

ÍNDICE

BUSTO LAGO, J. M., *Arrendamientos para uso turístico y propiedad horizontal: los recelos llegan a la Sala de lo Civil. (Tourist rentals and condominium ownership: misgivings reach the Civil Division of the Supreme Court)* (Tribuna)..... 2-11

ALKORTA IDIAKEZ, I., *La liberación anticipada del fiador prohibente deudore: análisis sobre su procedencia y efectos (The early release of the prohibente deudore surety: analysis of its origin and effects)*..... 12-51

DÍAZ TEIJEIRO, C. M<sup>a</sup>, *Adopción y sucesión: a propósito de una jurisprudencia confusionista (Adoption and succession: about a confusing jurisprudence)*.....52-98

EVANGELIO LLORCA, R., *Resultados generados con intervención de sistemas de inteligencia artificial y su protección (o no) por la propiedad intelectual (AI-generated results, AI-assisted works and their copyright protection [or not])*.....99-152

NAVARRO CASTRO, M., *Los arrendamientos urbanos en el concurso de acreedores (Urban leases in bankruptcy proceedings)*.....153-180

SANCHO MARTÍNEZ, L., *Los ficheros de morosos: aspectos controvertidos y jurisprudencia de la Sala Primera (Debt collection records: controversial aspects and case law of the First Chamber of the Supreme Court)*.....181-213

GARCÍA VICENTE, J. R., *Crónica jurisprudencial (X): septiembre – diciembre 2024*..... 214-235

**ARRENDAMIENTOS PARA USO TURÍSTICO Y PROPIEDAD  
HORIZONTAL: LOS RECELOS LLEGAN A LA SALA DE LO CIVIL**

*Tourist rentals and condominium ownership: misgivings reach the Civil Division of  
the Supreme Court*

JOSÉ MANUEL BUSTO LAGO  
[jose.busto.lago@udc.es](mailto:jose.busto.lago@udc.es)  
Catedrático de Derecho civil  
Universidad de A Coruña

***Cómo citar / Citation***

Busto Lago, J. M. (2024).  
Arrendamientos para uso turístico y propiedad horizontal:  
los celos llegan a la Sala de lo Civil (Tribuna)  
*Cuadernos de Derecho Privado*, 10, pp. 2-11  
DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.66>

***Resumen***

*En el año 2019 se reformó la LPH, excluyendo la exigencia de la unanimidad para que las comunidades de propietarios que no hubieran previsto en sus estatutos la prohibición de realizar actividades económicas, en general, o la explotación en régimen de arrendamiento turístico, las viviendas que las integran, pudieran hacerlo a través de un acuerdo adoptado por una mayoría reforzada. El precepto (art. 17.12 LPH) ha sido interpretado y aplicado por la Sala de lo Civil del TS, considerando que avala no solo el acuerdo de limitación del arrendamiento turístico, sino también su prohibición, aun sin carácter retroactivo. La norma en cuestión plantea otras dudas hermenéuticas sobre las que todavía no se ha pronunciado el TS, al tiempo que la huida provocada al arrendamiento de corta duración, por determinadas modificaciones de la LAU en virtud de la Ley 12/2003, plantea otros desafíos legislativos a los que se pretende dar respuesta con distintas iniciativas, tanto por el legislador estatal, como por el de algunas CCAA.*

***Palabras clave***

*Alquiler de corta duración; arrendamiento de vivienda; arrendamiento para uso turístico; función social de la propiedad privada; propiedad horizontal.*

***Abstract***

*In 2019, the Spanish Act on Condominiums (Ley de Propiedad Horizontal) was amended, removing the requirement for unanimity so that homeowners' associations, which had not previously included in their bylaws a prohibition against economic activities in general or the operation of properties as short-term tourist rentals, could adopt such measures through a reinforced majority agreement. The provision (Article 17.12 LPH) has been interpreted and applied by the Civil Division of the Supreme Court, which has deemed it to endorse not only the restriction of tourist rentals but also their prohibition, although without retroactive effect. The provision in question raises other interpretative doubts that the Supreme Court has yet to address, while certain amendments to the Urban Lease*

*Act (LAU), which have encouraged short-term rentals, pose additional legislative challenges. These are being addressed through various initiatives by both the national legislature and some regional governments (CCAA).*

**Key words**

*Short-term rental; residential lease; tourist rental; social function of private property; condominium ownership.*

Las estadísticas parecen poner de manifiesto que determinadas medidas incluidas en la Ley 12/2023, *por el derecho a la vivienda*, dirigidas a fomentar que los inmuebles de uso residencial propendan a satisfacer las necesidades habitacionales permanentes, han provocado que algunos propietarios pretendan disponer de las mismas en régimen de alquiler temporal, de corta duración o turístico, huyendo de la aplicación de las normas imperativas contempladas para los arrendamientos urbanos para uso de vivienda. En particular, en este hecho parecen tener especial incidencia algunas medidas fruto de aquella Ley, como determinadas restricciones para el ejercicio de acciones de desahucio (moratorias de desahucios de personas vulnerables y de paralización de los desahucios hipotecarios hasta el año 2028) o la, por el momento, más efectista que real -habida cuenta de la resistencia de la mayor parte de las CCAA a su implantación-, posibilidad de limitación del incremento de las rentas de alquiler en las zonas que se declaren como de mercado arrendaticio tensionado. Sin perjuicio de ello, obvio es también que la llamada economía colaborativa o, mejor, economía de plataformas, ha contribuido notablemente al desarrollo exponencial de la puesta en el mercado del arrendamiento turístico de viviendas propiedad de particulares.

Las consecuencias negativas de este incremento de viviendas de uso turístico son puestas de manifiesto en el preámbulo del D-Ley, Generalitat de Catalunya, 3/2023, de 7 de noviembre, *de medidas urgentes sobre el régimen urbanístico de las viviendas de uso turístico*, señalando que contribuye a la saturación turística o el turismo de masas («*overtourism*»), que tiene fuertes consecuencias negativas, como el deterioro de la convivencia vecinal, la proliferación de actividades turísticas y de ocio que rompen el equilibrio del entorno urbano, generando un funcionamiento anómalo en la zona al no estar destinadas a residentes locales, la gentrificación turística, la transformación social de los barrios a través del deterioro del paisaje urbano y la saturación de las infraestructuras y servicios de la ciudad, entre otros.

Esta situación del arrendamiento urbano ha determinado que alcance una especial relevancia la regulación de este tipo de arrendamientos de corta duración en el ámbito de las comunidades de propietarios en régimen de propiedad horizontal. En los últimos meses, la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha tenido ocasión de pronunciarse sobre las posibilidades que la previsión del art. 17.12 de la LPH otorga a las comunidades de propietarios sujetas a este régimen de copropiedad de limitar la facultad de los propietarios de pisos y apartamentos de ceder su uso en régimen de alquiler turístico o de corta duración. Tras la reforma del art. 17 de la LPH en virtud del RD-Legislativo 21/2018, de 14 de diciembre y, en particular, la introducción de su apartado 12 por el art. 2.3 de esta norma (y por el RD-Ley 7/2019, de 1 de marzo), resulta posible que las comunidades de propietarios, con la mayoría de tres quintos del total del número de propietarios y de cuotas de participación, acuerden limitar, sin carácter retroactivo, el ejercicio de la actividad prevista en la letra e) del art. 5 de la LAU/1994 (a la que suele aludirse con la expresión de actividad de alquiler turístico), en contra de las previsiones del título constitutivo y de los estatutos de la comunidad de propietarios. La norma fruto de esta reforma lo que hace, en esencia, es flexibilizar (*rectius*, excluir la aplicación) la regla de la unanimidad exigida, hasta la fecha de su entrada en vigor, para la válida adopción de estos acuerdos limitativos de los derechos y facultades del copropietario de acuerdo con el título constitutivo y con los estatutos.

Asimismo, las previsiones del título constitutivo y estatutarias en virtud de las que se impida el ejercicio de actividades económicas en los elementos privativos de edificios en régimen de propiedad horizontal destinados a su uso como vivienda son interpretadas en el sentido de que impiden la realización de la actividad (económica) de arrendamiento turístico de estas viviendas. En todo caso, para que esta prohibición sea eficaz u oponible al propietario es necesario que conste en el título constitutivo o en los estatutos de la comunidad de propietarios y, en el caso de adquirentes posteriores, de buena fe, que haya sido inscrita en el Registro de la Propiedad. Esta última precisión resulta refrendada, *v.gr.*, por la STS 370/2021, de 31 de mayo (ECLI: ES:TS:2021:2195) que desestimó la demanda interpuesta para que se declarase la cesación definitiva de la actividad que se desarrollaba en una vivienda consistente en el alquiler de una habitación compartida a estudiantes universitarios, con servicios comunes, y que resultaría prohibida por los estatutos de la comunidad de propietarios. El TS entendió que, al no constar esa modificación de los estatutos, en el Registro de la Propiedad no le era oponible a la parte demandada, no pudiendo entenderse que se haya infringido el art. 5.3 de la LPH.

La jurisprudencia se ha mantenido constante en la consideración de que la prohibición del ejercicio de actividades económicas contenida en los estatutos incluye el arrendamiento de viviendas con destino turístico por resultar acreedora de la calificación de actividad económica. La STS 1233/2024, de 3 de octubre (ECLI: ES:TS:2024:4791) viene a refrendar esta postura, asumida previamente en las Sentencias 1643/2023, de 27 de noviembre (ECLI: ES:TS:2023:5197); 1671/2023, de 29 de noviembre (ECLI: ES:TS:2023:5199); 90/2024, de 24 de enero (ECLI: ES:TS:2024:196); 95/2024, de 29 de enero (ECLI: ES:TS:2024:315) y 105/2024, de 30 de enero (ECLI: ES:TS:2024:331). En estas sentencias, el TS considera que, tanto la legislación administrativa estatal, como la autonómica y municipal, califican como actividad económica la de alquiler de las viviendas que se ofrezcan o comercialicen como alojamiento por motivos turísticos o vacacionales, y que son cedidas temporalmente por la persona propietaria, explotadora o gestora y comercializadas directamente por ella misma o indirectamente, a terceros, de forma reiterada o habitual y a cambio de una contraprestación económica. De acuerdo con estas premisas normativas, el alquiler de viviendas para uso turístico debe considerarse incluido en la prohibición estatutaria que impida el ejercicio de actividades económicas en los pisos o viviendas, al tratarse de una actividad que implica un uso distinto del de vivienda y en el que concurre un componente comercial, profesional o empresarial.

La *Ley Orgánica de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia* en virtud de su DF 1<sup>a</sup>.bis modifica los arts. 7.2 y 17.12 de la LPH, introduciendo en el primero un párrafo en virtud del que se requiere la previa aprobación expresa de la comunidad de propietarios para el ejercicio de la actividad de alquiler turístico; y adaptando el segundo a la interpretación que le ha dado al texto vigente el TS (se incorpora de manera expresa la posibilidad del acuerdo de prohibición). Asimismo, añade una DA 2<sup>a</sup> en virtud de la que se aclara que el propietario que se encuentre ejerciendo la actividad de arrendamiento para uso turístico en su vivienda, podrá continuar con ella, de conformidad con el carácter no retroactivo de los acuerdos de limitación e interdicción.

En aquellos casos en los que la comunidad de propietarios adopte un acuerdo que suponga la modificación del título constitutivo o de los estatutos en orden a limitar o condicionar por los propietarios de elementos privativos el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del art. 5 de la LAU/1994, de 24 de noviembre, se ha planteado si el art. 17.12 de la LPH, permite o ampara que, con el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas

de participación, las comunidades de propietarios pueden prohibir esta actividad, en todo caso sin efectos retroactivos (aquellos propietarios que vengán realizándola, podrán seguir haciéndolo). Pues bien, la Sala de lo Civil del TS ha incluido en el ámbito del art. 17.12 de la LPH el acuerdo de prohibición de actividad de alquileres turísticos en dos sentencias de misma fecha: 1232 -del Pleno- y 1233, de 3 de octubre (JUR 2024\369472 y ECLI: ES:TS:2024:4791, respectivamente). Esta interpretación del precepto parecía evidente (así lo señala, *v.gr.*, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «Prohibición estatutaria de pisos turísticos en comunidades de vecinos al amparo del art. 17.12 LPH: crónica (jurisprudencial) de una interpretación anunciada (Comentario a las dos SSTs de 3 de octubre de 2024)», *Act. Civil*, núm. 11, 2024; habiendo sido asumida también por la RDGSJyFP de 24 de julio de 2024 [BOE de 9 de octubre de 2024]). La sala de lo Civil, para llegar a esta conclusión, se apoya en los criterios de interpretación de las normas literal, teleológico y lógico, así como en la realidad de las molestias y perjuicios de esa actividad y su actual regulación jurídica. Señala el TS que, desde un punto de vista semántico, la expresión legal «*limite o condicione*» establece dos supuestos distintos y alternativos: uno de menor intensidad (el condicionamiento) y otro de mayor alcance (la limitación), y dentro de esta última nada impide que la limitación pueda llegar a la prohibición de la actividad. Según el Diccionario de la RAE, «limitar» no solo significa «poner límites a algo», sino también, «fijar la extensión que pueden tener la autoridad o los derechos y facultades de alguien».

Por otra parte, el espíritu y finalidad de la norma -a los que ha de atender fundamentalmente el intérprete de la norma, *ex art. 3.1 del CC-* no es contrario, sino que propicia precisamente la interpretación de que la limitación de la actividad del alquiler turístico comprenda su prohibición. La voluntad del legislador es proclive a favor del arrendamiento residencial frente al alquiler turístico, que se pretende restringir con la finalidad de incrementar el parque de viviendas para la venta y arrendamiento, con la natural repercusión sobre los precios y correlativa reducción del esfuerzo de las economías familiares. Adicionalmente, el TS considera que las únicas posibilidades que el art. 17.12 de la LPH pone a disposición de los propietarios con respecto a las molestias y perjuicios derivados del alquiler turístico no son las del art. 7.2 de la LPH; es decir, una vez producidos, la comunidad de propietarios puede reaccionar frente a ellos a través de lo dispuesto en este precepto, cuando las propias normas estatutarias posibilitan vedar de antemano determinadas actividades que permitan delimitar a los copropietarios la finalidad fundamentalmente residencial de sus inmuebles; pero también a través de los

acuerdos de limitación o de interdicción del aprovechamiento y explotación económica de las viviendas a través de su arrendamiento con finalidades turísticas.

Como refuerzo de su argumento, el TS trae a colación la doctrina del TC que ha reconocido que las restricciones legales o estatutarias al derecho de goce de los pisos en comunidades de vecinos no son, por sí mismas, contrarias al art. 33 de la CE, siempre que obedezcan a la función social de la propiedad privada (SSTC 301/1993, de 21 de octubre, y 28/1999, de 8 de marzo). Dentro de esta función social, el TS considera que es una aspiración legítima de una comunidad de propietarios la evitación de potenciales molestias para el resto de los vecinos (art. 7.2 de la LPH) y de posibles conflictos de convivencia entre los propietarios y los indeterminados y ocasionales usuarios de uno o varios de los departamentos.

Por otra parte, la Sala de lo Civil pone de manifiesto que sería contradictorio someter la prohibición de los alquileres turísticos al régimen de unanimidad, puesto que ello sería tanto como hacerla imposible, ya que bastaría el voto en contra del propietario del piso en el que se pretende ejercer la actividad para impedir la válida adopción del acuerdo, al tiempo que recuerda como, de hecho, la regla general de la unanimidad en estas cuestiones se ha desdibujado gradualmente por el propio legislador hasta el punto de reconocerlo expresamente la propia jurisprudencia del Tribunal Supremo en la STS 1232/2024, de 3 de octubre (JUR 2024\369472): «*la regla de la unanimidad (cada vez más en retroceso, tras las últimas reformas legales, como demuestra la modificación de la LPH por el Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre)*» (F.D. 6º.8).

Asimismo y con la misma mayoría reforzada de tres quintos, el art. 17.12 de la LPH permite establecer cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación en los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, «*siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20%*». Lo que no parece amparar la normas es que adicionalmente el acuerdo comunitario establezca limitaciones, restricciones o condicionantes adicionales que supongan un agravamiento económico para el copropietario de estas viviendas. En efecto, el límite del incremento de la participación en los gastos comunes para las viviendas destinadas a alquiler turístico que el art. 17.12 de la LPH fija en el máximo de 20% es un límite objetivo máximo que, incluso, a tenor de los intérpretes de esta norma no impide su impugnación en aquellos casos en los que resulte excesivo o abusivo atendiendo a las circunstancias particulares del caso (en este sentido se pronuncian, *v.gr.*, MARTÍNEZ CALVO, «Alojamiento colaborativo y propiedad horizontal: regulación de las viviendas turísticas por parte de

las comunidades de propietarios», en *Truismo, vivienda y economía colaborativa* [MUNAR BERNAT y otros], Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 2020, p. 477; CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Pisos turísticos y comunidades de vecinos. Comentario al art. 17.12 de la LPH*, Ed. Reus, Madrid, 2022, pp. 137-138 y 179-180).

En consecuencia, el establecimiento o la previsión de condicionantes y exigencias económicas y/o patrimoniales adicionales a las que permite adoptar el art. 17.12 de la LPH (como pueden ser, *v.gr.*, la exigencia de una fianza, la constitución de un seguro específico o la asunción de una responsabilidad solidaria), al amparo de la mayoría cualificada que contempla, exigiría su previsión estatutaria o el acuerdo adoptado por la unanimidad de los copropietarios de conformidad con el art. 5.III de la LPH. Así lo consideraba, antes de la vigente reforma del art. 17.12 de la LPH, *v.gr.*, FUENTES-LOJO RIUS («La regulación del negocio de los pisos turísticos en las comunidades de propietarios», *Diario La Ley*, núm. 9234, 9 de julio de 2018, pp. 5-6; señalando que todos estos pactos posibles han de constar en el título constitutivo o en los estatutos de la comunidad, «*ya que no estamos ante meras normas de convivencia vecinal, sino ante normas que establecen limitaciones de uso de los elementos privativos*») y, tras la reforma, BERENGUER ALBALADEJO («Acuerdos comunitarios para regular el ejercicio del arrendamiento turístico de vivienda: exégesis del art. 17.12 LPH», en *El alojamiento colaborativo. Problemática judicial actual de las viviendas de uso turístico* [LÓPEZ SÁNCHEZ, Coord.], Ed. Dykinson, Madrid, 2022, pp. 172 y ss.); siendo de aplicación esta misma exigencia para todos los acuerdos que supongan una limitación o una restricción en el uso y destino de pisos a alquiler turístico que no tengan o que no encuentren amparo normativo den el referido precepto como es el caso del acuerdo impugnado en virtud de la presente demanda.

Incluso distintos órganos jurisdiccionales, interpretando y aplicando el art. 17.12 de la LPH, han declarado nulos acuerdos de comunidades de propietarios adoptados con la mayoría reforzada contemplada en este precepto en aquellos casos en los que la comunidad de propietarios demandada no haya acreditado que, en el caso concreto, la actividad turística en un elemento privativo dentro del inmueble altera la normal convivencia o producen algún tipo de perjuicio a la comunidad de propietarios. Así, en este sentido, *v.gr.*, la SJPI núm. 7 de Córdoba 45/2022, de 21 febrero (ECLI: ES:JPI:2022:241) que anula el acuerdo de la comunidad de propietarios demandada prohibiendo el uso en régimen de alquiler turístico de los pisos que la conforman, afirmando, en su F.D. 6º, que «*no se puede prohibir de forma general e*



*injustificada una actividad en principio perfectamente legal y lícita*». Por su parte, la SAP de Madrid, Secc. 20ª, 218/2022 de 15 junio (ECLI: ES:APM:2022:9236), revocando la sentencia dictada en la primera instancia, declara la nulidad del acuerdo adoptado por la Comunidad de Propietarios demandada en virtud del que pretende someterse el ejercicio de la actividad turística en los pisos privativos a la autorización de la comunidad, que habría de adoptarse por unanimidad, considerando la AP de Madrid que, a través del acuerdo impugnado, se había introducido una cláusula estatutaria que persigue limitar o condicionar el uso turístico de los pisos o elementos privativos del inmueble.

En todo caso, no puede dudarse de que estamos ante un acuerdo que limita las facultades del propietario del piso / elemento privativo del inmueble, haciéndolo de manera sobrevenida, en tanto que no está prevista tal limitación ni en el título constitutivo, ni en los estatutos de la comunidad de propietarios, de manera que, aun asumiendo que la limitación de este tipo de uso para los elementos privativos que no vengan utilizándose en este régimen de alquiler, así como el incremento en el 20% de la contribución a los gastos comunes de la comunidad, tienen el apoyo legal formal que les da el art. 17.12 de la LPH, este apoyo normativo no existe para la imposición de obligaciones adicionales a estos propietarios, debiendo ser interpretado el art. 17.12 de la LPH de manera restrictiva, habida cuenta de que supone una limitación del derecho de propiedad y a tenor de la previsión del art. 3.2 del CC. En efecto, el derecho a la propiedad privada, consagrado en el art. 33 de la CE, es concebido ampliamente en nuestro Ordenamiento jurídico, sin más limitaciones que las establecidas legal o convencionalmente que, en todo caso, deben ser interpretadas de un modo restrictivo. Así lo declara la STS 358/2018, de 15 de junio (ECLI: ES:TS:2018:2202), recordando, con cita de la Sentencia 556/2013, de 4 de marzo (ECLI: ES:TS:2013:4743), *«que los propietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad como consideren más adecuado, a no ser que este uso esté legalmente prohibido. Es decir, que una disposición legal o la administración prohíba esa actividad, por lo que, si el objeto social es correcto, se disponen de los permisos legales, no causa perjuicio a la comunidad y se adoptan medidas protectoras que eviten estos perjuicios no puede limitarse el objeto o destino del local*». Esta misma Sentencia del TS precisó que la interpretación de las limitaciones debe ser siempre de carácter restrictivo, como cualquier menoscabo del derecho de propiedad (v.gr., SSTS de 6 de febrero de 1989 [RJ 1989, 667]; de 7 de febrero de 1989 [RJ 1989\672]; de 24 de julio de 1992 [RJ 1992\6454]; 171/2000, de 29 de febrero de 2000 [RJ 2000\683]; de 21 de abril de 1997 [RJ 1997\3431]; 233/2015, de 5 de mayo

[ECLI: ES:TS:2015:1729] -que declara: *«existe una plena libertad a la hora de establecer el uso que se le puede dar a un inmueble en el ámbito de la propiedad horizontal, de tal forma que los copropietarios no pueden verse privados de la utilización de su derecho a la propiedad del inmueble como consideren más adecuado, a no ser que este uso no esté legalmente prohibido o que el cambio de destino aparezca expresamente limitado por el régimen de dicha propiedad horizontal, su título constitutivo o su regulación estatutaria (SSTS 23 de febrero de 2006 (RJ 2006, 910); 20 de octubre de 2008»-*; y 729/2014, de 3 de diciembre [ECLI: ES:TS:2014:5403]).

