de los derechos que se proyecten después de la muerte y *no tengan contenido económico*, tales como la privacidad, la intimidad, la imagen, el nombre, el honor, los datos personales, entre otros» a lo dispuesto en ley especial, en la parte general del Código civil y en el nuevo Libro VI de Derecho Civil Digital. En cuarto y último lugar, el art. 1791-A § 3 declara nulas de pleno derecho cualesquiera cláusulas contractuales dedicadas a restringir los poderes de disposición sobre sus propios bienes (como antes se sugería como reforma para Cataluña y para el CC español y la armonización europea), «salvo aquellas que por su naturaleza, estructura y función tuvieran límites de uso, de disfrute o de disposición». Un intento que deja abierta la posibilidad de ponderar límites transmisivos a prestaciones en las que tenga lógica una tal limitación, pero partiendo del principio general, imperativo, de transmisibilidad.

De nuevo con un certero punto de partida, el art. 1791-B establece como regla que los mensajes privados del causante difundidos o almacenados en un entorno digital no pueden ser accesibles a sus herederos. Esto cuenta con dos excepciones: la expresa disposición de última voluntad, siempre que se preserve el secreto de las comunicaciones, y también la autorización judicial a solicitud del heredero (no de cualquier otra persona con interés, añadido) cuando demuestre que, por su contenido «tiene interés propio, personal o económico de conocerlos». El precepto también equipara el compartir las contraseñas con disposiciones negociales o de última voluntad con fines de acceso de los sucesores del causante.

El art. 1791-C establece una regla más ancilar, pero práctica, en sede de inventario: el albacea o cualquier heredero ha de notificar a quien se encargue del inventario, judicial o extrajudicial, que incluya

la existencia de activos digitales propiedad del causante y le informará de los datos de identificación del proveedor de los servicios digitales. Hasta que no se concluya el acta de partición, si el inventario es extrajudicial, no se realizarán actos de disposición de los activos digitales. Dicha acta es título apto para regularizar la propiedad de los activos digitales con las plataformas.

Finalmente, el art. 1918-A viene a hacer coincidir el «legado de bienes digitales» con la posibilidad de transmitir «datos de acceso a cualquier aplicación de Internet de naturaleza económica, perfiles de redes sociales, canales de vídeo en *streaming*, así como datos personales expresamente mencionados por el testador» en su testamento. Como se puede apreciar, la declaración parte de la premisa del carácter cedible de esas previas relaciones contractuales. Además, el precepto contempla la figura específica del «administrador digital», designado por decisión judicial, negocio jurídico *inter vivos*, testamento o codicilo. En caso de existir esa designación, «los bienes digitales quedan sujetos a su administración inmediata hasta la finalización de la partición, con obligación de rendir cuentas».

1.2.4. Las Reglas Modelo del *European Law Institute* (ELI)

Volviendo al modelo de regulación holística del fenómeno, presenta el máximo interés la iniciativa del *European Law Institute* de proponer unas reglas modelo que pudieran servir de inspiración al legislador europeo o a los legisladores nacionales. El Proyecto tuvo sus primeros esbozos a finales de 2022 con la idea de preparar unos principios, directrices o reglas sobre la «sucesión digital» (*digital inheritance*) y ha ido evolucionando desde unas reglas que enfocaban de forma más bien unitaria una tríada de elementos bajo el título de «*ELI Model Rules on Succession of Digital Assets, Data and other Digital Remains*»⁴⁷ hacia unas reglas modelo en las que se distingue, por una parte, la «sucesión»

⁴⁷ Así figura en la web oficial del ELI: <https://www.europeanlawinstitute.eu/projects-publications/current-projects/current-projects/eli-succession-of-digital-assets-data-and-other-digital-remains/>, con resumen de sus objetivos y miembros encargados de su redacción.

en bienes digitales y, por otra parte, el «acceso» a datos personales y a otros restos digitales. El proyecto, que oficialmente comenzó en octubre de 2023, tiene prevista su finalización y presentación pública para octubre de 2025.

2. Las tres cuestiones sucesorias clásicas de la herencia digital

Hasta la fecha, el debate sobre la regulación de la herencia digital viene discurriendo en torno a tres cuestiones centrales: *qué* contenidos digitales forman parte del caudal hereditario, *cómo* disponer *mortis causa* de manera eficaz de los mismos y *quién* puede recibirlos, gestionarlos, disfrutarlos y disponer de ellos.

2.1. ¿Qué? El objeto de la herencia digital

Desde una perspectiva netamente sucesoria, la respuesta viene dada por las reglas generales de cualquier Código Civil. Según el CC español, art. 659, «la herencia comprende todos los bienes, derechos y obligaciones de una persona que no se extingan por su muerte»; y, de acuerdo con el art. 661, los herederos suceden al difunto «en todos sus derechos y obligaciones». Igualmente, el CCCat. consagra el principio de universalidad de la sucesión (art. 411-1: «el heredero sucede en todo el derecho de su causante»⁴⁸) e igual hace, por ejemplo, el § 1922 BGB, en el que la citada sentencia del BGH funda la transmisibilidad *mortis causa* de las cuentas de redes sociales a los herederos. La dificultad estriba, por tanto, en determinar qué se extingue y qué no al abrirse la sucesión; en definitiva, qué tiene carácter transmisible. A

⁴⁸ Consecuentemente, sigue el precepto, no necesitado de alteración a los efectos del régimen de las voluntades digitales introducido por la Ley 10/2017, «adquiere los bienes y derechos de la herencia, se subroga en las obligaciones del causante que no se extinguen por la muerte, queda vinculado a los actos propios de este y, además, debe cumplir las cargas hereditarias».

tal efecto, dos ideas resultan centrales: por una parte, el deslinde de la defensa (extrapatrimonial) de la memoria del difunto como cuestión distinta de la sucesión (patrimonial) en la herencia; y, por otra parte, qué pueden considerarse «bienes digitales» como objeto transmisible distinto de la pura información o los datos. En cuanto a los «derechos y obligaciones» que no se extinguen —esto es, en definitiva, las relaciones contractuales relacionadas con servicios digitales—, habrá que estar a su naturaleza y configuración caso por caso con el contrapeso de la defensa del consumidor ante cláusulas abusivas (*vid. infra*, apartados 3 y 4).

Por lo que se refiere a la protección de la *memoria defuncti*, es sabido que, como recuerda la Exposición de motivos de la Ley 1/1982 y parafrasea el Tribunal Constitucional (STC 12 noviembre 1990), «aunque la muerte del sujeto de derecho extingue los derechos de la personalidad, la memoria de aquel constituye una prolongación de esta última que también debe ser tutelada por el Derecho». Se trata de la protección *post mortem* de la llamada «personalidad pretérita» frente a intromisiones ilegítimas producidas tras el fallecimiento, sin que exista propiamente, como también afirma la tradición francesa y alemana, una transmisión *mortis causa* de derechos o facultades del finado⁴⁹. La LO 1/1982 establece una serie de reglas para evitar la lesión de la memoria del difunto⁵⁰, pero no se ocupa propiamente de los aspectos patrimoniales de la explotación económica de la identidad

⁴⁹ Por entenderse fuera de los principios de Derecho sucesorio y en tutela de un bien jurídico distinto de derechos propiamente extinguidos, el elenco de legitimados para su defensa es amplio (a falta de designados expresos, el cónyuge, descendientes, ascendientes y hermanos de la persona afectada y en defecto de todos ellos el Ministerio Fiscal), *vid.* arts. 4-6 LO 1/1982. Esta opción legal —que sirvió de cierto apoyo a las decisiones de los arts. 3 y 96 LOPD— también merece revisión para encauzar al coincidencia de legitimados y beneficiarios de la potencial indemnización en la figura de los herederos (*vid.* CÁMARA LAPUENTE, «La sucesión *mortis causa*...», cit., p. 396).

⁵⁰ Sobre todo ello, en el contexto digital, CÁMARA LAPUENTE, S., «La lesión por medios digitales de la personalidad pretérita del fallecido», *Revista de Derecho Civil*, 5, 2020, pp. 117-174; *vid. también* SANTOS MORÓN, M. J., «La tutela de los derechos de la personalidad ante atentados producidos en redes sociales y servicios equivalentes», *Anuario de Derecho Civil*, 4, 2023, pp. 1297-1374.

humana pretérita (nombre, voz, imagen...) que sí pueden ser objeto de auténtica transmisión *mortis causa*.

En cuanto al aislamiento de lo que constituyen auténticos «bienes» digitales que cabría incluir en la sucesión *mortis causa* en sentido estricto, tres ideas están ganando consenso en las recientes propuestas de «principios» o reglas armonizadas publicadas por instituciones como UNIDROIT (*Principles on Digital Assets and Private Law*, 2023)⁵¹ o el European Law Institute (*ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security*, 2022 y *ELI Principles and Guidance for Enforcement Against Digital Assets*, 2025, además de las futuras *ELI Model Rules on Succession on Digital Assets and Access to Personal Data and Other Digital Remains*, que se sustentarán presumiblemente en esas definiciones)⁵²: el ser un «archivo almacenado electrónicamente» (*electronically stored record*), ser susceptible de «control» (*controlability*, entendida como capacidad

⁵¹ UNIDROIT, *Principles on Digital Assets and Private Law*, Roma, 2023; según el principio 2(2) «*digital asset mean an electronic record which is capable of being subject to control*», de manera que la noción de «control» del extenso principio 6 adquiere un papel central e incluye la capacidad «exclusiva» de obtener todo el beneficio del bien digital, impedir a otros obtener ese beneficio y transferir esas capacidades. El principio 2.5 se refiere también a la transmisión (*transfer*) y la sección III (principios 6 a 9) se dedica a «*control and transfer*», pero dado el ámbito de aplicación previsto no se aborda específicamente la sucesión *mortis causa*.

⁵² La definición de «*digital assets*» es distinta en ambos Principios del ELI, más cerca de la de UNIDROIT en los últimos. Así, en los *ELI Principles on the Use of Digital Assets as Security*, Viena, 2022, p. 17, sección definiciones, (b), «*Digital asset*» se basa, con diversas precisiones ulteriores, en que es «un archivo o representación de valor» que cumple los siguientes tres criterios: «*exclusively stored, displayed and administered electronically*», «*capable of being subject to a right of control, enjoyment or use*» y «*capable of being transferred from one party to another*», en tanto que «control» se define (a) como «*the legal power or factual capability of any natural or legal person to deal in and/or extinguish such assets*». Por su parte, los *ELI Principles and Guidance for Enforcement Against Digital Assets*, Viena, (junio) 2025, p. 11, acogen una definición más amplia: «*an electronic record that represents a value, a right, or a legally protected interest and which is capable of being subject to control*».

de control, disfrute o uso) y ser «transferible» (*transferability*)⁵³. Los rasgos no son, por lo demás, enteramente pacíficos y son sometidos a diversos matices, como quienes proponen añadir la idea de exclusividad del control (*excludability*) e incluso otras instituciones que están formulando propuestas de regulación nacional, como la *Law Commission* de Inglaterra y Gales, proponen exigir el carácter «rival» del bien digital (*rivalrous nature*), de forma que esto incluiría los criptoactivos, las monedas virtuales o los objetos protegidos por propiedad intelectual pero no cualquier tipo de archivo digital o imagen, copiable y reproducible infinitas veces⁵⁴. Como apunte, la citada *Law Commission*, en ese informe titulado *Digital Assets*, no aborda la sucesión digital, pero anuncia la necesidad de acometer un proyecto separado sobre «los derechos de acceso en caso de muerte e incapacidad», en particular, anuncian, sobre cuentas de redes sociales, correo electrónico y otras cuentas basadas en licencias de usuarios finales que, de acuerdo con muchos operadores, «*should also be capable of passing on succession*»⁵⁵. Una vez más, en un sistema legal, se ve la necesidad de otro tratamiento distintivo y también la posibilidad de declarar la transferibilidad *mortis causa* de contratos de servicios digitales.

⁵³ Un examen de algunas de estas propuestas en ARGELICH-COMELLES, C., «Towards Proprietary Digital Assets Under European Soft Law», PASTOR SEMPERE, C. (ed.), *Governance and Control of Data and Digital Economy in the European Single Market*, Springer, Cham, 2025, pp. 55-69.

⁵⁴ LAW COMMISSION (UK), *Digital Assets. Final Report*, London, (junio) 2023, pp. 23 y 87, entendiendo «*rivalrous*» (que prefieren al rasgo de «control») como el rasgo por el que el uso o consumo por una persona necesariamente perjudica el uso o consumo por otra. Posteriormente, el 30.7.2024 la Law Commission presentó un informe complementario y un borrador de propuesta articulada sobre «*digital assets as personal property*».

⁵⁵ LAW COMMISSION (UK), *op. cit.*, p. 2, n. 2.

2.2. ¿Cómo? Testamento vs. otro tipo de instrucciones

De entrada, una obviedad: el «testamento digital», esto es, el otorgado por cauces enteramente digitales, como tal, no está regulado ni en el Código civil (ni español ni catalán) ni, pese a la errónea rúbrica empleada en el art. 96 LOPD, en esa sede. Sí se ha producido, en varias reformas recientes, una admisión legislativa de medios electrónicos para supuestos excepcionales o marginales en la práctica, como son los contemplados en el art. 65.5 de la Ley del Notariado tras su reforma de 2015 (consignación y procolización de la última voluntad en soporte magnético o digital duradero en los testamentos orales ante testigos en peligro de muerte, cfr. art. 700 CC), el art. 706.III § 2 CC tras su reforma por la Ley 8/2021 (que permite el testamento cerrado notarial redactado en soporte electrónico y firmado con firma electrónica reconocida, igualmente admitido desde 2008 en el art. 421-14.2 CCCat.) y el art. 17ter de la Ley del Notariado, tras su modificación por la ley de digitalización 11/2023, de 8 de mayo (que regula el testamento abierto por videollamada en caso de epidemia declarada, de válido otorgamiento mientras dure el confinamiento)⁵⁶. También doctrinalmente se ha sostenido la validez del testamento ológrafo manuscrito y firmado por el testador enteramente en la pantalla de un dispositivo electrónico⁵⁷. Pero al margen de esas especialidades, el testamento ha de cumplir las formas y formalidades establecidas en los códigos o en las leyes autonómicas que las regulen para regir el destino del patrimonio digital, lo mismo que, donde se admiten, las memorias

⁵⁶ Sobre estas formas, por todos, SERRANO COPETE, *op. cit.*, p. 119 y ss., quien apunta que el art. 65.5 LNot. no es aplicable a testadores con vecindad civil catalana, dado que el Derecho catalán no admite los testamentos otorgados exclusivamente ante testigos.

⁵⁷ Por todos, en profundidad, VAQUER ALOY, A., «Nuevas tecnologías y Derecho de sucesiones», en BAYOD LÓPEZ, M. C. (Dir.), *Persona y derecho civil, los retos del siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 253-275. Algunos autores llegan más lejos al proponer, incluso como Derecho vigente mediante una interpretación sociológica, que es posible un testamento redactado enteramente por medios mecánicos (sin autografía), a ordenador y con firma digital: así —con designación algo equívoca, *vid.* pp. 36-37—, GARCÍA MAYO, M., *El testamento ológrafo electrónico (una propuesta de lege lata)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2024.

testamentarias (Cataluña, Navarra y cfr. art. 672 CC español) y el codicilo (Cataluña, Navarra, Mallorca y Menorca).

De hecho, el testamento notarial parece el cauce más idóneo para este propósito, tanto por la flexibilidad legal en cuanto a su contenido, con disposiciones patrimoniales y extrapatrimoniales, como por las garantías que procura en cuanto a identidad y capacidad del otorgante, así como por ser el único medio legal para nombrar auténtico albacea o heredero legitimado para actuar frente a terceros en relación con el caudal hereditario.

Dos son los problemas más relevantes que plantea a la herencia digital el uso del testamento⁵⁸: por una parte, el riesgo de desvelar claves, nombres de usuario y otros datos para acceder a los contenidos digitales del causante si estos quedan reflejados en el testamento, dado que el art. 226 del Reglamento Notarial contempla un elenco amplio de personas para solicitar copia del testamento; entre las diversas soluciones posibles, parece recomendable remitir a un documento complementario sin valor dispositivo en que se hagan constar esos datos y se ponga a disposición únicamente de la persona designada para cumplir las últimas voluntades. Por otra parte, existe el potencial conflicto entre el testamento (o memoria testamentaria o codicilo) y las directrices específicas que el causante haya dejado consignadas en cada herramienta digital puesta a su disposición por los diversos prestadores de servicios digitales para designar la persona que habrá de indicar el destino de los contenidos una vez producido el deceso (el «contacto de legado» de *Facebook/Instagram*, el «legado digital» de *Apple*, el «administrador de cuentas inactivas» de *Google*, etc.)⁵⁹.

2.3. ¿A quién?

El tercer problema clásico es el del sujeto destinatario de la voluntad del causante, en un doble sentido: es imprescindible *distinguir entre el ejecutor de la última voluntad y el beneficiario de la sucesión*.

⁵⁸ Los he desarrollado en CÁMARA LAPUENTE, «La sucesión *mortis causa*...», cit., pp. 413-419.

⁵⁹ Sobre soluciones posibles, poco abordadas hasta la fecha, *infra*, apartado 3.

En cuanto al ejecutor, obviamente habrá de primar la persona, física o jurídica, a quien el testador encomienda expresamente las voluntades digitales (el conflicto recién apuntado entre «contactos» designados ante la propia plataforma y auténticos albaceas o ejecutores testamentarios es evidente). La designación testamentaria puede ser un albacea especial para esta encomienda (todo su patrimonio digital, solo unas cuentas o contenidos) o puede asignarse al albacea único y universal. A falta de albacea, el heredero es el ejecutor natural de la voluntad del difunto (*vid.* art. 911 CC). Como establece el art. 421-2.2 CCCat., en defecto de designación, «el heredero, el albacea o el administrador de la herencia pueden ejecutar las voluntades digitales», en función, por tanto, de la situación de la herencia: si está yacente o los coherederos encomendaron su gestión a un administrador, este habría de ser el encargado, a falta de albacea nombrado; en defecto de ambos, el heredero (o coherederos). Ese ejecutor de las instrucciones digitales será el legitimado ante los prestadores de servicios digitales y el testador ha podido establecer que las personas que obtendrán el provecho patrimonial de las gestiones del ejecutor (para recibir el dinero electrónico, las criptomonedas, los beneficios derivados de la monetización contenidos de cuentas digitales del difunto, etc.) sean el o los herederos o concretos legatarios en función del contenido digital en cuestión. A un heredero o a un legatario también podría el causante hacer transmisión directa de los elementos precisos para disfrutarlos (claves). Los problemas de interferencia entre los legitimados *ex lege* para acceder a datos personales y a contenidos digitales del fallecido y los legitimados por Derecho sucesorio para ocuparse de la herencia del causante han sido ya apuntados al estudiar el Derecho comparado.

3. Otras cuestiones sucesorias y transversales que los legisladores deberían tomar en consideración

A la hora de regular el régimen jurídico de las disposiciones *mortis causa* sobre bienes y contenidos digitales, cualquier legislador (el catalán al reformar el contenido de su Ley 10/2017, el español al

prever reglas en el Código civil y en otras normas, el europeo, en caso de decidir armonizar la materia) debería tomar en consideración las siguientes cuestiones y postulados, además de los consabidos tres problemas clásicos antes resumidos. Se trata de una selección prospectiva de cuestiones y tomas de posición, las primeras más generales, las últimas más concretas.

- a. Es preciso *deslindar los aspectos sucesorios-patrimoniales (herencia, en sentido estricto) de los aspectos de legitimación en relación con la vertiente personal del rastro o huella digital del fallecido*, así como hacer previsiones sobre los vínculos entre ambas (v. gr., acceso al correo electrónico y comunicaciones del difunto a efectos de recabar información sobre el caudal relicto). Por lo demás, solo existe una sucesión *mortis causa*, que comprende los bienes analógicos (tangibles) y los bienes digitales (inmateriales); no parece fundado excluir estos últimos de la sucesión (ni mucho menos a efectos de legitimas)⁶⁰, ni dotarles de unas reglas aisladas al efecto, aunque sí hacer las previsiones adecuadas en sede sucesoria para solventar los conflictos específicos que plantean.
- b. *Debe actuarse con cambios en varias normativas y sedes a la vez*: el Código civil en cuanto a reglas sucesorias, la LOPD (y, a nivel europeo, el RGPD) para el acceso y gestión de los datos personales de las personas fallecidas, la Ley de Propiedad Intelectual (para abordar el carácter transmisible *mortis causa* de las licencias de uso sobre contenidos digitales ajenos), la normativa sobre intimidad y secreto en las comunicaciones (para perfilar las posibilidades de acceso al correo electrónico y comunicaciones privadas del difunto a través de aplicaciones, plataformas y redes sociales), la normativa

⁶⁰ En contra, sugiere (y discrepamos de ello) SZWAJDLER, P., «Digital assets and inheritance law: How to create fundamental principles of digital succession system?», *International Journal of Law and Information Technology* (OUP), 2023, pp. 144-168, en especial, pp. 150 y 158, que al no haber contribuido familiarmente a generar esos contenidos digitales, poseídos únicamente por el testador y sin vínculo intergeneracional, deberían quedar al margen de lo computable en la sucesión familiar (y ser posible la «desheredación digital»). Por lo demás, SZWAJDLER propone (pp. 157-158) incardinar entre lo no herederable las cuentas privadas en redes sociales, el correo electrónico, las cuentas de mensajería (pero sí acceso pleno de los herederos a la cuenta de correo de empresa del causante), los bienes digitales de naturaleza sentimental pero sin valor económico, etc.

europea y nacional de protección de consumidores (para incluir en los listados correspondientes algunas cláusulas abusivas respecto a la intransmisibilidad de ciertos contenidos digitales y para imponer nuevos deberes de información precontractual a los proveedores de servicios digitales), etc.

- c. *Esa actuación legislativa plural* (bien a través de un solo instrumento, bien a través de modificaciones de leyes especiales y sectoriales) *debe partir de una buena clasificación de los bienes digitales, los contenidos digitales* (que pueden insertarse en la categoría de bienes o quedar en pura información o en datos, personales o no) *y los contratos sobre servicios digitales*. Unas reglas omnicomprendivas sin descender a los problemas concretos de cada categoría tienen una utilidad limitada. *One (legal) size does not fit all*. Comienza a haber paradigmas internacionales para delimitar qué puede considerarse bien digital (UNIDROIT, ELI), y algunos legisladores nacionales ofrecen pautas (valor económico o no) y enumeraciones abiertas (v. gr., propuesta de reforma del CC brasileño).
- d. *Debe limitarse la eficacia de algunas condiciones generales de los contratos* (en formato de «términos de servicio», de «políticas» o de «reglas de comunidad») de los prestadores de servicios digitales, basadas, en definitiva, en cláusulas o prácticas no negociadas, impuestas unilateralmente⁶¹. Y ello puede hacerse, por una parte, con la declaración de *nulidad directa por ilícitas* para los casos más obvios desde el punto de vista de la justicia contractual (v. gr., cláusulas de eliminación automática de cuentas y contenidos una vez producido el óbito, que resulta inadmisibles cuando se trata de bienes digitales adquiridos en propiedad por el causante o por contenidos generados por el mismo: ejemplo de ambos serían las criptomonedas custodiadas y el dinero en banca online o las obras propias almacenadas en la nube), con fijación, en paralelo, de períodos amplios en que queda prohibida la destrucción

⁶¹ Sobre ello, CÁMARA LAPUENTE, S., «Cláusulas abusivas en contratos de servicios digitales (de la Directiva 93/13 a la próxima *Digital Fairness Act*», en prensa (2025). *Vid. ad ex.*, sobre el carácter abusivo de las llamadas «*no right of survivorship clauses*», LOOS, M., LUZAK, J., *Update the Unfair Contract Terms directive for digital services*, European Parliament, febrero 2021, p. 27 y ss.

de contenidos después del fallecimiento; o, por otra parte, *la fijación de cláusulas abusivas por ser el contenido desequilibrado o por falta de transparencia* (v. gr., en relación con cláusulas de intransmutabilidad *mortis causa* de ciertas licencias de uso, especialmente cuando ese rasgo esencial no se destacó al contratar ni se advirtió durante la ejecución del contrato; la eliminación arbitraria de cuentas y perfiles sin motivación ni notificación; la intransmisibilidad de elementos comprados en videojuegos, etc.).

- e. *Deben imponerse obligaciones a los prestadores de servicios digitales que preserven el patrimonio digital del causante y el acceso (pleno o limitado) de sus herederos a la vertiente personal de la huella digital del causante* —desde el postulado inicial de que este *sí puede ceder ese acceso, administración y disposición a sus herederos o legatarios, si lo establece expresamente y que, la regla, a falta de esa autorización expresa, debe ser restrictiva con ese acceso*, pero debe ser posible vía autorización judicial, cuando menos a efectos de recabar información para completar el caudal relicto con los bienes digitales existentes o para acceder directamente a esos bienes digitales—; en consecuencia, no puede dejarse al arbitrio de los operadores del mercado eliminar la sucesión y el acceso cuando la voluntad digital de su titular es clara al respecto. Para ello, diversas nuevas obligaciones legales, como las siguientes, merecerían consideración: (1) Los proveedores de servicios digitales *deben garantizar la transmisión mortis causa* de los contenidos digitales del causante, mediante la puesta a disposición de las herramientas adecuadas en sus plataformas. (2) Al efecto deben *fijar un sistema de designación de la persona legitimada* para acceder a dichos contenidos, tanto en el momento de creación de la cuenta o perfil como, en caso de permitir iniciar la relación sin fijar esa suerte de «representante» o «albacea» digital, a través de recordatorios⁶² de designación durante la ejecución de las prestaciones contractuales

⁶² La propuesta de *Digital Fairness Act* que la Comisión Europea ha anunciado que hará en 2026 podría incluir (a la luz de las cuestiones que se plantearon en el período de consulta pública), una potenciación de las notificaciones y recordatorios a los usuarios de suscripciones digitales, en especial antes de renovaciones automáticas. Ya el Reino Unido potencia esos «*notices*» o «*reminders*» para suscripciones vivas en su *Digital Markets, Competition and Consumers Act 2024* (DMCCA). Se trataría de implantar este sistema para la designación del ejecutor digital.

con advertencia clara y periódica de las consecuencias *post mortem* de no realizar esa designación. (3) Dado que esos canales privados y parciales pueden entrar en conflicto con las designaciones testamentarias de herederos, legatarios y albaceas, el *legislador ha de resolver el conflicto entre designación específica y general, anterior y posterior en el tiempo*; por ello, es conveniente que al imponer a los proveedores de servicios la creación de herramientas o canales de comunicación de las últimas voluntades se fije la obligación de *sellado de tiempo*, para que, en caso de que la regla legal adoptada sea dar primacía a la última instrucción en el tiempo, pueda contrastarse la fecha de la comunicación interna con el proveedor respecto a la fecha del testamento (o, en su caso, codicilo o memoria testamentaria). (4) La obligación de *mantener durante un tiempo prudencial post óbito todos los contenidos digitales* del causante, salvo que todos los herederos unánimemente requieran al proveedor su destrucción; en la fijación de esos tiempos de conservación —que inciden en principios varios del RGPD y la LOPD, que habría que modular para la situación *post mortem*, como el de limitación del plazo de conservación y, en coherencia, el de responsabilidad proactiva del responsable del tratamiento *ex art. 5 RGPD*—, de nuevo, una adecuada clasificación puede abocar a distintos tiempos para hacer equilibrado el deber de conservación que se imponga a los proveedores de servicios digitales (incluidos los prestadores de servicios de comunicación electrónica como el correo electrónico). (5) Estos proveedores deben tener también *obligación de comunicar a los herederos o albaceas* (de ahí el interés de que todo proveedor solicite un contacto al futuro *de cuius*, pero también que esos legitimados *ex lege* contacten diligentemente con los proveedores al producirse el deceso en caso de que el testador no hubiese utilizado la herramienta *ad hoc*) *la intención de eliminar los contenidos* digitales una vez expirado el tiempo fijado (contractualmente, legal o prudencialmente) y deben estar obligados a permitir al designado *ad hoc* a *descargar una copia* de esos contenidos (*cfr.* art. 16.4 Directiva 2019/770 y art. 15 RGPD) e incluso su portabilidad a otro prestador de servicios digitales análogos, en caso de ser técnicamente posible (*cfr.* art. 20 RGPD).

- f. La *persona designada por el causante* para hacerse cargo de sus contenidos digitales (en el sentido más lato del término) ha de tener *acceso preferente y excluyente* de todos los demás; el resto

de interesados habrán de dirigirse a esta persona para recabar información o acceso a dichos contenidos. A falta de designación, tanto para aspectos patrimoniales como personales (incluida la gestión de los datos personales del finado) *solo los herederos y albaceas* deberían tener legitimación para acceder y, en su caso, disponer de las pertenencias digitales y no cualesquiera familiares o personas vinculadas con el causante. Debería revertirse la pauta de los arts. 3 y 96 LOPD así como la regla a ellos subyacente: «*Don't forget to take your digital belongings with you*». Si el causante no dio acceso a nadie específico (acción positiva), los aspectos más ligados a la personalidad del causante deberían ser de acceso particularmente restringido, patrocinándose así una muerte digital digna (tras un período legal de conservación de un número de *años*) y no una suerte de *vida digital eterna de escrutinio abierto*.

- g. Las personas con interés en la herencia y contenidos digitales del causante (legitimarios, acreedores, familiares no designados beneficiarios, coautores, etc.), en definitiva, los *terceros interesados*, *deben dirigirse al heredero o al albacea* para conseguir información o acceso a los contenidos digitales. En caso de denegación injustificada, atendidos intereses merecedores de protección⁶³ tienen abierta la vía judicial (contra el heredero o albacea). Los prestadores de servicios digitales no deberían dar acceso directo a los contenidos digitales del finado a terceros interesados, cuyas razones no deben quedar a ponderación discrecional de dichos prestadores y sus políticas de uso una vez fallecido el causante.
- h. *Para la supresión* y para actos de disposición sobre cuentas y contenidos digitales del fallecido debería establecerse la *unanimidad de los coherederos* en tanto sigan en comunidad hereditaria (y, naturalmente, no permitir facultades dispositivas por cualesquiera familiares sin título sucesorio). Las normas sucesorias sobre voluntades digitales suelen apelar al «heredero» en singular. Esta regla *ad hoc* en sede de comunidad hereditaria parece necesaria para evitar perjuicio irreparable al resto de coherederos.

⁶³ Cfr. la regulación italiana que concede, en cambio, legitimación directa frente al proveedor de servicios para el acceso a datos personales del causante con fundamento en intereses familiares u otros merecedores de tutela.

- i. La decisión sobre las *facultades* o derechos que tienen las personas encargadas de ejecutar las voluntades digitales del causante va plenamente ligada a la *decisión de lo que se considera plenamente transmisible* y lo que no lo es, o solo de forma limitada. Por lo tanto, además de aclarar las facultades en materia de datos personales y contenidos digitales del finado⁶⁴, el legislador debe pronunciarse sobre la posible obligación del prestador de servicios digitales de «mantener», al menos temporalmente, la presencia digital en abierto del fallecido (¿derecho a cuentas conmemorativas?) y, muy especialmente, si al heredar la posición contractual del causante en servicios digitales, como redes sociales o canales de vídeo — con las oportunas precisiones y deberes que eviten suplantaciones de personalidad o confusión sobre la pervivencia del titular—, *el heredero puede continuar haciendo un uso activo de esas redes o canales* que pueden seguir generando unos ingresos económicos importantes (*vid.*, en positivo, la respuesta de la sentencia del OLG Oldenburg de 30 de diciembre de 2024).

4. La necesidad de una clasificación adecuada para afrontar problemas específicos

Por lo tanto, una de las conclusiones de este estudio es que una solución genérica para todos los problemas relacionados con la «herencia digital» en sentido amplio no es suficiente. No funciona en este campo el «*one size fits all*»⁶⁵. En la labor de clasificación de lo que se consideran

⁶⁴ En concreto, haciendo las oportunas remisiones a preceptos concretos en la LOPD o el RGPD, como hizo el legislador italiano, por ejemplo, en vez de emplear términos ambivalentes como hacen el art. 3 y 96 LOPD.

⁶⁵ En esta dirección, también, HARBINJA, E., *Digital Death, Digital Assets and Post-Mortem Privacy*, Edinburgh University Press, Edinburgh, 2023, p. 210.

«bienes digitales», con el rasgo capital de su transmisibilidad⁶⁶, frente a lo que son otras prestaciones digitales, relaciones contractuales, meros datos o información, numerosas han sido las propuestas de cartografiar el mundo digital⁶⁷. Sin ánimo concluyente y a los solos efectos didácticos de apuntalar la idea, aquí defendida, de la

⁶⁶ Sobre el concepto y posibles rasgos delimitativos de la noción de bienes digitales, *supra*, 2.1.

⁶⁷ Por mi parte, propuse en su día una clasificación en CÁMARA LAPUENTE, «La sucesión *mortis causa*...», cit., pp. 398-411 que pasaba por cuatro ejes: a) la distinción entre identidad digital y patrimonio digital; b) la distinción entre bienes digitales y servicios digitales (para subdistinguir entre servicios de almacenamiento en línea, de redes sociales y de comunicaciones electrónicas, además de los puros datos, personales o no, generados por el usuario como huella digital); c) la distinción entre el soporte del contenido digital y el acceso al contenido o servicio digital; (d) el contraste entre la legítima expectativa del usuario y el Derecho dispositivo, con distinción entre contenidos transmisibles (dinero accesible por internet, monederos electrónicos, criptomonedas, documentos o archivos almacenados en la nube, bienes digitales sin límite de acceso temporal, obras y contenidos creados por el titular, explotación patrimonial del derecho a la imagen del difunto, etc.) y los intransmisibles (con dudas y matices en relación con cuentas en redes sociales). *Vid.* también CÁMARA LAPUENTE, S., «Los contenidos digitales como objeto de propiedad: aspectos problemáticos de su transmisión (en particular, en contratos con consumidores)», en LAUROBA LACASA, E. (Dir.), *El derecho de propiedad en la construcción del Derecho privado europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 325-361. Otros autores han propuesto otras clasificaciones, como NAVAS NAVARRO (*op. cit.*, pp. 63-65) asumida también por SERRANO FERNÁNDEZ (*op. cit.*, pp. 40-41): 1) Redes sociales; 2) Correo electrónico; 3) Juegos online; 4) Contenidos online (en *streaming* o en descarga); 5) Computación en la nube; 6) Plataformas de la economía colaborativa; 7) Foros, blogs y chats; 8) Tiendas online (con ejecución offline); 9) Banca online y sistemas de pago virtuales. Otros ponen el acento clasificatorio a efectos sucesorios en la noción de propiedad (lo que no sea objeto de propiedad se incluiría en la noción de privacidad *post mortem*) o en el valor económico o meramente afectivo/sentimental de los contenidos (HARBINJA, *op. cit.*, pp. 5-9, con eco de otras clasificaciones), o en el carácter personal (cuenta de correo) o no personal (usable por cualquiera que los posea como monedas, tokens, obras protegidas por propiedad intelectual) de los activos digitales (v. gr., SZWAJDLER, *op. cit.*, pp. 147-148). SAGAR/BUROUGHS (*op. cit.*) distinguen entre «*digital assets*» (como categoría general), «*digital records*» (asimilada a información digital), «*digital property rights and interests*» (transmisibles *mortis causa*) y «*communication*» (con seis componentes). NORMINGTON (*op. cit.*, pp. 11-18) emplea la bipartición entre *digital assets (financial and non-financial)* y *cuasi-digital assets* (los que tienen existencia tanto en un entorno tradicional como virtual y que tienen forma de acceso alternativa que permite evitar el acceso únicamente digital).

necesidad de reglas distintivas por grupos de activos digitales, se proponen los siguientes para, a continuación, dar algunas muestras de lo abonado del aserto a través de la práctica y de unos pocos fallos judiciales pioneros: (1) Bienes digitales apropiables (tomando como ejemplo paradigmático las criptomonedas y criptoactivos en general); (2) Licencias de uso respecto a contenidos ajenos (música, libros, programas de ordenador o videojuegos); (3) Contenidos generados por el usuario (puestos a disposición *online* tanto en redes sociales como en servicios de almacenamiento abiertas o cerradas); (4) Servicios de redes sociales; (5) Servicios de telecomunicaciones (singularmente, el correo electrónico como ejemplo paradigmático).

4.1. Criptoactivos

Entre los múltiples problemas específicos que los criptoactivos y, en especial, las criptomonedas, pueden generar en la sucesión *mortis causa* de su titular, cabe destacar los siguientes: en primer lugar, saber que el testador tenía criptomonedas. A los herederos y albaceas les puede resultar difícil llegar a obtener esa información para fijar el caudal relicto, especialmente si el causante empleaba carteras o *exchanges* que —en contra de la Directiva (UE) 2015/849, sw 20 de mayo de 2015 de prevención de blanqueo de capitales— mantienen el anonimato total, sin seguir el principio de identificación conocido como NYC (*know your customer*). Como es sabido, existen además carteras (*wallets*) basadas en puro *software* custodiadas por proveedores de servicios y otras que almacenan la información de los activos en *hardware* (llave USB, por ejemplo), autocustodiadas, que solo se conectan al realizan la transacción. Así como para las primeras cabría acaso apelar por los herederos a la aplicación del art. 96 LOPD y dirigirse al prestador de ese servicio digital para, tras acreditar la condición de heredero⁶⁸ (el certificado sucesorio europeo podría ser útil al efecto, por ejemplo), obtener acceso a la cartera y poder disponer de los activos, en caso

⁶⁸ Vuelve a demostrarse que el amplio tenor de ese precepto legitimando a cualquier persona vinculada con el causante para acceder a sus «contenidos» digitales carece de toda lógica y, en este caso, las propias condiciones de los principales custodios de criptomonedas exigen prueba de transferencia de la titularidad y no mera relación con el causante.

de que el testador no les hubiera facilitado las contraseñas necesarias, en cambio para las carteras frías o autocustodiadas el precepto no es utilizable y el problema deviene serio si el causante no dejó indicación de las contraseñas tanto de acceso al dispositivo que las almacena como de la contraseña propia del criptoactivo. Por eso, los abogados especializados en la materia recomiendan a sus clientes, en el momento de planificar la sucesión, realizar un inventario que comprenda estos bienes digitales, a partir de cuestionarios detallados (sobre el operador que las custodia, sobre el dispositivo que las almacena y dónde está guardado), en los que pueda dejarse indicación de cómo conseguir las contraseñas de acceso⁶⁹.

En segundo lugar, las propias condiciones generales de las plataformas de custodia e intercambio de criptoactivos pueden devenir un problema en la sucesión, dado que, por una parte, suelen ser muy restrictivas con la posibilidad de transmisión de claves por su titular y también imponen diversos requisitos acreditar la condición de heredero o legatario y operar la transmisión *mortis causa* de los bienes.

En tercer lugar, pueden producirse genuinos problemas sobre valoración económica, dada la volatilidad de las criptomonedas. Aunque averiguar en la actualidad el valor de un *Bitcoin* o un *Ether* en tiempo real es muy sencillo, un contador-partidor podría tener problemas de responsabilidad en función de su diligencia en proponer la partición, dada la diferencia temporal entre el momento de apertura de la sucesión y cálculo de la legítima y el momento de hacer la partición, en cuyo intervalo las criptomonedas han podido apreciarse o depreciarse mucho desde el fallecimiento.

⁶⁹ Vid. v.gr., NORMINGTON, *op. cit.*, pp. 32-34 y 97 y ss., quien propone junto con la redacción de una «*letter of wishes*» del cliente (en la que pueden contenerse extratestamentariamente sus instrucciones a las que, *per relationem*, puede referirse el testamento, amén de contener claves de acceso), el formato del cuestionario previo al testamento en el que indicar los datos pertinentes para localizar las criptomonedas (p. 147 y ss.); el autor sugiere que, como mínimo, se le pregunte si usa criptomonedas, si tiene cuentas abiertas para ello y qué plataformas emplea, ofreciendo los siguientes detalles de cada una: proveedor de la cuenta (p. ej., *Coinbase*), página web de la cuenta, detalles del *wallet*, número móvil vinculado, correo electrónico vinculado y cuenta bancaria vinculada.

En cuarto lugar, junto con el problema práctico para su titular de la pérdida de las contraseñas⁷⁰ está el dilema jurídico de haber dejado un legado en criptomonedas (o haber ordenado el pago de la legítima con ellas), pero no haber facilitado al beneficiario las claves de acceso.

Por todas estas cuestiones y otras, además de un buen asesoramiento jurídico al planificar la sucesión, el legislador podría imponer obligaciones adicionales a los custodios de criptomonedas como la obligación de designar obligatoriamente una persona de contacto al registrarse o realizar notificaciones a los correos, teléfonos y direcciones de contacto facilitadas en caso de inactividad de la cuenta durante un tiempo prolongado, que son prácticas que algunos operadores ya realizan *per se*.

4.2. Contenidos digitales ajenos (licencias de uso)

El acceso de los usuarios a diversos contenidos digitales generados y puestos a disposición por productores empresariales, en general, en el ámbito del entretenimiento, tales como películas, vídeos, imágenes, libros electrónicos, suscripciones a periódicos digitales, videojuegos, programas de ordenador y aplicaciones y un largo etcétera puede hacerse, en lo que aquí interesa, a través de tres vías: a través de copias físicas en un soporte tangible⁷¹, mediante descarga de una copia de la prestación digital en el dispositivo propio del

⁷⁰ De forma recurrente en prensa se apunta la estimación de que más del 20% de los 18,5 millones de Bitcoins se han perdido para siempre al no haberse accedido en los últimos cinco años por pérdida de las claves privadas.

⁷¹ Aunque las prácticas del mercado van relegando el uso a través de copias físicas (*hard copies*), aun pueden verse cláusulas predisuestas distintas en función del cauce de acceso a la prestación digital (donde se aprecia la conceptualización jurídica de compraventa de la copia física y su *corpus mechanicum* y la noción de alquiler o mera cesión de uso del acceso totalmente inmaterial): así, por poner un ejemplo, en la plataforma de videojuegos online *Blizzard* —que gestiona videojuegos tan populares con *World of Warcraft*— se veta la transmisión de acceso a la cuenta online («*you may not transfer your rights and obligations to use the Platform*»), pero se permite la transmisión plena del derecho de uso de las copias físicas del videojuego («*With regards to Games purchased from retailers on original media*

usuario (con funcionamiento autónomo *off line* o con necesidad de conexión a internet) o por disfrute del contenido digital en línea mediante visualización, escucha o lectura en *streaming*, sin almacenar una copia (*Software as a Service* o *SaaS*, suscripciones digitales de todo tipo, como *Spotify* o *Netflix*, etc.). En términos generales, los prestadores de servicios digitales insertan una cláusula por la que otorgan al usuario final una licencia de uso temporal en la que se resalta el carácter a lo sumo vitalicio y siempre personalísimo de la autorización. Obviamente, dada la protección por vía de propiedad intelectual de esas obras, el problema está más orientado a asegurar el modelo de negocio evitando la reventa de copias (o de claves de acceso) entre usuarios que genere un mercado de segunda mano⁷², que a impedir la transmisión *mortis causa*, la cual, sin embargo, también queda impedida con el carácter temporal y, a lo sumo, vitalicio de las licencias. El TJUE ha abordado el problema de la cesión onerosa de licencias de uso tanto de programas de ordenador (casos *Used Soft* y *Ranks*)⁷³, como de libros electrónicos (caso *Tom Kabinet*)⁷⁴.

En Estados Unidos, a cuyo Derecho están sometidos los contratos de la mayoría de los usuarios europeos de este tipo de contenidos digitales, comenzó en 2020⁷⁵ un largo litigio de enjundia sobre la naturaleza jurídica de los derechos adquiridos por los usuarios de *Amazon Prime Video* en relación con la visualización de películas y la transmisibilidad, por tanto, del derecho adquirido. El núcleo del planteamiento estribaba en si el usuario que había «comprado» o «adquirido» una película, de acuerdo con los términos empleados en la oferta de la plataforma, había obtenido un derecho de uso por período

(e.g., on CD-ROM, DVD, etc.) you may permanently transfer all of your rights and obligations related to the use of a Game under this Agreement to another person who agrees to the terms of this Agreement by physically transferring the original media»).

⁷² Al respecto, GEIREGAT, S., *Supplying and reselling digital content. Digital exhaustion in EU Copyright and neighbouring rights law*, Elgar, Cheltenham, 2022.

⁷³ STJUE 3 julio 2012, *UsedSoft GmbH v. Oracle International Corp*, C-128/11; STJUE 12 octubre 2016, *Aleksandrs Ranks, Jurijs Vasiļevičs*, C-166/15.

⁷⁴ STJUE 19 diciembre 2019, *Nederlands Uitgeversverbond, Groep Algemene Uitgevers v. Tom Kabinet Internet*, C-263/18.

⁷⁵ *Claudel v. Amazon inc* (US District Courts, 24 abril 2020).

indefinido que le permitiera transmitirlo; el demandante, Sr. CLAUDEL, sostenía que la oferta expresamente usaba el término «comprar» (*buy*), por tiempo indefinido y que no hubiera pagado tanto de haber sabido que las películas desaparecen de su librería en caso de deceso. Por su parte, *Amazon Prime Video* sostenía que la calificación jurídica no podía superar la de un alquiler, porque el medio de cesión del uso era una licencia y no era posible una transmisión de la propiedad, dado que *Amazon* no podía transmitir más de lo que ella tenía, al ser a su vez una licenciataria. El argumentario considerado por el tribunal pasaba por la *California's Consumer Legal Remedies Act*, el Derecho sobre publicidad engañosa (*false advertising*) y la normativa sobre competencia desleal. El tribunal californiano entendió que el usuario no había sufrido un daño real, dado que las películas en cuestión no habían desaparecido de su librería, pero permitió al demandante modificar su demanda⁷⁶. El caso se remitió finalmente a los tribunales de Washington, por ser el lugar de residencia de *Amazon* y al litigio se acumuló otro similar iniciado en Nueva York⁷⁷. El Tribunal de Washington, pese a rechazar otros argumentos al desestimar varias mociones de inadmisión dio crédito inicialmente al argumento del sobrepago por la adquisición (*purchase*) y el empleo en la oferta y las condiciones contractuales del término «comprar» (*buy*), frente a la noción de «licencia limitada» (*limited license*) empleado en el alquiler limitado a días u horas⁷⁸. Sin embargo, en una de las últimas actuaciones procesales (orden de 7 de febrero de 2025)⁷⁹ se desestimaron los principales argumentos de los demandantes: la juez entendió que *Amazon* no incumplió ningún contrato porque sus términos de uso son claros al referirse a una licencia limitada, revocable y no exclusiva y reservarse el derecho a

⁷⁶ Auto de 15 de octubre de 2021 del *California Eastern District Court*.

⁷⁷ *Baron v. Amazon Inc.*, No. 1:21-cv-09636 (Dkt. No. 1), acción presentada el 19 de noviembre de 2021 ante el *U.S. District Court for the Southern District of New York*.

⁷⁸ Orden (*on motion to dismiss*) del *US District Court Western District of Washington at Seattle* (Hon. Ricardo S. MARTÍNEZ), 15 marzo 2024, *In re: Amazon Prime Video Litigation*, N° 2:22-cv-00401-RSM.

⁷⁹ Orden (*granting defendant's motion to dismiss*) del *US District Court Western District of Washington at Seattle* (Hon. Barbara J. ROTHSTEIN), 7 febrero 2025, *In re: Amazon Prime Video Litigation* N° 2:24-cv-186

eliminar contenido en algunas circunstancias, como la pérdida de derechos de distribución; también concluyó que el término «comprar» no es ambiguo para un consumidor medio y que no se había demostrado engaño ni daño concreto. No obstante, el litigio continúa al permitirse al demandante presentar demanda modificada, en la que los demandantes podrían demostrar el carácter engañoso para la percepción media del consumidor o demostrar que faltó transparencia contractual en cuanto a la forma de presentar las condiciones de revocabilidad de la licencia, entre otros posibles argumentos.

En definitiva, el reto jurídico particular de este grupo de supuestos para el objeto de este estudio se encuentra precisamente en *cuestionar la eficacia jurídica de las cláusulas no negociadas que imponen la intransmisibilidad mortis causa* tanto de las licencias de uso como de las cuentas creadas por los usuarios para acceder a esos contenidos digitales ajenos. Aunque la cuestión merece un examen caso por caso para verificar su carácter abusivo o no⁸⁰, hay diversos argumentos que permiten llegar a sostener su nulidad o, cuando menos, descartar afirmaciones apriorísticas en contra: fundar la intransmisibilidad de las licencias de uso (o de la cuenta a través de al que sea accede a los contenidos) en su carácter personalísimo carece de base tanto por su regulación estandarizada e idéntica a través de condiciones generales, como por no constituir en un *facere intuitu personae* por parte del prestador del servicio, que pone idénticos medios técnicos para todos los usuarios. Las expectativas jurídicas de los usuarios, ligadas a la noción de conformidad objetiva, pueden ser moldeadas *ab initio* por el empresario, pero con la debida transparencia: el empleo de determinados términos (compra, adquisición, para siempre, ilimitada) en la publicidad o en la oferta, si no son contrarrestadas de manera prominente en el momento de recabar el consentimiento del contratante (información «de forma específica», y aceptación «de forma expresa y por separado», art. 8.5 Directiva 2019/70, no mera mención entre las condiciones generales) habrán generado esa expectativa de transmisibilidad para un consumidor medio. Por otra

⁸⁰ Cfr., en este sentido, los breves apuntes de SANTOS MORÓN, *op. cit.*, pp. 423-424 (que, en principio, sostiene la validez de las cláusulas que establecen carácter temporal a lo que sería un derecho de crédito); MARTÍNEZ MARTÍNEZ, *op. cit.*, pp. 193-194; o GINEBRA MOLINS, «Voluntades digitales...», cit., p. 219.

parte, no es lo mismo el interés protegido y atendible de la cesión *inter vivos*, que puede dañar seriamente el modelo de negocio, que la cesión *mortis causa* en la que hay simple subrogación legítima en la posición contractual y el patrimonio del causante. Si en lugar de archivos descargados, la cuestión es mantener el acceso duradero a los mismos a través de una plataforma, cuando el usuario hizo un desembolso diferencial para ello, se operaría una sucesión en la relación contractual, como una excepción, permitida al principio de relatividad de los contratos del art. 1257.1 CC (y 1091 CC): los contratos producen efecto entre las partes que los otorgan «y sus herederos», salvo, en cuanto a estos, que los derechos y obligaciones derivados del contrato «no sean transmisibles o por su naturaleza, o por pacto o por disposición de la ley»; ya se ha visto que la naturaleza del derecho no lo hace intransmisible (mientras dure la licencia de la propia plataforma puede mantener la licencia del usuario), tampoco la ley lo establece y, en cuanto al «pacto», en el ámbito liberal del Código civil, hay que pensar en un acuerdo negociado por las partes, no en una simple imposición unilateral, especialmente si carece de la debida transparencia. El legislador podría llegar a introducir, de entender desequilibrada la previsión de los prestadores, una suerte de subrogación *ex lege* en la relación contractual, como la que obra en el art. 16 de la Ley de Arrendamientos Urbanos⁸¹, acotando a los causahabientes del difunto esa subrogación.

En definitiva, parece importante una previsión legislativa expresa que impida eliminar lo que, tras una adecuada ponderación de intereses, se pueda considerar un derecho del usuario (*vid.* las previsiones antes expuestas sobre prevalencia de la voluntad del testador frente a clausulados contractuales en RUFADAA, Francia y el proyecto de reforma del CC brasileño o la orientación del BGH alemán de considerar abusivas las cláusulas que impiden la transmisibilidad de las cuentas del testador).

⁸¹ Cfr. ARAGÓN POZO, F., *Los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales como base para el estudio de las relaciones contractuales propias de la era digital*, tesis doctoral defendida el 30 de abril de 2024, Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, p. 348 y ss.

4.3. Contenidos digitales generados por el usuario (titularidad propia)

La distinción entre acceso a contenidos ajenos y acceso y plena disponibilidad y transmisibilidad de contenidos propios parece evidente, pero debe subrayarse habida cuenta de las frecuentes cláusulas estandarizadas en las que se declara que el usuario cede a la plataforma digital todo derecho sobre los contenidos que este pone a disposición en la misma (mediante *upload*), resultados absolutamente injustificados en algunos casos. Para afrontar el problema de las cláusulas (no negociadas) sobre intransmisibilidad *mortis causa* o «*no survivor clauses*» debe pensarse en la absoluta disparidad de elementos digitales que pueden verse afectados. Así, por ejemplo, no es lo mismo su justificación e impacto si afecta a (1) redes sociales (privacidad y comunicaciones); (2) suscripción a un periódico (contenidos ajenos); (3) plataformas de vídeo y música a la carta como, por ejemplo *Spotify* (contenido ajenos, pero con perfiles, registro de escuchas y preferencias, listas de selección propia); (4) almacenamiento en la nube (contenido enteramente propio y de acceso restringido); (5) cuentas bancarias *online*, saldos en videojuegos, bonos en plataformas de *streaming*, puntos en tarjetas de fidelización con un valor económico, etc. Por eso debe preconizarse el carácter abusivo —a falta de declaración de ilicitud expresa— de las cláusulas de intransmisibilidad *mortis causa* (o de destrucción de los contenidos al comunicar el óbito) en caso de contenidos propios alojados en la nube, por ejemplo. Es también difícil de justificar la previsión unilateral del proveedor de videojuegos que impide el trasvase a los herederos del causante de elementos creados con tiempo y esfuerzo por un usuario o bien adquiridos por él dentro del propio juego (v. gr., avatares u objetos virtuales adquiridos mediante el popular sistema de «compras dentro de la aplicación» o *in-app purchases*), con un valor económico *per se* y, en ocasiones, transferible a título oneroso a otros jugadores dentro de la aplicación⁸².

⁸² En la sentencia *Evans v. Linden Research, Inc.* del U.S. District Court Eastern District of Pennsylvania de 29 de abril de 2014 (nº C-11-01078 DMR) se dilucidó la validez de las cláusulas contractuales de la plataforma que permitía la creación de avatares en *Second Life* y cobraba a los usuarios por ser «titulares» de los mismos, según la publicidad; al ser canceladas las cuentas y perder acceso a esos

4.4. Redes sociales

Además del problema de la mezcla de aspectos personales y patrimoniales (contenidos digitales propios del usuario) que ya se ha abordado, de las cláusulas que predisponen el destino de la cuenta y su contenido en sentido contrario a la voluntad del causante (eliminación al comunicar el óbito sin alternativa, negación de la opción de mantenimiento o acceso a la cuenta, cláusulas de intransmisibilidad, etc.), de la colisión entre instrucciones sobre el destino dadas al prestador a través de las herramientas tecnológicas del propio prestador e instrucciones establecidas en un testamento posterior, conviene adentrarse en un problema hasta ahora poco explorado en la práctica y en las normativas existentes o propuestas, cual es, si los herederos heredan la relación contractual⁸³ que comporta la existencia de una cuenta en una red social —como fue el enfoque de la determinante sentencia del BGH de 12 de julio de 2018—, si la vertiente personal del titular fallecido o las cláusulas que aceptó pueden impedir un *uso activo* de dicha cuenta.

La cuestión ha sido resuelta afirmativamente en la interesante sentencia del OLG de Oldenburg de 30 de diciembre de 2024⁸⁴. En el caso, un cantante alemán con notoriedad gracias a presentaciones en

objetos virtuales que creían de su propiedad se entabló el litigio (*vid.* en CHÁVARRI PERNAUTE, M., «Reventa de videojuegos y de objetos virtuales», en RAMOS GIL DE LA HAZA, A., ORTEGA BURGOS, E., [dirs.], *Derecho de los videojuegos: aspectos jurídicos y de negocio*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, p. 378.). Por su parte, el TGI Paris de 17 septiembre 2019, *Que Choisir v. S.A.R.L Valve* (nº RG 16/01008), abordó el carácter abusivo de una típica cláusula de cesión de licencia mundial y perpetua del usuario hacia la plataforma de contenidos generados por él mismo, así como de otra cláusula de prohibición de reventa de videojuegos en línea (*vid.* MARTÍN FERNÁNDEZ, B., «Derechos de los consumidores en el sector de los videojuegos», en RAMOS/ORTEGA, *Derecho de los videojuegos...*, cit., p. 591).

⁸³ Desde una perspectiva de Derecho comparado, puede tener sentido tener en cuenta la figura del *legato di posizione contrattuale* (para obligaciones sin carácter *intuitu personae* y con necesario consentimiento del otro contratante), admitido legal y jurisprudencialmente en el Derecho italiano.

⁸⁴ Asunto 13 U 116/23. La resolución ha tenido inmediato comentario doctrinal por su novedad: *ErbR* 2025, p. 470 y ss. con nota de PRUNS, M.; *FD-ErbR* 2025, p. 803433 y ss., con nota de LITZENBURGER, W.; *RFamU* 2025, p. 142 y ss., con nota de SCHUCK, F., ROTH, D.; *ZEV*, p. 196 y ss., con nota de HAMDAN, M.)

programas de televisión tenía una cuenta de usuario en *Instagram*; su esposa y única heredera continuó usando la cuenta tras el fallecimiento del titular, al tener las contraseñas para su gestión, bajo el nombre público visible de «Recordando a A.W.». En 2022, *Meta* fue informada del deceso y del uso continuado de la cuenta por la heredera y la convirtió en «estado conmemorativo», momento en el cual ya no fue posible iniciar sesión, aunque el contenido alojado seguía siendo visible para otros usuarios. La heredera solicitó al Tribunal Regional (LG) de Oldenburg «acceso completo» y «posibilidad de uso activo» de la cuenta, pero el tribunal solo le reconoció acceso para lectura. La sentencia del tribunal superior (OLG) sí le concedió ese derecho en su integridad con la siguiente argumentación: (1) Siguiendo la jurisprudencia del BGH, el derecho de acceso a la cuenta es heredable y no se oponen a la heredabilidad de la relación de uso ni las disposiciones contractuales, ni el secreto de las comunicaciones, ni la normativa de protección de datos, ni el derecho de la personalidad de los interlocutores del difunto. La transferencia de derechos tampoco depende de un interés particular del heredero en el acceso a la cuenta. (2) La condición de heredero implica que entra en la posición de su difunto esposo en todos sus derechos y obligaciones; esto incluye el derecho de utilización pasiva (lectura) así como activa (escritura) de la cuenta. (3) Aunque el BGH, en su sentencia de 2018 aludió a una posibilidad de comparación con la subrogación en cuentas bancarias, el OLG señala que dejó la cuestión abierta porque en el caso que se le planteó solo se solicitaba la consulta de la cuenta de la red social (y alude a que la sentencia de ejecución subsiguiente del BGH de 27 de agosto de 2020 tampoco cerró el asunto): las posibles restricciones a mantener la cuenta bancaria del finado se derivarían de la relación de confianza especial entre la entidad financiera y el usuario (sin que la cuenta en sí tenga un valor específico, una vez liquidado o dispuesto su contenido); en cambio, una cuenta en redes sociales puede tener un valor económico significativo en función del número de seguidores y la notoriedad del difunto como plataforma de comunicación y publicidad. El heredero no solo puede mantenerse en contacto con los seguidores del difunto, sino también utilizar económicamente ese contacto: la posibilidad de utilizar activamente una cuenta heredada sí tiene un valor medible. (4) Las consideraciones de mayor interés de la sentencia están en negar que las prestaciones de la plataforma demandada sean de

naturaleza altamente personal. La sentencia señala que se trata de prestaciones puramente técnicas que no son personales (lo mismo que las obligaciones del titular de la cuenta). Los propios términos de uso permiten la representación (piénsese en los llamados *community managers*), lo cual iría en contra de la naturaleza altamente personal de la relación contractual. El cambio de titular no modifica la prestación en su esencia, sigue siempre el mismo marco técnico. (5) Por último, la sentencia aborda la cuestión de la protección de los datos de terceros. El riesgo de que los interlocutores del finado no reconozcan que ha habido un cambio en el titular de la cuenta parece lejano en el caso por el contenido publicado y el título de la cuenta (recordando a/en memoria de). Y, apunta el tribunal, según las condiciones de la plataforma, esta se ha reservado el derecho a cambiar el nombre de usuario o la identificación de una cuenta si un usuario suplanta a otro o hay un riesgo de confusión, lo cual, a su entender, no justifica la exclusión total de la utilización activa.

4.5. Correo electrónico

Por último, en la quinta categoría necesitada de reglas *ad hoc*, relativa a los servicios de telecomunicaciones a través de internet, destaca el potencial régimen del correo electrónico a efectos sucesorios. Con el mismo propósito (selectivo y no exhaustivo)⁸⁵ de ofrecer algunas muestras sobre sus peculiaridades respecto a otros servicios y activos digitales, cabe apuntar los siguientes: (1) Dada la trascendencia sucesoria de acceder al correo electrónico de un fallecido (para recabar información sobre cuentas abiertas con vertiente patrimonial a través de rendiciones de cuentas o comunicaciones recibidas, o incluso para identificarse en numerosos servicios a través de la verificación del correo) parece conveniente establecer una pauta normativa que guíe a los tribunales, ante quienes deberían sustanciarse cualesquiera

⁸⁵ Sobre la distinción entre la cuenta y sus contenidos y la posible aplicación del art. 38 de RD 1829/1999, de 3 de diciembre (sobre entregas especiales a herederos de envíos postales dirigidos a personas fallecidas) al caso del correo electrónico, *vid.* PÉREZ VALLEJO/VIVAS TESÓN, *op. cit.*, p. 229 y ss. *Vid.* también la aplicación del art. 197 del Código penal sobre el delito de apoderamiento de mensajes de correo electrónico de otro para vulnerar su intimidad, entre otros muchos aspectos abordables.

peticiones de acceso si el causante de forma expresa no lo autorizó; por la vertiente iuspersonal, la restricción de acceso al correo del difunto debe ser la regla y la excepción será ese acceso; y en tal caso debería establecerse normativamente qué puede concederse (siendo el limitado «catálogo de comunicaciones» que establece la normativa norteamericana una solución práctica y ponderada, o la restricción a copia de mensajes solo de naturaleza comercial o mercantil, sin perjuicio del arbitrio judicial en caso de ser pertinente un acceso más amplio). (2) Para garantizar que por ignorancia y paso del tiempo se pierda el derecho de los herederos a suceder en todo el caudal hereditario de tipo digital, parece necesario establecer normativamente la conservación de los mensajes durante un tiempo, como antes se apuntó, evitando la política de eliminación inmediata al conocerse el deceso. (3) En cualquier caso, el acceso limitado o total que pueda acordarse judicialmente al correo electrónico debería concederse exclusivamente a los herederos; cualesquiera terceros interesados o familiares que tuviesen esa pretensión deberían dirigirse contra los sucesores del causante.

Quarta ponència

La transformació digital de la pràctica jurídica a Catalunya

Transformación digital y administración de justicia

José María Fernández Seijo

Magistrado. Vocal del Consejo General del Poder Judicial.

«Si no sabes dónde vas, cualquier camino te llevará allí.»

Lewis Carroll, *Alicia en el País de las Maravillas*.