En el contexto social, económico y normativo que he enunciado en el primer párrafo de estas reflexiones, son varias las iniciativas o propuestas del legislador para evitar la huida de los propietarios hacia el arrendamiento de corta duración o de uso turístico que determina que las medidas adoptadas en la Ley 12/2023, en vez de favorecer que se alcance el fin prístino de la norma, consigan justo el efecto contrario. Entre estas medidas se encuentra el RD 1312/2024, de 23 de diciembre, *por el que se regula el procedimiento de Registro Único de Arrendamientos y se crea la Ventanilla Única Digital de Arrendamientos para la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración* (BOE de 24 de diciembre de 2024) -Decreto sobre alquileres de corta duración (incluyendo los alquileres turísticos, los alquileres de temporada, los alquileres de habitaciones o de otras propiedades que permitan el alojamiento de corta duración, como es el caso del alojamiento en buques, embarcaciones o artefactos navales, siempre que aquel no esté vinculado a un servicio que posibilite o determine la navegación)-, elaborado por el Ministerio de Vivienda y Agenda Urbana, por el que se crea la ventanilla única digital de arrendamientos y se regula la recogida y el intercambio de datos relativos a los servicios de alquiler y alojamientos de corta duración. Con esta norma reglamentaria se da cumplimiento a las exigencias del Reglamento (UE) 2024/1028, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de abril de 2024, en el que se establecen una serie de obligaciones y de regulaciones en materia de información que se aplican a los servicios de alquiler de alojamientos de corta duración cuando los Estados miembro hayan establecido procedimientos de registro para las unidades situadas en su territorio. En el preámbulo de esta norma reglamentaria, se da cuenta precisamente de la inquietud generada por la referida situación de la vivienda en España, al señalar que el alquiler de corta duración crea muchas oportunidades, tanto para los huéspedes, como para los propietarios anfitriones y para el conjunto del ecosistema turístico, tan relevante en la economía española; pero, al tiempo tiene un

efecto negativo que se manifiesta en la disminución del número de viviendas disponibles en régimen de arrendamiento de larga duración (para uso de vivienda en términos de la LAU), así como en el incremento del precio de estos alquileres. Con las previsiones de la norma reglamentaria se pretenden sentar las bases para afrontar estos problemas y los retos que suscitan, partiendo del refuerzo de la información disponible en relación con los alquileres de corta duración.

La norma, siguiendo las previsiones del Reglamento UE citado, pretende restringir los supuestos en los que los propietarios de vivienda pueden acudir al arrendamiento de corta duración, con la finalidad de evitar que con estas fórmulas contractuales se evite la aplicación de la norma que debería resultar de aplicación (la LAU) y a estos efectos, se exige: 1º) Que concurra una causa que justifique el carácter temporal del arrendamiento (*v.gr.*, vacacionales o turísticas, laborales, de estudios, de tratamiento médico o cualquier otra que no suponga una necesidad de vivienda de carácter permanente). 2º) Que las viviendas cuenten con equipamiento, mobiliario y enseres adecuados para atender el uso de la unidad de carácter temporal.

En estos supuestos, los arrendadores estarán obligados a obtener un número de registro (con una vigencia de doce meses), aportar la información requerida para su alta o renovación, atender los requerimientos de información y comunicar a las plataformas en línea el número de registro que se haya asignado por el Registro de la Propiedad. Las plataformas, por su parte, estarán obligadas a que en sus aplicaciones los arrendadores identifiquen mediante este número sus viviendas y que sea visible en los anuncios.

De manera paralela, se han presentado distintas iniciativas legislativas de regulación de los alquileres por temporada o de corta duración y del alquiler de habitaciones, como es el caso de la proposición de ley presentada por los Grupos Parlamentarios Plurinacional Sumar, Euskal Herria Bildu, Republicano y Mixto, publicado en el BOCG de 5 de julio de 2024. A través de esta proposición se pretende reformar determinados preceptos de la LAU (arts. 2, 3.2, 4.2, 8, 11, 36) con la finalidad de extender derechos propios del arrendatario de vivienda al arrendatario por motivos temporales, así como exigir que la causa que justifica la temporalidad del arrendamiento se exprese en el contrato; e introducir dos nuevos artículos (uno para regular el plazo en los arrendamientos temporales y otro la obligación de conservación de la vivienda). La complejidad de alcanzar mayorías parlamentarias en el seno de la XV Legislatura dificulta augurar el éxito de esta iniciativa.

# LA LIBERACIÓN ANTICIPADA DEL FIADOR *PROHIBENTE DEBITORE*: ANÁLISIS SOBRE SU PROCEDENCIA Y EFECTOS<sup>1</sup>

*The early release of the prohibente debitor surety: analysis of its origin and effects*

ITZIAR ALKORTA IDIAKEZ

[itziar.alkorta@ehu.eus](mailto:itziar.alkorta@ehu.eus)

Profesora Titular de Derecho Civil

Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

## *Cómo citar / Citation*

Alkorta Idiakez, I. (2024).

La liberación anticipada del fiador *prohibente debitor*. Análisis sobre su procedencia y efectos.

*Cuadernos de Derecho Privado*, 10, pp. 12-51

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.67>

(Recepción: 08/10/2024; aceptación: 23/12/2024; publicación: 30/12/2024)

## *Resumen*

El presente artículo examina la figura jurídica del fiador *prohibente debitor*, es decir, aquel que se compromete como fiador en contra de la voluntad expresa del deudor principal. A partir de un análisis histórico y doctrinal, se exploran los antecedentes y las distintas etapas del desarrollo de esta figura, destacando las posturas sobre su validez y los derechos del fiador para liberarse de su obligación antes de pagar. Se analizan las acciones de liberación y cobertura del fiador contempladas en el artículo 1.843 del Código civil, su regulación en el derecho comparado, y las diversas interpretaciones sobre su utilidad y legitimidad en la codificación moderna. El trabajo concluye con una propuesta de interpretación coherente con el sistema del Código Civil español, abogando por el rechazo de las acciones de relevación por parte del fiador *prohibente debitor* en función del interés del deudor y la sistemática del propio Código.

## *Palabras clave*

Fiador *prohibente debitor*, liberación anticipada, acción de relevación, acción de cobertura, mandato, Código Civil.

## *Abstract*

This article examines the legal figure of the *prohibente debitor* surety, meaning a surety who guarantees a debt against the express will of the principal debtor. Through historical and doctrinal analysis, it explores the origins and various stages of development of this figure, highlighting positions regarding its validity and the surety's rights to be released from obligation before payment. The paper examines surety release and coverage actions in the Spanish Civil Code's article 1.843, their evolution in comparative law, and differing interpretations of their utility and legitimacy in modern codifications. The study

---

<sup>1</sup> Este trabajo se enmarca en el Proyecto de I+D+i 2020-119816GB-I00 financiado por MCIN/AEI /10.13039/501100011033 y en el Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco GIC IT-1445-, de los que es I.P. el Dr. Galicia Aizpurua.

concludes with a proposal for a coherent interpretation aligned with the Spanish Civil Code, advocating for the acceptance or rejection of surety actions based on the debtor's interests and contemporary legal doctrine.

**Keywords:**

*Prohibente debitore* surety, early release, coverage action, mandate, Civil Code.

**SUMARIO:**

---

I. INTRODUCCION. II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA. II.1. La acción de relevación del fiador antes del pago en el Derecho histórico: una cuestión controvertida. a) El recurso de la *actio mandati contraria* para recuperar la libertad del fiador. b) El Derecho común castellano. c) El Derecho moderno: La crisis del mandato de fianza y el paso a la fianza tipificada. d) El Código civil francés y el Anteproyecto belga de LAURENT. e) La codificación española. II.2. La oposición del deudor principal a la constitución de la garantía y su reflejo en la acción de relevación del fiador *antequam solvens*. a) Derecho romano y Recepción. b) El Derecho castellano. c) La codificación española. III. DERECHO COMPARADO. IV. A FAVOR DE LA LEGITIMACIÓN DEL FIADOR *PROHIBENTE DEBITORE* PARA EJERCITAR LA ACCIÓN DE RELEVACIÓN DE LA FIANZA. IV.1. El argumento formal: interpretación literal del art. 1.843. IV.2. Beneficio del deudor: la fianza *prohibente debitore* y la fianza *in rem suam*. VI. LAS TESIS CONTRARIAS A LA LEGITIMIDAD DEL FIADOR *PROHIBENTE DEBITORE* PARA EJERCITAR LAS ACCIONES DEL ART. 1.843. VII. NATURALEZA DE LAS ACCIONES DE RELEVACIÓN Y COBERTURA: UNA NUEVA INTERPRETACIÓN DE LA FIANZA *PROHIBENTE DEBITORE*. VIII. CONCLUSIONES. *Bibliografía*.

---

**I. INTRODUCCIÓN**

La fianza, como institución jurídica, ha sido objeto de numerosos debates y controversias a lo largo de la historia del Derecho civil continental. En particular, la figura del fiador que se obliga en contra de la voluntad del deudor o a pesar del deudor, conocida como fianza *prohibente debitore*, presenta interrogantes únicos en cuanto a su validez y a los derechos de regreso y relevación que asisten al fiador en estos casos. Aunque el artículo 1.838 del Código Civil parece marginar este tipo de fianza, el silencio del artículo 1.843 al respecto abre la posibilidad de que el fiador pueda ejercitar las acciones de relevación y cobertura, incluso cuando el deudor se ha opuesto a la constitución de la garantía.

La doctrina contemporánea e histórica ha debatido sobre las circunstancias en que el fiador está autorizado a interferir en la esfera jurídica del deudor, otorgando distinto valor, según la escuela o la etapa histórica, al interés o utilidad del deudor afianzado.

Aunque la validez del cumplimiento por parte del fiador *prohibente debitore* no plantea dudas, se ha debatido si el fiador antes de haber pagado puede pedir su liberación en las circunstancias enunciadas en el artículo 1.843 cuando acordó la fianza con el acreedor en contra de la voluntad expresa del deudor afianzado.

La rareza del supuesto – en la práctica no son muchos los casos en los que el deudor se opone a la constitución de la fianza, a no ser que se trate de fianzas predatorias o *in rem suam*– quizá no justifique dedicar excesiva atención a la figura, máxime cuando la jurisprudencia existente sobre la materia es muy escasa.<sup>2</sup> Sin embargo, estas acciones, que apenas se utilizan, lejos de ser meras piezas de museo, revisten un interés fundamental para construir una dogmática coherente de la fianza contemporánea. El estudio de la cuestión de su admisión o rechazo reviste un notable interés dogmático en la medida en que aborda el problema de la relación interna entre el deudor y el fiador que, a la postre, condiciona el contrato de fianza. De ahí el interés de su estudio.

Para resolver esta cuestión, es pues preciso indagar en la naturaleza de la relación entre fiador y deudor, sus reglas y límites. Una relación que quedó ensombrecida en la

---

<sup>2</sup> La SAP Córdoba, Sec. 1ª, 78/1992, de 15 de mayo de 1992, se refiere a este hecho con las siguientes palabras: “[...] lo que ocurre, y de ahí la escasa jurisprudencia sobre la materia, es que tales clases de sentencias resultan de difícil ejecución, pues los remedios que, conforme a lo establecido en el apartado final de la norma se conceden al fiador contra el deudor principal, antes de haber pagado, se desdobra en dos acciones con distinto objetivo; una tendente a que le releve de la fianza, y otra a lograr una garantía que le ponga a cubierto de los riesgos que el propio precepto enuncia. Es decir que el deudor debe relevar al fiador, liberándole de la responsabilidad que contrajo frente al acreedor, o debe garantizarle el ejercicio de la acción de regreso, susceptible de ejercitarse tan pronto pague al fiador. El primer remedio, consistente en la relevancia de la garantía asumida, sólo puede lograrla el deudor principal, según afirma Guilarte Zapatero, mediante dos procedimientos: bien pagando la obligación fiada, bien llegando a un acuerdo con el acreedor para que éste renuncie a la fianza o a su ejercicio. Pero ante la negativa o la imposibilidad del deudor a pagar, la doctrina se muestra contraria a la posibilidad de una ejecución forzosa y específica de la obligación, por entender que el fiador carece de acción directa contra el deudor para imponerle el cumplimiento coactivo de la obligación fiada o para procurar al acreedor tal cumplimiento. La otra posibilidad de exoneración de la fianza es aún más difícil por quedar al margen de la voluntad del deudor, pues precisará siempre de un acuerdo con el acreedor para que éste renuncie a la garantía o se comprometa a no ejercitarla, y no hay que ser muy perspicaz para anticipar que el acreedor no querrá ver disminuida la garantía del cobro de su crédito. En consecuencia, la liberación del fiador por este primer remedio cuenta con escasas posibilidades de éxito. Respecto al segundo remedio, con independencia de las dificultades que pueden surgir para el cumplimiento voluntario por parte del deudor de la pretensión del fiador, la cuestión surge cuando el deudor se niega a prestar la garantía solicitada o no la ofrece con las características necesarias para asegurar al fiador. La doctrina entiende que por tratarse de una obligación de hacer no es fácil admitir que pueda ser suplida su voluntad a los efectos de constitución de la garantía, pero observa Cossio que, ante la negativa injustificada del fiador, podrá obtener un embargo preventivo de sus bienes. En suma, entiende la doctrina que, ejercitado su derecho por el fiador, corresponde al deudor optar por relevarle de la fianza asumida o por garantizarle, pero si voluntariamente el deudor no procura ninguno de dichos resultados, la única medida eficaz que asiste al fiador será la de trabar los bienes de aquél mediante el oportuno embargo preventivo”; en este mismo sentido la SAP Sevilla, Secc. 5ª, 786/1999, de 25 de noviembre de 1999.

codificación, pero que, como veremos, sigue conservando las acciones de liberación y cobertura provenientes del mandato, como si se tratara de un fenómeno de cristalización.

En primer lugar, este trabajo se adentra en el análisis histórico y doctrinal de las acciones de relevación y cobertura, explorando las posturas que han surgido en las distintas etapas del desarrollo de las mismas. Desde el Derecho romano clásico hasta la codificación moderna, examinaremos cómo han abordado los juristas la cuestión de si el fiador tiene derecho a liberarse de su obligación antes de pagar cuando actúa en contra de la voluntad del deudor. A través de este recorrido, se busca ofrecer una comprensión integral de la naturaleza y los límites de la relación entre el fiador y el deudor en estos casos excepcionales; y arrojar algo de luz sobre cómo se ha interpretado su utilidad y legitimidad a lo largo del tiempo.

En la segunda parte del estudio dedicaremos un apartado a la comparación de la regulación española con la solución aportada por otros ordenamientos cercanos que también reflejan distintos enfoques en cuanto a la admisibilidad de la figura.

Nos referiremos después a la naturaleza de las acciones de liberación y cobertura y a su fundamentación actual. El debate sobre la naturaleza de las acciones de liberación ha estado condicionado por el parentesco originario entre las figuras de mandato y fianza, dando lugar a una disputa doctrinal que se prolongó durante siglos y que aún continúa. La tipificación de ambas figuras de forma separada durante la codificación no ha resuelto el problema. Por una parte, la constante interferencia del mandato en el estudio de la fianza ha dificultado la definición precisa de los elementos que la caracterizan y, por otra, su regulación sigue provocando confusión al delimitar las consecuencias de la fianza en la relación interna entre deudor y fiador.

A continuación, consideraremos las tesis favorables y contrarias que propone la doctrina civilística a la legitimación del fiador *prohibente debitore* para ejercitar las acciones del art. 1.843, destacando los argumentos principales de cada posición.

Finalmente, el estudio concluye con una interpretación que, en nuestra opinión, puede reforzar los argumentos de la tesis prohibitiva, logrando una mayor coherencia con la sistemática del Código Civil.

## II. EVOLUCIÓN HISTÓRICA

A lo largo de dos mil años de evolución, muchos principios de la fianza romana han adquirido el valor de dogma.<sup>3</sup> La recepción del Derecho romano en materia de fianza llevó a los juristas a modelar esta figura sobre el esquema justiniano, cuyo régimen influyó en la codificación y sigue reflejándose en las cuestiones dogmáticas debatidas en la actualidad. Esta reglamentación justiniana, perfilada por el Derecho común de las diversas regiones europeas, presenta una notable uniformidad en la regulación positiva de la fianza debida a la fidelidad al planteamiento original del Derecho romano.

El Derecho romano clásico desarrolló la institución jurídica de la *fideiussio*, a la que se aplicaban las acciones *mandati contraria* y *utilis negotiorum gestorum contraria* del fiador derivadas del mandato y de la gestión de negocios ajenos, respectivamente.

El Digesto recoge la tradición histórica de estas acciones, entendiendo que, por razones de equidad, la liberación anticipada del fiador debe producirse de forma excepcional, cuando se den determinados supuestos que justifiquen la desvinculación del fiador-mandatario. Las Partidas castellanas reflejan fielmente las acciones contempladas en la Compilación justiniana.

Sin embargo, la interpretación que los Comentaristas medievales hicieron de estos preceptos los llevó a afirmar el principio contrario: en base a la protección de los intereses del deudor, no cabe liberar al fiador antes de haber pagado, ni siquiera en situaciones excepcionales como las recogidas en el Digesto. Como veremos, tanto los juristas clásicos como los Comentaristas empleaban argumentos basados en las características propias del contrato de mandato.

Con el Derecho intermedio, la fianza se emancipa del mandato y adquiere entidad propia gracias a la teoría sobre la abstracción de la causa en los contratos accesorios a la que haremos referencia en el epígrafe II.1 de este trabajo. En la etapa codificadora, la configuración autónoma de la fianza se reflejará en los Códigos de influencia francesa, que recoge las acciones de garantía y liberación del fiador antes de haber pagado, pero

---

<sup>3</sup> El epígrafe sobre la evolución histórica se ha basado en bibliografía especializada sobre la fianza en el Derecho romano y en el Derecho común. En particular, las obras de los Glosadores y Comentaristas citadas en el trabajo están tomados de estas mismas fuentes. Arangio-Ruiz (1965); Burdese (1952); Campogrande (1902); Casanovas Mussons (1984:85-120); De Martino (1940); D'Ors (1991); Martini (2000); Miquel Gonzalez de Audicana (2019); Ortuño Sánchez-Pedreño (1998:82-122); Ravazzoni (1975); Reyes López, y Buigues Oliver (1995: 1451-1509); Sokolowski (1891); Torres Parra (1998). Las traducciones del Digesto que se recogen en este trabajo han sido tomadas de "El Digesto del Emperador Justiniano" traducido y publicado por Rodriguez de Fonseca (1872-1874).



sin hacer referencia a la relación de mandato de la cual se originaron. Sin embargo, la tipificación de la fianza como negocio jurídico no resolvió la cuestión histórica de la admisibilidad de la misma cuando la obligación se contrae contra la voluntad expresa del deudor al omitir cualquier referencia al respecto en la codificación de la figura.

El silencio del Código ha sido interpretada en sentido positivo por parte de la doctrina contemporánea mayoritaria, favorable a conceder acción liberatoria al fiador prohibente debitore en los casos contemplados en el artículo 1.843. A esta doctrina mayoritaria se ha opuesto más recientemente una opinión minoritaria a la que nos sumamos, y a cuyo argumentario pretendemos contribuir mediante este trabajo.

## **II.1. La acción de relevación del fiador antes del pago en el Derecho histórico: una cuestión controvertida.**

El vigente artículo 1.843 del Código Civil tiene raíces profundas que se remontan al Derecho romano clásico, aunque, como veremos a continuación, la concepción de la naturaleza y de la justificación de la propia acción contemplada en dicho artículo han experimentado grandes cambios a lo largo de la extensa historia del precepto.

### *a) El recurso de la actio mandati contraria para recuperar la libertad del fiador*

El Derecho romano poseía una rica tradición en cuanto a obligaciones de garantía. La figura del fiador (*fideiussor*) ya incorporaba la noción de indemnidad, reconociéndose el derecho del fiador *solvens* ha ser indemnizado una vez de cumplir con su deber.

Sin embargo, una peculiaridad de la *fideiussio* era la falta de una acción específica para el regreso del fiador tras haber pagado. Para garantizar la indemnidad del fiador, la jurisprudencia comenzó a utilizar las acciones contrarias del contrato de mandato, incluso en ausencia de un mandato expreso, recurriendo para ello al mandato tácito.<sup>4</sup>

El Derecho romano de la época clásica permitía al fiador usar la *actio mandati contraria* no solo para regresar,<sup>5</sup> sino también para liberarse de su obligación antes de

---

<sup>4</sup> Bernad Segarra (1999: 78) explica que la jurisprudencia utilizó la *actio mandati contraria* con esta función, aplicándola no solo a la *fideiussio*, sino también a la *sponsio* y a la *fidepromissio*. Así, el *sponsor* podía ejercer el regreso contra el deudor principal tanto con la *actio depensi* como con la *actio mandati contraria*. El Derecho justiniano finalmente asimiló la figura del mandante con la del fiador en el *mandatum credendae pecuniae* y en el *mandatum qualificatum*.

<sup>5</sup> Además, la *actio cedendarum actionum* permitía al fiador que había pagado la deuda obtener la cesión de las acciones que el acreedor tenía contra el deudor principal. Esta acción complementaba a la *actio mandati contraria* al proporcionar una vía adicional para asegurar el reembolso.

cumplirla. De hecho, no se concede al fiador acción especial para pedir su liberación, sino la normal del mandato.