Sumario

1. Esto no pretende ser una introducción
2. Marcos legales y sus paradojas
3. Digitalización de los fondos documentales. La labor del CENDOJ
4. El papel del Consejo General del Poder Judicial en la implementación de la digitalización de la administración de justicia
5. Digitalización en la gestión de procedimientos judiciales
6. Herramientas de auxilio judicial que emplean inteligencia artificial
7. Los riesgos o miedos de la digitalización

1. Esto no pretende ser una introducción

Hay libros que deberían leerse al menos una vez cada cinco años, uno de ellos es Alicia en el País de las Maravillas. A medida que uno va avanzando en su trayectoria personal e intelectual un libro de este tipo te ofrece claves que permiten adentrarse en territorios desconocidos, porque Alicia en el País de las Maravillas cuenta la historia de una persona obligada a adentrarse en un mundo desconocido, hacerlo con miedo, consciente de su ignorancia, pero con cierta valentía, casi inconsciente.

La irrupción de las nuevas tecnologías en todos los ámbitos de la vida de las personas nos convierte a todos en Alicia Liddell, la niña a la que Lewis Carroll contaba historias imposibles, porque el avance vertiginoso de las nuevas tecnologías nos instala en la ignorancia perpetua y, a la vez, nos obliga a una revisión permanente de nuestros conocimientos. Si nos paramos un momento a pensar en nuestra realidad cotidiana, invertimos una parte muy importante de nuestro tiempo a darle a la tecla de actualizar los programas que nos ayudan en nuestro trabajo o, directamente, a cambiar las herramientas que usamos para nuestra actividad cotidiana.

Hablamos de tecnología, pero, en realidad, deberíamos hablar de tecnologías, ya que nos referimos a instrumentos de distinta índole y función. Tecnología es una palabra contenedor, que se adapta a nuestras inquietudes intelectuales. Para un Neardenthal tecnología era emplear una piedra afilada para cazar o para los sumerios el uso de la rueda hace seis mil años. La misma fascinación que sintieron esas personas hace miles de años podemos tenerla nosotros, cuando vemos que podemos consultar la jurisprudencia o legislación desde el teléfono móvil o cuando presentamos un juicio monitorio en el portal telemático de un juzgado.

Dentro del amplio abanico de las tecnologías aparecen las vinculadas a la digitalización, digitalizar es convertir las cosas en números, en datos, por lo tanto, la digitalización es la rama de la tecnología que convierte en frecuencias numéricas un objeto, en nuestro caso un documento.

Hasta fechas recientes creíamos que en el ámbito de la administración de justicia la máxima aspiración era la de abandonar

el papel, inventando en China cien años antes de nuestra era, y trasladarlo a un soporte digital, convertirlo en una imagen almacenada en un dispositivo electrónico. Seguramente los juristas no éramos del todo conscientes de que ese salto del papel a la pantalla (el objetivo del «papel cero» en la administración) llevaba consigo convertir en datos cada palabra, cada frase, cada punto y cada coma de unos escritos que tradicionalmente se redactaban a mano y que habían terminado como teclearse ante una pantalla de ordenador.

En la administración de justicia catalana todavía no se ha conseguido el objetivo del «papel cero», no únicamente no se ha digitalizado todo el fondo documental de procedimientos en tramitación o de procedimientos concluidos, que conviene conservar por la trascendencia del antecedente. Todavía quedan ámbitos sensibles de la administración de justicia, como puede ser el ámbito de la jurisdicción penal, sobre todo en su fase de instrucción, en la que hoy en día se sigue tramitando y se siguen documentando actuaciones en papel.

Y de repente, cuando creíamos tener al alcance el objetivo de eliminar el soporte en papel de todas las actuaciones judiciales, cuando aspirábamos a que las demandas, reclamaciones o denuncias se pudieran trasladar a los juzgados y tribunales a través de un portal público de recepción y gestión de peticiones ciudadanas, para integrarlo en un sofisticado sistema de tramitación sin papel, la tecnología da un salto al vacío para adentrarse en el mundo de los algoritmos, de la inteligencia artificial, campo en el que los científicos no se contentan con haber transformado los papeles en imágenes digitales almacenadas en la memoria de un ordenador, sino que aspiran a que esa memoria digitalizada, que almacena miríadas de datos, sea capaz de tomar decisiones, sea capaz de pensar, sustituyendo el proceso de toma de decisiones humanas por un proceso de toma de decisiones amparado por un cálculo probabilístico.

Las personas dejaremos de leer, dejaremos de escribir y permitiremos que una máquina pueda hacer esas tareas por nosotros. Ciertamente es que en el arranque de ese nuevo mundo las herramientas tecnológicas (las modernas hachas de sílex o las modernas ruedas) su utilidad se reduce a las decisiones más sencillas, más rutinarias, pero la aspiración de quienes conforman los algoritmos es que esas herramientas aprendan con la velocidad con la que aprende un niño.

Ante tanta incertidumbre, podría sorprender que quienes gestionan lo público en sus distintos ámbitos, incluido el de la administración de justicia, anuncien o presenten planes certeros sobre los objetivos y metas de la transformación digital, pero es lógica su confianza, cuando alguien no sabe a donde ir cualquier camino te lleva a su destino.

Una advertencia final para cerrar el círculo de Alicia, su autor, Lewis Carroll, era, en realidad, un insigne religioso y matemático que ni siquiera se llamaba Carroll de apellido, sino Dodgson. En su juego de paradojas y contradicciones, terminó pasando a la historia por una gran narración, aparentemente para niños.

2. Marcos legales y sus paradojas

Si el epígrafe anterior lo acababa con una advertencia final, este epígrafe debe quedar también marcado por una advertencia: intentar sistematizar el marco o marcos legales de la transformación digital en el ámbito de la justicia, específicamente de la justicia en Cataluña, me obligaría a agotar miles de páginas, cientos de horas para ofrecer una guía ordenada de las disposiciones de todo rango que disciplinan la materia, con el riesgo cierto del fracaso, ya que la transformación digital va acompañada de un ritmo vertiginoso de cambios legales que llegan siempre tarde a los retos y avances de las tecnologías.

Por lo tanto, en este apartado únicamente aspiro a ofrecer dos o tres puntos de referencia que interactúan en diferentes planos o ámbitos competenciales, unas nociones básicas para orientarse en un marco legal plural y complejo.

El primer pilar lo conformarían las normas de derecho público que regulan el funcionamiento de la administración de justicia.

Dado que la digitalización de la administración de justicia se conforma como un ámbito de la propia administración de justicia, debería tenerse en cuenta que el artículo 149.1.1.º de la Constitución española atribuye al Estado la competencia exclusiva en esta materia.

Esa atribución de la competencia exclusiva parece que se confirma cuando en el ordinal 6.º de ese mismo artículo se atribuye también

al Estado la competencia exclusiva en la legislación procesal. En este punto debe advertirse que la digitalización tiene por objeto principal la gestión y conversión en datos de las reclamaciones que se presentan en los juzgados y tribunales, los documentos que se incorporan a estas reclamaciones de toda índole, así como los trámites que deben realizarse en los juzgados para dar impulso a esas reclamaciones.

Administrar justicia es juzgar y, para juzgar, es necesario contar con normas que regulen los procesos, las reglas que ordenan la tarea del juzgador. Digitalizar es una manera de agilizar la tarea de quien juzga.

El Estado tiene competencias exclusivas en la regulación de quienes tienen que juzgar – la Ley Orgánica del Poder Judicial (LO 6/1985, de 1 de julio, que ha sufrido diversas modificaciones a lo largo de 40 años) – y también mantiene esa competencia exclusiva en las normas que regulan los procesos judiciales en las distintas jurisdicciones. Por lo tanto, en una primera aproximación al marco legislativo podría concluirse, erróneamente, que la digitalización de la administración de justicia quedará sometida a la legislación estatal; nada tendrían que decir las comunidades autónomas.

Sin embargo, dentro del concepto Administración de Justicia debe incluirse también un ámbito específico, denominado administración de la Administración de Justicia, que se referiría a la regulación del estatuto, competencia y funciones de los funcionarios públicos que integran la administración de justicia.

Esta administración de la Administración la encabezan los jueces y juezas, que ven regulado su estatuto por una norma estatal del máximo nivel, la ya reseñada Ley Orgánica del Poder Judicial. Los letrados y letradas de la Administración de Justicia (antiguo cuerpo de secretarios y secretarías judiciales), también regulados en la Ley Orgánica del Poder Judicial. La Fiscalía, que en su parte organizativa y funcional, quedan sometidos también a una ley estatal, la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Así como distintos cuerpos de funcionarios y funcionarias dedicados a la gestión, tramitación o auxilio en diversas cuestiones judiciales; estos cuerpos funcionariales disponen de una normativa marco de carácter estatal, pero las competencias sobre su funcionamiento, organización y régimen retributivo se ha transferido

a algunas comunidades autónomas, en concreto, a Cataluña por un primer Real Decreto, el 966/1990, de 20 de julio, en materia de provisión de medios materiales y económicos para el funcionamiento de la Administración de Justicia; complementado por una segunda norma del mismo rango, el Real Decreto 1122/2021, de 21 de diciembre, de ampliación de los medios traspasados a la Generalitat de Cataluña.

Por terminar de complicar el marco normativo en lo que afecta a la administración de la Administración de Justicia, debe advertirse que la Constitución española configura un órgano autónomo para el gobierno del Poder Judicial, el Consejo General del Poder Judicial, lo que determina que el desarrollo de aspectos fundamentales del estatuto y funciones de la judicatura sea competencia del Consejo, que ha dictado diversos reglamentos para disciplinar distintos aspectos de la actividad no jurisdiccional de jueces y magistrados.

Los reales decretos de 1990 y 2021 al transferir a Cataluña la competencia sobre medios económicos y materiales, además de los que afectan al personal reseñado, determinan que la Generalitat de Cataluña, a través del Departamento de Justicia, deba dar soporte legal y técnico al modo en el que se tramitan los procedimientos judiciales.

Cuando las reclamaciones ante los juzgados se formalizaban en papel, a la Generalitat le correspondía facilitar el papel, las grapas, las carpetas, las máquinas de escribir y los archivos en los que guardar los expedientes. Cuando se generaliza el uso de ordenadores esos medios materiales van sofisticándose obligando a las administraciones prestacionales no solo a facilitar la maquinaria necesaria, sino también a habilitar nuevas formas de gestión y de almacenamiento de unos expedientes que lentamente van abandonando ese formato o soporte en papel, para avanzar hacia la digitalización, marcada inicialmente por la aspiración de eliminar el soporte en papel de los expedientes.

Dotar a la administración de justicia de medios materiales ya no se limita a construir o alquilar edificio, comprar mobiliario o facilitar folios, carpetas y sobres, sino al diseño de programas de ordenador que faciliten la gestión, permitir que esos ordenadores tengan la capacidad suficiente como para almacenar los procedimientos, interconectar juzgados y tribunales para que los escritos y trámites no deban remitirse por correo o por fax, conectar también a los órganos

judiciales con los colegios profesionales (abogados, procuradores, graduados sociales) para que las demandas y los documentos no tengan que presentarse físicamente en su soporte en papel. Toda esa revolución organizativa obliga a diseñar un modelo de gestión armónico; también obliga a establecer nuevos mecanismos de seguridad, pues el riesgo de robo, de destrucción o manipulación de los expedientes judiciales es cada vez más sofisticado.

La transferencia de medios humanos, económicos y materiales en el ámbito de la justicia a distintas comunidades autónomas permite que vayan conformándose modelos alternativos en la gestión, lo que hacen que convivan en territorio español distintos programas informáticos para la gestión, almacenamiento y seguridad de los expedientes judiciales. Esa dispersión de modelos da lugar a exigir instrumentos de armonización o de compatibilidad de los sistemas, así como a una evolución de las herramientas de gestión y tramitación a distintas velocidades, herramientas que emplean tecnologías no compatibles. Así las cosas, en la digitalización de la administración de justicia se hace referencia a comunidades autónomas no transferidas, que comparten una tecnología de gestión igual (el llamado «territorio ministerio») y otras comunidades utilizan otros programas de gestión (el «territorio transferido»). Esta dispersión de modelos obliga a crear un comité técnico estatal de la administración judicial electrónica (CTEAJE), regulado en el Real Decreto 396/13, de 7 de junio, con la finalidad de favorecer la compatibilidad y asegurar la interoperabilidad de los sistemas y aplicaciones empleados en la Administración de Justicia, así como la cooperación entre las distintas Administraciones. Este comité surge como consecuencia de la Ley 18/11, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en la Administración de Justicia, norma ya derogada.

El Ministerio de Justicia, el Consejo General del Poder Judicial y las comunidades autónomas con competencias en materia de justicia integran este comité técnico que tiene como función principal la de armonización y compatibilidad de los distintos modelos tecnológicos existentes, también se ocupa de las cuestiones que afectan a la protección de datos. La normativa que organiza y regula el funcionamiento y competencias del CTEAJE se reseña en la web del Ministerio de Justicia, concretamente en la dirección <https://www.administraciondejusticia.gob.es/cteaje/marco-legal>

Queda así fijado un primer pilar del marco legal de la digitalización en la administración de justicia española, normas de carácter organizativo que dan lugar a que tanto por parte del Ministerio de Justicia como por parte de las comunidades autónomas con competencias en la materia se desarrollen distintos reglamentos y órdenes destinadas a regular aspectos completos de este ámbito de la administración de justicia digital.

Un segundo pilar sería el referido a las normas procesales, referidas a tres aspectos fundamentales:

- La presentación de escritos, alegaciones y documentos por las partes que litigan.
- La tramitación de los procedimientos judiciales en un entorno digitalizado.
- Las pruebas o evidencias en soporte digital.

En este segundo pilar, la norma de referencia es la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero - LEC). Las disposiciones que recoge esta Ley no únicamente afectan a los procedimientos civiles, ya que la LEC actúa como norma de carácter supletorio en todos los procedimientos judiciales, en la medida en la que es norma aplicable en defecto de regulación legal.

La LEC ha sufrido una profunda modificación tanto por el Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo; como por la Ley 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia. Ambas reformas sientan las bases para facilitar la completa digitalización de los procedimientos judiciales, con el ambicioso proyecto de pasar de una administración de justicia cuyo objetivo principal era la desaparición del soporte en papel, a un modelo de proyección futura tramitación electrónica de los procedimientos judiciales, orientada al dato. Aunque ya hay jurisdicciones en las que la digitalización es una realidad, por ejemplo, la jurisdicción civil, lo cierto es que en muchos aspectos estas disposiciones legales están pendientes de desarrollo reglamentario preciso.

Un tercer pilar normativo sería el referido el que afecta a las competencias del Consejo General del Poder Judicial, residenciadas fundamentalmente en el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ), organismo dependiente del Consejo, que tiene como competencia principal el almacenamiento y gestión de las resoluciones judiciales dictadas, así como el fondo documental interno y externo que da soporte a la actividad jurisdiccional de la judicatura; también se ocupa de servir como referente para la búsqueda de legislación aplicable.

El CENDOJ cuenta con una pestaña muy activa dentro de la web del Consejo General del Poder Judicial, en la que se recopilan más de nueve millones de resoluciones judiciales, ordenadas por jurisdicciones y materias. Esta página web da un tratamiento específico a las resoluciones judiciales reseñadas, incluye resúmenes de referencia, palabras clave y rutinas de búsqueda inteligente que facilitan la labor no solo de jueces y magistrados, sino también de otros profesionales e investigadores, ya que una parte de los contenidos son de acceso libre a cualquier interesado. En este entorno digital se están realizando los primeros ensayos de uso de herramientas de inteligencia artificial para auxiliar a la judicatura en su trabajo.

El CENDOJ además cuenta con un servicio complementario de asistencia a los jueces y magistrados, que pueden realizar consultas al CENDOJ, que facilita la búsqueda de resoluciones y bibliografía que puede ser útil para resolver casos concretos, o para complementar la formación de los jueces.

El Consejo General del Poder Judicial también desarrolla una importante actividad formativa de jueces y magistrados, para la que utiliza en muchas ocasiones el soporte digital o telemático.

Cabe hacer referencia a un cuarto pilar normativo, el referido a la normativa europea en materia de inteligencia artificial, así como disposiciones europeas referidas a las políticas de digitalización de las administraciones públicas. La Unión Europea cuenta con un documento rector, la estrategia Europea relativa a la Justicia en Red 2024-2028, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea de 16 de enero de 2025 (https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=OJ:C_202500437). El Reglamento (UE) 2022/850 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de mayo de 2022 relativo a un

sistema informatizado para el intercambio electrónico transfronterizo de datos en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y penal (sistema e-CODEX), y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726.

En materia de Inteligencia Artificial, es trascendental el Reglamento 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial y por el que se modifican los Reglamentos (CE) n.º 300/2008, (UE) n.º 167/2013, (UE) n.º 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 y (UE) 2019/2144 y las Directivas 2014/90/UE, (UE) 2016/797 y (UE) 2020/1828 (Reglamento de Inteligencia Artificial).

Los reglamentos de la Unión Europea son de aplicación directa en todo el territorio de la Unión, pero exigen complementos normativos internos para garantizar el cumplimiento de esas disposiciones europeas.

En definitiva, el marco normativo es extremadamente complejo de sistematizar y está en permanente desarrollo.

3. Digitalización de los fondos documentales. La labor del CENDOJ

Como ya he indicado al hacer referencia al marco legal, el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ) es el órgano técnico del Consejo General del Poder Judicial que se encarga de la publicación oficial de la jurisprudencia, así como de las demás competencias en el ámbito de la documentación y de los servicios de gestión del conocimiento.

El CENDOJ es el centro tecnológico del Consejo General del Poder Judicial.

Tal y como establece el art. 619 de la L.O.P.J. el Centro de Documentación Judicial es un órgano técnico del CGPJ, cuyas funciones son la selección, la ordenación, el tratamiento, la difusión y la publicación de información jurídica legislativa, jurisprudencial y doctrinal.

Asimismo, establece que corresponde al Centro de Documentación Judicial colaborar en la implantación de las decisiones adoptadas por el Consejo General del Poder Judicial en materia de armonización de los sistemas informáticos que redunden en una mayor eficiencia de la actividad de los Juzgados y Tribunales.

En la página web del Consejo se indica, específicamente, que:

«la actividad judicial está basada en el conocimiento, lo que exige no solo el acceso a la información, sino también la capacidad de gestionarla y utilizarla. Así, la gestión del conocimiento judicial contribuye a la modernización de la Justicia al establecer una metodología de trabajo más eficiente en el ejercicio de la función judicial, nutriéndose tanto de la información de distinta procedencia contenida en el portal: resoluciones, informes, publicaciones, bien de ámbito nacional como internacional, aplicaciones, etc. como de la obtenida en el área colaborativa.»

Este es el organigrama del CENDOJ:



El CENDOJ no solamente facilita sus servicios a los integrantes de la carrera judicial, sino que además ofrece una parte importante de esa información a cualquier interesado, pues integra en «abierto» alguno de sus contenidos.

Una parte muy importante de la actividad del CENDOJ se desarrolla por medios telemáticos, cuenta con un espacio virtual

propio dentro de la página web del Consejo General del Poder Judicial (www.poderjudicial.es).

En su repositorio se almacenan ordenadamente más de nueve millones de resoluciones judiciales, principalmente sentencias y autos que ponen fin a los procedimientos judiciales, así como alguna otra resolución no final que pueda tener trascendencia doctrinal o incidencia mediática.

Las resoluciones que se incorporan a su web recogen la jurisprudencia completa del Tribunal Supremo, en todas sus salas, incluidas las especiales. Se ha digitalizado la jurisprudencia de los últimos 40 años, así como una parte importante del archivo histórico de resoluciones del Supremo que únicamente tenían soporte en papel.

También cuenta con la jurisprudencia completa de todas las salas de los 17 tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas y de todas las audiencias provinciales.

Respecto de los órganos unipersonales, el CENDOJ no guarda las resoluciones de todos ellos, ya que España cuenta con 3627 juzgados que, en el próximo año, se convertirán en 431 tribunales de instancia (con el despliegue gradual de la Ley 1/2025).

Debe tenerse en cuenta que en España se dictan al año más de un millón y medio de sentencias, la mayoría de ellas por la primera instancia de todas las jurisdicciones. Sería muy complicado incorporar todas estas resoluciones a un repositorio digitalizado, aunque lo cierto es que todas ellas se encuentran en los programas de tramitación procesal.

La labor de sistematización de las resoluciones judiciales que realiza el CENDOJ permite que cuente con resúmenes elaborados por una selección de magistrados y magistradas cualificados que comentan brevemente el contenido de cada resolución y su trascendencia, por medio de un sistema de estrellas en atención a la novedad de lo tratado y al recorrido de las mismas en las distintas instancias.

La página web facilita al usuario rutinas de búsqueda automatizadas por jurisdicciones, por órgano que dicta la resolución, por ponente, por normas citadas y por fecha de dictado; además, incluye un sistema que organiza la búsqueda por materia (Tesauri) y rutinas de búsqueda por palabras clave o por términos literales.

Por lo tanto, el CENDOJ no se contenta el mero almacenamiento de resoluciones escaneadas, sino que da a las mismas un completo tratamiento digital que facilita su consulta no solo a usuarios experimentados, sino también a cualquier particular que quisiera acceder a esa información para un trabajo académico o como herramienta para complementar un escrito a presentar ante los juzgados.

Ese repositorio de resoluciones judiciales se somete a estrictas normas sobre protección de datos, con el fin de garantizar la anonimización de las resoluciones judiciales compiladas.

Las resoluciones judiciales nacionales de los tribunales ordinarios se complementan con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (sistematizada y ordenada con los mismos criterios con los que se sistematizan y ordenan las resoluciones ordinarias), las resoluciones dictadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (traducidas al español).

El espacio web del CENDOJ cuenta también con un motor de búsqueda de legislación aplicable, motor que complementa el sistema de enlaces a esas resoluciones que puede utilizarse cuando se consulta una resolución judicial. Ese motor de búsqueda permite consultar la versión que corresponde a cada norma en función de la resolución en la que se cita.

También está disponible el fondo bibliográfico completo del Consejo General del Poder Judicial, fondo que tiene su origen en los diversos programas de formación que aborda el Consejo, tanto de modo exclusivo como en colaboración con diversas instituciones públicas o privadas. Esa biblioteca virtual también cuenta con motores de búsqueda sistematizada que facilitan la consulta del amplio catálogo de autores y de materias.

El entorno virtual del CENDOJ se construye a partir de un sistema intuitivo de consulta que permite que cualquier interesado pueda navegar en los fondos documentales sin necesidad de conocimientos informáticos previos. En todo caso, el CENDOJ atiende consultar particulares de jueces y magistrados, normalmente realizadas por medio de correo electrónico, para facilitar la búsqueda de materiales específicos para temas complejos. Ese sistema de consulta conecta con

los fondos de las bibliotecas judiciales que existen en las principales sedes judiciales, así como con otras bibliotecas jurídicas de prestigio.

En definitiva, el CENDOJ garantiza un alto grado de digitalización del conocimiento necesario para el desarrollo de la actividad jurisdiccional con el acceso a materiales teóricos y prácticos que abarcan un amplio abanico de resoluciones, de normas y de trabajos doctrinales. El CENDOJ es un organismo de referencia en el ámbito de la digitalización del conocimiento en cuestiones jurídicas y judiciales. Además, el CENDOJ colabora con diversas editoriales, a las que facilita resoluciones judiciales para su tratamiento y distribución en las distintas bases de datos comerciales que se ofrecen en el mercado. La norma que regula esa relación comercial entre el CENDOJ y las editoriales jurídicas es el Reglamento 3/2010, sobre reutilización de sentencias y otras resoluciones judiciales, aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 28 de octubre de 2010, publicado en el Boletín Oficial del Estado del 22 de noviembre de ese mismo año.

4. El papel del Consejo General del Poder Judicial en la implementación de la digitalización de la administración de justicia

De nuevo hay que hacer referencia a las funciones que desarrolla el Consejo General del Poder Judicial que, en su VIII mandato (el que inició su actividad el 26 de julio de 2024) puso en marcha una comisión especialmente dedicada a las tareas de modernización y digitalización de la justicia. Esta comisión, en la que se integra en CENDOJ, se ocupa del despliegue de la digitalización en la administración de justicia. En este ámbito la competencia no es exclusiva del Consejo, sino que debe coordinarse con las llamadas administraciones prestacionales, es decir, las responsables de los medios materiales y tecnología para la actividad de juzgados y tribunales (Ministerio de Justicia y comunidades autónomas con competencias transferidas en estas materias).

El marco en el que el CENDOJ desarrolla esta actividad tiene como objetivos:

- Promover el uso de medios técnicos, electrónicos y telemáticos en los Juzgados y Tribunales, en particular los que contribuyan a garantizar la autenticidad, integridad y seguridad de la información judicial en soporte informático.
- Velar por el cumplimiento de los requisitos y demás condiciones que afecten a los ficheros automatizados que se encuentren bajo la responsabilidad de los Órganos Judiciales, en especial en lo referente a la Protección de Datos de Carácter Personal y su Reglamento de Seguridad.
- Preservar la compatibilidad de los sistemas informáticos que se utilicen en la Administración de Justicia, mediante la aplicación de los requisitos establecidos por el Consejo General Del Poder Judicial en el «Test de Compatibilidad».
- Facilitar la normalización de los esquemas de tramitación y modelos de documentos utilizados en juzgados y tribunales, a través de los sistemas de Información de gestión procesal, y promover la homogeneización del registro informático de los procedimientos judiciales.
- Impulsar la intercomunicación de los diferentes sistemas de gestión procesal al servicio de la Administración de Justicia, y entre estos y los organismos e instituciones que colaboran con la Administración de Justicia, mediante la Red de Comunicaciones «Punto Neutro Judicial».
- Promover la intercomunicación entre el Consejo General Del Poder Judicial y los Órganos Judiciales en el ejercicio de las competencias atribuidas por la Ley Orgánica del Poder Judicial y, en particular, la recogida de datos con finalidad estadística directamente a partir de los sistemas de información de gestión procesal.
- Impulsar el desarrollo de sistemas de información que faciliten la tarea del Consejo en el ejercicio de sus competencias, y en particular las derivadas de las necesidades de la Comisión de Organización y Modernización Judicial, mediante los recursos generales de que dispone el Consejo.

5. Digitalización en la gestión de procedimientos judiciales

En el epígrafe anterior he hecho referencia detallada a la digitalización del conocimiento necesario para el desarrollo de la actividad jurisdiccional, digitalización que no solo beneficia a la carrera judicial, sino que además ofrece una herramienta gratuita muy cualificada a otros profesionales del derecho y a investigadores.

Este ámbito de la digitalización no es suficiente para atender las exigencias de la administración de justicia, ya que hay otro ámbito de la digitalización que afecta a la gestión de los procedimientos judiciales, a la tramitación de las reclamaciones que cotidianamente realizan miles de ciudadanos directamente o por medio de profesionales cualificados (abogados, procuradores o graduados sociales).

La referencia a la gestión de los procedimientos judiciales abarca:

1. La presentación de escritos y documentos por particulares y profesionales a los juzgados y tribunales.
2. Los programas de tramitación de los distintos procedimientos judiciales en las distintas jurisdicciones.
3. El almacenamiento y archivo de procedimientos judiciales completos, tanto los que están en curso como los ya concluidos.
4. La comunicación o conexión entre distintos órganos judiciales para la agilización de la cooperación jurídica y actos de comunicación.
5. La comunicación o conexión de distintos órganos judiciales con instituciones y organismos públicos o privados que cooperan con la administración de justicia.
6. La comunicación o conexión entre juzgados y tribunales españoles y los juzgados y tribunales de otros países (especialmente en el ámbito de la Unión Europea) para articular un sistema ágil de cooperación judicial internacional. Estos actos de comunicación tienen la particularidad de quedar sometidos a complejas normas de derecho internacional privado.

En lo que afecta a la gestión de los procedimientos judiciales y reclamaciones concretas, la digitalización está todavía en progreso.

Se han producido avances relevantes en algunas jurisdicciones y territorios, que han implantado el llamado expediente digital, pero no desarrollo no es uniforme, ya que hay jurisdicciones (especialmente la penal) y territorios en los que no se ha normalizado o generalizado la tramitación completa de los procedimientos judiciales.

Como ya he indicado en el epígrafe anterior, en la gestión de los procedimientos judiciales es necesario coordinar las competencias propias del Ministerio de Justicia y de las comunidades que han asumido la competencia en medios materiales (normalmente denominadas administraciones prestacionales) con el Consejo General del Poder Judicial.

El sistema de colaboración no es sencillo porque:

1. Por una parte, Consejo General del Poder Judicial y Ministerio de Justicia se coordinan por medio de una comisión mixta, que se reúne cada 15 días.
2. La coordinación entre las comunidades autónomas con competencias transferidas y el poder judicial se articula a través de comisiones mixtas en las que participan los presidentes y las salas de gobierno de cada Tribunal Superior de Justicia. Dentro de estas comisiones mixtas, algunas comunidades autónomas articulan grupos de trabajo transversales que se ocupan, específicamente, de las cuestiones que afectan a la informática judicial y a la digitalización.
3. El Ministerio de Justicia se coordina con las comunidades autónomas a través de una conferencia sectorial que se reúne anualmente.
4. Además, ya se ha hecho referencia al Comité Técnico Estatal de la Administración Pública Electrónica (CTEAJE) en el que se integran el Consejo del Poder Judicial, el Ministerio de Justicia y las comunidades autónomas con competencia en la materia.

En lo que afecta al Consejo General del Poder Judicial, cuenta con un reglamento que regula específicamente las cuestiones que afectan a la digitalización, es el Reglamento 1/2005, de los aspectos accesorios de las actuaciones judiciales (aprobado en el Pleno del CGPJ de 15 de septiembre de 2005 y publicado en el BOE de 27 de septiembre de ese

año). Este reglamento está actualmente en revisión para adaptarlo al RDL 6/2023 y a la LO 1/2025.

En el reglamento de referencia hay un capítulo específico dedicado al procedimiento de aprobación de los programas, aplicaciones y sistemas informáticos de la Administración de Justicia.

1. La presentación de escritos y documentos por particulares y profesionales a los juzgados y tribunales

Las reglas que rigen la presentación de escritos y documentos ante los juzgados y tribunales son las que se recogen en el artículo 135 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (reformado por el RDL 6/2023).

Allí se indica que cuando las oficinas judiciales y los sujetos intervinientes en un proceso estén obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia conforme al artículo 273 de la LEC, remitirán y recibirán todos los escritos, iniciadores o no, y demás documentos a través de estos sistemas, salvo las excepciones establecidas en la ley, de forma tal que *esté garantizada la autenticidad de la comunicación y quede constancia fehaciente de la remisión y la recepción íntegras, así como de la fecha en que estas se hicieren*. Esto será también de aplicación a aquellos intervinientes que, sin estar obligados, opten por el uso de los sistemas telemáticos o electrónicos.

Se podrán presentar escritos y documentos en formato electrónico todos los días del año durante las veinticuatro horas.

Presentados los escritos y documentos por medios telemáticos, se emitirá automáticamente recibo por el mismo medio, con expresión del número de entrada de registro y de la fecha y la hora de presentación, en la que se tendrán por presentados a todos los efectos. En caso de que la presentación tenga lugar en día u hora inhábil a efectos procesales conforme a la ley, se entenderá efectuada el primer día y hora hábil siguiente.

A efectos de prueba y del cumplimiento de requisitos legales que exijan disponer de los documentos originales o de copias fehacientes, se estará a lo previsto en el artículo 162 de la LEC.

Se prevén reglas específicas para escritos perentorios o urgentes (sometidos a plazos), el remitente podrá proceder, en este caso, a

su presentación en la oficina judicial el primer día hábil siguiente, acompañando el justificante de dicha interrupción:

- cuando no sea posible por interrupción no planificada del servicio de comunicaciones telemáticas o electrónicas, siempre que sea posible se dispondrán las medidas para que el usuario resulte informado de esta circunstancia, así como de los efectos de la suspensión, con indicación expresa, en su caso, de la prórroga de los plazos de inminente vencimiento.
- En los casos de interrupción planificada deberá anunciarse con la antelación suficiente, informando de los medios alternativos de presentación que en tal caso procedan.
- Cuando la presentación de escritos perentorios dentro de plazo se vea impedida por limitaciones, incluso horarias, en el uso de soluciones tecnológicas de la Administración de Justicia, establecidas de conformidad con la normativa que regule el uso de la tecnología en la Administración de Justicia, como regla, el remitente podrá proceder a su presentación el primer día hábil siguiente, justificándolo suficientemente ante la oficina judicial. En el caso de que la imposibilidad de la presentación se deba a la naturaleza del documento a presentar o al tamaño del archivo, el remitente deberá proceder, en este caso, a la presentación del escrito por medios electrónicos y presentar en la oficina judicial dentro del primer día hábil siguiente el documento o documentos que no haya podido adjuntar.

Este mismo artículo prevé las soluciones cuando la capacidad del servidor no sea suficiente:

«Si el servicio de comunicaciones telemáticas o electrónicas resultase insuficiente para la presentación de los escritos o documentos, se deberá presentar en soporte electrónico en la oficina judicial ese día o el día siguiente hábil, junto con el justificante expedido por el servidor de haber intentado la presentación sin éxito. En estos casos, se entregará recibo de su recepción.»

Como norma de cierre, la LEC advierte que los escritos y documentos se presentarán en soporte papel cuando los interesados

no estén obligados a utilizar los medios telemáticos y no hubieran optado por ello, cuando no sean susceptibles de conversión en formato electrónico y en los demás supuestos previstos en las leyes. Estos documentos, así como los instrumentos o efectos que se acompañen quedarán depositados y custodiados en el archivo, de gestión o definitivo, de la oficina judicial, a disposición de las partes, asignándoseles un número de orden, y dejando constancia en el expediente judicial electrónico de su existencia.

En caso de presentación de escritos y documentos en soporte papel, el funcionario designado para ello estampará en los escritos de iniciación del procedimiento y de cualesquiera otros cuya presentación esté sujeta a plazo perentorio el correspondiente sello en el que se hará constar la oficina judicial ante la que se presenta y el día y hora de la presentación.

Se recoge, finalmente, una norma de ampliación de plazo que ya regía la redacción anterior de este artículo de la LEC: La presentación de escritos y documentos, cualquiera que fuera la forma, si estuviere sujeta a plazo, procesal o sustantivo, podrá efectuarse hasta las quince horas del día hábil siguiente al del vencimiento del plazo.

Además, se rompe con una práctica judicial hasta ahora consolidada, la de presentar los escritos de término que afectan a la jurisdicción civil ante los juzgados de guardia. Esta práctica respondía a la falta de coordinación entre las normas procesales, que permitían presentar escritos de término hasta el límite de las 12 de la noche, y los horarios de atención al público de los juzgados civiles (de 9 a 14 horas). Para mitigar los efectos de esta discordancia y no mermar el derecho de la parte a agotar los plazos, se permitía la presentación de los escritos en los juzgados de guardia de instrucción, que tienen horario continuado de 24 horas.

La norma de cortesía legal que permite presentar los escritos antes de las 15 horas del día siguiente al del vencimiento y la presentación de escritos telemática determina que el legislador advierta que en las actuaciones ante los tribunales civiles, no se admitirá la presentación de escritos en el juzgado que preste el servicio de guardia.

El artículo 152 de la LEC regula el régimen de los actos de comunicación por medios telemáticos:

«Se tendrán por válidamente realizados estos actos de comunicación cuando en la diligencia quede constancia suficiente de haber sido practicados en la persona, en el domicilio, en la dirección electrónica habilitada al efecto, por comparecencia electrónica o por los medios telemáticos o electrónicos elegidos por el destinatario.»

El artículo 273 de la LEC regula la forma de presentación de los escritos y documentos, advirtiendo que todos los profesionales de la justicia están obligados al empleo de los sistemas telemáticos o electrónicos existentes en la Administración de Justicia para la presentación de escritos, iniciadores o no, y demás documentos, de forma tal que esté garantizada la autenticidad de la presentación y quede constancia fehaciente de la remisión y la recepción íntegras, así como de la fecha en que estas se hicieren.

Las personas que no estén representadas por procurador podrán elegir en todo momento si actúan ante la Administración de Justicia a través de medios electrónicos o no, salvo que estén obligadas a relacionarse a través de medios electrónicos con la misma. El medio elegido podrá ser modificado en cualquier momento.

En todo caso, estarán obligados a intervenir a través de medios electrónicos con la Administración de Justicia, al menos, los siguientes sujetos:

- a.** Las personas jurídicas.
- b.** Las entidades sin personalidad jurídica.
- c.** Quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria para los trámites y actuaciones que realicen con la Administración de Justicia en ejercicio de dicha actividad profesional.
- d.** Los notarios y registradores.
- e.** Quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración de Justicia.
- f.** Los funcionarios de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen por razón de su cargo.

En los escritos y documentos presentados por vía telemática o electrónica indicarán el tipo y número de expediente y año al que se refieren e irán debidamente referenciados mediante un índice electrónico que permita su debida localización y consulta. El escrito principal deberá incorporar firma electrónica basada en un certificado cualificado y se adaptará a lo establecido en la normativa reguladora del uso de las tecnologías en la Administración de Justicia.

El incumplimiento del deber del uso de las tecnologías previsto en la LEC o de las especificaciones técnicas que se establezcan conllevará que el Letrado de la Administración de Justicia conceda un plazo máximo de cinco días para su subsanación. Si no se subsana en este plazo, los escritos y documentos se tendrán por no presentados a todos los efectos.

Únicamente se presentarán en soporte papel los escritos y documentos cuando expresamente lo indique la ley.

De todo escrito y de cualquier documento que se aporte o presente en soporte papel y en las vistas se acompañarán tantas copias literales cuantas sean las otras partes.

2. Los programas de tramitación de los distintos procedimientos judiciales en las distintas comunidades autónomas y las jurisdicciones

Los programas de tramitación son los sistemas de gestión procesal que soportan la tramitación de la información relativa a los procedimientos judiciales, de forma que cualquier órgano judicial implicado en la tramitación de un determinado procedimiento, pueda acceder a la información asociada al mismo con las garantías de reserva, control y confidencialidad requeridas. Permiten gestionar de manera integrada todas las áreas funcionales de las oficinas judiciales que ofrece a cada oficina judicial un contexto de trabajo personalizado para sus medios personales.

Solo pueden acceder a estos programas los jueces y juezas, los letrados y letradas de la administración de justicia y los funcionarios y funcionarias de la administración de justicia (cuerpos de gestores, tramitadores y auxilio judicial).

El Ministerio de Justicia ha implementado un programa de tramitación de procedimientos judiciales que se utiliza, obligatoriamente, en el llamado «Territorio Ministerio», que comprende Baleares, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Ceuta, Extremadura, Melilla y Región de Murcia y las en las comunidades autónomas con competencias transferidas en materia de justicia comunidades transferidas que no han desarrollado programas propios: Asturias, La Rioja y Galicia.

También en los Órganos Centrales (Audiencia Nacional, Tribunal Supremo) y en Fiscalía Europea.

En Cataluña el programa que se utiliza, específicamente diseñado por el Departamento de Justicia de la Generalitat, es el E-JCAT.

Otras comunidades autónomas cuentan con programas propios.

La compatibilidad entre los distintos sistemas de gestión procesal, imprescindible para la intercomunicación entre juzgados y tribunales. Se realiza a través del CTEAJE.

3. El almacenamiento y archivo de procedimientos judiciales completos, tanto los que están en curso como los ya concluidos

Este epígrafe se complementa con el anterior, dado que los programas de gestión procesal deben garantizar el correcto almacenamiento de los procedimientos judiciales, tanto los que están en tramitación como los concluidos.

Hay, además, una tarea pendiente de digitalizar expedientes tramitados en papel que todavía están en su fase declarativa o en ejecución.

En los antiguos edificios judiciales era habitual el problema de los archivos y su mantenimiento, el papel terminaba por «comer» literalmente los espacios y era necesario trasladar los viejos legajos a los archivos municipales, que conservaban expedientes centenarios en cajas de cartón que acumulaban polvo y humedad.

En algún momento se creyó que la digitalización de los procedimientos judiciales solucionaría esos viejos problemas de conservación, el miedo, los incendios o a los insectos que corroían el papel; los problemas no se han solucionado, han cambiado su aspecto

externo, pero puede que se hayan agravado. La necesidad de espacio físico se ha sustituido por la necesidad de espacio virtual, la seguridad tradicional cambia y exige nuevos cortafuegos frente a los riesgos de la ciberseguridad en un mundo en el que los datos han adquirido un valor inusitado, la recopilación de datos (la minería de datos) es un negocio que genera beneficios incalculables, pero que también puede suponer una intromisión en el derecho a la intimidad de millones de personas que a lo largo de su vida se han tenido que enfrentar a procedimientos judiciales en los que estaban en juego sus derechos fundamentales.

Los sistemas digitalizados de almacenamiento de expedientes son, sin duda, una solución muy útil a los problemas de conservación de los expedientes judiciales. El archivo ordenado y sistematizado de procedimientos judiciales es una herramienta imprescindible de gestión, también una necesidad de conservar una memoria judicial que permite construir la imagen de un país y de sus gentes a través de los hábitos de litigación. Pero esa tarea de almacenamiento inteligente no está exenta de riesgo. Los funcionarios ya no tienen que sumergirse en archivos oscuros que huelen a humedad, instalados en los sótanos de los juzgados, han de adentrarse en un laberinto de archivos, de claves informáticas y de riesgos de ciberataques, de robos masivos de datos, de servidores múltiples dispersos en nubes intangibles que no se sabe bien quién custodia.

La administración de justicia no cuenta con técnicos cualificados para la gestión del almacenamiento seguro de datos, lo que obliga a contratos externos con empresas que en muchas ocasiones no son sino subcontratadas de terceras compañías multinacionales de perfiles dispersos. El tránsito de los viejos sótanos a las nubes virtuales obliga a repensar el concepto de seguridad y de accesibilidad.

4. La comunicación o conexión entre distintos órganos judiciales para la agilización de la cooperación jurídica y actos de comunicación

La comunicación entre juzgados y tribunales se realiza a través de los llamados exhortos, regulados principalmente en los artículos 171 y 172 de la LEC. En el segundo de estos preceptos se establece expresamente

que estos actos de comunicación se realizarán, de modo principal, telemáticamente.

Los exhortos son peticiones de cooperación entre los distintos juzgados o tribunales, pueden consistir en una simple citación, el llamamiento a alguien para que acuda a otro juzgado, una notificación de una actuación judicial, o un requerimiento documental concreto (para acceder a un procedimiento judicial seguido en otro juzgado).

Aunque se prima la inmediación, es decir, la presencia directa de los interesados o los testigos en las actuaciones judiciales, lo cierto es que en la práctica a muchos particulares les incomoda tener que desplazarse al juzgado, por lo que algunas declaraciones pueden realizarse por videoconferencia, que se concreta en el edificio judicial del municipio en el que viva el citado, incluso conexión telemática por conexión entre la terminal del juzgado y la IP de la persona llamada a declarar.

La comunicación entre juzgados exige compatibilidad entre los sistemas informáticos utilizados por transmisor y receptor, así como el cumplimiento de protocolos de seguridad que garanticen tanto la identidad del citado o requerido (que no es suplantado por un tercero), como que la comunicación no pueda ser manipulada telemáticamente o por presencias no autorizadas que puedan incidir en la comunicación.

5. La comunicación o conexión de distintos órganos judiciales con instituciones y organismos públicos o privados que cooperan con la administración de justicia

Desde el acuerdo del pleno del Consejo General de 20 de febrero de 2002 la conexión informática y la comunicación entre distintas administraciones y organismos se realiza por medio del llamado «punto neutro judicial (PNJ)», que se define como una red de servicios que ofrece a los órganos judiciales los datos necesarios en la tramitación judicial mediante accesos directos a aplicaciones y bases de datos del propio Consejo, de organismos de la Administración General del Estado y de otras instituciones con objeto de facilitar y reducir los tiempos de tramitación, de aumentar la seguridad, y de mejorar la satisfacción de los usuarios.

Los objetivos principales de la aplicación, definidos por el Consejo General del Poder Judicial, son:

- Servir de apoyo a la gestión de los órganos judiciales.
- Proporcionar servicios de ayuda al juez.
- Automatizar la gestión de los órganos de gobierno.
- Facilitar la compatibilidad e interoperabilidad entre los sistemas informáticos al servicio de la administración de justicia.

El acceso al PNJ se realiza por un portal que facilita la navegación entre los distintos servicios y permite ofrecer más información a los usuarios. Se ha incluido un apartado específico para los Centros de Atención a Usuarios, en el que se recopilan todos los números de teléfono y cuentas de correo electrónico a los que los usuarios pueden dirigirse para resolver sus dudas o comunicar incidencias. También se han creado apartados como Aula Virtual o Comisión de Modernización.

En este momento se prestan un total de 35 servicios en el PNJ, cuya tipología es la siguiente:

- Consultas patrimoniales y domiciliarias: 10,
- Intercambio de información: 4,
- Consultas penitenciarias: 2,
- Consultas y actualización de las estadísticas judiciales: 48,
- Servicios Ministerio de Justicia: 5,
- Otros Servicios: 10.

Las administraciones que se integran con el PNJ son:

- Agencia Estatal de la Administración Tributaria,
- Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España,
- Consejo General de la Abogacía Española,
- Consejo General de Procuradores de España,
- Consejo General del Notariado,
- Consejo General del Poder Judicial,

- Cuerpo Nacional de Policía,
- Dirección General de Tráfico,
- Dirección General del Catastro,
- Fiscalía General del Estado,
- Fondo de Garantía Salarial,
- Ilustre Colegio de Abogados de Madrid,
- Instituto Nacional de Empleo,
- Instituto Nacional de Estadística,
- Ministerio de Justicia,
- Secretaría General de Instituciones Penitenciarias,
- Tesorería General Seguridad Social,
- Observatorio de Violencia de Género.

6. La comunicación o conexión entre juzgados y tribunales españoles y los juzgados y tribunales de otros países

La comunicación o conexión entre juzgados y tribunales españoles y los juzgados y tribunales de otros países (especialmente en el ámbito de la Unión Europea) para articular un sistema ágil de cooperación judicial internacional. Estos actos de comunicación tienen la particularidad de quedar sometidos a complejas normas de derecho internacional privado.

En el ámbito de la Unión Europea (EJN) se puso en marcha en el año 2001 (Decisión 2001/470/CE del Consejo, de 28 de mayo de 2001) y empezó a funcionar el 1 de diciembre de 2002. Esta base jurídica se modificó una vez en 2009. Todos los Estados miembros, salvo Dinamarca, participan en la EJN.

Esta normativa evoluciona en paralelo a la implantación de las nuevas tecnologías en el ámbito de la administración de justicia, una evolución que debe conjugar las necesarias garantías en la comunicación, el respeto a la privacidad, dado que se manejan datos sensibles, y la protección frente a ciberataques.

A finales de 2024 se puso en marcha la red e-CODEX, definida como es el estándar de referencia y la columna vertebral tecnológica para el intercambio electrónico transfronterizo de datos en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil, mercantil y penal. Esta herramienta informática se ha diseñado específicamente para facilitar el intercambio electrónico transfronterizo de datos de forma rápida, segura y fiable en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y penal (neutral en cuanto a contenido y agnóstico; descentralizado). Su regulación aparece en el Reglamento (UE) 2022/850 – adoptado el 30 de mayo de 2022. Garantiza la gestión sostenible y el desarrollo futuro de e-CODEX al confiarlo a la Agencia de la Unión Europea para la Gestión Operativa de Sistemas Informáticos de Gran Magnitud en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (eu-LISA), agencia creada en 2011, que entró en funcionamiento en 2012. Eu-LISA asumió la responsabilidad de e-CODEX a partir del 3 de junio de 2024.

6. Herramientas de auxilio judicial que emplean inteligencia artificial

Al hacer referencia a la transformación digital es inevitable hablar de la incidencia de las herramientas de inteligencia artificial en el ámbito de la actividad jurisdiccional. La aproximación al uso de estas herramientas es extremadamente compleja y puede generar equívocos, ya que, en muchas ocasiones, se hace mención a la inteligencia artificial para impulsar programas o proyectos que, en realidad, se quedan en meras actividades de mecanización más o menos inteligente, es decir, en el actual estado de la administración de justicia el objetivo principal es el de mejora en la gestión de los datos y ordenación de documentos.

En los procedimientos judiciales confluyen muchos intereses, públicos y privados. Por lo que desde la perspectiva del poder judicial no solamente se trata de dotar a los jueces de herramientas «fiables» que incorporen algoritmos o programas que implementan inteligencia artificial, sino de garantizar que el uso de esas herramientas por terceros que intervienen en los procedimientos judiciales cuente con todas las garantías.

Cada vez es más habitual el uso de estas herramientas en la preparación de demandas por parte de los abogados, también puede ser un instrumento útil, pero arriesgado, en la preparación de algunos medios de prueba, que podrían manipularse con nuevas tecnologías cada vez más sofisticadas. Sin interferir en el legítimo derecho de defensa, en los juzgados y tribunales se debe garantizar una utilización legal de este tipo de herramientas, las partes deben poner de manifiesto si utilizan las mismas en la elaboración de sus escritos o alegatos.

El poder judicial también ha de desempeñar un papel fundamental en el control y conocimiento de estas herramientas por otras autoridades o poderes públicos que intervienen o interfieren en procedimientos judiciales. El uso de tecnología de reconocimiento facial tiene trascendencia en procedimientos penales, o en procedimientos administrativos o judiciales en materia de migración ilegal. También es frecuente el uso de algoritmos para evaluar el riesgo de reincidencia de determinadas personas, o para identificar a personas con potencial objetivo para la comisión de determinados delitos (por ejemplo, los vinculados a la violencia contra la mujer). Las administraciones públicas que actúan o auxilian en procedimientos judiciales emiten informes o acompañan información que puede haber sido tratada con herramientas de inteligencia artificial. Es imprescindible el uso transparente de estos medios tecnológicos y la administración de justicia ha de estar en disposición de conocer los algoritmos, las bases de datos que sustentan esos informes y los posibles sesgos en el uso de estas herramientas, ya que, de otro modo, puede darse carta de naturaleza al uso de programas que generen resultados discriminatorios, sin base que los justifique, o simples alucinaciones que terminen siendo fundamentales para la toma de decisiones.

Junto a esa posición de garante, hay también otra vertiente del uso de herramientas de inteligencia artificial que puede generar problemas, específicamente cuando el juez puede acudir a estas herramientas para la toma de decisiones. Una parte importante de los programas que acuden a esta tecnología los impulsan empresas con capital e intereses privados, compañías que en muchas ocasiones facilitan el acceso gratuito o en condiciones económicas favorables de estos programas o entornos, con el objetivo de captar datos con los que pueden no únicamente enriquecer la capacidad de «conocimiento» de

los algoritmos, sino convertirse en mercancía autónoma, susceptible de compra o venta, los datos son el nuevo petróleo.

El debate sobre el uso de herramientas de inteligencia artificial como auxiliar para la toma de decisiones judiciales, a partir de la indagación inteligente en bases de datos de resoluciones judiciales para buscar el antecedente más cercano, o los sistemas de massive learning que permiten resúmenes fiables de extensas demandas, son cada vez más habituales en actividades jurídicas, incluso judiciales.

El uso indiscriminado, no controlado, de estas herramientas genera incertidumbres sobre la introducción de posibles sesgos que manipulen las decisiones judiciales, que se vulneren derechos fundamentales, referidos a datos sensibles de partes en conflicto judicial, mermas de garantías básicas. La reflexión sobre el uso de estas herramientas por parte de funcionarios públicos, en especial por jueces, lleva a una reflexión de mayor calado, la referida a la «caja negra», es decir, las bases en las que se asienta la deducción y decisión judicial. Un uso prudente de estas herramientas de inteligencia artificial, como mero instrumento de auxilio en la toma de decisiones, puede generar riesgos similares a los que se producirían si la toma de decisiones se hace a partir de intuiciones o de aproximaciones superficiales a algunos conflictos. En definitiva la evaluación de las capacidades del juez para resolver conflictos en sociedades complejas no solo afecta al uso de la tecnología, sino a la propia formación del juez, en todos sus aspectos porque el riesgo de sesgos no únicamente se debe vincular al uso de programas de ordenador indefinidos, sino también a sus lecturas, a su ideología, a su modo de ver la vida, que no debería interferir en la función de juzgar, aunque cada vez es mayor la preocupación de la neurociencia por los procesos de toma de decisiones.

En los puntos anteriores las consideraciones son más generales, mucho más ambiguas, incluso especulativas. Pero lo cierto es que hay un ámbito concreto en el que es necesaria mayor precisión, ya que se refiere a la incorporación de herramientas auxiliares de inteligencia artificial en el ejercicio de la actividad jurisdiccional, es decir, la integración de estas herramientas en la tramitación, e incluso en la resolución de algunas fases de los procedimientos.

El marco legal es claro, el Reglamento 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se

establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial, ya reseñado. Este Reglamento es de aplicación directa en todo el territorio de la Unión, pero lo cierto es que dicha norma obliga a complementar, dentro de este marco, algunos aspectos de una disposición legal que no está específicamente diseñada para la administración de justicia, aunque sí que incluye entre las actividades de alto riesgo las que afectan a la administración de justicia y al ejercicio de derechos fundamentales. No se trata de una prohibición absoluta del uso de estos programas, pero sí de la adopción de determinadas cautelas previas en el uso de las mismas, cuando afectan a estos núcleos vitales de las garantías procesales y materiales ante el poder judicial.

El Consejo General del Poder Judicial hace una advertencia general respecto del uso de herramientas de IA por los jueces en la página web, en el espacio de acceso exclusivo a jueces y juezas:

«Evaluación de Aplicaciones de IA de Alto Riesgo.

Consideraciones y Casos de Uso Específicos.

Aplicaciones como los resúmenes de casos y herramientas de análisis de pruebas resaltan la necesidad de una consideración específica en el ámbito judicial. No solo por la utilización de datos que pueden resultar extremadamente sensibles, sino también por la probable interferencia en las garantías de igualdad de armas en el proceso y los demás elementos del debido proceso.

Sin intervención del CGPJ, la brecha digital que sufren personas pertenecientes a grupos vulnerables o carentes de habilidades tecnológicas avanzadas, propiciarán nuevos escenarios en los que la falta de igualdad entre las partes, desemboque en la infracción de los principios, salvaguardas y garantías que deben regir el debido proceso.

Estas aplicaciones de alto riesgo, con independencia de que sean desarrolladas por el propio CGPJ —como sucede con las que desarrolla y pone a disposición de la Carrera judicial el CENDOJ— o bien sean desarrolladas por terceros, deben cumplir en todo caso con estándares de privacidad, legales y éticos para prevenir la violación inadvertida de derechos, asegurando que el sistema

judicial mantenga el control sobre los análisis generados por IA. Los requisitos de transparencia y supervisión humana de la UE, combinados con las disposiciones del CTEAJE, exigen que el impacto de la IA sea evaluado continuamente, garantizando que la IA complemente las funciones judiciales de manera responsable y segura.»

Junto a estas advertencias generales, lo cierto es que hay pruebas de concepto realizadas en algunas comunidades autónomas con competencia en medios humanos y materiales de la administración de justicia, que están probando las utilidades concretas en algunos ámbitos de la actividad jurisdiccional:

- Una herramienta de gestión de procedimientos monitorios. Impulsada por el Ministerio de Justicia para la tramitación de estas reclamaciones, con las debidas garantías de protección de consumidores y usuarios.
- Una herramienta de supervisión de procedimientos judiciales vinculados a al Reglamento (CE) n.º 261/2004, que establece normas sobre compensación y asistencia a pasajeros en caso de denegación de embarque, cancelación o retraso significativo de vuelos.
- Prueba de concepto sobre la puesta en marcha de un auxiliar de tramitación en procedimientos de insolvencia y exoneración del pasivo insatisfecho de personas naturales, vinculada a la Directiva 1023/2019 y al Texto Refundido de la Ley Concursal. Ensayada en la comunidad autónoma de Cataluña.
- Prueba de concepto sobre la puesta en marcha de una herramienta de auxilio en los litigios sobre cláusula de gastos en la contratación bancaria. Ensayada en la comunidad autónoma de Cataluña.

Junto a estas pruebas de concepto, los responsables del Centro de Documentación dependiente del Consejo General del Poder Judicial (CENDOJ), han anunciado la puesta a disposición de herramientas concretas para el uso exclusivo de los jueces y juezas. Los términos que se emplean tal vez suenen un poco rimbombantes, pero conviene reflejarlos en su literalidad:

1. Puesta en marcha de un generador de resúmenes y detector de eventos jurídicos

Utiliza modelos tipo GPT para crear resúmenes precisos de sentencias, centrándose en la ratio decidendi (fundamento central de la decisión). A esto se le suma un detector de eventos, que, mediante una tecnología diferente y más económica que ChatGPT, crea mapas visuales de los acontecimientos contenidos dentro de una sentencia (hechos, fundamentos, parte dispositiva, etcétera, se identifican y se conectan gráficamente) para facilitar la lectura tanto a personas como a máquinas.

Permite una lectura ágil y clara de los documentos judiciales. En la actualidad ya se han incorporado al CENDOJ más de 130.000 relaciones gráficas, permitiendo una navegación visual por las relaciones entre resoluciones, artículos legales y criterios jurisprudenciales.

2. Clusterización parametrizable de sentencias repetitivas

Este prototipo detecta sentencias prácticamente idénticas —por ejemplo, sobre retrasos en vuelos o cláusulas abusivas en hipotecas— y las agrupa automáticamente proponiendo modelos resolutivos que permiten al juez contrastar el caso concreto con cientos de resoluciones similares.

3. Búsquedas inteligentes semánticas

Este tercer prototipo permite realizar consultas jurídicas en lenguaje natural, sin necesidad de utilizar los 34 campos específicos del CENDOJ, entendiendo las preguntas, aunque se formulen de maneras diferentes. La IA interpreta la intención de búsqueda del juez y ofrece resultados relevantes, jerarquizados según la jurisprudencia más afín o más utilizada.

Identifica, incluso, tendencias jurisprudenciales y genera recomendaciones del tipo «si te interesó esta sentencia quizá te interese esta otra». Permite encontrar con mayor precisión los criterios relevantes para resolver un caso.

4. Identificación de las tendencias jurisprudenciales

Su finalidad es identificar qué sentencias son favorables o desfavorables a la aplicación de las leyes en cada momento, generando una especie de «Amazon judicial». Este sistema sugiere sentencias relacionadas, incluso si no están citadas expresamente. Además, analiza datos agregados y anónimos sobre las búsquedas de los jueces para destacar qué información es más relevante.

5. Chat conversacional con documentos

Permite subir escritos procesales (como demandas o contestaciones) y formular preguntas sobre su contenido, facilitando la extracción de información relevante. El sistema es capaz de identificar hechos probados, fundamentos jurídicos o incongruencias dentro de un mismo documento, facilitando enormemente la lectura y análisis de piezas procesales complejas.

Con ello se acelera el análisis de las alegaciones, especialmente en escritos largos.

Todos estos ámbitos de actuación, abiertos en los trabajos previos del CENDOJ, exigen una importante inversión económica que permita que toda la carrera judicial pueda disponer y disfrutar de estas herramientas. Algunas de ellas ya están disponibles bajo la referencia KENDOJ, con acceso exclusivo a jueces y juezas.

7. Los riesgos o miedos de la digitalización

Sería muy útil disponer de una máquina que permitiera viajar en el tiempo para conocer de primera mano cómo vivieron los frailes copistas de finales de la Edad Media la irrupción de la imprenta. Salvando todas las distancias, el momento actual es muy parecido al de aquella transición entre la llamada Edad Media y la Edad Moderna.

La digitalización en la administración de justicia lleva aparejada una importante inversión tecnológica lo que ha determinado que la

generación de las herramientas de gestión, el almacenaje y el control de seguridad de los sistemas de digitalización no es obra directa de las administraciones públicas, que normalmente no cuentan con presupuestos y tecnología adecuada para la permanente renovación de estas nuevas herramientas.

Las administraciones públicas han de contentarse con una función activa de supervisión de esas tecnologías, deben comprar las licencias que dan soporte a la digitalización, establecer los estándares no solo de calidad de los servicios, sino también de seguridad, entendida en una dimensión constitucional, pues en la administración de justicia es elemento consustancial la protección de los derechos fundamentales. Deben compaginarse los legítimos intereses privados, vinculados al desarrollo de programas, algoritmos y maquinaria que obliga a grandes inversiones y que, como contrapartida, legitima al titular a aspirar a beneficios, con las necesarias cautelas que impone la administración pública en todas sus manifestaciones. La necesidad de una contratación destinada no únicamente a garantizar la eficiencia, sino también la transparencia en la elección de contratistas, es fundamental para que no solamente la administración, sino también los ciudadanos confíen en los medios que utiliza la justicia para resolver conflictos.

Esa tecnología normalmente no se produce en un país concreto, sino que está en manos de grandes corporaciones con intereses en varios países, por lo tanto, en la contratación de esas herramientas aparece un elemento transnacional que puede generar recelos – conviene tener en cuenta que en un ámbito especialmente sensible como es el de los medios de pagos, las compañías que gestionan los pagos por tarjetas de crédito son en su totalidad norteamericanas.

La digitalización lleva aparejadas nuevas formas de almacenamiento y custodia. Quedan atrás los viejos archivos en los sótanos de los edificios judiciales, en los que la preocupación principal era la humedad y la acción de roedores o insectos. Ese nuevo almacenamiento en «nubes», «clusters» y servidores no se puede vigilar con la mirada, ni asir con las manos. El almacenamiento es «etéreo», inmaterial o de una materialidad tan frágil e insignificante como un microchip. Toda esta nueva realidad obliga a nuevas formas de acceso.

Un ámbito complementario es el de la seguridad, pues las nuevas formas de gestión y almacenaje obligan a sistemas de seguridad más sofisticados, cortafuegos informáticos, antivirus, prevención frente a ciberataques. De nuevo hay que dejar en manos privadas la gestión de la seguridad.

La conversión de documentos en datos determina que los archivos judiciales no se contenten con ser un mero contenedor de papel virtual, digitalizado, sino que organiza y atesora millones de datos que en su individualidad y en su conjunto adquieren un valor increíble, extremadamente sensible, que puede ofrecer perfiles individuales o colectivos cuyo interés supera el estrictamente judicial - ¿Cuánto vale la información del número de personas separadas o divorciadas de un país, con datos concretos sobre su domicilio? ¿Qué podría hacerse con la información sobre la solvencia económica de los ciudadanos de una región determinada? ¿A qué empresa de seguridad no le interesaría contar con una relación de denunciantes que han sufrido delitos contra su patrimonio?...

A esas preocupaciones o riesgos derivados de la incorporación de la tecnología a la administración de justicia, les acompañan otros más elevados, como el referido a la sustitución de las personas por máquinas no únicamente en el proceso de gestión, sino también en el de decisión. La conversión de la administración de justicia en un ejercicio de cálculo probabilístico, a partir de antecedentes cercanos o remotos, el miedo a los sesgos, a la manipulación de los algoritmos para influir en una decisión concreta, puede que no sea justa, pero sí estadísticamente asumible...

En definitiva, nuevas realidades conllevan nuevos riesgos y esos riesgos generan dudas. Esas nuevas realidades generan reacciones que muchas veces hace que los afectados nos comportemos como los antiguos luditas, que quemaban las máquinas que se incorporaban a las viejas factorías.

La revolución tecnológica es imparable, por lo que deben buscarse nuevas reglas y nuevos consensos que permitan una incorporación «tranquila» a ámbitos de gestión y decisión de lo público. Esos nuevos consensos dan lugar a nuevas formas de regulación de menor intensidad, los códigos de conducta, las recomendaciones, los memorandos, las declaraciones de intenciones... Los nuevos tiempos

están muy conectados a formas de «soft law» ajenos a la tradición jurídica latina, asentada en un sistema de estricta codificación.