Esta doctrina quedó reflejada en la compilación justiniana a través de las leyes “Si pro ea” (C. 4.35.10) y “Lucius” (D. 17.1.38.1) a las que se añade la Decretal “Eum, pro quo te” (Extra 3.22.5), que otorgaban al fiador dicha acción de liberación anticipada en determinadas circunstancias.<sup>6</sup>

Los supuestos recogidos en estas leyes -que coinciden en gran medida con la actual regulación del art. 1843 del Código civil- incluyen:

- a) La condena del fiador.
- b) La excesiva prolongación de la obligación.
- c) La dilapidación o prodigalidad del deudor principal.
- d) El pacto *ab initio* entre deudor y fiador para liberar al fiador.
- e) La consignación por el fiador de la cantidad debida, ante la negativa del acreedor a recibirla o por otro motivo.<sup>7</sup>

---

<sup>6</sup> Ley “Si pro ea” (C.4.35.10). Imperatores Diocletianus, Maximianus. “*Si pro ea contra quam supplicas fideiussor seu mandator intercessisti et neque condemnatus es neque bona eam dilapidare postea coepisse comprobare possis, ut iustam metuendi causam praebat, neque ab initio ita te obligationem suscepisse, ut eam possis et ante solutionem convenire, nulla iuris ratione, antequam satis creditori pro ea feceris, eam ad solutionem urgueri certum est. Fideiussorem vero seu mandatorem exceptione munitum et iniuria iudicis damnatum et appellatione contra bonam fidem minime usum non posse mandati agere manifestum est.* » [Si has intervenido como fiador o mandatario por la persona contra la cual suplicas, y no has sido condenado ni puedes demostrar que ella comenzó a dilapidar sus bienes posteriormente, de manera que proporcione una causa justa para temer, ni desde el principio asumiste la obligación de tal manera que pudieras convenirla antes del pago, es seguro que no puede ser obligada al pago de ninguna manera legal antes de que hayas satisfecho al acreedor por ella. Es evidente que el fiador o mandatario, protegido por una excepción y condenado injustamente por un juez, y que no ha usado de la apelación contra la buena fe, no puede ejercitar la acción de mandato]. “Ley Lucios” (D. 17.1.38.1) Marcellus I.S. resp. “*Est enim earum specierum iudicialis quaestio, per quam res expediatur, non absimilis illa, quae frequentissime agitari solet, fideiussor an et prius quam solvat agere possit, ut liberetur. nec tamen semper exspectandum est, ut solvat aut iudicio accepto condemnetur, si diu in solutione reus cessabit aut certe bona sua dissipabit, praesertim si domi pecuniam fideiussor non habebit, qua numerata creditori mandati actione reum conveniat.*” [Es una cuestión judicial de tales tipos, mediante la cual se resuelve un asunto, no muy diferente a aquella que frecuentemente se discute, sobre si el fiador puede actuar para liberarse antes de pagar. No obstante, no siempre se debe esperar a que pague o a ser condenado en un juicio, si el deudor se demora mucho en el pago o definitivamente dilapida sus bienes, especialmente si el fiador no tiene dinero en casa para pagar al acreedor y luego demandar al deudor mediante la acción de mandato.”] Compilación de Decretales. Gregorio IX. (Extra 3.22.5) “*Ponit tres casus, in quibus fideiussor contra debitorem agit, antequam solvat, ut a fideiussione liberetur. Eum, pro quo te fideiussorem obligasti, si diu in debiti solutione cessavit, aut dissipare bona sua coepit, seu super hoc condemnatus fuisti, iure poteris convenire, ut te a fideiussione debeat liberare.*” [Establece tres casos en los que el fiador puede demandar al deudor antes de pagar, para liberarse de la fianza: puedes legítimamente demandar a aquel por quien te has obligado como fiador, si se demora mucho en el pago de la deuda, si comienza a dilapidar sus bienes, o si has sido condenado por esto, para que deba liberarte de la fianza.]

<sup>7</sup> Este último supuesto se hacía derivar de las leyes “Qui mutuum”, D. 17.1.56.1 y “Fideiussor qui minori”, D. 46.64; pero, no fue un supuesto unánimemente aceptado por la doctrina. Como veremos más adelante, se incluyó en la Partida 5ª, tit. 12, le 14, convirtiéndose en la 3ª de las razones por las cuales “*se desata la fiadura*”.

Estos supuestos comparten el motivo común de la mayor onerosidad para el fiador –salvo en el caso de que se trate de una liberación pactada entre fiador y deudor-, quien se encuentra en una situación más gravosa que la original debido a hechos no asumidos por él en el momento de constituirse la fianza. La acción anticipada de mandato buscaba evitar la indefensión del fiador y prevenir la frustración de sus expectativas de reintegro.

Es cierto que la anticipación de la *actio mandati contraria* antes de haber pagado conlleva un contenido distinto al que se ejercita una vez cumplido el mandato. Aunque, esta diversidad de contenido no implica que varíe la naturaleza de la acción cuando se ejercita antes de pagar. La especialidad radica en los supuestos en que se concede, pero, en ningún caso la acción contraria de mandato pierde su carácter recuperatorio, dirán los jurisprudentes.<sup>8</sup>

En estos casos, la doctrina argumentaba que, dado que el fiador no ha efectuado desembolso alguno, su pretensión no puede ser económica.<sup>9</sup> Es cierto que antes de haber pagado no cabe por el fiador petición alguna de reintegro económico. Donello (1846) dirá que, desde un punto de vista económico, “*nihil autem abesse videtur ei qui non solvit*” (nada parece faltar a quien aún no ha pagado).<sup>10</sup> Pero, la objeción es más aparente que real, ya que si antes de haber pagado no cabe por parte del fiador petición alguna de reintegro económico, sin embargo, “*el fiador reclama lo que falta debido al mandato*”.<sup>11</sup> En suma, la concesión de la *actio mandati contraria* no es económica sino jurídica, legítima al fiador para liberarse del vínculo jurídico que se vuelve en perjuicio suyo por causas ajenas a su voluntad.

En consecuencia, fuera del campo económico, la pretensión del fiador es estrictamente jurídica: la recuperación de su libertad. La concesión de la acción de mandato contraria legitima al fiador para liberarlo del vínculo jurídico que, aunque

<sup>8</sup> Duarenus (1766: 518) aclara que también en estos supuestos “*mandatarius hac actione petit id quod sibi abest*” [con esta acción el mandatario pide lo que le falta].

<sup>9</sup> Iacobus Butrigarius (1516); Bartulus de Saxoferrato (1547); Paulus De Castro (1553).

<sup>10</sup> En estos supuestos resulta aplicable al fiador la ley “*Si quis mandato*” la cual establece que al mandatario-fiador “le falta aquello en lo que está obligado”. Obsérvese que el término “*abesse*” que emplea la doctrina se refiere al pago y no a la obligación del fiador. Por otra parte, Donellus (1846) advierte de que “toda acción es vana a menos que se trate de algo que se demande”.

<sup>11</sup> Ley “*Si quis mandato*” (D 17.1.45.5) Paulus 5 ad plaut. “*Quotiens autem ante solutam pecuniam mandati agi posse diximus, faciendi causa, non dandi tenebitur reus: et est aequum, sicut mandante aliquo actionem nacti cogimur eam praestare iudicio mandati, ita ex eadem causa obligatos habere mandati actionem, ut liberemur.*” [Cuántas veces hemos dicho que se puede actuar mediante mandato antes de pagar el dinero, el deudor estará obligado a hacer, no a dar: y es justo que, así como cuando alguien nos manda ejercer una acción, estamos obligados a cumplirla mediante la acción de mandato, de la misma manera, los que están obligados por la misma causa tengan la acción de mandato para liberarse.]

asumido voluntariamente frente al deudor principal, se vuelve en perjuicio suyo por causas ajenas a su voluntad. Es decir, el fiador actúa para ser liberado de esa obligación y así volver a su libertad original.

La liberación supone para el deudor principal una obligación de hacer y no de dar, a diferencia de los casos normales de ejercicio de la acción.<sup>12</sup> En definitiva, Donellus (1846: 67) dirá que: “[...] quien busca ser liberado actúa para hacer, no para dar”, dirá la doctrina. De modo que el fiador no actúa contra el deudor para que le pague el dinero debido, sino para que el acreedor lo libere.

Por otra parte, las leyes que otorgan el beneficio de liberación anticipada (“Si pro ea”, “Lucios”) no distinguen entre fiador mandatario y no mandatario. La *actio mandati contraria* y la gestión de negocios ajenos contraria tienen idéntica finalidad y contenido para el fiador cuando se trata de reconocer la acción *ad liberandum*, cuestionándose así Odofredus (1552) en esta temprana época la utilidad de la distinción entre fiador con o sin mandato, y, como veremos más adelante, a la postre la necesidad del propio recurso al mandato para justificar la concesión de las acciones de regreso y liberación anticipada al fiador que carecía de mandato expreso.

Los Glosadores, por su parte, pusieron en duda la doctrina de la liberación anticipada del fiador que había elaborado el Derecho romano. Accursio, apoyándose en el Digesto, consideró que el fiador no podía emplear las acciones de mandato o gestión oficiosa antes de pagar: “[...] *obligatus pro alio antequam solvat agere non potest*” [el obligado por otro, antes de pagar, no puede ejercitar acciones].<sup>13</sup> Los Glosadores basaban su razonamiento en la interpretación de dos leyes también recogidas en el Digesto: la “*Lex Indebitum*” y la “*Lex Incomodatum*”, que negarían al fiador la legitimación para ejercer la *actio mandati contraria* antes de haber pagado.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Así, basándose en la ley “Si quis mandato” (D. 17.1.45.5), antes de pagar el dinero, se actúa con el fin de hacer y no para dar.

<sup>13</sup> D. 46.1.58 pr. Esta sección del Digesto trata de las obligaciones y limitaciones de los fiadores y otras partes involucradas en contratos y garantías. En este contexto, se establece que el fiador no puede ser obligado a actuar antes de que el deudor principal haya cumplido con su obligación. Accursius (1969:45).

<sup>14</sup> La “*Lex Indebitum*” (D. 12.6.47) Celsus 6 dig. “*Indebitam pecuniam per errorem promisisti: eam qui pro te fideiusserat solvit. ego existimo, si nomine tuo solverit fideiussor, te fideiussori, stipulatorem tibi obligatum fore: nec exspectandum est, ut ratum habeas, quoniam potes videri id ipsum mandasse, ut tuo nomine solveretur: sin autem fideiussor suo nomine solverit quod non debebat, ipsum a stipulatore repetere posse, quoniam indebitam iure gentium pecuniam solvit: quo minus autem consequi poterit ab eo cui solvit, a te mandati iudicio consecuturum, si modo per ignorantiam petentem exceptione non summovertit.*” Esta ley establece que el mandato recibido por el fiador incluye obligarse y pagar por el deudor, y antes del pago, no se ha cumplido el mandato, por lo que el fiador no podía tener la acción derivada del mismo. La “*Lex Incomodatum*” (D. 13.6.17.3) Paulus 29 ad ed. “*Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitatis est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit. cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum*

La Escuela del Comentario llegó a conclusiones similares a partir de la interpretación de la “*Lex indebitum*”. B. de Sassoferrato (1547) y su discípulo, Baldo Ubaldi (1586), sostuvieron que el pago del fiador era una consecuencia del mandato.<sup>15</sup> La fuerza expansiva del mandato abarcaba la fianza, de forma que la *actio mandati contraria* no podía surgir en ningún caso antes de haber pagado, “*ut impletum sit mandatum*” (que el mandato sea cumplido).<sup>16</sup>

Frente a la teoría anterior, la doctrina Ultramontana y los juristas franceses basaban su rechazo a la liberación anticipada en la “*Lex Incomodatum*”. Según esta interpretación, el pago del fiador no representaba el cumplimiento del mandato recibido, sino de la obligación de fianza: “[...] *solutio venit vi obligationis, sed non vi mandati*” [el pago viene por la fuerza de la obligación, pero no por la fuerza del mandato]. El fiador podía tener acción de mandato si pagaba, ya que asumió su obligación como fiador en calidad de mandatario, pero el pago no integraba la obligación derivada del mandato, sino la de fianza. Si pudiera ejercitar la *actio mandati contraria* antes de cumplir su obligación de pago, no incumpliría el mandato -el fiador dejaba de ser mandatario al aceptar la condición de fiador-, pero privaría al deudor de la utilidad que le proporciona la fianza.<sup>17</sup>

---

*commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficium ac nuda voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem vel testes adhibuissem. idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti aut et iam sciens vitiosa commodaveris: adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet. ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est.”* Esta Ley considera la fianza como un beneficio para el deudor principal, que el fiador no puede frustrar con una renuncia intempestiva, basándose el argumento en la frase final: “[...] *adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet*” [debemos ser ayudados, no engañados, por el beneficio].

<sup>15</sup> Baldus degli Ubaldi (1586) menciona que esta opción privilegió el régimen del mandato en la fianza, orillando paulatinamente el recurso a la gestión de negocios ajenos, aunque también era aplicable en casos residuales. La acción pertinente se determinaba según el conocimiento del deudor principal sobre la constitución de la fianza. La atribución de una u otra acción tiene lugar “*secundum formam fideiussionis, non secundum formam solutionis*”.

<sup>16</sup> Matizando la posición de Baldo de Ubaldi, Odofredo Denari entiende que mientras que el mandatario está obligado por el mandato recibido no solo a afianzar sino también a pagar si no lo hace el deudor, el fiador espontáneo no tiene esta última obligación, de ahí que este antes de haber pagado pueda ejercitar en cualquier caso y no solo en circunstancias excepcionales la *actio negotiorum gestororum contraria*. Existiendo ratificación del negocio por parte del *dominus* el fiador quedaría obligado por el mandato, en cuyo caso solo excepcionalmente gozaría del beneficio de la liberación. Odofredus (1550) en referencia a, lib. III, “*De Negotiis gestis*”, I. Si quis mandato. D. 3.5.28, fol. 139, col. 4.

<sup>17</sup> Donellus (1846) afirmó que la gestión del fiador culminaba con el pago, y su utilidad radicaba en la liberación del deudor principal obtenida a costa del fiador. La expresa contradicción del deudor excluye la eficacia interna de la fianza y, por tanto, toda noción de utilidad: “[...] *cum ita neque fideiubendo neque solvendo videri possit utiliter negotium gessisse debitoris*” [así, ni avalando ni pagando podría considerarse que ha gestionado útilmente el negocio del deudor]. Desde esta perspectiva, la condición jurídica del fiador

La valoración de la fianza como beneficio para el deudor principal constituyó en la doctrina Ultramontana otro importante argumento en favor del principio que impedía la liberación del fiador antes de haber pagado.<sup>18</sup> En este contexto, se entendía que la renuncia intempestiva del fiador "*afectaría al deudor con daño, porque si inmediatamente tuviera que liberarlo, lo engañaría con su beneficio*". De ahí su inadmisibilidad en términos generales según Cardinlis Hostiensis (1556).

*b) El Derecho común castellano*

Las Partidas regulaban en detalle la fianza, inspiradas en el Digesto, que sirvió como elemento de inspiración directa de la Partida V en la que se recogen las diecinueve leyes relativas a la *fiadura*.<sup>19</sup>

Se partía de la regla general de prohibición en relación a la acción de liberación antes del pago: "*[...] el que fuere fiador por otro en alguna cosa, no puede demandar que lo quiete de la fiadura ante que la peche*".

Pero, siguiendo la interpretación literal de la ley "*Si pro ea*", (D.17.1.38 y 56), en la Partida V, título 12, Ley 14, se admitían algunas excepciones a la regla general:

1ª Si el fiador fuere demandado judicialmente a pagar toda la deuda o parte de ella.

2ª Cuando la obligación principal no tenga un término fijo para su vencimiento.

3ª Cuando el fiador, habiéndose cumplido el plazo de la fianza, quiere pagar para no incurrir él ni el deudor en pena, si se puso, y el acreedor rehúsa percibir su crédito.

4ª Si cuando se constituyó la fianza el deudor se obligó a relevarle de la misma en un tiempo determinado y éste ha pasado (lo mismo si la fianza se contrajo bajo condición y ésta se ha cumplido).

5ª Si aquel a quien se fío comienza a malgastar sus bienes.

---

carecía de relevancia frente al deudor afianzado, ya que quedaba anulada por la del mandatario, hasta el punto de que el cumplimiento de la obligación derivada de la fianza se consideraba un cumplimiento del mandato.

<sup>18</sup> Cabe recordar aquí que la ambivalencia de la posición del deudor principal se resolvía en base al criterio de utilidad. Albericus de Rosate (1545) dirá: "*Licet regulariter patientia teneat médium inter consensus et contradictione hic habetur pro consensu ratio est: quod sit ad comodum patientis*" [Aunque regularmente la paciencia se sitúe en un término medio entre el consentimiento y la contradicción, aquí se considera como consentimiento]. La razón es que es para el beneficio del paciente (o de la persona que espera). La utilidad de la fianza debía ser fructífera y no engañosa: "*[...] ut fideiussio sua sit mihi fructosa, et non deceptoria*" (que su fianza me sea fructífera, y no engañosa), ya que "*[...] nihil mihi prodesset fideiussor si statim tenerer liberare eum sic ergo officium suum quod impedendit gratis me potius deciperet quod iuaret*" (de nada me serviría el fiador si inmediatamente tuviera que liberarlo; así, su servicio que impidió gratis me engañaría más de lo que me ayudaría).

<sup>19</sup> Partida V, tit. 12, *De las fiaduras et de las cosas que los homes facen por mandato dotri o de su voluntad sin mandato de los dueños dellas*. "Las Siete Partidas del Rey Don Alfonso el Sabio" ed. Mínguez Fernández et al. (1972).

Estos supuestos eran, como sabemos, coincidentes con las recogidas en el *corpus Justiniano*.

Además, Ortuño Sánchez-Pedreño (1998:120) aclara que de las referidas la jurisprudencia castellana admitía otras causas para liberar al fiador, entre otras, que el fiador tuviera que ausentarse a países remotos y permanecer en ellos mucho tiempo; la enemistad capital entre deudor y fiador, siempre que no hubiera dado motivo a ella el fiador; o el pacto con el deudor de que aun antes de pagar le eximiese de la fianza.

Las disposiciones contenidas en las Partidas sobre la fianza pasarán a las Leyes de Toro de 1505, aunque de forma más dispersa y fragmentaria según señala Imaz Zubiaurre (2024: 58). Como señala Ortuño Sánchez-Pedreño (1998: 201), la Nueva Recopilación, que regula la fianza en las Leyes I a XI, Título XVI del Libro V (“*De los contratos, de las obligaciones, y fianças y deudas y ceffion de bienes que facen los deudores*”), reducirá aún más el contenido de la regulación en los dos aspectos que nos ocupan, acciones de liberación del fiador y fianza *prohibente debitore*.

*c) El Derecho moderno: La crisis del mandato de fianza y el paso a la fianza tipificada*

La tendencia a la progresiva emancipación de la fianza respecto al mandato y a la gestión de negocios ajenos que se había iniciado en el Derecho romano, aunque se interrumpió con la Recepción -debido a la fuerza expansiva que alcanzó el mandato con la Escuela francesa-, volvió a recuperarse por el Derecho intermedio y culminó en la codificación, tipificándose la fianza como contrato propiamente dicho.

No ocurrió lo propio en la codificación alemana. A diferencia de la tradición francesa y castellana, en la Pandectística alemana, siguiendo a Windscheid (1862: 345), no se separó de la idea de mandato en la regulación de la fianza. Tan es así que el BGB sigue contemplando la fianza constituida previo mandato del deudor o como simple gestión de negocios ajenos cuando este mandato no existe.<sup>20</sup>

---

<sup>20</sup> El parágrafo 775 del Código civil alemán establece que: “(1) *Hat sich der Bürge im Auftrag des Hauptschuldners verbürgt oder stehen ihm nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag wegen der Übernahme der Bürgschaft die Rechte eines Beauftragten gegen den Hauptschuldner zu, so kann er von diesem Befreiung von der Bürgschaft verlangen: 1). wenn sich die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners wesentlich verschlechtert haben; 2). wenn die Rechtsverfolgung gegen den Hauptschuldner infolge einer nach der Übernahme der Bürgschaft eingetretenen Änderung des Wohnsitzes, der gewerblichen Niederlassung oder des Aufenthaltsorts des Hauptschuldners wesentlich erschwert ist; 3). wenn der Hauptschuldner mit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit im Verzug ist; 4). Wenn der Gläubiger gegen den Bürgen ein vollstreckbares Urteil auf Erfüllung erwirkt hat. (2) Ist die*

La consideración de la fianza como negocio típico culminó en el Código Napoleón de 1804, reflejándose más tarde en otros códigos que recibieron su influencia, como ocurrió con el Código civil español. Para llegar a tipificar el contrato hubo de superarse primero la idea de la fianza como negocio gratuito, lo que facilitó después la consideración de la garantía personal como un contrato independiente, aunque accesorio en la medida en que garantiza una obligación nacida de otra relación jurídica.<sup>21</sup> Se presumirá que el fundamento jurídico de la obligación del fiador se encuentra en el negocio jurídico principal celebrado entre acreedor y deudor, siendo irrelevante quién inició la fianza (principio *res inter alios acta*).<sup>22</sup> La gestión en abstracto se predicará de la posición del fiador, quien asume las obligaciones del deudor principal, interfiriendo *ex lege* en sus intereses.

Esta nueva concepción propició la resignificación de las acciones de liberación del fiador antes del pago, que pasaron de ser acciones de mandato a acciones típicas. Así, las acciones de regreso y liberación del Código Civil (arts. 1.838 y 1.843) se considerarán facultades *ex lege*, eliminando la necesidad de investigar la relación subyacente.

No obstante, como veremos al analizar la interpretación contemporánea de los artículos mencionados, el recurso a la causa abstracta de la fianza y la tipificación *ex lege* no alcanza por sí sola para sostener el derecho de indemnidad del fiador *prohibente debitore solvens o antequam solvens*.

---

*Hauptverbindlichkeit noch nicht fällig, so kann der Hauptschuldner dem Bürgen, statt ihn zu befreien, Sicherheit leisten.*” [Si el fiador ha afianzado en un mandato del deudor principal o si le corresponden, según las disposiciones sobre la gestión de negocios sin mandato, a causa de la asunción de la fianza, los derechos de un mandatario contra el deudor principal, puede exigir de éste la liberación de la fianza: 1. Si han empeorado notablemente las relaciones patrimoniales del deudor principal; 2. Si la persecución en juicio contra el deudor principal se ha dificultado notablemente a consecuencia de un cambio de domicilio, de establecimiento industrial o del lugar de residencia del deudor principal, ocurrido después de la asunción de la fianza; 3. Si el deudor principal está en mora en el cumplimiento de su obligación; 4. Si el acreedor ha obtenido contra el fiador una sentencia ejecutiva para el cumplimiento. II. Si la deuda principal aún no ha vencido, el deudor principal podrá, en lugar de liberarla, prestar garantía al fiador”].