La administración de justicia debe establecer primero cuál es su meta, cómo debe poner en relación el sistema tradicional de garantías con las nuevas exigencias de la eficiencia. Si no sabe a donde ir, los bandazos serán constantes, la digitalización se moverá a impulsos, sujeta a tensiones entre intereses públicos y privados.

El futuro es tan incierto como apasionante y sería una frivolidad dejarlo en manos de la fortuna o de la nueva tecnocracia.

La transformación digital de los servicios del Registro de la Propiedad, Mercantil y de Bienes Muebles

Antonio J. Muñoz Navarro

Registrador de la Propiedad. Censor y Director adjunto al SERC de los Registradores de Cataluña

Sumario

1. Introducción

2. Evolución histórica: del papel a la pantalla

3. La consagración del Registro electrónico: la Ley 11/2023, de 8 de mayo

3.1. Folio real electrónico

3.2. El asiento electrónico y la fe pública registral

3.3. La importancia entre la base de datos y la inscripción

3.4. La seguridad electrónica

4. Nuevos retos de los registros ante las tecnologías ya no tan futuras: la inteligencia artificial y la tokenización inmobiliaria

4.1. Inteligencia artificial

4.2. La tokenización inmobiliaria

1. Introducción

Si bien la institución del Registro de la propiedad se crea con la Ley hipotecaria de 8 de febrero de 1861, tanto el sistema que diseña como los principios que la inspiran han ido adaptándose a las vicisitudes de cada momento, sin que haya sido necesaria una reforma integral de la misma.¹

En un contexto de permanente innovación, y en un momento de transformación digital presente en todos los ámbitos, los registros de la propiedad, mercantiles y de bienes muebles no podían permanecer ajenos a esta corriente, de modo que venía a ser una exigencia la digitalización del entero sistema registral. Como dice DE PABLOS O'MULLONY:

«la realidad es que nos encontrábamos a mitad de camino; el Registro de hoy no es completamente electrónico porque los libros en papel tienen que imprimirse y la fe pública está depositada en esos libros en papel; los asientos registrales son completamente independientes de la base de datos registral, de forma que no necesariamente existe coherencia entre una y otros, lo cual perjudica seriamente la explotación y fiabilidad de los datos, que deben ser reintroducidos una y otra vez; pero, por otra parte, tenemos presentaciones electrónicas, comunicaciones electrónicas, y tenemos documentos registrales electrónicos, como las certificaciones o las notas de calificación de los documentos presentados electrónicamente. Lo cierto es que vivimos en una especie de esquizofrenia entre el mundo electrónico y el del papel; en una de tierra de nadie en la que se presentan y tenemos que resolver problemas técnicos y jurídicos ya del mundo

¹ PALAZÓN VALENTÍN, P., Pasado, «Presente y futuro de la Ley Hipotecaria» <https://noticias.juridicas.com/160-anos-de-ley-hipotecaria/noticias/16181-pasado-presente-y-futuro-de-la-ley-hipotecaria/>

electrónico con los escasos medios que la legislación registral específica existente hasta la actualidad nos brindaba»²

Este es el objeto de la Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios, migración de personas altamente cualificadas, tributaria y digitalización de actuaciones notariales y registrales; y por la que se modifica la Ley 12/2011, de 27 de mayo, sobre responsabilidad civil por daños nucleares o producidos por materiales radiactivos, permitiendo que los registros sean completamente electrónicos e incorporando las últimas herramientas de infraestructura y software en un sistema orientado a los datos, el cual permite la trazabilidad e interoperabilidad de los mismos con las Administraciones públicas y los ciudadanos que se relacionan con los mismos registros.

Ahora bien, viniendo la Ley a realizar esta transformación digital, lo cierto es que no modifica los tradicionales principios hipotecarios del sistema registral, ni tampoco la institución en sí misma. Realmente, se trata de una configuración formal u organizativa, afectando a su archivo y su ordenación, pero no a la eficacia del registro, manteniéndose, por tanto, su configuración sustantiva.³

² DE PABLOS O'MULLONY, J. M., «El registro electrónico: situación actual y regreso al futuro», Revista La Buhaira, editada por el Decanato de Andalucía Occidental del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, 3ª Época, nº 33, mayo-julio 2023, pág. 6.

³ En este sentido, CUQUERELLA MIRALLES realiza una enumeración de las notas características de los registros electrónicos en el ámbito del Derecho comparado, señalando que:

1.ª *La llevanza electrónica del registro jurídico de bienes rige tanto en los sistemas de registro de derechos como en los de registro de documentos*, implementándose tanto en los sistemas de registros de derechos (aquellos en los que se inscribe una situación jurídica real, como en Alemania) como en los sistemas de registros de documentos (en los que se registra el título formal que contiene la situación jurídico real, como Francia).

2.ª *La llevanza electrónica del registro jurídico de bienes rige tanto en los sistemas de inscripción voluntaria como en los de inscripción obligatoria*.

3.ª *La llevanza electrónica del registro jurídico de bienes no altera la técnica de configuración del contenido del registro*, pues se ha implementado tanto en los sistemas de transcripción (aquellos en los que lo que se lleva al registro

En todo caso, esta Ley viene a culminar un proceso de adaptación a las tecnologías que en cada tramo temporal iban apareciendo en el tráfico jurídico. Esta incorporación de las nuevas tecnologías ha permitido a los registradores situarse en la vanguardia tecnológica de cada momento, prestando un servicio acorde a las necesidades de la ciudadanía y las administraciones públicas.

El objeto de este escrito, el cual se desarrollará con mayor amplitud en la ponencia que tendrán lugar en las Vint-i-tresenes Jornades de Dret Català a Tossa, es exponer (de la mano de trabajos de compañeros realmente versados en la materia) cuáles han sido esas adaptaciones, señalando primero de una manera somera cuáles fueron las reformas que fueron desarrollando la modernización de la institución registral en la materia que estamos tratando. Una vez hayamos expuesto el ítem cronológico de las modificaciones, entraremos a analizar la Ley 11/2023, señalando cuáles han sido las novedades que más calado han tenido en nuestros registros. Finalmente, y dado que esta transformación digital no tiene visos de estancarse, plantearemos algunos de los horizontes a los que puede verse encaminada la institución registral: hablamos del uso de la inteligencia artificial y de la tokenización inmobiliaria.

es el documento o título formal íntegro, como en Francia) como en los sistemas de inscripción (en los que lo que se lleva al registro son los extremos de transcendencia real de la situación inscribible y que el registrador juzgue oportuno extractar, como en España) y en los encasillado (en los que se lleva al registro extremos de transcendencia real de la situación inscribible y predeterminados por ley, dedicándose un espacio específico en el folio abierto al bien, como en Alemania).

4.ª *La llevanza electrónica del registro jurídico de bienes no afecta a la eficacia del registro*, pues es compatible tanto con los sistemas débiles, negativos o de inoponibilidad (aquellos en los que la protección al tercero se limita a la inoponibilidad de los títulos de dominio o derechos reales que no se hayan inscrito con anterioridad y le sean incompatibles, como en Francia) como con los sistemas fuertes, positivos o de fe pública (en los que la protección del tercero es mayor y alcanza a la protección de su confianza en la apariencia de los pronunciamientos registrales).

2. Evolución histórica: del papel a la pantalla

Como señala DE PABLOS O'MULLONY⁴, el Registro español ha tenido sucesivas fases de modernización: la de mecanización, la de informatización y, finalmente, conforme a la Ley 11/2023, la de digitalización.

Pero situándose el nacimiento de la institución registral en el siglo XIX, el primer elemento físico sobre el cual se desarrollaron los principios registrales fueron los libros registrales no mecanizados. Así, la Ley hipotecaria se refería a los libros que, además de estar foliados y visados judicialmente, debían estar encuadernados, lo que impedía que los folios fuesen intercambiados. En este sentido, comenta que:

«por supuesto que el diseño inicial de los libros registrales hacía casi imposible su falsificación o alteración, pero como contrapartida hacía necesaria la redacción manual de los asientos. Esta cuestión era insoslayable en 1861, pues los primeros diseños industriales de máquinas de escribir no aparecieron hasta la década siguiente y eran, digámoslo de forma suave, pintorescos. En 1944-46, la máquina de escribir estaba suficientemente evolucionada, pero lo cierto es que no se sintió la necesidad de cambiar un sistema que, dado el limitado volumen del tráfico jurídico, había funcionado más que razonablemente bien».

El inicio de la mecanización de los registros resulta de la publicación del Real Decreto 3285/1976, de 23 de diciembre, sobre regulación de los Libros del Registro de la Propiedad, que permitía la utilización de los libros de hojas móviles, debiendo estar foliadas y selladas, consignándose en ellas el tomo y nombre del Registro (siendo también visado el libro en sí). Si bien este Real Decreto se fue complementando por diversas Resoluciones de la Dirección General de los Registros

⁴ DE PABLOS O'MULLONY, J.M, «El registro electrónico: situación actual y regreso al futuro». Boletín del Colegio de Registradores de España, ISSN 1135-0180, Nº. 116, 2023, págs. 11-35.

y del Notariado, no es hasta la Resolución de 27 de agosto de 1987 cuando se implanta de manera obligatoria el formato de libros de hojas móviles, lo cual supuso el inicio de la mecanización de la institución registral, siendo habitual ver en los registros máquinas de escribir.

Tras integrar los primeros ordenadores personales en los Registros a finales de la década de los ochenta, la primera modificación normativa se produce con el Real Decreto 430/1990, de 30 de marzo, por el que se modifica el Reglamento hipotecario en materia de informatización, bases gráficas y presentación de documentos por telecopia. Pero es a partir del año 2000 cuando la gestión electrónica de los Registros alcanza un siguiente nivel: se implanta una red colegial para todo el territorio nacional y para todos los Registros y se crean los grandes servicios de publicidad electrónica colegial: el FLEI (Fichero Localizador de Entidades Inscritas), el FLOTI (Fichero Localizador de Titularidades Inscritas) y el FLOMI (Fichero Localizador de Muebles Inscritos).

Ya en el siglo XXI, se producen reformas legales a través de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales Administrativas y del Orden Social y de la Ley 24/2005, la cual reforma la primera. Por primera vez, se regula la firma electrónica de los registradores y la presentación telemática de los documentos, a la par que se habla de soporte informático en el artículo 248 de la Ley hipotecaria. En relación con la situación existente a la entrada en vigor de la Ley 11/2023, sigue señalando este autor que:

«el actual Registro no era un Registro electrónico porque en última instancia la fe pública depende de los libros impresos en papel, sin embargo, que la fe pública dependa de los libros en papel no significa que no debiera tenerse en cuenta el soporte informático a que se refería el artículo 248 de la LH en su anterior redacción, porque sí puede existir en este mismo momento una llevanza en soporte informático del Registro y este es un tema muy importante a raíz de la autorización por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado a la firma electrónica de los asientos, imprimiéndose posteriormente en los tradicionales libros en papel con el código de verificación de la firma electrónica realizada. Este artículo 248 establecía que los

libros de los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles deberán llevarse por medios informáticos que permitan en todo momento el acceso telemático a su contenido. Y continuaba diciendo en su siguiente párrafo que El Registro dispondrá de un sistema de sellado temporal que dejará constancia del momento en que el soporte papel se trasladó a soporte informático».

Finalmente, la Ley 4/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, vino a establecer en su artículo 19 que:

«los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles se llevarán en formato electrónico mediante un sistema informático único en la forma que reglamentariamente se determine. Dicho sistema informático deberá permitir que las Administraciones Públicas y los órganos judiciales, en el ejercicio de sus competencias y bajo su responsabilidad, tengan acceso a los datos que consten en los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles, si bien, en el caso de las Administraciones Públicas, respetando las excepciones relativas a los datos especialmente protegidos. Dichos accesos se efectuarán mediante procedimientos electrónicos y con los requisitos y prescripciones técnicas que sean establecidos dentro de los Esquemas Nacionales de Interoperabilidad y de Seguridad», si bien el mismo nunca llegó a desarrollarse.

La última referencia legislativa, anterior a la Ley 11/2023, fue a través de la Disposición final decimoprimera de la Ley 3/2020, de 18 de septiembre⁵, que dice:

«el Gobierno remitirá a las Cortes Generales en el plazo más breve posible, no superior a nueve meses, un proyecto de ley, oídos el Consejo General del Notariado y el Colegio de Registradores de España, para habilitar la intervención

⁵ Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

telemática notarial y registral con el objetivo de facilitar la prestación de los servicios notariales y registrales sin necesidad de presencia física».

3. La consagración del Registro electrónico: la Ley 11/2023, de 8 de mayo

Esta evolución hacia una completa digitalización de los registros se consigue a través de la Ley 11/2023. Como señala GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN⁶, la publicación de esta norma viene motivada por la transposición de la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades, conocida como «Directiva de digitalización de sociedades» o «Directiva de herramientas digitales». En opinión de este autor:

«aunque el ámbito de la Directiva comunitaria aparece limitado al derecho de sociedades, en cuanto solo obliga a la constitución de sociedades «en línea»... el legislador aprovecha la ocasión para acometer una reforma de calado sobre la función notarial, en lo que se refiere al otorgamiento y autorización de las escrituras, y sobre el tradicionalmente llamado derecho hipotecario, en lo que se refiere a la llevanza de los Registros en general, en formato electrónico.

Son las nuevas tecnologías y la más eficiente gestión de las Administraciones públicas, las que aconsejan la puesta en marcha de los nuevos modos de prestación de servicio público por parte de notarios y registradores.

⁶ GARCÍA-VALDECASAS BUTRÓN, J. A., «Sobre el Proyecto de Ley de digitalización de registros y notarias: Ley del Notariado y Código de Comercio», <https://www.notariosyregistradores.com/web/normas/futuras-normas/sobre-el-proyecto-de-ley-de-digitalizacion-de-registros-y-notarias-ley-del-notariado-y-codigo-de-comercio/>

También, como expone el preámbulo de la Ley, «el actual contexto económico y social exige una Administración Pública fuerte, eficaz y adaptada digitalmente de forma que contribuya a la reactivación económica y robustezca el Estado Social y Democrático de Derecho».

Pues bien, como hemos venido apuntando, se trata esta reforma de una cuestión más formal que sustantiva. Con ella, se pretende lograr un Registro que combine los principios hipotecarios esenciales que configuran el Registro español como un Registro de derechos (basándose en el principio de legalidad, como ahora veremos) con un sistema tecnológico moderno, equiparable a los más importantes sistemas económicos y jurídicos. Como dice DE PABLOS O'MULLONY, *«La esencia no hay que alterarla porque es buena, y así lo ha demostrado durante más de siglo y medio»*. Se mantiene la función del registrador y la seguridad que proporciona el Registro, y se modifica el formato y soporte físico en el que se practicarán los asientos.

Antes de examinar la norma, hay que señalar que se han aprobado diversas resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe pública que han precisado cuestiones establecidas en la misma. Estas resoluciones son:

- Resoluciones de 7 de julio de 2023, que determinan:
 - a. El calendario de implantación contemplado en la Disposición Adicional Quinta de la Ley 11/2023, que permitió a todos los registros firmar electrónicamente los documentos registrales con fecha límite de 31 de diciembre de 2023.⁷

⁷ «Los Registros de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles deberán adecuarse a lo establecido en los artículos 35, 36 y 38 dentro del año previsto en el apartado 6 de la disposición final decimoctava para la entrada en vigor de los mencionados artículos.

El Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España presentará, para su aprobación por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, un calendario de implantación de las previsiones de esta ley que no exceda los límites temporales establecidos en la disposición final decimoctava. Dicho calendario, una vez aprobado por la citada Dirección General, será de obligado cumplimiento para todos los registradores».

- b. Los campos que obligatoriamente deben cumplimentarse en los sistemas de gestión registral, previstos en el artículo 242 de la Ley hipotecaria.
- c. Los formatos de los documentos registrales electrónicos, conforme al artículo 239 de la Ley hipotecaria.
- Resolución de 20 de julio de 2023, en la que se aprueban los campos que deben incluirse en el fichero en formato estructurado, que en caso de presentación telemática debe acompañarse al documento público notarial, conforme a los artículos 251 y 252 de la Ley hipotecaria.
- Resolución de 27 de noviembre de 2023, que aprueba el esquema de seguridad electrónica que con carácter idéntico deben aplicar todos los registros conforme al artículo 239 de la Ley hipotecaria.

Pasando a examinar la propia Ley, expondremos las novedades más destacadas:

3.1. Folio real electrónico

Se trata del último paso que veníamos comentando en la evolución del soporte físico de los libros. El artículo 238 de la Ley hipotecaria señala en su primer apartado: *«el Registro de la Propiedad se llevará bajo la técnica del folio real en formato y soporte electrónico, mediante un sistema informático registral»*.

Por tanto, se mantiene en nuestro Registro el sistema de folio real, alterándose únicamente el soporte del mismo. Esto es esencial para la correcta organización de la información y para que se siga aplicando la gestión territorial en la gestión de los Registros.

Este artículo sigue desarrollando el folio electrónico registral, al establecer en su apartado segundo:

«el folio real en soporte electrónico de cada finca se creará con ocasión de su inmatriculación o primera inscripción, o bien con ocasión de la realización de cualquier operación registral sobre aquella, con excepción de asientos accesorios.

En todo caso, el folio real en soporte electrónico incluirá necesariamente en el primer asiento que se realice la descripción actualizada de la finca y la relación de las titularidades, cargas y derechos vigentes que recaigan sobre aquella, con sus datos esenciales, que incluirán siempre las cantidades y conceptos garantizados por las cargas y las fechas de vencimiento, domicilio de notificación y tasación si constan».

Este apartado viene a determinar tanto el momento en que surge el folio real como el contenido que debe tener. En cuanto a las fincas que se inmatriculen, el asiento será similar a si lo fuese en un soporte papel. En cuanto al resto, se practicará un asiento similar al que ya se hacía en otras operaciones registrales, como cuando una finca pasa de un Registro a otro: el traslado.

En cuanto a los libros físicos, el mismo artículo señala en su apartado quinto que: *«los archivos digitalizados, los documentos y libros físicos anteriores a la implantación del folio real en formato electrónico forman parte del archivo del Registro y seguirán produciendo plenos efectos jurídicos»*.

Respecto de los asientos que se practican en el folio real, el artículo 242 señala en su primer apartado: *«en los folios reales de cada finca se practicarán las inscripciones, anotaciones preventivas, cancelaciones y notas de todos los títulos sujetos a inscripción, según los artículos segundo y cuarto»*. Este artículo no constituye ninguna novedad, pero hay que ponerlo en relación con el apartado cuarto del artículo 238 de la Ley hipotecaria, pues dice: *«la **representación gráfica de las fincas será objeto de inscripción específica** conforme a lo dispuesto en los artículos 9 y 10 de esta ley, y se visualizará igualmente a través de la aplicación de gestión registral, conforme a las reglas de publicidad previstas en los artículos 9 y 10 de esta ley»*. Si bien la incorporación de la representación gráfica georreferenciada de la finca estaba contemplada (en determinados casos, con carácter obligatorio) tras la reforma operada por la Ley 13/2015, se habían suscitado dudas sobre el alcance de dicha incorporación. La reforma precisa con claridad que la base gráfica es objeto de inscripción específica, y, por tanto, dicha inscripción gozará de todos los efectos que derivan de los principios hipotecarios.

3.2. El asiento electrónico y la fe pública registral

Venimos señalando que el sistema de los registros pasa de libros físicos al folio real electrónico. Por tanto, se produce un desplazamiento de la fe pública registral del papel a lo electrónico, como señala el último inciso del artículo 238: *«harán fe los libros y asientos en soporte digital que lleven los registradores conforme a lo dispuesto en esta ley»*.

Este traslado de la fe pública se garantiza por medio de la firma del Registrador, la cual, por lógica, será electrónica. En efecto, el apartado tercero del artículo 238 establece:

«los asientos registrales de los libros de inscripciones constarán en soporte digital, firmado electrónicamente por el registrador. El asiento digital será firmado electrónicamente con su certificado con firma electrónica cualificada, haciendo constar, la identificación del registrador firmante, la fecha de su firma, la huella digital y otros elementos relacionados con dicha firma electrónica que permitan comprobar la trazabilidad e integridad del asiento practicado. Dicha huella digital deberá incluirse también en el asiento relacionado con el asiento de presentación a que se refiere el artículo 249 de esta ley. **Solo los asientos extendidos conforme a lo dispuesto en este artículo producirán los efectos que les atribuyen las leyes**».⁸

⁸ La necesidad de la firma electrónica se consagra, tras la reforma, en otros artículos de la Ley hipotecaria. Así, el primer inciso del artículo 241 determina: «las resoluciones registrales, las certificaciones registrales, diligencias de cierre del Diario y en general cualquier documento que **deba ser firmado por el registrador, así como los asientos electrónicos, se firmarán con su firma electrónica cualificada**».

También se refiere a ella el artículo 249, al tratar del libro diario, pues dice: *«Todos los días no feriados, a la hora previamente señalada para cerrar el Registro, se cerrará el Diario por medio de una diligencia que extenderá y **firmará electrónicamente** el registrador inmediatamente después del último asiento que hubiere hecho. En ella se hará constar el número de asientos extendidos en el día, o la circunstancia, en su caso, de no haberse practicado ninguno.*

Por tanto, el asiento que se encuentre autorizado con firma electrónica del registrador tendrá todos los efectos que determina la Ley: fe pública, legitimación... Estos efectos se derivan del principio de legalidad, a través de la calificación del registrador.

En el mismo sentido se expresa el artículo 243 en su primer párrafo:

«el Registro de la Propiedad se llevará por fincas, abriendo un folio real en soporte electrónico particular a cada una de ellas. La calificación de los títulos referentes a una finca, la gestión, modificación y publicidad formal del contenido de dicho folio real se realizará por el registrador competente en cada caso, en función de la ubicación de la finca y la demarcación del Registro de la Propiedad correspondiente, conforme a las normas vigentes. Todas las inscripciones, anotaciones y cancelaciones posteriores relativas a la misma finca se practicarán a continuación en el folio real correspondiente a aquella».

Este artículo nos permite que realicemos un inciso. Si bien se refiere tanto al folio real como a la calificación, viene a tratar un elemento más al hablar del *registrador competente... en función de la ubicación de la finca*: la **competencia territorial**, la cual viene dada por motivos de orden público y por el carácter de autoridad que tiene el registrador, como ha determinado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en sentencia 9 de marzo de 2023, caso C-354/21.

En este sentido, cada oficina registral seguirá siendo totalmente independiente en su organización y en el control de su archivo de libros. También se hace referencia a este punto en otros artículos de la propia Ley hipotecaria.

Así, el artículo 238.1, en su segundo párrafo dice *«se entenderá por sistema informático registral el conjunto de elementos informáticos,*

Cuando el registrador extienda el asiento que corresponda en el libro de inscripciones lo expresará en un asiento electrónico relacionado con el Libro Diario. Estos asientos se firmarán electrónicamente e incluirán necesariamente los datos específicos de cada inscripción, la huella digital y código electrónico de verificación de todas las inscripciones que hubiera causado el título».

*físicos y lógicos, **situados en cada oficina registral**, debidamente interconectados entre sí y con los servicios centrales del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, a través de la correspondiente red corporativa».*

El propio artículo 238, en el último párrafo del punto segundo dispone: *«todas las diligencias judiciales o extrajudiciales que exijan la visualización o cotejo de los asientos registrales **se practicarán en la oficina del Registro**»*, lo que atribuye al registrador el pleno control de los libros registrales. Incluso tratándose de diligencias judiciales, no se permite el acceso remoto a los libros del registro, siendo necesario su cotejo en la propia oficina.

3.3. La importancia entre la base de datos y la inscripción

Antes de la reforma que estamos tratando, los asientos registrales y la base de datos estaban desconectados, porque los asientos no necesariamente se formaban a partir de esta última. Ello originaba que esta base, la cual sirve de base a la publicidad registral, pudiese contener errores que no eran detectados en el cotejo de los asientos. Como dice DE PABLOS O'MULLONY, *«no puede concebirse un Registro electrónico que no asegure la total y absoluta coherencia de los asientos con la base de datos registral y esto solamente podrá ocurrir si dichos asientos literarios se configuran a partir de la base de datos. Esta es una de las fortalezas esenciales del Registro electrónico»*.

Esta cuestión se encuentra solventada por los artículos 241.2 y por el artículo 242 de la Ley hipotecaria. Así, el primero establece en su primer párrafo:

«a los efectos de crear un repositorio electrónico con la información actualizada de las fincas, en el momento de la realización de una operación registral en la que se constituya, reconozca, transmita, modifique o extinga cualquier derecho real o, en general, cualquier otra alteración registral, se generará con los datos extraídos de la aplicación un documento electrónico con información estructurada que contendrá la descripción actualizada de la finca, la referencia

catastral, indicación sobre si se ha inscrito la base gráfica de la finca y el carácter de finca coordinada con Catastro, cuando consten dichos datos, su titularidad y las cargas vivas que pesen sobre aquella. Este documento electrónico permitirá al registrador comprobar la coherencia de los datos obrantes en la aplicación con los asientos registrales antes de firmar el asiento correspondiente. El documento deberá ser firmado con el sello electrónico del Registro en el mismo momento de la firma electrónica del asiento por el registrador... Los datos contenidos en el último de los documentos electrónicos generados de la finca, junto con los datos de entrada y presentación, servirán para la preparación de la información registral».

Este documento a que hace referencia el artículo se genera con los datos extraídos de la aplicación. Al respecto, el artículo 242 dice:

«los Registros dispondrán de una base de datos auxiliar para la gestión registral. Deberá asegurarse la correspondencia entre los datos de la base de datos auxiliar de los Registros y los asientos registrales. Para ello, sin perjuicio del contenido esencialmente literario del asiento, sus datos fundamentales solamente podrán incorporarse al asiento mediante su previa introducción en la base de datos y únicamente podrán corregirse modificando la base de datos y generando un nuevo asiento antes de su firma que sustituya al anterior. Firmado el asiento no podrá alterarse la base de datos sin rectificar el asiento, conforme a la legislación hipotecaria».

Es importante esto último: una vez firmado el asiento, la base de datos no podrá rectificarse sino por medio de un nuevo asiento rectificando el anterior. Lo que la reforma aporta en este terreno es la garantía de que la base de datos siempre va a responder con fidelidad al contenido de los libros registrales, pues es necesario rectificar los correspondientes asientos para modificar dicha base.⁹

⁹ En cuanto a los datos que se consideran esenciales, el último párrafo del artículo 242 dice «el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España determinará los campos de la base de datos que se consideren de

3.4. La seguridad electrónica

A esta materia hace referencia el artículo 239 de la Ley hipotecaria:

«Los Registros aplicarán con carácter obligatorio un esquema de seguridad electrónica que se definirá con arreglo al modelo de oficina registral que se determine por el órgano correspondiente del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España y que se reflejará en una guía técnica que deberá ser elevada a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública para la aprobación por la misma. Se atenderá especialmente a garantizar la lectura y verificación de los asientos y documentos registrales en el tiempo, con los procesos necesarios para la actualización periódica de los sistemas, aplicaciones y datos, de forma que se asegure la permanencia de estos en el largo plazo, incluyendo cuando proceda el resellado electrónico de los documentos o técnicas similares que puedan desarrollarse.

Los documentos registrales electrónicos tendrán el formato que determine el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, pero siempre dentro del catálogo de estándares que recoja en cada momento la correspondiente norma técnica de interoperabilidad. En todo caso, elevará motivadamente a la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública su propuesta al respecto del formato, para la aprobación por la misma.

Tanto la base de datos de cada Registro como el archivo conformado por los asientos registrales, del que derivan los efectos previstos por las leyes y reglamentos, debe radicar

cumplimentación obligatoria, conforme a un modelo semántico común a todos los Registros de la Propiedad e interoperable que deberá ser aprobado por la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública. En todo caso se considerarán datos esenciales a los efectos de lo dispuesto en este artículo los relativos a los nombres, apellidos o denominaciones y documentos identificativos de los titulares registrales, el carácter y porcentaje de su titularidad, así como las responsabilidades por cantidades y plazos de las garantías dinerarias».

Como hemos visto, esto se ha cumplimentado por una de las tres Resoluciones que la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública de 7 de julio de 2023.

en la oficina registral, bajo la custodia del registrador. No obstante, los datos y asientos en soporte electrónico deberán replicarse de la forma más inmediata posible en al menos dos centros de proceso de datos seguros, distantes geográficamente entre sí, establecidos bajo la responsabilidad del Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España, a donde llegarán encriptados en origen mediante un certificado electrónico exclusivo de cada oficina registral a cargo del registrador titular del distrito hipotecario en cada momento, que será el único que podrá autorizar su desencriptado y uso. El protocolo técnico de replicación se establecerá por el Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y de Bienes Muebles de España previo informe favorable de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública y será idéntico y obligatorio para todos los Registros, debiendo prever los casos de división personal, accidentalidades, interinidades, cese fallecimiento o incapacidad del registrador titular».

Respecto los dos primeros párrafos, el esquema de seguridad electrónica fue aprobado por la mencionada Resolución de 27 de noviembre de 2023, mientras que el formato de los documentos electrónicos fue aprobado por la tercera Resolución de 7 de julio de 2023.

En cuanto al párrafo tercero,¹⁰ es importante destacar que los documentos firmados se replican de la forma más inmediata, al menos en dos centros de proceso de datos, bajo responsabilidad del Colegio de Registradores, llegando estos datos encriptados en origen.

La reforma afecta a otras cuestiones, como a la presentación de los documentos o a la posibilidad de que los registradores utilicen

¹⁰ Además de reiterar la gestión individual de cada oficina registral, cuando dice que «tanto la base de datos de cada Registro como el archivo conformado por los asientos registrales, del que derivan los efectos previstos por las leyes y reglamentos debe radicar en la oficina registral, bajo la custodia del registrador», así como «... mediante un certificado electrónico exclusivo de cada oficina registral a cargo del registrador titular del distrito hipotecario en cada momento, que será el único que podrá autorizar su desencriptado y uso».

sistemas de videoconferencia para el ejercicio de sus funciones, lo cual será objeto de exposición en la ponencia.

4. Nuevos retos de los registros ante las tecnologías ya no tan futuras: la inteligencia artificial y la tokenización inmobiliaria

Hemos visto cómo la transformación digital de los Registros se ha completado gracias a la Ley 11/2013, trasladando los efectos de la fe pública del papel al asiento electrónico y creando un sistema de seguridad electrónica acorde a los importantes efectos que otorga la institución registral.

Pero como apuntamos al principio del escrito, esta institución se ha ido adaptando a las (cada vez más rápidas) circunstancias cambiantes del momento. Ante esta situación, cabe plantearnos cuál ha de ser su postura ante dos nuevos elementos que han aparecido en nuestros días: la inteligencia artificial y la tokenización inmobiliaria.

4.1. Inteligencia artificial

Siguiendo a CUQUERELLA MIRALLES¹¹ y antes de entrar en la posibilidad de aplicación de la inteligencia artificial en los registros, expondremos qué ha de entenderse por inteligencia artificial, así como las clases de sistemas de la misma.

¹¹ CUQUERELLA MIRALLES, P, «Los registros jurídicos de bienes ante la inteligencia artificial (Del registro electrónico al registro ¿inteligente?)», XXIII Congreso Mundial de Derecho Registral, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

4.1.1. Acercamiento al concepto de inteligencia artificial

A estos efectos, es de tener en cuenta el Reglamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial. En su artículo 3.1 define el sistema de inteligencia artificial como:

«un sistema basado en una máquina que está diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales».

Por tanto, los sistemas de IA se basan en un algoritmo que especifica las acciones a llevar a cabo por el propio sistema para obtener un determinado resultado a partir de la entrada de información.

Los sistemas de IA pueden clasificarse, por razón de su utilidad¹², en:

- a. Inteligencia artificial débil, que se centra en una tarea determinada, pero sin autoconciencia, como puede ser el traductor de Google.
- b. Inteligencia fuerte, que permitiría resolver problemas mejor que un ser humano. Para ello, la IA necesitaría capacidad para razonar, planificar, resolver problemas, predicar ideas complejas, aprender rápidamente y aprender de la experiencia.
- c. Superinteligencia artificial, que pretende superar las capacidades humanas.

¹² BARRIO ANDRÉS, M., Manual de Derecho digital, 3.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024.

4.1.2. Los sistemas de inteligencia artificial en el procedimiento registral

La incorporación de herramientas basadas en sistemas de inteligencia artificial a la práctica jurídica ha venido a denominarse Legal Tech. Estas herramientas se basan en sistemas de IA débil, como puede ser la automatización de tareas burocráticas. Si bien esta noción estaba ligada a la práctica de la abogacía, todos los operados jurídicos han ido incorporando sistemas basados en la IA, incluso en la actividad administrativa o jurisdiccional¹³.

En cuanto a su implementación en el sistema registral, podemos distinguir:

A. La presentación

Como dice CUQUERELLA MILLARES, en esta fase la inmediatez de la inteligencia artificial podría ser muy útil, pues al presentarse el título podría extenderse de manera automática el asiento de presentación (dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 251.1 de la Ley hipotecaria, cuando dice que «*el contenido del Diario electrónico deberá ser actualizado en el menor plazo posible*»). Ahora bien, este autor considera que existen dos circunstancias que disuaden de utilizar el control humano del asiento de presentación. Efectivamente:

«en primer lugar, desde una perspectiva negativa, en algunos ordenamientos se estatuyen una serie de causas por las que se puede denegar el asiento y esta resolución debe estar motivada y es recurrible (en Derecho español, artículo 246.3 de la Ley Hipotecaria e, interpretando la nueva redacción, vid., Resolución, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, de 28 de mayo de 2024, BOE de 5 de julio; en Derecho austríaco, §82. Ade la Allgemeines

¹³ Este camino se ha iniciado especialmente en los ordenamientos anglosajones, en los que han implantado sistemas de IA que permiten resolver asuntos en las que las decisiones se reiteran, como anulación de multas de tráfico (software DO NOT PAY del Reino Unido) o resolución de divorcios y separaciones (SPLIT-IP en Australia). BARONA VILAR, S., «Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice», Valencia, Tirant lo Blanch, 2021.

Grundbuchsgesetz; en Derecho portugués, artículo 66 del Código do registro predial); en segundo lugar, desde una perspectiva positiva, los poderosos efectos — de prioridad o de fe pública — que algunos ordenamientos anudan al asiento de presentación exigen extremar la cautela».

B. La calificación

En el mismo sentido que con la presentación, habría que estar en contra de eliminar la intervención humana en la calificación registral. Y ello por lo siguiente:

- a. El carácter jurídico de la calificación: si bien se exige un conocimiento riguroso del Derecho, su aplicación no tiene carácter automático. Es preciso interpretar el mismo y adaptarlo a la situación de hecho, la cual a su vez también puede ser objeto de interpretación.
- b. El carácter motivado de la calificación: la calificación debe ser motivada y fundada en Derecho. En este sentido, sigue diciendo este autor:

«trasladar este razonamiento a los sistemas de IA nos conduce inexorablemente a la noción de explicabilidad, que se ha erigido en unos de los principios rectores en esta materia, en conexión con el derecho a saber. La explicabilidad consiste en suministrar a las personas interesadas información significativa sobre la lógica (conexiones) que el algoritmo sigue en la elaboración de una decisión y sobre los criterios aplicados en la toma de decisión. Pero ocurre, especialmente en los sistemas basados en el aprendizaje profundo... que incluso para quienes lo diseñan y entrenan es difícil explicar por qué está funcionando como lo está haciendo. Esta baja explicabilidad, en la medida en la que puede afectar al derecho al recurso incardinado en el derecho a la tutela registral efectiva, no puede admitirse».

- c. El carácter responsable de la calificación: pues de admitirse la calificación por un sistema de IA, surgiría un problema de imputación del daño.

Se concluye, por tanto, que las herramientas basadas en la IA no son aptas para emitir automáticamente juicios de legalidad registral, lo cual no es óbice para reconocer las ventajas que puede suponer el que puedan actuar de manera instrumental o asistencial, como emitiendo propuestas de calificación en los casos reiterativos o simples o llevando a cabo análisis topográficos cuando se trate de calificar la representación gráfica de la finca.

C. La redacción del asiento

Si bien sería posible que, una vez calificado el título, el sistema de IA extrajese los datos de trascendencia real del título y redactase el asiento, ello no eximiría del cotejo del título con el asiento, lo cual necesita intervención humana.

D. La expedición de publicidad formal

En este caso, aunque la implementación de sistemas de IA es positiva gracias a las herramientas que ofrecen las mismas (haciendo más completos los medios de publicidad, como introduciendo en la descripción de la finca datos que obren en registros administrativos como si es zona tensionada de mercado de alquiler o los niveles de ruido ambiental), el tratamiento de la publicidad implica asegurarse del cumplimiento de la normativa en protección de datos de carácter personal, cumplimiento que necesariamente ha de ser profesional mediante la calificación del interés legítimo del solicitante.

4.1.3. Conclusiones

Si bien los registros jurídicos pueden verse beneficiados gracias a los sistemas de IA, en cuanto a su funcionamiento y dinámica interna, en algunas de las fases del procedimiento registral, esta incorporación ha de realizarse con cautela.

Mientras que esta implantación no puede producirse indistintamente en todas las fases del procedimiento ni con la misma intensidad (tal y como hemos visto anteriormente), el alcance de las herramientas que nos brindan los sistemas de inteligencia artificial deber ser siempre de carácter instrumental, sin sustituir la intervención humana del registrador, pues es el único (garante-responsable) del ajuste a Derecho de la actividad registral.

4.2. La tokenización inmobiliaria

La tokenización inmobiliaria es un fenómeno emergente, que conlleva indudables aplicaciones prácticas y mejoras de los mercados inmobiliarios. La tokenización en general, ha seguido la línea de comportamiento que es propia de las tecnologías disruptivas, desde un estadio inicial de euforia y de creencia de las posibilidades de la tecnología, hacia una situación de madurez en la que se elaboran modelos de uso de estas tecnologías intentando equilibrar todos los intereses que representan los diferentes agentes del mercado.

Por token se entiende un metadato o referencia criptográfica sobre un registro de tipo descentralizado, a modo de unidad de valor. La tokenización es un método para convertir derechos en un *digital asset on-chain* que, operado en una blockchain, controla remotamente un *real asset off-chain* (es decir, aquello que está fuera de la blockchain). Estas fichas digitales se someten a una programación informática que los hace susceptibles de *smart contracts*.¹⁴

Cuando se habla de tokenización, normalmente se trata de la tokenización de *equity* (acciones de una empresa como títulos de renta variable que se compran y venden en los mercados) de sociedades vehiculares. El punto de partida es la creación de una sociedad que va a ser la titular del inmueble tokenizado, tokenizándose a su vez los derechos de los socios partícipes de la sociedad, de forma que el

¹⁴ ARGELICH COMELLES, C., «El derecho ante la tecnología: innovación y adaptación. La transmisión digital de la propiedad mediante su adquisición derivativa en las plataformas blockchain», Colex, 2022.

adquirente del token adquiere un derecho a la percepción de los frutos obtenidos con el inmueble subyacente.

Esta tokenización opera con los denominados *asset-backed tokens*, aquellos que representan un derecho sobre un activo, que puede ser transmitido al transmitirse el token. Por tanto, existe una relación entre el token digital y el activo subyacente que representa. Esta relación no es accesorio, sino que hay una relación de esencia, debiendo el token comportarse en el plano digital de la misma manera que el activo se comportaría en el mundo analógico. Esta relación es la responsable de que el mundo digital sea (configurado correctamente) un espacio de mercado válido, ya que las transacciones que se realicen en esta realidad *on chain* está afectando a la realidad *off chain*.

Ahora bien, teniendo en cuenta esta relación, un token inmobiliario existirá cuando represente en el mundo digital el derecho real del inmueble representado, debiendo reunir los caracteres de inmediatividad, reipersecutoriedad y eficacia erga omnes que son propias de esta categoría de derechos. Y como consecuencia de ello, no podrá existir una verdadera tokenización inmobiliaria si el token representa derechos personales relacionados con el inmueble o tratándose de un mero *ius ad rem*.

En la tokenización de equity, al adquirirse un derecho a la percepción de los frutos, no se está tokenizando el derecho de propiedad sobre el inmueble. Al utilizarse una sociedad como intermediaria, se aplica la normativa de sociedades de capital, de modo que no existe una adquisición directa de los derechos por los socios, sino que únicamente adquirirán un derecho a los beneficios.

Para solucionar esto, ARNAEZ FERNÁNDEZ¹⁵ propone un sistema en el que, adecuado a nuestro Derecho¹⁶, la tokenización inmobiliaria pueda ser viable a través del Registro de la Propiedad, evitando merma

¹⁵ ARNAEZ FERNÁNDEZ, L., «Tokenización inmobiliaria desde una perspectiva registral», pendiente de publicación» Las líneas generales de sus ideas fueron expuestas en la Jornada “El papel de los Registradores en la tokenización: la seguridad jurídica”, organizada por el Colegio de Registradores el 28 de mayo de 2025.

¹⁶ En derecho comparado ya hay sistemas que, acomodándose a cada sistema registral, se están implantando, como el sistema de registro de la propiedad basado en tecnología blockchain en Suiza o el marco legal de tokenización en Qatar.

alguna en la seguridad jurídica preventiva y sin afectar a los pilares que fundamentan el sistema de transmisión de la propiedad inmobiliaria en nuestro sistema civil e hipotecario.

Mediante este sistema, además de permitir tanto el fraccionamiento del activo (democratizando la inversión), como el incremento de eficiencia y velocidad en las transacciones, así como el uso de *smart contracts* y el aumento en la custodia de la información, pretenden salvarse distintos problemas que pueden surgir por una tokenización inmobiliaria sin intervención del Registro de la Propiedad. En este sentido, señala que tendría los siguientes riesgos:

- Creación de mercados paralelos que conlleven dobles ventas.
- Eliminación del control estatal en materia de tráfico inmobiliario.
- Aparición de cargas y gravámenes ocultos.
- Ineficacia en la protección de los terceros de buena fe.
- Desaparición de la fiscalidad relacionada con la transmisión inmobiliaria.
- Imposibilidad de control en materia de blanqueo de capitales.
- Eliminación de la responsabilidad patrimonial universal.
- Imposibilidad de recuperación de claves en caso de fallecimiento.
- Merma de la seguridad jurídica.

En este sentido, señala:

«solamente un Registro de la propiedad que despliegue plenos efectos frente a terceros, que se fundamente en el control de la legalidad de las operaciones *on y off chain*, que elimine la posibilidad de dobles transmisiones, que permita la ejecución forzosa del patrimonio de los deudores, que posea el control de las claves y que colabore con las diferentes administraciones puede servir para que el fenómeno de la tokenización, con las ventas expuestas, pueda existir.

Únicamente, un Registro de la propiedad a cargo de los Registradores, ejercientes de las facultades estatales de reconocimiento de la propiedad, puede evitar que la digitalización traiga consigo una merma de la confianza en un

mercado, tan estratégico para el estado como el inmobiliario, que a la postre produzca una absoluta desaparición de la seguridad jurídica y un aumento, sin precedentes, de la litigiosidad en materia inmobiliaria».

Con estos objetivos, plantea en primer lugar si la tecnología blockchain¹⁷ puede sustituir al Registro. Y su respuesta es categóricamente negativa¹⁸, no solo su sustitución, sino que sería incompatible la convivencia del Registro con otras plataformas que pretendan realizar su misma función, pues daría un valor institucional a estas plataformas, además de quebrar el principio de información unívoca esencial de nuestro sistema registral.

Ahora bien, esto no impide que la tecnología blockchain pueda emplearse como espacio de contratación, del que resulten títulos que sean objeto de inscripción.

Asimismo, puede emplearse como tecnología integrada en el Registro de la propiedad, facilitando la llevanza del mismo y aportando todas sus ventajas. El diseño que plantea tiene los siguientes caracteres:

¹⁷ Por *blockchain* se entiende como el fichero electrónico, descentralizado, inmutable y formando una cadena de bloques, ligados entre sí por códigos alfanuméricos llamados *hashes*, el contiene la información de la transmisión realizada. Como vemos, se trata de una tecnología. Y como tecnología que es, ha de considerarse como un medio a utilizar por instituciones ya existentes, en un plano de subordinación.

¹⁸ Ello por:

1. El Registro como institución emana de los poderes del Estado, mientras que la tecnología no tiene más fundamento que la utilidad del sistema.
2. El registrador realiza, como hemos visto, una labor de calificación lo cual en modo alguno realiza la tecnología, pues se circunscribe a constatar el mero hecho de contratación entre partes.
3. El Registro es único y unívoco (de forma que un inmueble, conforme a la organización de los distritos hipotecarios, solo puede ser objeto de publicidad en un único registro de la propiedad).
4. El Registro no participa del negocio jurídico obligacional, sino que opera con transmisiones inmobiliarias ya consumadas.
5. El Registro de la propiedad es público, pero en términos de publicidad controlada y calificada por el registrador.

1. Se establecería una arquitectura de red en la que los registradores son los únicos nodos de validación de las operaciones.
2. Esta plataforma es una plataforma independiente de la plataforma en la que se realiza la contratación, pero conectada con esta.
Es en este punto donde entraría en juego la institución del notariado. Manteniéndose las labores fundamentales del control de legalidad de los negocios jurídicos que se documente, así como el control de identidad y capacidad de los contratantes, los notarios podrían desplegar esta labor de control, creando como objeto de red el contrato. Esta red, que trabajaría con contratos tokenizados, podría tener un enlace con la red registral, de forma que una vez prestado el consentimiento, se presentaría el documento a inscripción.
3. El folio real se configura como token inmobiliario, de forma que solamente los registradores pueden autorizar las transmisiones de estos tokens. En las plataformas externas de contratación, los tokens transmitidos nunca serán tokens inmobiliarios. Se trata de contratos tokenizados, en los que el objeto de transmisión es la posición jurídica contractual. Se trataría de un negocio jurídico obligacional.
4. La conexión con las demás plataformas sigue el sistema de puerto de entrada y recepción. Se proponen las transacciones a la espera de que el registrador las califique. De este modo, cuando una determinada plataforma quiera incorporar un inmueble en su catálogo de ofertas, se deberá realizar una comunicación previa al Registro de la propiedad, solicitando dicha incorporación. En el Registro se reflejará esta solicitud, en forma de advertencia a posibles otras plataformas en las que se negocie sobre el mismo inmueble.
5. El registrador realiza una función de «oráculo», mediante la calificación registral en los mismos términos que los que se emplean hoy en día.
6. El registrador ejerce, asimismo, la función de *token holder*, en tanto que solamente será posible la transmisión de los tokens cuando expresamente se autorice por el registrador. De este modo, se posibilita asimismo la ejecución forzosa de tokens para dar efectividad al principio de responsabilidad patrimonial universal.

En este sistema, en el que la tokenización inmobiliaria solo tiene sentido cuando se da en el seno del Registro de la propiedad (de modo similar a la constitución de la hipoteca), transmitiéndose un activo del mundo *off chain* que se refleja en la red blockchain, la eficacia de la inscripción sería constitutiva. Y ello por dos razones:

En primer lugar, porque las plataformas de contratación carecen de virtualidad en la transmisión de tokens, ya que, como hemos señalado, no puede producir transmisión de tokens inmobiliarios, sino únicamente la transmisión de la posición jurídica contractual en el plano civil obligacional.

Por otra parte, el token carece de virtualidad posesoria. Esta situación se resuelve mediante la ficción jurídica de que la posesión de las claves comporta la posesión del token. Pero en el modelo propuesto, la posesión de las claves es solo en cuanto a operaciones de consulta de titularidad por parte del titular del token, nunca del token en sí, ya que las claves permanecen bajo la custodia del registrador. En este sentido, se plantea un sistema similar al que señaló HERMIDA LINARES en materia de transmisión de propiedad inscrita y no inscrita.¹⁹

Además de otorgar una correspondencia entre el momento de la transmisión del token con el de la inscripción en el Registro, con sus consecuentes efectos frente a terceros al no haber una discordancia entre la realidad registral y la extrarregistral, permitiría potenciar actividades de prevención de blanqueo de capitales (así, las criptomonedas se han asociado a la realización de actividades ilícitas y de blanqueo), de protección al consumidor y de pago de impuestos (en este sentido, si el token incorpora el derecho de propiedad del inmueble, la transmisión del mismo debe generar la aparición de los hechos imponibles relacionados con los mismos inmuebles).

¹⁹ HERMIDA LINARES, M., «Problemas fundamentales de derecho inmobiliario registral», Madrid, 1973.

La tokenización de activos inmobiliarios en nuestro Derecho: rechazo a las propuestas formuladas

Pedro Rincón de Gregorio

Notario

Sumario

1. Introducción

2. La tokenización de activos: algunas nociones previas

3. ¿Pero es posible y viable la tokenización de activos inmobiliarios?

3.1. La posición registral

3.2. La posición notarial

4. Los problemas no planteados de la tokenización de bienes inmuebles

4.1. El mercado hipotecario

4.2. El principio de responsabilidad patrimonial universal

4.3. El blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo

4.4. La protección de los consumidores

4.5. La fiscalidad

4.6. La protección de datos

5. Conclusiones

Bibliografía

1. Introducción

Las nuevas tecnologías nos ofrecen siempre nuevas oportunidades y, a la vez, grandes retos. Retos que, para los juristas, plantean un doble riesgo, digamos, metodológico:

El primero de ellos es que nos apresuremos a ofrecer regulación en un entorno tecnológico nuevo y dinámico que, en muchas ocasiones, no conocemos suficientemente. Respuestas precipitadas tras un estudio apenas superficial, que a duras penas consigue alcanzar una segunda capa del conocimiento necesario. En definitiva, como recuerdan LLOPIS BENLLOCH y FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS, no se puede estudiar el impacto jurídico de *blockchain* (añado, se puede generalizar de cualquier novedad tecnológica) sin conocer su tecnología. Y conocer la tecnología supone, qué duda cabe, un enorme esfuerzo para los juristas, que nunca deberían conformarse con darse por satisfechos con algunas publicaciones de consumo generalista.

El segundo riesgo que comentábamos está relacionado con el primero y es la enorme tentación de reducir esa novedad a categorías conocidas que nos eviten salir de nuestros esquemas de conocimiento. Este defecto es consecuencia de que, en muchas ocasiones, los nuevos vientos son tan innovadores que la única manera que tenemos de entenderlos, en una primera impresión, buscando símiles a los que agarrarnos. En ocasiones, es innegable por obvio, este error se debe directamente al esfuerzo intencionado de algunos colectivos profesionales por abrazar estas nuevas tecnologías de manera que minimizan el riesgo (o así lo creen) de que esa tecnología les plantee dificultades corporativas que afecten a su función, pública o privada, e indirectamente a sus legítimos intereses económicos. Estos errores metodológicos conducen, como veremos en este estudio, a que estos impostados abrazos y bienvenidas a la nueva tecnología desdibujan los contornos de esta. Con ello acaban forzando su equiparación a instituciones jurídicas conocidas, lo que lleva a una consecuencia indeseable: deforman, al mismo tiempo, la tecnología y su función profesional.

Es este último el riesgo o defecto en el que pretendemos profundizar, pues la tokenización de bienes inmuebles, como

propuesta puramente teórica, hipotética y optimista de algunos (sin duda entusiastas de la tecnología), fue rápidamente contestada y asumida por algunos sectores jurídicos. En este ensayo nos interesa especialmente la acogida de estos postulados por parte de los dos colectivos profesionales, funcionarios públicos, más relevantes en el sistema jurídico de transmisión de inmuebles: notarios y registradores de propiedad.

Sin embargo, a pesar del alto nivel jurídico y profesional de ambos colectivos, en esta materia se ha demostrado que ha habido, en algunos casos, más deseos corporativos que una pausada y reflexiva mirada a la cuestión de la posible tokenización de bienes inmuebles. En ocasiones, además, algunos han hecho bandera de su función, de sus bondades, a costa de ignorar o despreciar al otro. Y ese camino, aparte de no aportar nada, no es honesto científicamente.

No debemos olvidar que el origen de la tecnología de la cadena de bloques es el rotundo deseo de conseguir la descentralización e independencia de las dinámicas económicas establecidas. Se trata de una tecnología, en los casos más perfectos, autosuficiente, autoejecutable y ajena a cualquier control externo. No en vano a muchos entusiastas de esta tecnología se les ha llamado criptoanarquistas. Como dice GONZÁLEZ-MENESES *«Tenemos que ser conscientes de que, en su planteamiento inicial, blockchain es una manifestación concreta de una tendencia de alcance general que pretende sustituir el derecho, en el sentido más amplio del término, por la tecnología»*. Esta perspectiva nunca debe ser perdida de vista porque, si lo que se pretende es modalizar la tecnología para que encaje en unos intereses corporativos, ya estaríamos ante otra tecnología y la propuesta legislativa ofrecida sería ineficaz, quedaría en vía muerta.

Como decíamos, en este estudio no se pretende apenas explicar qué es *blockchain*, sino que nos proponemos abordar una cuestión muy específica de esta tecnología de la cadena de bloques, cual es la llamada tokenización de bienes inmuebles. Esta materia concreta, repetimos, ya ha sido estudiada previamente por muchos juristas y tenemos disponibles una multitud de manuales, trabajos colectivos, ensayos y conferencias en los que cada uno defiende su solución, pero no todos reconocen que, tal y como están las cosas, nos encontramos ante un reto de muy difícil solución.

Por tanto, en nuestro estudio empezaremos haciendo una breve referencia a la tokenización de activos, para centrarnos en los inmobiliarios. A continuación, revisaremos la posición del colectivo registral y del notarial para acabar, por último, explicitando los principales desafíos no resueltos en la llamada tokenización de inmuebles. Finalmente, intentaremos ofrecer algunas conclusiones muy concisas.

Este estudio da por hecho que las opiniones vertidas por algunos registradores o por algunos notarios no son necesariamente las posiciones corporativas y oficiales de sus respectivas corporaciones, e incluso nos atrevemos a decir que quizás tampoco sean mayoritarias en sus respectivos cuerpos. La mayoría de sus miembros, seguro, ni tan siquiera tienen una opinión sobre estas cuestiones tecnológicas.

La mirada al fenómeno de la tokenización de inmuebles se hará desde el derecho civil patrimonial. Al respecto, creemos que es igualmente aplicable al derecho catalán que al, mal llamado, derecho común. Ambos, en esta materia, beben de los mismos precedentes históricos y ambos configuran la transmisión como un acuerdo de voluntades necesitado de entrega del objeto y la compraventa como un negocio obligacional. Por último, los aspectos civiles no nos pueden hacer olvidar otros aspectos enormemente importantes en la dinámica de la transmisión de los bienes inmuebles en nuestro ordenamiento.

Por último, no podemos resistir hacer una referencia a las denominaciones. Por ser homogéneos en las denominaciones más frecuentes, normalmente usaremos el anglicismo *token* (y, por tanto, tokenización) en vez de la palabra castellana ficha y *blockchain* en vez de cadena de bloques, que sería más respetuosa con el idioma, pero menos comprensible en el contexto tecnológico en el que nos moveremos.

2. La tokenización de activos: algunas nociones previas

Nos interesa destacar, en primer lugar, que la desregulación de estas tecnologías ha permitido un enorme desarrollo de las mismas, de tal manera que pretender explicar su funcionamiento en un trabajo jurídico es inviable. Además, no es el objetivo de este ensayo.

De hecho, el propio legislador, a la hora de ofrecer una legislación sensata (en eso debería consistir legislar) se ha visto obligado a hacer clasificaciones que simplifican la materia y que no implican compartimentos estancos, sino caracterizaciones que ayuden a perfilar los distintos activos digitales relacionados con *blockchain*.

Empecemos, sin embargo, tomando como punto de partida los activos digitales tradicionales, es decir, los que son previos a la irrupción de la cadena de bloques. Estos son, fundamentalmente, dos:

- El dinero bancario o escritural, como contrapuesto al dinero en efectivo representado por medio de billetes o monedas.
- Y los instrumentos financieros representados por medio de anotaciones en cuenta, como contrapuestos a los representados mediante títulos.

Todos estos activos comparten (entre otras) una característica común, también tradicional, y es que son activos gestionados y supervisados de una manera centralizada. Esta centralización permite una gobernanza y una supervisión también centralizada.

Por su parte, los activos digitales giran en torno al concepto de *token*, que no es más que una representación digital de cualquier activo en un entorno de tecnología *blockchain*. Se pueden clasificar, sucintamente, en:

1. Dinero electrónico: moneda oficial emitida por un Estado. Aunque el dinero electrónico es una idea previa a esta tecnología, nos referimos aquí a ese dinero emitido por los bancos centrales mediante el uso de la tecnología *blockchain*.
2. Criptomonedas: como Bitcoin, no referenciadas a un valor fijo.

3. *Stablecoins*: criptoactivos vinculados a valores de monedas oficiales, con reservas equivalentes.
4. *Tokens* referenciados a activos: Estables, ligados a activos o derechos, como Tether Gold.

A su vez, los *tokens* pueden clasificarse en:

- *Utility tokens*: Criptoactivo utilizado únicamente para dar acceso a un bien, un servicio o una ventaja, prestados por su emisor.
- *Security Tokens*: Criptoactivos vinculados normalmente a valores financieros tradicionales (*securities* en inglés) como bonos, swaps, futuros y demás. Se asimilan normalmente a productos de inversión financiera, pero se referencian a cualquier activo subyacente, como luego veremos.
- *Equity tokens*: Son una especie de *security tokens* que confieren propiedad sobre una empresa y, por tanto, sobre sus ganancias y al derecho de voto. La única diferencia significativa entre un *equity token* y una acción tradicional es el método de registro de la propiedad que en este último se hace a través de una *blockchain*.
- *Non fungible tokens* (NFT): Son representaciones digitales de bienes no fungibles únicos. Una obra de arte, un vehículo, un inmueble. Frente a los sistemas centralizados que veíamos anteriormente, estos activos digitales tienen un ecosistema propio, descentralizado. Son los sistemas llamados distribuidos (llamados DLT, siglas en inglés de *Distributed Ledger Technology*), en los que la gobernanza y la validación dependen de una pluralidad de sujetos, entidades de características autónomas (mineros, validadores, nodos de confianza, etc.), cooperando todos ellos en el mantenimiento de una red única. Hay, simplificando, tres sistemas para determinar los mecanismos de consenso: *Proof of Work* (PoW), *Proof of Stake* (PoS) y *Proof of Authority* (PoA). Junto a estos sistemas, existen redes privadas y las llamadas redes permisionadas, en las que el acceso está controlado.

Como decía, en esta materia hay un antes y un después con las sucesivas oleadas regulatorias y de ordenación de estos productos digitales representados en la cadena de bloques. Hay que destacar, en el ámbito europeo, el reglamento MiCA 2023/1114 que, aparte de

coordinarse necesariamente con el régimen normativo que resulta de MIFID II, excluye de su regulación algunos criptoactivos:

Se excluye al dinero propiamente electrónico, tanto el euro electrónico (cuando el Banco Central Europeo lo desarrolle), como al intercambio de dinero oficial en forma electrónica realizado por las entidades de dinero electrónico reguladas en la Directiva 2009/110.

También se excluyen los instrumentos financieros, teniendo en cuenta como ahora veremos que los *security tokens* se consideran ya instrumentos financieros y deben someterse a su régimen jurídico.

Por último, y lo más importante en este estudio, el considerando 10 del Reglamento MICA dice que no debe aplicarse a los criptoactivos representativos de activos no fungibles como los bienes inmuebles.

En definitiva, hasta ahora, todo lo que hemos revisado sobre los activos digitales tradicionales y los activos digitales que resultan del desarrollo tecnológico de la cadena de bloques, así como su regulación, se refiere a valores fungibles, excepto los NFT. Conforme a la normativa europea, por tanto, no es posible la tokenización de bienes inmuebles.

Centrando la materia, nos interesa en este trabajo la llamada tokenización de activos. Esta tokenización de activos implica la conversión de derechos de propiedad sobre un activo, ya sea financiero o físico, en un token digital único en una cadena de bloques (*blockchain*). Este token digital encaja en la categoría de *security token*, representa una fracción o la totalidad del valor del activo subyacente. Según se propone desde la tecnología, ese valor subyacente podría ser un bien inmueble.

3. ¿Pero es posible y viable la tokenización de activos inmobiliarios?

Empecemos dando respuesta a la pregunta: actualmente consideramos que ni es posible ni es viable la tokenización de activos inmobiliarios. Ahora desarrollemos esta conclusión.

Un ordenamiento jurídico, especialmente el privado, es un complejo entramado de normas que tienen sentido en su unidad, en su columna vertebral. Esta unidad sistemática se la da una evolución de muchas generaciones de legisladores y juristas, que han ido moviéndose desde el respeto a una serie de principios esenciales. No podemos, por tanto, retorcer un principio sin que se vean afectados otros, pues, usando una imagen, el edificio necesita todas sus columnas para mantenerse en pie.

Como anticipamos al comienzo de este estudio, llegamos a esta conclusión tras revisar toda la doctrina científica que se ha pronunciado acerca de esta cuestión. Tanto registradores como notarios, en distinta medida, han ofrecido diversas propuestas que pretenden darle sentido a esta tecnología dentro de nuestro ordenamiento. Sin embargo, muchas de ellas no son capaces de articular un sistema en su plenitud. Y no son capaces porque, honestamente, creemos que no es posible.

Algunas de estas posturas focalizan los problemas y las soluciones en el despliegue reforzado de su propia función y en cierto (o total, según los autores) desprecio al otro. Además, muchos de estos estudios doctrinales han cometido un mismo error: se han limitado a la óptica puramente civil, olvidándose de otros aspectos fundamentales.

Ciertamente, la transmisión de inmuebles tiene un aspecto civil esencial, al que también nos referiremos. Sin embargo, como ya apuntamos, existen muchos otros aspectos que han adquirido enorme importancia y que hoy forman parte de núcleo de la función y del interés público y han de ser atendidos por ambos cuerpos funcionariales y, sobre todo, por cualquier acercamiento científico o prelegislativo que se quiera hacer en esta cuestión.

Hay, por tanto, muchos elementos relevantes que deben ser considerados y que nos llevan a rechazar la idea de tokenización de bienes inmuebles. Veamos, por tanto, la posición de registradores y notarios en esta materia.

3.1. La posición registral

El colectivo registral tardó muy poco en ofrecer soluciones teóricas a la tokenización de activos inmobiliarios. Es más, sorprende que su posición, con pequeñas variaciones, ha sido bastante monolítica (más

cautos se muestran NAVARRO GÓMEZ-FERRER y, especialmente, DE PABLOS O'MULLONY y MOLINA BALAGUER). Sin embargo, su cierta unidad de criterio no significa, creemos, que sus soluciones sean satisfactorias.

Las propuestas registrales incurren en los dos errores que apuntamos en la introducción de este trabajo: no respetan los principios y fundamentos de la tecnología de la que pretenden servirse, cuando no directamente la desconocen; y, en segundo lugar, ofrecen soluciones que acaban siendo poco realistas, que deforman nuestro derecho privado patrimonial en su intento de defender a toda costa su posición corporativa en la transmisión de inmuebles.

Para entrar en detalles hemos de partir, merece la pena reiterarlo, de lo obvio: la posible tokenización de activos inmobiliarios plantea muchos interrogantes jurídicos y técnicos, pues choca con nuestra tradición jurídica y con las limitaciones propias de la computación algorítmica. Ha supuesto incorporar una nueva tecnología, y sus correspondientes aplicaciones prácticas, con la que el legislador empieza ahora, en fechas recientes, a entenderse.

La primera impugnación que vamos a hacer a la postura registral mayoritaria (la más desarrollada y extendida, sin duda, la de SIEIRA GIL y CAMPUZANO GÓMEZ-ACEBO) es a la tesis, de la que parte su estudio, de que la realidad física, el inmueble real (por cierto, la única realidad), se corresponde con el inmueble inscrito en el registro de la propiedad. Esta equiparación, dada por buena por NAVARRO GÓMEZ-FERRER, es, sencillamente, errónea. Únicamente existe una realidad, la cognoscible por los sentidos. Lo que publica el registro no es más que, como mucho, la «realidad» tabular o registral. Fincas registrales con descripciones literarias en un sistema de folio real que no suelen coincidir con la realidad, pero es así, a veces hay suerte y se acercan mucho. Si todo el desarrollo de la tokenización de activos inmobiliarios parte de esta premisa, este desarrollo necesariamente caerá como un castillo de naipes, pues los prácticos del derecho sabemos que hemos siempre de manejar, en el tráfico jurídico inmobiliario, por un lado, la realidad y, por otro lado, la finca registral. Se plantean tantos problemas en la práctica diaria con la coordinación entre la realidad y la descripción literaria del registro que no merece profundizar en exceso en esta cuestión. Además, su postura supone admitir que el registro de la propiedad es omnicompreensivo, olvidando

interesadamente que: por un lado, una parte muy importante del territorio no está inmatriculado y, por otra parte, que es imposible saber cuántos de los inmuebles que sí están inmatriculados lo están correctamente a nombre del titular civil del mismo.

El activo físico inmobiliario no es el que está inscrito en el registro de la propiedad, asumir eso es una realidad mágica. Al registro de la propiedad llegan, como fincas registrales, los inmuebles que han superado el tamiz del derecho hipotecario. Es más, añadamos otro elemento de confusión, con frecuencia la finca registral, por culpa de esos principios, ni siquiera se parece a la finca descrita en el título público de la que trae causa. Con todo, no queremos menospreciar la importancia de la inscripción, pero sí queremos recordar que el resultado del procedimiento registral no puede equipararse nunca con la realidad.

En esta línea, si la idea fundamental es que los tokens inmobiliarios se conecten con la realidad inmobiliaria, cumpliría mucho mejor el Catastro Inmobiliario, que mantiene una planimetría mucho más completa y actualizada del inventario inmobiliario del país y, al no estar sometida a los rígidos principios registrales (fundamentalmente el principio de especialidad, pero no únicamente), le hace mucho más permeable a su coordinación con la realidad. Además, su propio funcionamiento, íntegramente electrónico, gratuito y de acceso permanente, cohonesta mejor con la tecnología de la cadena de bloques. Además, es un registro omnicompreensivo de todo el territorio.

Así que, como primera conclusión relevante, conviene aquí destacar que es totalmente erróneo equiparar el registro de la propiedad con la realidad.

En segundo lugar, nos vamos a referir a otro de los conceptos que sustentan su desarrollo teórico de esta materia. Se trata de un concepto nuevo, inventado, que, por sorprendente, nos parece perturbador: el concepto de «forma digital», que se configura como un *tertium genus* junto a la forma oral y escrita. O mejor dicho, SIEIRA Y CAMPUZANO la incardinan como una forma escrita, pero le atribuyen una serie de consecuencias que incluye la *traditio* simbólica.

Sin embargo, es evidente que *blockchain* no ha creado una nueva forma documental porque *blockchain* es una tecnología que, per se, no es medio para la exteriorización de acuerdos de voluntad. Todo lo más,

se puede hacer uso de la tecnología para incorporar un documento electrónico a una cadena de bloques que sí contenga ese acuerdo de voluntades, el negocio jurídico. Admitir la idea de «forma digital» como una especialidad de forma electrónica es tanto como confundir el negocio jurídico con unas tablillas de cera o el papel (en la forma escrita) o bien confundir el negocio jurídico con el idioma en que se ha expresado (en la forma oral). Olvidan los autores de esta idea que el acuerdo de voluntades se podrá materializar electrónicamente y servirse de la cadena de bloques, pero esta cadena de bloques en sí misma no es un acuerdo de voluntades. En definitiva, una interesada confusión entre el negocio jurídico y la tecnología.

Resulta, no obstante, que ese novedoso concepto de «forma digital» lo introducen para hacer una contraposición arriesgada: admiten que la «forma digital» vale como título, como negocio jurídico, y su anotación electrónica la dan por buena y vale como tradición, permitiendo prescindir de las formas documentales conocidas y de la *traditio* establecida incluso en nuestro sistema de derecho privado. Sin embargo, por contra, *blockchain* no es en ningún caso un registro jurídico, y, por tanto, es inadmisibile. Es, con rotundidad, una contraposición que no podemos compartir y que, según se nos plantea, no es más que un pobre intento de ningunear la función notarial y, a la vez, una ciega defensa acrítica del registro de la propiedad.

Sí estamos de acuerdo con los autores en que el hecho de que un negocio jurídico se plasme en un documento electrónico nos obliga a acudir a la normativa que le es propia, como la de comercio electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico) y al imprescindible Reglamento 910/2014 del Parlamento Europeo y el Consejo relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónica (llamado eIDAS), que equipara la firma electrónica cualificada con la manuscrita. Sin embargo, obvian que ambas normativas excepcionan a aquellos negocios en los que sea necesaria la intervención del fedatario público. Olvidan que el documento privado sigue siendo privado, aunque incorpore firma cualificada. No procede, por lo demás, remitirse a normas del comercio internacional (UNICITRAL, por ejemplo) dedicadas al comercio de mercaderías. Es obvio que las normas internacionales que regulen el comercio electrónico de cereales o petróleo, por ejemplo,

no deberían aplicarse, ni insinuarse la analogía, a los negocios sobre bienes inmuebles.

Además, con aquella contraposición ningunean la doctrina del título y el modo (artículo 609 del Código Civil), ignorando que, en nuestro ordenamiento jurídico, el negocio jurídico y la *traditio* (en cualquiera de sus formas) verifican la transmisión del dominio y son elementos centrales en los negocios transmisivos. Siendo así, por tanto, en la transmisión de inmuebles juega un papel central el control de la legalidad del negocio jurídico y la verificación de la posición jurídica de las partes (capacidad, identidad jurídica, legitimación, juicio de suficiencia de las facultades representativas, etc.). La postura registral que estamos comentando, sin embargo, desplaza la importancia desde el negocio jurídico (y sus efectos jurídico-reales en el caso de la escritura notarial) hasta el momento de la inscripción, lo que no deja de ser una posibilidad totalmente desconocida por nuestro ordenamiento, que no se corresponde con nuestra tradición jurídica y que tampoco ofrece seguridad jurídica.

Efectivamente, en nuestro sistema jurídico el título y el modo son elementos previos (jurídica y cronológicamente) al registro de la propiedad, que publicita los derechos ya adquiridos con anterioridad. Los bienes se transmiten con independencia de que haya o no publicidad posterior. Esta es, además, la única postura compatible con el carácter voluntario de la inscripción y es, a pesar de todo, perfectamente cohonestable con principios registrales que favorecen e incentivan la inscripción.

Concluimos e insistimos, pues, en que ese giro argumental se descubre como un intento de ignorar o menospreciar deliberadamente la figura del notario mediante la reducción al absurdo de la función notarial como un simple control electrónico de la identidad, obviando que, en palabras de LLOPIS BENLLOCH, junto con una identificación técnica (que corresponde a la tecnología de firma electrónica) hay una identificación jurídica (que corresponde al notario) y que tiene unos contornos amplísimos. Idea esta que, aparte de en la normativa comentada, ha sido explicitada en normativa europea de enorme importancia (así, en la Directiva (UE) 2019/1151 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, por la que se modifica la Directiva (UE) 2017/1132 en lo que respecta a la utilización de

herramientas y procesos digitales en el ámbito del Derecho de sociedades o en las sucesivas revisiones del Reglamento EiDAS).

En esta normativa europea destaca especialmente la reciente Directiva (UE) 2025/25 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 2024, por la que se modifican las Directivas 2009/102/CE y (UE) 2017/1132, que en su artículo 10.2 dice que «*Los Estados miembros velarán porque su Derecho relativo a la constitución de las sociedades enumeradas en los anexos II y II TER establezca un procedimiento para el control de la legalidad de la escritura de constitución de las sociedades, así como de sus estatutos si fueran objeto de un acto separado*». Esta afirmación, junto a otras de esa misma Directiva, suponen el reconocimiento expreso a los sistemas con un control preventivo de legalidad, que ya se apuntó en la previa Directiva 2019/1151, pero sin una afirmación expresa tan fuerte como la que encontramos en la presente. Dicho de otro modo, mientras que en la Directiva previa se tolera el control preventivo, en esta Directiva se exige ese control preventivo. La razón es que la Directiva previa se fijó únicamente controles de identidad y capacidad de los fundadores, pero esta Directiva va más allá y extiende ese control previo a otros datos societarios importantes y a un amplio concepto de control de legalidad.

Como no puede ser de otra manera, la normativa española más reciente sigue la misma línea que la europea. Así, destacamos la Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea, por la que se digitalizan ciertas actuaciones notariales y registrales.

En fin, como recuerda CANO MORA «*lo importante es entender que una firma electrónica cualificada equivale a la manuscrita; no equivale a convertir el documento firmado electrónicamente en documento público*», recogiendo así la idea defendida desde el principio por la Ley 59/2003, de Firma Electrónica, porque quien da el carácter público al título no es la firma, sino el funcionario: *no es el Mercedes, es el que lo conduce*.

Continuando con estos planteamientos, como su construcción teórica reduce el título y el modo al mínimo, dando por buenas transmisiones electrónicas con firma electrónica y una *traditio* simbólica por la anotación de la transmisión en *blockchain*, cargan la

importancia en la inscripción en el registro de la propiedad, donde el funcionario calificador controla la legalidad. Conviene recordar, sin embargo, que en nuestro sistema ya hay un control de legalidad previo al acceso del documento al registro de la propiedad. Registro que, además, publica derechos, no los asigna.

Este planteamiento registral que analizamos en este ensayo le da la espalda a la función más importante de esta tecnología: que *blockchain* es en sí un registro autosuficiente y no necesita otro registro. Desprecian la cadena de bloques en su condición de «libro mayor informático», de registro algorítmico e insisten en que, en todo caso, no nos encontramos ante un registro jurídico. Y tienen razón. Lo que no explican es cual es la trascendencia de que el registro sea jurídico con calificación registral en un sistema tecnológico que confía ciegamente en la seguridad y eficacia del algoritmo. Es decir, dan por hecho que se ha de interponer un registro jurídico a cargo de un registrador que ha de calificar los actos y negocios que al mismo accede, pero, en realidad, con su doctrina se vuelven a enfrentar al mismo problema: la transmisión de la propiedad ya se ha producido y el adquirente es propietario. En fin, en su planteamiento teórico dan por fundamental lo que sigue, sin serlo desde el punto de vista jurídico real, el acceso al registro de la propiedad. Sin olvidar, en este punto, el considerando 68 del Reglamento (UE) 2024/1183 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 910/2014 en lo que respecta al establecimiento del marco europeo de identidad digital (llamado EiDAS 2) que señala que las tecnologías basadas en *blockchain* «*deben contribuir a encontrar soluciones para unos servicios públicos más eficientes y con capacidad transformadora, como el voto electrónico, la cooperación transfronteriza de las autoridades aduaneras o de las instituciones académicas y la inscripción de la propiedad de bienes inmuebles en registros descentralizados de la propiedad inmobiliaria.*»

Quien se plantea la tokenización de inmuebles pretende, simplificando, poder transmitir uno o varios tokens representativos de un inmueble real al amparo de una tecnología en la que creen y confían transmitente y adquirente, no necesitan más actores. Interponer a un funcionario calificador, aparte de costoso y lento (cualesquiera que sean los costes y el tiempo de un registro de la propiedad), le supone al sistema de tokenización de bienes inmuebles un problema del todo

surrealista: sometemos las transmisiones de tokens a dos registros (estos problemas, y algunos otros, los apunta con prudencia MOLINA BALAGUER). Uno de los registros casi automáticos y el otro sometido a un plazo de quince días hábiles (cuando no más) para calificar. Uno de los registros proporciona la evidencia tecnológica de la titularidad gracias a la validación algorítmica, impersonal y precisa, no revocable. El otro registro podría no llegar a inscribir por defectos que nada tienen que ver con el negocio o, si lo inscribe, hacerlo muchos días después. Esta propuesta de superponer un registro con plazos de otro tiempo con un registro algorítmico es, quizás, el ejemplo más extremo de una postura doctrinal irresoluble (un sistema «*absurdo y antieconómico*» dice FERRER MOLINA), un verdadero oxímoron.

Se le da, además, mucha importancia a la idea de que el registro de la propiedad asegura publicidad erga omnes y la cadena de bloques no. Y es cierto que es esa la principal función del registro de la propiedad, especialmente respecto a los derechos reales inmateriales. Sin embargo, frente a esta pretendida necesidad de publicidad, quizás las nuevas formas de transmisión de derechos reales, a través de negocios jurídicos previos que acuerdan la emisión de tokens y su transmisión anónima a través de una cadena de bloques, no necesitan recurrir a ese concepto de publicidad tradicional, que no deja de ser una ficción jurídica amparada en la protección que el sistema otorga a quien confía en el registro de la propiedad.

La tokenización de bienes inmuebles, muy al contrario, se puede configurar con la necesaria publicidad a través de un documento de emisión (*white paper* en la denominación anglosajona) que ya le dota de suficientes elementos de publicidad y cognoscibilidad que, por lo demás, no son imprescindibles para sus promotores. Además, no faltan propuestas sobre redes permissionadas que, aunque pierden determinadas ventajas en cuanto a anonimato y seguridad, sí permitirían tener una trazabilidad que podría ser compatible con una cierta publicidad frente a terceros. Los beneficios de la tecnología *blockchain* son, por lo demás, incompatibles con algunos de los principios registrales. No es razonable superponer los principios registrales, decimonónicos y muy eficaces en nuestro sistema jurídico actual, a esta nueva tecnología y pretender que esta siga teniendo sentido y utilidad. Quien transmite un token no va a comprobar en el registro de la propiedad si el que se lo transmite es propietario.

Quien adquiere un token no va a presentar ningún título para que el registrador califique el título, no puede (ni quiere ni lo necesita) esperar quince días hábiles. El sistema ha validado criptográficamente la transmisión, en segundos o minutos, y eso es lo importante. Quien consulte el registro de la propiedad, en estos casos, tendrá la duda de si se ha respetado el tracto y a nosotros se nos plantea la duda de si en este caso sería razonable aplicar el principio de legitimación registral (artículo 38 de la ley Hipotecaria). Además, por último, esta probable discordancia entre registro criptográfico y registro de la propiedad se plantea especialmente por las posibles incoherencias entre las titularidades que resultan de uno y otro: piénsese en la anotación de embargo de un inmueble tokenizado que, en la cadena de bloques, ya pertenece a otras personas.

En fin, quizás en una sociedad digital, con tendencia creciente a un acceso masivo e instantáneo a la información, la idea de la protección del tercero, de la manera que se configura actualmente, ha quedado obsoleta y ya no debería ser un elemento de centralidad o, al menos, debieran preverse otras posibilidades.

Concluyendo, la postura registral en esta materia ha buscado la centralidad del registro de la propiedad, pero, creemos, no ha aportado ningún argumento nuevo a lo que ya supone esta institución en nuestro ordenamiento. Han buscado en todo momento hacer una reducción al absurdo del título y el modo con el único objetivo de ningunear la función notarial en la transmisión de inmuebles. La tokenización de inmuebles vuelve a ser la excusa para el anhelado deseo del acceso de documentos privados al registro cuando, quizás, lo honesto es admitir que esta tecnología no es factible en esta materia. En todo caso, volvemos de nuevo, a lo que ya apuntamos al comienzo de este ensayo.

3.2. La posición notarial

La posición corporativista sería sencilla de defender si partimos de la base de qué *blockchain* es, al final, un registro, no un documento. Sin embargo, un análisis honesto inmediatamente ve los problemas jurídicos de semejante afirmación. Quizá por ello, las posiciones ofrecidas por el colectivo notarial han sido mucho más moderadas

y prudentes, si bien se han limitado a abordar los aspectos civiles y notariales y han dejado de lado, en la mayoría de los casos, otros aspectos que creemos muy importantes. El acercamiento de los notarios a la tokenización de inmuebles se ha hecho con una mirada mucho más respetuosa del ordenamiento jurídico-privado. En muchas ocasiones han sido planteamientos breves y apenas interesados en este preciso aspecto de *blockchain*, quizás considerando que la cuestión está agotada y no hay mucho más que aportar. Como limitados que son, muchos de estos planteamientos dejan importantes cuestiones sin abordar que sí convendrá explicitar.

Algún autor (así, BRANCÓS NÚÑEZ), como hipótesis teórica, cuestiona la viabilidad de que pueda existir un registro de la propiedad con tecnología algorítmica, con un funcionamiento automático. Para ello, señala, sería necesario configurar la escritura notarial como un documento parametrizado y dar por suficiente el control de legalidad que realiza el notario. Refiere, además, que existen ejemplos de sistemas similares en Francia, Bélgica, Polonia, Estonia o Países Bajos. Sin embargo, no creemos que la postura de este autor pretenda semejante revolución, sino que más bien es un ensayo de cómo podría plantearse un registro de la propiedad si se impusiese como obligatorio un modelo de registro algorítmico.

Se ha recordado, y ya lo hemos apuntado anteriormente, que el sistema español de transmisión de los bienes inmuebles ocurre en la mayor parte de las ocasiones a través de la escritura notarial, que aún en sí misma el título (acuerdo de voluntades) y el modo (tradición instrumental). Cuando el negocio llega al registro de la propiedad, la propiedad ya se ha transmitido. Siendo eso así, no podemos olvidar que la estructura institucional creada en torno a la transmisión de inmuebles excluye la posibilidad de transmisiones impersonales, automáticas, al amparo del anonimato y sin un estricto control público. Es decir, este planteamiento teórico olvida, a nuestro modo de ver, que una cosa es constatar el papel secundario del registro de la propiedad en la transmisión de los inmuebles y otra muy distinta dar por bueno un sistema que excluya el reconocimiento del buen funcionamiento de nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva.

Quizás en el planteamiento teórico de algún notario se ha querido configurar la tokenización de inmuebles como un sistema con necesaria intervención notarial en la que se sustrae el inmueble del

registro de la propiedad, pues la transmisión de los tokens se anotará en la red, sin margen de actuación para la función registral tradicional. Quizás se podría configurar como una suerte de oferta pública de emisión de tokens, se dice. En el registro de la propiedad se inscribiría un derecho real innominado para sustraer el inmueble del tráfico jurídico *offchain*.

Sin embargo, esta posición no se ha encontrado desarrollada en ninguna publicación notarial sino, todo lo demás, apuntada. Es más, la idea que subyace en la generalidad de estas publicaciones nunca es un revisionismo del sistema con la idea de socavar el registro de la propiedad, sino que todas tienden a concluir que esta tecnología no cuestiona el sistema actual de coexistencia de ambas funciones, notarial y registral. Concluyen, es una tecnología que es inviable en nuestro ordenamiento para la transmisión de inmuebles.

No se puede pretender sustraer el inmueble del registro de la propiedad y dejarlo en manos de un sistema anónimo e impersonal que evita cualquier control público. El registro de la propiedad, con las mejoras que puedan considerarse necesarias, sigue siendo un elemento relevante en el sistema financiero y una de las bases del llamado «crédito territorial». Como veremos en el siguiente epígrafe, no se vislumbra la manera de hipotecar un inmueble tokenizado, de asegurar su valor y, por todo ello, se pone en peligro la financiación que de ella deriva. A estos defectos nos referiremos posteriormente porque nos parecen muy relevantes.

Es verdad que algunos han destacado, con evidente prudencia, que el sistema de registro de la cadena de bloques ofrece mucha más eficiencia que el sistema tradicional. Así, RUÍZ-GALLARDÓN y GARCÍA DE LA RASILLA recuerdan que con la tecnología *blockchain* se *«reducen drásticamente los costes de transacción e incrementa enormemente la eficiencia en la liquidación de las transacciones que con ella se gestionan»*. Esta afirmación, creemos, es acertada si se interpreta de manera adecuada: quizás no es tanto un anhelo por un sistema registral distinto, de carácter algorítmico, como más bien el deseo por mejorar la configuración actual del registro de la propiedad, sin negar a la importancia de la institución en sí.

Las posturas notariales no caen, en fin, en el error de aprovechar la idea de tokenización de bienes inmuebles para pasar por encima

de la institución del registro de la propiedad, volviendo a recuperar una permanente desconfianza corporativa. Lo que sí echamos de menos en casi todas ellas, como apuntamos, es de falta de concreción de todos los problemas, mucho más allá del derecho privado.

Concluyendo, los notarios han dedicado la mayor parte de sus esfuerzos a estudiar las propuestas existentes de emisión de activos financieros utilizando la tecnología *blockchain* (hoy en día reguladas en el derecho europeo y nacional, como vimos). Por tanto, emisiones de tokens representativos de bienes inmateriales, donde los registros pueden ser automáticos, como lo son los puramente informáticos. La tokenización de un bien material, del mundo exterior, plantea muchos retos, especialmente respecto a los inmuebles. Estos retos, sin embargo, se han abordado solamente desde algunos puntos de vista, casi siempre desde el derecho privado, pero conviene no olvidar que hay muchas otras derivadas de enorme interés público.

4. Los problemas no planteados de la tokenización de bienes inmuebles

Como hemos ido desgranando en este ensayo, las posiciones actuales de los dos grandes protagonistas institucionales en el tráfico inmobiliario no alcanzan a dibujar el panorama global del problema que se plantea. Los unos porque reducen los problemas a mantener la importancia del registro de la propiedad, reescribiendo la teoría del título y el modo, reinterpretando principios hipotecarios, etc. Los otros, en cambio, directamente por no haber querido profundizar en este asunto. Se olvidan ambos, por tanto, de que la transmisión de bienes inmuebles tiene además una trascendencia jurídica, social y económica tan importante que necesariamente hemos de hacer mención a otros aspectos que se verían comprometidos con la tokenización de bienes inmuebles.

4.1. El mercado hipotecario

La tokenización de bienes inmuebles plantea, en primer lugar, un enorme problema para la financiación de las familias y empresas. El mercado hipotecario español es uno de los más dinámicos que hay en el mundo, de enorme desarrollo y tradición. A finales de 2023, el saldo vivo de la financiación hipotecaria asciende a unos 600.000 millones de euros. Millones de familias y empresas obtienen financiación bancaria gracias al crédito territorial, al valor de sus inmuebles puestos como garantía. Este sistema, basado en la constitución de un derecho real inmaterial que se inscribe en el registro de la propiedad, se pone en peligro si la propiedad se representa en tokens representativos de todo o parte de un inmueble.

Un segundo aspecto, derivado del anterior, tiene que ver con el sistema financiero. Las entidades financieras obtienen una fuente importante de financiación en la emisión de cédulas y bonos hipotecarios, que están respaldados por la financiación hipotecaria. Si introducimos en esta ecuación un elemento nuevo, cuál es el token representativo de un derecho real sobre inmuebles, los problemas serán enormes.

El tercer aspecto que guarda relación con los anteriores tiene que ver con la conservación del inmueble, aspecto esencial en la regulación hipotecaria para asegurar el valor de los activos subyacentes. En un sistema de propiedad mediante títulos electrónicos al portador no queda claro a quién cabe imputarle las obligaciones de mantenimiento del inmueble y la obligación de contratar un seguro de daños.

4.2. El principio de responsabilidad patrimonial universal

Consagrado en el artículo 1911 del Código Civil Español, este principio es la esencia del tráfico jurídico y dinamizador de la actividad económica. Desde el mismo momento que el patrimonio puede estar constituido por tokens depositados en billeteras anónimas, sin más acceso posible que el criptológico que mantiene el usuario a través de una clave privada que únicamente él conoce, se está sustrayendo una parte importante de bienes económicos a la responsabilidad universal.

Este problema, además, se relaciona con otros, pues estos tokens son, en la práctica, de difícil persecución e inembargables.

4.3. El blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo

No descubrimos nada nuevo al recordar que las criptomonedas (y, en general, *blockchain*) son una de las grandes preocupaciones de los grupos de trabajo y de las autoridades financieras internacionales por sus repercusiones en la lucha contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

En el año 2014, el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI) publicó su primer documento en relación con los riesgos de blanqueo de capitales y financiación del terrorismo que presentan los cryptoactivos. Desde entonces, no ha dejado de ampliar el espectro de sus recomendaciones en la materia.

En el ámbito de la UE, tenemos que destacar la llamada Quinta Directiva sobre blanqueo de capitales, la Directiva (UE) 2018/843 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de mayo de 2018, por la que se modifica la Directiva (UE) 2015/849 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que también se modifican las Directivas 2009/138/CE y 2013/36/UE. Especialmente conviene recordar, de nuevo, el reglamento MICA, que excluye la tokenización de inmuebles y que nos pone en la tesitura de que cualquier avance legislativo en esta materia nos colocaría fuera de la normativa europea.

En el ámbito nacional, destacamos la ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo y el Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, ambas normas modificadas en diversas ocasiones.

De toda esta normativa, internacional y nacional, destacamos por su trascendencia diaria la obligación de identificar al titular real de todas las operaciones. Esta identificación, en un sistema de valores electrónicos que se transmiten en un sistema algorítmico de registro distribuido a través de una clave privada, se vuelve muy problemática. Y, seamos claros, si no podemos identificar a la titularidad real, no

podemos luchar contra el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo.

4.4. La protección de los consumidores

Se trata de un elemento central en el derecho privado moderno, que ha tenido una enorme influencia en la legislación hipotecaria más reciente. Destacamos, entre otras, la ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, que pone al notario en una posición central en el sistema, como responsable de comprobar el cumplimiento de las obligaciones de transparencia material de las entidades financieras. Además, la normativa notarial impone a los notarios la obligación de velar por el respeto de los derechos de los consumidores y usuarios (artículo 147 del Reglamento Notarial).

La posibilidad de una transmisión por un sistema criptográfico de clave privada nos colocaría en un ámbito ajeno al control público que puede ejercitar un notario. El particular, y solamente él, dispone de su clave privada y mediante su uso transmite dentro de la red el *token* representativo del inmueble o una parte indivisa del mismo. No se puede comprobar la existencia de vicios, de abusos, coacciones o fraudes en perjuicio del consumidor, se generan enormes asimetrías en la información. Además, el sistema de clave pública y privada en una red algorítmica crea un sistema de transmisión absolutamente irreversible.

Un último elemento, que tiene que ver de alguna manera con la defensa del consumidor o, mejor dicho, del ciudadano, se relaciona con la idea de responsabilidad individual. BENITO ARRUÑADA se han referido a este aspecto, que creemos relevante y que podemos resumir así: en un sistema de propiedad algorítmica, al individuo no le queda otra que confiar en la seguridad informática para proteger su propiedad, lo que añade a la propiedad de inmuebles de un elemento de incertidumbre nuevo. Esa responsabilidad individual, además, y siguiendo a DEL CID GÓMEZ, tiene que ver con la confianza en que el individuo va a ser capaz de mantener bajo control sus claves privadas. Ambos elementos hacen que el propio individuo prefiera sistemas

centralizados, más institucionales, en quien confía la defensa de sus derechos.

4.5. La fiscalidad

Uno de los muchos aspectos que giran alrededor de la transmisión de inmuebles es el fiscal. Qué duda cabe que cualquier reforma que pretenda modificar de manera tan radical la transmisión de bienes inmuebles, permitiendo su tokenización y su transmisión a través de registros distribuidos, tiene que tener en cuenta los muchos problemas fiscales que tiene que abordar.

Como ya se ha apuntado, la principal consecuencia del uso de *blockchain* es su anonimato o, como dijo GIL SORIANO «*moneda virtual pero fraude real*». De este anonimato derivan muchos de los problemas que hemos comentado a lo largo de este ensayo y uno de ellos es el puramente recaudatorio. La tenencia y transmisión (ámbito estático y dinámico, siguiendo a COLOMER FERRÁNDIZ) de un token se mueve en un ámbito puramente algorítmico y privado, sin ningún control. Los monederos que contienen las claves son anónimos, no tienen más que una identificación algorítmica que no permiten (salvo problemas de seguridad informática) la identificación del titular. Simplificando para exponer el problema, uno puede tener en un monedero un enorme patrimonio en tokens representativos de inmuebles y escapar del control de las autoridades fiscales, que lo más que pueden hacer es recurrir a imponer a declaraciones responsables que, en la práctica, no alcanzan a tener la eficacia oportuna.

4.6. La protección de datos

Los sistemas de registro distribuido plantean, además, problemas de protección de datos que se relacionan, nuevamente, con la tecnología. Siguiendo a ADSUARA VARELA, se identifican fundamentalmente tres tensiones entre el Reglamento Europeo de Protección de datos (Reglamento (UE) 2016/679 relativo a la protección de datos de las personas físicas) y la tecnología *blockchain*:

- Problemas con la identificación y las obligaciones de los responsables de protección de datos. Habrá casos en que no sea posible determinar quién es el responsable, fallando con ello una figura central en el sistema de protección de datos.
- El anonimato de los datos personales.
- El ejercicio de algunos derechos de sujetos de datos. Por la propia tecnología *blockchain*, cuyos procesos algorítmicos son irrevocables, los derechos de rectificación y eliminación pueden quedar conculcados.

Todas estas cuestiones no han sido debidamente resueltas, siguiendo al mismo autor, por las autoridades de protección de datos, por la Junta Europea de Protección de Datos o en los tribunales.

5. Conclusiones

De todo lo que hemos ido desarrollando a lo largo de este estudio se pueden extraer una serie de conclusiones que intentamos sistematizar:

- Venimos estudiando las aplicaciones jurídicas de *blockchain* desde, al menos, el año 2016, y la mayoría sigue pisando donde ya hemos pisado.
- La tokenización de inmuebles plantea importantes problemas desde el punto de vista civil, que tienen que ver con nuestra tradición jurídica y la importancia que se le da en nuestro derecho al negocio jurídico y a la tradición simultánea o posterior.
- Los notarios se han esforzado por ofrecer respuestas posibilistas basadas en el respeto al derecho privado y la importancia esencial que el título y el modo tienen en nuestro derecho patrimonial, respetando la función registral.
- Los registradores han ofrecido respuestas que no resultan viables porque modalizan la tecnología y la superponen, de manera acrítica, a los principios tradicionales del registro de la propiedad.

- Cualquiera que sea la postura civil que se considere, hay muchos otros aspectos de la tokenización de bienes inmuebles que merecen la misma o más atención, incluso en un foro netamente *iusprivatista*.
- Efectivamente, los poderes públicos tienen que ser conscientes de que la importancia económica de la transmisión de inmuebles obliga a evitar regulaciones que no tengan resuelta una multitud de problemas: blanqueo de capitales, protección de datos, protección y defensa de los consumidores y usuarios, etc.

Bibliografía

- ADSUARA VARELA, B. «Protección de datos y *Blockchain*» en *Blockchain: impacto en los sistemas financiero, notarial, registral y judicial* (dir. Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia), Ed. Thomson- Reuters Aranzadi. ISBN: 978-84-1346-594-4.
- BRANCÓS NÚÑEZ, E. (2017) «*Blockchain*, función notarial y registro». Revista El Notario del Siglo XXI. Número 71.
- BRANCÓS NÚÑEZ, E. (2018) «El documento notarial en soporte electrónico». Revista La Notaría. Número 3.
- CEDIEL SERRA, A. M. y MOLINA BALAGUER, F. «Transmisión de los bienes tokenizados, análisis registral y tributario» en *Blockchain: impacto en los sistemas financiero, notarial, registral y judicial* (dir. Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia), Ed. Thomson- Reuters Aranzadi. ISBN: 978-84-1346-594-4.
- FERRER MOLINA, R. (2021) “Tokenización de acciones y participaciones sociales” en Guía de cripto activos MICA (dir. Agustín Madrid Parra), Ed. Thomson-Reuters Aranzadi. ISBN: 978-84-1346-274-5, 978-84-1346-276-9.
- GONZÁLEZ-MENESES GARCÍA-VALDECASAS, M. «*Blockchain* 2.0, o sobre los límites de la autosuficiencia tecnológica», en *Blockchain: impacto en los sistemas financiero, notarial, registral y judicial* (dir. Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia), Ed. Thomson- Reuters Aranzadi. ISBN: 978-84-1346-594-4.

GONZÁLEZ GRANADO, J. Naturaleza jurídica del token. <https://tallerdederechos.com/naturaleza-juridica-del-token/>

LLOPIS BENLLOCH, J. C. y FERNÁNDEZ-BRAVO FRANCÉS, L. «Blockchain y el sistema de seguridad jurídica preventiva desde la perspectiva de la contratación notarial» en *Blockchain: impacto en los sistemas financiero, notarial, registral y judicial* (dir. Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia), Ed. Thomson- Reuters Aranzadi. ISBN: 978-84-1346-594-4.

NAVARRO GÓMEZ-FERRER, S. «Blockchain y registro de la propiedad», en *Blockchain: impacto en los sistemas financiero, notarial, registral y judicial* (dir. Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia), Ed. Thomson- Reuters Aranzadi. ISBN: 978-84-1346-594-4.

RUIZ-GALLARDÓN y GARCÍA DE LA RASILLA, M. (2020) «Tokenización de activos y Blockchain. Aspecto jurídicos». *Anales de la Academia Matritense del Notariado*. Tomo 60. 2020. ISSN 0210-3249.

SIEIRA GIL, J. y CAMPUZANO GÓMEZ-ACEBO, J. (2019). «Blockchain, tokenización de activos inmobiliarios y su protección registral», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm, 775.

La transformació digital de la pràctica de l'advocacia

Raül Ramos Fernández

Advocat. Doctorand en Dret. Universitat Autònoma de Barcelona. Departament de Dret Públic i Ciències Historicojurídiques

Sumari

1. Introducció

2. El marc jurídic dels MASC i la seva tradició en el Dret civil català

- 2.1. La tradició històrica dels MASC en el Dret civil català
- 2.2. Els MASC en la Llei Orgànica 1/2025, de 2 de gener
- 2.3. El Paper de l'Advocacia Catalana en el foment dels MASC

3. Impacte del Reglament eIDAS i la regulació de la IA en la modernització dels MASC

- 3.1. El Reglament eIDAS2
- 3.2. El Reglament d'IA

4. Anàlisi i perspectives de la transformació digital dels MASC i la seva extensió a l'Administració electrònica

- 4.1. Qüestions entorn de l'aplicació del RGPD a les xarxes DLT
- 4.2. Limitacions en l'ús de les proves de coneixement nul
- 4.3. La protecció dels drets fonamentals en entorns d'intel·ligència artificial
- 4.4. La transició d'una Administració digitalitzada cap a una Administració electrònica

5. Conclusions

Bibliografia

1. Introducció

En una societat cada cop més interconnectada i digitalitzada, la resolució eficient i efectiva de conflictes s'erigeix en un pilar fonamental pel manteniment de la pau social i el desenvolupament econòmic. La complexitat de les relacions jurídiques contemporànies, accentuada per la globalització i la proliferació de transaccions en l'entorn digital, exigeix la constant adaptació dels mecanismes de resolució de controvèrsies. En aquest context dinàmic, la transformació digital emergeix no només com una tendència tecnològica, sinó com un imperatiu estratègic per a la modernització de la pràctica jurídica i, en particular, dels mètodes adequats de solució de conflictes (MASC).

Així mateix, la Unió Europea, en la seva aposta per la construcció d'un mercat únic digital i amb plenes garanties, ha impulsat un marc normatiu ambiciós en matèria digital. D'una banda, destaca el Reglament d'Intel·ligència Artificial,¹ IA, el qual estableix normes per a la introducció en el mercat i posada a disposició d'aquest tipus de sistemes a la vegada que en determina pràctiques prohibides pel seu ús. D'altra banda, el Reglament eIDAS2,² relatiu a la identificació electrònica i els serveis de confiança, estableix regles comunes per les transaccions electròniques. Aquestes normatives representen un pas endavant significatiu en la creació d'un entorn digital segur i fiable, amb implicacions directes per a la validesa i l'admissibilitat de la prova electrònica en diversos àmbits, incloent-hi la resolució de conflictes.

¹ Reglament (UE) 2024/1689 del Parlament Europeu i del Consell, de 13 de juny de 2024, pel qual s'estableixen normes harmonitzades en matèria d'intel·ligència artificial i pel qual es modifiquen els reglaments (CE) núm. 300/2008, (UE) núm. 167/2013, (UE) núm. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 i (UE) 2019/2144 i les directives 2014/90/UE, (UE) 2016/797 i (UE) 2020/1828 (Reglament d'Intel·ligència Artificial) PE/24/2024/REV/1. DO L, 2024/1689, 12.7.2024.

² Reglament (UE) 2024/1183 del Parlament Europeu i del Consell, d'11 d'abril de 2024, pel qual es modifica el Reglament (UE) núm. 910/2014 pel que fa a l'establiment del marc europeu d'identitat digital. PE/68/2023/REV/1.DO L, 2024/1183, 30.4.2024.

Paral·lelament, l'encaix de tecnologies com els registres distribuïts (*distributed ledger technologies*, DLT), entre les quals les cadenes de blocs (*blockchain*), i els protocols criptogràfics de prova de coneixement nul (*zero-knowledge proofs*, ZKP) dins del Reglament eIDAS2 obren un ventall de possibilitats inèdites per a optimitzar els processos de MASC, tot garantint la seguretat, la confidencialitat i l'eficiència.

La recent promulgació de la Llei Orgànica 1/2025, de 2 de gener de mesures en matèria d'eficiència del Servei Públic de Justícia,³ LOMESPJ, la qual introdueix l'obligatorietat d'acudir als MASC com a requisit de procedibilitat per a determinades accions judicials, marca un punt d'inflexió en el panorama jurídic català i espanyol. Aquesta nova legislació no només incrementa la rellevància dels MASC, sinó que també genera una necessitat imperiosa d'explorar i implementar solucions digitals que facilitin la seva aplicació i maximitzin els seus beneficis. En aquest sentit, el Dret civil català, amb una tradició consolidada en l'ús de mecanismes extrajudicials de resolució de conflictes, esdevé un terreny fèrtil per a la innovació i l'experimentació en aquest àmbit.

Malgrat la creixent atenció acadèmica i professional cap a la digitalització de la justícia continua havent-hi un buit de recerca, tot i que cada vegada menor, pel que fa a la integració i l'aplicació concreta de tecnologies que ja es troben en el nostre entorn, com ara les de prova de coneixement nul (Agència Espanyola de Protecció de Dades -AEPD- 2020), les cadenes de blocs (ROSALES DE SALAMANCA 2019) i la intel·ligència artificial (VALLESPÍN PÉREZ 2025) dins de la pràctica jurídica.

Si bé estudis previs han abordat els serveis de confiança com a visió de la prova electrònica privatitzada (ALAMILLO DOMINGO 2019a) o l'ús de la IA en l'àmbit legal de manera general (RIVERO SILVA i CHINARRO VADILLO 2024), la sinergia d'aquestes eines i els MASC requereixen una anàlisi detallada i contextualitzada. L'actual literatura científica sobre la matèria, entre la qual TIERNO BARRIOS (2022) en la perspectiva de gènere aplicada a la IA, PARDO PRADO (2025) en l'ús de la IA en el metavers, o PÉREZ CAMPILLO (2025) en la implementació de les cadenes de blocs en el sistema judicial i els mecanismes alternatius de solució de conflictes,

³ «BOE» núm. 3, de 3 de gener de 2025, pàgines 796 a 1067 (272 pàg.).

ofereixen una base sòlida i de rigor sobre la qual es pot construir una comprensió més profunda i aplicada de la seva potencialitat.

Mitjançant el cas d'ús dels MASC, aquesta investigació té per objecte comprendre les oportunitats i els reptes d'emprar tecnologies presents en la societat, però encara poc conegudes en la pràctica jurídica habitual, les quals poden proporcionar un model innovador per a la digitalització d'altres processos administratius, contribuint a una gestió pública més àgil i transparent. En aquest sentit, esdevé crucial que el Consell de l'Advocacia Catalana (CICAC) prengui un paper actiu en la definició i la implementació d'aquestes eines per tal de no quedar relegada davant els canvis legislatius i tecnològics.

La nostra contribució rau en l'anàlisi de les sinergies entre els MASC, les tecnologies digitals de registres distribuïts, els protocols criptogràfics de prova de coneixement nul, i la intel·ligència artificial per tal de mostrar la idoneïtat de regular aquestes eines de manera explícita per tal d'assolir un veritable desplegament de l'administració electrònica de la mà de l'Advocacia Catalana com a agent clau en la promoció i la implementació d'aquesta transformació digital.

L'estructura d'aquest article es desenvoluparà de la següent manera: en primer lloc, es presentarà el marc jurídic dels MASC i la seva tradició en el Dret civil català. Posteriorment, s'examinaran, d'una banda, les tecnologies DLT i ZKP en el context del Reglament eIDAS2 i, d'altra, la IA, totes elles aplicades als MASC. A continuació, es durà a terme una anàlisi de l'impacte i les perspectives de la transformació digital pel futur dels MASC i la seva potencial extensió a l'àmbit de l'Administració electrònica. Finalment, es presentaran les conclusions principals de la investigació.

2. El marc jurídic dels MASC i la seva tradició en el Dret civil català

En el panorama jurídic contemporani, els mecanismes adequats de resolució de conflictes s'han consolidat com a eines fonamentals per a la gestió eficient i pacífica de les disputes, oferint

vies complementàries o substitutòries a la jurisdicció contenciosa tradicional. A Catalunya, amb una rica tradició de Dret civil propi i una sensibilitat particular cap a les solucions negociades, l'interès i la implementació dels MASC han anat creixent progressivament.

2.1. La tradició històrica dels MASC en el Dret civil català

Si bé la institucionalització formal dels MASC com la mediació o la conciliació en l'àmbit del Dret civil català és relativament recent, la cultura jurídica catalana sempre ha mostrat una predisposició cap a la resolució pactada de conflictes. Aquesta inclinació històrica es manifesta en diverses figures i pràctiques que, tot i no ser idèntiques als MASC moderns, poden considerar-se'n precursors (NIEVA FENOLL 2004).

Aquesta tendència s'arrela profundament en el principi de llibertat civil (Article 111-6 CCCat)⁴ que impregna el dret privat català, on l'autonomia de la voluntat té un paper preponderant i els pactes prevalen sobre les disposicions legals que no siguin imperatives. La tradició pactista catalana, reconeguda històricament, es reflecteix en l'esfera privada, on la recerca de solucions consensuades ha estat sovint preferida a la confrontació litigiosa. Aquesta visió s'integra en el Codi Civil de Catalunya, entre d'altres, amb la possibilitat de suspensió per raó de la mediació (Article 121-18 CCCat) i la suspensió de la caducitat en les relacions jurídiques disponibles (Article 122-3 CCCat).

Altrament, la Llei 1/2001, de 15 de març, de mediació familiar de Catalunya,⁵ va complir amb la tradició catalana de prevalença de les solucions obtingudes per acord de les parts a la vegada que va comportar una innovació important en l'àmbit del dret de família, en

⁴ Llei 29/2002, de 30 de desembre, primera Llei del Codi civil de Catalunya. «DOGC» núm. 3798, de 13/01/2003, «BOE» núm. 32, de 06/02/2003.

⁵ «DOGC» núm. 3355, 26/03/2001. «BOE» núm. 91, de 16 de abril de 2001, pàgines 13797 a 13802 (6 pàgs.) (no vigent).

un moment en què a la resta de l'Estat espanyol no existia una pràctica generalitzada de la mediació.⁶

La introducció i el desenvolupament de la Llei de mediació familiar va significar un pas important en la institucionalització de la mediació, inspirada en la tradició de prevalença de les solucions acordades i anticipant-se a la tendència estatal i europea. Aquesta llei, posteriorment actualitzada per la Llei 15/2009, de 22 de juliol, de mediació en l'àmbit del dret privat,⁷ va ampliar els casos de mediació més enllà de l'àmbit familiar i va introduir la mediació civil com a mecanisme general de solució de conflictes en l'àmbit del dret privat (ARROYO i AMAYUELAS 2011).

La nova llei, que respectava els continguts de la Llei 1/2001, va consolidar una metodologia que, tot i tenir precursors històrics en la cultura de l'acord, es configurava ara com un MASC modern i estructurat.

2.2. Els MASC en la Llei Orgànica 1/2025, de 2 de gener

La Llei Orgànica de mesures en matèria d'eficiència del servei públic de justícia és fruit d'un context complex i multifactorial. D'una banda, respon a una necessitat històrica d'afrontar la sobrecàrrega de treball dels jutjats i tribunals, la lentitud processal endèmica i els elevats costos que el litigi suposa per a ciutadans, empreses i la mateixa Administració que poden afectar la tutela judicial efectiva (ORTUÑO MUÑOZ i HERNÁNDEZ GARCÍA 2007).

D'altra banda, s'emmarca en un impuls més ampli de modernització i digitalització de l'Administració de Justícia, alineat amb estratègies nacionals com el Pla Justícia 2030 i iniciatives europees, incloent-hi les directrius i objectius vinculats als fons Next Generation EU, que busquen una justícia més accessible, àgil i eficient per al segle XXI.

⁶ Així ho expressa el preàmbul de la Llei 15/2009, del 22 de juliol, de mediació en l'àmbit del dret privat. DOGC núm. 5432, 30/7/2009.

⁷ «DOGC» núm. 5432, de 30/07/2009, «BOE» núm. 198, de 17/08/2009.

A més, reflecteix una tendència creixent, promoguda tant des d'instàncies nacionals com internacionals (especialment la Unió Europea), a potenciar els mitjans adequats de solució de controvèrsies, com la mediació o la conciliació, com a alternativa o complement al procés judicial tradicional, amb l'objectiu de descongestionar els tribunals, oferir respostes més adaptades a certs tipus de conflictes i fomentar una cultura de pau i acord.

Així mateix, la crisi sanitària de la COVID-19 també va actuar com a catalitzador, evidenciant les vulnerabilitats del sistema i la urgència d'accelerar la transformació digital i implementar reformes estructurals per garantir la resiliència i continuïtat del servei públic de justícia en circumstàncies excepcionals (RAMOS FERNÁNDEZ 2022).

És a partir d'aquest marc general que s'introdueix en l'Article 5 de la LOMESPJ la concepció dels MASC en l'àmbit del dret civil, amb caràcter general, com a requisit de procedibilitat per a l'admissió de la demanda. L'Article 2 de la LOMESPJ contempla diversos mitjans adequats de solucions de controvèrsies que poden satisfer aquest requisit de procedibilitat. Entre ells, la mediació, la conciliació (en les seves diferents formes: notarial, registral o davant del Lletrat de l'Administració de Justícia), l'opinió neutral d'un expert independent, l'emissió d'oferta vinculant confidencial, i la negociació directa o a través d'advocats. Aquesta àmplia gamma de MASC reconeguts reflecteix la voluntat del legislador d'oferir diverses opcions a les parts per a la resolució extrajudicial dels seus conflictes. Així doncs, l'impacte d'aquesta nova obligatorietat en el sistema judicial català i en la pràctica jurídica es preveu significatiu.

En primer lloc, es podria esperar una disminució en el nombre de nous assumptes contenciosos ingressats als jutjats civils catalans, en la mesura que les parts aconseguixin resoldre les seves disputes a través dels MASC, tot i que la pràctica habitual i la complexitat inherent a les dinàmiques conflictuals suggereixen que aquesta expectativa ha de ser matisada amb un considerable escepticisme. En molts casos, l'arribada d'un conflicte a les portes del sistema judicial no és fruit d'una manca d'oportunitats prèvies per a l'acord, sinó precisament del fracàs d'aquestes. Les posicions irreconciliables, la manca de voluntat real de cedir, o la percepció (fundada o no) d'una de les parts de tenir una posició jurídica sòlida que fa innecessària

la transacció, són factors que difícilment es dissipen per la mera interposició d'un tràmit, encara que sigui obligatori o fortament incentivat, de recurs als MASC en una fase ja avançada del conflicte.

A més, no es pot obviar el rol inherent a la professió lletrada com a primera gestora del conflicte. L'advocacia, en la seva funció d'assessorament, ja explora habitualment les vies de negociació i només se sol aconsellar la via litigiosa quan aquestes alternatives s'han revelat infructuoses o inviables. Per tant, un nombre significatiu d'assumptes que arriben al jutjat ja representen, en certa manera, un fracàs previ de la negociació bilateral o de la mediació informal.

En segon lloc, la pràctica jurídica a Catalunya experimentarà una transformació, ja que la representació processal i lletrada haurà d'incorporar de manera sistemàtica la consideració i la promoció dels MASC en la seva estratègia de defensa dels interessos dels seus clients. Acreditar la praxi d'haver intentat una solució extrajudicial esdevindrà un pas previ necessari abans de la interposició de qualsevol demanda civil (ALISTE SANTOS 2023).

Comparant amb la legislació anterior a Catalunya, la LOMESPJ suposa un canvi substancial. Mentre que la Llei de mediació en l'àmbit del dret privat de 2009 ja fomentava la mediació en diversos àmbits, la nova Llei Orgànica estableix una obligació general de temptar una via extrajudicial abans d'accedir a la jurisdicció. En l'àmbit estatal, la situació anterior també es caracteritzava per la voluntarietat dels MASC, amb mesures de foment però sense una exigència generalitzada de recurs previ.

Tot i els beneficis potencials en termes d'eficiència i descongestió judicial, la introducció de l'obligatorietat dels MASC també planteja certs interrogants i reptes. Caldrà assegurar que aquesta obligació no esdevingui una mera formalitat sense un veritable intent de resolució del conflicte. Així mateix, caldrà garantir l'accés efectiu als MASC per a totes les persones, independentment de la seva situació econòmica, i evitar que la manca de recursos per a sufragar un MASC esdevingui un impediment per a l'accés a la justícia.

2.3. El Paper de l'Advocacia Catalana en el foment dels MASC

Davant aquest nou marc jurídic, el Consell de l'Advocacia Catalana ha encetat diverses iniciatives per facilitar l'adaptació de l'advocacia a les noves exigències i oportunitats. De la mateixa manera, és paper de la comissió de tecnologies del CICAC abordar la digitalització i promoure bones pràctiques en aquest àmbit.

El CICAC coordina l'acció dels catorze Col·legis de l'Advocacia de Catalunya. Una de les iniciatives centrals en l'àmbit que ens ocupa és el projecte «IN Mediació»,⁸ desenvolupat des de l'any 2020 amb el suport del Departament de Justícia de la Generalitat. Aquest projecte plurianual té com a finalitat principal informar el col·lectiu legal sobre les implicacions jurídiques i processals dels MASC, particularment la mediació, i oferir formació específica. Se cerca que advocats i advocades compreguin el rol dels especialistes en resolució de conflictes i valorin la mediació com una via efectiva pels seus clients. Les actuacions d'aquest projecte inclouen la creació de recursos digitals, activitats de comunicació, formacions en línia i tallers. La Comissió de Mediació i altres ADR del CICAC és l'encarregada de coordinar aquestes accions juntament amb la de formació i aquelles que de manera transversal hi puguin participar.

En resposta directa a la legislació d'eficiència, el CICAC, dins la campanya «IN Mediació 2025» i en col·laboració amb el Centre de Mediació de Catalunya, ha organitzat cicles de formació específics als catorze Col·legis sota el títol «Desxifrant la Llei d'eficiència» per abordar l'aplicació pràctica dels MASC regulats, analitzant el requisit de procedibilitat, les seves repercussions processals i l'impacte en el sistema d'assistència jurídica gratuïta.

La correcta aplicació del nou marc legal requereix que advocats i advocades no només coneguin la normativa, sinó que també disposin de les competències tècniques en negociació, mediació i conciliació. Per això, la formació contínua oferta pels Col·legis, coordinada pel CICAC, és un element necessari per a l'actualització professional. Aquesta necessitat d'adaptació s'alinea, a més, amb la funció orientada

⁸ <https://mediacio.cicac.cat/> accedit el 07/04/2025.

a la concòrdia que l'Estatut General de l'Advocacia Espanyola atribueix a la professió.

L'eficàcia del sistema dependrà de la capacitat de l'advocacia per integrar l'assessorament sobre MASC i afrontar una digitalització cada vegada major en la seva pràctica quotidiana i per participar activament, quan sigui pertinent, en aquests processos, representant els seus clients o actuant com a tercers neutrals si tenen la formació adequada. El CICAC i els Col·legis continuen treballant en la difusió d'informació, el suport als professionals i la col·laboració amb altres institucions per facilitar aquesta transició cap a un model de resolució de conflictes que combina la via judicial amb els mètodes alternatius en un entorn cada vegada més digitalitzat.

3. Impacte del Reglament eIDAS i la regulació de la IA en la modernització dels MASC

La creixent complexitat de les interaccions socials i econòmiques en entorns electrònics ha impulsat una transformació gradual en la manera en com s'aborda la gestió i resolució de conflictes. En aquest context, els MASC han experimentat una notable evolució gràcies a la integració de tecnologies com la IA (PÉREZ-UGENA COROMINA 2024) i les cadenes de blocs (PÉREZ CAMPILLO 2025). La sinergia entre els MASC i la tecnologia es presenta, per tant, com un element clau per a la modernització del sistema de justícia i per a donar resposta a les demandes d'agilitat i eficàcia dels ciutadans (RIVERO SILVA i CHINARRO VADILLO 2024).

En aquest procés, particularment en l'àmbit de la resolució de disputes en línia (ODR), la prova electrònica adquireix una centralitat ineludible (PARDO PRADO 2025). Les interaccions, documentació i acords generats digitalment requereixen mecanismes que assegurin la seva autenticitat, integritat i no-rebuig (ALAMILLO DOMINGO 2019b). La fiabilitat d'aquestes evidències digitals és fonamental per garantir la seguretat jurídica i la potencial executivitat dels acords MASC assolits per mitjans telemàtics. Per tant, l'establiment de marcs normatius

i tecnològics robustos, capaços de validar i gestionar aquesta prova electrònica de manera fiable, esdevé un requisit essencial per a la consolidació efectiva dels MASC en entorns digitals.

3.1. El Reglament eIDAS2

En el nucli de la transformació digital de la Unió Europea hi trobem el marc normatiu que regula la identificació electrònica i els serveis de confiança per a les transaccions electròniques al mercat interior: el Reglament eIDAS,⁹ i la seva posterior modificació, eIDAS2.

Aquest reglament té com a objectiu facilitar la interoperabilitat i la seguretat dels serveis digitals al mercat únic europeu i promoure la confiança dels ciutadans i les empreses en entorns electrònics. Cobreix dues àrees principals: sistemes de gestió d'identitat transfronterers que garanteixen la interoperabilitat a tota la Unió, i serveis de confiança. Aquests darrers són una llista tancada de serveis públics que tracten una visió privatitzada de la prova electrònica (ALAMILLO DOMINGO 2019a): signatura electrònica, segell electrònic, marcatge temporal electrònic, serveis de lliurament registrat, autenticació de llocs web, declaracions electròniques d'atributs i llibres majors electrònics. Aquests serveis de confiança són jurídicament vinculants, tenen valor probatori i estan subjectes a una supervisió i regulació estrictes.

Els serveis de confiança proporcionen un marc per a la creació de prova electrònica amb validesa legal i, quan reuneixen les condicions per ser qualificats, generen la inversió de la càrrega de la prova de conformitat amb l'Article 326.4 LEC¹⁰ en garantir integritat, autenticitat i traçabilitat de les transaccions i les comunicacions electròniques. Per exemple, l'efecte jurídic d'una signatura electrònica conforme l'Article 25.1 eIDAS és el reconeixement del principi de no discriminació en un procediment judicial pel fet de ser una signatura

⁹ Reglament (UE) núm. 910/2014 del Parlament Europeu i del Consell, de 23 de juliol de 2014, relatiu a la identificació electrònica i els serveis de confiança per a les transaccions electròniques en el mercat interior i pel qual es deroga la Directiva 1999/93/CE. *DO L 257 de 28.8.2014, p. 73-114.*

¹⁰ Llei 1/2000, de 7 de gener, d'Enjudiciament Civil. «BOE» núm. 7, de 08/01/2000.

electrònica, mentre que aquelles que reuneixin les condicions per ser qualificades, Article 25.2 eIDAS, tindran un efecte jurídic equivalent al d'una signatura manuscrita. Així doncs, el que introdueix el servei qualificat és una equivalència substantiva entre la signatura manuscrita i l'electrònica. Traduït l'anterior a l'Article 326.4 LEC, és la presumpció, o en altres paraules inversió de la càrrega de la prova, que la signatura fou realitzada per la persona que s'hi identifica. D'aquesta manera, la signatura electrònica ofereix una seguretat reforçada enfront de la signatura manuscrita a l'Ordenament espanyol.

3.1.1. La Cartera d'identitat digital europea i les declaracions electròniques d'atributs

El Reglament eIDAS2 introdueix, entre altres novetats significatives, l'emissió d'una Cartera d'identitat digital europea per part dels Estats Membre. Aquesta Cartera, Article 5 *bis*, es concep com una aplicació mòbil que ha de permetre als ciutadans emmagatzemar i gestionar de manera segura les seves dades d'identitat, així com certificacions digitals relatives a la identitat en sentit ampli sota la figura jurídica de les declaracions electròniques d'atributs, Article 45 *ter*. D'aquesta manera, la Cartera facilitarà la identificació i l'autenticació en línia per a accedir a serveis públics i privats a tot el territori de la Unió Europea, Article 5 *septies*, incloent-hi les plataformes de resolució de conflictes en línia i els prestadors de plataformes en línia de mida gran a què fa referència l'Article 33 del Reglament de serveis digitals.¹¹ Això simplificarà la participació en processos de MASC telemàtics i permetrà a les parts acreditar la seva identitat de manera fàcil i segura sense haver de dependre de sistemes nacionals no interoperables (LLANEZA GONZÁLEZ 2021).

Per la seva banda, les declaracions electròniques d'atributs es conceben com un servei de confiança desenvolupat en l'Article 45 *ter* eIDAS2. Són documents electrònics emesos i signats digitalment

¹¹ Reglament (UE) 2022/2065 del Parlament Europeu i del Consell, de 19 d'octubre de 2022, relatiu a un mercat únic de serveis digitals i pel qual es modifica la Directiva 2000/31/CE 1 (Reglament de serveis digitals) PE/30/2022/REV/IOJ L 277, 27.10.2022, p. 1-102.

per una font de confiança que poden validar-se criptogràficament. Aquestes declaracions equivalen als actes de certificació que realitzen les administracions públiques, però en format electrònic i de manera harmonitzada a tota la Unió Europea. Per exemple, el certificat COVID digital, amb un codi QR signat per l'autoritat sanitària, era una forma de declaració electrònica d'atributs.

Aquest nou servei suposa una reducció de càrregues administratives i una reducció de la necessitat d'obtenir còpies compulsades en paper en permetre que organismes del sector públic responsable d'una font autèntica de dades puguin emetre declaracions electròniques amb els mateixos efectes que les declaracions emeses en paper. De la mateixa manera, es preveu la possibilitat que prestadors de confiança puguin accedir a les dades de la font autèntica per emetre'n la declaració i entregar-la a l'usuari.

Un exemple de com es pot emprar l'ús de les declaracions electròniques d'atributs en un context de mediació familiar és aquell on una de les parts necessita acreditar la seva situació econòmica per determinar la seva capacitat de pagament. En lloc de presentar còpies en paper certificades o compulsades de la seva declaració de renda, l'Agència Tributària (com a font autèntica de dades fiscals) podria emetre una declaració electrònica d'atributs que certifiqui el nivell d'ingressos de l'últim exercici que pugui ser compartida de forma segura amb el mediador i l'altra part a través d'una plataforma digital de MASC, agilitzant el procés i reforçant la fiabilitat de la prova.

Un segon exemple en un sistema de resolució de disputa en línia podria sorgir en una plataforma de comerç electrònic davant un desacord sobre un producte. Per iniciar un arbitratge en línia, es podria requerir al comprador acreditar que la compra es va fer dins del termini de devolució. En lloc d'aportar captures o rebuts, el banc del comprador (amb el consentiment explícit d'aquest i actuant com a font autèntica de la transacció) podria emetre una declaració electrònica d'atributs que certifiqui la data i import de la transacció. Aquesta declaració electrònica podria ser verificada automàticament pel sistema ODR, i permetre així continuar l'arbitratge amb major celeritat i seguretat jurídica sobre l'autenticitat de la data de compra, simplificant l'aportació de proves.

3.1.2. Els llibres majors electrònics

Per respondre a la dinàmica dels mercats i a l'evolució tecnològica, l'eIDAS2 amplia la llista vigent de serveis de confiança amb, entre d'altres, la prestació dels serveis d'arxiu electrònic i els llibres majors electrònics. Aquests darrers es plantegen com una combinació de segells de temps de les dades i la seva seqüenciació amb la certesa de la identitat del creador de les dades, de manera similar a la signatura electrònica (SCHWALM, ALBRECHT, i ALAMILLO DOMINGO 2022). Aquest servei de confiança introdueix el marc legal per donar cabuda a solucions de tecnologies de registre distribuït en casos d'ús de la identitat digital i que projectes com la Infraestructura Europea de Serveis Blockchain¹² (EBSI), impulsada per la Comissió Europea, puguin tenir encaix jurídic en el territori de la Unió.

Les DLT engloben un conjunt de protocols i arquitectures de sistemes dissenyats per mantenir i sincronitzar bases de dades replicades entre múltiples participants d'una xarxa, en aquest sentit, les cadenes de blocs (*blockchain*) són una aplicació de les tecnologies de registre distribuït quan les transaccions s'agrupen en blocs que es vinculen criptogràficament de forma seqüencial i cronològica, creant un registre d'esdeveniments digitals amb una alta resistència a la modificació (IBÁÑEZ JIMÉNEZ 2018). Aquesta capacitat per establir un registre auditable i, en principi, immutable, ha posicionat les cadenes de blocs com una potencial infraestructura fundacional per a una àmplia varietat d'activitats digitalitzades, més enllà de la simple anotació de transaccions (SWAN 2016).

Des de l'òptica del Dret europeu, la naturalesa digital d'aquests registres distribuïts els situa sota l'àmbit dels documents electrònics, tal com es defineixen en el Reglament eIDAS2. Una implicació directa d'aquesta classificació, derivada de l'Article 46 eIDAS2, és el principi de no-discriminació: la forma electrònica d'un llibre major electrònic no pot ser motiu per si mateix per denegar-li efectes jurídics o la seva admissibilitat com a prova en procediments legals (LYONS, COURCELAS, i TMSIT 2019). Si bé l'Article 46 eIDAS aplanava el camí per a la consideració judicial de les cadenes de blocs, la determinació del

¹² <https://ec.europa.eu/digital-building-blocks/sites/display/EBSI/Home>. Accedit el 9 d'abril de 2025.

valor probatori específic i la seva força vinculant continua depenent de l'anàlisi contextual i de la fiabilitat tècnica de la implementació concreta. Tot i això, el fet que les DLT puguin complir amb el règim jurídic del servei de confiança dels llibres majors electrònics apunta precisament a establir un estàndard amb majors garanties jurídiques per a aquest tipus de tecnologies.