<sup>21</sup> Heringius señaló que el fiador actúa en beneficio del deudor principal, no en el propio, al avalar y pagar. Esta primera etapa define al fiador como gestor del deudor principal. La relación de fianza implica gestión útil de negocios ajenos, incluso cuando el fiador actúa por mandato del deudor principal. Heringius (1675: 336). Pothier aclaró que el contrato entre fiador y acreedor no era de beneficencia, ya que el acreedor no recibía nada adicional. La fianza garantizaba la deuda, beneficiando al deudor y no al acreedor o fiador, quien tenía derecho a ser indemnizado. Pothier (1768: 376).

<sup>22</sup> Juristas franceses del siglo XVI como Lahary, Chabot y Treilhard abogaron por superar las relaciones subyacentes al contrato de fianza, configurando la subrogación como un beneficio *ex lege* para el fiador, independiente de la acción de mandato.



d) *El Código civil francés y el Anteproyecto belga de Laurent*

El Código Civil francés de 1804 estableció en su art. 2.032 derechos específicos para los fiadores, asegurando su protección ante incumplimientos del deudor.<sup>23</sup> Este artículo permitía al fiador, incluso antes de pagar, actuar contra el deudor para ser indemnizado en varios casos, como requerimientos de pago del acreedor, quiebra del deudor, y otros.<sup>24</sup> También, el art. 2.019 permitía al fiador apremiar al deudor para que cumpliera, aunque no lo liberaba de la fianza.<sup>25</sup>

El art. 2.032 inspiró a su vez la redacción del art. 2.112 del Anteproyecto belga de Código Civil,<sup>26</sup> que a su vez influyó en el Anteproyecto de Código Civil español de 1882. La novedad con respecto al *Code Napoleon* se encuentra en que Laurent añadió dos párrafos, que más tarde fueron incorporados en el Código Civil español de 1889.<sup>27</sup> Como veremos, estos párrafos aclaraban que la acción del fiador buscaba obtener la liberación

---

<sup>23</sup> Antes de la codificación, los ordenamientos locales en Francia incluían normas sobre la fianza y la protección del fiador. La Ordenanza de 1673 sobre el comercio ya contemplaba la protección del fiador, aunque estos principios se ampliaron en el Código Civil de 1804 a partir de la filosofía de la Ilustración que influyó en la regulación de la fianza, promoviendo los principios de equidad e indemnidad del fiador.

<sup>24</sup> Artículo 2.032 del Code Napoleon establecía que: "*El fiador, aun antes de haber pagado, puede actuar contra el deudor, para ser indemnizado por él: 1.º Cuando se le demanda por pago; 2.º Cuando el deudor haya quebrado o esté en quiebra; 3.º Cuando el deudor se haya comprometido a comunicarle su exoneración dentro de un plazo determinado; 4.º Cuando la deuda haya vencido al vencimiento del plazo en que se contrajo; 5.º Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tenga plazo de vencimiento fijo, a no ser que la obligación principal, como la tutela, no sea de tal naturaleza que se extinga antes de un plazo determinado.*"

<sup>25</sup> Por su parte, el art. 2.019 añadía: "*La simple prórroga del plazo acordado al deudor principal no exime de la fianza, ni se puede, en este caso, perseguir al deudor [por parte del fiador] para forzarlo a pagar*". Dicha prórroga, no consentida por el fiador, no le libera de la fianza prestada, sino que le faculta, exclusivamente, para apremiar al deudor principal a efectuar el pago de la obligación principal. Este extremo viene a coincidir con la facultad reconocida en el art. 2.032 del Code al reglamentar la relevación de la fianza.

<sup>26</sup> El artículo 2.112 del Anteproyecto belga de Código civil redactado y comentado por Laurent decía así: "*El fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal para que éste le indemnice: 1º Cuando se vea demandado judicialmente para el pago; 2º Cuando el deudor ha hecho quiebra o ha caído en estado de insolvencia; 3º Cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado, y este plazo ha vencido; 4º Cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse; 5º Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse antes de cierto tiempo. En todos estos casos, la acción del fiador tiende a obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor*".

<sup>27</sup> El primero de estos dos nuevos párrafos dice que: "[...] *l'action de la caution, dans ces divers cas, tend à obtenir la décharge du cautionnement, ou une indemnité qui la garantisse des poursuites du créancier et du danger de l'insolvabilité du débiteur*". El segundo de los dos nuevos párrafos disponía que "[...] *la caution peut demander que le montant de l'indemnité soit consigné*" (el fiador puede pedir que el montante de la indemnización sea consignado), excluyendo así cualquier otra posibilidad que no sea la señalada.

de la fianza o una indemnización, excluyendo la posibilidad de sustituir la indemnización por otras garantías como la prenda o la hipoteca.

Laurent argumentó al respecto que la ley debía garantizar la indemnización al fiador, no sólo ofrecerle garantías alternativas. De esta forma se protegía al fiador de manera más explícita, asegurando que no sufriera perjuicios injustos y que pudiera actuar legalmente para proteger sus intereses.<sup>28</sup>

*e) La codificación española*

Según Casanovas Mussons (1984: 100), aunque el art. 1.843 del Código Civil español se aleja formalmente de sus precedentes castellanos, su contenido esencial no cambió sustancialmente. En efecto, ya el art. 1.757 del proyecto de Código Civil de 1851 se apartó de los precedentes históricos para seguir al art. 2.032 del Código Civil francés de 1804.

Más tarde, el Anteproyecto de Código Civil de 1882, inspirado a su vez en el art. 2.112 del Anteproyecto belga de Laurent, modificó varios supuestos y añadió un párrafo final a la versión de 1851. El art. 23 del Anteproyecto de Código civil de 1882 establecía lo siguiente:

*“El fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal para que éste le indemnice:*

*1º Cuando se ve demandado judicialmente para el pago.*

*2º Cuando el deudor ha hecho quiebra o ha caído en estado de insolvencia.*

*3º Cuando el deudor se ha obligado a relevarle de la fianza en un plazo determinado, y éste ha vencido.*

*4º Cuando la deuda ha llegado a hacerse exigible, por haber cumplido el plazo en que debe satisfacerse.*

*5º Al cabo de diez años, cuando la obligación principal no tiene término fijo para su vencimiento, a menos que sea de tal naturaleza que no pueda extinguirse antes de cierto tiempo.*

*En estos casos, la acción del fiador tiende a obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor”.*

Las modificaciones introducidas Laurent en el art. 2.112 del Anteproyecto belga al que nos hemos referido más arriba pasarán de esta forma al Código civil español de 1889.

---

<sup>28</sup> La falta de precisión del art. 2.032 del Code Napoleón había dado lugar a que se discutiera entre los comentaristas si el juez podía obligar al fiador a aceptar en lugar de la indemnización, consistente en el depósito de una suma igual al importe de la obligación garantizada, otra garantía como prenda, hipoteca o una nueva fianza. Laurent indicó que ello no era posible porque, si se admitía, suponía abandonar tanto el texto como el espíritu de la Ley, es decir que *“la ley quiere que el fiador sea relevado o indemnizado. Pero una garantía no es una indemnidad”*. Laurent (1901: 204).

Así, el art. 1.843 del Código español no autoriza al fiador a reclamar del deudor que “*le indemnice o releve de la fianza*”, como lo hacía el art. 1.757 del Proyecto de 1.851, sino que se limita a decir que el fiador “*puede proceder contra el deudor principal*”. Además, se añade al final del precepto que “*la acción del fiador tiende a obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor*” abriéndose de este modo al fiador una doble posibilidad para no salir perjudicado de la fianza, a saber, ejercitar una acción en la que solicite al deudor que le libere de la relación obligatoria de la fianza o exigir que se constituya a su favor una garantía para evitar que el derecho que ostenta como fiador pueda llegar a ser totalmente ineficaz al no poder hacer efectiva su acción de regreso posterior al pago contra el deudor principal motivada por su insolvencia.

Nótese que el segundo de los dos nuevos párrafos introducidos por el Anteproyecto belga disponía que el fiador puede demandar que la cantidad fiada sea consignada, excluyendo así cualquier otra posibilidad de caución que no sea la señalada.

Ahora bien, en la transcripción del art. 2.112 del Anteproyecto belga al art. 23 del Anteproyecto de Código civil de 1882 se mantiene el inciso final del párrafo primero (“*para que éste le indemnice*”) pero se traduce la frase (“*ou une indemnité qui la garantisse*”) como “*o una garantía que le ponga a*”; además, se suprime el último párrafo, por lo que, en consecuencia, vuelve a quedar abierta la posibilidad de admitir cualquier forma de garantía que ponga a cubierto del riesgo del fiador.

En la redacción definitiva del art. 1.843 del Código civil de 1889 se suprime en el párrafo primero el inciso final (“*para que éste le indemnice*”) y se añade al supuesto segundo el “*concurso*” del deudor.

En definitiva, el legislador español, apartándose de los precedentes históricos, deja de reconocer la facultad de indemnización o liberación como en el proyecto de 1851. En su lugar, el art. 1.843 permite al fiador proceder contra el deudor y obtener una garantía, tendente a evitar que su acción de regreso sea ineficaz por insolvencia del deudor.

En cuanto a la naturaleza de dicha facultad, se ha dicho que concede efectos cautelares a favor del fiador, aunque de difícil sistematización como observa Arija Soutullo (2001: 56-58). En efecto, tras la tipificación por separado del mandato y de la fianza en los Códigos, se ha tratado de explicar esta facultad del fiador como acción de

naturaleza cautelar,<sup>29</sup> lo cual puede ser admitido cuando la pretensión del fiador se orienta hacia la obtención de una garantía, pero resulta discutible si se aplica a la propia acción de liberación que parece ser un fin en sí misma<sup>30</sup>.

## **II.2. La oposición del deudor principal a la constitución de la garantía y su reflejo en la acción de relevación del fiador *antequam solvens***

La fianza *prohibente debitore* se refiere a una situación en la que el fiador se compromete a garantizar la obligación de un deudor principal en contra de la voluntad expresa de este último. Oposición que, según Galicia Aizpurua (2006: 132), ha de ser manifestada antes o en el preciso momento en que se pactó la garantía, ya que la posterior no tendrá ningún relieve jurídico, puesto que a partir de entonces el pago se convierte en un acto debido.

Por razones de equidad, el ordenamiento jurídico ha admitido la validez de la fianza constituida de esta manera, pero siempre bajo la consideración de que se trata de una situación excepcional y sujeta a regulaciones estrictas para evitar abusos por parte del fiador y proteger los derechos del deudor. Veamos a continuación cómo ha sido considerado este supuesto en el ordenamiento histórico y en el derecho comparado.

### *a) Derecho romano y Recepción*

En la *praxis* jurídica romana de la época clásica, se aceptaba comúnmente que el fiador podía intervenir y satisfacer la deuda incluso contra la prohibición del deudor principal, aunque el tema del regreso del fiador *prohibente debitore* generó controversia.<sup>31</sup>

La jurisprudencia de la época, explica Ortuño Sánchez-Pedreño (1997: 89), recurría al mandato tácito o a la gestión de negocios ajenos para conceder acción de regreso siempre que el deudor no se hubiera opuesto expresamente al cumplimiento por parte del fiador: “*semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur*”.

---

<sup>29</sup> Carrasco Perera et al. (2022: 78) entienden que su importancia procede de que se pueden tomar medidas cautelares del 727 LEC (entre las que se encuentra el embargo preventivo), sin necesidad de someterse a las normas procedimentales del art. 730 LEC. No es viable el 730 porque exige que se presente la demanda (y en este caso el fiador no ha pagado por lo que no puede presentar la demanda contra el deudor). Tampoco es necesario cumplir con la medida establecida en el art. 728 LEC para conceder la medida cautelar, como justificar el *periculum in mora* o que el fiador preste caución.

<sup>30</sup> Guilarte Zapatero (1979: 260) apunta a la naturaleza distinta de ambas acciones. En el mismo sentido se pronuncia en la doctrina italiana Fragali (1968: 416).

<sup>31</sup> Bernad Segarra (1999: 197); Emunds (2007: 360); Finazzi (2003: 560).

Desde el punto de vista doctrinal, un texto de Paulo afirmaba que quien pagaba contra la prohibición del deudor no tenía derecho de regreso mediante ninguna acción,<sup>32</sup> mientras otro de Justiniano establecía que una persona podía ofrecerse como fiador para mejorar la posición del heredero sin su consentimiento, pero no para empeorarla.<sup>33</sup>

Con motivo de la interpretación de estos textos recogidos en el Digesto surgió un debate doctrinal sobre el reconocimiento del derecho de regreso para el *solvens prohibente debitore*. La mayor parte de los juristas consideraban que, por razones de equidad, se debía conceder también en estos casos una *actio utilis negotiorum gestorum contraria*, permitiendo al fiador reclamar del deudor aquello en lo que su pago le había sido útil, mientras otros negaban al fiador cualquier tipo de indemnidad por haber actuado contra la voluntad expresa del deudor, y por tanto, sin mandato ni agencia oficiosa.<sup>34</sup>

Más adelante, los Glosadores se dividieron entre una postura de absoluta rigidez, negando toda indemnización al fiador que había prestado garantía contra la voluntad del deudor, y una postura minoritaria que aceptaba alguna forma de compensación.

Para los primeros, el deudor principal no puede impedir que el fiador se obligue frente al acreedor, pero tampoco quedar vinculado en contra de su voluntad. Siempre debe asegurarse que no exista oposición del deudor principal.<sup>35</sup> Puesto que la prohibición impide la acción de mandato y la de gestión de negocios ajenos ("*prohibitio impedit actionem mandati et negotiorum gestorum*"), Bartolus de Saxoferrato (1537) dirá que el fiador queda excluido de toda acción contra el deudor.

La posición mayoritaria, que niega cualquier acción al fiador *prohibente debitore*, se ejemplifica en Azo (1506: 147)., quien formuló el aforismo: "*Nulla modo agit fideiussor si intercedat pro me vetante, vel in rem suam, vel animo donandi*" (de ningún modo actúa el fiador si interviene contra mi voluntad, ya sea en su propio interés o con la intención de donar). Estos tres supuestos se refieren al fiador que ha pagado, negándole el reembolso al que de otro modo tendría derecho.

<sup>32</sup> D. 17.1.40. Paulus 9 ad ed. "*Si pro te praesente et vetante fideiusserim, nec mandati actio nec negotiorum gestorum est: sed quidam utilem putant dari oportere: quibus non consentio, secundum quod et pomponio videtur.*"

<sup>33</sup> C. 2.19.24 "*Si quis nolentis haeredis fideiussorem se optulerit, meliorem quidem eum condicionem facere potest: deteriozem non potest.*" Esto significa que las acciones del fiador debían ser beneficiosas o neutrales para el heredero, sin imponerle cargas adicionales ni perjudicar sus intereses.

<sup>34</sup> Sobre las acciones del fiador *prohibente debitore* en el Derecho romano, véase Rivalta (1895: 111); Frezza (1962-1963: 192); Valiño (1974: 217); Cenderelli (1997: 289); Prado Rodríguez (2011: 217); Fragnoli (2012: 113).

<sup>35</sup> Vid. Bartolus de Saxoferrato (1589); Molina, (1594: 753-754); Gomezius (1674: 265).

Heringius dirá que además del fiador *prohibente debitore*, tampoco el fiador interesado en la obligación principal tiene acción contra el deudor. Precisamente porque la fianza representa la oportunidad para hacer su propio negocio carece de todo recurso fideiusorio contra el deudor por el que intercede.<sup>36</sup>

#### b) *El Derecho castellano*

Las Partidas admitían la constitución de la fianza tanto cuando este hecho fuera ignorado por el deudor –*insciente debitore*– como cuando se hubiera constituido pese a su oposición expresa.

A continuación, siguiendo la trilogía azoniana, a la que nos hemos referido anteriormente, este ordenamiento de inspiración romana recoge los tres supuestos en los que al fiador no le asistía derecho de reembolso: en fianzas realizadas *animo donandi*, en fianzas constituidas en beneficio del fiador o en fianzas en las que mediaba prohibición del deudor respecto de la entrada del fiador (P. 5, Tit. XII, ley 12).

Se ha dicho ya que estos tres supuestos se refieren al fiador que ha pagado, negándosele el reembolso al que de otro modo tendría derecho.

La atención de los juristas de la época se centró casi exclusivamente en la fianza *prohibente debitore*. La doctrina castellana, siguiendo la opinión mayoritaria del Derecho común, se negaba a reconocer acción de reembolso al que saliera fiador contra la voluntad del deudor.<sup>37</sup>

No será hasta más tarde, como veremos a continuación, cuando se produzca una tímida llamada a la equidad, a la que se apela Gutiérrez Fernández (1878: 67) para vincular al deudor en la medida en que la fianza le ha beneficiado.

#### c) *La codificación española*

El Proyecto de Código Civil de 1836, siguiendo la tradición de las Partidas, expresaba en su art. 1.979 que: “[...] puede uno constituirse fiador de otro aun sin orden ni noticia de éste”.

<sup>36</sup> Según Heringius (1675: 340): “[...] quia isto casu fideiussor non tam negotium debitoris gerere, quam sibi consultum esse videtur”.

<sup>37</sup> G. López (1801: 75), al comentar las Partidas en este punto, subrayó que el mandato del fiador no era la única forma de constituir la fianza. Además de la fianza expresa, cabía la fianza *insciente* e incluso *prohibente debitore*. La utilidad suplía en las Partidas el silencio del deudor afianzado –“A que sea a su pro, maguer no lo consienta” (Ley 12, tit. XII, Partida 5). En este caso, “maguer no lo consienta” no es sinónimo de prohibición, pues este supuesto ya lo prevé la propia ley 12, sino como simple ausencia de consentimiento expreso. El silencio del deudor principal al que se refiere la ley 12 implica conciencia del beneficio.

En tal caso, el art. 1.823 del mismo cuerpo legal reconocía el derecho de reembolso al fiador si la fianza beneficiaba al deudor o si este la aprobaba posteriormente. Sin embargo, si la fianza se otorgaba contra la voluntad del deudor, este no estaba obligado a reembolsar al fiador.

El art. 1.824, por su parte, incorporó cuatro excepciones a la obligación de reembolso, entre las cuales se comprendían la fianza otorgada sin conocimiento del deudor y también la otorgada contra su voluntad. Siguiendo la tradición castellana, se incorporó el supuesto de la fianza contra la voluntad del deudor (número 3º) para excluir expresamente el derecho de regreso en dicho caso.<sup>38</sup>

En cambio, el art. 1.752 del proyecto de 1851, que es heredero directo del anterior, concedía al fiador que ha pagado la acción de reembolso aun cuando se haya dado la fianza ignorándolo el deudor; en cambio, solo recoge el supuesto de la ignorancia del deudor omitiendo la referencia a la prohibición del deudor. ¿Significa esto que el proyecto isabelino quiso facultar al fiador *prohibente debitore* de la acción de regreso?

Según Casanovas Mussons (1984: 165) la alusión a la ignorancia del deudor por parte del art. 1.752 tiene por finalidad atraer a esta regulación unificadora a todo fiador que tenga derecho a recobrar su indemnidad, pero, “*en ningún caso se trata de decidir qué fiador tiene o no tiene derecho a ella*”. La falta de referencia del art. 1.752 a la fianza contraída con la oposición del deudor no altera el sistema. Los efectos previstos por el art. 1752 no pueden alcanzar a quien como el fiador *invito debitore*, carecía anteriormente de acción. García Goyena (1973: 123) apoyaba esta interpretación, señalando que la acción *negotiorum gestorum* reemplazaba la acción de mandato en casos de desconocimiento del deudor.<sup>39</sup>

El anteproyecto del Código Civil de 1882 recogía en su art. 18 la misma disposición contenida en el art. 1.752 del Proyecto de 1851. Finalmente, el supuesto se incorporó al

---

<sup>38</sup> Artículo 1.824 del Proyecto de Código civil de 1836: "La obligación de satisfacer al deudor al fiador según lo prescrito en los dos artículos anteriores, no tendrá lugar en los casos siguientes: 1ª si el fiador hubiera manifestado, ante dos o más testigos idóneos, que pagaba con intención de no pedir jamás al deudor lo pagado. 2ª si el fiador hubiera hecho la fianza por su propia utilidad. 3ª si la hubiera otorgado contra la voluntad del deudor. 4ª si demandado el fiador no opusiera las excepciones legítimas con que pudiera destruirse la acción del acreedor".

<sup>39</sup> El testimonio de García Goyena avala esta interpretación: “por Derecho romano y Patrio procedía en sustancia lo mismo...; pero como no podía darse acción de mandato contra el deudor ignorante, se daba al fiador la de *negotiorum gestorum*: el artículo es más sencillo”. García Goyena (1973: 123).

proyecto de 1888 y se mantuvo, de acuerdo con la Base 1ª de la ley de bases, en el vigente art. 1.823.II del Código Civil.<sup>40</sup>

Por otra parte, el tercero que pagaba *prohibente debitore* tampoco tenía en el proyecto de 1851 derecho a recuperar nada del deudor por el que había pagado. El art. 1.099 *in fine* estableció que el tercero “*si pagó contra la voluntad del deudor, no podrá repetir contra este*”. El paralelismo entre el pago por tercero y el fiador –tercero interesado – se acentúa notablemente cuando el *solvens* se enfrenta a la oposición del deudor por el que paga.<sup>41</sup>

Ante la ausencia de todo vínculo *fideiussorio* entre ambos sujetos el fiador tiene frente al deudor principal la consideración de simple tercero. Los efectos del pago que puede efectuar este fiador serán únicamente los que determine la regulación específica de pago por tercero.

Ahora bien, este argumento que en el proyecto de 1851 complementaba al anterior, cambia de signo en el actual Código Civil. El vigente art. 1.158.3 se aparta de lo dispuesto en el proyecto isabelino y acoge la solución del Código argentino en el que se inspira, el cual no reconoce el ánimo de liberalidad del que pagó en estas circunstancias.<sup>42</sup> Descartada, por tanto, la razón de liberalidad en la que se apoyaba García Goyena (1973: 158), la causa sólo puede ser el enriquecimiento injusto: si no se obligara al deudor al reintegro en la medida de la utilidad recibida, se enriquecería injustamente en perjuicio del *solvens*.