L'arquitectura de les DLT, i de les cadenes de blocs en particular, es fonamenta en diverses propietats clau. La integritat seqüencial, assegurada per l'encadenament criptogràfic, genera la característica d'immutabilitat funcional, on les dades un cop validades i afegides difícilment poden ser alterades o suprimides sense invalidar tota la seqüència posterior. La replicació distribuïda de les dades entre els nodes participants no només garanteix la disponibilitat i resiliència del sistema davant de fallades individuals, sinó que també contribueix a la dificultat d'una alteració unilateral fraudulenta. Finalment, la transparència (que en sistemes públics sol ser pseudònima i en sistemes privats pot ser configurable) permet, en principi, que la informació registrada sigui accessible i verificable pels participants autoritzats o, en alguns casos, pel públic en general.

Aplicades als MASC, les DLT presenten propietats desitjables quant a la transparència, que es veu incrementada per la traçabilitat inherent a la tecnologia, on totes les transaccions i els registres queden consignats de manera permanent i visible per als participants autoritzats, cosa que facilita la supervisió en processos d'arbitratge o en la gestió d'acords complexos amb múltiples parts i obligacions.

Així mateix, la seguretat es veu reforçada de manera considerable gràcies a l'ús de la criptografia i als mecanismes de consens inherents a les DLT, que fan extremadament difícil la modificació fraudulenta dels registres (RAMOS FERNÁNDEZ 2022). Aquesta robustesa en la seguretat contribueix a incrementar la confiança en la prova electrònica que es pugui utilitzar en els MASC (PÉREZ CAMPILLO 2025). D'aquesta manera, els acords de mediació podrien registrar-se en una cadena de blocs, assegurant així la seva integritat i la seva validesa com a prova davant de possibles disputes posteriors. Així mateix, es podrien emprar contractes intel·ligents (*smart contracts*), que són programes autoexecutables emmagatzemats en una cadena de blocs, per automatitzar el compliment de determinades clàusules

d'un acord un cop es verifiquen les condicions predefinides. Addicionalment, la DLT podria facilitar la gestió segura i l'intercanvi d'expedients i documents rellevants entre les parts i els professionals involucrats en els MASC.

No obstant això, cal tenir present que la seva implementació en l'àmbit judicial és encara desconeguda i qüestions com la privacitat o l'exercici de drets com el de supressió, rectificació o dret a l'oblit són els principals esculls a l'hora d'emprar xarxes DLT (LYONS, COURCELAS, i TIMSIT 2018). És en aquest escenari on es mostra la idoneïtat d'explorar l'ús de protocols de prova de coneixement nul per enregistrar en les cadenes de blocs només una prova d'existència de les dades o per a substituir les corresponents declaracions electròniques d'atributs per derivacions criptogràfiques que incrementin de manera efectiva la privacitat i redueixin els costos de compliment per als responsables del tractament (ALAMILLO DOMINGO 2020, 129-30).

3.1.3. Les proves de coneixement nul

Des del punt de vista de la privacitat, el Reglament eIDAS2 recull la provisió que la Cartera ha de permetre la creació de pseudònims xifrats al dispositiu de l'usuari, Article 5.4 *bis*, així com la divulgació selectiva de dades, Article 5.4.a *bis*, això és, revelar només determinades parts d'un conjunt de dades més ampli, a fi que l'entitat receptora obtingui únicament la informació necessària per a la prestació d'un servei sol·licitat per l'usuari (considerant 59).

Al marge dels mecanismes de privacitat anteriors, durant el procés de negociació del Reglament eIDAS2 altres tècniques, com els protocols criptogràfics de prova de coneixement nul, foren proposades¹³. L'objectiu general d'un protocol ZKP és demostrar el coneixement o la possessió d'alguna informació sense revelar res més enllà del fet que el provador coneix o posseeix aquesta informació (GOLDWASSER, MICALI, i RACKOFF 1985).

¹³ European Parliament, Committee on Industry, Research, and Energy, 'Draft Report on the proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council amending Regulation (EU) No 910/2014 as regards establishing a framework for a European Digital Identity', 2021/0136(COD), 31 May 2022.

Els protocols ZKP introdueixen un canvi de paradigma en allunyar-se dels models d'identitat tradicionals on es comparteixen dades, cap a un nou model on, en canvi, es comparteixen proves de l'existència de les dades (RAMOS FERNÁNDEZ 2023). Aquest model preserva la privacitat de l'usuari i proporciona control sobre quin tipus de dades es comparteixen i amb qui. Des d'aquesta perspectiva, es redueix la responsabilitat del controlador de dades en eliminar la necessitat d'emmagatzemar grans quantitats de dades a la vegada que es poden implementar les mesures de seguretat, minimització i limitació a l'accés de l'Art. 25 RGPD¹⁴ (Agència Espanyola de Protecció de Dades -AEPD- 2020).

Exemples que poden aprofitar els anteriors avantatges són la implantació de sistemes de vot electrònic per garantir la confidencialitat i, ahora, el vot únic (Bamberger et al., 2021); presentar proves de vacunació (DE VASCONCE-LOS BARROS; SCHARDONG; FELIPE CUSTÓDIO, 2022); demostrar la possessió d'una targeta d'embarcament vàlida en un aeroport (ALAMILLO DOMINGO, I.; VALERO TORRIJOS, J.; FORTUNE, D.; MARTIN, 2017), la construcció de sistemes d'identitat digital basats en cadenes de blocs (Hyperledger White Paper Working Group, 2018), o demostrar la inclusió o l'exclusió de certa informació en una base de dades (BEN-SASSON et al., 2018).

Consegüentment, les ZKP ofereixen una via per verificar davant l'òrgan judicial el requisit previ d'haver sotmès el conflicte en qüestió a un MASC abans d'accedir a la jurisdicció, sense revelar cap informació sobre el contingut de les deliberacions, propostes o concessions intercanviades. De forma anàloga, en cas d'haver-se assolit un acord, i en supòsits en els quals els termes o determinades informacions confidencials puguin perjudicar a una de les parts (per exemple, per raons comercials), les ZKP podrien possibilitar l'acreditació de l'existència d'aquest acord a efectes processals, novament sense comprometre la confidencialitat del seu contingut material.

¹⁴ Reglament (UE) 2016/679 del Parlament Europeu i del Consell, de 27 d'abril de 2016, relatiu a la protecció de les persones físiques pel que fa al tractament de dades personals i a la lliure circulació d'aquestes dades i pel qual es deroga la Directiva 95/46/CE (Reglament general de protecció de dades). *DO L 119 de 4.5.2016, p. 1–88.*

En la mateixa línia, en un procés d'arbitratge, una empresa podria demostrar que compleix amb certs estàndards de qualitat sense revelar els seus secrets comercials. En l'àmbit del dret col·laboratiu, les ZKP podrien facilitar la verificació de determinades circumstàncies rellevants per a la resolució del conflicte sense exposar dades personals innecessàries. A més de la confidencialitat, les ZKP també poden ser utilitzades per a la verificació eficient i segura d'identitats i credencials en plataformes de MASC en línia, d'acord amb l'eIDAS2 quant a la Cartera d'identitat digital europea. D'aquesta manera, les ZKP es perfilen com una eina tecnològica capaç de facilitar la compatibilitat entre les exigències de prova processal i la necessària protecció de la informació confidencial inherent als MASC, introduint un nou paradigma per a la gestió de la prova digital en aquests entorns.

El Reglament eIDAS2 menciona l'ús de les ZKP en el considerant 14 pel que fa a la Cartera d'identitat digital europea, encoratjant als Estats Membre a emprar aquestes tècniques per a permetre que una part usuària validi si una declaració basada en les dades d'identificació i les declaracions d'atributs d'una persona és vertadera sense revelar cap dada en què es fonamenti aquesta declaració, garantint d'aquest mode la privacitat de l'usuari. Si bé a l'esborrany de l'eIDAS2 les ZKP es desenvolupaven dins la part operativa del Reglament, el fet que l'actual text contingui la seva referència explícita mostra la voluntat que per part dels Estats Membre s'explori l'ús d'aquestes tecnologies. En aquest sentit, els MASC es mostren com l'instrument idoni com a cas d'ús per a futurs desenvolupaments en l'àmbit de l'Administració electrònica.

Pel que fa a l'admissibilitat i la força probatòria de la prova electrònica en els processos de resolució de conflictes que integrin l'ús de proves de coneixement nul, si bé no existeix una regulació específica per emprar-les de manera autònoma, sí que troben encaix en els serveis de confiança. Això implica que prestadors de signatures electròniques, segells electrònics, declaracions electròniques d'atributs, llibres majors electrònics i resta de serveis de confiança que integrin en la seva estructura tècniques de coneixement nul gaudeixen del principi de no discriminació sota els Reglaments eIDAS i eIDAS2. En cas que aquests serveis

estiguin qualificats, és a dir, hagin superat una sèrie de controls administratius previs, gaudiran d'acord amb l'art. 326.4 LEC de la inversió de la càrrega de la prova.

3.2. El Reglament d'IA

La intel·ligència artificial emergeix com una tecnologia amb un impacte transformador en l'àmbit jurídic. Es pot definir com la capacitat dels sistemes informàtics per dur a terme tasques pròpies de la intel·ligència humana les quals inclouen l'aprenentatge, la resolució de problemes i la presa de decisions mitjançant algorismes i l'anàlisi de dades (NAVARRO-DOLMESTCH i FUENTES-LOUREIRO 2023). La seva aplicació als MASC obre perspectives significatives per optimitzar els processos de resolució de conflictes. Això és possible gràcies a la seva capacitat d'anàlisi de grans volums de dades, identificació de patrons, predicció de resultats i facilitació de la comunicació.

3.2.1. Marc conceptual i normatiu

En el marc normatiu europeu, el Reglament d'IA constitueix una peça clau que modularà la seva implementació en el sector legal. Aquesta normativa persegueix l'objectiu de garantir un desenvolupament i ús de la IA que sigui segur, ètic i respectuós amb els drets fonamentals dins del mercat únic (RIVERO SILVA i CHINARRO VADILLO 2024). El Reglament adopta un enfocament basat en el risc, classificant els sistemes d'IA en diferents categories (risc inacceptable, alt risc, risc limitat i risc mínim) i establint obligacions proporcionals a cada nivell.

En particular, els sistemes d'IA emprats en l'administració de justícia i en els processos de resolució alternativa de litigis són susceptibles de ser classificats com d'alt risc (ORTIZ FERNÁNDEZ 2024). Aquesta catalogació implica que els desenvolupadors i usuaris d'aquests sistemes hauran de complir requisits estrictes en matèria de gestió de riscos, qualitat de les dades d'entrenament, documentació tècnica, traçabilitat, transparència informativa envers els usuaris, supervisió humana, precisió, robustesa i ciberseguretat.

Així mateix, el Reglament prohibeix explícitament certes pràctiques considerades perjudicials, com ara els sistemes de puntuació social o aquells que exploten vulnerabilitats de grups específics, així com l'ús de sistemes d'identificació biomètrica remota «en temps real» en espais públics amb finalitats policials, llevat d'excepcions molt taxades.

La implementació de sistemes d'IA en l'entorn dels MASC, per tant, resta supeditada al compliment rigorós d'aquestes disposicions per garantir la no discriminació, la seguretat jurídica i el respecte dels drets fonamentals de les parts implicades (PÉREZ-UGENA COROMINA 2024). Les entitats que desenvolupin o utilitzin aquestes tecnologies en MASC hauran d'integrar mesures tècniques i organitzatives per mitigar els riscos identificats i assegurar una supervisió humana efectiva i significativa durant tot el cicle de vida del sistema.

3.2.2. Aplicacions específiques de la IA en l'àmbit jurídic

Una de les principals forteses de la IA és l'anàlisi de grans volums de dades jurídiques, incloent-hi legislació, jurisprudència i doctrina, per identificar patrons, precedents rellevants i tendències que puguin informar l'estratègia processal o negociadora (TIERNO BARRIOS 2022). Aquesta capacitat analítica pot assistir els operadors jurídics i les parts en la comprensió de la controvèrsia i la fonamentació de les seves posicions.

Altrament, s'observa l'aplicació de la IA en la predicció de resultats litigiosos, mitjançant models algorítmics entrenats amb dades històriques per estimar la probabilitat d'èxit d'una determinada pretensió. Aquesta informació pot orientar les parts en la presa de decisions sobre la conveniència d'acudir a la via judicial o explorar solucions negociades en el marc dels MASC (PARDO PRADO 2025). Ara bé, aquesta aplicació comporta riscos inherents relacionats amb la qualitat i representativitat de les dades utilitzades.

Així mateix, la IA pot intervenir en la facilitació de la negociació a través de plataformes de resolució de disputes en línia (ODR) que incorporin eines com agents conversacionals (xatbots),

sistemes de suport a la decisió o, fins i tot, models de negociació automatitzada. Aquests sistemes poden analitzar les propostes de les parts, identificar zones de possible acord i suggerir solucions. Addicionalment, la IA pot contribuir a millorar l'accessibilitat als MASC mitjançant serveis de traducció automàtica, generació assistida de documents legals o sistemes d'orientació inicial per als usuaris.

3.2.3. Consideracions ètiques, jurídiques i tècniques

Malgrat el potencial transformador, la integració de la IA en els MASC suscita rellevants consideracions ètiques, jurídiques i tècniques que requereixen una anàlisi ponderada.

Un dels riscos preeminents és el del biaix algorítmic. Cal recordar que els sistemes d'IA són, en essència, productes de programari (*software*) i, com a tals, estan subjectes a règims de responsabilitat per producte defectuós o per danys causats, tant sota la legislació existent (com la relativa a responsabilitat per productes) com la que es pugui desenvolupar específicament per abordar els reptes propis de la IA (IZQUIERDO GRAU 2023).

Aquest biaix pot originar-se en les dades d'entrenament, si aquestes reflecteixen biaixos socials o sistèmics preexistents, o en el disseny de l'algorisme (TIERNO BARRIOS 2022). La conseqüència és la possibilitat que els sistemes d'IA generin resultats o prediccions que perpetuïn o, fins i tot, amplifiquin discriminacions per raó de gènere, origen ètnic, edat o altres característiques protegides, soscavant els principis d'igualtat i no discriminació fonamentals en qualsevol procés de resolució de conflictes.

Una de les vies per abordar aquest risc rau en la traçabilitat i l'auditoria de les dades d'entrenament per tal de mitigar riscos i garantir el compliment normatiu (NAVAS NAVARRO 2019). Contràriament a una percepció d'opacitat absoluta, és tècnicament factible i, de fet, cada cop més exigít normativament (com s'estableix en els requisits de governança de dades del Reglament d'IA), conèixer i documentar les característiques dels conjunts de dades utilitzats per alimentar els sistemes. En aquest sentit, tecnologies com les ZKP

ofereixen mecanismes criptogràfics per verificar certes propietats o l'origen de les dades usades per entrenar un model d'IA (per exemple, que provenen d'una font fiable o que compleixen certs paràmetres estadístics) sense necessitat de revelar dades addicionals sobre el model d'entrenament ni el conjunt de dades emprat (ABBASZADEH et al. 2024).

Tot i l'anterior, la manca de transparència en el funcionament intern de determinats algorismes complexos (el fenomen conegut com a «caixa negra») continua dificultant la comprensió completa del procés de decisió i, conseqüentment, la rendició de comptes (*accountability*) en cas de resultats erronis o injustos, la qual cosa pot generar desconfiança en les parts. Així mateix, la protecció de dades personals, especialment les de caràcter sensible, sovint tractades en contextos de resolució de conflictes, constitueix una altra preocupació central, exigint l'estricta observança del RGPD i l'adopció de mesures robustes de ciberseguretat per prevenir accessos no autoritzats o violacions de seguretat.

Finalment, resulta imperatiu delimitar adequadament el rol de la supervisió humana. Si bé la IA pot automatitzar tasques i proveir informació valuosa, la presa de decisions finals, particularment aquelles amb conseqüències jurídiques directes per a les parts, hauria de romandre sota la responsabilitat d'una persona física.

L'adopció de la IA en els MASC requereix, per tant, una ponderació acurada entre l'eficiència processal que pot aportar i la salvaguarda indispensable de les garanties processals, el dret a la tutela judicial efectiva i els drets fonamentals. La delimitació de normes deontològiques, codis de conducta i regulacions específiques de les Administracions dins del seu respectiu àmbit de competència, juntament amb la formació específica dels operadors jurídics en l'ús ètic i responsable d'aquestes eines, esdevenen elements clau per a una integració beneficiosa de la IA en l'ecosistema de resolució de conflictes.

4. Anàlisi i perspectives de la transformació digital dels MASC i la seva extensió a l'Administració electrònica

La interacció entre l'impuls legislatiu als MASC per part de la LOMESPJ i les capacitats de tecnologies com les DLT, ZKP i la IA configura un escenari complex per a la pràctica jurídica. Aquests elements dialoguen entre si, generant oportunitats i tensions significatives. Ara bé, la integració estratègica d'aquestes eines en els MASC pot no només modernitzar-los, sinó també actuar com a precedent per a una transformació més àmplia cap a l'Administració electrònica, un procés on l'Advocacia Catalana està prenent un rol determinant.

L'establiment dels MASC com a requisit de procedibilitat per la LOMESPJ genera una demanda estructural de mecanismes de resolució extrajudicial eficients. Si bé l'eficàcia pràctica per reduir la litigiositat en casos ja polaritzats és un punt obert a debat, l'obligatorietat sí que força l'exploració de solucions que optimitzin la gestió d'un volum potencialment major de processos MASC.

Aquesta necessitat operativa coincideix amb la maduració de marcs reguladors com l'eIDAS2, que ofereix eines clau (la Cartera d'identitat digital europea, les declaracions d'atributs, i els llibres majors electrònics, entre d'altres) per dotar de confiança i seguretat jurídica les interaccions digitals. Alhora, el Reglament d'IA estableix un marc de control per a l'ús d'aquesta tecnologia en àmbits sensibles com la justícia. El punt de partida és la necessitat legal de cerca de solucions i l'existència d'un conjunt d'eines tecnològiques i normatives que les poden habilitar, plantejant la qüestió de com s'articularà aquesta interacció en la pràctica.

4.1. Qüestions entorn de l'aplicació del RGPD a les xarxes DLT

Les tecnologies de registre distribuït, dissenyades sota el règim jurídic dels llibres majors electrònics, presenten característiques atractives pels

MASC, com la potencial immutabilitat, la traçabilitat dels registres i la capacitat d'automatitzar tasques mitjançant *smart contracts*. Aquestes propietats permeten reforçar la confiança en la integritat dels acords així com automatitzar la cadena de la prova digital.

Tanmateix, aquest disseny tecnològic xoca frontalment amb principis essencials del RGPD. La tensió entre la immutabilitat funcional de moltes DLT i el dret a la supressió (Article 17 RGPD) és potser la més evident, però no l'única. La tendència a una àmplia replicació de dades per garantir la seguretat distribuïda pot entrar en conflicte amb la minimització de dades (Article 5 RGPD) i la privacitat des del disseny (Article 25 RGPD).

Els anteriors conflictes no són trivials; condicionen directament la viabilitat d'implementar solucions DLT als MASC quan es gestionin dades personals. La resolució d'aquesta tensió esdevé un punt central del debat: es requereixen solucions tècniques (com *hashing*, emmagatzematge off-chain, DLT permissionades amb controls d'accés estrictes o mecanismes d'eliminació controlada) i interpretacions jurídiques que permetin aprofitar els beneficis de la DLT sense vulnerar drets fonamentals. Superar aquest repte és essencial si les DLT han de formar part de la modernització dels MASC i, eventualment, d'altres serveis públics digitals.

4.2. Limitacions en l'ús de les proves de coneixement nul

En aquest context de tensions, els protocols ZKP emergeixen com una eina criptogràfica amb un potencial considerable. La seva capacitat única de verificar informació sense revelar-la ofereix una via per superar el dilema entre la necessitat de prova i la confidencialitat en MASC, així com els reptes de privacitat de les DLT. Permetrien, per exemple, demostrar el compliment del tràmit MASC previ sense detallar les negociacions, o validar atributs econòmics sense exposar totes les dades fiscals.

El Reglament eIDAS2 reconeix marginalment aquesta potencialitat, però no articula un règim jurídic clar per a la força probatòria de les ZKP per si mateixes. Aquesta ambigüitat reguladora és un fre a la

seva adopció generalitzada. Aquí rau la importància de posicionar els MASC com un cas d'ús estratègic: implementar ZKP en plataformes MASC permetria no només millorar aquests processos, sinó fonamentalment demostrar de manera pràctica el valor i la fiabilitat d'aquesta tecnologia en un context jurídic real. Aquesta experiència podria ser clau per informar el debat sobre la seva regulació futura i evidenciar com les ZKP poden ser un pilar per a serveis digitals (tant MASC com d'administració pública) més segurs i respectuosos amb la privacitat, validant així part de la tesi sobre la modernització i l'extensió a l'e-govern. El debat, per tant, se centra en si els beneficis potencials justifiquen l'esforç d'integrar una tecnologia complexa i poc regulada, i com l'experiència pràctica pot impulsar el seu reconeixement legal.

4.3. La protecció dels drets fonamentals en entorns d'intel·ligència artificial

La IA ofereix vies prometedores per optimitzar els MASC, des de l'anàlisi de grans volums de jurisprudència fins a l'assistència en la negociació o la predicció de resultats. Tanmateix, l'aplicació d'IA en la resolució de conflictes planteja interrogants ètics i jurídics de primer ordre, especialment pel que fa al risc de biaixos algorítmics que perpetuïn discriminacions i a l'opacitat de certs models ('black box'). El Reglament d'IA intenta abordar aquests riscos mitjançant una governança estricta per als sistemes d'alt risc, exigint transparència, robustesa, qualitat de dades i supervisió humana.

El debat rau en com implementar efectivament aquestes salvaguardes en la pràctica jurídica quotidiana. Com es garanteix una supervisió humana realment significativa? Com s'auditen els biaixos de manera fiable? Com es gestiona la responsabilitat per decisions errònies d'una IA? La integració reeixida de la IA en els MASC dependrà de la capacitat de respondre aquestes preguntes, no només complint la lletra del Reglament, sinó també desenvolupant una cultura d'ús ètic i responsable. La connexió amb ZKP per verificar propietats dels models o dades d'entrenament és una via exploratòria dins d'aquest complex debat.

4.4. La transició d'una Administració digitalitzada cap a una Administració electrònica

La confluència del marc normatiu introduït per la LOMESPJ i l'avenç tecnològic compelen a diferenciar analíticament dues estratègies de modernització administrativa.

Per una banda, l'Administració digitalitzada representa l'aplicació d'eines digitals a processos administratius preexistents, sovint concebuts sota un paradigma analògic (p. ex., formularis electrònics, notificacions digitals). Aquesta aproximació, si bé pot oferir millores marginals d'eficiència, generalment perpetua l'estructura subjacent i pot generar noves barreres d'accés digital sense abordar necessàriament disfuncions estructurals.

En contrast, l'Administració electrònica implica una transformació més profunda: la reenginyeria integral dels processos administratius a partir de les capacitats intrínseques de la tecnologia digital. Aquest model persegueix objectius més ambiciosos com la interoperabilitat, la integració de serveis, la seguretat reforçada i una orientació efectiva a l'administrat (SANCHEZ VALLE i LLORENTE BARROSO 2023).

La transició cap a un model integral d'Administració electrònica, tanmateix, transcendeix la mera adquisició tecnològica. Exigeix inversions sostingudes no només en infraestructures, sinó de manera crítica, en capital humà. Això implica la formació contínua i específica dels empleats públics, així com el foment d'una competència digital funcional i crítica en la ciutadania, superant la presumpció que la familiaritat generacional amb les interfícies equival a la capacitat per interactuar eficaçment amb sistemes juridicoadministratius complexos.

Per raons d'equitat i viabilitat pràctica, s'imposa una implementació progressiva i gestionada, acompanyada de mecanismes actius de suport social i adaptació dels serveis a diversos nivells de competència digital, per tal de mitigar la bretxa digital i assegurar l'accessibilitat universal als serveis públics.

Finalment, en l'àmbit juridicoadministratiu, on la finalitat última és la realització de la justícia i el servei a l'interès públic, la implementació tecnològica requereix una cura particular. L'automatització i l'ús

d'algorismes han d'integrar, des del disseny, principis ètics robustos, salvaguardes garantistes i mecanismes efectius de supervisió humana. L'objectiu és prevenir errors sistèmics, la perpetuació de biaixos i la deshumanització, assegurant en tot moment la subjecció de la tecnologia als fins superiors del Dret i de l'Administració pública.

Els MASC, per la seva naturalesa transversal, es presenten com un cas d'ús idoni per consolidar aquesta transició. L'èxit en la implementació d'un ecosistema MASC veritablement electrònic, que integri de forma coherent noves eines amb suport jurídic, permetria traslladar aquesta visió al sector públic.

Assolir aquesta transformació, però, no és automàtic. Requereix una visió estratègica i un impuls actiu. Aquí és on el paper de l'Advocacia Catalana esdevé crucial. Més enllà de formar els seus membres, el CICAC ha de continuar liderant el debat sobre el model d'Administració electrònica desitjat, participar en el disseny d'estàndards i solucions, i, de manera significativa, formular i defensar propostes legislatives o reguladores que facilitin aquesta transició, per exemple, apostant per a un desenvolupament jurídic de tecnologies emergents o establint directrius per a l'ús ètic de la IA en l'àmbit jurídic català.

5. Conclusions

Aquesta investigació ha explorat la transformació digital de la pràctica de l'advocacia a través del prisma dels mètodes adequats de solució de conflictes, analitzant la intersecció entre el nou marc normatiu impulsat per la Llei Orgànica 1/2025 de mesures en matèria d'eficiència del servei públic de justícia i el potencial innovador de tecnologies com els registres distribuïts, els protocols de prova de coneixement nul i la intel·ligència artificial, emmarcades principalment dins els Reglaments europeus eIDAS2 i d'IA.

Al llarg de l'exposició, s'ha mostrat com la integració estratègica d'aquestes eines digitals, especialment les previstes en l'ecosistema eIDAS2, no només ofereix una via per modernitzar els MASC —una necessitat accentuada per la seva recent obligatorietat com a requisit de

procedibilitat— sinó que també pot constituir un precedent valuós i un banc de proves per a l'extensió d'aquestes solucions a l'Administració electrònica en general. En aquest procés, l'advocacia catalana, amb la seva tradició en la resolució pactada de conflictes i el seu rol actiu a través del CICAC, emergeix com un actor clau.

L'anàlisi revela una confluència complexa d'oportunitats i reptes. D'una banda, l'eIDAS2 proporciona un marc jurídic robust per a la identitat digital (Cartera d'identitat digital europea) i serveis de confiança (com les declaracions electròniques d'atributs i els llibres majors electrònics) que poden reforçar la seguretat jurídica i la interoperabilitat en els processos MASC digitals. La IA, regulada pel seu propi Reglament, ofereix eines potents per a l'anàlisi, la predicció i l'assistència en la negociació, prometent una major eficiència. De l'altra, sorgeixen tensions significatives: la naturalesa inherent de les DLT (potencialment emparades sota el servei de confiança dels llibres majors electrònics) entra en conflicte amb principis fonamentals del RGPD, com el dret a la supressió, exigint solucions tècniques i jurídiques innovadores.

Les ZKP, tot i el seu enorme potencial per reconciliar la necessitat de prova amb la confidencialitat inherent als MASC i mitigar els problemes de privacitat de les DLT, encara manquen d'un reconeixement jurídic explícit i consolidat més enllà de la seva menció en els considerants de l'eIDAS2 i el seu possible encaix dins dels serveis de confiança existents.

L'ús de la IA, malgrat les salvaguardes del Reglament d'IA, planteja reptes ètics persistents relacionats amb el biaix algorítmic, la transparència («caixa negra») i la necessitat d'una supervisió humana efectiva i significativa.

L'estudi opera, necessàriament, sobre un terreny en construcció. La plena implementació i els efectes a llarg termini de la LOMESPJ, l'eIDAS2 i el Reglament d'IA són incerts. L'adopció real i generalitzada de tecnologies com les DLT i, especialment, les ZKP en l'àmbit jurídic és incipient. Aquest caràcter prospectiu i la focalització en l'eix tecnològic-legal constitueixen limitacions inherents a la present anàlisi.

No obstant això, són precisament aquestes limitacions les que defineixen els debats que resten oberts i que requereixen investigació

futura. Serà essencial monitorar empíricament l'impacte real de la LOMESPJ i la progressiva digitalització en l'ecosistema MASC català. L'evolució de la jurisprudència sobre l'admissibilitat i valoració de la prova electrònica, incloent-hi aquella generada mitjançant DLT o potencialment verificada amb ZKP, serà determinant.

La recerca aplicada per desenvolupar solucions ZKP tècnicament robustes, usables en entorns jurídics i jurídicament sòlides esdevé fonamental per desbloquejar el seu potencial. Així mateix, són imprescindibles estudis centrats en l'accessibilitat, la bretxa digital i l'experiència d'usuari en les plataformes MASC digitals per garantir l'equitat i evitar noves formes d'exclusió. Finalment, l'anàlisi comparada entre els diferents enfocaments adoptats per altres estats membres de la UE en la implementació d'eIDAS2 i la regulació de la IA en l'àmbit de la justícia pot enriquir significativament el debat nacional i autonòmic. En definitiva, la modernització digital dels MASC es perfila com un procés complex, ric en oportunitats per millorar l'accés a la justícia i l'eficiència, però també sembrat de reptes tècnics, jurídics i ètics que no poden ser ignorats.

La trajectòria que segueixi aquest procés no només definirà el futur de la resolució extrajudicial de conflictes, sinó que pot influir decisivament en la configuració de la següent generació de l'Administració electrònica, impulsant una transició des d'una mera digitalització de processos heretats cap a una reenginyeria integral dels serveis públics basada en les potencialitats digitals. En aquest escenari, l'Advocacia Catalana i la implicació dels seus col·legiats, està cridada a jugar un paper essencial, no només adaptant-se als canvis, sinó també participant activament en la definició del model, la promoció de bones pràctiques i la defensa dels drets fonamentals en entorns digitals.

Bibliografia

ABBASZADEH, Kasra, Christodoulos PAPPAS, Jonathan KATZ, i Dimitros PAPADOPOULOS. (2024). «Zero-Knowledge Proofs of Training for Deep Neural Networks». *CCS '24: Proceedings of the 2024 on ACM SIGSAC*

- Conference on Computer and Communications Security*, 4316-30. <https://doi.org/10.1145/3658644.3670316>.
- Agència Espanyola de Protecció de Dades -AEPD-. (2020). «Cifrado y Privacidad IV: Pruebas de conocimiento cero». (2020). <https://www.aepd.es/es/prensa-y-comunicacion/blog/cifrado-privacidad-iv-pruebas-conocimiento-cero>.
- ALAMILLO DOMINGO, Ignacio. (2019a). *Identificación, Firma y otras Pruebas Electrónicas*. First edit. Pamplona (Navarra): Aranzadi.
- ALAMILLO DOMINGO, Ignacio. (2019b). «Las tecnologías de registro distribuido (blockchain) y la transformación del procedimiento administrativo». *Consultor de los ayuntamientos y de los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal*, ISSN 0210-2161 No1 (Enero): 57-65.
- ALAMILLO DOMINGO, Ignacio. (2020). «SSI eIDAS Legal Report». *European Commission*. https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/document/2020-04/SSI_eIDAS_legal_report_final_0.pdf.
- ALISTE SANTOS, Tomás J. (2023). «ADR y digitalización como premisas para la transformación eficiente de nuestro sistema de justicia civil». *La Ley Actualidad Civil, Sección Persona y derechos* 11 (Noviembre): 1-29.
- ARROYO i AMAYUELAS, Esther. (2011). «Competència autonòmica, competència entre ordenaments jurídics i codificació del Dret Civil Català: un balanç». *Revista de Dret Històric Català* 10: 167-213. <https://doi.org/10.2436/20.3004.01.61>.
- GOLDWASSER, Shafi, Silvio MICALI, i Charles RACKOFF. (1985). «Knowledge Complexity of Interactive Proof-Systems.» *Conference Proceedings of the Annual ACM Symposium on Theory of Computing*, 291-304. <https://doi.org/10.1145/22145.22178>.
- IBÁÑEZ JIMÉNEZ, Javier W. (2018). *Derecho de blockchain y de la tecnología de registros distribuidos*. Cizur Menor [Navarra] : Aranzadi.
- IZQUIERDO GRAU, Guillem. (2023). «Software y algoritmos defectuosos : algunas consideraciones sobre la responsabilidad del desarrollador de software o de sistemas de inteligencia artificial». *IDP Revista de Internet Derecho y Política*, núm. 38: 1-12. <https://doi.org/http://dx.doi.org/10.7238/idp.v0i38.406131>.
- LLANEZA GONZÁLEZ, Paloma. (2021). *Identidad Digital. Actualizado a la Orden ETD/465/2021, de 6 de mayo (sobre métodos de identificación remota) y a la propuesta de Reglamento eIDAS2*. 1a ed. Bosch.

- LYONS, Tom, Ludovic COURCELAS, i Ken TIMSIT. (2018). «Blockchain and the GDPR». *EU BLOCKCHAIN AND FORUM*, 4-31. https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/reports/20181016_report_gdpr.pdf.
- LYONS, Tom, Ludovic COURCELAS, i Ken TIMSIT. (2019). «Blockchain and digital identity». *EU BLOCKCHAIN AND FORUM*, 27. https://www.eublockchainforum.eu/sites/default/files/report_identity_v0.9.4.pdf.
- NAVARRO-DOLMESTCH, Roberto, i María-Ángeles FUENTES-LOUREIRO. (2023). «Una aproximación a ChatGPT como herramienta jurídica: sesgos, capacidades y utilidades futuras». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política* 0 (39): 1-16. <https://doi.org/10.7238/idp.v0i39.417024>.
- NAVAS NAVARRO, Susana. (2019). «Responsabilidad civil del fabricante y tecnología inteligente. Una mirada al futuro». *Diario La Ley, No 35, Sección Ciberderecho, 27 de Diciembre de 2019, Wolters Kluwer LA*, 1-15.
- NIEVA FENOLL, Jordi. (2004). «La recuperació del dret processal català. Possibilitats constitucionals de desenvolupament». *Revista Catalana de Dret Privat* 4: 193-229.
- ORTUÑO MUÑOZ, José-Pascual, i Javier HERNÁNDEZ GARCÍA. (2007). «Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal». *Documentos de trabajo (Laboratorio de alternativas)* 110: 9-18.
- PARDO PRADO, Silvia. (2025). «La Inteligencia Artificial Aplicada a los MASC: Mediación, Arbitraje y Derecho Colaborativo Silvia». *La Ley Práctica de Tribunales* 171 (Enero-Febrero): 1-7.
- PÉREZ-UGENA COROMINA, María. (2024). «Aplicación de la inteligencia artificial en la resolución de conflictos jurisdiccionales y sistemas alternativos de solución de controversias». *La Ley Mercantil* Enero (109): 1-34. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9279337&info=resumen&idioma=ENG%0Ahttps://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9279337&info=resumen&idioma=SPA%0Ahttps://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=9279337>.
- PÉREZ CAMPILLO, Lorena. (2025). «Implementación de blockchain en el sistema judicial público y en los ADR». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política* 42: 1-12.
- RAMOS FERNÁNDEZ, Raül. (2022). «Reflexions sobre el projecte d'Identitat Digital Europea a la llum del certificat COVID digital i el moviment sobre la self-sovereign identity». *Revista Catalana de Dret Public* 2022 (65): 179-93.

- RAMOS FERNÁNDEZ, Raül. (2023). «A la recerca del règim jurídic de les proves de coneixement nul en la construcció de la identitat digital europea». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política* 38: 1-12. <https://doi.org/10.7238/idp.v0i38.406015>.
- RIVERO SILVA, Sebastián, i David CHINARRO VADILLO. (2024). «Inteligencia artificial y judicatura: sobre la dicotomía entre la asistencia y la sustitución. Aspectos técnicos y medioambientales». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política* 41.
- ROSALES DE SALAMANCA, Francisco. (2019). «Una perspectiva jurídica y crítica del Blockchain». *Derecho Digital e Innovación, No 1, Sección Doctrina, Primer trimestre de 2019, Wolters Kluwer*, núm. LA LEY 4176/2019.
- SANCHEZ VALLE, María, i Carmen LLORENTE BARROSO. (2023). «Desafíos de la administración electrónica para la inclusión de las personas mayores en la sociedad digital». *Revista Española de la Transparencia*, núm. 16: 217-43.
- SCHWALM, Steffen, Daria ALBRECHT, i Ignacio ALAMILLO DOMINGO. (2022). «eIDAS 2.0: Challenges, perspectives and proposals to avoid contradictions between eIDAS 2.0 and SSI». *Lecture Notes in Informatics (LNI), Proceedings - Series of the Gesellschaft für Informatik (GI)* P-325 (July): 63-74. <https://doi.org/10.18420/OID2022>.
- SWAN, Melanie. (2016). «Blockchain Temporality: Smart Contract Time Specifiability with Blocktime BT - Rule Technologies. Research, Tools, and Applications». En , editat per Jose Julio ALFERES, Leopoldo BERTOSSI, Guido GOVERNATORI, Paul FODOR, i Dumitru ROMAN, 184-96. Cham: Springer International Publishing.
- TIERNO BARRIOS, Selena. (2022). «Inteligencia artificial y ADR: acceso a la justicia con perspectiva de género». *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*, núm. 5: 25-53. <https://doi.org/10.25267/rejucrim.2022.i5.03>.
- VALLESPÍN PÉREZ, David. (2025). «Responsabilidad civil extracontractual en materia de IA: especial referencia a la carga de la prueba y la aplicación de presunciones». *IDP. Revista de Internet, Derecho y Política* 42: 1-11.

Comunicacions

Reflexiones sobre la responsabilidad civil por brechas de seguridad de datos personales: el caso del Hospital Clínic

Felipe Oyarzún Vargas

Universidad Carlos III de Madrid

Sumario

1. Introducción

2. Sobre el orden jurisdiccional competente y la legislación aplicable

3. Algunos aspectos sobre la responsabilidad civil por los daños derivados de una brecha de seguridad

3.1. El criterio de imputación en el RGPD

3.2. El principio de seguridad en el RGPD y las brechas de seguridad

3.3. ¿Qué daños se pueden producir por la brecha de seguridad?

4. Conclusiones

1. Introducción*

En marzo de 2023, el Hospital Clínic de Barcelona (HCB) sufrió un ciberataque que tuvo una serie de repercusiones. Por un lado, se cancelaron 150 intervenciones y más de 2.000 visitas externas, se llevaron a cabo actividades de forma manual que usualmente se hacen con sistemas tecnológicos y tuvieron que derivar el transporte sanitario urgente hacia otros hospitales.¹ Además, a consecuencia de este ciberataque (tipo *ransomware*²), el HCB sufrió el robo masivo de información (4,5 terabytes), afectando la privacidad de pacientes y profesionales del centro sanitario. Los hackers exigieron un rescate de 4,5 millones de euros, que el hospital se negó a pagar, lo que derivó en varias filtraciones de datos personales en los meses de marzo, abril y julio del 2023.³

Este asunto ha tomado relevancia nuevamente dado que, en julio de 2024, la Autoridad Catalana de Protección de Datos (APDCAT) ha impuesto una sanción al HCB —en su calidad de responsable del tratamiento⁴— tras concluir que la institución había infringido la normativa de protección de datos, puesto que no disponía de

* Este trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de Investigación 2024/00700/001 (Proyectos Áreas Temáticas PPIT2024), «El impacto de la inteligencia artificial en el régimen de la responsabilidad civil médica» («IARMED»), financiado por la UC3M (programa propio).

¹ Informe de la Generalitat de Catalunya titulado «*La ciberseguretat a Catalunya*», p. 9. En: https://ciberseguretat.gencat.cat/web/.content/06_dadesCiberseguretat/elements-documents/Documents/Ciberseguretat-a-Catalunya-2024_Informe-tecnologic-CAT.pdf

² Se define como un *software* diseñado por delincuentes para impedir que los usuarios accedan a su propio sistema informático o a sus archivos a menos que paguen dinero. Véase: <https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/ransomware>

³ En prensa: <https://elpais.com/espana/catalunya/2023-07-04/los-ciberdelincuentes-que-atacaron-el-hospital-clinic-filtran-una-tercera-entrega-de-datos.html>

⁴ Aplicando el art. 4.7 del RGPD, se debe indicar que el HCB era el «responsable del tratamiento» dado que era la persona jurídica que determinaba los fines y medios del tratamiento de los datos personales de los pacientes y trabajadores de ese centro sanitario.

las medidas de seguridad necesarias para evitar un ciberataque ni proteger los datos personales de sus pacientes.⁵

Esta situación dista de ser un precedente aislado. España ha sido uno de los países más afectados por ataques de *ransomware* en 2024.⁶ En Cataluña es de público conocimiento que cada vez son más las empresas catalanas que han sido víctimas de ciberataques.⁷ Según el Instituto Nacional de Ciberseguridad (INCIBE), los ciberataques recibidos en España alcanzaron en 2023 una cifra récord de 83.517 incidentes de ciberseguridad, lo cual representa un incremento de un 24 % respecto al año anterior.⁸

Respecto a la situación en hospitales o centros sanitarios, estos tienen especial trascendencia dado que manejan y almacenan una ingente cantidad de datos personales de pacientes y trabajadores. De hecho, el sector sanitario es uno de los objetivos preferidos por las bandas de *ransomware*, siendo el segundo sector más atacado por tercer año consecutivo tras el sector industrial.⁹

A partir de los antecedentes presentados, se observa que estas situaciones son cada vez más comunes, siendo necesaria una reflexión al respecto. En este trabajo, concretamente, se centrará la reflexión en aspectos de la responsabilidad civil a causa de estos casos en Cataluña.

⁵ Resolución sancionadora dictada por la APDCAT, n.º PS 1/2024, de 16 de julio de 2024.

⁶ Véase: <https://cincodias.elpais.com/smartlife/lifestyle/2024-09-17/espana-quinto-pais-mas-ciberataques-recibe.html>

⁷ Véase: <https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20211111/ola-ciberataques-empresas-catalanas-robarles-datos-12831804>

⁸ Documento en: https://www.incibe.es/sites/default/files/2024-08/Infograf%C3%ADa_balance_de_ciberseguridad_INCIBE_2023_0.pdf

⁹ Informe «La ciberseguretat a Catalunya», p. 11. En: https://ciberseguretat.gencat.cat/web/.content/06_dadesCiberseguretat/elements-documents/Documents/Ciberseguretat-a-Catalunya-2024_Informe-tecnologic-CAT.pdf

2. Sobre el orden jurisdiccional competente y la legislación aplicable

Con el objeto de otorgar ciertas pautas en el tratamiento de datos personales en Cataluña, conviene iniciar las reflexiones haciendo referencia al orden jurisdiccional y la legislación aplicable en este tipo de supuestos.

Con base en el art. 82.6 del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD), las acciones judiciales en ejercicio del derecho a indemnización se presentarán ante los tribunales competentes con arreglo al Derecho del Estado miembro, de acuerdo con el art. 79.2 del RGPD.¹⁰ De esta forma, en el supuesto de que la víctima ejerza una acción ante tribunales españoles, deberá presentar su demanda en una sede distinta, según cual sea la naturaleza del ente que ha sido el responsable del tratamiento de los datos personales. En caso de ser un ente privado, se deberá presentar una acción ante la jurisdicción civil; en cambio, si es un ente público, deberá presentar su acción ante la jurisdicción contencioso-administrativa.¹¹

En el caso objeto de estudio, el HCB pertenece a la Red de Hospitales Públicos de Cataluña, es decir, se está en presencia de una persona jurídica de Derecho Público. En consecuencia, el orden jurisdiccional competente será el contencioso-administrativo, dado

¹⁰ Art. 79.2 RGPD: Las acciones contra un responsable o encargado del tratamiento deberán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en el que el responsable o encargado tenga un establecimiento. Alternativamente, tales acciones podrán ejercitarse ante los tribunales del Estado miembro en que el interesado tenga su residencia habitual, a menos que el responsable o el encargado sea una autoridad pública de un Estado miembro que actúe en ejercicio de sus poderes públicos.

¹¹ En igual sentido, SANTOS MORÓN, María José, «Reflexiones en torno a la jurisprudencia del TJUE sobre la acción indemnizatoria del art. 82 RGPD», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 2024, 16(2), p. 1406; LÓPEZ DEL MORAL ECHEVERRÍA, José Luis, «Derecho al resarcimiento por los perjuicios derivados de infracciones en materia de protección de datos (Comentario al artículo 82 RGPD)», en ANTONIO TRONCOSO REIGADA (dir.), *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Vol. 2, Pamplona: Civitas, 2021, p. 3073.

que la lesión de los derechos de los interesados se debe al tratamiento de datos llevado a cabo por un responsable que es un ente público.¹²

Una vez definido el orden jurisdiccional competente, es preciso apuntar algunas cuestiones respecto a la normativa aplicable, teniendo especial consideración en los supuestos donde el responsable del tratamiento es un ente público.

España no ha incluido una norma especial de responsabilidad civil en materia de protección de datos, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos.¹³ A diferencia de lo que ocurría en la derogada Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal (la cual establecía una regla de responsabilidad en su art. 19¹⁴), la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPD) no contiene ninguna disposición al respecto.

¹² VILLALBA CANO, Laura, «El derecho a la tutela judicial efectiva contra un responsable o encargado del tratamiento (Comentario al artículo 79 RGPD)», en Antonio TRONCOSO REIGADA (dir.). *Comentario al Reglamento General de Protección de Datos y a la Ley Orgánica de Protección de Datos personales y Garantía de los Derechos Digitales*, Vol. 2, Pamplona: Civitas, 2021, p. 3012.

¹³ Véase la situación en otros ordenamientos jurídicos europeos en MORENO MARTÍNEZ, Juan Antonio, «El impacto del Reglamento General de Protección de Datos en el régimen de responsabilidad civil (art. 82 RGPD): Su posible desarrollo por el Derecho interno y problemática de coexistencia con otros mecanismos protectores», en Joaquín ATAZ LÓPEZ y José Antonio COBACHO GÓMEZ (coords). *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, Vol. 3, Pamplona: Aranzadi, 2021, p. 542 y ss.

¹⁴ El art. 19 de la antigua LOPD de 1999 establecía lo siguiente:

«Derecho a indemnización.

1. Los interesados que, como consecuencia del incumplimiento de lo dispuesto en la presente Ley por el responsable o el encargado del tratamiento, sufran daño o lesión en sus bienes o derechos tendrán derecho a ser indemnizados.

2. Cuando se trate de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas.

3. En el caso de los ficheros de titularidad privada, la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria »

Por tanto, en el ámbito de protección de datos personales, la regla de responsabilidad civil en el ordenamiento jurídico español es la establecida en el art. 82 del RGPD,¹⁵ el cual es directamente aplicable en cada Estado miembro y obligatorio en todos sus elementos (Art. 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).¹⁶ Así, el art. 82 del RGPD ha reemplazado al antiguo art. 19 de la LOPD como fundamento legal para las pretensiones que se deriven de las infracciones al derecho de protección de datos personales.¹⁷

Según se mencionó anteriormente, la vigente LOPD no contiene una regla de responsabilidad, a diferencia de su antecesora. Además, el art. 19 de la antigua LOPD establecía una remisión normativa a la legislación reguladora del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas. Sin embargo, dicha remisión en la actualidad no existe, de forma tal que surge una pregunta en cuanto a cuál debiese ser la normativa aplicable en el caso de que sea un ente público el responsable del tratamiento de datos personales. Sobre este punto, existe más de una posición al respecto.

Por un lado, existe una parte de la doctrina que indica que se debe aplicar en estos casos la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP).¹⁸ En consecuencia, en estos casos la indemnización se exigirá de acuerdo con la LRJSP ante la jurisdicción contencioso-administrativa.¹⁹ A pesar de que la vigente LOPD no contiene una norma como su antecesora (art. 19.2 de la

¹⁵ Art. 82.1. del RGPD indica que «*Toda persona que haya sufrido daños y perjuicios materiales o inmateriales como consecuencia de una infracción del presente Reglamento tendrá derecho a recibir del responsable o el encargado del tratamiento una indemnización por los daños y perjuicios sufridos*».

¹⁶ PLAZA PENADÉS, Javier, «Protección de datos e indemnización por daños en la reciente jurisprudencia del TJUE», en Mariano HERRADOR GUARDIA (dir.), *Daño y resarcimiento*. Madrid: Sepin, 2024, p. 398.

¹⁷ RUBÍ PUIG, Antoni, «Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales el remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD», *Revista de Derecho Civil*, vol. V, N° 4, 2018, p. 57.

¹⁸ Por ejemplo, PLAZA PENADÉS «Protección de datos...», p. 403; MORENO MARTÍNEZ «El impacto del Reglamento...», p. 552.

¹⁹ LÓPEZ DEL MORAL «Derecho al resarcimiento», p. 3073.

antigua LOPD), estos autores defienden la idea de que, cuando se trate de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá con arreglo a la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones públicas.

Por otro lado, autores como Busto Lago, indican que se les aplicará directamente el art. 82 del RGPD (norma que establece la responsabilidad civil en el Reglamento²⁰), en detrimento de la LRJSP, en sede contencioso-administrativa.²¹ El autor argumenta su postura señalando que el art. 4.7 del RGPD incluye expresamente dentro de la definición del responsable del tratamiento a la autoridad pública.²² Conviene señalar que la antigua LOPD de 1999 mantuvo la distinción que ya estaba en la LORTAD (Ley Orgánica 5/1992, de 29 de octubre, de regulación del tratamiento automatizado de los datos de carácter personal) sobre la diferenciación entre ficheros de titularidad pública y ficheros de titularidad privada.²³ De acuerdo con Sánchez Bravo, esta distinción que mantuvo la antigua LOPD de 1999 resulta una diferencia con la antigua Directiva de datos personales²⁴ (que era la normativa aplicable antes de la entrada en vigor del RGPD), la cual tenía como objetivo establecer un régimen igualitario de protección

²⁰ Véase nota 16.

²¹ Esto sería así en virtud del art. 9.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y del art. 2.e. de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

²² Art. 4.7 RGPD. 7) «responsable del tratamiento» o «responsable»: la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento.

²³ Artículo 17 apartados 4 y 5 de la LORTAD de 1992:

«4. Cuando se trate de ficheros de titularidad pública, la responsabilidad se exigirá de acuerdo con la legislación reguladora del régimen de responsabilidad de las Administraciones Públicas.

5. En el caso de los ficheros de titularidad privada la acción se ejercitará ante los órganos de la jurisdicción ordinaria.»

²⁴ Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

centrándose en la figura del responsable del tratamiento, sin importar si la titularidad de los ficheros era pública o privada.²⁵

Ante las posiciones descritas, cabe señalar que una de las características de la acción de responsabilidad contenida en el RGPD es que es acumulable con otras.²⁶ De este modo, sin perjuicio de la existencia de otras acciones (como podría ser la contenida en la LRJSP), en caso de que exista un supuesto que vincule la vulneración de la protección de datos por parte de un responsable que es un ente público, consideramos que es posible presentar acciones en sede contencioso-administrativa basadas en el art. 82 del RGPD.²⁷

Sentado lo anterior, para el Derecho catalán resulta importante atender la interpretación que ha dado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) de la norma de responsabilidad en cuestión por varios motivos. Primero, porque no existe una norma de responsabilidad en protección de datos en la LOPD, motivo por el cual se aplica directamente el art. 82 del RGPD. Segundo, porque el art. 82 del RGPD es el fundamento legal para ejercer acciones de responsabilidad por infracción de datos personales en el Derecho civil catalán, independiente de la titularidad del fichero o del ejercicio de otras acciones. Tercero, por el carácter vinculante de las sentencias del TJUE. En este sentido, las sentencias del TJUE disponen de interpretaciones que deben orientar el contenido del Derecho civil catalán en el ámbito de la protección de datos personales.

²⁵ SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro, «La Ley Orgánica 15/1999, de Protección de datos de carácter personal: diez consideraciones en torno a su contenido», *Revista de estudios políticos*, 2001, Nº 111, p. 207.

²⁶ El carácter acumulable de la acción se basa en lo establecido en el considerando 146 del RGPD («sin perjuicio de cualquier reclamación por daños y perjuicios derivada de la vulneración de otras normas del Derecho de la Unión o de los Estados miembros»). En el mismo sentido, RUBÍ PUIG, Antoni, «Problemas de coordinación y compatibilidad entre la acción indemnizatoria del artículo 82 del Reglamento General de Protección de datos y otras acciones en derecho español», *Revista Derecho Privado y Constitución*, 2019, Nº 34, p. 214.

²⁷ Véase la STSJ Asturias (Contencioso-administrativo, Sección 2ª) de 17 de abril de 2024 (JUR\2024\159131).

3. Algunos aspectos sobre la responsabilidad civil por los daños derivados de una brecha de seguridad

El RGPD establece los principios fundamentales que regulan el derecho a la protección de datos personales. Entre ellos, el art. 82 introduce una norma de responsabilidad civil que merece especial atención. Aunque su redacción parece clara, su aplicación práctica plantea incertidumbres. Esto se debe tanto a la novedad del régimen jurídico como a la escasa regulación existente, lo que da lugar a importantes debates sobre la materia.

Por los motivos expuestos, resulta importante conocer lo que ha sido señalado por el TJUE, órgano que ha interpretado el art. 82 del RGPD a partir de la resolución de cuestiones prejudiciales que han llegado a su conocimiento últimamente. Además, el contenido de estas sentencias es vinculante para los Estados miembros, constituyendo un antecedente de obligatoria observación para el desarrollo del Derecho civil catalán.

Con todo, es preciso advertir que el asunto no se ha caracterizado por su desarrollo. Un ejemplo de esto es que, hasta hace poco, no existían sentencias del TJUE que se refiriesen a la responsabilidad civil en materia de protección de datos.²⁸ Sin embargo, a fines de 2023 fue resuelta una cuestión prejudicial por el TJUE que precisamente abordó diferentes cuestiones relativas a la responsabilidad civil a causa de una brecha de seguridad producida por un ciberataque de un tercero.²⁹

²⁸ La primera sentencia en la que TJUE se refirió a este asunto fue la STJUE, de 4 de mayo de 2023 (Asunto C-300/21, *RW c. Österreichische Post AG*, ECLI:EU:C:2023:370).

²⁹ STJUE, de 14 de diciembre de 2023 (Asunto C-340/21, *VB c. Natsionalna agentsia za prihodite*, ECLI:EU:C:2023:986). En este caso, la Agencia Nacional de Recaudación búlgara sufrió un ciberataque que generó la publicación en Internet de los datos personales de millones de personas. Un gran número de afectados interpusieron acciones contra la Agencia Nacional de Recaudación, exigiendo un resarcimiento por los daños morales que habían sufrido por el temor a un potencial uso indebido de sus datos personales.

Posterior a esa sentencia, el TJUE se ha manifestado en más de una ocasión sobre el contenido del art. 82 del RGPD.

Como consecuencia de la escasa regulación en la materia, a continuación, se desarrollarán algunas discusiones que se han producido a propósito del alcance y contenido de la norma de responsabilidad del art. 82 del RGPD.

3.1. El criterio de imputación en el RGPD

La doctrina no es uniforme al momento de calificar si la responsabilidad establecida en el art. 82 del RGPD es objetiva o subjetiva.

Una buena parte de la doctrina ha considerado que el criterio de imputación de responsabilidad civil en materia de protección de datos es objetivo, con base en distintos argumentos.³⁰

En primer lugar, se destaca el argumento literal: el art. 82.1 del RGPD no menciona expresamente la culpa. Desde esta óptica, se entiende que el legislador europeo, cuando ha querido incorporar criterios culpabilísticos, lo ha hecho explícitamente, como ocurre en el art. 83 del RGPD respecto de la responsabilidad administrativa.³¹

En segundo lugar, el argumento histórico tiene como base el antecedente normativo del RGPD, es decir, la derogada Directiva 95/46/CE que establecía en el art. 23.2 un régimen de responsabilidad

³⁰ MARTÍN FABÁ, José María, «Novedades en materia de indemnización y protección de datos personales», *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, 2024, Nº49, pp. 145-146; MORENO MARTÍNEZ «El impacto del Reglamento...», p. 538; GRIMALT SERVERA, Pedro, «Intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen Tutela civil versus tutela administrativa», Margarita CASTILLA BAREA e Isabel GONZÁLEZ PACANOWSKA (coords.), *Protección de datos personales*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020, p.364; RUBÍ PUIG, «Daños por infracciones...», p. 62.

³¹ GRIMALT SERVERA, «Intromisiones...», p. 364.

objetiva.³² A este respecto, cabe indicar que el considerando 55 de esa Directiva establecía como causas de exoneración aquellas que son propias de la responsabilidad objetiva, a saber: los supuestos de fuerza mayor y los de culpa exclusiva de la víctima.³³ Algunos autores en España sostienen que esas siguen siendo las causas de exoneración en el actual régimen de responsabilidad contenido en el RGPD.³⁴

En tercer lugar, es posible justificar un régimen de responsabilidad objetiva a partir de la redacción establecida en el art. 82.3. del RGPD que establece las causas de exoneración de responsabilidad. En efecto, el art. 82.3 en su última parte indica expresamente que el responsable del tratamiento de datos podrá exonerarse *«si demuestra que no es en modo alguno responsable del hecho que haya causado los daños y perjuicios»*. Como se observa, la norma plantea los modos de exoneración desde un punto de vista causal y no de la culpa.³⁵ Para algún autor, esto refuerza la idea de que la responsabilidad civil no está determinada por el elemento de la culpa o negligencia del responsable del tratamiento de los datos personales.³⁶

³² El antiguo art. 23.2 de la derogada Directiva 95/46/CE indicaba que «El responsable del tratamiento podrá ser eximido parcial o totalmente de dicha responsabilidad si demuestra que no se le puede imputar el hecho que ha provocado el daño».

³³ El considerando 55 sostenía en su última parte que *«los daños que pueden sufrir las personas a raíz de un tratamiento ilícito han de ser reparados por el responsable del tratamiento de datos, el cual sólo podrá ser eximido de responsabilidad si demuestra que no le es imputable el hecho perjudicial, principalmente si demuestra la responsabilidad del interesado o un caso de fuerza mayor; que deben imponerse sanciones a toda persona, tanto de derecho privado como de derecho público, que no respete las disposiciones nacionales adoptadas en aplicación de la presente Directiva»*.

³⁴ Por ejemplo, MORENO MARTÍNEZ «El impacto del Reglamento...», p. 538. En doctrina comparada, véase VAN ALSENOY, Brendan, «Liability under EU Data Protection Law. From Directive 95/46 to the General Data Protection Regulation», *JIPITEC*, 2016, Nº 3, p. 283.

³⁵ Véase lo señalado por SANTOS MORÓN «Reflexiones en torno...», p. 1419.

³⁶ DE MIGUEL ASENSIO, Pedro Alberto, «Requisitos del derecho a indemnización en el Reglamento General de Protección de Datos», *La Ley Unión Europea*, 2023, Nº 115, p. 5. En la doctrina comparada, véase MENEZES CORDEIRO, Antonio, «Civil Liability for Processing of Personal Data in the GDPR». *EDPL*, 2019, Nº. 4, p. 498.

En contraste, otros autores dentro de la doctrina española se han manifestado en el sentido opuesto, es decir, han indicado que el régimen de responsabilidad del RGPD es subjetivo.³⁷ En rigor, se ha señalado que se está en presencia de un sistema subjetivo de responsabilidad, pero con una inversión de la carga de la prueba de la culpa.

De acuerdo con Busto Lago, quien toma como base el considerando 146 y el art. 82.3 del RGPD, los responsables del tratamiento de datos personales podrán exonerarse de responsabilidad siempre cuando puedan demostrar que el evento dañoso resulta imputable a un hecho ajeno a su esfera de control (como lo puede ser la fuerza mayor o el hecho de un tercero), pero también podrán exonerarse cuando acrediten que han adoptado todas las medidas que son exigidas por las normas y que son técnicamente posibles para evitar que se produzca el daño.³⁸ Para este autor, la inversión de la carga de la prueba se justifica por los riesgos que comporta una actividad como la de tratamiento de datos.³⁹

Esta última posición ha sido la adoptada por el TJUE en sus últimos pronunciamientos sobre la responsabilidad civil en el ámbito de la protección de datos. En este aspecto, el asunto C-667/21 («*Krankenversicherung Nordrhein*») indica expresamente que el art. 82 establece un régimen de responsabilidad por culpa en que la carga de la prueba recae sobre el responsable del tratamiento.⁴⁰ Por tanto, se presume la culpa del responsable del tratamiento de datos personales.⁴¹ En esta sentencia, el TJUE ha indicado que un régimen

³⁷ BUSTO LAGO, José Manuel, «La responsabilidad civil y su función de tutela del derecho a la protección de los datos personales: una visión desde el derecho de la Unión Europea», *Revista Jurídica da UFERSA*, 2021. Vol. 5, Nº. 10, p. 33; NIETO GARRIDO, Eva, «Derecho a indemnización y responsabilidad», José Luis PIÑAR MAÑAS (dir.) *Reglamento general de protección de datos: hacia un nuevo modelo europeo de privacidad*, Madrid: Reus, 2016, pp. 561-562.

³⁸ BUSTO LAGO «La responsabilidad civil...», p. 35.

³⁹ BUSTO LAGO «La responsabilidad civil...», p. 35.

⁴⁰ STJUE, de 21 de diciembre de 2023 (Asunto C-667/21, *Krankenversicherung Nordrhein*, ECLI:EU:C:2024:1051), apartados 94 y 103.

⁴¹ STJUE, *Krankenversicherung Nordrhein* (cit.), apartado 103.

de responsabilidad objetiva no garantizaría la consecución del objetivo de seguridad jurídica perseguida por el legislador y no respetaría el equilibrio entre los intereses de los responsables del tratamiento y los derechos de las personas cuyos datos se tratan.⁴²

La doctrina establecida en el asunto C-667/2021, ha sido ratificada por el TJUE en otros asuntos. Así, en los asuntos C-687/21 («*MediaMarktSaturn*»⁴³), C-741/21 («*Juris*»⁴⁴) se ha considerado que la culpa se presume, salvo que el responsable demuestre que no es responsable del hecho generador del daño. En otras palabras, se establece un régimen de responsabilidad por culpa con inversión de la carga de la prueba.

Pese a las sentencias citadas, la cuestión dista de estar resuelta. Al respecto, se ha manifestado que lo que se invierte no es la prueba de la culpa, sino que la prueba de la infracción.⁴⁵ La inversión de la carga de la prueba es sobre la infracción, pues será el responsable, en función de sus respectivas obligaciones, quien deba acreditar que se han cumplido con las obligaciones contenidas en el RGPD.⁴⁶ Además, el propio TJUE presenta inconsistencias en su argumentación. En efecto, en *Juris*, el TJUE, luego de establecer que la responsabilidad era subjetiva con inversión de la prueba de la culpa, se contradice, ya que establece que, en casos de violación de seguridad de los datos personales, el responsable podrá exonerarse si demuestra que no existe una relación de causalidad entre el eventual incumplimiento del RGPD y los daños y perjuicios sufridos por el interesado.⁴⁷ Es decir, vuelve a apelar a criterios estrictamente causales y no hace referencia a la prueba de la diligencia para exonerarse de responsabilidad.

⁴² STJUE, *Krankenversicherung Nordrhein* (cit.), apartado 100.

⁴³ STJUE, de 25 de enero de 2024 (Asunto C-687/21, *MediaMarktSaturn*, ECLI:EU:C:2024:72), apartado 52.

⁴⁴ STJUE, de 11 de abril de 2024 (Asunto C-741/21, *GP contra juris GmbH*, ECLI:EU:C:2024:288), apartado 46.