---

<sup>40</sup> Como explica Galicia Aizpurua (2023: 45), el art. 1823.II Código Civil, conforme a su literalidad, podría llevar a entender que la posibilidad de pactar la garantía con independencia de la actitud del afianzado se aplica solo al caso de la subfianza, y no a la fianza de primer grado, puesto que el pronombre “este” parece referirse al (otro) fiador. Sin embargo, la doctrina entiende que la norma se refiere a todo “*afianzado*” (ya sea deudor principal ya fiador, en la subfianza) y, en efecto, trae este autor a colación el relato de Manresa y Navarro (1973: 297-298), en torno al examen de sus antecedentes, que pone de relieve la existencia de un error de redacción que arranca de lejos: el art. 1823.II Código Civil procede del art. 1734.II del Proyecto de 1851 en virtud del cual “[p]uede también constituirse no sólo a favor del deudor principal, sino al de otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciendo el fiador”; una previsión que pasa al Proyecto de Código civil, libros III y IV (continuación del Proyecto de 1882) en cuya redacción la palabra fiador se sustituye por “*éste*”, al objeto de evitar la repetición del término. Así, el error queda definitivamente consumado, porque la verdadera redacción es la que se ofrece en el art. 1734. II de la versión manuscrita del Proyecto de 1851, que dice: “*Puede también constituirse no sólo a favor del deudor principal, sino al de otro fiador, consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo el fiado*”. Véase así mismo, Castellanos Cámara et al. (2024: 5113-5216).

<sup>41</sup> García Goyena (1973: 158) dirá en sus Concordancias : “*in vito beneficium non fit: y el que pagó no tiene de qué quejarse, antes bien debe presumirse que quiso donar*”.

<sup>42</sup> Art. 737 del Código civil argentino de 1869 (“*El pago puede también ser hecho por un tercero contra la voluntad del deudor. El que así lo hubiera verificado tendrá derecho a cobrar del deudor aquello en que le hubiese sido útil el pago*”).



Más tarde, como veremos, este cambio propició la interpretación contraria a admitir que el Código privaba al fiador que hubiera fiado contra la voluntad del deudor.

### III. DERECHO COMPARADO

El Código Napoleón no hace referencia a la oposición del deudor principal en la constitución de la fianza. Ante esta laguna, la doctrina francesa se muestra contraria a admitir el ejercicio de las acciones de relevación antes del pago cuando la fianza se haya constituido en contra de la voluntad del deudor. La relación entre fiador y deudor principal queda asemejada a la que existe en el mandato si hay conocimiento por parte del deudor de que existe un fiador, y a la gestión de negocio ajeno si no existe ese conocimiento; pero, si es contraria a la voluntad del deudor principal, estaríamos según Troplong (1846 : 131, 329) ante un mero pago por tercero.

Las acciones liberatorias del fiador contenidas en el art. 1.953 del *Codice civile italiano* coinciden a rasgos generales con las del Código civil español. Sin embargo, el art. 1.953, a diferencia de nuestro art. 1.843, no habla de indemnizar al fiador (en el sentido de preservar su indemnidad en términos generales), sino que limita la protección *ex ante* a garantizar la acción futura de regreso del fiador *solvens*.<sup>43</sup>

Nada dice este artículo sobre la fianza constituida contra la voluntad del deudor.<sup>44</sup> Ante esta opción legislativa, la doctrina italiana mayoritaria, a diferencia de la francesa, se ha mostrado partidaria de admitir en todo caso el ejercicio de las acciones de relevación, incluido el supuesto de que se haya salido fiador contra la voluntad del deudor.<sup>45</sup> Se argumenta que la formulación genérica del Código impide excluir cualquier hipótesis de fianza, sea ignorada, consentida o prohibida por el deudor.

La doctrina italiana señala varias razones para la admisión del supuesto de fianza *prohibente deudore*: en primer lugar, no se agrava la posición de éste con la concesión y el ejercicio de tal facultad por el fiador; a lo que se añada que, incluso cuando el deudor

<sup>43</sup> Art. 1953 del Codice Civile italiano “*Rilievo del Fideiussore... Il fideiussore, anche prima di aver pagato, può agire contro il debitore perché questi gli procuri la liberazione o, in mancanza, presti le garanzie necessarie per assicurarli il soddisfacimento delle eventuali ragioni di regresso, nei casi seguenti:...*”.

<sup>44</sup> Mientras que el Código de 1865 en su artículo 1.901, que en la reforma de 1942 pasó a ser el artículo 1.936.2, emite un juicio de valor que vas más allá del contenido en los demás preceptos citados, al vincular el conocimiento o ignorancia del deudor principal directamente a la eficacia de la fianza, y no solo a su validez. Aunque se trata de una disposición general, la conexión de este artículo 1.936.2 con el artículo 1.950 –equivalente a nuestro 1.838– es evidente. Una remisión similar se hacía en el artículo 1.797 del proyecto de Código Civil español de 1836.

<sup>45</sup> Sobre la *solutio* del fiador *prohibente deudore*, Scialoja (1889: 532-540); Cavallaro (2001).

no participa, ni siquiera indirectamente, en la constitución de la fianza, deriva de la misma un interés para él; se dice así mismo que si se concede un derecho de subrogación y de regreso al fiador, la necesidad de protegerlos justifica la existencia del remedio del contemplado en el 1.953; y finalmente, se arguye que si la oposición del deudor no impide la constitución de la fianza tampoco debe dificultar la producción de uno de sus efectos típicos.<sup>46</sup>

Lo mismo sucede en el art. 648 del Código civil portugués, que, dentro de la sección dedicada a las relaciones entre deudor y fiador, concede *ex ante* al fiador el “*derecho a la liberación o a la prestación de caución*” sin excluir ningún supuesto en función de la actitud del deudor ante la constitución de la fianza.

Ante esta regulación genérica, la doctrina portuguesa también se ha mostrado partidaria de que la acción de liberación o de garantía, antes del pago, pueda ser utilizada por cualquier fiador en los diferentes supuestos de hecho que contempla la norma, incluyendo, según Proença (2023: 89-97), al fiador *prohibente debitore*.

Sottomayor (2022: 12) al comentar el art. 648 ha dicho que todavía va más allá al permitir al fiador su liberación o que se preste caución a su favor para garantizar su derecho eventual contra el deudor.

En cambio, otros Códigos como el antiguo art. 2.027 del Código civil argentino o el Código civil uruguayo (art. 2.229) niegan la posibilidad de ejercitar las acciones de relevación de la fianza cuando el fiador se haya obligado en contra de la voluntad del deudor; no así cuando la fianza se haya constituido *insciente debitore*.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina no establece una prohibición explícita similar a la del antiguo art. 2.027 del Código Civil argentino respecto a la fianza constituida contra la voluntad del deudor. Sin embargo, el articulado (1.574 a 1.598) mantiene la idea de que la fianza debe ser consentida por el deudor o que el deudor haya recibido algún beneficio de ella para que el fiador pueda reclamar reembolso. En particular, el nuevo Código Civil y Comercial establece que el fiador puede exigir al deudor el reembolso de lo pagado solo si la fianza fue constituida con su consentimiento o si el deudor se benefició de ella. Esto implica que, si el fiador se obliga en contra de la voluntad del deudor, este no está obligado a reembolsar al fiador lo pagado, alineándose en este aspecto con la regulación anterior.

---

<sup>46</sup> En este sentido, Fragali (1968.a: 420; 1968b.: 67). En contra, Pacifici-Mazzoni (1885: 510).

La variabilidad en las soluciones que ofrecen los Códigos civiles de influencia francesa en relación a las acciones que asisten al fiador *prohibente debitore* deja pues abierta la cuestión a la interpretación doctrinal en España.

Por su parte, el art. 775 del Código civil alemán autoriza al fiador a exigir al deudor principal la liberación (“*Befreiung*”) de la fianza antes de haber pagado únicamente cuando media entre ambos una relación jurídica previa de mandato o de gestión de negocios sin mandato. Asimismo, si la obligación principal aún no está vencida, se podrá sustituir dicha liberación de la fianza por una garantía (“*Sicherheit*”) a prestar por el deudor principal.

La disposición contenida en el párrafo 775 es considerada por la doctrina como una excepción al régimen general contenido en los párrafos 257, 669 y 771 del BGB, justificándose dicha norma en que, en las circunstancias enumeradas en el párrafo 775, el derecho de repetición del fiador que ha satisfecho la obligación garantizada se pone en peligro y, en consecuencia, el fin de la garantía asumida se ve seriamente amenazado. En cambio, dicho remedio no tendrá lugar cuando la obligación del fiador se haya constituido *prohibente debitore*, ya que este hecho impide, dirá Ulmer (1980: 791-796), el reconocimiento de una relación previa de mandato o gestión oficiosa entre deudor y fiador.<sup>47</sup>

No obstante, la jurisprudencia alemana ha atemperado dicho resultado advirtiendo que el fiador no debería estar en una posición más onerosa que el deudor principal y que debe tener derechos para actuar en defensa de sus intereses antes de realizar el pago, por lo que se ha admitido la fianza en casos de ignorancia del deudor y también, según Von Schims (2006: 89), cuando el fiador se ha opuesto a una fianza que objetivamente le beneficia.

#### **IV. A FAVOR DE LA LEGITIMACIÓN DEL FIADOR *PROHIBENTE DEBITORE* PARA EJERCITAR LA ACCIÓN DE RELEVACIÓN DE LA FIANZA**

Más arriba nos hemos referido a las posturas históricas que se han mantenido sobre la acción de relevación del fiador *prohibente debitore* previas a la entrada en vigor del Código civil, poniéndose en evidencia que la liberación del fiador en este caso ha dividido

---

<sup>47</sup> En el mismo sentido, Larenz (1994:78); Graf Von Westphalen (2022: 95).

a la doctrina en cada una de las etapas referidas. La liberación anticipada del fiador formó parte de la tradición castellana en los casos excepcionales en los que existía necesidad de proteger al fiador *antequam solvens* de un empeoramiento de la situación del deudor, sin embargo, las Partidas, así como la normativa posterior negó el derecho del fiador *prohibente debitore* de ejercitar dicha acción. En cambio, el Código civil vigente omite cualquier referencia directa a la cuestión. Como hemos visto, el art. 1.843 no recoge el supuesto de oposición del deudor a la fianza en sede de acciones de relevación, lo que, de entrada, ofrece argumentos tanto para defender la admisibilidad como el rechazo de la acción de liberación del fiador *antequam solvens*. Por una parte, el inciso final del art. 1.838, de acuerdo con sus precedentes legales a los que nos hemos referido anteriormente (arts. 1.822 y 1.823 del proyecto de 1836) parece abonar el rigor de una postura contraria a la admisión de las meritas acciones, por otra, la tipificación de las acciones de liberación lleva a muchos autores contemporáneos a reconocer en todo caso las acciones de liberación, puesto que no existe artículo que excluya explícitamente la aplicación del 1.843 a la fianza constituida de esta manera.

A continuación, nos referiremos las posturas favorables a su admisión que se han mantenido a partir de la promulgación del Código. Las tesis que reconocen la procedencia del remedio en todos los supuestos previstos por la ley y para cualquier tipo de fianza han sido mayoritarias en la doctrina española desde la promulgación del Código Civil. Los argumentos para explicar y justificar esta postura son variados y se pueden resumir en los siguientes puntos.

#### **IV.1. El argumento formal: interpretación literal del art. 1.843**

En atención a que el art. 1.843 no excluye ninguna hipótesis de fianza, ya sea ignorada, consentida o prohibida por el deudor, los autores se han pronunciado en contra de denegar al fiador *prohibente debitore* las acciones de liberación antes del pago.

En este sentido, Diez-Picazo (2012: 425-438) entendió que la idea de gestión de negocios ajenos propia de la etapa anterior al Código hizo crisis a partir de la aprobación del Código. En adelante, la relación entre deudor y fiador debía considerarse como una situación típica derivada del contrato de fianza. Aunque la conceptualización del fiador como gestor permita la aplicación de algunas de las normas del mandato, estas no proceden a la hora de interpretar el art. 1.843, que no distingue entre el fiador *consciente, insciente o prohibente debitore*.

Delgado Echeverría (2013: 346), por su parte, argumenta en la misma línea que: “[...] la razón por la que el fiador asume la fianza, ya sea por solicitud del deudor, previo acuerdo o espontáneamente, no influye en la obligación fideiussoria, puesto que las relaciones que mantenga con el fiador, tradicionalmente encuadradas, con cierta imprecisión, en el mandato o en la gestión de negocios, no influyen para nada en la obligación”.

Entre los autores que más firmemente han abogado por aplicar el art. 1843 a cualquier tipo de fianza se encuentra Guilarte Zapatero.<sup>48</sup> Según este autor no hay base en el Código Civil para pensar que la fianza deja de producir efectos o que estos se modifiquen en base a la actitud del deudor ante la constitución de la misma. La fianza, como garantía, ya no se justifica en teorías históricas del mandato. Arija Soutullo (2001: 56- 61) anota que el derecho del fiador no se basa en la gestión de negocios, y, por tanto, la oposición del deudor no impide la constitución de la fianza ni sus efectos típicos, entre los que se encuentra la posibilidad de ejercitar las acciones reconocidas por el art. 1.843.

A lo anterior añadirá que el fiador tiene el mismo derecho de reembolso en este supuesto como en cualquier otro, ya que la oposición del deudor carece de relevancia. Aunque el precepto refiera la aplicación de su contenido a la fianza *insciente debitore* - dada “ignorándola” el deudor-, no en contra de su voluntad, como ocurre en el art. 1.823.II, tal circunstancia no es suficiente, siguiendo a Guilarte Zapatero (1979: 260), para limitar los efectos de la fianza, si para su válida constitución se juzga irrelevante el desconocimiento y aun la oposición del deudor, lo mismo debe considerarse en cuanto a las consecuencias de tal conocimiento, entre ellas la posibilidad de prohibir o de oponerse a la garantía.

No obstante, en su monografía sobre la fianza, Arija Soutullo (2001: 67) argumenta que, si se concede un derecho de subrogación y de regreso al fiador, la necesidad de

---

<sup>48</sup> Además del argumento formal de que la ley no distingue, Guilarte defiende esta posición en base a los siguientes argumentos: 1º Si la oposición del deudor no es obstáculo para la constitución de la fianza, tampoco debe impedir que produzca la totalidad de sus efectos. 2º No son aplicables al caso los argumentos en cuya virtud se niega al gestor de negocios ajenos la acción que normalmente le corresponde, cuando actúa “*prohibente domino*”, ya que el reembolso o regreso en la fianza tiene su propio fundamento distinto al que lo justifica en la gestión de negocios. 3º Que el derecho de reembolso nace como una consecuencia legalmente establecida, presupuesta la existencia del negocio de la fianza que no exige la intervención del deudor. 4º Aunque el precepto refiera la aplicación de su contenido a la fianza dada “*ignorándola*” el deudor, no en contra de su voluntad, como ocurre en el art. 1.823.II Código civil, tal circunstancia no es suficiente para limitar los efectos de la fianza, si para su válida constitución se juzga irrelevante el desconocimiento y aun la oposición del deudor, lo mismo debe considerarse en cuanto a las consecuencias de tal conocimiento, entre ellas la posibilidad de prohibir o de oponerse a la garantía. Guilarte (1979: 260).

proteger estos derechos justifica la existencia del remedio previsto en el art. 1.843. Incluso en el caso de una fianza *prohibente debitorum*, el fiador debería poder exigir al deudor principal que se constituya una garantía a su favor, siempre y cuando se le reconozca derecho de regreso y el fiador actúe de buena fe. Naturalmente, se excluiría en este caso el supuesto 3º del art. 1.843 del Código Civil, que presupone un acuerdo entre el fiador y el deudor, inexistente en la fianza constituida contra la voluntad del deudor.

#### **IV.2. Beneficio del deudor: la fianza *prohibente debitorum* y la fianza *in rem suam***

Como hemos visto en el apartado histórico, es pacífica la idea de que el derecho del fiador a quedar indemne está supeditado a que la fianza beneficie al deudor. Este interés es un requisito para la eficacia interna de la fianza respecto del deudor. Al mismo tiempo, se dirá que la constitución de la fianza beneficia al deudor, incluso si se ha constituido sin su conocimiento ni consentimiento. La intervención útil del fiador, asumida expresa o tácitamente por el deudor, establece la base para la eficacia de la relación jurídica de fianza entre ambos.

Con todo, los factores de interés y utilidad de la fianza para el deudor no tienen por qué coincidir. La oposición del deudor a una fianza que le beneficia objetivamente plantea la cuestión de si el fiador en las situaciones del art. 1.843 puede pedir su liberación.

En la doctrina francesa, y refiriéndose al *Code civil*, Mourlon defiende que, incluso si la fianza se ha constituido en contra de la voluntad del deudor, si esta ha sido realmente útil, el fiador debería tener derecho a reclamar el regreso, y, por ende, acogerse a las acciones que permitan conservarlo *ex ante*.<sup>49</sup> No parece lógico que la oposición del deudor lo favorezca en detrimento del fiador que le ha beneficiado objetivamente. Incluso si el deudor no participa en la constitución de la fianza, esta puede proporcionar un interés significativo para él.

La legitimación del fiador en el art. 1.843 debería interpretarse objetivamente. Por analogía con el art. 1.893 del Código Civil, que obliga al *dominus* a indemnizar al gestor siempre que la gestión sea beneficiosa, también en este caso, deberían poder contemplarse la utilidad que la fianza proporcionó al deudor antes del pago, mientras estuvo vigente. Sánchez Jordán (2000: 233-234, 287- 289; 2016: 1.327 y 1.328) observa que la medida

---

<sup>49</sup> Mourlon (1883: 531) propone un correctivo a la solución de la *actio in rem verso*, cuando a pesar de la prohibición del deudor, “la fianza le ha sido realmente útil”, abogando por la plenitud de derechos del fiador en este caso. En cualquier caso, no parece lógico que la oposición del deudor deba favorecerle. Anulada la prohibición la obligación del deudor le resultará plenamente oponible.

de dicha utilidad es proporcional al derecho de indemnidad del fiador. Si el fiador puede demostrar que su actuación ha sido beneficiosa para el deudor, por ejemplo, facilitando la contratación de un crédito, condonando o reduciendo los intereses, etc., entonces caben las acciones de subrogación y regreso (arts. 1.838 y 1.839) y la protección del art. 1.843.

En conclusión, la tesis del beneficio objetivo defiende que la utilidad proporcionada por el fiador al deudor es el factor determinante. Si, aun en contra de la voluntad del deudor, el fiador ha proporcionado un beneficio real, debería tener derecho a ejercer las acciones del art. 1.843. La oposición del deudor no debería impedir el reconocimiento de estos derechos cuando existe una utilidad demostrable derivada de la fianza.

En segundo lugar, la tesis de la utilidad debe responder también a la cuestión de si cabe reclamar la relevación de la deuda al deudor por parte del fiador *in rem suam*. La respuesta a este interrogante interesa en este trabajo con el fin de delimitar el significado del beneficio del deudor del que se hacen depender la aplicación del art. 1.843 al fiador *prohibente debitore* por la doctrina mayoritaria.

El fiador *in rem suam* es el que, por alguna razón previa, está interesado económicamente en la deuda ajena por la que interviene (normalmente para hacerla posible: *ut alteri credatur*), de modo que obligándose ante el acreedor a favor del deudor principal (art. 1823.2 por un tercero, art. 1822.1), hace su propio negocio. Casanovas Mussons (1997: 1.216) dirá que la fianza es el instrumento que utiliza el acreedor para evitar la aplicación de la doctrina de la personalidad jurídica de la empresa y llegar así al patrimonio propio de los socios.

Como hemos visto en el apartado referido a la historia de la institución, la fianza en *interés propio* constituía, junto la fianza contra la voluntad del deudor y la fianza por pura liberalidad, uno de los tres supuestos clásicos en que se negaba al fiador toda *actio contraria* frente al deudor principal (“*nullo modo agit fideiussor si intercedat pro me ventante vel in rem suam vel animo donandi*”). Sin embargo, el Código civil de 1889 no se refiere al fiador *in rem suam*. Se refería a este caso el proyecto de 1836, excluyendo la acción de regreso contra el fiador que hubiera pagado, y todavía García Goyena dirá en su comentario al art. 1.752 del Proyecto de 1851 que aquellos tres casos azzonianos están igualmente exceptuados “*espresa ó tácitamente*” en todos los Códigos modernos.

El vínculo fideiusorio entre deudor y fiador solo nace cuando este interviene en beneficio o utilidad de aquél. De aquí que los efectos de la fianza entre el deudor y el fiador queden también excluidos en el supuesto de la fianza contraída *in rem suam*, que

se reduce a la pura relación contractual con el acreedor. El fiador interesado en la obligación principal porque esta representa la oportunidad para hacer su propio negocio carece de todo recurso fideiusorio contra el deudor por el que intercede. Del mismo modo, el fiador *prohibente debitor* interviene en el asunto del deudor en la medida en que interfiere la esfera jurídica de este con miras a su promoción; en cambio, no existe interés del deudor en ser afianzado. Es este sentido el relevante en materia de configuración de la relación interna. Interés de la fianza que está en función de la utilidad que al deudor afianzado le proporcione el hecho de serlo.<sup>50</sup>

## **VI. LAS TESIS CONTRARIAS A LA LEGITIMIDAD DEL FIADOR PROHIBENTE DEBITORE PARA EJERCITAR LAS ACCIONES DEL ART. 1.843**

Hemos visto que la mayoría de los juristas españoles contemporáneos defienden la aplicación de las acciones del art. 1.843 del Código Civil en todos los casos, independientemente de la forma o circunstancias de la fianza, basándose en la formulación genérica de la ley, la evolución de las teorías sobre la gestión de negocios ajenos y el beneficio del deudor obtenido por la constitución de la fianza.

Más recientemente, una serie de autores como Carrasco Perera, Casanovas Mussons, Galicia Aizpurua o Castilla Barea han puesto de relieve las limitaciones que presenta la argumentación anterior, ceñida a la literalidad de la norma y a una intelección directa del beneficio en la relación entre fiador y deudor. Estos autores abogan por una interpretación histórica y teleológica del art. 1.843 que sólo podría alcanzarse recurriendo a la relación jurídica subyacente entre deudor y fiador.