⁴⁵ SANTOS MORÓN «Reflexiones en torno...», p. 1419.

⁴⁶ LÓPEZ DEL MORAL «Derecho al resarcimiento», p. 3068.

⁴⁷ STJUE, *GP contra juris GmbH* (cit.), apartado 51.

También existen posturas intermedias. Santos Morón distingue según se esté en presencia de una obligación de medios o una obligación de resultado en el RGPD. Para esta autora, el criterio de imputación subjetivo con inversión de la carga de la prueba de la infracción se aplicará cuando se trate de una obligación de medios, que exige la apreciación de culpa en el caso concreto. En cambio, en el caso en que la obligación que incumbe al responsable del tratamiento sea una obligación de resultado, en ese caso solamente se podrá exonerar, demostrando que el hecho causante del daño no le es imputable.⁴⁸

En este contexto, será clave conocer los primeros pronunciamientos del Tribunal Supremo sobre la aplicación del RGPD, especialmente en casos donde el responsable sea un ente público. Si se confirma un régimen subjetivo con inversión de la carga de la prueba, será necesario analizar su relación con el sistema objetivo de responsabilidad patrimonial de la Administración.⁴⁹

⁴⁸ SANTOS MORÓN «Reflexiones en torno...», p. 1421. Es posible encontrar opiniones similares referidas a la antigua LOPD. Al respecto, se ha dicho que «a la hora de aplicar el artículo 19 LOPD, la Ley no determina si la responsabilidad es objetiva o subjetiva, sin embargo, parece que por norma general lo que habrá que analizar es si el incumplimiento es imputable a un sujeto determinado y si el titular de los datos tiene o no el deber de soportarlo», en ABERASTURI GORRIÑO, Unai, «El derecho a la indemnización en el artículo 19 de la Ley orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2013, Nº 41-42, p. 191.

También se debe destacar lo señalado por el Abogado General Campos Sánchez-Bordona, dado que, a pesar de dar argumentos que finalmente defienden una responsabilidad objetiva, señala que no cree que el RGPD se ajuste plenamente a ninguno de los dos modelos en puridad. Véase la nota al pie 55 del apartado 72 de las Conclusiones del Abogado General sobre el Asunto C-667/21, presentadas el 25 de mayo de 2023.

⁴⁹ Es posible encontrar en alguna sentencia dictada por un tribunal español afirmando que la responsabilidad establecida en el RGPD no es objetiva. Véase SAP Madrid (Sección 20ª), de 28 de junio de 2024 (JUR\2024\308163).

3.2. El principio de seguridad en el RGPD y las brechas de seguridad

3.2.1. El mandato de seguridad en el RGPD

Uno de los principios que inspira el RGPD es el de seguridad. El responsable del tratamiento está obligado a aplicar medidas oportunas y eficaces acordes a las exigencias del RGPD, debiendo estas garantizar un nivel de seguridad adecuado.⁵⁰ Así, existe un mandato sobre el responsable de tratamiento de datos personales mediante el cual este debe evaluar los riesgos inherentes al tratamiento y aplicar medidas para mitigarlos. Como indica el art.5.1.f) del RGPD los datos personales serán tratados de tal manera que se garantice una seguridad adecuada de estos, incluida la protección contra el tratamiento no autorizado o ilícito y contra su pérdida, destrucción o daño accidental, mediante la aplicación de medidas técnicas u organizativas apropiadas.

Por su parte, el art. 4.12 del RGPD define la violación de la seguridad de los datos personales como aquella *«que ocasione la destrucción, pérdida o alteración accidental o ilícita de datos personales transmitidos, conservados o tratados de otra forma, o la comunicación o acceso no autorizados a dichos datos»*. De acuerdo con el INCIBE, las brechas de seguridad son *«violaciones de la seguridad que ocasionan la destrucción, pérdida o alteración accidental o deliberada de datos personales cuando están siendo transmitidos, están almacenados o son objeto de otros tratamientos. Las brechas de seguridad también afectan a la comunicación o acceso no autorizados a dichos datos»*.⁵¹

Trasladando la situación al Derecho catalán, en el caso que es objeto de este trabajo, la APDCAT determinó que el HCB no había efectuado un análisis de riesgos necesario para definir las medidas de seguridad aplicables al tratamiento de datos que llevaba a cabo por medio de la plataforma corporativa atacada. En otros términos, el HCB no acreditó haber analizado, en su calidad de responsable, los riesgos que se

⁵⁰ Véase tanto los arts. 24 y 32 como los considerandos 74 y 83 del RGPD.

⁵¹ Disponible en: https://www.incibe.es/sites/default/files/contenidos/guias/doc/guia_glosario_ciberseguridad_2021.pdf

asociaban al tratamiento de los distintos tipos de datos personales que almacenaban en su plataforma.⁵²

3.2.2. El alcance de las obligaciones de seguridad

Conviene señalar que no se debe entender este mandato de seguridad que recae sobre los responsables del tratamiento como una responsabilidad a todo evento. En efecto, el TJUE ha señalado que el RGPD exige al responsable del tratamiento a adoptar medidas técnicas y organizativas destinadas a evitar, en la medida de lo posible, cualquier violación de la seguridad de los datos personales.⁵³ Es decir, el responsable del tratamiento de los datos personales no está obligado a impedir toda violación de seguridad, sino que este debe adoptar las medidas adecuadas para que las violaciones no se produzcan.

El legislador europeo ha entendido que es imposible eliminar todos los riesgos que surgen en la protección de los datos personales, por ese motivo permite al responsable de datos aportar prueba de que las medidas adoptadas eran las apropiadas. El TJUE ha indicado que los jueces de cada Estado miembro deben valorar el carácter apropiado de las medidas técnicas y organizativas, teniendo en cuenta el caso concreto, considerado los riesgos asociados y apreciando la naturaleza, contenido y adopción de esas medidas están adaptados a estos riesgos.⁵⁴

En el procedimiento llevado por la APDCAT, el HCB sostuvo que las medidas adoptadas por este para la protección de los datos personales de sus pacientes eran las adecuadas, pero que era necesario valorar la influencia del nivel de sofisticación de las técnicas intrusivas empleadas por el tercero no autorizado. En otros términos, se apelaba a la idea de que el responsable del tratamiento no puede responder

⁵² Véase Resolución sancionadora dictada por la APDCAT, n.º PS 1/2024, de 16 de julio de 2024.

⁵³ STJUE, *VB c. Natsionalna agentsia za prihodite* (cit.), apartado 30.

⁵⁴ STJUE, *MediaMarktSaturn* (cit.), apartado 38. PLAZA PENADES, Javier, «La responsabilidad civil del artículo 82 RGPD en brechas seguridad», *Revista Aranzadi de derecho y nuevas tecnologías*, 2024 N.º 64, p. 4.

ante cualquier caso de vulneración de los datos personales. La defensa del HCB afirma que se está en presencia de obligaciones de medios (donde es necesario observar si el responsable del tratamiento se ha comportado de forma diligente en el cumplimiento de la obligación) y no de resultado (donde se observa si se ha cumplido el mandato establecido en la ley, sin miramientos a la diligencia en el caso concreto).

No obstante, la APDCAT indicó que, si bien las obligaciones de seguridad se configuran como una obligación de medios (y no de resultado),⁵⁵ el HCB no había cumplido con el mandato de seguridad de la normativa de protección de datos. En este sentido, la Autoridad establece que el Hospital no había implementado debidamente las medidas que le eran exigibles de acuerdo con el RGPD y tampoco había efectuado el análisis de riesgos pertinente en relación con el tratamiento de datos personales que llevaba a cabo.⁵⁶ Por tanto, el HCB no fue diligente en la implementación y aplicación de medidas de seguridad (tanto técnicas como organizativas), de forma tal que estas medidas no eran las apropiadas para garantizar un nivel de seguridad adecuado al riesgo (art. 32 RGPD y art. 28 LOPD).⁵⁷

De este modo, el acceso no autorizado por parte de un tercero o una comunicación no autorizada de datos personales no basta para concluir que las medidas adoptadas por el responsable no eran las adecuadas. No basta con que haya ocurrido un ciberataque para concluir que se está en presencia de un incumplimiento de la obligación de seguridad por parte de responsable. Se deberá valorar, para determinar el carácter apropiado de las medidas, tanto el análisis de riesgos que entrañe el tratamiento como la adecuación de las medidas a los riesgos

⁵⁵ Esto también lo ha indicado la jurisprudencia, STS (de lo Contencioso-administrativo) de 15 Febrero de 2022 (RJ\2022\1280).

⁵⁶ Véase Resolución sancionadora dictada por la APDCAT, n.º PS 1/2024, de 16 de julio de 2024.

⁵⁷ Resolución sancionadora dictada por la APDCAT, n.º PS 1/2024, de 16 de julio de 2024.

teniendo en cuenta el estado de la técnica, el coste de la aplicación y la naturaleza, ámbito, contexto y fines del tratamiento.⁵⁸

En virtud de los artículos 5.2, 24.1 y 32.1 del RGPD, la carga de la prueba de que los datos personales se tratan de modo que se garantiza una seguridad adecuada incumbe al responsable de tratamiento.⁵⁹ En consecuencia, cuando la infracción tenga relación con la falta de implementación de medidas de seguridad apropiadas, se produce una inversión de la carga de la prueba. Martín Faba justifica esta inversión señalando que los interesados no tienen conocimiento suficiente ni acceso a la información referida a la implementación de las medidas de seguridad que ha adoptado el responsable del tratamiento.⁶⁰

3.3. ¿Qué daños se pueden producir por la brecha de seguridad?

Las violaciones de seguridad de los datos personales pueden llegar a producir daños patrimoniales o extrapatrimoniales para las personas físicas. Cabe advertir que no toda vulneración de seguridad de los datos será motivo suficiente para que proceda la responsabilidad en el caso concreto.⁶¹ En otras palabras, la mera infracción del RGPD no es suficiente para solicitar un resarcimiento.⁶² Por tanto, será siempre necesario que el interesado acredite los daños que ha sufrido

⁵⁸ STJUE, *VB c. Natsionalna agentsia za prihodite* (cit.), apartados 30 y 42. También véase la Resolución sancionadora dictada por la APDCAT, n.º PS 1/2024, de 16 de julio de 2024.

⁵⁹ STJUE, *MediaMarktSaturn* (cit.), apartados 42-43; STJUE, *VB c. Natsionalna agentsia za prihodite* (cit.), apartados 52 y 57.

⁶⁰ MARTÍN FABA «Novedades en...», p.137.

⁶¹ Esto es una diferencia, por ejemplo, con lo regulado en la Ley Orgánica 1/1982, la cual indica en su art. 9.3 que la existencia de perjuicio se presumirá siempre que se acredite la intromisión ilegítima. Es decir, el daño se presume ante la prueba de la infracción a la normativa, cuestión que no ocurre en el ámbito de datos personales.

⁶² Véase STS (Civil) de 19 de marzo de 2024 (JUR\2024\92465). En doctrina, PLAZA PENADÉS «Protección de datos...», p.413.

como consecuencia de la vulneración en el tratamiento de sus datos personales.⁶³

Como ha sido dicho, el art. 82 del RGPD establece un resarcimiento tanto de los daños patrimoniales como de los extrapatrimoniales a causa de infracciones en el tratamiento de los datos personales. A partir de la amplitud que establece esta cláusula general de daños, conviene preguntarse cuáles son los daños indemnizables y qué criterios se pueden utilizar para distinguir entre aquellos que deben ser resarcidos y los que no en situaciones de brechas de seguridad y que sean útiles para el establecimiento de responsabilidad en el derecho catalán. Concretamente, nos centraremos en dos supuestos.

3.3.1. Daños morales puros

Antes de los primeros pronunciamientos del TJUE en estos asuntos, se consideraba que una brecha de seguridad no era causal suficiente para activar el mecanismo de la responsabilidad civil, sino que servía exclusivamente para notificar a la autoridad competente y a las personas afectadas.⁶⁴

Eso se ha modificado mediante la STJUE del asunto C-340/21 la cual se refiere, entre otras cuestiones, a la aplicación y extensión del artículo 82 del RGPD en este tipo de casos. Concretamente, el TJUE ha considerado que el temor a un potencial uso indebido de datos personales puede constituir por sí solo un daño extrapatrimonial resarcible al amparo del art. 82 del RGPD. Adicionalmente, en varias sentencias posteriores, el TJUE ha reiterado que la mera pérdida

⁶³ El TJUE lo ha señalado en varias ocasiones, por ejemplo: STJUE, *GP y juris GmbH*, (cit.), apartados 34-35; STJUE, *Österreichische Post AG* (cit.), apartado 42; STJUE, *MediaMarktSaturn* (cit.), apartado 58; STJUE, *Krankenversicherung Nordrhein* (cit.), apartado 82; STJUE, *GP contra juris GmbH* (cit.), apartado 34.

Esto también se observa en sentencias dictadas por tribunales españoles, véase STS (Civil) de 19 de marzo de 2024 (JUR\2024\92465); ATS (Sección 1ª) de 17 de enero de 2019 (JUR\2019\35381); STSJ Andalucía (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 10 de enero de 2024 (JUR\2024\104740); SAP Madrid (Sección 20ª), de 28 de junio de 2024 (JUR\2024\308163).

⁶⁴ PLAZA PENADÉS «La responsabilidad civil...», p. 1.

de control puede ocasionar una violación de la seguridad de los datos personales que puede causar al interesado daños y perjuicios resarcibles al amparo del art. 82 del RGPD, por mínimos que sean.⁶⁵ El TJUE ha sostenido que una vez acreditada una infracción al RGPD, este no distingue entre: (i) los supuestos de daños morales que alega el interesado a causa de un uso indebido de sus datos personales por terceros que ya se ha producido en la fecha de la acción indemnizatoria; (ii) de los supuestos en los que esos daños morales están relacionados con el temor que experimenta ese interesado a que tal uso pueda producirse en el futuro.⁶⁶

En consecuencia, el TJUE ha sido proclive a indemnizar los daños morales puros y ha establecido una regla «*de minimis*» mediante la cual se impone la idea de que no se debe exigir ningún umbral de gravedad de los daños sufridos, siendo estos resarcibles por mínimos que sean. No obstante, es importante destacar que no toda molestia puede considerarse un daño resarcible.⁶⁷ Desde esa perspectiva, se deben hacer algunas precisiones que sirvan de orientación para el Derecho civil catalán.

En primer lugar, el RGPD permite una acción por daño moral autónomo, sin que sea necesaria la prueba de algún daño patrimonial.⁶⁸ En este sentido, el ordenamiento jurídico español, a diferencia de otros ordenamientos jurídicos europeos, la indemnización del daño moral no es una cuestión que sea objeto de debate.⁶⁹

⁶⁵ STJUE, *GP contra juris GmbH* (cit.), ap. 42. STJUE, *MediaMarktSaturn* (cit.), ap. 66.

⁶⁶ STJUE, *VB c. Natsionalna agentsia za prihodite* (cit.), apartado 79.

⁶⁷ SANTOS MORÓN «Reflexiones en torno...», p. 1414.

⁶⁸ MARTÍN FABA «Novedades en...», p. 141; RUBÍ PUIG, «Daños por infracciones...», p. 74.

⁶⁹ En cuanto a los diferentes tratamientos que recibe el daño extrapatrimonial en los diversos sistemas jurídicos europeos, véase las reflexiones de ZIMMERMANN, Reinhard, «30. Comparative Report (Categories 11–13)», en Bénédicte Winiger et al. (eds.), *Digest of European tort law. Volume 2: Essential Cases on Damages*. Viena: De Gruyter, 2011, pp. 706 y ss.

En segundo lugar, en el ordenamiento jurídico español se reconoce la indemnizabilidad del daño moral puro.⁷⁰ Se define como aquel perjuicio «*resultante de la lesión de bienes de la personalidad o de un hecho dañoso cuyas consecuencias se limitan al ámbito puramente moral o espiritual de la víctima*».⁷¹ Como expone Martín Casals, un ejemplo de este tipo de daños es la angustia por el miedo de sufrir un daño que finalmente no se materializa (el caso de «falsos positivos»)⁷² Se trata de casos que envuelven únicamente padecimientos emocionales, psíquicos, son daños que derivan de casos de «*perjuicios intangibles y que no acompañan a una pérdida patrimonial, a lesiones personales o a la muerte de la víctima del accidente, son daños reales*».⁷³

En tercer lugar, si bien en España se acepta el resarcimiento de distintos supuestos de daños morales, ello no debe conducir a que cualquier menoscabo deba ser indemnizado.⁷⁴ Como expone Rubí Puig, resulta cuestionable que cualquier exposición a un riesgo sea

⁷⁰ MARTÍN CASALS, Miquel, «La «modernización» del derecho de la responsabilidad extracontractual», en Asociación de Profesores de Derecho Civil (Ed.)- *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil. XV Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil A Coruña, 8 y 9 de abril de 2011*, Murcia: Editum, 2011, p. 119; MARTÍN CASALS, Miquel, «Principis per a una proposta de regulació de la responsabilitat extracontractual al Codi Civil de Catalunya», en Institut de Dret privat europeu i comparat de la Universitat de Girona (ed.), *Contractes, responsabilitat extracontractual i altres fonts d'obligacions al Codi civil de Catalunya: materials de les Setzenes Jornades de Dret Català a Tossa*, Girona: Documenta Universitaria, 2012, p. 302; DEL OLMO GARCÍA, Pedro, «Art. 1902», en Ana CAÑIZARES LASO (dir.). *Comentarios al Código Civil. Tomo V*. Primera Edición. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2023, p. 8446.

⁷¹ SANTOS MORÓN «Reflexiones en torno...», p. 1412.

⁷² MARTÍN CASALS «La «modernización»...», p. 119; MARTÍN CASALS «Principis per...», p. 302.

⁷³ GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos, «Capítulo I. El concepto de daño moral», en Fernando GÓMEZ POMAR y Ignacio MARÍN GARCÍA (Dirs.). *El daño moral y su cuantificación*, 3a ed. Barcelona: Bosch La Ley, 2023, p. 40.

⁷⁴ DEL OLMO GARCÍA, Pedro, «Capítulo 2. Epígrafe 1.2. El daño extrapatrimonial», en Ana SOLER PRESAS y Pedro DEL OLMO GARCÍA (coords.). *Practicum Daños*, Cizur Menor: Thomson Reuters, 2019, p. 202.

transformable en un daño moral puro.⁷⁵ Siguiendo a Santos Morón, la doctrina «*de minimis*» establecida por el TJUE debería ser entendida en el sentido de que no cabe fijar «*a priori*» un nivel mínimo de gravedad para entender que se está ante un daño indemnizable. Para esta autora, los jueces nacionales de cada Estado miembro, atendiendo las circunstancias concretas, podrán determinar si las consecuencias negativas pueden ser consideradas o no como un daño resarcible.⁷⁶

En cuarto lugar, le corresponderá a la víctima acreditar la existencia de ese daño moral puro. Desde esta perspectiva, el riesgo puramente hipotético no debería dar lugar a indemnización.⁷⁷ En palabras de Plaza Penadés, el daño moral debe estar fundado en hechos objetivos y no en meras conjeturas.⁷⁸ En el ámbito de protección de datos personales, no existirá *per se* un rescaramiento por vulneración de los datos personales, puesto que ello dependerá de la naturaleza de los datos y las circunstancias concurrentes de cada caso en particular.⁷⁹ Es posible encontrar resoluciones en España que han indicado que no basta la mera infracción para imponer la responsabilidad civil, siendo necesario para el interesado acreditar un daño consecuencia de dicha infracción.⁸⁰

En quinto lugar, existe una ausencia de normas comunes que se refieran a la cuantificación de los daños en el Derecho de la Unión

⁷⁵ RUBÍ PUIG, Antoni, «Inteligencia artificial y daños indemnizables», en ADPC (eds.), *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Pamplona: Aranzadi, 2024, p. 650.

⁷⁶ SANTOS MORÓN «Reflexiones en torno...», p. 1414

⁷⁷ MARTÍN FABA tiene esta posición respecto al riesgo hipotético de un uso indebido por un tercero. Para este autor, «*el riesgo puramente hipotético de uso indebido podría darse cuando es razonable esperar que ningún tercero ha tenido conocimiento de los datos personales en cuestión. Tampoco parece que se genere daño moral alguno cuando los datos revelados de manera no autorizada son de un tipo cuyo uso indebido es inocuo, como el nombre o la dirección postal*». Véase MARTÍN FABA «Novedades en...», p. 141.

⁷⁸ PLAZA PENADÉS «Protección de datos...», p. 422.

⁷⁹ SANTOS MORÓN «Reflexiones en torno...», p. 1412.

⁸⁰ ATS (Sección 1ª) de 17 de enero de 2019 (JUR\2019\35381); STSJ Andalucía (Sala de lo Social, Sección 1ª) de 10 de enero de 2024 (JUR\2024\104740); SAP Madrid (Sección 20ª), de 28 de junio de 2024 (JUR\2024\308163).

Europea, motivo por el cual le corresponde a cada ordenamiento jurídico aplicar sus propias normas referidas a esta materia.⁸¹ En el caso de los daños morales, existe una dificultad para establecer los criterios para cuantificar estos en materias de protección de datos, dada la ausencia de regulación tanto del RGPD como de la LOPD.⁸² Al respecto, se pueden observar algunos pronunciamientos por parte del TJUE que pueden servir de orientación al Derecho catalán para cuantificar los daños derivados de una brecha de seguridad. Así, el TJUE ha sostenido que el temor debe estar fundado, habida cuenta las circunstancias del caso y del interesado.⁸³ En otra de sus últimas sentencias que se refiere a estos asuntos, el TJUE ha indicado que el criterio de que un riesgo meramente hipotético de un uso indebido por un tercero no puede dar lugar a una indemnización, lo cual puede ocurrir cuando ningún tercero ha tenido conocimiento de los datos personales de que se trate.⁸⁴ En la doctrina nacional también es posible encontrar autores que se han referido a estas materias. Sobre este punto, Santos Morón ha indicado que el temor debe estar fundado en circunstancias objetivas y no en la opinión subjetiva del interesado.⁸⁵ Siguiendo a Rubí Puig, solamente se deberían indemnizar aquellos estados de ansiedad o angustia que estén acreditados medicamente.⁸⁶ Adicionalmente, llevando estos criterios al ámbito de protección de datos, se tendría que valorar el tipo de dato personal afectado en el caso concreto, puesto que no es lo mismo un dato relativo a la salud de la víctima —como lo es el caso del HCB— que otro tipo de dato.⁸⁷

⁸¹ STJUE, *GP contra juris GmbH* (cit.), ap. 58. También STJUE *Österreichische Post AG* (cit.), apartado 54; STJUE, *MediaMarktSaturn* (cit.), apartados 47-50; STJUE, *Krankenversicherung Nordrhein* (cit.), apartados 83 y 101.

⁸² Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

⁸³ STJUE, *VB c. Natsionalna agentsia za prihodite* (cit.), apartado 85.

⁸⁴ STJUE, *MediaMarktSaturn* (cit.), ap. 68.

⁸⁵ SANTOS MORÓN «Reflexiones en torno...», p. 1410.

⁸⁶ RUBÍ PUIG, «Daños por infracciones...», p. 76.

⁸⁷ MARTÍN FABA «Novedades en...», p. 141.

3.3.2. ¿Un supuesto de «daños preventivos»?

Un supuesto son los posibles daños morales que se pueden derivar de una brecha de seguridad. Las situaciones descritas en el epígrafe anterior deben ser diferenciadas de aquellas situaciones en las cuales el perjudicado, precisamente a causa de los riesgos que se derivan de la brecha de seguridad, ha incurrido en costes destinados a mitigar o evitar daños que amenazan con producirse.

Debe indicarse que varios procesos de reforma de la responsabilidad civil en Europa han centrado su atención en este asunto. La reciente reforma (ya vigente) en Bélgica, dispone una norma que consagra esta figura.⁸⁸ También estaba reconocida en los distintos proyectos de reforma en Francia.⁸⁹ Conviene señalar que la inspiración de una norma de este tipo se debe a la influencia de los Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil (PETL) y el Marco

⁸⁸ El art. 6.28 indica que «Los gastos resultantes de las medidas urgentes y razonables adoptadas por la parte perjudicada para prevenir un daño inminente o el agravamiento de un daño correrán a cargo de la persona responsable o de la persona que sería responsable si se hubiera producido el daño, incluso si se hubieran realizado sin resultado». Traducción extraída de OYARZÚN VARGAS, Felipe, «Acerca del proyecto de reforma de la responsabilidad civil recientemente aprobado en Bélgica», *Anuario De Derecho Civil*, Vol. 77, N°2, p. 805.

⁸⁹ El art. 1237 del Proyecto de reforma de la responsabilidad civil en Francia dispone: «Los gastos en que incurra el demandante para prevenir la producción inminente de un daño o para evitar su agravación, así como para reducir las consecuencias, constituyen un perjuicio indemnizable si se han efectuado razonablemente». Traducción en BERGEL SAINZ DE BARANDA, Yolanda; ROBLES LATORRE, Pedro (2022). «Traducción del Proyecto de reforma de la responsabilidad civil en Francia». En internet: <https://www.henricapitant.org/wp-content/uploads/2022/05/Traduccio%CC%81n-Proyecto-de-Reforma-enero-2022.pdf>.

Cabe señalar que este artículo del Proyecto de reforma en Francia tiene como inspiración el art. 1344 del Proyecto Catala, el cual señalaba que «los gastos expuestos para prevenir la realización inminente de un daño o para evitar su agravación, así como para reducir las consecuencias, constituyen un perjuicio reparable, desde el momento que han sido razonablemente comprometidos», traducción en CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, «El Anteproyecto francés de reforma del Derecho de obligaciones y del Derecho de la prescripción (Estudio preliminar y traducción)», *Anuario de derecho civil*, 2007, Vol. 60, N° 2, p. 814.

Común de Referencia (DCFR), instrumentos de *soft law* europeo que ya disponían de una norma de tales características.⁹⁰

En general, las disposiciones citadas en el párrafo anterior exigen, para la procedencia de resarcimiento, que se acredite la razonabilidad de los gastos realizados y la inminencia del daño. Si bien en España no se ha caracterizado por el desarrollo de esta tendencia dentro del derecho de daños —a diferencia de lo que ha sido en otros ordenamientos jurídicos comparados⁹¹—, los supuestos de brecha de seguridad por ciberataques resultan interesantes de cara a estudiar una potencial indemnización por los gastos destinados a imposibilitar un daño en la responsabilidad civil.

4. Conclusiones

1. El incremento de las brechas de seguridad de datos personales subraya la necesidad de estudiar exhaustivamente los diversos aspectos de la responsabilidad civil en este ámbito.
2. En este caso, la jurisdicción competente es la contencioso-administrativa, dado que el HCB es un ente público. En cuanto a la

⁹⁰ Por un lado, el art. 2:104 de los PETL «los gastos realizados para evitar un daño que amenaza producirse constituyen un daño resarcible en la medida en que hayan sido razonables», traducción en EUROPEAN GROUP ON TORT LAW, *Principios de Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil*. Cizur Menor: Aranzadi, 2008, p. 26.

Por su parte, la disposición 6:302 del DCFR establece que «la persona que haya incurrido en unos gastos razonables o haya soportado cualquier otro tipo de daño para impedir la producción de un daño inminente o para limitar el alcance o la gravedad de un daño producido tendrá derecho a ser indemnizada por quien hubiera sido responsable de la causación del mismo», en DEL OLMO GARCÍA, Pedro; MARTÍN-CASALS, Miquel, «Libro VI. Responsabilidad extracontractual. Del capítulo 1 al capítulo 7». En *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, 2015, p. 331.

⁹¹ V. gr. en el *Common Law*: NOLAN, Donal, «Preventive Damages», *Law Quarterly Review*, 2016, Vol. 132, pp. 68-95; MORGAN, Jonathan, *Great Debates in Tort Law*, Oxford: Hart Publishing, 2022, pp. 202-204.

legislación aplicable, consideramos que, por el carácter acumulable de la acción prevista en el art. 82 del RGPD, es posible presentar esta sin perjuicio de la existencia de otras acciones (como la contenida en la LRJSP) en sede contencioso-administrativa.

3. La regulación vigente en materia de responsabilidad civil en el ámbito de la protección de datos personales es insuficiente. Esto genera incertidumbres respecto a la aplicación y el alcance del art.82 del RGPD. Para suplir esta insuficiencia, el Derecho civil catalán se debe orientar por lo que ha sido establecido por el TJUE respecto a la norma de responsabilidad en estos supuestos (art. 82 del RGPD), la cual se debe aplicar con independencia de la titularidad del fichero o del ejercicio de otras acciones.
4. Respecto al criterio de imputación, existe un debate doctrinal sobre si la responsabilidad establecida en el art. 82 del RGPD es objetiva o subjetiva, con una inversión de la carga de la prueba. El TJUE ha adoptado en sus últimas sentencias una postura que defiende la responsabilidad subjetiva con inversión de la carga de la prueba, aunque existen inconsistencias en su argumentación.
5. El RGPD exige a los responsables del tratamiento adoptar medidas técnicas y organizativas adecuadas para evitar violaciones de seguridad, aunque no se les obliga a impedir todas las violaciones. En el caso del HCB, la APDCAT concluyó que este no cumplió con este mandato, al no implementar medidas de seguridad adecuadas ni efectuar el análisis de riesgos pertinente.
6. La mera comisión de una infracción por parte del responsable de tratamiento de datos personales no es suficiente para exigir resarcimiento en materia de datos personales. El interesado debe probar en el juicio los daños que ha sufrido.
7. Las brechas de seguridad pueden causar daños patrimoniales y extrapatrimoniales, incluyendo daños morales puros como el temor a un uso indebido de datos personales.
8. Por más que el TJUE sostenga que no se debe considerar un umbral de gravedad para resarcir los daños, es importante destacar que no toda molestia puede considerarse un daño indemnizable. A pesar de que sea posible mediante el RGPD presentar una demanda de responsabilidad sustentada exclusivamente en daños morales puros (tipo de daño que también se acepta en el ordenamiento jurídico

español), resulta fundamental seguir trabajando los criterios para determinar si es resarcible o no el daño en el caso concreto.

9. La cuantificación de daños en el ámbito de protección de datos es compleja debido a la falta de regulación específica en el RGPD y la LOPD. Se deben atender los criterios que ha ido estableciendo el TJUE y la doctrina nacional sobre este punto.
10. La amplitud de la norma de responsabilidad del RGPD plantea interrogantes acerca de la indemnizabilidad de ciertos supuestos en la responsabilidad civil en estas materias. Uno de ellos podría ser la admisión de los «*gastos preventivos*», esto es, la admisión del resarcimiento de los costes que ha realizado la víctima o titular de los datos personales para mitigar o evitar daños que amenazan con producirse producto de la brecha de seguridad.

La sucesión internacional y las criptomonedas. Reflexiones en torno al Reglamento 650/2012

Silvana Canales Gutiérrez

Profesora lectora. Derecho internacional privado. Universitat de Girona

Sumario

1. Introducción
2. Las criptomonedas como bienes digitales sujetos al derecho a la propiedad
3. Su régimen jurídico en el CC y en el CCCat
4. La criptomoneda como elemento internacional en la sucesión
5. El ámbito material del Reglamento 650/2012 y las criptomonedas
6. Algunos problemas de ley aplicable en la sucesión *mortis causa* y las criptomonedas
7. Conclusiones

1. Introducción*

En la actualidad, existen activos digitales novedosos de todo tipo (*tokens*, ítems en videojuegos, edificios virtuales en metaversos, cuentas monetizadas en redes sociales, artes y gráficos digitales, etc.), entre ellos, se destacan las criptomonedas como el *Bitcoin*, que tienen un valor de mercado y son reconocidas ampliamente como derechos patrimoniales, al ser aceptadas como medio de pago para adquirir bienes físicos o digitales. Las criptomonedas han sido objeto de todo tipo de regulaciones fuera y dentro de la Unión Europea, inicialmente en materia tributaria¹ y en la actualidad, también en el marco de los Reglamentos de la UE: *Digital Services Act*² y el Reglamento *MiCA*.³

Pese a un régimen jurídico, en parte, restrictivo, a 2025, cada *Bitcoin* tiene un valor de mercado de 80.000 euros, lo cual lo sitúa como una válida herramienta de negocio, de adquisición de bienes —tanto muebles como inmuebles— y servicios, e incluso, objeto de cualquier otra figura de derecho, incluida la sucesión por causa de muerte. En este último caso, los posibles herederos se encuentran

* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i «La revisión del Reglamento 650/2012, sobre sucesiones: balance de aplicación y propuestas de modificación» (Ref. PID2023 149454NB-I00), financiado por MICIU/AEI/10.13039/501100011033/ y por FEDER, UE.

¹ NEAGU, A., «Cryptocurrency Regulation and Taxation in Europe», *Cluj Tax Forum Journal*, núm. 4, 2021, pp. 289-290.

² 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), publicado en: DOUE núm. 277 del 27 de octubre de 2022. Debe indicarse que la mención a este Reglamento se realiza no porque en su ámbito material se refiera específicamente a los criptoactivos a las criptomonedas sino por la regulación de los servicios digitales que pueden ser pagados o englobar en el objeto de la contratación las criptomonedas.

³ Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n° 1093/2010 y (UE) n° 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937. DOUE núm. 150, de 9 de junio de 2023.

ante un escenario incierto que parte de la dificultad de determinar la titularidad de los *Bitcoins*, teniendo en cuenta que se trata de una criptomoneda descentralizada que depende de una plataforma sin personalidad jurídica y cuya única regla para utilizarse, es la de tener conocimiento de la clave privada de cada *wallet*. El sistema *Blockchain*⁴ no reconoce la sucesión y menos la ley aplicable a esta, y a ello se une una dificultad mayor, la de determinar si la sucesión tiene o no elementos de extranjería por razón del lugar de ubicación de los bienes; el Internet.

El elemento de internacionalidad en la figura de la sucesión no únicamente puede interpretarse por el lugar donde se hallen los bienes, por cuanto existen criterios como la nacionalidad del causante y su residencia habitual al momento del fallecimiento que pueden conectar la situación con diversos ordenamientos jurídicos. En el caso de las criptomonedas, si solo existe ese tipo de bienes para relacionar la sucesión a un ordenamiento jurídico diferente al del Estado donde falleció el causante, ello puede generar que se ponga en duda el elemento de internacionalidad, que el asunto sea tratado como doméstico y que no comporte una dificultad más allá de la accesibilidad a los *Bitcoins* por parte de los herederos y la correcta partición de la herencia.

Si partimos de que si existe elemento de internacionalidad aunque el causante haya fallecido dentro o fuera de la UE, es posible que los tribunales de los Estados miembros sean competentes para conocer la sucesión de acuerdo con el Reglamento (UE) n.º 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2012, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones *mortis causa*

⁴ «*Blockchain* está diseñada como una base de datos digital, inmutable, compartida y sincronizada, funciona de manera distribuida y sin intermediarios entre varios usuarios. Esto significa que la *blockchain* puede ser consultada y modificada desde el dispositivo de cada usuario (nodo), que está protegida criptográficamente y que la aprobación de cada transacción en esta base de datos no depende de una autoridad central, sino de la validación del resto de los usuarios»; GARCÍA-TERUEL, R. M., SIMÓN-MORENO, S., «The digital tokenization of property rights. A comparative perspective», *computer law & security review*, núm. 41, 2021, p. 2.

y a la creación de un certificado sucesorio europeo, en adelante RSE, ya sea por la regla general (Art. 4), por pacto (Arts. 7 y 9), por competencia subsidiaria (Art. 10) o por *forum necessitatis* (Art. 11).

Pese a que tenemos una fuente institucional que claramente determina la competencia y otras cuestiones de Derecho internacional privado, existe un asunto previo a dilucidar para proceder a su aplicación, y ello tiene que ver con la naturaleza de los bienes digitales como las criptomonedas, y las marcadas diferencias entre legislaciones sobre la naturaleza y transmisibilidad de estos activos, que generan incertidumbre en cómo deben ser tratados y si son, de manera definitiva, parte del patrimonio de una persona y, por tanto, del de su sucesión.

La naturaleza de las criptomonedas como bienes digitales también es relevante respecto de la ley aplicable —recordemos que el RSE tiene efectos *erga omnes*—, por cuanto, es posible que nos enfrentemos a situaciones claudicantes en las cuales, derechos sobre las criptomonedas no puedan ser incluidos en la sucesión, por tratarse de activos o bienes ilícitos de acuerdo con el ordenamiento jurídico establecido por la norma de conflicto (China, Bangladesh, Algeria, Egipto, Marruecos, Nepal, entre otros).

Teniendo en cuenta lo anterior, se propone analizar el ámbito material del Reglamento 650/2012 —tomando en consideración sus 10 años de aplicación— para verificar si es posible que los bienes digitales como las criptomonedas puedan incluirse en la masa hereditaria (tanto para la sucesión *ab intestato* como para la testada) y los retos y ventajas que tal clasificación podría traer consigo para los herederos. En este análisis se tendrá en cuenta que no existe un pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en adelante TJUE, al respecto y que, pese a la carencia legislativa sobre el particular, los bienes digitales valiosos lo siguen siendo tras la muerte de su propietario, independientemente del lugar donde se encuentren.

2. Las criptomonedas como bienes digitales sujetos al derecho a la propiedad

Los bienes, por regla general, se encuentran sujetos al derecho a la propiedad privada, que es el máximo poder concedido a una persona por un ordenamiento jurídico⁵ sobre una *cosa*.⁶ Este dominio o señorío puede identificarse en la facultad de goce, ya que lo que distingue al propietario no es un disfrute cualquiera, sino la capacidad de determinar sus las condiciones de goce y uso sobre un bien de su propiedad.⁷ Adicionalmente, el propietario, cuenta con la exclusividad del aprovechamiento o disposición de la cosa y esto incluye el derecho a percibir los rendimientos, beneficios, frutos u otros resultados que la cosa pueda generar⁸.

Los bienes digitales, aunque en teoría se rigen por la misma normativa que los físicos⁹, es necesario distinguir entre los que tienen vocación digital intrínseca, es decir, bienes que nacieron en un ambiente virtual y que no tienen una manifestación en el mundo real, frente a los bienes que siendo físicos y tangibles son representados en un escenario digital que permite la transmisión de su titularidad. Las criptomonedas y los derechos de propiedad

⁵ DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. Tomo VI derechos reales*, Cizur Menor: Editorial Aranzadi, 2012, pp. 20-35, SIMÓN-MORENO, H., «Rights in rem in Europe: a comparative perspective», en: FONT-MAS, M. (dir.), *Derecho internacional privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, p. 66.

⁶ SERRA-RODRÍGUEZ, A., VERDA Y BEAMONTE, J.R. (eds.), *Derecho civil III: derechos reales*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2024, p. 23.

⁷ BLASCO Y GASCÓ, F., *Instituciones de derecho civil: derechos reales, derecho registral inmobiliario*, Valencia: Tirant lo Blanc, 2019, p. 226.

⁸ DÍEZ-PICAZO, L., «Fundamentos del Derecho civil patrimonial...», Ob. cit., pp. 20-35.

⁹ Es necesario aclarar que, la aplicación de las reglas generales de los bienes a los bienes digitales no es caprichosa, se realiza porque carecen de un régimen jurídico propio. Tomemos como ejemplo el Código Civil Catalán, en el cual, a partir del Art. 511, se indica que se consideran bienes: *las cosas y los derechos patrimoniales*, de manera general.

intelectual se encuentran en la primera categoría y en la segunda hablaríamos de figuras como la *tokenización* de inmuebles¹⁰ en el metaverso.¹¹

Sin embargo, cuando se trata de bienes o activos digitales, no únicamente debemos referirnos a la propiedad, puesto que, en ocasiones, este derecho real pierde total relevancia cuando se enfrenta al concepto de «control» del activo digital. El control es una cuestión de hecho y no un concepto legal en sí mismo,¹² y podría equiparse más al concepto de posesión que al de propiedad.¹³ Este control permite *disponer*¹⁴ del activo digital en ciertos ambientes que no están controlados directamente por las reglas de derecho. En este caso, tomemos como ejemplo las criptomonedas, que solo existen en el contexto virtual y que se transmiten mediante una billetera virtual y unas claves privadas. Si el propietario olvida o pierde las contraseñas que le dan acceso a sus criptomonedas y otra persona hace uso de ellas, accediendo de manera lícita o ilícita a las claves privadas, el sistema *Blockchain* lo identifica como propietario, pero a la luz del derecho civil una persona únicamente puede ser propietaria de un bien, cuando lo ha adquirido con un título de adquisición válido.

El control que ejerza una persona sobre los bienes digitales puede dar como mínimo lugar a la interpretación sobre figuras como la

¹⁰ PACHECO JIMENEZ, M. N., «From the Blockchain Technology to the Token Economy», *Derecho PUCP*, núm. 83, 2019, pp. 65-66.

¹¹ PLATERO ALCÓN, A., «La adquisición (o no) de la propiedad en el metaverso: la tokenización de bienes inmuebles», *Revista de Derecho Civil*, vol. X, núm. 2, pp. 163-185.

¹² JIMENEZ-GOMEZ, B.S., «Los Principios de Unidroit Sobre Activos Digitales: Entre el Derecho Mercantil y el Derecho Internacional Privado», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, núm. 23, 2023, pp. 294-295. Véase principios UNIDROIT sobre activos digitales.

¹³ ANDREEVA ANDREEVA, V., «Derechos reales sobre activos digitales y conflicto de leyes», en: FONT-MAS, M. (dir.), *Derecho internacional privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, p. 682.

¹⁴ El verbo *disponer* en el este contexto indica la posibilidad de negociar, almacenar, transferir, vender, donar o realizar cualquier tipo de transacción con el activo digital.

posesión o el usufructo, cuyos requisitos pueden variar de acuerdo con el ordenamiento jurídico en el cual se desea hacer valer el derecho. Las dificultades interpretativas no son pocas, pero pese a la difícil adecuación o encaje del derecho privado a figuras nuevas del mundo digital estas surgen, se desarrollan y transfieren cada día en un escenario virtual y en ocasiones el derecho y los desarrollos tecnológicos se encuentran como mínimo desincronizados.¹⁵

En el Derecho internacional privado de la Unión Europea, respecto de las criptomonedas, ya teníamos una definición de base de hace 10 años, cuando el TJUE en el asunto *Hedqvist*, decidió pronunciarse en materia fiscal sobre si las operaciones con Bitcoin estaban sujetas a IVA frente a la administración tributaria sueca y estableció los siguientes parámetros sobre este concepto, cuando empezaba a tomar relevancia dentro de los negocios internacionales de la Unión:

«La divisa virtual «bitcoin», un medio de pago contractual, por una parte, no es posible considerarla ni una cuenta corriente ni un depósito de fondos, un pago o un giro».¹⁶

La sentencia resalta la importancia de Bitcoin como medio de pago, fundamentado en la autonomía de la voluntad de las partes. Su uso permitiría el intercambio de bienes y servicios según lo que las partes acuerden —incluido el precio—,¹⁷ en un entorno digital¹⁸ de libre

¹⁵ DE VIDEO, S., «Virtual Currencies: New Challenges to the Right to Privacy? An Assessment under the V AML Directive and the GDPR», *Global Jurist*, vol. 20, núm. 2, 2020, p. 11.

¹⁶ STJUE As. C-264/14 de 22 de octubre de 2015, ECLI:EU:C:2015:718, *Skatteverket vs. David Hedqvist*, FJ 42.

¹⁷ SANTAOLALLA MONTOYA, C., «Bitcoin vs CBDC: Last Call for Freedom», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 1, 2024, pp. 583-585.

¹⁸ De acuerdo con las definiciones establecidas en el art. 2 9) de la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales el entorno digital incluye «el apartado (hardware), programa (software) y cualquier conexión a la red que el consumidor utilice para acceder a los contenidos o servicios digitales o para hacer uso de ellos», *DOUE* núm. 136 de 22/5/2019.

mercado.¹⁹ A 2025, no existe un pronunciamiento nuevo del TJUE, sobre la naturaleza de las criptomonedas, pero existen normativas de recién aplicación en la Unión Europea, entre ellas reglamentos, que contemplan definiciones y lineamientos sobre las criptomonedas, que serán analizadas en breve. Pese a la proliferación normativa de la Unión Europea y las múltiples regulaciones domésticas o nacionales sobre criptomonedas, estas no logran resolver en todos los casos los problemas interpretativos sobre si pueden ser o no considerados activos digitales, especialmente en materia de Derecho internacional privado y en Reglamentos como el RBIBis,²⁰ RRI²¹ o el Reglamento de Sucesiones,²² pues, cada normativa es autónoma y cuenta con sus propias definiciones, ámbito material de aplicación y el contenido y la finalidad del instrumento europeo en cuestión.²³

¹⁹ SANTAOLALLA MONTOYA, C., «Bitcoin vs CBDC: Last Call for Freedom», ob. cit., pp. 583-585.

²⁰ Reglamento (UE) N° 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil publicado en: *DOUE* núm. 351, de 20 de diciembre de 2012.

²¹ Reglamento (CE) N° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), publicado en: *DOUE* núm. 177 del 4 de julio de 2008.

²² Reglamento (UE) No 650/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de julio de 2012 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, a la aceptación y la ejecución de los documentos públicos en materia de sucesiones mortis causa y a la creación de un certificado sucesorio europeo publicado en: *DOUE* núm. 201, de 27 de julio de 2012.

²³ RUIZ RODRIGUEZ, R. «Cryptocurrencies as a Means of Payment and Private International Law», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 12, núm. 2, 2020, p. 753.

Vistos los vacíos normativos en la UE sobre criptomonedas²⁴, en el año 2023, fueron aprobados dos Reglamentos sobre este tema²⁵, pero que su ámbito de aplicación material puede no cubrir en su totalidad todos los supuestos de este tipo de bienes, teniendo en cuenta que en los Reglamentos se refieren a criptoactivos y no específicamente a las criptomonedas como objeto de la regulación. Tomemos como ejemplo las definiciones del Reglamento (UE) 2023/1114 (*MiCA*) aplicable desde el 30 de diciembre de 2024 sobre criptoactivo establecida en el Art. 3:

«Criptoactivo: una representación digital de un valor o de un derecho que puede transferirse y almacenarse electrónicamente, mediante la tecnología de registro distribuido o una tecnología similar;»

En esta definición y en el restante contenido del Reglamento *MiCA* no se incluye un catálogo de lo que puede o no considerarse criptoactivo, sólo se exige que se cumplan estos requisitos. Lo anterior

²⁴ El Banco Central Europeo se pronunció ante la falta de definición normativa de las criptomonedas en 2021 e indicó que «Se trata esencialmente de una unidad de valor digital que puede intercambiarse electrónicamente y que no existe en forma física. En lugar de una única autoridad u organización, una red de ordenadores crea y rastrea los *bitcoins* utilizando fórmulas matemáticas complejas» y «No lo emite ninguna autoridad pública central. Y no tiene el mismo nivel de confianza que una moneda oficial como el euro, que está respaldada por los bancos centrales de la zona del euro». Información disponible en: <https://www.ecb.europa.eu/ecb-and-you/explainers/tell-me/html/what-is-bitcoin.es.html>. Fecha de consulta: 27 de marzo de 2025.

²⁵ Reglamento (UE) 2023/1113 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a la información que acompaña a las transferencias de fondos y de determinados criptoactivos y por el que se modifica la Directiva (UE) 2015/849, *DOUE* núm. 150, de 9 de junio de 2023 y el Reglamento (UE) 2023/1114 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de mayo de 2023, relativo a los mercados de criptoactivos y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n° 1093/2010 y (UE) n° 1095/2010 y las Directivas 2013/36/UE y (UE) 2019/1937. *DOUE* núm. 150, de 9 de junio de 2023.

indica que si bien puede haber fichas (*tokens*)²⁶ que ingresen en esta definición, hay otras, que al no encajar de manera perfecta en lo establecido en el Art. 3, no pueden considerarse criptoactivos dentro del Reglamento, y todo lo que ello conlleva.²⁷ Específicamente en su ámbito material se indica que el Reglamento solo aplica a «personas físicas y jurídicas y a ciertas otras entidades que participen en la emisión, oferta al público y admisión a negociación de criptoactivos o que presten servicios relacionados con criptoactivos en la Unión».

En el caso de criptomonedas como *Bitcoin*, aunque si pueden considerarse criptoactivos, no es posible identificar a un emisor debido a su naturaleza descentralizada y así lo confirma el considerando 22 del Reglamento *MiCA*, que establece que los criptoactivos totalmente descentralizados, que se transfieren sin ningún intermediario, están fuera del ámbito de aplicación del Reglamento.²⁸

Visto lo anterior, tenemos que la propiedad de las criptomonedas y su clasificación dentro de la UE y de los Estados miembros debe regirse por las normas generales de Derecho civil, puesto que no encontramos una norma que regule sus efectos jurídicos de manera específica. En este tipo de dominio o propiedad virtual sobre activos, bienes o cosas que sólo existen en internet y que pueden ser como mínimo transferidos, intercambiados o utilizados en espacios virtuales²⁹ no es

²⁶ Un *token* es un conjunto de datos encriptados registrados en una cadena de bloques, la cual actúa como un libro digital que garantiza su autenticidad y unicidad. Esta tecnología permite almacenar y rastrear las transferencias de las NFT dentro de una base de datos descentralizada: Véase: HOUSER, K. A., JOHN T. HOLDEN, J.T., «Navigating the Non-Fungible Token», *Utah Law Review*, núm. 5, 2022, p. 895.

²⁷ JIMENEZ-GÓMEZ, B.S., «DLT and Law: A Necessary Relation for Legal Certainty», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 2, 2024, pp. 1011-1012.

²⁸ CANALES GUTIÉRREZ, S., «Legal implications of crypto-backed mortgages and pledges: a private international law perspective» en: FONT-MAS, M. (dir.), *Derecho internacional privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 656-657.

²⁹ LÓPEZ RODRIGUEZ, A.M., «Virtual Real Estate and Innovative Conflict Resolution Perspectives in the Metaverse», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 16, núm. 1, 2024, p. 323.

fácil determinar si la plenitud o restricción en su goce o disfrute en el contexto de internet, se guía por las mismas reglas que la realidad física y ampliamente controlada por el Derecho.

3. Su régimen jurídico en el CC y en el CCCat

Tomemos como ejemplo la legislación civil española y catalana para evidenciar las dificultades en la sujeción al derecho real de propiedad de las criptomonedas. En la legislación española el concepto de bienes sujetos a la propiedad nace³⁰ del art. 333 del Código Civil Español³¹ y del 511-1 y 2 del Código Civil Catalán.³² A primera vista no se encuentra ninguna limitación a la propiedad de todo tipo de bienes tanto sean muebles o inmuebles, tangibles o intangibles, particularmente basándonos en el concepto de *Internet of Things*³³ (IoT) teniendo en cuenta que en el contexto de *Internet*; cosas, elementos e información pueden estar sujetos al derecho a la propiedad en su versión virtual.³⁴

Dentro del espectro de los bienes, las criptomonedas ocupan un lugar cómo mínimo interesante dentro de ambos regímenes

³⁰ NASARRE AZNAR, S., «Naturaleza jurídica y régimen civil de los «tokens» en «blockchain»», en: GARCÍA-TERUEL, R.M. (coord.), *La tokenización de bienes en blockchain: Cuestiones civiles y tributarias*, Madrid, Thomson Reuters Aranzadi, 2020, pp. 61-63.

³¹ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, publicado en: «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889.

³² Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, publicado en: «DOGC» núm. 4640, de 24/05/2006, «BOE» núm. 148, de 22/06/2006.

³³ NASARRE AZNAR, S., «Naturaleza jurídica...», *ob. cit.*, pp. 61-63.

³⁴ IoT se refiere a la expansión de Internet más allá de la comunicación entre personas o entre personas y contenido, abarcando miles de millones de elementos y cosas cotidianas; DENARDIS, L, RAYMOND, M., «The Internet of Things as a Global Policy Frontier», *U.C. Davis Law Review*, vol. 51, núm. 2, 2017, p. 477.

civiles. Por su novedad y juventud no han sido todavía incluidos de manera expresa en estas normativas, y tampoco han sido objeto de innumerables fallos judiciales que discutan su naturaleza. Es más, en materia civil, no es posible encontrar ninguna referencia a 2025 sobre sentencias sobre criptomonedas proferidas por el Tribunal Supremo, quedando únicamente una sentencia de la Sala Penal de 2019, se refirió a la naturaleza del Bitcoin de la siguiente manera:

«activo patrimonial inmaterial, en forma de unidad de cuenta definida mediante la tecnología informática y criptográfica denominada bitcoin, cuyo valor es el que cada unidad de cuenta o su porción alcance por el concierto de la oferta y la demanda en la venta que de estas unidades se realiza a través de las plataformas de trading Bitcoin».³⁵

En este caso, se discute en el contexto penal del delito de estafa, si una indemnización por daños ha de realizarse en moneda convencional o en *Bitcoins*, quedando claro que la primera opción es la adecuada para reparar los perjuicios ocasionados, aunque el delito se haya configurado usando como objeto estas criptomonedas. La doctrina interna española, ha quedado marcada por esta sentencia que considera a los *Bitcoins* como un bien mueble inmaterial, susceptible de propiedad³⁶ pero es claro que en ninguna circunstancia esta definición establece una vinculación indefectible con el ordenamiento civil, ni en lo que concierne específicamente al *Bitcoin*, ni tampoco en relación con los criptoactivos en general como concepto jurídico o financiero.³⁷

Respecto a los límites de los que se puede considerar el derecho a la propiedad y los bienes sobre los que puede recaer, debemos remitirnos de manera residual al principio de libertad civil del art. 1.255 CCE y al principio de *numerus apertus* de derechos reales³⁸ y pese a que crear un derecho real nuevo en España o a nivel internacional es como

³⁵ STS 2109/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2109, fecha: 20 de junio de 2019.

³⁶ RUIZ RODRIGUEZ, R. «Cryptocurrencies as a Means...», *ob cit*, pp. 750-751.

³⁷ REINHART SCHULLER, R., «Cryptoassets: Legal Categorization of Cryptoassets and Introduction to the Technology DLT/Blockchain» *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022, p. 752.

³⁸ NASARRE AZNAR, S., «Naturaleza jurídica...», *ob.cit*, pp. 61-63.

mínimo poco probable, si es posible que los existentes se adapten a la realidad socio-económica cambiante,³⁹ que suele incorporar cada vez más novedades debido a los avances tecnológicos y a la proliferación de los negocios internacionales de manera gradual.

La utilización de las criptomonedas se ha desarrollado en el derecho interno español hasta ahora dentro de los límites del Derecho civil, y plantea interrogantes clásicos de bienes sometidos a la propiedad, si se encuentran en la categoría de bienes incorpóreos⁴⁰, los requisitos de forma y fondo para su transmisión, los derechos y obligaciones a los que se encuentran sujetas⁴¹ y por supuesto, si pueden transmitidas *mortis causa*.

Sobre esto último, en Cataluña, la posibilidad de disponer *mortis causa* sobre activos digitales y establecer estipulaciones sobre ellos, se consagró en la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña⁴², en la que se indicó en el Art. 6 que se entiende por *voluntades digitales en caso de muerte* las disposiciones establecidas por «una persona para que, después de su muerte, el heredero o el albacea universal, en su caso, o la persona designada para ejecutarlas actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas activas» y ordenó la creación de un registro

³⁹ ÁNGEL SERRANO, N., «Los derechos reales en los derechos civiles coexistentes en España», en: FONT-MAS, M. (dir.), *Derecho internacional privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 216-217. Sobre la adaptación de la realidad a los cambios socioeconómicos, tenemos, por ejemplo, que en 2014 el registro mercantil español permitió la constitución de una sociedad con aportaciones en *Bitcoins* concediéndoles la categoría de «no dinerarias», pero estableciendo claramente que el capital aportado en criptomonedas era de propiedad de los socios: véase RUIZ RODRIGUEZ, R., «*Cryptocurrencies as a Means...*», *ob. cit.*, pp. 750-751.

⁴⁰ En este punto, podemos tomar como referencia los bienes incorpóreos en CCCat, que, si bien no se encuentran definidos y clasificados, se reconoce su existencia en el Art. 531-5.

⁴¹ NASARRE AZNAR, S., «*Naturaleza jurídica...*», *ob. cit.*, pp. 61-63.

⁴² Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código civil de Cataluña, publicado en: BOE núm. 173, de 21 de julio de 2017.

para tal efecto. Sin embargo, el Tribunal Constitucional indicó en 2019, en sede de sentencia que resolvía un recurso de inconstitucionalidad presentado por el presidente del Gobierno español, que el registro de voluntades digitales creado por la ley catalana mencionada excedía la competencia de la Comunidad Autónoma y que se encuentra dentro de las competencias exclusivas del Estado español⁴³.

Así las cosas, tal registro no existe en la actualidad, pero se mantiene la constitucionalidad del restante texto del Art. 411-10 CCCat, que permite ordenar las voluntades digitales en forma de testamento y en caso de que, este no exista, le concede facultades a los herederos frente a prestadores de servicios digitales. Si aplicamos este artículo en el contexto de las criptomonedas descentralizadas, podemos encontrarnos frente a la imposibilidad de dirigirnos a un prestador de servicios digitales, por estar este tipo de las criptomonedas totalmente desvinculadas a un administrador o emisor convencional.

4. La criptomoneda como elemento internacional en la sucesión

Los activos digitales como las criptomonedas tienen un valor específico de mercado⁴⁴ y hemos indicado que pueden ser parte del patrimonio de una persona, pero ha de tenerse en cuenta que, dependiendo del ordenamiento jurídico aplicable, pueden no ser tan claros los derechos y obligaciones derivados de su tenencia.

Una de las dificultades principales tiene que ver con la identidad digital y cómo ésta puede generar miles de datos que pueden ser valiosos no sólo para la persona que los genera y los administra sino también

⁴³ Sentencia 7/2019, de 17 de enero de 2019. Recurso de inconstitucionalidad 4751-2017, publicado en: BOE-A-2019-2033.

⁴⁴ En abril de 2025 la criptomoneda más reconocida a nivel mundial, *Bitcoin* tiene un valor de 80.000 euros. Información extraída de <https://coinmarketcap.com/es/currencies/bitcoin/>. Todas las páginas web citadas en este documento fueron revisadas por última vez el 1 de abril de 2025.

para terceros. Actualmente, la identidad digital no es una obligación para las personas, pero facilita el contacto y en ocasiones trámites administrativos y comerciales, partiendo desde una cuenta de correo electrónico hasta cuentas en redes sociales como *Facebook*, *Instagram* (ambas controladas por *Meta Platforms Inc.*) *Tik Tok*, que pueden o no ser monetizadas, es decir, generar ingresos por visualizaciones, contenido y publicidad.⁴⁵ En los tiempos actuales carecer de una cuenta de correo electrónico, parece ser más una decisión personal en la que se renuncia a transmitir información de manera más rápida y eficaz, que una opción más favorable para los usuarios, puesto que los términos y condiciones de los contratos, especialmente los de adhesión, han mutado mayoritariamente a un escenario virtual.⁴⁶

Una persona puede tener una identidad y activos digitales, pero al momento de morir, en el escenario jurídico se pierde la personalidad jurídica, pero en el virtual, la identidad virtual sobrevive. La supervivencia de la identidad digital se encuentra relacionada con quien almacena los datos y los procesa, en el caso de las redes sociales, los agentes privados más representativos y con mayor número de usuarios cuentan con matrices ubicadas en tercero Estados como Estados Unidos (*Meta: Facebook*,⁴⁷ *Instagram*) o China (*Tik Tok*) y filiales en los Estados miembros (Irlanda) que pueden tener diferentes reglas respecto a sus usuarios y a los activos vinculados a su identidad digital. Estos activos hacen parte del patrimonio digital de una persona lo que constituye en la mercantilización de sus datos que pueden generar o no ingresos,⁴⁸

⁴⁵ MILLS, G., «A Contractual Approach to Social Media Governance», *Yale Law & Policy Review*, vol. 42, núm. 2, 2024, pp. 554-556.

⁴⁶ CANALES GUTIÉRREZ, S., Consumidores y plataformas de alojamiento turístico en Derecho internacional privado: Una visión crítica y práctica de la normativa de la Unión Europea y de Latinoamérica, Valencia: Tirant lo Blanch, 2024, pp. 166-167.

⁴⁷ *Meta Platforms Ireland* gestiona la oferta de la red social en línea *Facebook* en la Unión y promueve, en particular en la dirección www.facebook.com, servicios que son gratuitos para los usuarios privados. Véase: STJUE As. C-252/21, de 4 de julio de 2023, ECLI:EU:C:2023:537, *Meta Platforms Inc.*, anteriormente *Facebook Inc.*, *Meta Platforms Ireland Ltd*, anteriormente *Facebook Ireland Ltd*, *Facebook Deutschland GmbH vs Bundeskartellamt*, FJ 26-28.

⁴⁸ MERCHÁN MURILLO, A., «La sucesión digital internacional y el Reglamento sucesorio europeo 650/2012», *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, vol. 18, p. 334.

y cuya inclusión o exclusión en la masa hereditaria puede tener un impacto económico considerable para los herederos.

La persistencia de la identidad digital después de morir y la titularidad de los activos digitales no solo dependen de las políticas de las plataformas que los gestionan, sino también de su eventual transmisión tras la muerte de su titular.⁴⁹ Dado que las plataformas operan en distintos países con regulaciones diversas, la sucesión del patrimonio digital adquiere un carácter marcadamente internacional, lo que plantea desafíos adicionales en términos de jurisdicción y normativa aplicable. La internacionalidad del patrimonio virtual se debe entonces a varias causas, siendo una relevante, la plataforma en la cual se encuentran vinculados los activos o donde se ha creado o forjado la identidad digital que tiene repercusiones económicas para la sucesión.

En los términos de la Dras. A. Borrás y N. González, para que sucesión *mortis causa* entre en el ámbito de aplicación del RSE, basta un «grado de heterogeneidad *mínimo* para quedar necesariamente sujeta a las prescripciones de este Reglamento». Sin embargo, a diferencia de lo establecido en los Reglamentos de Roma I⁵⁰ y Roma II⁵¹, en materia sucesoria, la dimensión internacional no puede depender únicamente de la voluntad de las partes mediante una cláusula de elección de ley. En este contexto, la internacionalidad debe basarse en factores

⁴⁹ En la UE, debemos tener en cuenta que el Reglamento de protección de datos no aplica a personas fallecidas de acuerdo con sus considerandos 158 y 160 y, por tanto, se transfiere a los Estados miembros la facultad legislativa de tratamiento de esos datos incluidos los que involucren bienes digitales: Véase: CUCURULL POBLET, T., «La sucesión de los bienes digitales (patrimoniales y extrapatrimoniales)», *Revista de Derecho Civil*, vol. IX, núm. 2, 2022, pp. 317-318.

⁵⁰ Reglamento (CE) n° 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), publicado en: *DOUE* núm. 177 del 4 de julio de 2008.

⁵¹ Reglamento (CE) No. 864/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de julio de 2007 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales, publicado en: *DOUE* núm. 199, de 7 de julio de 2007.

objetivos relacionados con el causante, los bienes que integran la herencia o si el testamento se hubiese otorgado en un país extranjero.⁵²

Así las cosas, el elemento internacional puede provenir del lugar donde la persona fallece, el lugar de su residencia habitual, el de su nacionalidad, la conexión (vínculos más estrechos) con un país, el Estado en el cual se inicie el proceso de sucesión, ya sea por conveniencia de los herederos o elección de foro del causante, el Estado donde se encuentra la sede de la plataforma que controla su identidad digital o del Estado donde se encuentren los bienes. Tanto la identidad digital como la jurídica pueden tener elementos internacionales, y ello involucra de manera directa al Derecho internacional privado para iniciar la sucesión.