En primer lugar, Carrasco Perera (1991: 40) afirma que: “[...] *el regreso del art. 1.838 no corresponde al fiador que contrajo la obligación contra la voluntad del deudor. Ello no quiere decir que la fianza no sea válida (art. 1832.2) ni que el fiador no tenga otro remedio de reembolsarse. Ocurre sólo que su posición queda reducida a la de quien pagó por tercero en la circunstancia prevista en el art. 1158.3 C.c. Su derecho de repetir no nace de un eventual contrato con el deudor y mucho menos de la fianza (válida) sino del pago hecho por tercero que beneficia al deudor*”. En su opinión el art. 1.843 no tiene aplicación cuando el deudor y el fiador no se encuentren en la relación que el Código civil

---

<sup>50</sup> Heringius (1675: 340) observa que: “[...] *quia isto casu fideiussor non tam negotium debitoris gerere, quam sibi consultum esse videtur*”.



ha considerado ejemplar. Tipo ejemplar de la fianza es para este autor la relación típica entre deudor y fiador, que el Código civil no se cuida de calificar y que anuda de una manera implícita y obvia con el contrato de fianza pactado entre acreedor y fiador.

En el mismo sentido, Castilla Barea (2013: 12.609-12.631) entiende que el fiador *prohibente debitore* dispondrá de la acción del 1158.III pero no puede pedir la liberación o la cobertura al deudor.<sup>51</sup> Esta postura tiene su reflejo en el art. 5173-1 de la propuesta de Código civil de la Asociación De Profesores de Derecho Civil (2018: 89), debida a la misma autora, que se refiere al derecho del fiador a obtener del deudor cobertura o relevación de la fianza, según la cual: “*El fiador que se hubiere obligado como garante a petición del deudor o con su consentimiento expreso o tácito puede exigirle a aquel, antes de efectuar el pago al acreedor, que le releve de la fianza o que constituya una garantía suficiente y adecuada a su favor, en los casos siguientes...*”.

Siguiendo a Casanovas Mussons (1984: 143), hemos visto más arriba que el art. 1.752 del proyecto de Código civil de 1851 no pretendía reconocer acciones de liberación y reembolso al fiador en estos casos, sino que trataba de tipificar adecuadamente las antiguas acciones de mandato y de gestión de negocios ajenos, incluyendo en esta última el caso del fiador *insciente debitore*. Por tanto, el silencio del legislador al que se refiere la doctrina favorable a reconocer derecho de relevación en estos casos, no puede interpretarse en sentido de que quisieran reconocerse efectos liberatorios al fiador en la fianza constituida en contra de la voluntad del deudor.

Entrando en las razones de fondo por las que la prohibición del deudor debería vetar el acceso a las acciones del art. 1.843, Casanovas Mussons indica que las antiguas acciones contrarias de mandato y cuasicontrato de gestión de negocios ajenos han quedado tipificadas en los art. 1.838 y 1.843 del Código civil lo que implica la inutilidad de la averiguación casuística del tipo de relación, subyacente a la fianza, que une al fiador con el deudor principal, la vinculación entre ambos sujetos deudores la establece ahora directamente la misma relación de fianza, en cuanto el Código civil la incorpora a la normativa propia de la institución.

Para el Código la relación entre el deudor y el fiador carece de interés. Lo que importa es que el fiador se haya obligado por un tercero ante el acreedor (art. 1.822.1), pero que esta intervención del fiador a favor del deudor principal (art. 1823.2.I) pueda

---

<sup>51</sup> En el mismo sentido, Reyes Lopez (1988: 188).

venir predeterminada por algún tipo de conexión entre ellos es un hecho que carece de toda trascendencia a los efectos de la relación contractual de fianza (art. 1.823.II *in fine*), y del art. 1.853 que impide al fiador oponer al acreedor las excepciones nacidas de su relación de cobertura con el deudor principal. Luego la presencia o ausencia de interés propio del fiador en la obligación afianzada es irrelevante. En tanto que instrumento concebido “*ad maiorem cautelam creditoris*”, la fianza solo atiende al interés del acreedor.

En cambio, el interés del fiador adquiere relevancia jurídica en el ámbito de la relación interna entre fiador y deudor. El Código excluye el efecto de indemnidad contemplado en los efectos de la fianza entre deudor y fiador (*ex arts. 1.838 y 1.843*) cuando la fianza se constituye *prohibente debitore* o *in rem suam*. Tales efectos, que traducen el hecho de que el fiador no es más que un obligado subsidiario, se fundamentan en la condición de gestor de negocios ajenos que reviste típicamente ante el deudor principal. Típicamente porque el Código Civil ha incorporado esta condición gestora a la fianza al configurar la indemnidad del fiador *iure proprio* (supliendo así el anterior recurso a las acciones contrarias de mandato o de gestión oficiosa).

Pero esto no impide, argumenta la autora, que el fiador por el sólo hecho de serlo, interfiera en el círculo de intereses del deudor principal por cuenta del cual se obliga. Que el contrato de fianza legitime por sí mismo la intromisión del fiador en la esfera ajena (art. 1.823.II) no significa que la intervención de este vincule sin más al *dominus negotii*. El Código Civil supedita esta vinculación al requisito específico de que tal intervención esté también legitimada relativamente al deudor principal (la no oposición de este, art. 1.838.3, *a contrario*; implícitamente, art. 1.843). El fiador que haya prestado fianza contra la voluntad del deudor es siempre un tercero en el sentido del art. 1.158. Podrá afianzarse al deudor principal en contra de su voluntad, tal como se indica en el art. 1.823.II del Código civil “*consintiéndolo, ignorándolo y aun contradiciéndolo éste*”, pero por la intervención del fiador en este supuesto no quedará vinculado el deudor principal a los efectos de lo establecido en el art. 1.838 y art. 1.843 del Código civil, ya que el “*favor fideiussores*” tiene un límite que se encuentra en el perjuicio de los intereses del deudor afianzado manifestado a través de su oposición.

En definitiva, la oposición del deudor principal a la fianza demuestra su falta de interés en la misma y ello significa, sin perjuicio de la validez de la fianza en virtud del art. 1.823.II del Código civil, la ausencia de todo vínculo entre el deudor principal y el fiador, y trae como consecuencia que el fiador *prohibente debitore* debería quedar

excluido de cualquier legitimación activa frente al deudor principal, tanto en cuanto a las acciones antes del pago del art. 1.843 del Código civil, como de las acciones posteriores al pago (art. 1.838 y 1.839 del Código civil).<sup>52</sup>

En este sentido, la pretensión del regreso del fiador que se obligó *prohibente debitore* no se rige por el art. 1.838, sino por el art. 1.158.3, porque, además, el fiador ostenta la condición de simple tercero frente al deudor, ya que la intromisión de aquel no está legitimada respecto del deudor principal.

En lo que toca al argumento del beneficio útil obtenido por el deudor, siguiendo a Casanovas Mussons (1984: 127), la utilidad o beneficio del deudor no es sinónimo de enriquecimiento patrimonial a costa del fiador, sino que también incluye las ventajas y facilidades obtenidas gracias al servicio prestado por el fiador en el momento de la constitución de la fianza, y aun después mientras esta ha estado vigente.<sup>53</sup> La *utilitas rei principalis* abarca aspectos jurídicos (la garantía de no sufrir los efectos del incumplimiento) y económicos (facilitación del crédito al deudor).

Por tanto, los factores de interés del deudor y utilidad de la fianza para el deudor no tienen por qué coincidir.

---

<sup>52</sup> Es opinión común la que concede al fiador que paga, aunque lo hiciera en contra de la expresa voluntad del deudor, la acción de subrogación, porque la subrogación no distingue situaciones especiales, por lo que siempre que se efectúa un pago la consecuencia inmediata es la subrogación. Esta doctrina ha sido recientemente rebatida con argumentos convincentes por parte de Galicia Aizpurua (2023: 7-76). Este autor dirá que el derecho de reembolso del artículo 1.838 Código Civil y el beneficio de la subrogación previsto en el artículo 1839 Código Civil competen exclusivamente al fiador que ostente la cualidad de gestor del interés del deudor, sea porque salió por su mandato, sea porque lo hizo en su ignorancia y en calidad de negotiorum gestor. En cambio, el fiador prohibente debitore y el fiador in rem suam no gozan ni de uno ni de otro derecho: únicamente disponen frente al deudor de la acción de repetición prevista en el párrafo tercero del artículo 1158 Código Civil. Y ello debido a que el fiador-gestor *solvens* no dispone de dos vías para recuperar lo pagado, sino de una sola: la acción de reembolso del artículo 1.838 Código civil ataviada con las garantías y privilegios en los que se haya subrogado. El fenómeno subrogatorio, a pesar de la letra del artículo 1212 Código civil (norma extraña introducida de forma sorpresiva en el Anteproyecto de 1882-1888), no comporta la subsistencia del crédito pagado, puesto que así lo demuestran los antecedentes históricos, la ubicación sistemática de la figura y una interpretación armónica y conjunta de las normas concernidas. Tal y como afirma la STS de 25 mayo 2012 103, el fiador, «una vez cumple la prestación debida por su afianzado, está facultado *ex lege* para recuperar, en vía de regreso, lo que haya pagado. Dispone para ello de la acción de reembolso por la cantidad total de la deuda, en cuyo ejercicio el artículo 1839 del Código civil –en relación con los artículos 1210 Código civil, regla tercera, y 1.838 Código civil, regla primera, del mismo texto legal– le favorece, al mandar que sea considerado como subrogado en la posición del acreedor satisfecho, con el fin de permitirle que se beneficie de la antigüedad del crédito garantizado y de sus privilegios, preferencias y garantías».

<sup>53</sup> En cambio, para Galicia Aizpurua (2023: 50) queda claro que el fiador al que no resulte aplicable el artículo 1.838 solo puede pretender del deudor el reintegro de la primera de las partidas allí enumeradas («[l]a cantidad total de la deuda») y, además, no con base en este precepto, sino en el 1158.III.

## VII. NATURALEZA DE LAS ACCIONES DE RELEVACIÓN Y GARANTÍA: UNA NUEVA INTERPRETACIÓN DE LA FIANZA *PROHIBENTE DEBITORE*

La doctrina contraria a conceder las acciones de relevación y garantía del art. 1.843 del Código Civil tiende a justificar la prohibición en el hecho de que la relación subyacente a la fianza no se ha materializado *ab initio*. No en vano, la eficacia interna típica de la fianza se explica, como se ha visto, en función de una relación subyacente a la que históricamente se atendía antes de que la fianza fuera tipificada como contrato abstracto en la etapa codificadora.

En su día, la cuestión se centró en torno al fiador-mandatario y el fiador sin mandato; superada formalmente esta fase con la codificación, el tema debe plantearse en otros términos. Según el Código civil, la obligación del fiador viene siempre referida a un negocio ajeno, es decir, a un interés cuya titularidad ostenta un tercero. Esta injerencia del fiador en la esfera jurídica ajena, dirigida a la promoción de la misma, es inherente a la obligación *fideiussoria* (nótese la expresión "*a favor de*" que emplea el art. 1823.2). Esto explica por qué un sujeto que se ha obligado como fiador frente al acreedor puede proceder contra el deudor principal en demanda de su liberación antes de haber pagado.

Obsérvese también que el propio art. 1.843 pone de relieve la existencia de una relación jurídica entre los sujetos deudores, en virtud de la cual el fiador está legitimado para instar al deudor principal su liberación. Este artículo revela que la fianza produce efectos entre el deudor principal y el fiador desde el momento en que se constituye la fianza. La relación jurídica entre fiador y deudor afianzado existe desde la constitución de la fianza, y no desde el pago.

En este sentido, partiendo de la regulación histórica, Casanovas (1984: 148).señala que el fiador *prohibente debitor* es un tercero desde el momento de la prohibición, y esta exclusión afecta tanto a la etapa de la obligación como al art. 1.843, no solo al pago. El art. 1.843 permite al fiador, aun antes de haber pagado, proceder en ciertos casos contra el deudor principal, lo cual demuestra que la relación jurídica entre el deudor y el fiador no nace con el pago, sino desde el momento en que surge la obligación *fideiussoria*.

Según esta autora, aunque habitualmente la legitimación del fiador para ejercitar las acciones de regreso se decide retrospectivamente desde la actitud del deudor en momento de efectuarse el pago, carece de sentido distinguir entre el fiador *solvens* y el que aún no ha pagado a efectos de legitimación. La causa por la que el fiador *prohibente debitor* pierde las acciones *ad liberandum* no es la conexión con el derecho de regreso, de la cual

carece el fiador que salió contra la voluntad del deudor, sino que la relación interna entre fiador y deudor no surge en la medida en que no interesa al deudor. La prohibición del deudor impide por tanto de forma radical el surgimiento de las acciones de regreso, de subrogación (arts. 1.838 y 1.839) y también las acciones de liberación anticipada 1843.

Ante la ausencia de todo vínculo *fideiussorio* entre el deudor y el fiador, este último tiene frente al deudor principal la consideración de simple tercero a todos los efectos.

## VIII. CONCLUSIONES

El reconocimiento o la denegación de acciones de liberación anticipada del fiador en los casos en que el deudor se ha opuesto a la constitución de la fianza ha estado condicionado por la concepción de la relación subyacente que vincula al deudor con el fiador, que ha ido variando a lo largo de la historia de la institución fideiusoria. Aunque la validez de la fianza constituida contra la voluntad del deudor resulte incuestionable en todas las etapas históricas, puede cuestionarse el alcance de sus efectos en la relación interna entre deudor y fiador.

El equilibrio entre la utilidad de la fianza para el deudor y la indemnidad del fiador sigue siendo una cuestión interna relativa a la relación subyacente al contrato de fianza en el que el interés prevalente es el del acreedor. De ahí que el debate haya estado –y sigue estando– doblemente condicionado por la concepción jurídica que se adopte ante el fenómeno fideiusorio por una parte y la prevalencia del interés del fiador o del deudor, dando entrada a consideraciones de equidad.

En efecto, la tensión entre el interés del deudor y del fiador ha dado lugar a posiciones encontradas –más o menos favorables a favorecer los intereses de uno u otro– en cada etapa histórica en la que se ha ido configurando la fianza.

En el Derecho romano clásico se aceptaba que el fiador podía intervenir y satisfacer la deuda incluso contra la prohibición del deudor principal. Sin embargo, esto generó controversia respecto al derecho de regreso del fiador. La mayoría de los juristas, por razones de equidad, apoyaban conceder una *actio utilis negotiorum gestorum* contraria para que el fiador pudiera reclamar lo útil de su pago, mientras otros negaban cualquier tipo de indemnización al fiador *prohibente debitore*.

La interpretación del Digesto causó debate entre glosadores y comentaristas. Los glosadores se dividieron entre una mayoría que, siguiendo a AZO, negaba toda indemnización al fiador que actuaba contra la voluntad del deudor, mientras una postura

minoritaria aceptaba alguna forma de compensación. La Escuela del Comentario, quizá la más radical, negó al fiador toda facultad de liberación antes de pagar basándose en el interés superior del deudor-mandante, con lo cual quedaba automáticamente descartada la posibilidad de liberación del fiador *prohibente debitore*.

Las Partidas recogieron los tres supuestos azonianos en los que el fiador no tenía derecho de reembolso: fianzas realizadas con intención de donar, en beneficio del fiador, o con prohibición expresa del deudor. Los juristas castellanos negaron, por tanto, al fiador el derecho de reembolso cuando actuaba contra la voluntad del deudor.

Por otra parte, el debate ha estado fuertemente condicionado por la configuración jurídica de la institución fideiusoria. En el Derecho anterior al Código civil, los efectos que se producían entre el fiador y el deudor principal no derivaban propiamente de la fianza, sino del contrato de mandato o del cuasicontrato de gestión de negocios ajenos. Así, el dato determinante de la atribución al fiador de la acción correspondiente (mandato o gestión sin mandato) era, respectivamente, el conocimiento o la ignorancia del principal obligado ante la constitución de la fianza. Como excepción, en determinados supuestos se legitimaba al fiador para ejercitar la acción de mandato antes de haberlo cumplido con la finalidad de recuperar su libertad, liberándose del vínculo jurídico que, aunque asumido voluntariamente frente al mandante (deudor principal), se había vuelto en perjuicio suyo por causas ajenas a su voluntad; el mismo beneficio se extendía al fiador sin mandato porque idénticas razones lo justificaban al existir siempre una gestión útil de negocios ajenos. De esta forma, se consideraba al fiador como un gestor de negocios del deudor principal, equiparándose la relación de gestión al mandato si había sido ratificada por el deudor o a una gestión de negocios sin mandato si no existía ratificación.

Esta concepción de la fianza entra en crisis en la codificación, una vez dotada cada institución de regulación propia y eliminadas así las interferencias que la fianza recibía del contrato de mandato o cuasicontrato de gestión de negocios ajenos. De esta forma, la fianza pasa a contar con una normativa típica que regula su derecho a la indemnidad por el hecho de actuar como fiador, abstracción hecha de toda relación previa con el deudor principal.

La tipificación del mandato y de la fianza como sendos contratos permitió la superación de la confusión de ambas figuras, propiciando una clara separación conceptual entre el negocio de fianza y la relación establecida entre fiador y deudor que, en adelante, es calificada como de gestión de negocios ajenos en el sentido económico del término. En la doctrina contemporánea, el debate se reproduce, por tanto, en otros términos, puesto

que la vinculación entre ambos sujetos deudores queda tipificada en el Código civil. En concreto, el hecho de que el Código haya omitido toda referencia a la fianza *prohibente debitore* en sede de regreso, subrogación y acciones de relevación tal como figuraba en nuestro derecho histórico ha dado lugar a posiciones encontradas en la doctrina en cuanto a su admisibilidad.

Las tesis favorables a la legitimación del fiador *prohibente debitore* para ejercitar las acciones del art. 1843 del Código Civil se fundamentan, en primer lugar, en la literalidad del art. 1.843 el cual, en efecto, no hace referencia a la exclusión del fiador que actúa contra la voluntad del deudor. A este argumento formal se añade el hecho de que la oposición del deudor no impide la constitución de la fianza ni modifica sus efectos típicos, entre los que se incluye la posibilidad de ejercitar las acciones de relevación y cobertura; el fiador tiene el mismo derecho de reembolso en este supuesto como en cualquier otro, ya que la oposición del deudor carece de relevancia, y si se concede un derecho de subrogación y de regreso al fiador, la necesidad de proteger estos derechos justifica la existencia del remedio previsto en el art. 1.843; el que no se agrave la posición del deudor con la concesión y ejercicio de la facultad del fiador de ejercitar acciones preventivas, ya que la fianza beneficia al deudor de forma objetiva.

Sin embargo, en este trabajo se ha argumentado que la referida omisión en la regulación de las acciones cautelares del art. 1.843 no es intencional, sino que, siguiendo a Casanovas Mussons, se aclara que la falta se debe a un problema de transcripción. Pero más allá de argumentos formales, se suscribe la doctrina de que, pese a la tipificación moderna de la fianza, la relación subyacente entre el deudor y el fiador no puede desaparecer de la escena, a riesgo de que la propia regulación de la institución quede desprovista de un fundamento necesario para su interpretación. En este sentido, no se puede ignorar que la prohibición expresa del deudor impide *ab initio* que surja la relación fideiusoria entre deudor y fiador, lo que excluye la posibilidad de ejercitar las acciones de liberación del art. 1843, y también las acciones de regreso y subrogatoria. Y ello por la simple razón de que la fianza *prohibente debitore* no beneficia al deudor en la medida en que este se ha opuesto a su constitución. La utilidad del deudor no debe medirse solo en términos económicos, sino también en términos jurídicos y de interés general, lo que incluye su derecho a oponerse a la fianza. Permitir la acción de liberación en estos casos supondría una intromisión injustificada en la esfera jurídica del deudor, que no puede

quedar legitimada por la simple invocación tipificación de las acciones de regreso y relevación, a riesgo de que la fianza pierda su carácter y naturaleza jurídica.

Para un estudio posterior queda la cuestión de los efectos de la oposición del deudor en la insinuación de su derecho condicional de reembolso en el concurso. El derecho de reembolso del fiador es reconocido expresamente como contingente bajo condición suspensiva en el art. 87.3 de la Ley Concursal. En este sentido, la oposición del deudor no paraliza la posibilidad de insinuación de este derecho en el concurso, pero, ¿cómo afecta su calificación a las posibilidades de ejercicio de las acciones de garantía o de relevación?

### **Bibliografía**

- ARANGIO-RUIZ, V. (1965), *II mandato in diritto romano*. Roma (1948-1949), reimpr. anast. Nápoles.
- ARIJA SOUTULLO, C. (2001) *Las acciones de liberación y cobertura en la fianza*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- ASOCIACIÓN DE PROFESORES DE DERECHO CIVIL (2018), *Propuesta de la asociación de profesores de derecho civil para un nuevo código civil. Propuesta de redacción del libro quinto. De las obligaciones y contratos. Título XVII. De la fianza*. Madrid, APDC.
- Azo, P. (1506), *Summa super Codicem*, Papie, liber Quartus. Mandati rubrica.
- BARTOLUS DE SAXOFERRATO (1537), *In secundam Digesti Veteria partem Commentaria*, Augustae Taurinorum, i. “Si pro te”, D. 17.1.40.
- BARTULUS DE SAXOFERRATO (1547), *Commentaria in primam Digesti Veteris partem*, Lugduni, I. Si quis mandato.
- BERNAD SEGARRA, L. B. (1999), *Relaciones entre fianza y mandato en el Derecho romano*, Alicante, Editorial Club Universitario.
- BURDESE, A. (1952) *Mandatum mea, aliena, tua gratia*, Milano, Jovene.
- BUTRIGARIUS, I. (1516), *Lectura Super Codice*, Paris, lib. IV, 1. Si pro ea.
- CAMPOGRANDE, V. (1902), *Trattato della fideiussione nel diritto odierno*. Torino, Fratelli Bocca Editori.
- CARDINLIS HOSTIENSIS, H. (1556), *Summae Aurea*, Lugduni, 1556.
- CARRASCO PERERA, Á (1991), *Fianza, accesoriadad y contrato de garantía*, Madrid, Wolters Kluwer España.
- CARRASCO PERERA, Á.; CORDERO LOBATO, E.; MARÍN LÓPEZ, M. J. (2022), *Tratado de los derechos de garantía*, Cizur Menor, Aranzadi, 4.<sup>a</sup> ed..
- CASANOVAS MUSSONS, A. (1997), “Comentario a la sentencia de 7 de mayo de 1997”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 45.
- CASANOVAS MUSSONS, A. (1984), *La relación obligatoria de fianza*. Barcelona, Bosch.
- CASTELLANOS CÁMARA, S. y SANCHO MARTÍNEZ, L. (2024) “Contrato de fianza”, en BERCOVITZ, R. (dir.) *Tratado de contratos*, T. IV, 4.<sup>a</sup> ed., Valencia, Tirant lo Blanch.
- CASTILLA BAREA, M. (2013) “Comentario a los artículos 1.838 y 1839”, en *Comentarios al Código civil* (dir. por R. BERCOVITZ), T. VI, Valencia, Tirant lo Blanch.
- CAVALLARO, R. (2001), *La gestione d'affari altrui “prohibente domino” nella tradizione romanística*, Milano.
- DE ARENA, I. (1541), *Commentarii in universum ius civile*, Lugduni.