En el caso de las criptomonedas, el Derecho internacional privado puede ser el llamado a resolver las cuestiones clásicas⁵³ pero ello no garantiza su aplicación efectiva en el caso concreto, pues al referirnos a un sistema como la cadena de bloques (*Blockchain*), debemos también tener en cuenta que se trata de un sistema descentralizado y que el anonimato es una opción para quien adquiere criptomonedas y es posible que la totalidad o parte de los activos de un usuario sólo se encuentren registrados en el sistema⁵⁴ y no se tenga ninguna otra prueba de su propiedad o control sin las claves virtuales de acceso⁵⁵.

⁵² BORRÁS, A., GONZÁLEZ CAMPAÑÁ, N., «Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (julio-septiembre 2020)», *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1., 2021, pp. 6-7.

⁵³ Competencia judicial internacional, ley aplicable, asistencia y cooperación de autoridades y reconocimiento y ejecución de sentencias.

⁵⁴ LÓPEZ RODRIGUEZ, A.M., «Applicable Law to Smart Contracts and Lex Cryptographia», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 447-448.

⁵⁵ Respecto de las monedas centralizadas, es decir aquellas que tienen un emisor identificable y con personalidad jurídica, creemos que sería más fácil determinar un elemento internacional en este contexto, sin embargo, al ser el ambiente de las criptomonedas el internet, siempre habrá la dificultad agregada de verificar donde se encuentra el servidor central, lo cual requiere un estudio autónomo que sale del objeto de esta breve investigación. Adicionalmente, debe decirse que, tanto en las monedas centralizadas como descentralizadas, el riesgo de anonimato para los usuarios persiste y sólo puede subsanarse en caso de las primeras si la plataforma que emite y controla las criptomonedas solicita datos personales para su transferencia.

La descentralización del *Bitcoin*, ello referido a que no tiene servidores centrales en un país concreto,⁵⁶ no hace posible diagnosticar claramente si existe un elemento de internacionalidad, pues si todos los elementos de la sucesión son domésticos, y dentro de la masa hereditaria se encuentran las claves privadas de un *Bitcoin* o de una porción del mismo, el juez del foro podrá aplicar su propia normativa, puesto que el conflicto de leyes implica la colisión entre dos ordenamientos jurídicos aplicables y respecto del *Bitcoin*, al tratarse una tecnología descentralizada que no puede vincularse a un Estado específico, correspondería al derecho nacional del foro y no al Derecho internacional privado, regir la sucesión.

En lo que respecta a las criptomonedas descentralizadas, como el *Bitcoin*, se puede indicar que, para determinar la competencia judicial internacional y la ley aplicable en una sucesión *mortis causa* dentro de la Unión Europea, será necesario considerar y determinar que existen, en primer lugar, otros elementos internacionales diferentes a la existencia de claves privadas de esta criptomoneda a favor del causante. Si como mínimo un elemento internacional concurre en la sucesión, será preciso recurrir al Reglamento (UE) 650/2012, que establece su ámbito de aplicación temporal desde el 17 de agosto de 2015, aplicándose a las sucesiones de personas que fallezcan a partir de esa fecha.

5. El ámbito material del Reglamento 650/2012 y las criptomonedas

El Art. 1.1 del Reglamento 650/2012, indica lo siguiente:

«El presente Reglamento se aplicará a las sucesiones por causa de muerte. No será aplicable a las cuestiones fiscales, aduaneras y administrativas».

⁵⁶ NG, M., «Choice of Law for Property Issues regarding Bitcoin under English Law», *Journal of Private International Law*, vol. 15, núm. 2, 2019, pp. 336-337.

Tal y como vemos, el concepto «sucesiones por causa de muerte» no encuentra un desarrollo, detalles o requisitos en el mismo artículo, pero sí en el Art. 3 RSE que define la sucesión de la siguiente manera:

«Sucesión»: la sucesión por causa de muerte, abarcando cualquier forma de transmisión *mortis causa* de bienes, derechos y obligaciones, ya derive de un acto voluntario en virtud de una disposición *mortis causa* o de una sucesión abintestato».

Teniendo en cuenta lo anterior, el RSE sólo se aplica a los casos en los que la muerte es la causa directa de la transmisión de los bienes y derechos del fallecido, es decir, cuando hablamos de una verdadera sucesión hereditaria con masa hereditaria, herederos y legatarios. Sin embargo, hay situaciones en las que la muerte influye en la transmisión de derechos o en la titularidad de ciertos bienes, pero no es la causa directa de esa transmisión. En estos casos, el RSE no se aplica, ya que no estamos ante una sucesión hereditaria propiamente dicha como, por ejemplo, cobrar una póliza de vida o donaciones hechas en vida del causante que sólo se hacen efectivas después de su muerte.⁵⁷

Respecto al objeto de la sucesión, el Art. 3 RSE debe interpretarse en conjunto con su considerando 9 que indica que su ámbito de aplicación debe abarcar todos los aspectos de Derecho civil de la sucesión por causa de muerte, es decir, cualquier forma de transmisión de bienes, derechos y obligaciones por causa de muerte, con las únicas excepciones del Art. 1.2 RSE.

Los términos y conceptos utilizados en el ámbito material como la transmisión de bienes, derechos y obligaciones y todo que puede ir incluido bajo su espectro, no se encuentran desarrollados o definidos en el resto del articulado del Reglamento y a su vez no existe una interpretación exhaustiva del ámbito material realizada por TJUE

⁵⁷ SERRANO DE NICOLÁS, A., «El Reglamento (UE) 650/2012 y su repercusión en ciertos aspectos patrimoniales y matrimoniales», *Revista Aranzadi Unión Europea*, núm. 7, 2016, pp. 2-4.

más allá de los asuntos *Mahnkopf*⁵⁸ y *Kubicka*,⁵⁹ en los cuales es clara la reiteración de que lo que no está expresamente excluido del ámbito material del RSE debe seguir la interpretación de la *lex causae* incluso cuando ésta y la *lex regitrationis* sean en principio incompatibles.

Teniendo en cuenta lo anterior, para interpretar el ámbito material es necesario recurrir residualmente a la calificación del Estado miembro del foro, y es importante destacar que las normas de Derecho material aplicables a las sucesiones varían significativamente entre los distintos ordenamientos jurídicos nacionales.⁶⁰ Esta disparidad en la regulación de las sucesiones refleja las diferencias culturales, históricas y jurídicas entre los Estados miembros, lo que dificulta una armonización sustantiva en este ámbito,⁶¹ pero debe resaltarse que el objetivo del Reglamento es armonizar las normas en materia sucesiones en Derecho internacional privado y en ningún caso interferir con el contenido material de las legislaciones civiles propias de cada Estado miembro.⁶²

La sucesión por causa de muerte debe comprender entonces, la totalidad de los bienes, derechos y obligaciones transmisibles que conformen el patrimonio del causante en el momento de su fallecimiento, sin importar su naturaleza ni la ubicación geográfica de estos.⁶³ Lo anterior, indica que tanto los bienes muebles como inmuebles, tangibles o intangibles, deben considerarse dentro del caudal hereditario. Asimismo, este principio de universalidad sucesoria no solo abarca los derechos positivos del causante sobre

⁵⁸ STJUE As. C- 558/16, de 1 de marzo de 2018, ECLI:EU:C:2018:138, *Doris Margret Lisette Mahnkopf, Sven Mahnkopf*, FJ 33-34.

⁵⁹ STJUE As. C218/16, de 12 de octubre de 2017, ECLI:EU:C:2017:755, *Aleksandra Kubicka, Przemysław Bac*, FJ 41-48.

⁶⁰ DEL POZO CARRASOSA, P., VAQUER ALOY, A., BOSCH CAPDEVILA E., «*Derecho civil de Cataluña...*», *ob. cit.*, p. 27.

⁶¹ CASTELLANOS RUIZ, E., «El Reglamento sucesorio (UE) 650/2012, diez años después de su aprobación, en la jurisprudencia del TJUE», *AEDIPr*, T. XXII, 2022, p. 55.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ STJUE As. C-218/16, de 12 de octubre de 2017, ECLI:EU:C:2017:755, *Aleksandra Kubicka, Przemysław Bac*, FJ 44.

sus bienes, sino que también incluye generalmente sus obligaciones y deudas, siempre que sean transmisibles, lo que implica que los herederos asumen responsabilidades económicas derivadas de la adquisición del patrimonio hereditario.

Si bien el RSE no hace una mención expresa de las criptomonedas u otros cryptoactivos, la extensión del ámbito material, su generalidad y falta de precisión sobre lo que puede incluir la herencia nos trae como consecuencia que lo que puede considerarse como «bienes, derechos y obligaciones transmisibles», dependa de la ley aplicable al fondo del asunto. Lo anterior se ha determinado por medio del art. 25 RSE que indica que la ley determinada en virtud de los artículos 21 o 22 regirá la totalidad de la sucesión y ello abarca a grandes rasgos, qué se puede heredar, quién puede heredar, bajo qué causas, la capacidad para suceder, las facultades de los herederos, entre otros.

La ley aplicable a la sucesión internacional es la determinada por los Arts. 21 y 22 RSE y debemos tener en cuenta que, aunque la ley aplicable al fondo del asunto (*lex sucessionis*) sea la determinada por estos artículos, la inscripción registral de derechos sobre bienes se encuentra sometida a la *lex registrationis*, que puede o no coincidir con la *lex rei sitae*. Esto implica una restricción en la aplicación de esta última, dado que la *lex sucessionis* abarca la totalidad de la sucesión sin considerar la ubicación o naturaleza de los bienes.⁶⁴ Si el objeto del legado es la propiedad de un bien mueble o inmueble, debe elegirse entre la *lex sucessionis* y la *lex rei sitae*, pero ha de tenerse en cuenta que la propiedad del bien, al ser un derecho real, está naturalmente sujeta a la *lex rei sitae*, tanto antes como después del fallecimiento del causante.⁶⁵⁶⁶

⁶⁴ CASTELLANOS RUIZ, E., «Ámbito de aplicación de la *lex sucessionis* y su coordinación con la *lex rei sitae* -*lex registrationis*. A propósito de los legados vindicatorios», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 1, 2018, pp. 71-72.

⁶⁵ PAZDAN, M., ZACHARIASIEWICZ, M., «The EU succession regulation: achievements, ambiguities, and challenges for the future», *Journal of Private International Law*, núm. 17, vol. 1, 2021, p. 93.

⁶⁶ FONTANELLAS MOREL, J. M., «Rights in rem in Spanish Private International Law», en: FONT-MAS, M. (dir.), *Derecho internacional privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 156-158.

En el caso de las criptomonedas, específicamente del *Bitcoin*, que no tiene una definición específica en la UE -más allá de criptoactivo o de activo digital-, y que tampoco tiene una definición autónoma en el RSE, debemos recurrir a las legislaciones nacionales en las que, como mínimo, se excluye de la categoría de los muebles o inmuebles registrables e ingresan por descarte a la clasificación de bienes muebles inmateriales o intangibles, que pueden estar sujetos a propiedad y pueden ser parte de la masa hereditaria, siempre que no sean considerado un bien ilícito según el foro o de acuerdo con la *lex successionis*.

6. Algunos problemas de ley aplicable en la sucesión *mortis causa* y las criptomonedas

En una sucesión *mortis causa* con elemento internacional, pueden haber varias normas en conflicto para regir la sucesión, entre ellas, tenemos como mínimo la *lex fori* y la determinada por la norma de conflicto: que puede ser la del Estado en el que el causante tuviera su residencia habitual en el momento del fallecimiento (Art. 21.1 RSE), de forma excepcional, la ley de los vínculos más estrechos (Art. 21.2 RSE) y la de la nacionalidad del causante siempre que haya sido designada por él antes del fallecimiento (Art. 22 RSE).

En caso de que el foro coincida con el *ius*, el juez de un Estado miembro aplicará su propio derecho para llevar a cabo la sucesión. Recordemos que la *lex successionis* rige, de acuerdo con el Art. 23 RSE, de manera global todos los aspectos de la sucesión incluidos los bienes, derechos y obligaciones que hagan parte de esta. Así las cosas, tenemos que, si el foro y el *ius* corresponden al de un Estado miembro, podemos indicar que no existe una norma europea o nacional que prohíba expresamente la transferencia con *Bitcoins* o criptomonedas o en la que se establezca que se trata de un bien ilícito, que no puede ser objeto de ningún tipo de negocio jurídico y que esté prohibido expresamente que pueda ser legado en una herencia.

Lo anterior, no es la regla general para terceros Estados, pues existen países que prohíben expresamente su uso como Argelia, Marruecos, Nepal: Bangladesh, Pakistán, Bolivia, entre otros.⁶⁷ Tomemos el caso de Marruecos como referencia, pues se trata de uno de los líderes de *trading* de *Bitcoins*, aunque se trate de un activo ilegal en ese país⁶⁸ y en la actualidad hay 31 millones de marroquíes residentes en la UE,⁶⁹ y en caso de fallecimiento, sus herederos pueden utilizar el aparato judicial de los Estados miembros para iniciar la sucesión por causa de la muerte⁷⁰.

Si siendo competente algún tribunal de un EM de acuerdo con el RSE, la ley aplicable es la de un tercer Estado (Art. 21.2 o Art. 22), lo cual es posible por el efecto universal el RSE (Art. 20), podríamos encontrarnos frente a un tribunal que reconoce el *Bitcoin* como un bien, pero que debe aplicar una la *lex successionis* que no lo reconoce como un bien lícito y por lo cual lo excluye de la sucesión.

En este escenario, cuando el juez del foro es el de un EM, pero la ley aplicable es por ejemplo la marroquí, podríamos considerar tres posibilidades para el juez del foro:

La primera se refiere al reenvío, permitido por el Art. 34 RSE cuando la norma de conflicto nos remite a la ley de un tercer Estado, y verificar las normas de Derecho internacional privado de ese Estado, con el ánimo de que la ley aplicable pueda ser la del foro o la de otro EM tanto sea en virtud del reenvío de primer grado o de segundo⁷¹. Sin embargo, el reenvío en el RSE presenta algunas inconsistencias

⁶⁷ Véase: <https://www.binance.com/es/square/post/837660>, fecha de consulta: 29 de marzo de 2025.

⁶⁸ Véase: <https://urgente24.com/dinero/marruecos-lidera-el-trading-bitcoin-el-norte-africa-n5326> 63, fecha de consulta 29 de marzo de 2025.

⁶⁹ Véase: <https://www.realinstitutoelcano.org/>, fecha de consulta: 29 de marzo de 2025.

⁷⁰ También podría contemplarse la posibilidad que el causante no tuviera residencia en los EM pero los tribunales de los EM pudieran ser competentes para conocer de su sucesión Arts. 10 y 11 RSE.

⁷¹ RODRÍGUEZ RODRIGO, J., «Problemas de aplicación regulados en el Reglamento sucesorio europeo», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 1, 2019, p. 519 y 523.

en el escenario planteado, puesto que sólo es permitido cuando la ley aplicable es la del lugar de residencia habitual del causante de acuerdo con el Art. 21.1 RSE y en el caso planteado el hipotético causante tiene residencia habitual en los EM y no en un tercer Estado, por tanto, el reenvío no aplica de acuerdo con el Art. 34 RSE.⁷²

La segunda, podría ser una opción excluir la aplicación de ciertas normas de la *lex causae*, pero al respecto hay restricciones. El Art. 35 RSE establece que la aplicación de una disposición de la *lex successionis* establecida por el RSE solo podrá excluirse si esa aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del Estado miembro del foro, cual no es exactamente el caso que nos ocupa. El juez del foro tiene entonces, la restricción de su orden público, pero no se encuentra facultado por el Reglamento para proteger el orden público del ordenamiento jurídico de la *lex causae*. Incluso, debe decirse que, en general, la excepción de orden público del foro es restrictiva y se aplica únicamente cuando sea absolutamente necesaria rechazar la aplicación del derecho extranjero señalado por la norma de conflicto, con el fin de salvaguardar los principios fundamentales y la estructura económica y social del Estado del foro. Además, esta excepción solo se activará en la medida estrictamente indispensable para lograr tal protección.⁷³

La tercera, toma en consideración la aplicación de la *lex rei sitae* en ciertos casos. El Art. 30 RSE indica que el juez del foro únicamente puede aplicar la *lex rei sitae* en lugar de la *lex causae* cuando la ley del Estado donde se encuentren los bienes objeto de la sucesión por razones de índole económica, familiar o social, afecte o imponga restricciones a la sucesión de dichos bienes, por tanto, el juez del foro aplicará a la sucesión esas disposiciones especiales con independencia

⁷² El reenvío no está permitido en el RSE cuando la ley aplicable fue determinada por los Arts. 21.2 o 22; Lara Aguado, A., «Impacto del Reglamento 650/2012 sobre sucesiones en las relaciones extracomunitarias vinculadas a España y Marruecos», *Revista Electrónica De Estudios Internacionales*, núm. 28, 2014, p. 33.

⁷³ CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., «Orden público internacional y externalidades negativas», *Boletín*, núm. 2065, 2008, p. 2358.

de la ley que rija la sucesión.⁷⁴ Sin embargo, debe tenerse en cuenta que esta posibilidad es muy excepcional de acuerdo con los considerandos 37, 54 y 80 RSE, en los cuales se indica que el objetivo general del Reglamento no es fragmentar la sucesión, sino proteger los derechos de los herederos y legatarios y de las personas próximas al causante, así como de los acreedores de la sucesión, con la armonización de las normas de DIPr en materia sucesiones y haciendo posible la previsibilidad de la ley aplicable a la sucesión.

La *lex rei sitae* en materia de criptoactivos descentralizados como el *Bitcoin* es como mínimo difícil de aplicar, en DIPr la *lex rei sitae* parte del concepto de localización del bien en un determinado Estado, y al ser los *Bitcoins* y otras criptomonedas de este tipo, totalmente deslocalizadas,⁷⁵ no es posible establecer de manera definitiva su vinculación a un ordenamiento jurídico específico, quedando descartada la posibilidad de utilizar el Art. 30 RSE como válvula de escape para el juez del foro.

Agotadas las tres posibilidades sugeridas, creemos que en el caso de que la *lex causae* determinada por el RSE establezca que las criptomonedas como el *Bitcoin* son un bien ilícito (ejemplo sobre Marruecos) y, por tanto, restringido de la masa hereditaria, ello no se consideraría un problema de la norma de conflicto, es decir, el juez del foro no se encuentra facultado para negar la aplicación de la *lex causae* o aplicar total o parcialmente la *lex fori*, y debe distribuir los bienes basado en la *lex causae*. Respecto del reconocimiento y ejecución de la sentencia, consideramos que es probable que por protección a su orden público el tercer Estado que considera ilícitos los bienes objeto de esta investigación y en el cual se desea que esta sentencia produzca

⁷⁴ DURAN AYAGO, A., «Autonomía de la voluntad, leyes de policía y orden público internacional en los Reglamentos Europeos de Derecho de familia y sucesiones», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 2, 2021, pp. 1018-1019. Véase también: ORTEGA GIMÉNEZ, A., «Alternative solutions to *lex rei sitae* as the law applicable to real estate in border areas», en: FONT-MAS, M. (dir.), *Derecho internacional privado sobre derechos reales en la Unión Europea*, Madrid, Marcial Pons, 2024, pp. 530-532.

⁷⁵ RUIZ RODRIGUEZ, R., «Cryptocurrencies as a Means...», p. 741. Es importante mencionar que si existen criptoactivos centralizados, como los *asset backed tokens*, a los que sí se podría aplicar la regla *lex rei sitae*, pero ello requiere un estudio autónomo que supera el objeto de esta investigación.

efectos, no permita transferir la titularidad de los *bitcoins* del causante a los herederos, por la naturaleza del bien en cuestión y estaríamos en presencia de una situación claudicante.

7. Conclusiones

Las criptomonedas, al ser bienes digitales con una naturaleza descentralizada, presentan desafíos significativos en su clasificación y regulación dentro del marco jurídico de la Unión Europea y el Derecho internacional privado. A pesar de los avances normativos, como el Reglamento *MiCA*, aún existen vacíos y dificultades interpretativas en cuanto a su tratamiento legal, especialmente en lo que respecta a la propiedad y el control de estos activos. La falta de una normativa clara y homogénea obliga a recurrir a las normas generales de derecho privado, lo que plantea incertidumbres sobre el alcance de los derechos de propiedad y posesión sobre estos bienes virtuales.

La legislación civil española y catalana enfrentan retos significativos al intentar adaptar el concepto de propiedad a las criptomonedas, debido a su naturaleza digital y su falta de regulación específica. Aunque el Código Civil español y el catalán no excluyen los bienes intangibles del ámbito de la propiedad, las criptomonedas, por su novedad, no están claramente incluidas en estas normativas, pero debe decirse que los bienes a nivel general están plasmados en estos códigos dentro de categorías amplias para abarcar situaciones futuras, como las que tienen un elemento digital. A nivel judicial, existen pocos pronunciamientos sobre su naturaleza, y la sentencia de 2019 del Tribunal Supremo solo las reconoce como bienes muebles inmateriales, sin vincularlas de manera definitiva al régimen civil.

La sucesión de activos digitales, como las criptomonedas, presenta complejidades debido a la descentralización de estas tecnologías y a la diversidad de normativas aplicables en distintas jurisdicciones. La persistencia de la identidad digital y los activos vinculados a ella tras la muerte del titular genera desafíos en la transmisión de estos bienes, especialmente cuando se trata de criptomonedas cuyo control depende de claves virtuales. En este contexto, el Derecho internacional privado

juega un papel crucial, en materia de sucesiones *mortis causa* con elemento internacional.

Si bien el RSE establece un marco para regular las sucesiones internacionales en la Unión Europea, su ámbito material no menciona explícitamente las criptomonedas ni otros criptoactivos. No obstante, debido a su carácter intangible y la falta de una definición uniforme en la UE, las criptomonedas pueden ser consideradas dentro del patrimonio del causante bajo la legislación aplicable, ya sea nacional o internacional.

La aplicación del RSE presenta varios desafíos legales en relación con las criptomonedas en una *sucesión mortis causa* internacional. Primero, si la determinación de la ley aplicable remite a la legislación de un tercer Estado que considera los *Bitcoins* como un bien o activo ilícito. En este caso, aunque la ley del foro permita la transferencia de *Bitcoins*, podría entrar en conflicto con la legislación de un país donde estos activos estén prohibidos. Las opciones como el reenvío, la excepción de orden público, o la aplicación de la *lex rei sitae*, no son siempre viables, especialmente en el caso de criptoactivos descentralizados. Segundo, si la *lex causae* considera que las criptomonedas son bienes ilícitos, el juez del foro podría excluirlas de la masa hereditaria o incluirlas teniendo en cuenta que esta última opción podría dificultar el reconocimiento y ejecución de la sentencia en el Estado en el que se encuentren prohibidas, pero el juez del foro habría cumplido su labor y varios de los objetivos principales del RSE: evitar la fragmentación de la sucesión y aplicar a la sucesión una norma previsible y cercana, como la de la residencia habitual del causante, su nacionalidad o la de los vínculos más estrechos de acuerdo con el RSE, aunque se trate de una situación claudicante.

Contractació per mitjà de plataformes electròniques i el règim català dels «[I]ntermediaris» (art. 231-1 a 231-5 Codi de consum de Catalunya)

Lídia Arnau Raventós

Professora Agregada de Dret civil. Universitat de Barcelona

Sumari

1. Introducció. La presència d'*intermediaris* al dret català

2. Intermediari v. funció/servei d'*intermediació* al Codi de consum de Catalunya

- 2.1. L'«[e]mpresari» (art. 211-2, lletra *d* CcoCat) v. la «relació de consum» (art. 211-2, lletra *m* CcoCat)
- 2.2. Intermediari v. intermediació
- 2.3. Les regles de responsabilitat

3. Dret català i dret europeu en matèria de responsabilitat de les plataformes intermediàries per raó del contracte intermediat

Bibliografia

1. Introducció. La presència d'*intermediaris* al dret català*

El comentari que segueix té com a rerefons la contractació per mitjà de plataformes electròniques intermediàries. La finalitat només és, de moment, identificar al dret català avui vigent aquelles normes que contemplen o que d'una manera o l'altra escau aplicar a les activitats d'intermediació. L'exercici, doncs, és previ a l'adreçat a valorar si el legislador català *hauria* o *podria* introduir una regulació que particularment es referís a aquella modalitat d'intermediaris i quins haurien o podrien ser-ne els termes.

Si hom rastreja l'ordenament català a la recerca d'*intermediaris* toparà, amb transcendència privada, amb l'art. 111-2, lletra *m* Llei 22/2010, de 20 de juliol, del Codi de consum de Catalunya, que els esmenta a l'hora de definir la «relació de consum»; també al CcoCat, apareix la mateixa categoria als art. 231-1 a 231-5, relatius a «les relacions de consum per mitjà d'intermediaris»¹, i als art. 261-1, lletres *c*, *d*, *f* i *i*, 262-1.1, 262-2.1 i 2, 262-3.2, lletra *a*, 262-4.1 i 3, 262-8.1 i 3; 263-1.1 i 263-2.1, en matèria de crèdits o préstecs hipotecaris sobre habitatges²; en el marc de la disciplina de mercat, els art. 312-5.5 i 334-1.4 CcoCat declaren de forma expressa la responsabilitat, en determinades circumstàncies i arran de la difusió de determinades informacions, de «persones intermediàries en els serveis de la societat de la informació» i de

* Aquest comentari forma part dels treballs realitzats en el marc del Projecte DER 2021-125857NB-I00, del Grup Consolidat SGR 00347 Grup de dret civil català (UB) i de la Càtedra UB-ACdC. Estudis de consum i resolució alternativa de conflictes.

¹ Noti's que l'art. 231-1 CcoCat («[c]oncepte d'intermediari o intermediària») incorpora una definició que perfectament també s'hauria pogut ubicar a l'art. 211-2 CcoCat («[d]efinicions»).

² Introduïts per la Llei 20/2014, de 29 de desembre, per a millora de la protecció de les persones consumidores en matèria de crèdits i préstecs hipotecaris, vulnerabilitat i relacions de consum. El text, segons el seu Preàmbul (§3r) «segueix les orientacions marcades...per la Directiva 2014/17, del Parlament europeu i del Consell, de 4 de febrer, relativa a contractes de crèdits atorgats per a consumidors i relatius a béns immobles d'ús residencial.» Els preceptes esmentats al text no es varen veure afectats per la STC 54/2018, de 24.5.2018.

«qualsevol persona, plataforma digital o servei en línia que actua com a intermediari», respectivament.³ Per la seva banda, l'art. 5.4, lletra *b* Llei 18/2017, d'1 d'agost, de comerç, serveis i fires, defineix l'activitat comercial majorista com la consistent a «[f]er d'intermediari en les condicions d'adquisició i subministrament de productes o serveis per compte o encàrrec d'altres comerciants»; aquesta darrera definició s'emmarca dins d'una regulació que s'autoqualifica d'*administrativa* (art. 1 Llei 18/2017).

2. Intermediari v. funció/servei d'intermediació al Codi de consum de Catalunya

Les referències anteriors permeten distingir entre la categoria d'*intermediari* i la funció o servei d'*intermediació* (i, fins i tot, si es fila més prim, entre les distintes maneres d'*executar o acomplir* la dita funció/servei [així, *vgr.*, en nom propi o aliè, per un mateix o per mitjà d'altre⁴, etc.]).

³ Introduïts pel Decret Llei 2/2019, de 22 de gener, de modificació del Codi de consum de Catalunya, per tal d'incorporar mesures contra els trastorns de la conducta alimentària. Al Preàmbul, es raona com segueix: «[P]er tal que l'Administració de la Generalitat pugui actuar eficaçment en aquest àmbit, cal un marc legal adient i suficient, i per aquest motiu és necessària una reforma del Codi de consum que inclogui...una modificació en la responsabilitat dels intermediaris de les xarxes socials perquè assumeixin les obligacions que determina la Directiva 2000/31/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 8 de juny, sobre comerç electrònic».

⁴ Suggereixen aquesta manera d'actuar l'art. 262-8.1 i 3 CcoCat, que contempla l'actuació de l'intermediari per mitjà d'un representant («[e]ls prestadors, els intermediaris de crèdit i *llurs representants* » -la cursiva és nostra-) i l'art. 261-1, lletra *c* CcoCat, que pressuposa una eventual cadena d'intermediaris (« [i]intermediari de crèdit: la persona física o jurídica...que [no] es limita a posar en contacte...una persona consumidora amb...un *intermediari de crèdit* » -la cursiva és nostra-); quant a aquest darrer supòsit, vegeu també l'art. 4.8 Directiva 2014/17, que identifica el «representante designado» com qui executa funcions d'intermediació (definides a l'art. 4.5 Directiva 2014/17) «por cuenta de un solo intermediario de crédito».

2.1. L'«[e]mpresari» (art. 211-2, lletra *d* CcoCat) v. la «relació de consum» (art. 211-2, lletra *m* CcoCat)

Cal fer notar que la presència de l'*intermediari* a la definició de «relació de consum» (art. 211-2, lletra *m* CcoCat) té entitat pròpia, és a dir, hi apareix com un dels protagonistes d'una relació *distinta* de la que pugui arribar a establir-se entre l'empresari que se'n serveix i el consumidor. De fet, si l'intermediari en què pensa el CcoCat és només el que desenvolupa professionalment l'activitat d'intermediació (tal i com rebla l'art. 231-1 CcoCat), aleshores potser fins i tot esdevé sobrer la seva presència *particularitzada* a l'art. 211-2, lletra *m* CcoCat, ja que la menció als «empresaris» l'enclouria. Al contrari, aquesta referència específica es pot interpretar com un intent de destacar que la relació de consum entre aquells «empresaris» i el consumidor no arrossega, diluint-la, la també relació que pugui igualment establir-se entre aquest darrer i l'intermediari. Però potser la qüestió és una altra: la de si hi ha relació de consum entre l'empresari i el consumidor quan el primer se serveix d'un intermediari. Al marge del que es dirà a propòsit de la *manera* d'intermediar, de moment interessa sols fixar-se en la literalitat de l'art. 211-2, lletra *d* CcoCat i, de retruc, en la de l'art. 211-2, lletra *a*, CcoCat, que defineix les «[p]ersones consumidores i usuàries».

- Pel que fa a l'art. 211-2, lletra *d* CcoCat, la qüestió rauria a saber si l'expressió *qualsevol altra manera* («comercialitza béns o serveis o, de qualsevol altra manera, actua en el marc de la seva activitat empresarial o professional») fa referència a l'activitat desenvolupada (que, des d'aquesta perspectiva, pot ser diferent de la de comercialitzar productes), o inclou la *manera de comercialitzar* béns o serveis (així: per un mateix o través d'un altre).⁵

⁵ La qüestió la suggereix i és rellevant a l'hora de valorar la conformitat del dret català a l'europeu. És sabut que el CcoCat regula les modalitats de contractació fora d'establiment mercantil i a distància (art. 221-1 i seg., i 223-1 i seg. CcoCat) i que, en aquest àmbit, el dret català no s'avé plenament a l'europeu atesa la manca d'incorporació de la Directiva 2011/83, del Parlament europeu i del Consell, de 25 d'octubre, sobre drets dels consumidors (vegeu, sobre el particular, ARNAU RAVENTÓS, Lúdia, «El dret català i els contractes atorgats a distància i fora

- Quant a l'art. 211-2, lletra *a* CcoCat, el precepte no inclou cap agafador del qual hom pugui, com a mínim, deduir o desxifrar la posició que adopta el CcoCat quant a si és o no consumidor aquell que actua en les circumstàncies descrites a la norma (és a dir, «en un àmbit aliè a una activitat empresarial o professional») però que ho fa *a través d'un altre* i, en concret, a través d'un

d'establiment mercantil amb consumidors», *Revista jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2022, p. 337-372; ARNAU RAVENTÓS, Lídia (coord.), *Dret català de consum*, Atelier, Barcelona, 2025, p. 24-27, 34-37 i 93-116 [accessible: <https://atelieropenaccess.com/products/dret-catala-de-consum>]]. Sigui com sigui, es pot fer un esforç interpretatiu a fi d'entendre que, en particular, sí que hi ha conformitat del dret català a l'europeu quant a l'art. 2 de la (ja derogada) Directiva 85/577, del Parlament europeu i del Consell, de 20 de desembre, sobre contractes atorgats fora d'establiment mercantil, i a l'art. 2.2 Directiva 2011/83. Ambdós preceptes defineixen el *comerciant*, funció que aconsegueix l'art. 211-2, lletra *d* CcoCat que, a més de regir a propòsit de les maneres especials de contractar, ho fa per a la resta de continguts del CcoCat. La definició de l'art. 2 Directiva 85/577 abastava «toda persona que actúe en nombre o por cuenta de un comerciante»; el precepte, a propòsit d'aquest altre *comerciant*, no exigia expressament *professionalitat* (confr. art. 211-2, lletra *d* i 231-1 CcoCat), tot i que implícitament el requisit podia desprendre's d'aquella mateixa consideració o definició legal. Per la seva banda, l'art. 2.2 Directiva 2011/83 reserva aquella categoria a qui «actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad»; a l'empara d'aquest precepte (que regeix per a la contractació fora d'establiment i per a l'atorgada a distància i, també, pel que fa a determinats aspectes de la contractació amb consumidors en general), hom pot concloure que qui, a fi d'actuar en el marc de la seva activitat professional, se serveix d'un altre, serà considerat comerciant sempre que l'actuació d'aquest darrer es realitzi *seguint les instruccions* facilitades; i, això últim pot passar tant si aquell *altre* actua en nom propi, com si ho fa en nom del comerciant; en aquest darrer cas, la qüestió no planteja problema ja que aquesta manera d'actuar (així, en nom d'altre) adreça cap el representat tots els efectes del negoci, però noti's que si, en canvi, ho fa *nom propi*, igualment serà comerciant qui li hagi encarregat l'actuació sempre que, al desenvolupar-la, s'hagin seguit les instruccions donades per qui encarrega el servei. Tot plegat permet concloure, per tant, que l'actuació *en nom propi* de la persona *interposada* («a través de» [art.2.2 Directiva 2011/83]) no malmet necessàriament la qualificació de comerciant de qui encarrega aquesta interposició. I, això, al marge de considerar també comerciant a l'intermediari professional (vegeu STJUE, de 24.2.2022, *Tiketa*, as. C536/20 [ECLI:EU:C:2022:112]; vegeu-ne, en especial, § 31 i 34), en el benentès que l'art. 2.2 Directiva 2011/83 tampoc exigeix expressament aquesta professionalitat. Així doncs, si el dret català és l'aplicable a una relació de consum, caldrà poder arribar a aquestes mateixes conclusions a fi de garantir-ne la conformitat al dret europeu.

intermediari professional (art. 231-1 CcoCat).⁶ D'entrada, aquella condició o qualitat no hauria de trontollar pel sol fet de servir-se d'algú altre; això últim hauria de ser irrellevant fins i tot en aquells casos en els quals aquest altre sigui una persona amb coneixements especialitzats (potser professionals) relatius al bé o servei que el consumidor pretén contractar. Aquesta irrellevància s'explica perquè l'element tipificador, de cara a qualificar algú com a consumidor, no és si es té o no coneixements sobre el producte (que es poden perfectament tenir [consumidor especialista]) sinó si l'actuació adreçada a contractar-lo o adquirir-lo es realitza en el marc de la mateixa activitat professional o empresarial; per aquesta raó, l'actuació a través d'una persona interposada *especialista* no basta per a posar en perill la condició de consumidor de qui se'n serveix, de la mateixa manera que tampoc la fa perillar l'especialització de qui actua per si sol.⁷ Un supòsit ben distint,

⁶ Quant a si calia considerar o no consumidor a qui contractava amb un intermediari professional que actuava en nom o per compte d'un no professional, vegeu, plantejant-ho, COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde sobre la revisión del derecho de consumo*, (COM [2006] 744 final); vegeu, també, imposant a l'intermediari el deure d'informar el tercer de la condició de no professional d'aquell en nom o per compte de qui actuava, art. 2.19 i 13 Proposta de Directiva sobre els drets dels consumidors (COM [2008] 614 final).

⁷ Vegeu, sobre la qüestió, DE VRIES, Anne, «Liability of independent intermediaries in EU Consumer Law», *Tilburg Private Law*, Working Paper, núm. 2/2019, p. 9, nota 17. L'autora, a propòsit de les definicions de consumidor que enclouen les distintes directives europees i de la recurrent manca de menció, en elles, a l'intermediari, raona que el que cerca el dret europeu és protegir el consumidor i, d'aquí, que l'interès es centri en delimitar fins a on arriba o en quins casos hi ha presència d'un comerciant. Vegeu, replicant que igual interès hauria de tenir plantejar-se si mereix protecció com a consumidor qui actua d'una manera, o través d'algú altre, que neutralitza l'asimetria inherent a les relacions de consum, ARNAU RAVENTÓS, Lúcia, «Intermediarios en el derecho europeo: trazas de su responsabilidad por falta de cumplimiento del contrato intermediado», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 17, núm. 1, 2025, p. 218, nota. 18. Sobre la qüestió, vegeu STJUE, de 9.3.2023, *Wurth Automotive*. as. C177/22 (ECLI:EU:C:2023:185); de la resolució s'infereix que la intervenció d'un professional no impedeix necessàriament negar la condició de consumidor a qui se'n serveix per a contractar amb un comerciant; es tractarà només d'una circumstància més, a tenir en compte a l'hora de valorar si es va crear, de cara al dit comerciant, una aparença raonable de professionalitat i, tot plegat, de cara a qualificar com a consumidor a qui va recórrer a aquell professional (vegeu, sobre el supòsit, CUARTERO RUBIO, M^a

almenys teòricament, és l'actuació del consumidor a través d'un intermediari professional, de manera que, *vgr.* és a través d'ell que s'efectuen els tractes preliminars de cara a l'atorgament d'un contracte amb un comerciant. Tot i aquesta diferència teòrica, cal insistir que al CcoCat la definició de consumidor no distingeix, ni matisa.

2.2. Intermediari v. intermediació

La distinció entre la posició jurídica d'intermediari i l'activitat o servei d'intermediació és ben present als art. 231-1 (que proporciona un «[c]oncepte d'intermediari o intermediària») i 261-1, lletra *c* CcoCat (que defineix l'«[i]ntermediari de crèdit»)⁸. Aquests preceptes avalen, en primer terme, que la posició legal d'intermediari exigeix, al CcoCat, alguna cosa més que desenvolupar una *activitat* o servei d'intermediació; en cal un exercici *professional*⁹ i remunerat, amb el benentès que la dita remuneració pot revestir la forma de qualsevol

Victoria, «El TJUE vuelve sobre la competencia judicial internacional en materia de contratos celebrados por los consumidores», *Centro de Estudios de Consumo*, 13.3.2023 [accessible a: https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/El_TJUE_vuelve_sobre_la_competencia_judicial_internacional.pdf]; ANDREAVA ANDREAVA, Vésele, «La apariencia de profesionalidad y la determinación de la competencia judicial internacional en los contratos de consumo», *La Ley Unión Europea*, núm. 115, 2023; HO-DAC, Marion, «CJEU Rules on «Implied Waiver» of Consumer Status under Brussels I Bis» [accessible a: <https://eapil.org/2023/04/03/cjeu-rules-on-implied-waiver-of-consumer-status-under-brussels-i-bis/>]).

⁸ Vegeu, sense parlar d'*intermediaris*, però sí de funció o tasca d'*intermediació*, l'art. 18.7 Llei 18/2017, quant a l'activitat desenvolupada per empreses subhastadores.

⁹ La professionalitat, a l'art. 231-1 CcoCat, deriva de la qualificació de l'intermediari com a «empresari o empresària» que desenvolupa «habitualment» activitats d'intermediació. Pel que fa a l'art. 261-1, lletra *c* CcoCat, el requisit és que aquelles tasques es realitzin «en el decurs de la seva activitat comercial o professional»; en aquest context, però, aquell caràcter habitual no s'exigeix. A propòsit dels agents immobiliaris, l'art. 55.1 Llei 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge, els encomana la prestació de «serveis de mediació», que es realitzen de «de manera habitual i retribuïda».

avantatge econòmic. Aquella professionalitat explica que la relació establerta entre el dit intermediari i el consumidor sigui, d'entrada i com ja s'ha dit, una «relació de consum» (art. 111-2, lletra *m* CcoCat) i, això, ja es tracti de la que s'estableix entre el consumidor que contracta els serveis de l'intermediari¹⁰, ja es tracti de la que es constitueix entre l'intermediari contractat per un tercer (sigui o no consumidor) i el consumidor a qui adreça o dirigeix la seva activitat. Quant a la relació que es pugui establir entre els *intermediats* (és a dir, entre aquells *enmig* dels qui se situa l'intermediari), cal atendre, com es veurà, a la *manera* de desenvolupar-se la intermediació. Sigui com sigui, els art. 231-1 i 261-1, lletra *c* CcoCat no preveuen la intermediació no professional ni la gratuïta¹¹.

L'activitat d'intermediació obeeix, ja s'ha dit a un *encàrrec*.¹² Noti's, en qualsevol cas, que l'art. 231-1 CcoCat no revela, ni s'ocupa (tampoc ho fa l'art. 261-1, lletra *c* CcoCat) del tipus o naturalesa del negoci del qual en deriva l'obligació d'executar la dita activitat.

Pel que fa a l'amplitud de l'activitat d'intermediació, els art. 231-1 i 261-1, lletra *c* CcoCat reblen, d'entrada, que pot abastar o no el mateix moment de l'atorgament del contracte; així, se situarien en fase precontractual les actuacions previstes a l'art. 231-1, lletres

¹⁰ La idea d'actuar *per encàrrec* trasllueix a l'art. 231-1 CcoCat («per compte d'altri»). Tot i que la norma no exigeix que aquest *altre* sigui professional, hi dades que fan pensar que és aquest cas el que es té present; així, l'art. 231-2.1, lletra *d* CcoCat, imposa a l'intermediari el deure d'informar «si treballa en exclusiva per un empresari o empresària o com a intermediari o intermediària independent» i, per la seva banda, l'art. 231-5 CcoCat declara la responsabilitat solidària de l'empresari «que se serveix de l'activitat intermediació». A propòsit de l'intermediari de crèdit, no hi ha deure informatiu específic semblant al de l'art. 231-2.1, lletra *d* CCCat; la idea de (in)dependència, però, trasllueix a la definició de l'art. 261-1, lletra *i* CcoCat, relativa a l'«intermediari de crèdit vinculat», que és el que «actua en nom i sota la responsabilitat plena i incondicional d'un sol prestador, d'un sol grup o d'un nombre de prestadors o de grups que no representa la majoria del mercat». Quant a la nota d'encàrrec, vegeu art. 55.5, lletra *b* i 6 Llei 18/2007.

¹¹ Tot i la raresa del supòsit, no s'acaba de veure per què el règim dels intermediaris, en comptes de relaxar-se o matisar-se en cas d'intermediació professional gratuïta, directament i sense excepcions no regeix perquè, ja d'entrada, s'exclou la qualificació d'intermediari d'aquest professional.

¹² Vegeu *supra* nota 9.

a («[p]resentar o oferir la possibilitat d'adquirir béns o serveis a les persones consumidores») i *b* CcoCat («[f]er els tractes preliminars per a la formalització d'un contracte amb persones consumidores»); el mateix passa amb el previst a l'art. 261-1, lletra *c*, 1r (« [p]resenta o ofereix contractes de crèdit a les persones consumidores») i 2n CcoCat («[a]ssisteix les persones consumidores en els tràmits previs o en qualsevol altra gestió precontractual de contractes de crèdit diferents dels esmentats en el punt 1r»). Per la seva banda, els art. 231-1, lletra *c* i 261-1, 3r CcoCat contemplen la participació de l'intermediari en el moment de la conclusió del negoci, amb el benentès que mentre el primer parla, sense més ni més, de «[f]ormalitzar el contracte amb les persones consumidores», el segon matisa molt més al tenir present l'intermediari que «[s]ubscriu contractes de crèdit amb persones consumidores *en nom del prestador*».¹³

2.2.1. El ventall d'activitats d'intermediació: topalls i tipologia

Segons com es miri, l'art. 261-1, lletra *c* CcoCat és redundant en establir, al mateix temps, primer: que no és intermediari de crèdit qui es «limita a posar en contacte, directament o indirectament, una persona consumidora amb un prestador»; segon: que, en canvi, ho és aquell que «duu a terme algunes de les activitats» que s'hi llisten tot seguit; si això últim és imprescindible, és evident que no pot ser intermediari aquell que només facilita el contacte entre les parts; des d'aquesta perspectiva, aquella primera exigència negativa és sobrer.¹⁴ Restaria per veure, en

¹³ La cursiva és nostra.

¹⁴ La presència d'aquesta condició negativa al dret català, però, obeeix a la presència prèvia del mateix requisit a l'art. 4.5 Directiva 2014/17. No apareixia a l'art. 3, lletra *f* Directiva 2008/48/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 23 d'abril, relativa als contractes de crèdit al consum però, en canvi, sí que s'ha incorporat a la definició d' «intermediario de crédito» de l'art. 3.12 Directiva 2023/2225, del Parlament Europeu i del Consell, de 18 d'octubre, que és el text avui vigent en matèria de contractes de crèdit amb persones consumidores (vegeu, a propòsit d'aquest darrer text, relacionant aquell requisit amb la voluntat de destacar el paper actiu que té l'intermediari en la relació contractual, inexistent si el professional es limita a realitzar una simple tasca de comparador d'ofertes, PALOMINO MORALEDÀ,

canvi, què cal entendre per *posar en contacte* encara que, ben mirat, potser el rellevant no és tant què vol dir sinó excloure de la categoria d'intermediari qualsevol actuació que *no arriba* al punt de consistir en la presentació o l'assistència esmentades a l'art. 261-1, lletra c, 1r i 2n CcoCat. I el mateix argument es pot reproduir en el context de l'art. 231-1 CcoCat; de fet, probablement perquè el rellevant és fer alguna de les actuacions que s'hi preveuen, aquesta disposició no afegeix (com fa l'art. 261-1, lletra c CcoCat) que no n'hi ha prou amb posar les parts en contacte. Qüestió ben distinta és que la relació entre el consumidor i qui no mereix la condició d'intermediari sigui o no una relació de consum. Ho serà si l'activitat exercida per aquest darrer es desenvolupa professionalment en el mercat; aleshores, hi haurà «[e]mpresari», persona consumidora i «[r]elació de consum» (art. 111-2, lletres a, d i m CcoCat)¹⁵.

Pel que fa a la *tipologia* de les activitats llistades, és vistent el mimetisme entre els art. 231-1 i 261-1, lletra c CcoCat quant a la descripció de les actuacions que impliquen intermediació; és una descripció que va *in crescendo* (és a dir, *des de només* presentar una oferta *fins* a concloure un contracte); és una descripció que, des d'una altra perspectiva, rebla que la relació de consum pot existir abans de la conclusió del contracte i prescindint de si el negoci s'acaba conclouent o no (tal com confirma, també, l'art. 111-2 lletra m CcoCat; vegeu igualment §4rt Preàmbul Llei 22/2010). Pel que fa a aquella mateixa tipologia, cal notar, primer, la major concreció de l'activitat consistent en *formalitzar* o *subscriure* un contracte (art. 231-1, lletra c i 261-1, lletra c, 3r CcoCat) que l'adreçada a *presentar* o *oferir* un contracte (art. 231-1, lletra a i 261-1, lletra c, 1r

Helena, «Los intermediarios en la nuevas Directiva de crédito al consumo» [https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Los_intermediarios_en_la_nueva_directiva_de_credito_al_consumo.pdf].

¹⁵ De fet, per molt lluny que es trobi la sola *posada en comú* de les parts quant a la relació de consum que pugui arribar a establir-se entre elles, no es pot negar la també naturalesa de relació de consum de la que s'estableix entre el consumidor i el professional que desenvolupa a seva activitat consistent, només, en posar-lo en contacte amb algun altre professional. El cas no en seria un de *relació de consum per mitjà d'intermediari*, sinó de *relació de consum directament establerta entre un consumidor i un professional prestador d'un servei* (consistent, precisament, en facilitar contactes).

CcoCat) o a fer o assistir els consumidors en la fase precontractual (art. 231-1, lletra *b* i 261-1, lletra *c*, 2r CcoCat). Aquella primera activitat remet, en concret, al moment de la conclusió del contracte i consisteix, precisament, en atorgar el consentiment contractual; la fase precontractual, en canvi, pot abastar diferents moments o gestions, mentre que la *presentació* d'un contracte, és ben possible que no sigui ni la primera i l'única activitat entomada per l'intermediari; ans al contrari, probablement anirà precedida d'un primer contacte en el decurs del qual el consumidor manifesti quins són els seus interessos, que són als que, en teoria, caldria ajustar els contractes que després se li presentin o ofereixin. La literalitat dels art. 231-1 i 261-1, lletra *c* CcoCat avala que, per parlar d'intermediació, n'hi ha prou amb desenvolupar una de les activitats indicades («qualsevol» [art. 231-1 CcoCat]; «alguna» [art. 261-1, lletra *c* CcoCat]). No sembla, però, que aquesta indiferència regeixi quant a l'art. 231-1, lletra *d* CcoCat, és a dir, que basti *només* una activitat consistent en «[a]ssessorar» per a poder qualificar l'assessor com a intermediari; la raó és que l'art. 231-3.1 CcoCat percep la dita activitat com una actuació eventual i afegida a alguna altra (««[s]i l'activitat comercial dels intermediaris *inclou* l'assessorament»»¹⁶; per tant, per si sola no tipifica l'activitat d'intermediació.¹⁷

La (sola) posada en comú de les parts (que ja s'ha dit que no arriba a ser intermediació) es contraposa als supòsits en els quals l'intermediari, *a més o al marge de* fer alguna o totes les activitats que llisten els art. 231-1 i 261-1, lletra *c* CcoCat, en fa d'altres (com si, *vgr.*, s'ocupa de predeterminar el contingut contractual, de gestionar el pagament, d'atendre les reclamacions postcontractuals del consumidor, etc.). El que hom pugui derivar d'aquestes altres actuacions no implica, *sempre i necessàriament*, negar la condició

¹⁶ La cursiva és nostra.

¹⁷ D'acord amb l'art. 231-2.1, lletra *c* CcoCat, l'intermediari ha d'informar el consumidor de «[l']abast de les seves competències», és a dir, de l'àmbit d'allò que pot fer vàlidament i eficaçment. La informació hauria d'incloure l'abast o ventall de les activitats encomanades i, tal vegada que també afecta a l'eficàcia jurídica dels actes d'intermediació, es creu que també hauria d'incloure, si escau, la legitimació per actuar en nom de qui ha fet l'encàrrec (vegeu *infra* 2.2.2).

d'intermediari d'aquell que les realitza ni, en conseqüència, deixar d'aplicar-li el règim propi d'aquesta modalitat d'empresaris¹⁸. La dificultat rau a determinar els supòsits en les que, per raó de l'entitat o naturalesa d'aquestes altres activitats, ja no es pot parlar, pròpiament, d'intermediari.^{19 20}

¹⁸ De la mateixa manera, *vgr.*, que no deixa d'haver-hi *mandat* pel fet de resultar instrumental o d'estar vinculat funcionalment a una altra relació jurídica (arg. art. 622-36.2, lletra a CCCat).

¹⁹ Així, pot passar que, *a partir d'aquestes altres actuacions* o d'altres indicis, hom pugui qualificar d'*altra manera* la posició ocupada per aquell que *no* es limita a intermediar (i que, *si s'aixeca el vel*, resulta que és ell qui, de fet, surt afavorit arran la comercialització del producte i n'assumeix els riscos [vegeu, en aquest sentit, BECH SERRAT, Josep Maria, «La influencia predominante de las plataformas en línea y la responsabilidad contractual por los bienes y servicios subyacentes», *Indret*, 2/2024, p. 87 i seg.] o que, lluny de només intermediar, *crea mercat* [en aquest sentit, VALPUESTA GUSTAMINZA, Eduardo, «Las plataformas creadoras de mercado como «falsas plataformas intermediarias» y responsables de los productos y servicios que ofrecen», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1/2025, p. 723 i seg.]). Aquesta mateixa idea de pluralitat o concurrència de funcions/serveis és present a l'art. 3, lletra i Reglament 2022/2065, del Parlament europeu i del Consell, de 19 d'octubre, relatiu a un mercat únic de serveis digitals; el precepte defineix la categoria de «plataforma en línea» a l'empara de les actuacions consistents a allotjar, emmagatzemar i difondre dades al públic però sempre que no es tracti d'una «característica menor y puramente auxiliar de otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal y que no pueda utilizarse sin ese otro servicio por razones objetivas y técnicas»; noti's que a la definició no hi apareix, almenys explícitament, la paraula intermediació o semblant que, en canvi, empra l'art. 3, lletra g Reglament 2022/2065, a fi de definir un tipus de serveis («intermediario»), del què les plataformes en línia en són una submodalitat. Vegeu, a propòsit del Reglament 2022/2065, vinculant la *pèrdua del rol d'intermediària* a la infracció de l'estatut jurídic de les dites plataformes, MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia, «Algunos aspectos del estatuto jurídico de las plataformas intermediarias de comercialización con consumidores», *La Ley Mercantil*, 122, 2025, p. 18.

²⁰ Dels art. 261-1, lletra f i 262-8 CcoCat es desprèn que els serveis d'assessorament són serveis *distints* dels d'intermediació, que es poden afegir a les activitats que presta un intermediari.

2.2.2. La manera d'entomar les activitats d'intermediació

El «per compte d'altri» de l'art. 231-1 CcoCat només dona explicació del perquè s'intermedia (així: perquè hi ha qui ho ha encarregat) però no revela la manera d'executar l'encàrrec, és a dir, en *interès* i en *nom* de qui cal o es pot actuar. Val a dir que, en la dita execució, d'alguna manera sempre hi serà present l'interès *propi* de l'intermediari consistent en complir degudament l'encàrrec que se li ha fet i, de retruc, en no posar en perill l'exigibilitat de la remuneració acordada. Per la seva banda, els art. 262-1 i 262-8, lletra *d* CcoCat contempnen i imposen, de manera expressa, la prestació del servei d'intermediació o, si escau, d'assessorament «en el millor interès» de la persona consumidora. Però aquest interès, en aquells supòsits en els qui encarrega la intermediació és l'empresari, necessàriament concorrerà amb el d'aquest, que és per compte de qui s'actua²¹.

Pel que fa només a l'intermediari de crèdit, ja s'ha dit que l'art. 261-1, lletra *c* CcoCat només es refereix a la seva actuació «en nom del prestador» a propòsit de la subscripció del contracte de crèdit. La menció suggereix alguns comentaris.

El primer just es fixa en el supòsit de l'art. 261-1, lletra *c*, 3r CcoCat i en els efectes de l'actuació feta en nom aliè; aquesta eficàcia, com és sabut, s'expressa en termes de vinculació entre el consumidor i aquell en nom de qui hagi actuat l'intermediari (si és que aquest darrer, és clar, disposava, en atorgar el contracte, de legitimació suficient per concloure'l tal com ho va fer [arg. art. 622-21.2 CCCat]). Sembla que el fet que l'art. 261-1, lletra *c* CcoCat només tingui present l'actuació en nom aliè a propòsit d'una sola de les activitats previstes, no exclou que l'intermediari en pugui fer *altres* de la mateixa manera (*vgr*, oferir el contracte de crèdit [art. 261-1, lletra *c*, 1r CcoCat]). El supòsit, en una situació límit en la qual s'hagués legitimat l'intermediari per a fer-ho *tot* en nom aliè i en què, efectivament, *tot* s'hagués fet exercint

²¹ Vegeu, a propòsit de l'obligació del mandatari d'actuar «per compte» del mandant i, d'aquí, que del contracte en derivi una relació constituïda en *interès* d'aquest últim (art. 622-21 CCCat), FERRER RIBA, Josep, «Comentari art. 622-21», a EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER RIBA, Josep (dir), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 623.

aquesta legitimació, permetria plantejar si hi hauria, així i tot, relació de consum entre l'intermediari i el consumidor²²; en concret, el dubte rauria a saber si l'actuació de l'intermediari, *exclusivament* feta en nom d'aliè, ho hauria desviat *tot*, i a tots els efectes (àdhuc l'existència de relació de consum i la identificació dels subjectes entre els quals s'hauria establert) *cap al domini negotii*. La qüestió mateixa, però, probablement parteix d'una petició de principi, que és que totes les actuacions descrites als art. 231-1 i 261-1, lletra *c* CcoCat tenen rellevància jurídica o, directament, que són *jurídiques* i, d'aquí, que potencialment poden executar-se *en nom d'altri*. En aquest sentit, n'hi hauria d'haver prou per a confirmar-ne el dit caràcter la mateixa rúbrica del Títol III llibre segon CcoCat, que és justament: «[r]elacions de consum per mitjà d'intermediaris»; doncs bé: aquella rellevància, com a mínim, obeeix al fet d'establir-se, sigui quina sigui l'activitat desenvolupada per l'intermediari d'entre les previstes a l'art. 231-1 CcoCat, una relació (jurídica) de consum que, com a tal, resta subjecta al previst al CcoCat.

Doncs bé, si s'admet que l'actuació de l'intermediari *íntegrament* executada *en nom aliè* impedeix l'establiment d'una relació de consum entre el dit representant i el consumidor, aleshores caldria forçosament matisar l'art. 211-2, lletra *m* CcoCat a fi d'exceptuar-ne, com a mínim, aquest cas. Però, en canvi, que precisament l'art. 211-2, lletra *m* CcoCat no exceptuï res es podria ben interpretar com a indicatiu de just el contrari: del fet que l'existència d'una relació de consum no depèn ni

²² Vegeu art. 21 Real Decret 84/2015, de 13 de febrer, pel que es desenvolupa la Llei 10/2014, de 26 de juny, d'ordenació, supervisió i solvències de les entitats de crèdit. El precepte tipifica els «[a]gentes de las entidades de crédito» com aquells que han rebut poders «para actuar habitualmente frente a la clientela, en nombre y por cuenta de la entidad mandante, en la negociación y formalización de operaciones típicas de la actividad de una entidad de crédito». L'àmbit de la possible actuació en nom d'altri és amplíssima, quasi omnicomprendiva («en la *negociación y formalización de operaciones típicas de la actividad de una entidad de crédito*» -la cursiva és nostra-). Vegeu, pel que fa al supòsit, BORRALLO FERNÁNDEZ, Cristina; MONSERRAT VALENTÍ, Pau A., «Intermediarios de crédito inmobiliario, sus representantes designados y prestamistas inmobiliarios», a LÓPEZ JIMÉNEZ, José M^a, *Comentarios a la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 452; els autors neguen que l'agent, que tipifiquen com a representant de l'entitat, presti serveis d'intermediació.

es veu afectada per l'*en nom de qui actua* aquell que professionalment és un *intermediari*; aquesta darrera lectura implica tant com impermeabilitzar la relació de consum que, estàticament, hi seria tan bon punt s'establís una relació entre l'intermediari professional i el consumidor i que, dinàmicament, no es veuria esquitxada ni per la tipologia de les actuacions fetes per l'intermediari, ni per la manera d'entomar-les, ni, en cas de fer-ho en nom aliè, per la vinculació i altres efectes que derivessin de tot plegat (així: una eventual [segona] relació de consum) de cara el representat. Es pot afegir que el règim dels art. 261-1 CcoCat i seg. (en especial, pel que fa a la imposició d'obligacions o deures a l'intermediari [vegeu, *vgr.*, art. 262-1 i 262-2 CcoCat]) no fa distinció segons si actua o no en nom del prestador.

Les observacions anteriors poden portar-se també a l'art. 231-1 CcoCat; la norma no indica, a propòsit de les activitats d'intermediació (i, en particular, de la consistent a formalitzar el contracte [art. 231-1, lletra *c* CcoCat]), en nom de qui *s'han o es poden* dur a terme. Això remet a les regles generals sobre el particular, que menen cap a l'actuació en nom propi, en nom aliè o, en el context de l'art. 231-1 CcoCat, cap a l'actuació *simpliciter*, és a dir, fent valer només la condició o qualitat d'intermediari. D'aquesta manera, doncs, no escau fer aquí una lectura a contrari de l'art. 261-1, lletra *c*, 3r CcoCat en la línia de defensar que, quan s'ha volgut, bé que s'ha previst expressament la possibilitat d'actuar en nom aliè, de manera que el silenci l'art. 231-1 CcoCat justificaria defensar que, en altres casos, aquesta opció no hi és. No es creu que una interpretació semblant pugui reeixir. I hi ha diverses raons per a descartar-la. La primera és que l'«en nom del prestador» de l'art. 261-1, lletra *c*, 3er CcoCat obeeix, més aviat, *només* a la incorporació literal de l'art. 4.5, lletra *c* Directiva 2017/14, essent massa forçat deduir la voluntat de vetar l'actuació en nom aliè en altres casos del fet de no modificar-se al mateix temps l'art. 231-1, lletra *c* CcoCat a fi de contemplar-hi la mateixa possibilitat. La segona és que, en aplicació de les regles generals, *tota actuació*, tret que sigui personalíssima, pot realitzar-se en nom propi o a través d'un representant, sense que, a aquests efectes, calgui que la norma relativa a l'acte expressament ho permeti o se'n faci ressò.

La qüestió següent convida a qualificar el *contracte* en què, a l'encàrrec consistent a realitzar alguna o totes les activitats llistades als art. 231-1 o 261-1, lletra *c* CcoCat, s'hi suma la legitimació per a

fer-ho *en nom* de qui encarrega el servei. Noti's, novament, que ni un precepte ni l'altre s'ocupen del negoci que vincula l'intermediari i qui se'n serveix; la finalitat és ben bé una altra: tipificar la categoria d'intermediari i vincular-la, diguem-ho així, a un determinat règim jurídic. Des d'aquesta perspectiva, es tractarà d'un mandat o no en funció de si concorren al cas els elements dels quals fa ús l'art. 622-1 CCCat a fi de tipificar aquest contracte; així, pressuposada la voluntat comuna de vincular-se contractualment, es tractarà d'un mandat si l'intermediari «s'obliga a gestionar en nom i per compte del mandant, els afers jurídics que aquest li encarrega» (art. 622-1 CCCat).²³ Ja s'ha raonat la *juridicitat* de l'encàrrec o, en qualsevol cas, de les actuacions descrites als art. 231-1 i 261-1, lletra c CcoCat i caldrà valorar cas per cas si hi ha, a més, no sols legitimació per actuar en nom de qui fa l'encàrrec, sinó obligació d'executar-lo en nom seu.²⁴ Si aquestes circumstàncies es donen, aleshores a l'aplicació de les regles dels art. 622-1 i seg. CCCat caldrà sumar-hi les del CcoCat en aquells casos en els quals l'activitat de l'intermediari, en execució de l'encàrrec, s'adreça a persones consumidores²⁵.

La manca de legitimació per actuar en nom aliè²⁶ (o, tot i ser-hi, la seva manca d'exercici) mena cap a l'actuació en nom propi que, atesa la professionalitat de l'intermediari, fa del tot inqüestionable la relació de consum que s'estableix entre ell i el consumidor a qui adreça la seva

²³ Els art. 231-1 i 261-1, lletra c CcoCat exigeixen onerositat; l'art. 622-24.1 CCCat sotmet la causa onerosa a les regles generals en matèria de càrrega de la prova.