- DE CASTRO, P. *Prima Super Codice*, Si pro ea, Lugduni, 1553.
- DE MARTINO, F. “L’origine delle garanzie personali e il concetto dell’obligatio”, en *SDHI* 6, 1940.
- DELGADO ECHEVERRIA, J. (2013), *Elementos de Derecho civil*, T. II, Vol. II, Barcelona, Bosch.
- DIEZ-PICAZO, L. (2012) *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial, Las relaciones obligatorias*, T. III, Madrid, DUO Estudios y Comentarios Legislación Civil.
- DONELLUSS, H. (1846), *Opera omnia. Commentariorum in Codicem Iustiniani*, T. 8, Florentiae.
- D’Ors, A. (1991) *Derecho Privado Romano*, Pamplona, Eunsa.
- EMUNDS, C. (2007), “Solvendo quisque pro alio liberat eum”, *Studien Zur Befreienden Drittleistung Im Klassischen Romischen Recht*, Freiburger Rechtsgeschichtliche Abhandlungen, 54.
- FARGNOLI, I. (2012) “L’adempimento del terzo *invito debitore* nel diritto svizzero: attualità di una soluzione classica”, en SANTUCCI, G. (editor), *Fondamenti del diritto europeo. Seminari trentini*, Napoli.
- FINAZZI, G. (2003), *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II,1, *Requisiti delle acciones negotiorum gestorum*, Cassino, Università degli Studi di Cassino.
- FRAGALI, M. (1968), *Fideiussione (diritto privato)*, *Enciclopedia del Diritto*, T. XVII, Milano.
- FRAGALI, M. (1968), *Delle obbligazioni. Fideiussione. Mandato di credito*. Art. 1936-1959, Bologna, Zanichelli e Roma Società Editrice del Foro Italiano.
- FREZZA, P., (1962-1963) *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. Vol. - Le garanzie personali;*, (n. 2), Cedam, Padova.
- GALICIA AIZPURUA, G. (2006), *La disciplina sobre el pago por el tercero y el alcance de la subrogación*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- GALICIA AIZPURUA, G. (2023), “El derecho de regreso del fiador solvens: régimen sustantivo y clasificación concursal”, *ADC, Estudios Monográficos*, T. LXXVI, fasc. I (enero-marzo) (pp. 7-76).
- GARCIA GOYENA, F. (1973) *Concordancias motivos y comentarios del Código civil español*, T. IV, reimpresión de la edición de Madrid 1952, T. IV, Barcelona.
- GOMEZIUS, A. (1674), *Variee Resolutionum iuris civile, commmunis, Regii*. T. II, *De contractibus*, Lugduni, cap. XIII, num. 11.
- GRAF VON WESTPHALEN, F. (2022) “Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke”, *Bürgschaftsrecht*, München, Beck.
- GUILARTE ZAPATERO, V. (1979), *Comentarios al código civil y compilaciones forales*, T. XXII (artículos 1822 a 1886), dirigidos por M. ALBALADEJO, Madrid, EDERSA.
- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, B. (1878), *Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho civil español*, T. V, 3ª ed., Madrid.
- HERINGIUS, A. (1675), *Tractatus de fideiussoribus*, Genevae.
- IMAZ ZUBIAURRE, L. (2024), *Fianza: accesoriadad, subsidiariedad y solidaridad*, Barcelona: Atelier.
- LARENZ, K. (1994) *Handbuch des Schuldrechts. Besonderer Teil, 2. Halbband / begründet von Karl Larenz, fortgeführt von Claus-Wilhelm Canaris*, München : Beck.
- LAURENT, F. (1901), *Principii di Diritto Civile* (Vol. XXVIII, 2ª ed.), Milán, Società Editrice Libreria.
- LÓPEZ, G. (1801), *Las Siete Partidas del Sabio Rey D. Alfonso el IX / con las variantes de más interés, y con la glosa del lic. Gregorio López ... ; vertida al castellano y*

- estensamente adicionadas con nuevas notas y comentarios y unas tablas sinópticas comparativas, sobre la legislación española, antigua y moderna, hasta su actual estado, por D. Ignacio Sanpontos y Barba, D. Ramón Martí de Eixala, y D. José Ferrer y Subirana... ; T. III, Barcelona, Imprenta de Antonio Bergnes.*
- MANRESA Y NAVARRO, J. M<sup>a</sup>. (1973), *Comentarios al Código civil español*, T. XII, 6<sup>a</sup> edición.
- MARTINI, R. (2000), *Appunti di Diritto romano privato*, Cedam, Padova.
- MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J. (2019), *Derecho. Privado Romano*, Madrid, M. Pons.
- MOLINA, L. (1594), *De iustitia*, T. II, *De contractibus*, Venetis.
- MOURLON, F. (1883), *Répétitions écrites sur le Code civil*, T. 3, Paris.
- ODOFREDUS (1550), *Lectura super Digesto Veteri*, I, Lugduni.
- ORTUÑO SÁNCHEZ-PEDREÑO, J. M (1998), “Origen romano de la fianza en las Partidas”, *Ius Fugit*, 7 (pp. 82-122).
- PACIFICI-MAZZONI, E. (1886), *Codice civile italiano commentato legge romana*, Vol.II, Firenze : Filippo Canneli.
- POTHIER, R. J. (1768), *Traité des obligations, selon les règles tant du for de la conscience que du for extérieur*, Paris, Debure et Orléans, Rouzeau-Montaut, nouv. éd..
- PRADO RODRÍGUEZ, J. C. (2011), “La solutio del tercero ‘ignorante vel invito debitore’ y sus vías de regreso contra el deudor” *Iura: rivista internazionale di diritto romano e antico*, número 59 (pp. 217-26).
- PROENÇA, J. B. (2023), “Fiança”, en *Comentário ao Código Civil*, Coimbra, Universidade Católica Editora (pp. 89-97).
- RAVAZZONI, A. (1975) *La fideiussione*, 3<sup>a</sup> edición, Milano.
- REYES LÓPEZ, M<sup>a</sup>. J. y BUIGUES OLIVER, G. (1995), *Notas para un estudio histórico-crítico de la fianza*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- REYES LOPEZ, M<sup>a</sup>. J. (1988), “Algunas consideraciones sobre los art. 1.838 y 1839 del Código civil”, *ADC*, T. XLI, fascículo I (pp. 153-222).
- RIVALTA, V. (1895), *Dispute celebri di diritto civile*, Bologna.
- RODRIGUEZ DE FONSECA, (1872-1874) *El Digesto del Emperador Justiniano, Nueva ed. aum. con la traducción de los proemios, completada y revisada por Manuel Gomez Marin y Pascual Gil y Gomez*, Madrid, Imprenta de Ramon Vicente.
- SÁNCHEZ JORDÁN, E. (2000), *La gestión de negocios ajenos*, Madrid.
- SÁNCHEZ JORDÁN, E. (2016), «Comentario a los artículos 1893 y 1894», en *Código civil comentado* (dir. por A. CAÑIZARES, P. DE PABLO y R. VALPUESTA), Vol. IV, Cizur Menor, Aranzadi, 2.<sup>a</sup> ed.
- SCIALOJA, V. (1889), “Della “negotiorum gestio prohibente domino” ed in ispecie dell’azione di regresso del terzo che paghi un debito altrui contro la volontà del debitore”, en *Foro Italiano*, [año XIV], 16, Città di Castello, II (pp. 532-540).
- SOKOLOWSKI, P. VON (1891), *Die Mandatsbürgschaft nach römischen und gemeinen Recht*, Halle.
- SOTTOMAYOR, C. (2022), *Código Civil Anotado: Livro III - Direito de Contratos* (2<sup>a</sup> Edição), Edições Almedina.
- TORRES PARRA, M. J. (1998), *El mandato de crédito como garantía personal*, Madrid, Dykinson.
- TROPLONG, M. (1846), *Le Droit civil expliqué suivant l’ordre des articles du Code*, T. XVII, “Du cautionnement et des transactions”, París.
- ULMER, E. (1980), *Münchener Kommentar Bürgerliches Gesetzbuch Schuldrecht, Besonderer Teil 2*, Halddand, München (pp. 657-853).
- VALIÑO, E. (1974) *Acciones útiles*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra.

- VON SCHIMS, S. (2006), *Der gesetzliche Forderungsübergang Wirkweise und Funktion für den Regress bei drittseitiger Schuldsicherung*, *Schriften zum Bürgerlichen Recht Band 337*, Berlin: Duncker & Humblot.
- WINDSCHEID, B. (1862), *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2, Verlagshandlung von Julius Buddeus, disponible *on-line*  
[https://dlc.mpg.de/toc/mpirg\\_sisis\\_214200/1/\(14/11/2024\)](https://dlc.mpg.de/toc/mpirg_sisis_214200/1/(14/11/2024)).

# ADOPCIÓN Y SUCESIÓN: A PROPÓSITO DE UNA JURISPRUDENCIA CONFUSIONISTA<sup>1</sup>

*Adoption and succession: about a confusing jurisprudence*

CARLOS MARÍA DÍAZ TEIJEIRO  
[carlos.diaz.teijeiro@udc.es](mailto:carlos.diaz.teijeiro@udc.es)  
Profesor Ayudante Doctor - Derecho Civil  
Universidad de A Coruña (UDC)

## ***Cómo citar / Citation***

Díaz Teijeiro, C. M<sup>a</sup> (2024).

Adopción y sucesión: a propósito de una jurisprudencia confusionista.

*Cuadernos de Derecho Privado*, 10, pp. 52-98

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.68>

(Recepción: 19/11/2024; aceptación: 23/12/2024; publicación: 30/12/2024)

## ***Resumen***

El presente trabajo tiene por objeto analizar la jurisprudencia referida a los efectos de la adopción en el ámbito de la sucesión *mortis causa*. Las reformas legislativas de la adopción originaron un problema de derecho transitorio que el Tribunal Supremo ha resuelto por medio de la aplicación del principio de igualdad entre la filiación natural y la adoptiva.

## ***Abstract***

The purpose of this paper is to analyse the case law on the effects of adoption in the field of succession. The legislative reforms of adoption created a problem of transitional law that the Supreme Court has resolved by applying the principle of equality filiation.

## ***Palabras clave***

Adopción, sucesión *mortis causa*, legítima y sucesión intestada, interpretación testamentaria, igualdad de las filiaciones

## ***Key words***

Adoption, succession, forced heirship and intestate succession, will interpretation, principle of equality of filiation

## ***SUMARIO:***

---

I. INTRODUCCIÓN. II. EL CRITERIO LEGAL. III. EL CRITERIO DOCTRINAL. IV. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL ADOPTADO:

---

<sup>1</sup> Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2020-118111GB-I00, “Sujetos e Instrumentos del Tráfico Privado VIII: Reforma del Derecho de sucesiones”, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

1. Preliminar. 2. La jurisprudencia sobre derechos sucesorios *ex lege* del adoptado; 3. Interpretación del testamento y principio constitucional de igualdad. 4. Conclusiones. V. COLOFÓN. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

---

## I. INTRODUCCIÓN

La relación entre la adopción y la sucesión *mortis causa* parece evidente: de un lado, la adopción crea parentesco; de otro, la regulación de la legítima y de la sucesión intestada presupone la existencia de vínculos de familia con el causante.

Pero la influencia de la adopción sobre la sucesión depende del grado de intensidad que la ley reconoce al vínculo adoptivo y este no ha sido siempre el mismo. Desde la aprobación del texto original del Código Civil, la adopción ha sido objeto de reformas legales que han ido alterando sus fundamentos y modificando su significado. A propósito de la primera de estas reformas, GAMBÓN ALIX (1960:40) escribió que la adopción «ha sido una cosa y va llegando a ser otra». Como es natural, las modificaciones en la adopción afectaron principalmente a las relaciones de familia; pero, acaso como corolario de lo anterior, los cambios alteraron también el derecho de sucesiones. Con carácter general, puede decirse que las sucesivas reformas legales intensificaron progresivamente el vínculo adoptivo y, como consecuencia de ello, mejoraron gradualmente el estatuto sucesorio del adoptado.

Las reformas legales de la adopción y los cambios en el estatuto sucesorio del adoptado originaron un problema de derecho transitorio. En este punto, se abrían dos posibilidades: reconocer al adoptado los derechos sucesorios que le atribuyese la norma vigente cuando se constituyó la adopción; o conferirle los derechos que sancionase la ley que rigiese al tiempo de causarse la sucesión. A esta dificultad se añadió otra: varias de esas leyes de reforma regularon clases o categorías distintas de adopción, cada una con requisitos y efectos distintos. Así las cosas, la identificación en cada caso de la norma determinante de los derechos sucesorios del adoptado se convirtió en una tarea compleja.

En un principio, los jueces se aplicaron a esta tarea empleando herramientas de la metodología jurídica: irretroactividad de las leyes, la muerte del causante como hecho determinante de los derechos hereditarios o la indagación de la voluntad real del testador como propósito de la interpretación testamentaria, son los argumentos clásicos empleados en las sentencias más antiguas. Pero, llegado un momento, este modo de razonar fue sustituido por la aplicación del principio «constitucional» de igualdad de la filiación adoptiva y la natural.

En las líneas que siguen me propongo exponer sintéticamente la evolución legislativa de la adopción, centrándome en sus consecuencias sucesorias [criterio legal]; explicar el parecer habitual de los autores acerca de la ley aplicable a las sucesiones en las que incide una adopción [criterio doctrinal]; y analizar la jurisprudencia concerniente a los derechos sucesorios del adoptado.

## II. EL CRITERIO LEGAL

A decir verdad, no ha existido un único criterio legal relativo a los derechos sucesorios del adoptado. Las sucesivas reformas que incidieron en la materia, permiten constatar que el legislador no ha valorado de manera unívoca el hecho de la adopción: ni el criterio legal acerca de los efectos sucesorios de la adopción ha sido único en el tiempo, ni tan siquiera ha resultado idéntico en cada momento.

De entrada, el criterio referente a los derechos sucesorios del adoptado fue variando a lo largo del tiempo porque la regulación de la adopción experimentó notables modificaciones. Aparte de la redacción primitiva que contenía el Código Civil, la adopción fue objeto de tres leyes que han tenido un carácter fundamental para la institución: la primera, de 24 abril 1958; la segunda, de 4 julio 1970; y la última y, por ahora definitiva, de 11 noviembre 1987. La evolución normativa permite identificar una tendencia progresiva al reforzamiento de los efectos de la adopción, pero lo cierto es que, en cada una de las sucesivas versiones, la adopción significó algo distinto.

Además, durante un período de tiempo [1958-1987], coexistieron dos tipos diferentes de adopción: uno, el de la adopción plena, que con carácter fundamental respondía al modo en que se entiende actualmente esta institución; y otro, el de la adopción «menos plena» o «simple» –según se tratase de adopciones constituidas al amparo de la Ley 24 abril 1958 o de la Ley 4 julio 1970–. Siendo distintos los requisitos legales para su constitución, la adopción menos plena y la adopción simple podían reconducirse a la categoría de «adopción de efectos débiles» o «restringidos». Ello porque, en comparación con la filiación natural, y aun con la adopción plena, las consecuencias jurídicas de estas modalidades de adopción resultaron ser de carácter limitado. Y por este mismo argumento, es decir, por razón de los «efectos muy estrechos» que se derivaban de la misma, también podría quedar comprendida en esa categoría de adopción de efectos débiles o restringidos la constituida de acuerdo con la versión original del Código Civil. Como es natural, esta diversidad de alcance de las distintas adopciones

no podía dejar de tener su reflejo en el Derecho sucesorio, dando lugar a consecuencias jurídicas dispares<sup>2</sup>.

a] En la versión original del Código Civil, el adoptante no adquiría derecho alguno a heredar al adoptado. Tampoco lo adquiría el adoptado en relación con su adoptante, a menos que en la escritura de adopción este se hubiese «*obligado a instituirle heredero*». En cambio, el adoptado conservaba todos los derechos que le correspondiesen en su familia natural, «*a excepción de los relativos a la patria potestad*» [artículo 177 CC]. Entre los derechos que el adoptado conservaba en su familia de origen se encontraban el de suceder *abintestato* a sus parientes naturales y el de recibir en su herencia la porción de legítima que le correspondiese<sup>3</sup>. La adopción suponía simplemente una alteración de la situación familiar del adoptado: si este era menor de edad, quedaba bajo la potestad del adoptante, mas con restricciones referidas a los bienes del adoptado [artículos 154 y 166 CC]; el adoptado podía usar, junto con el de su familia natural, el apellido del adoptante si así se convenía en la escritura de adopción [artículo 175 CC]; y ambos, adoptado y adoptante, quedaban recíprocamente obligados a prestarse alimentos [artículo 176 CC].

b] Al crear la categoría de la adopción menos plena, la Ley 24 abril 1958 configuró su régimen de modo similar al de la adopción original. Por ello, los efectos patrimoniales de la nueva adopción menos plena eran semejantes a los que han sido descritos en el párrafo anterior: deber recíproco de alimentos [artículo 174 CC] y derecho del adoptado a suceder al adoptante si así se estipulaba en la escritura de adopción [artículo 180 CC]. Por otra parte, el adoptado conservaba el derecho a heredar a sus parientes naturales [artículo 174 párrafo 5º CC].

Aparte de este tipo de adopción de efectos limitados, la Ley 24 abril 1958 reguló la adopción plena, cauce por el cual, según expresaba su Preámbulo, se pretendía «crear una situación familiar, de alguna manera análoga a la que dimana de la paternidad legítima». En lo que aquí interesa, ello supuso que, en la sucesión del adoptante, se reconociesen al adoptado en forma plena –y, por representación, a su descendencia legítima– los derechos que correspondían al hijo natural reconocido [artículo 179 CC]. Así pues: en cuanto legitimario, el adoptado en forma plena tendría derecho a la mitad de la cuota de participación del hijo legítimo no mejorado, a una cuarta parte de la herencia

---

<sup>2</sup> La expresión «efectos muy estrechos» referida a la adopción en la versión original del Código Civil, procede del Preámbulo de la Ley 24 abril 1958. Para los precedentes normativos de la actual adopción, por todos: PÉREZ ÁLVAREZ (1989:13ss.).

<sup>3</sup> SCAEVOLA (1893:449).

o a una tercera parte, dependiendo de los parientes o familiares del adoptante con los que concurriese a su sucesión [artículos 840 a 842 CC]; y por lo que se refiere a la sucesión *abintestato*, el eventual llamamiento del adoptado en forma plena se limitaba siempre a la sucesión del adoptante y quedaba supeditado a la falta de concurrencia de sus descendientes o ascendientes legítimos [artículos 943 y 939 CC]. Y aun con todo, el adoptado conservaba los derechos sucesorios que le correspondiesen en relación con sus parientes por naturaleza [artículos 174 párrafo 5º y 179 párrafo 2º CC].

Y ya por lo que se refiere a la sucesión voluntaria, el artículo 174 CC aclaró la naturaleza de las antiguas promesas u obligaciones de instituir heredero al adoptado incorporadas a la escritura de adopción, reconduciéndolas a la categoría del pacto sucesorio: «*Los derechos del adoptado en la herencia del adoptante, y establecidos en la escritura de adopción, son irrevocables y surtirán efecto aunque éste muera intestado [...]. El pacto sucesorio no podrá exceder de los dos tercios de la herencia del adoptante, sin perjuicio de los derechos legitimarios reservados por la Ley a favor de otras personas*» [párrafos 3º y 4º artículo 174 CC]. Asimismo, la Ley 24 abril 1958 añadió una regla presuntiva de la voluntad del causante: «*en el testamento del adoptante la expresión genérica hijo o hijos comprende a los adoptivos*» [párrafo 3º artículo 772 CC]. Según se comprobará, el olvido de esta regla interpretativa, no exenta de críticas doctrinales, ha sido una de las causas del confusionismo jurisprudencial.

c) Por virtud de la Ley 4 julio 1970 se hizo más intenso el vínculo adoptivo, tanto para la adopción constituida en forma plena, como para la constituida en forma «simple», que es como pasó a denominarse la anterior adopción menos plena. En este sentido, la adopción simple confirió al adoptado una situación similar a la que atribuía la adopción plena en el régimen anterior; en particular, por lo que se refiere a la sucesión *mortis causa* del adoptante, el adoptado en forma simple quedó equiparado al hijo natural reconocido [artículo 180 CC]. Por lo tanto, y según lo indicado en un párrafo anterior: derecho a una legítima de cuantía limitada [artículos 840 a 842 CC] y derecho a suceder *abintestato* al adoptante, pero supeditado al llamamiento de descendientes y ascendientes legítimos [artículo 939 CC].

En cuanto a la adopción plena, el artículo 179 CC asimiló a efectos sucesorios al adoptado con los hijos legítimos, mas con ciertas particularidades: de concurrir con hijos legítimos, el adoptado no podía recibir por mejora más que el hijo legítimo menos favorecido [regla primera]; y de concurrir con hijos naturales reconocidos, estos no



podían percibir menos que el adoptado plenamente [regla segunda]<sup>4</sup>. El adoptado plenamente también resultó igualado al hijo legítimo en la sucesión *abintestato* del adoptante, pero la equiparación no pasó de ahí: en la sucesión intestada de los familiares del adoptante, el adoptado en forma plena carecía de derechos<sup>5</sup>.