²⁴ Vegeu, excloent d'entrada els serveis d'intermediació de l'àmbit del mandat, FERRER RIBA, Josep, *ob. cit.*, p. 629-630.

²⁵ Cal tenir en compte que la naturalesa mercantil dels contractes d'agència i de comissió mercantil determinarà que, en aquells casos en els que el contracte atorgat sigui d'un tipus o de l'altre, l'aplicació de les regles del contracte de mandat només tindrà entrada per la via de l'aplicació del CCCat com a dret comú a Catalunya (art. 111-4 CCCat; art. 248 i seg. Codi de comerç i Llei 12/1992, de 27 de maig, de contracte d'agència).

²⁶ Vegeu FERRER RIBA, Josep, *ob. cit.*, p. 626-627. L'autor no exclou que el contracte subjacent en sigui un de mandat amb exclusió pactada de l'obligació d'actuar en nom del mandant. Quant a l'atipicitat, al dret català, del mandat no representatiu, DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, «El contracte de mandat en el Codi civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, volum 18, 2018, p. 13-14.

activitat²⁷. En actuar, però, l'intermediari pot senzillament presentar-se *com a tal*, és a dir, *simpliciter* o fent valer només la condició d'intermediari, sense explicitar en nom de qui actua. Es miri com es miri, no hi ha *contemplatio domini* tal vegada que ni hi ha actuació en nom d'un altre, ni se'n revela la seva identitat a fi que el consumidor pugui considerar-la o *contemplar-la*. Es tracta d'una manera de fer de la que només trasllueix que s'està gestionant un afer aliè, res més. Des de la perspectiva de la contractació amb persones consumidores, aquest tipus de situacions, més que crear una *aparença* fonamentada, raonable i protegible d'estar actuant en nom propi, el que probablement propicien és que el consumidor pugui patir certa *confusió* quant a qui és *l'altra part* amb qui està negociant o contractant. Però al marge

²⁷ Però, com *encaixa* l'actuació a nom propi en casos, *vgr.*, com els de l'art. 231-1, lletres *a* i *c* CcoCat? Cal distingir. Pel que fa al supòsit previst a l'art. 231-1, lletra *a* CcoCat, l'expressió legal permet entendre que les activitats que s'hi preveuen (presentar o oferir al consumidor la possibilitat de contractar) es poden fer *en nom propi* sense convertir a qui les fa en *oferent*; la conducta descrita consistiria en presentar en nom propi l'oferta feta per algú altre; aquesta interpretació, però, no exclouria el supòsit (que seria distint) d'oferta feta per l'intermediari en nom propi. Pel que fa a l'art. 231-1, lletra *c* CcoCat, si la *formalització* equival a la conclusió del negoci, aleshores l'actuació de l'intermediari en nom propi el vincularà com a part contractant. Tractant-se d'una oferta o d'un contracte relatiu a béns o serveis prestats pel tercer que ha encarregat la intermediació, es plantejaria si l'estricta relativitat contractual decauria en els termes de l'art. 1717 CCE i, en concret, generant-se accions entre el consumidor (davant de qui l'intermediari hauria actuat en nom propi) i aquell tercer (cfr. art. 246 Codi de comerç). Hi ha dues raons que recolzarien l'aplicació de l'art. 1717 CCE en aquests casos. La primera parteix d'entendre que el dit precepte, més que una norma pròpia del contracte de mandat, és una regla relativa a la manera d'actuar i, en concret, a la representació voluntària en supòsits en els que s'hi veuen implicades «cosas propias del mandante» (art. 1717 CCE); en aquest context, a manca de règim català sobre el particular, seria possible aplicar el dit precepte com a dret supletori (FERRER RIBA, Josep, *ob. cit.*, p. 626 i 627). La segona la suggereix l'art. 621-25 CCCat. El precepte estableix en quins termes *vinculen* al venedor les manifestacions fetes per un tercer (en el sentit que ajuden a conformar l'obligació, *exclusivament a càrrec de qui ven*, de lliurar un bé *conforme* al contracte). A l'art. 621-25.1 CCCat (que és la regla més general possible [atès que l'apartat segon regeix només per a la compravenda de consum]), basta que el tercer hagi actuat *per compte del venedor* a fi que aquest darrer respongui de la manca de conformitat del producte arran les manifestacions públiques fetes pel dit tercer. La norma *no* exigeix una actuació *en nom del venedor*; n'hi ha prou amb una actuació *per compte seu* que, per tant, pot fer-se tant en nom del venedor com en nom de la persona legitimada; sigui com sigui, l'actuació genera efectes directes per qui ven.

de l'incompliment dels deures de l'art. 231-4.1 CcoCat, relatiu a les «[o]bligacions» de l'intermediari, i de les conseqüències civils que se'n derivin, la qüestió pendent és *a qui vincula* el contracte atorgat d'aquesta manera. En aquest punt, convé considerar: que no és incompatible gestionar un afer aliè en nom propi; que no és inherent ni tipificador apoderar l'intermediari²⁸ i que, en fi, si hom no revela que actua en nom d'un altre, cal entendre, per la mateixa naturalesa i *normalitat* de les coses, que s'actua en nom propi. És per tot plegat que convindria concloure que l'intermediari resta vinculat per l'actuació jurídica feta *com a tal, com a intermediari*.

2.3. Les regles de responsabilitat

L'art. 231-5 CcoCat, rubricat «[r]esponsabilitat» enclou dues normes. La primera fa referència a la responsabilitat de l'intermediari²⁹; la segona, a la de l'empresari que va encarregar la intermediació.

²⁸ Noti's que no hi ha, al CCCat, una norma com la de l'art. 1725 CCE, que porta a les seves darreres (i excepcionals) conseqüències la configuració del contracte de mandat com a font de legitimació per actuar en nom aliè. Al precepte, basta l'actuació *com a mandatari* («que obre en concepto de tal») per a vincular el mandant (o, dit altrament, el mandatari «no es responsable personalmente a la parte con quien contrata»). Sigui com sigui que es plantegi si, al dret català, regeix (supletòriament?) una regla com aquesta (ja que -es pot argumentar- més que pròpia del contracte de mandat, és una regla relativa a la manera d'actuar del representant i, sobre el particular, el dret català encara no s'ha pronunciat [vegeu *supra* nota 26]), el que escau és advertir que la posició d'intermediari, tal i com es descriu i tipifica al CcoCat, no enclou, ni incorpora, ni permet entendre incorporat un poder de representació; d'aquí que no escaigui, sense més, traslladar-hi la regla de l'art. 1725 CCE.

²⁹ Vegeu art. 55.7 Llei 18/2007, que imposa als agents immobiliaris el deure de verificar les dades facilitades pels venedors i les dades registrals de l'immoble, però sense associar-hi, en cas d'incompliment, un règim (privat) de responsabilitat. Per la seva banda, l'art. 18.5 Llei 18/2017 imposa a l'empresa subhastadora el deure de verificar «la legítima procedència» dels béns; la naturalesa administrativa de la norma explica que, en cas d'incompliment, es pugui activar el règim sancionador. Vegeu art. 61.2 Llei 7/1996, de 15 de gener, del Comerç Minorista, que proclama la responsabilitat solidària del subhastador i del titular del bé «por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, cuando —el subastador— hubiese incumplido las obligaciones de información que le impone el artículo 58 de la presente ley».

L'art. 231-5.1 CcoCat proclama la responsabilitat de l'intermediari «per la manca de formalització del contracte si aquesta deriva de l'incompliment, per qualsevol causa o motiu, de llurs obligacions d'informació o assessorament». Noti's que la norma no indica qui pot fer valer aquesta responsabilitat³⁰, que és objectiva («per qualsevol causa o motiu») i limitada; això últim obeeix al fet que la seva exigibilitat es reserva al cas de manca de formalització del contracte causalment vinculada a l'incompliment d'algunes de les obligacions *legalment* imposades a l'intermediari (art. 231-1 i 231-3 CcoCat). Els termes de la regla *no exclouen* que també li sigui exigible responsabilitat, d'acord amb les regles generals, en aquells casos en els quals, tot i formalitzar-se el contracte (eventualment anul·lable), l'intermediari ha incomplert les seves obligacions d'informació i assessorament o, sigui com sigui, amb la d'actuació diligent (art. 231-4.1 CcoCat).

L'art. 231-5.2 CcoCat declara la responsabilitat *solidària* de l'empresari que se serveix de la intermediació (*rectius*: que ha fet l'encàrrec consistent en intermediar) «als efectes del que estableix aquest codi». Dins d'aquests «efectes» hi ha la responsabilitat objectiva de l'art. 231-5.1 CcoCat, que, com s'ha dit, deriva de l'incompliment dels deures legals d'informació i assessorament imposats específicament a l'intermediari; però l'amplitud que evoca l'expressió de l'art. 231-5.1, al final, CcoCat hauria d'abastar qualsevol altre deure, informatiu i/o documental, precontractual o postcontractual (vgr. art. 123-3 i 123-4 CcoCat), que el CcoCat imposi al professional proveïdor que ha encomanat a l'intermediari la fase preparatòria del contracte o la mateixa conclusió del negoci. A l'art. 231-5.2 CcoCat, el legitimat actiu és el consumidor a qui l'intermediari ha adreçat la seva activitat i, sembla, que la finalitat última de la norma és preservar

³⁰ La responsabilitat exigible per qui hagi encarregat el servei s'haurà d'encarrilar atenent als termes i naturalesa del contracte atorgat i al tipus i contingut de l'activitat d'intermediació encomenada. En aquest sentit, pel cas de tractar-se d'un mandat, noti's que la regulació dels art. 622-21 i seg. CCCat no enclouen regles internes relatives al compliment o incompliment de les obligacions que pertoqueu, respectivament, al mandatari i al mandant. Tal vegada que, al CcoCat, les obligacions d'informació i assessorament es disposen legalment a fi de protegir el consumidor (que és a qui s'ha d'informar i assessorar degudament), tot fa pensar que l'art. 231-5.1 CcoCat contempla la responsabilitat *objectivada* que el dit consumidor pot exigir a l'intermediari.

expressament la responsabilitat de l'empresari quant a les obligacions que li són pròpies a fi que, en cas d'incompliment, no intenti excusar-se'n al·legant haver encomanat a un altre la comercialització dels seus productes.

3. Dret català i dret europeu en matèria de responsabilitat de les plataformes intermediàries per raó del contracte intermediat

A propòsit de les interaccions entre el dret català i l'europeu, només es volen fer tres observacions, que presenten una seqüència cronològica.

La primera se situa en el marc de la contractació a través de plataformes intermediàries i, en concret, de la seva eventual responsabilitat per raó del contracte finalment atorgat; en aquest particular, cal fer notar que el dret català no disposa de cap regla que, en unes o altres circumstàncies, imposi a les dites plataformes la responsabilitat exigible al venedor o subministrador en cas de manca de conformitat del producte contractat. Aquesta possibilitat *interna* la contemplen, de forma totalment sobrerera i innecessària, els Atesos 23r i 18è de les Directives 2019/771 i 2019/770, respectivament, només *aparentment* legitimadors de regles internes que contemplin aquella equiparació.³¹

³¹ Directiva 2019/770, del Parlament europeu i del Consell, de 19 de maig, relativa a determinats aspectes dels contractes de subministrament de continguts i serveis digitals i Directiva 2019/771, del Parlament europeu i del Consell, també de 19 de maig, relativa a determinats aspectes del contracte de compravenda de béns. Com és sabut, els legisladors interns són lliures a l'hora d'ampliar els àmbits subjectiu i/o objectiu de les regles que obeeixen a la incorporació d'una directiva, encara que sigui de protecció plena. La raó és que es tracta de supòsits situats al marge de l'àmbit d'aplicació de la directiva i sobre els que, per tant, no es pot pretendre cap tipus d'uniformització. Des d'aquesta perspectiva, aquells Atesos no legitimen a fer res que el legislador català no pogués fer.

La segona va a remolc de la manca de transposició per part del legislador català de la Directiva 2011/83, del Parlament Europeu i del Consell, de 25 d'octubre, sobre els drets dels consumidors³²; aquesta manca d'incorporació explica que, de retruc, el dret català tampoc contempli allò previst a l'art. 6 *bis* d'aquell text³³; el precepte imposa als mercats en línia determinats requisits informatius a propòsit de la contractació a distància amb consumidors, tot i que, tal com sovinteja a l'ordenament europeu, l'efectivitat d'aquests deures precontractuals no s'acaba de travar del tot, ja que no se n'expliciten les conseqüències pel cas de contravenció³⁴.

La darrera referència cal fer-la al Reglament 2022/2065³⁵ que, atesa la seva naturalesa normativa, és plenament i directament aplicable a Catalunya. Com és sabut, l'art. 6 d'aquest text preveu una exempció de responsabilitat de les plataformes pels continguts il·lícits allotjats per qui ha fet ús del servei i n'assenyala determinades excepcions (basades, respectivament, en el «control» o «autoridad» exercit pel prestador sobre el destinatari del servei [art. 6.2 Reglament 2022/2065] o *per l'aparença*, a ulls del consumidor, de contractació directa amb la mateixa plataforma [o d'actuació, per part d'aquesta, en nom propi] o de contractació amb un destinatari del servei sotmès a la «autoridad o control» de la dita plataforma» [art. 6.3 Reglament 2022/2065]); ara bé, ni una cosa ni l'altra (ni la regla general ni les excepcions) impliquen *atribuir* responsabilitat al prestador del «servicio intermediario»

³² Cal entendre quant als aspectes o dimensió *privada* de la regulació que s'hi conté. Vegeu, quant a la dimensió pública, art. 14.2 Llei 18/2017.

³³ El precepte es va introduir per mitjà de la Directiva 2161/2019, del Parlament europeu i del Consell, de 27 de novembre, sobre la millora de les normes de protecció dels consumidors.

³⁴ El dret català és vistentment no conforme a l'europeu en aquest particular (vegeu, per a la contractació a distància, art. 222-1 i seg. CcoCat). Quant a la no possibilitat, en aquests casos, d'aplicar el dret estatal com a supletori (en concret, art. 97 *bis* Text Refós de la Llei General per a la Defensa de Consumidors i Usuaris) ja que el supòsit no és de *manca de dret català* sinó, contràriament, d'existència de *dret català, vigent i aplicable, tot i que no conforme a l'europeu*, vegeu ARNAU RAVENTÓS, Lídia, «La conformitat del dret català al dret europeu en matèria de contractació amb consumidors: els efectes en cas de dret no conforme», *Revista Catalana de Dret Privat*, núm. 22, 2020, p. 107-146.

³⁵ Vegeu *supra* nota 20.

(art. 3, lletra g Reglament 2022/2065), tal com expressament aclareix l'Atès 17è Reglament 2022/2065; l'art. 6 Reglament 2022/2065, i les distintes regles que conté, només pressuposen i tenen sentit si aquesta responsabilitat hi és, tot i que declarar-la o imposar-la pertoca o bé a qualsevol altra norma europea (s'entén, diferent del mateix Reglament) o bé al dret intern. I, aquí, el dret català, si vol, té camp per recórrer^{36 37}.

Bibliografia

ANDREAVA ANDREAVA, Vésele, «La apariencia de profesionalidad y la determinación de la competencia judicial internacional en los contratos de consumo», *La Ley Unión Europea*, núm. 115, 2023.

ARNAU RAVENTÓS, Lúdia, «El dret català i els contractes atorgats a distància i fora d'establiment mercantil amb consumidors», *Revista jurídica de Catalunya*, núm. 2, 2022, p. 337-372.

ARNAU RAVENTÓS, Lúdia (coord.), *Dret català de consum*, Atelier, Barcelona, 2025, p. 24-27, 34-37 i 93-116 [accessible: <https://atelieropenaccess.com/products/dret-catala-de-consum>].

BECH SERRAT, Josep Maria, «La influencia predominante de las plataformas en línea y la responsabilidad contractual por los bienes y servicios subyacentes», *Indret*, 2/2024, p. 45-101.

BORRALLÓ FERNÁNDEZ, Cristina; MONSERRAT VALENTÍ, Pau A., «Intermediarios de crédito inmobiliario, sus representantes designados y

³⁶ Vegeu OLIVEIRA MARTINS, M.I., «Liability of Online Marketplace Providers for Non-conformity», *EuCML*, vol. 13, 2024, p. 72 i 77. L'autora és del parer que l'art. 6.3 Reglament 2022/2065 no modifica ni redueix en res la llibertat reconeguda a l'Atès 23r Directiva 2019/771 quant a l'abast de les regles internes d'incorporació d'aquest text. Des d'aquesta perspectiva, si una norma interna arriba a proclamar la dita responsabilitat, els prestadors a què es refereix l'art. 6 Reglament 2022/2065 podrien fer ús de l'exempció de l'art. 6.1, tret que es provés el control o autoritat exercits (art. 6.2) o la seva aparença (art. 6.3), o l'aparença de contractació directa (art. 6.3).

³⁷ Vegeu art. 312-5.5 i 334-1.4 CcoCat, quant a la responsabilitat de tot intermediari pel que fa a conductes alienes infractores en matèria de trastorns alimentaris.

prestamistas inmobiliarios», a LÓPEZ JIMÉNEZ, José M^a, *Comentarios a la Ley reguladora de los contratos de crédito inmobiliario*, Wolters Kluwer, Madrid, 2019, p. 435-488.

CUARTERO RUBIO, M^a Victoria, «El TJUE vuelve sobre la competencia judicial internacional en materia de contratos celebrados por los consumidores», *Centro de Estudios de Consumo*, 13.3.2023 (accessible a: https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/El_TJUE_vuelve_sobre_la_competencia_judicial_internacional.pdf)

DE VRIES, Anne, «Liability of independent intermediaries in EU Consumer Law», *Tilburg Private Law*, Working Paper, núm. 2/2019.

FERRER RIBA, Josep, «Comentari art. 622-21», a EGEA I FERNÁNDEZ, Joan; FERRER RIBA, Josep (dir), *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, 2021, p. 620-632.

DEL POZO CARRASCOSA, Pedro, «El contracte de mandat en el Codi civil de Catalunya», *Revista Catalana de Dret Privat*, volum 18, 2018, p. 11-45.

MÁRQUEZ LOBILLO, Patricia, «Algunos aspectos del estatuto jurídico de las plataformas intermediarias de comercialización con consumidores», *La Ley Mercantil*, núm.122, 2025.

PALOMINO MORALED A, Helena, «Los intermediarios en la nueva Directiva de crédito al consumo», https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Los_intermediarios_en_la_nueva_directiva_de_credito_al_consumo.pdf

VALPUESTA GUSTAMINZA, Eduardo, «Las plataformas creadoras de mercado como «falsas plataformas intermediarias» y responsables de los productos y servicios que ofrecen», *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1/2025, p. 703-733.

Las consecuencias del cambio climático en el disfrute y protección de los derechos humanos fundamentales. La posición del Tribunal de Estrasburgo

Vitulia Ivone

Universidad de Salerno (Italia)

Sumario

1. Premisa
2. El camino del TEDH
3. Los casos del 2024
4. La situación italiana
5. (Algunas) conclusiones

1. Premisa

Los litigios climáticos representan un área emergente de protección de los derechos humanos, donde las cuestiones del cambio climático se entrelazan con las garantías fundamentales proporcionadas por los tratados internacionales.¹ En este contexto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (CEDH), así como otras jurisdicciones internacionales, han presenciado un número cada vez mayor de casos que plantean preocupaciones sobre los impactos del cambio climático en los derechos humanos. El principal desafío de estas causas reside en la difícil conciliación entre la urgencia de combatir el calentamiento global y el respeto de las normas internacionales sobre derechos individuales. El derecho a un medio ambiente sano, aunque no está consagrado explícitamente en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, ha sido progresivamente reconocido como implícito en derechos fundamentales como el derecho a la vida (art. 2) y el derecho a la privacidad (art. 8).

En las últimas décadas, la cuestión del cambio climático ha adquirido creciente relevancia global, no solamente como un desafío ambiental, sino también como una emergencia social y humanitaria.²

Los efectos del cambio climático, incluidos el aumento de las temperaturas, el aumento del nivel del mar y la mayor frecuencia de fenómenos meteorológicos extremos, están teniendo repercusiones directas e indirectas en los derechos fundamentales de las personas.

Por esta razón, el vínculo entre el cambio climático y los derechos humanos está cada vez más en el centro de la atención de los tribunales internacionales, incluido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

¹ B. Pozzo, *La climate change litigation in prospettiva comparatistica*, in RGA, 2, 2021, p.271-318; A. Pisanò, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2022.

² K. HORNE, MARIA A. TIGRE y Michael B. GERRARD, “*Status Report on Principles of International and Human Rights Law Relevant to Climate Change*», Sabin Center for Climate Change Law, Columbia Law School (2023). Available at: https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/3924

Aunque la Convención fue redactada mucho antes de que las cuestiones ambientales se convirtieran en una preocupación mundial, los jueces de la Corte han reconocido gradualmente que la crisis climática podría amenazar algunos de los derechos fundamentales protegidos por la propia Convención.

Los derechos en cuestión incluyen el derecho a la vida (artículo 2), el derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8) y el derecho a un juicio justo en relación con la protección del medio ambiente (artículo 6).

En particular, el enfoque del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido el de interpretar los derechos consagrados en la Convención de manera dinámica y en consonancia con los desafíos contemporáneos³.

³ L. VIOLINI, G. FORMICI, *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente: riforme costituzionali e interventi della giurisprudenza*, in P. PANTALONE (a cura di), *Doveri intergenerazionali e tutela dell'ambiente. Sviluppo, sfide e prospettive per Stati, imprese e individui*, STEM Mucchi Editore, Modena, 2021, in particolare p. 42 ss.; A. PISANÒ, *Il diritto al clima. Il ruolo dei diritti nei contenziosi climatici europei*, cit., p.261 ss.; R. MONTALDO, *La neutralità climatica e la libertà di futuro* (BVerfG, 24 marzo 2021), in *Diritti Comparati*, 1 luglio 2021; L. BARTOLUCCI, *Il più recente cammino delle generazioni future nel diritto costituzionale*, in *Osservatorio AIC*, 4, 2021, in particolare p.222 ss.; L.M. TONELLI, *La sentenza del 24 marzo 2021 del Bundesverfassungsgericht sul cambiamento climatico e la riforma dell'art. 9 Cost. in Italia: profili di convergenza tra l'ordinamento costituzionale tedesco e quello italiano*, in *diritti-cedu.unipg.it*, 13 dicembre 2022; M.F. CAVALCANTI, *Fonti del diritto e cambiamento climatico: il ruolo dei dati tecnico-scientifici nella giustizia climatica in Europa*, in *DPCE Online*, Sp, p.340; S. BALDIN, P. VIOLA, *L'obbligazione climatica nelle aule giudiziarie. Teorie ed elementi determinanti di giustizia climatica*, in *DPCE*, 3, 2021, p.622-623; F. GALLARATI, *Generazioni a processo: modelli teorici di responsabilità intergenerazionale alla prova del contenzioso climatico*, in *BioLaw Journal*, 2, 2023, p.173-175; M. PIGNATARO, *Il dovere di protezione del clima e i diritti delle generazioni future in una storica decisione tedesca*, in *EuBlog.eu*, 17 maggio 2021.

2. El camino del TEDH

Desde la década de 1970 ha habido numerosos acuerdos internacionales destinados a establecer una protección multinivel de los derechos fundamentales y preservar los intereses de la comunidad y de las generaciones futuras frente a fenómenos generalizados de contaminación y calentamiento global.

Sin embargo, los resultados obtenidos todavía no son satisfactorios y las iniciativas de los legisladores nacionales y supranacionales han traicionado las expectativas.

Esta insuficiencia de las respuestas estatales al fenómeno del cambio climático ha llevado a la aparición, a nivel transnacional, de un movimiento espontáneo de ciudadanos y asociaciones, ahora conocido como «litigio sobre el cambio climático» y que ha dado lugar al establecimiento de disputas encaminadas a obtener compensaciones, protecciones y mandatos judiciales tanto contra los estados como contra individuos y empresas privadas⁴.

Por lo tanto, se ha observado que el calentamiento global puede afectar significativamente la protección de los derechos fundamentales de las personas.

Dado que el cambio climático es «el mayor desafío para los derechos humanos del siglo XXI», hay que afirmar que es probable que tenga un impacto significativo en la protección de los derechos fundamentales consagrados en las Cartas Constitucionales y en los principales convenios internacionales.

El intérprete, llamado a identificar la protección más adecuada del derecho a un clima equilibrado, puede partir de la abundante jurisprudencia en materia de salud ambiental, que ha encontrado reconocimiento tanto en los convenios internacionales como en la jurisprudencia de los tribunales constitucionales y europeos. En particular, parece apropiado volver sobre los rasgos salientes de la constante orientación jurisprudencial formada en el seno del Tribunal de Estrasburgo, que devuelve la protección del medio ambiente al

⁴ E. BRUTI LIBERATI, *Transizione energetica e politiche pubbliche*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 6, 2024, p.745.

prisma de la protección de los derechos humanos fundamentales reconocidos por el CEDH.

La Corte ha emitido sentencias importantes que establecen la responsabilidad de los Estados de adoptar medidas concretas para proteger a los ciudadanos de los efectos nocivos del cambio climático. Estas responsabilidades incluyen tanto la obligación de informar adecuadamente a la población sobre los riesgos ambientales como la adopción de acciones preventivas para reducir el impacto de las crisis ecológicas en la vida y el bienestar de las personas.

Un punto central de las controversias tratadas por la Corte es el concepto de «debida diligencia».⁵ Según esta doctrina, los Estados tienen la obligación de hacer todos los esfuerzos razonables para prevenir las violaciones de derechos humanos causadas por el cambio climático.

La Corte estableció que los gobiernos deben participar activamente en la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero y en la adopción de políticas de adaptación climática, con el fin de proteger

⁵ La debida diligencia ha ganado importancia en el derecho interamericano de derechos humanos y se ha convertido en un importante estándar para garantizar que los Estados cumplan con sus obligaciones convencionales de defender y proteger los derechos humanos. El propósito de este análisis es aclarar un concepto destinado a proporcionar estándares precisos y consistentes a nivel interamericano para ayudar a los Estados a cumplir con sus responsabilidades en la prevención, investigación y castigo de VIOLACIONES de derechos humanos. La falta de normas uniformes en el derecho internacional de los derechos humanos genera una situación de inseguridad jurídica, y dificulta la comprensión e implementación del alcance de estas obligaciones. Sobre esta base, el propósito del presente trabajo es definir el deber de cuidado a través de un análisis comparativo y sistemático de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y otros similares, aplicando un enfoque analítico y dogmático. Este artículo considera la relevancia y el potencial de armonizar estándares para mejorar la seguridad jurídica en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Se considerarán las implicaciones prácticas y regulatorias para los Estados, y se considerarán definiciones precisas que permitan reducir las incertidumbres jurídicas en la protección de los derechos humanos.

M. GARCÍA ELORRIO, *Algunas consideraciones en torno a la naturaleza y alcance de la noción de diligencia debida en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, RECORDIP, 2011, p.2.

la seguridad y la dignidad de los ciudadanos, especialmente de las categorías más vulnerables.

La creciente conciencia del vínculo entre la crisis climática y los derechos humanos también ha alentado a individuos y grupos a plantear causas colectivas, como las asociaciones que acusan a los Estados de «inacción climática», argumentando que esto representa una amenaza para las generaciones presentes y futuras. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, al conocer estos casos, se encuentra definiendo los límites y responsabilidades de los Estados en materia de protección del medio ambiente, buscando un equilibrio entre los intereses económicos, las necesidades sociales y la protección de los derechos humanos. De ahí la consideración de que el papel del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el cambio climático y los derechos humanos se ha vuelto fundamental en el panorama jurídico europeo. Sus sentencias y decisiones ayudan a delinear un marco de responsabilidad para los Estados miembros, exigiendo la adopción de medidas concretas para proteger el bienestar de las personas y preservar el medio ambiente para las generaciones futuras.

A pesar de la ausencia en el Convenio de una disposición que reconozca expresamente el derecho de las personas a un medio ambiente sano, los jueces europeos han tomado medidas para colmar este «vacío» a través del llamado mecanismo «par ricochet», y en particular a través de una interpretación evolutiva del derecho al respeto de la vida privada y familiar consagrado en el art. 8 CEDH⁶.

Con el caso *López Ostra*,⁷ los jueces destacaron cómo «una contaminación ambiental grave puede afectar al bienestar de las personas», confirmando que la contaminación ambiental tiene un carácter «multiofensivo», poniendo en riesgo varios derechos convencionales, incluido el derecho a la vida (art. 2) y al respeto a la vida privada y familiar (art. 8) y potencialmente violando también la prohibición de tratos inhumanos y degradantes (art. 3). Además de este aspecto, un ambiente insalubre y contaminado provoca daños

⁶ https://ks.echr.coe.int/documents/37821/601057/Guide_Art_8_ITA.pdf

⁷ Corte EDU, *LÓPEZ OSTRA c. Spagna*, fallo n. 16798/90, 9 de diciembre de 1994, §51.

continuados en el tiempo, con efectos muy graves sobre la salud psicofísica de los individuos.

Desde la sentencia dictada en este caso, el Tribunal ha ido incluyendo progresivamente en el ámbito de aplicación de la disposición en cuestión —siguiendo algunas pautas del Tribunal de Casación y del Tribunal Constitucional italiano— también la protección de las personas perjudicadas contra los fenómenos de contaminación ambiental, condenando en varias ocasiones, entre otros Estados, propio a Italia⁸.

Un ejemplo de esta tendencia es, entre otras, la pronunciación sobre el caso Tătar⁹, mediante el cual el Tribunal Europeo, en virtud de una interpretación sistemática de los tratados internacionales y de la jurisprudencia de los tribunales supranacionales ha reconocido expresamente, entre las posiciones subjetivas amparadas por el art. 8 de la Convención, también el derecho a disfrutar de un medio ambiente sano.

En 2018, el Tribunal de Apelación de La Haya¹⁰ - en el caso *The State of the Netherlands (Ministry of Infrastructure and the Environment) vs. Urgenda Foundation* - confirmó la sentencia anterior del Tribunal de Distrito de 24 de junio de 2015, que condenó al Estado neerlandés por violación de los artículos 15 y 16 del Tratado CE. 2 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) por no establecer objetivos de reducción de las

⁸ M. DELSIGNORE, *Il contenzioso climatico dal 2015 ad oggi*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2022, p.265 e segg., p.267; S. LAZZARI, *Il contenzioso climatico e le generazioni future*, in *www.treccani.it*, 12 de mayo de 2023.

⁹ TEDH, Sez. III, 27 de enero de 2009, n. 67021: en materia de actividades peligrosas para el medio ambiente y la salud, las autoridades tienen el deber de regular los procedimientos de autorización, los requisitos organizativos y operativos, las medidas de seguridad y el control de las actividades empresariales, así como asegurar el acceso público a las conclusiones de las investigaciones y estudios realizados, garantizar la participación de los interesados en los procedimientos y prever la posibilidad de impugnar las decisiones públicas.

¹⁰ Tribunal de Apelación de La Haya, División Civil, en sentencia de 9 de octubre de 2018 (asunto n° 200.178.245/01). F. PASSARINI, *Ambiente. CEDU e cambiamento climatico, nella decisione della Corte Suprema dei Paesi Bassi nel caso Urgenda*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, Rivista quadrimestrale, 3/2020, p. 777-785.

emisiones de gases de efecto invernadero en consonancia con los objetivos internacionales, en relación con el período hasta 2020, y ordenó adoptar las medidas necesarias para alcanzar el umbral de reducción del 25 %, en comparación con los niveles de 1990, para finales de 2020.

La sentencia vincula de forma complementaria los objetivos internacionales en materia de lucha contra el cambio climático previstos por el ordenamiento jurídico internacional (Convención Marco sobre el Cambio Climático y Acuerdo de París) con las obligaciones del Estado en materia de derechos humanos, en particular las derivadas del CEDH. El fundamento de esta sentencia es el recurso interpuesto por la fundación Urgenda (que representa a 866 ciudadanos neerlandeses), según el cual la reducción mínima del 20 % de las emisiones totales de gases de efecto invernadero declarada por el gobierno neerlandés (el 21 % de los sectores pertenecientes al Sistema Europeo de Comercio (ETS) y el 16 % de los sectores no pertenecientes al ETS) no era suficiente para alinearse con los objetivos internacionales (reducciones del 40 % para 2030, del 80 % para 2050 y del 100 % para 2100) y, para cumplir con estos objetivos, era necesaria una reducción de emisiones de al menos el 25 % para 2020. Esta solicitud fue admitida en primera instancia por el Tribunal de Distrito y, en septiembre de 2015, el Ministerio de Infraestructura y Medio Ambiente neerlandés decidió apelar.

En cuanto a la legitimación del solicitante para interponer una acción de este tipo, el Código Civil holandés prevé que grupos de personas pueden emprender acciones colectivas demostrando un interés específico en el asunto y, como individuos sujetos a la jurisdicción del Estado, pueden invocar directamente la violación de artículos del CEDH que se reconocen como de efecto directo en el ordenamiento jurídico nacional.

La Corte ha considerado que Urgenda tenía interés suficiente, consistente en la amenaza real del cambio climático, hoy y en el futuro próximo. El hecho de que la fundación pretenda actuar también en interés de las generaciones futuras es irrelevante para la iniciación del procedimiento, pues, ciertamente, actúa para proteger los intereses

de la generación presente y, en particular, de las más jóvenes, dado el daño diferido que las acciones actuales están produciendo¹¹.

El Tribunal recuerda que el interés protegido por el art. 2 del CEDH incluye las situaciones ambientales que afectan o amenazan con afectar el derecho a la vida, mientras que el art. El artículo 8 del CEDH también puede aplicarse en relación con situaciones medioambientales si un acto o una omisión tiene un efecto adverso en la vida doméstica y/o privada de un ciudadano y si dicho efecto adverso ha alcanzado un cierto nivel mínimo de gravedad¹².

En virtud de estos artículos, el gobierno tiene obligaciones tanto positivas como negativas en relación con los intereses protegidos por estas disposiciones, incluida la obligación de adoptar medidas concretas para evitar una futura violación de ellas.

En relación con los artículos considerados, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha precisado que la protección de los artículos 2 y 8 no deben suponer una «carga imposible o desproporcionada» para el gobierno. Esta limitación general significa que el gobierno debe tomar medidas concretas razonables en caso de una amenaza real e inminente, que la autoridad pública conocía o debería haber conocido. En cuanto a la elección de las medidas a adoptar, el Estado goza de un amplio margen de apreciación.

En el presente caso, la Corte reconoció que: a) existe un vínculo directo entre las emisiones antropogénicas de gases de efecto invernadero y el calentamiento global; b) los gases de efecto invernadero emitidos alcanzan su pleno efecto de calentamiento únicamente después de 30 o 40 años; c) un aumento de la temperatura por encima de 2 °C provocará varios problemas concretos como, entre otros, el aumento del nivel del mar, períodos de calor más intensos y prolongados, un aumento de las enfermedades respiratorias debido al empeoramiento de la calidad del aire, sequías, un aumento de la propagación de enfermedades infecciosas, dificultades en la

¹¹ E.G. ASSANTI, *Il ruolo innovativo del contenzioso climatico tra legittimazione ad agire e separazione dei poteri dello Stato. Riflessioni a partire dal caso Urgenda*, in *Federalismi.it*, 14 luglio 2021.

¹² Véase LÓPEZ OSTRÁ c. España, GUERRA et al. c. Italia, ÖNERYILDIZ c. Turquía, BUDAYEVA et al. c. Rusia, FADEYEVA c. Rusia..

producción de alimentos y en el abastecimiento de agua potable y pérdida de biodiversidad. Además, el estado de las emisiones en los Países Bajos sigue siendo alto y, a nivel mundial, la concentración de CO₂ en la atmósfera ronda las 401 ppm (partes por millón), en comparación con el límite máximo permitido de 450 ppm (considerado el punto de inflexión más allá del cual no se pueden prever medidas de adaptación a corto plazo). De lo anterior, los magistrados consideraron oportuno calificar el cambio climático como una amenaza real e inmediata, toda vez que las acciones causantes del daño se están realizando en la actualidad, y conlleva el grave riesgo para la actual generación de ciudadanos de pérdida de vidas y/o grave vulneración del derecho a la vida familiar. Por tanto, el Estado tiene el deber de proteger a las personas bajo su jurisdicción frente a esa amenaza.

Destacamos también la sentencia Cordella¹³, donde la Corte reconoció un defecto en el derecho consagrado en el art. 8 CEDH cuando la persistencia de una situación de contaminación ambiental pueda poner en peligro la salud de los demandantes y, más en general, de toda la población que reside en las zonas de riesgo, hasta el punto de menoscabar su derecho al pleno disfrute de su vida privada y familiar.

¹³ Con la sentencia Cordella y otros v. Italia (24 de enero de 2019), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha intervenido en el caso de Ilva di Taranto, constatando una VIOLACIÓN del derecho a la vida privada (art. 8 CEDH) y del derecho a un recurso efectivo (art. 13 CEDH) de más de ciento sesenta personas que viven en los alrededores de las plantas de la conocida acería. Teniendo en cuenta por un lado la evidencia epidemiológica sobre la situación de salud de las poblaciones expuestas, por otro lado la llamada legislación. En el caso «Save-Ilva», emitido en 2012, el panel consideró por unanimidad que las autoridades italianas no han logrado identificar un equilibrio razonable entre el interés de los individuos en el «bienestar» y la «calidad de vida» y el de la sociedad en general en la continuidad de la producción. La sentencia ofrece una nueva perspectiva sobre el antiguo problema de los daños a la salud derivados de la exposición a sustancias tóxicas, identificando la responsabilidad del Estado en una materia que hasta ahora (al menos en Italia) ha sido mayoritariamente prerrogativa de los procedimientos penales iniciados contra directivos de empresas privadas. Al mismo tiempo, las sentencias del Tribunal Europeo alimentan la evolución «verde» de los derechos fundamentales consagrados en la Convención, suscitando nuevas cuestiones y problemas exegéticos con repercusiones también en el ámbito penal (pensemos en la extensión de las obligaciones de tipificar las conductas que atentan contra la vida y la salud), culminando en la cuestión de si es oportuno reabrir el debate sobre la necesidad de introducir un «derecho a un medio ambiente sano» autónomo.

Con esta sentencia, los jueces de Estrasburgo precisaron además que el incumplimiento del compromiso asumido por el Estado de proteger los derechos garantizados por el Convenio también puede traducirse en una omisión o conducta negligente, consistente en no haber impedido o detenido la conducta lesiva para CEDH aunque sea atribuible a entidades privadas.

Después del caso Uganda, la decisión más importante es el ahora conocido caso Shell, en el que el Tribunal de Distrito de La Haya tuvo que pronunciarse a raíz de un recurso contra Royal Dutch Shell interpuesto por asociaciones y ciudadanos privados que alegaban que la política pertinente de la empresa era ilegal a la luz de la obligación de derecho privado de comportarse de acuerdo con los estándares debidos y no escritos de diligencia para evitar causar un daño injusto a otros. En este contexto, el Tribunal neerlandés, con una sentencia histórica que se remonta al 26 de mayo de 2021 (y que no dejó de suscitar críticas), impuso a Royal Dutch Shell la reducción para 2030 de las emisiones totales de CO₂ de todo el grupo Shell, sus proveedores y clientes, en un porcentaje igual al 45 % en comparación con los niveles registrados en 2019 (es decir, la base adoptada por el Convenio Marco de 1992).

El caso surgió de una demanda colectiva presentada por organizaciones no gubernamentales y 17.000 ciudadanos holandeses que demandaron a la empresa, alegando que tenía la obligación de reducir sus niveles de emisiones de dióxido de carbono según el Código Civil holandés en cumplimiento de la protección del derecho a la vida y el derecho al respeto a la vida privada y familiar (principios que se sabe que forman parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos). La defensa del acusado argumentó que la empresa tenía un objetivo climático de alcanzar los estándares establecidos por el Acuerdo de París reduciendo las emisiones globales de dióxido de carbono, y esbozó planes para inversiones en tecnologías sostenibles, y que no había base legal para la demanda, ya que la solución al problema debe establecerse a través del proceso legislativo y no por el poder judicial. El Rechtbank Den Haag declaró que el caso constituía una acción de interés público y que existía un interés común en prevenir un cambio climático peligroso. Si bien reconoció que aún no existen metodologías definidas y concretas mediante las cuales las

empresas deban implementar el objetivo de cero emisiones para 2050, el Tribunal dictaminó que, no obstante, la demandada está obligada a cumplir los objetivos climáticos.

3. Los casos del 2024

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en 2024, emitió sus esperados fallos sobre algunos casos relacionados con la obligación de los Estados llamados a tomar medidas apropiadas para combatir el cambio climático¹⁴.

Lo primero, Verein KlimaSeniorinnen Schweiz y otros contra Suiza, se refiere a una denuncia presentada por cuatro mujeres de la asociación, cuyos miembros son 2.500 mujeres mayores de 65 años preocupadas por las consecuencias del calentamiento global sobre sus condiciones de vida y su salud.

El Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, en 2024, ha reconocido el derecho de la asociación «Verein KlimaSeniorinnen Schweiz» a presentar una denuncia ante las amenazas derivadas del cambio climático, pero lo deniega a los cuatro apelantes individuales¹⁵.

La sentencia es extremadamente relevante porque se recuerda que el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) no admite quejas en las que hablan en abstracto de disposiciones legales o prácticas administrativas que no afecten, directa o indirectamente, o incluso potencialmente, a los derechos de quien interpone el recurso.

Sin embargo, en este caso específico, la Corte consideró que el cambio climático es un asunto de preocupación común para la humanidad y que la necesidad de promover el reparto de cargas entre generaciones lleva a considerar la utilización de órganos colectivos

¹⁴ F. VANETTI, L. Ugolini, *Contenzioso climatico: recenti sviluppi e riflessioni*, in *Ambiente & sviluppo*, n. 6, 1° giugno 2024, p. 403.

¹⁵ A. SCARCELLA, *La politica climatica della Svizzera VIOLA i diritti umani*, in *Ambiente & Sviluppo*, n. 1, 1° gennaio 2025, p. 11.

como el único medio accesible para defender eficazmente intereses particulares en este contexto. Por tanto, el Tribunal de Estrasburgo ha establecido que Suiza ha incumplido las obligaciones («positivas») establecidas en el artículo 8 del CEDH, disposición que debe considerarse que incluye el derecho de las personas a una protección efectiva por parte de las autoridades estatales contra los graves efectos adversos del cambio climático sobre su vida, salud, bienestar y calidad de vida.

Por lo tanto, si se comprueba que las acciones del Estado son inadecuadas para combatir el cambio climático, que agravan los riesgos de consecuencias nocivas y las consiguientes amenazas al goce de los derechos humanos —amenazas ya reconocidas por los gobiernos de todo el mundo y confirmadas por el conocimiento científico— se configura un acto ilícito de omisión, mucho más difícil de constatar: es, por tanto, un gran acierto que la Corte lo haga identificando la relación causal entre la inacción del Estado en relación con la regulación de las emisiones de gases que alteran el clima y el daño, o el riesgo de daño, con respecto específico a una categoría de personas, a saber, las mujeres de edad avanzada. Por el contrario, las cuatro solicitudes individuales no fueron aceptadas porque los apelantes (uno de los cuales falleció en espera del juicio) no pudieron demostrar su condición de «víctima», es decir, que habían sufrido directa y personalmente los efectos de las omisiones impugnadas.

El segundo caso se refiere al procedimiento Duarte Agostinho y otros contra Portugal y otros 32 Estados (es decir, los 27 Estados miembros de la Unión Europea más Noruega, Suiza, Rusia, Gran Bretaña y Turquía), que surgió a raíz de un recurso interpuesto por seis jóvenes portugueses que denunciaron los efectos, presentes y futuros, del cambio climático, considerando que los Estados demandados eran responsables de esta situación, en particular tras el incendio que, en 2017, devastó el bosque de Pedrógão Grande, causando la muerte de 64 personas, cuando los demandantes tenían entre 10 y 23 años.

El Tribunal no entró en el fondo de la posición defendida por los demandantes al considerar la demanda inadmisibile porque los seis jóvenes portugueses no habían utilizado las vías judiciales y administrativas disponibles en Portugal para presentar sus quejas y, por tanto, no habían agotado dichos recursos internos sin éxito.

Cabe recordar que el mecanismo de salvaguardia que establece la Convención tiene un carácter subsidiario respecto de los sistemas nacionales de protección de los derechos humanos¹⁶.

De hecho, este caso es relevante no porque el Tribunal no aceptara el recurso *per saltum* (es decir, sin haber agotado la vía judicial interna), porque esta causa de inadmisibilidad es procesalmente estándar, sino más bien en relación con la negación de la existencia de jurisdicción extraterritorial, dado que, como se ha mencionado, el país demandado no era únicamente Portugal, sino (también) otros 32 Estados. Este perfil se basa en la consideración de que el Tribunal de Estrasburgo niega que, en el caso de que se trate, se dé la suma de los dos elementos de los que surge la jurisdicción (eventualmente) extraterritorial: el factor espacial del control efectivo de un Estado sobre una zona y el componente de la autoridad y del control (de órganos) del Estado sobre una comunidad humana.

Considerando también la imposibilidad de determinar la relación causal entre la atribución directa de las emisiones o su no reducción y los daños específicos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha rechazado la existencia de un control estatal sobre los efectos nocivos del cambio climático en otros Estados, socavando con ello efectivamente la dimensión global del problema.

En definitiva, pues, las dos sentencias son fruto de un prisma interpretativo del paradigma de los derechos humanos establecido en la Convención Europea que va en una única dirección: la de la relevancia de las causas climáticas y la urgencia de las acciones estatales dirigidas a contrarrestar sus desastrosos resultados, en una perspectiva que sistematiza no solo las demandas de las generaciones futuras sino también de las actuales, dado que el cambio climático impacta a los seres humanos con variados matices de efectos negativos más allá de las meras diferencias anagnóricas. Este resultado es claro en ambos casos.

A través de un deseable protocolo facultativo ad hoc, es decir, específico sobre el derecho a un medio ambiente seguro, limpio, saludable y sostenible, como ya lo sugirió la Asamblea

¹⁶ <https://www.ispionline.it/it/pubblicazione/il-clima-e-un-diritto-umano-la-storica-sentenza-della-cedu-171146>.

Parlamentaria del Consejo de Europa, (re)conectar el derecho al clima con los derechos humanos codificados positivamente en la Convención Europea permite al Tribunal de Estrasburgo abordar estos perfiles, utilizando (algunos de) los derechos (fundamentales) de las personas humanas como una especie de caballo de Troya para hacer «justiciables» las cuestiones relacionadas con el calentamiento global.

El impacto en cascada, casi un efecto domino, de estas sentencias, que destacan el papel crucial de los tribunales (nacionales, regionales e internacionales) a la hora de examinar si los gobiernos están haciendo lo suficiente para reducir las emisiones de gases de efecto invernadero y así salvaguardar los derechos fundamentales de sus ciudadanos, se verá en la capacidad de los legisladores de los 46 Estados miembros del Consejo de Europa, para los que las sentencias del Tribunal de Estrasburgo constituyen un precedente, de tomar nota de ellas y actuar en consecuencia de manera eficaz para cumplir con sus compromisos climáticos.

El 12 de noviembre de 2024, el Tribunal de Apelación de La Haya emitió su decisión sobre la apelación de Shell contra la sentencia de primera instancia que obligaba a la empresa a reducir sus emisiones de gases de efecto invernadero en un 45 % para 2030 en comparación con los niveles de 2019 (aquí está el texto de la sentencia). Si bien el Tribunal de Apelación no confirmó esta obligación específica de reducción, reafirmó los principios jurídicos fundamentales de la sentencia anterior, consolidando la existencia de un deber de cuidado para Shell basado en el art. 6:162 del Código Civil holandés («C.C.O.»). Este deber, interpretado a la luz de instrumentos internacionales como los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos y los artículos 2 y 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), requiere que las empresas contribuyan a los objetivos del Acuerdo de París.

4. La situación italiana

El legislador italiano hizo un esfuerzo muy grande en 2022, con la reforma constitucional del artículo 9 que clarifica la protección del medio ambiente, los ecosistemas y la biodiversidad, también en favor de las generaciones futuras.

Con esta reforma, ahora es indiscutible que se ha abierto el camino para sentencias valientes, como la del Tribunal Constitucional Federal alemán en 2021, que, fallando sobre un recurso promovido por un grupo de ciudadanos y asociaciones y por el movimiento Friday for Future, declaró inconstitucional la ley federal sobre cambio climático de 12 de diciembre de 2019 por ser en conflicto con el art. 20 de la Grundgesetz (GG).

La ley constitucional italiana del 02/11/2022, n. 1 modificó el texto del art. 9 (cuyo tercer párrafo ahora establece que la República «protege el medio ambiente, la biodiversidad y los ecosistemas, también en interés de las generaciones futuras») y el art. 41, párrafo 2, de la Constitución (donde ahora se establece que la iniciativa económica privada «[n]o podrá realizarse en contradicción con la utilidad social o de forma que cause daños a la salud, el medio ambiente, la seguridad, la libertad, a la dignidad humana»).

Sin embargo, cabe señalar que una interpretación sistemática y axiológica de las disposiciones ya vigentes habría permitido reconocer en muchas disposiciones la protección del interés de los particulares en la salubridad del medio ambiente y la preservación de los recursos naturales como ya presente en la Constitución italiana.

En cuanto a la relación entre las políticas climáticas, la sostenibilidad energética y la protección del derecho a la vida, desde 2001, el Tribunal de Justicia de la UE ha identificado una posible conexión. De hecho, en la sentencia sobre el caso PreussenElektra, los jueces de Luxemburgo reconocieron que «el uso de fuentes de energía renovables [...] contribuye a la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero que se encuentran entre las principales causas del cambio climático», y que las políticas de la Unión y de los Estados miembros para luchar contra el cambio climático también están «diseñadas para proteger la salud y la vida de las personas».

En esta dirección, el Tribunal de la UE ha afirmado que la política climática, al tener como objetivo proteger la vida y la salud de las personas, persigue objetivos predominantes respecto de las políticas de mercado, colocándose así en la jerarquía de valores normativos establecida a nivel constitucional por el art. 41 de la Constitución italiana, que, en el texto reformado, establece ahora que la iniciativa económica privada «no podrá realizarse en contradicción con la utilidad social o de forma que cause daño a la seguridad, la libertad, la dignidad humana, la salud o el medio ambiente» (párrafo 2).

En Italia, el vínculo entre el cambio climático, las catástrofes medioambientales y la protección de los derechos humanos también surge en la jurisprudencia sobre el tema de «protección humanitaria». Con ordenanza de 24 de febrero de 2021, n.5022, la sección II del Tribunal de Casación ha sostenido, en efecto, que, a los efectos de conceder (o denegar) protección humanitaria, «el concepto de núcleo ineludible constitutivo del estatuto de la dignidad personal, constituye el límite mínimo esencial por debajo del cual no se respeta el derecho individual a la vida y a la existencia digna», lo cual «debe ser apreciado por el juez de mérito [...] también respecto de cualquier contexto que sea, en términos concretos, adecuado para exponer los derechos fundamentales a la vida, a la libertad y a la autodeterminación del individuo a riesgo de eliminación o reducción por debajo del citado umbral mínimo, expresamente incluidos en él —si se reconoce concretamente su existencia en una zona geográfica determinada— los casos de catástrofe ambiental, [...], del cambio climático y de la insostenible explotación de los recursos naturales».

La centralidad de la persona humana, cuya protección debe necesariamente verse en una perspectiva intergeneracional, exige repensar el sistema de responsabilidad civil tanto italiano como catalán, desligándolo de su función sancionadora originaria y potenciando su papel como recurso destinado a proteger situaciones jurídicas subjetivas, no solo propietaria, sino también y sobre todo existencial.

En febrero 2024, el Tribunal de Roma ha cerrado (temporalmente) la controversia climática conocida por muchos con el nombre particularmente evocador de «Juicio Universal»: este caso representa el primero en Italia en el que el Estado ha sido llamado a responder

por la falta de adopción de medidas destinadas a contener los cambios «meteorológicos» de origen antropogénico¹⁷.

El Tribunal afirma: «El interés del Estado en la reducción de las emisiones que alteran el clima no cae dentro del ámbito de los intereses subjetivos jurídicamente protegidos, ya que las decisiones relativas a los métodos y al momento de la gestión del fenómeno del cambio climático antropogénico - que implican evaluaciones socioeconómicas y de costo-beneficio discrecionales en los más variados sectores de la vida de la comunidad humana - caen dentro de la esfera de atribución de los órganos políticos y no pueden ser impugnadas por los jueces ordinarios».

Según parte de la doctrina italiana¹⁸, con esta sentencia, el Tribunal Roma ha decidido esencialmente «no decidir», perdiendo así la oportunidad no únicamente de alinearse con las decisiones que han ido surgiendo en el escenario mundial, sino también de apreciar la criticidad de la cuestión climática y la urgencia de identificar estrategias y herramientas adecuadas para su resolución.

Desde esta perspectiva, la falta de pronunciamiento del juez romano parece haber distorsionado el espíritu de la reforma de los artículos 9 y 41 Cost., en la medida en que la ley constitucional n. 1/2022 —al insertar en la Constitución referencias a la protección del medio ambiente, de la biodiversidad y de los ecosistemas, así como al interés de las generaciones futuras, pero no solo— había demostrado, incluso sin mencionar expresamente el clima, una marcada sensibilidad hacia los problemas naturales en su conjunto.¹⁹

¹⁷ Tribunal de Roma, 26 de febrero de 2024, n.3552. A. MOLFETTA, *La sentenza Giudizio Universale in Italia: un'occasione mancata di «fare giustizia» climatica?*, in *Osservatorio costituzionale*, 5, 2024, p.187.

¹⁸ G. PALOMBINO, *Il «Giudizio universale» è inammissibile: quali prospettive per la giustizia climatica in Italia?*, in *lacostituzione.info*, 25 marzo 2024.

¹⁹ F. GALLARATI, *Tutela costituzionale dell'ambiente e cambiamento climatico: esperienze comparate e prospettive interne*, in *DPCE Online*, 2/2022, 1085 ss.; G. GRASSO, *La révision de la Constitution italienne sur la protection de l'environnement: qu'est-ce qui pourra changer pour les questions climatiques?*, in *Italian Papers on Federalism*, 3/2022, in particolare 49 ss.

Luego de los casos jurisprudenciales (mencionados anteriormente) favorables en materia de litigios sobre cambio climático, la decisión del Tribunal de Roma marca, como se preveía, un cambio de paradigma inesperado respecto al camino que habían trazado las sentencias de otras Cortes.

El caso «Juicio Universal» involucró, como demandantes, a 24 asociaciones comprometidas con la justicia ambiental y la defensa de los derechos humanos, así como a un nutrido grupo de ciudadanos, que ya en junio de 2021 denunciaron la incapacidad del Estado italiano para adoptar políticas de mitigación suficientemente rigurosas para «[...] poner fin al aumento constante de la temperatura, perseguir y mantener la estabilidad climática, contribuir a detener los efectos degenerativos de la emergencia climática y, por lo tanto, hacer efectivos, en el presente y en el futuro, los contenidos esenciales de los derechos fundamentales de la persona humana, impidiendo su violación»²⁰.

Por tanto, mediante acto dirigido a la Presidencia del Consejo de Ministros, los recurrentes solicitaron, con carácter principal, que se determinase y declarase la responsabilidad extracontractual del Estado italiano de conformidad con el art. 2043 c.c., por la continua inercia en la consecución de los objetivos de estabilidad climática que se implementarán mediante una reducción significativa de las emisiones antropogénicas de dióxido de carbono.

Según los demandantes, Italia no ha implementado ni planificado las medidas necesarias para contener el aumento de la temperatura global a +1,5 °C en comparación con los niveles preindustriales, como se establece en el Acuerdo de París de 2015 sobre el cambio climático y el Informe Especial de 2018 sobre el Calentamiento Global de 1,5 °C, violando así el derecho al clima y a la preservación de las condiciones de vida para las generaciones futuras, que debe clasificarse como una situación jurídica calificada y diferenciada de la generalidad de los miembros de la sociedad, que se puede deducir de la Constitución italiana (en particular, del art. 2), del TUE (art. 6), de la Carta de Niza (art. 52) y del CEDH (arts. 2, 8, 14).

²⁰ [Giudiziouniversale.eu/wp-content/uploads/2023/07/Atto-di-citazione-A-Sud-VS-Stato-Italiano-2021.pdf](https://giudiziouniversale.eu/wp-content/uploads/2023/07/Atto-di-citazione-A-Sud-VS-Stato-Italiano-2021.pdf).

En otras palabras, el Estado sería censurable por la «[] violación manifiesta del deber de actuar para la protección (preventiva) de los bienes primarios y absolutos, que son objeto de los derechos humanos fundamentales, tal como están definidos con precisión por una pluralidad de normas, principios y valores jurídicos, incluidos los de origen internacional y supranacional, que operan en el ordenamiento jurídico interno».

Una obligación que tendría su fundamento en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC) y en los «instrumentos jurídicos» posteriores (en particular el Acuerdo de París y el Informe Especial), siempre a partir de sus artículos 2 (derecho a la vida), 8 (derecho al respeto a la vida privada y familiar), 14 (prohibición de discriminación) del CEDH y por la propia Constitución (artículos 2, 3, apartado 2, y 32), así como por jurisprudencia consolidada, tanto constitucional como de legitimidad.

En este sentido, se solicitó la condena del acusado, de conformidad con el art. 2058, apartado 1, c.c., adoptar cualquier iniciativa necesaria para reducir, de aquí a 2030, las emisiones antropogénicas de CO₂-eq en un 92 % con respecto a los niveles de 1990 (o en una medida mayor o menor que se establecerá durante el procedimiento) y para evitar que se repitan.

De manera secundaria, se solicitó la determinación de la responsabilidad del Estado de conformidad con el art. 2051 c.c., una responsabilidad, es decir, análoga a la del custodio²¹: el sistema climático y sus componentes individuales constituirían las «cosas» previstas por la citada disposición, caracterizadas entre otras cosas por un apreciable grado de dinamismo; la expresión, por tanto, sería susceptible de una interpretación extensiva, tal como para configurar una situación que pueda integrarse abstractamente a partir de casos muy heterogéneos.

²¹ «El Estado italiano tiene un estatuto que establece su responsabilidad como custodio de la cosa de conformidad con el art. 2051 cc. De hecho, [] tiene las competencias funcionales para controlar y eliminar cualquier aumento de emisiones e influir en toda la conducta humana dentro de su territorio, es decir, en el contexto climático italiano».

A la luz de esto, Italia, al haber socavado la conservación del medio ambiente y la salud colectiva y al haber fallado en su «deber de entregar» el sistema climático a las generaciones futuras, habría eludido las obligaciones de custodia impuestas al Estado por CMNUCC. Por estos motivos se solicitó sancionar la conducta (omisoria) del Estado italiano, dando como resultado una condena en su contra para volver a hacerlo de conformidad con el art. 2058, párrafo 1, c.c.

La respuesta del Tribunal romano califica el caso como altamente atípico, no únicamente porque «[] pretende obtener del Juez una sentencia condenatoria al Estado legislador y al gobierno por intervenir en una materia tradicionalmente reservada a la «política»», sino también por la diversidad inherente al caso italiano respecto a los «modelos» de justicia climática ya probados en otros Estados.

En conclusión, la sentencia, precisamente por la ausencia de un examen estrictamente sustantivo, deja una huella indeleble, aunque marcadamente negativa, en la emergente «jurisprudencia climática»²².

5. (Algunas) conclusiones

El contenido de las sentencias citadas sigue una tendencia emergente en el ámbito de los derechos humanos y la protección del medio ambiente, es decir la protección de los ecosistemas que se cita a menudo en numerosas cartas y convenciones internacionales relativas a los derechos humanos: por ejemplo, el art. el artículo 24 de la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos establece que «todos los pueblos tienen derecho a un medio ambiente mundial satisfactorio y favorable para su desarrollo» o el artículo 11 del Protocolo de San Salvador (adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos) establece que «Toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a tener acceso a los servicios públicos

²² D. AMIRANTE, *Benvenuti nell'era del costituzionalismo ambientale*, in DPCE Online, 6 giugno 2024, p.1; R. CECCHI, *Il giudizio (o silenzio?) universale: una sentenza che non farà la storia*, in *Diritti comparati*, 15 maggio 2024.

básicos. Los Estados Partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente».

No faltan documentos adoptados en el seno de las Naciones Unidas, como la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano de 1972, que establece el «solemne deber» del hombre «de proteger y mejorar el medio ambiente en beneficio de las generaciones presentes y futuras» (principio 1).

Sin embargo, la cuestión no es exclusiva de conferencias y mesas redondas entre jefes de Estado, sino que ha sido a menudo objeto de discusión ante jueces y tribunales internacionales. Los jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han destacado en diversas oportunidades cómo existe un vínculo innegable entre la protección del medio ambiente y la protección de los derechos fundamentales²³.

En Europa, si bien es cierto que el Convenio Europeo de Derechos Humanos no ofrece una protección directa del medio ambiente, el Tribunal de Estrasburgo ha tenido que pronunciarse en repetidas ocasiones sobre casos relacionados con una falta de protección del medio ambiente por parte de las autoridades nacionales que ha provocado una violación de derechos fundamentales.

En términos concretos, la Corte se ha limitado, hasta ahora, a evaluar el cumplimiento por parte de las autoridades nacionales de las obligaciones sustantivas y procesales derivadas de las disposiciones convencionales, también en virtud del «principio de precaución», según el cual «la falta de certeza —teniendo en cuenta los conocimientos científicos y técnicos del momento— no podría justificar una demora por parte del Estado en adoptar medidas efectivas y proporcionadas para prevenir un riesgo de daño grave e irreversible al medio ambiente»²⁴.

²³ IACHR, *Kawas-Fernández c. Honduras*, Ser. C. n. 196, 3 aprile 2009, §148, ma anche IACHR, *Advisory Opinion on the Right to Information on Consular Assistance*, Ser. A n. 16, 1° ottobre 1999, §§114-115; IACHR, *Advisory Opinion on the Interpretation of the American Declaration on the Rights and Duties of Man*, Ser. A n. 10, 14 luglio 1989, §43; IACHR, *Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community c. Nicaragua*, Ser. C n. 20, 31 agosto 2001, §§146-148.

²⁴ Corte EDH, *Tătar c. Romania*, cit.

Pero ¿se puede imaginar una extensión de estos deberes de cuidado y protección, por parte de los Estados miembros de la Convención, también en lo que respecta a la lucha contra el cambio climático?

Es demasiado pronto para decirlo. El Tribunal de Estrasburgo se muestra a menudo atento a las nuevas necesidades de la sociedad moderna, especialmente cuando está en juego la protección de los derechos fundamentales de las personas.

Además, el impacto del cambio climático en la vida de las personas se confirma cada vez más en numerosos informes y varias zonas del mundo —pensemos en el África subsahariana— sufren los efectos negativos de un clima cada vez menos estable. Por otra parte, ciertamente no es fácil demostrar la existencia de una relación causal tan estrecha entre las políticas adoptadas por un solo Estado y una violación de derechos fundamentales resultante de un fenómeno como el cambio climático, que es naturalmente mundial. Limitar la responsabilidad de un Estado al cumplimiento de las obligaciones relativas a la reducción de emisiones representa un subterfugio artificial para permitir a los ciudadanos «responsabilizar» de las acciones y decisiones de sus autoridades, perdiendo de vista el carácter global del fenómeno, ya mencionado.



Documenta
Universitaria

@DocUniv
documentauniversitaria.com

Universitat
de Girona