Por otra parte, la posición jurídica del adoptado en relación con su familia de origen suscitó dudas. Desde luego, el artículo 179 CC excluía de la herencia del adoptado a sus parientes de origen. Pero al no existir una regla paralela que aclarase cuál era la situación del adoptado en relación con su familia biológica, no existió acuerdo doctrinal acerca de los derechos del adoptado en la sucesión de sus parientes de origen<sup>6</sup>.

La Ley 4 julio 1970 incluyó además una Disposición transitoria que permitió acomodar las adopciones anteriores a las nuevas disposiciones legales. Pero esta acomodación quedaba a voluntad de los interesados y por ello se podía deducir que los efectos previstos en la legislación anterior debían subsistir si la adopción no sufría alteraciones para ajustarla al nuevo régimen jurídico.

d] El siguiente hito normativo en materia de adopción lo constituyó la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio. Es bien sabido el fin con el que se dictó esta Ley: «constitucionalizar» el Código Civil; y ello, en materia de filiación, pasaba por equiparar jurídicamente las distintas filiaciones naturales [artículos 14 y 39.2 CE]. El consabido propósito de la Ley 11/1981 no exigía la equiparación de efectos de la adopción con los de la filiación natural pero el legislador aprovechó la ocasión para modificar ciertos aspectos de la adopción, así como para reforzar sus efectos. En este sentido, se dio nueva redacción al artículo 108 CC que pasó a tener el siguiente tenor: «*la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva plena, surten los mismos efectos conforme a las disposiciones de este Código*». Como es natural, esta pauta general de igualación entre la filiación natural y la adoptiva plena alcanzó a las sucesiones: «*El hijo*

---

<sup>4</sup> Estas reglas limitativas suponían, mediando determinadas circunstancias, consecuencias paradójicas o incluso ilógicas; v.gr: que se asegurase al hijo natural del adoptante un mejor resultado de concurrir con un adoptado en forma plena que de hacerlo con un adoptado en forma simple; o que el adoptado en forma plena, que podía recibir más que el hijo legítimo del adoptante, no pudiese recibir más que el hijo natural. Otros problemas eran insolubles: de concurrir hijos naturales reconocidos, adoptados en forma plena y adoptados en forma simple, ¿estos últimos quedaban equiparados a los adoptados en forma plena? Y es que los adoptados en forma simple ocupaban la posición que correspondía a los naturales y estos no podían recibir menos que los adoptados plenamente: VALLET (1970:603ss); SANCHO REBULLIDA (1978:432).

<sup>5</sup> BERCOVITZ (1971:942); DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (1984:54).

<sup>6</sup> BERCOVITZ (1982:434ss.).

*adoptivo o sus descendientes ocupan en la sucesión del adoptante la misma posición que los demás hijos o descendientes» [artículo 179 CC]<sup>7</sup>.*

Ahora bien, de la propia letra del artículo 108 CC se podía inferir que esa equiparación de efectos no alcanzaba a la adopción simple. Esta deducción, aparentemente contradicha por la desafortunada redacción que la Ley 11/1981 dio al artículo 176 CC, quedaba confirmada por la lectura de otros artículos del Código Civil que, a pesar de ser objeto de reforma, presuponían diferentes efectos para la adopción simple y para la adopción plena –v.gr. artículos 161, 164.3º, 823 CC–. En lo que aquí interesa, de entre las normas que conservaban una discriminación de efectos por razón del tipo de adopción –plena o simple–, destacaba el artículo 180 CC que, referido a la adopción simple, establecía en sus apartados tercero y cuarto: «*Adoptado y adoptante carecen entre sí de derechos legitimarios y su presencia no influye en la determinación de las legítimas ajenas. En la sucesión intestada, el hijo adoptivo o sus descendientes y el adoptante son llamados inmediatamente después del cónyuge viudo, con exclusión de los colaterales. En su caso, el hijo adoptivo o sus descendientes excluyen al adoptante o adoptantes*». Aparte de que supuso una involución en cuanto al reconocimiento de los derechos sucesorios del adoptado en forma simple –por virtud de la Ley de 4 julio 1970, el adoptado en forma simple había quedado equiparado al hijo natural reconocido–, esta norma constituye la mejor prueba de que el principio constitucional de igualdad [artículo 14 CE] no comportaba forzosamente la equiparación de efectos entre la filiación natural y la adopción simple. A este respecto debe retenerse que la versión transcrita del artículo 180 CC procede de la Ley 11/1981, cuya elaboración obedeció a la necesidad de «constitucionalizar» el Código Civil.

e] La Ley 27/1987, de 11 de noviembre, puede considerarse una última etapa en el proceso de reforma del régimen jurídico de la adopción. En realidad, esta norma no se limitó a modificar aspectos particulares de la figura, sino que asentó una «nueva adopción», informada por unos nuevos principios: control administrativo de la adopción, plena equiparación de la filiación adoptiva y la natural, primacía del interés del menor<sup>8</sup>. Pero, en lo que ahora importa, la Ley 27/1987, lo mismo que sus precedentes normativos, estableció una excepción a ese principio de plena equiparación. Así resultaba de su Disposición transitoria segunda: «*Las adopciones simples o menos plenas, subsistirán*

---

<sup>7</sup> Como excepción, PEÑA (1984:808), interpretando restrictivamente el artículo 179 CC, estimó vigente la exclusión del adoptado en forma plena de la sucesión intestada de los familiares del adoptante.

<sup>8</sup> PÉREZ ÁLVAREZ (2024:480S.).

*con los efectos que les reconozca la legislación anterior, sin perjuicio de que pueda llevarse cabo la adopción regulada por esta Ley si para ello se cumplen los requisitos exigidos en la misma».*

En definitiva, de lo expuesto con anterioridad cabe colegir que la adopción menos plena y la adopción simple conferían al adoptado una posición jurídica limitada en relación con la sucesión del adoptante. En lo que atañe al ámbito sucesorio, y a pesar de que el legislador reforzó progresivamente los derechos del adoptado, los efectos derivados de estos tipos de adopción eran reducidos: la Ley 24 abril 1958 reconoció al adoptado en forma simple la posibilidad de hacer parte en la herencia del adoptante si así se había pactado expresamente en la escritura de adopción; y la Ley 4 julio 1970 equiparó al adoptado en forma menos plena al hijo natural reconocido.

El progresivo reforzamiento de la posición jurídica del adoptado en forma menos plena o simple en la sucesión del adoptante se interrumpió, paradójicamente, con la reforma que trajo causa de la Ley 11/1981. Es cierto que la versión reformada del artículo 176 CC estableció, sin distinción alguna, la plena equiparación de la filiación adoptiva con la natural. Esta equiparación significó, entre otras cosas, la completa integración del adoptado en la familia del adoptante y la consiguiente constitución de vínculos de parentesco. Mas, con todo, la reforma del artículo 180 CC privó al adoptado en forma simple de cualquier derecho legitimario en la sucesión del adoptante y lo pospuso en el orden de llamamientos *abintestato*<sup>9</sup>.

De acuerdo con el propósito de configurar una «nueva adopción», la Ley 27/1987 eliminó la dualidad de adopciones y orilló cualquier regulación de una adopción de efectos débiles. Pero reconoció, por medio de una disposición transitoria, la subsistencia, con sus peculiares efectos, de las adopciones menos plenas o simples que se hubiesen constituido al amparo de la legislación anterior.

---

<sup>9</sup> En la versión precedente de la Ley 11/1981, el párrafo primero del artículo 176 CC declaraba: «Corresponden al hijo adoptivo los mismos derechos y obligaciones que a los hijos por naturaleza». Esta redacción, que comprendía cualquier tipo de adopción –la plena y la simple–, fue resultado de una enmienda transaccional por la que se decidió la supresión de un inciso que seguía al anterior y que establecía una excepción: «salvo cuando la ley disponga otra cosa». Pero, como se ha visto, el artículo 108 CC refería esa equiparación exclusivamente a la adopción plena; y la disparidad de efectos de la adopción plena y la adopción simple resultaba patente a partir del contenido del artículo 180 CC. Así las cosas, puede concluirse que, al dar nueva redacción al artículo 176 CC, el legislador no se proponía igualar al adoptado en forma simple con el hijo natural. Lo que luego sucedió con el artículo 176 CC resulta inexplicable: «suprimido» por la Ley 30/1981, de 7 de julio, recobraría nueva vigencia por virtud de la Ley 13/1983, de 24 de octubre. Sobre este particular: BERCOVITZ (1982:377ss.).

### III. EL CRITERIO DOCTRINAL

La disparidad de consecuencias que en el ámbito sucesorio comportaron las sucesivas reformas de la adopción, no podía dejar de suscitar una cuestión propia del derecho transitorio; a saber: determinar el régimen jurídico aplicable a la sucesión *mortis causa* del adoptante. Las dudas que se podían plantear eran de este tipo: el adoptado en forma plena al amparo de la Ley 24 abril 1958, ¿podría reclamar la legítima que se reservaba a los hijos legítimos, por acaecer la muerte del adoptante bajo la vigencia de la Ley 11/1981?

A este respecto, cabía considerar dos hipótesis distintas. La primera consistiría en afirmar que los derechos sucesorios del adoptante vienen determinados por la ley vigente al tiempo de constituirse la adopción, de manera que, en el ejemplo propuesto, el adoptado, en cuanto legitimario, tendría la misma consideración que el hijo natural reconocido, correspondiéndole la mitad de la cuota de participación del hijo legítimo no mejorado [*ex* artículo 179 CC en su versión Ley 24 abril 1958]. La segunda hipótesis optaría, en cambio, por reconocer al adoptado los derechos dimanantes de la ley vigente al tiempo de fallecer el causante; siendo ello así, en el supuesto examinado, el adoptado haría cabeza junto con los demás hijos del adoptante en la cuota de legítima de dos tercios [*ex* artículos 108 y 807 CC en su versión Ley 11/1981].

Tras la reforma de la adopción por medio de la Ley 21/1987, se ha mantenido que los derechos sucesorios atribuidos por ministerio de la ley al adoptado no pueden ser otros que los determinados por la norma vigente al tiempo de causarse la sucesión<sup>10</sup>. En verdad, a esta conclusión se puede llegar por tres argumentos: por la consideración de la muerte del causante como presupuesto de su sucesión *mortis causa*; por la aplicación de la Disposición transitoria duodécima del Código Civil; y por aplicación de las disposiciones transitorias de las últimas leyes que incidieron en la adopción.

Resulta evidente que el hecho positivamente impuesto por la ley como requisito para la eficacia del testamento es la muerte del testador; y este mismo presupuesto afecta a los llamamientos *abintestato* y aun a la legítima. Si el fallecimiento del causante constituye el momento al que se anuda toda adquisición *mortis causa* [artículo 657 CC], parece razonable que la ley vigente al tiempo de causarse la sucesión sea la que determine a falta de testamento, qué personas, y en qué proporción, son llamadas a la herencia.

---

<sup>10</sup> Por todos: ALBALADEJO (1988:441ss.); SÁNCHEZ-RUBIO (1992:166s.).

A esta misma conclusión podía llegarse por aplicación de la Disposición transitoria duodécima del Código Civil, según la cual: «*Los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código [...]*». Más allá de su aplicación directa, la función de norma abstracta de derecho intertemporal que se atribuye a este precepto, permite inducir un criterio válido para resolver, a falta de disposiciones transitorias específicas, las cuestiones que puedan suscitar ulteriores reformas del Código Civil<sup>11</sup>. Pues bien, el criterio a inducir de la Disposición transitoria decimosegunda es el reflejado en el párrafo anterior: la ley vigente a la muerte del causante es la que rige su sucesión<sup>12</sup>. Esta es la solución que podría alcanzarse en relación con las reformas operadas en materia de adopción por las leyes 24 abril 1958 y 4 julio 1970, toda vez que no se acompañaron de disposiciones transitorias específicas, a salvo la posibilidad de acomodación a la nueva adopción que resultaba de la Disposición transitoria de la Ley 4 julio 1970. Pero sobre esto habrá de volverse más adelante.

Según se avanzó, la conclusión de que la ley vigente al tiempo de fallecer el causante es la que rige la sucesión también se podía alcanzar por aplicación de las disposiciones transitorias de las últimas leyes que incidieron en la adopción. Así resulta directamente de la Disposición Transitoria Octava de la Ley 11/1981: «*Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación*»<sup>13</sup>.

En definitiva, por tres medios distintos queda confirmado aquel criterio según el cual los derechos sucesorios atribuidos por ministerio de la ley al adoptado vienen determinados por la norma vigente al tiempo de causarse la sucesión. La asunción de este criterio no implica reconocer efectos retroactivos a las sucesivas leyes de reforma de la adopción. A este respecto sucede que la sucesión *mortis causa* del adoptante se rige por la ley vigente en el momento de su fallecimiento; y ello por cuanto el hecho al que se anuda la adquisición de los derechos hereditarios es la muerte del causante y no la adopción. Así lo explicó ALBALADEJO (1988: 450): «el alcanzar la Ley de Adopción

---

<sup>11</sup> Vid. SANCHO REBULLIDA (1991:2210). Y como este autor: REGLERO CAMPOS (1994:743).

<sup>12</sup> DE CASTRO (1949: 666).

<sup>13</sup> Por más que resulte extraño para la mentalidad actual, la aplicación de este criterio comporta la posibilidad de que, en relación con sucesiones causadas antes de entrar en vigor la Constitución 1978, se apliquen normas de las que resultan efectos discriminatorios: BARBER CÁRCAMO (2013:52); ESPEJO (2019: 345); SANCIÑENA ASURMENDI y GAGO SIMARRO (2019: 148ss.). Confirma esta conclusión: STC 105/2017, 18 septiembre [ECLI TC:2017:105].

nueva a la sucesión que tenga lugar después de ella, aunque incida en el caso adopción anterior cuya regulación sucesoria fuese distinta en la Ley bajo la que se realizó, no es, pues, por ser esa Ley nueva retroactiva [...], sino por ser tal sucesión un hecho futuro, y no un simple efecto futuro de la adopción. Por lo que no hace falta retroactividad ninguna para alcanzarla». Por lo tanto, la ley que rijan al fallecer el causante como norma determinante de los derechos sucesorios del adoptado.

Pero la exacta identificación de la ley aplicable a la sucesión en la que incide una adopción de efectos restringidos no es una labor exenta de complicaciones. Por poner un ejemplo: referida a las adopciones de efectos restringidos –adopción original, adopción simple y adopción menos plena–, la Disposición transitoria octava de la Ley 21/1987 parece anunciar una excepción: «*Las adopciones simples o menos plenas, subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior [...]*». De esta regla se podría colegir que los derechos sucesorios del adoptado en forma menos plena –o simple, o según la versión original del Código Civil– vienen determinados por una versión anterior del Código Civil distinta a la que resultó de la última reforma de 1987. Pero, bien vistas las cosas, esta conclusión, que por lo demás me parece acertada y que coincide con el parecer doctrinal, no constituye una verdadera excepción a ese otro criterio según el cual «la ley que rijan al morir el causante es la que regula la sucesión en que incida una adopción». A este respecto sucede que, en lo relativo a las distintas modalidades de adopción de efectos limitados, las reglas transitorias incorporadas a las leyes de reforma fueron dotando de «ultra-actividad» a las viejas versiones del Código Civil que sucesivamente se fueron derogando. Tal vez el mejor modo de explicar lo que quiero decir sea intentando hacer la «historia retrospectiva» de esas reglas transitorias<sup>14</sup>.

a) La Ley 21/1987 incluyó dos normas transitorias con incidencia en el Derecho de sucesiones: una, referida a las adopciones plenas; la otra, a las adopciones de efectos restringidos.

En lo que guarda relación con la adopción plena, el artículo 3º de la Ley 21/1987 equiparó *pro futuro* las antiguas adopciones plenas a la «nueva adopción»: «*La llamada adopción plena se entiende sustituida, en lo sucesivo, por la adopción que regula esta Ley*». Al decir de SÁNCHEZ-RUBIO (1994:161), el propósito de esta regla transitoria fue el de «borrar para lo sucesivo toda huella diferencial entre las adopciones anteriormente denominadas plenas y la nueva figura única de adopción establecida por la Ley 1987».

---

<sup>14</sup> Sobre historia retrospectiva: D'ORS (1997:73s.).

Sin embargo, para las adopciones de efectos restringidos, la Ley 21/1987 acogió otra solución. De acuerdo con la Disposición transitoria octava, *«las adopciones simples o menos plenas, subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior [...]»*. Y entre estos efectos que se declaraban subsistentes habría que considerar comprendidos aquellos que determinaban una posición jurídica limitada del adoptado en forma simple o menos plena en la sucesión del adoptante.

De todo lo anterior parece colegirse que, de acuerdo con el criterio doctrinal y jurisprudencial usual por entonces, el legislador de 1987 se representó de distinto modo la continuidad histórica de la adopción plena y de las adopciones de efectos débiles. De una parte, la adopción plena constituiría una figura unitaria y permanente que a partir de entonces quedaría sustituida por la «nueva adopción» [artículo 2º Ley 21/1987]. Y por otra parte, la adopción menos plena y la adopción simple conformarían categorías diferentes, no asimilables entre sí, pero tampoco equiparables a la «nueva adopción», razón por la cual debían subsistir con los efectos que les reconociese la legislación anterior [Disposición adicional segunda Ley 21/1987].

b) Como es sabido, por medio de su Disposición transitoria octava, la Ley 11/1981 acogió el criterio según el cual la sucesión debía quedar sometida a la ley vigente al fallecer el causante: *«Las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor esta Ley se regirán por la legislación anterior y las abiertas después por la nueva legislación»*.

Esta Ley 11/1981 conservó el sistema anterior en el que coexistían dos modalidades diferentes de adopción, pero alteró sus consecuencias sucesorias. En efecto, por virtud de esta Ley, la adopción plena quedó equiparada a la filiación natural en el ámbito sucesorio [artículos 108 y 179 CC]; y, en cambio, la adopción de efectos débiles determinó, desde entonces, un estatuto sucesorio del adoptado muy restringido [artículo 180 CC].

c) La Ley 4 julio 1970 incorporó una regla facultativa que permitía acomodar las adopciones anteriores a las nuevas disposiciones legales: *«Las adopciones anteriores a la vigencia de la presente Ley podrán ser acomodadas a sus disposiciones siempre que concurren los requisitos y formalidades en la misma exigidos, pudiendo en tal caso quedar sin efecto el pacto sucesorio si hubiera mediado»* [Disposición transitoria única]. Pero, aparte la necesaria concurrencia de los «requisitos y formalidades» exigidos, esta acomodación quedaba, según parece, a voluntad de los interesados y, por ello, es razonable considerar que los efectos previstos en la legislación anterior deberían subsistir

si la adopción no sufría alteraciones para ajustarla al nuevo régimen jurídico<sup>15</sup>. Lo cierto es que nunca llegó a aclararse del todo la cuestión acerca de esta acomodación. En línea de principio, vale la conclusión anterior: la adaptación de las antiguas adopciones a la nueva regulación era puramente voluntaria; si esa adaptación no llegaba a producirse, la adopción debía quedar sometida a la ley anterior.

Esta conclusión parece segura en relación con la conversión de adopciones menos plenas [Ley 1958] en adopciones simples [Ley 1970]. Es cierto que el Preámbulo de la Ley 4 julio 1970 presentó a la adopción simple como continuación de la anterior menos plena: «La Ley reconoce las dos clases de la adopción consagradas por la reforma de mil novecientos cincuenta y ocho [...]. En el orden terminológico, la Ley, si bien conserva para la clase de adopción de efectos más intensos el nombre de ‘plena’, elimina para la otra el término de ‘menos plena’, [...] [y] se ha sustituido aquella expresión por la de ‘adopción simple’». Pero SÁNCHEZ-RUBIO (1994:175) parece haber demostrado que el estatuto jurídico del adoptado en forma menos plena no podía considerarse equivalente al del adoptado en forma simple porque la adopción menos plena no originaba un estado civil para el adoptante y el adoptado. Así las cosas, la adopción simple no debía reputarse una versión nueva y con efectos aumentados de la anterior adopción menos plena y, por consiguiente, cabía entender que la Ley 4 julio 1970 dejó subsistentes las anteriores adopciones menos plenas no adaptadas a la nueva regulación, constituyendo una categoría independiente<sup>16</sup>. Aparte de que este fue el parecer usual entre los autores y la solución adoptada por el Tribunal Supremo en resoluciones antiguas<sup>17</sup>, creo que la Disposición transitoria segunda de la Ley 21/1987 confirmó esta interpretación porque, al reconocer que las antiguas adopciones de efectos restringidos subsistían con los efectos que les reconocía la legislación anterior, se refirió separadamente a «*las adopciones simples o menos plenas*».

Sin embargo, tratándose de la adopción plena, la solución podría ser otra: aun cuando no se hubiese realizado la adaptación o acomodación a la que se refería la Disposición transitoria única, los efectos sucesorios de la adopción plena constituida al

---

<sup>15</sup> El Preámbulo de la Ley 4 julio 1970 tal vez era más expresivo que la propia Disposición transitoria: «Dado el sentido progresivo, beneficioso y concorde con las aspiraciones sociales que entraña el régimen de la adopción, ha parecido conveniente no referirse de modo exclusivo al futuro; y así por medio de la oportuna disposición transitoria, *se permite* acomodar las adopciones anteriores al nuevo régimen legal, siempre que concurren los requisitos sustanciales y de forma exigidos» [el énfasis es propio].

<sup>16</sup> Los antecedentes relativos a la redacción de la Ley 4 julio 1970 reforzarían esta interpretación porque, en trámite de discusión del Proyecto gubernamental, se rechazó una enmienda que convertía en obligatoria la conversión de las adopciones anteriores: GARCÍA CANTERO (1971:797).

<sup>17</sup> BERCOVITZ (1982: 284s.).



amparo de la Ley 24 abril 1958 vendrían determinados por la Ley 4 julio 1970 si el adoptante falleció durante la vigencia de esta última Ley. Esta interpretación se apoya fundamentalmente en dos razones: una, que en lo concerniente a los presupuestos de la adopción plena, la Ley de 1970 resultó más permisiva que la Ley de 1958 –se suprimió la prohibición que afectaba a quienes tenían descendientes propios y se admitió la adopción del hijo natural reconocido–, de modo que la concurrencia de «*requisitos y formalidades*» estaba asegurada; y otra, que el simple incremento de efectos que supuso la Ley de 1970, no podía considerarse un obstáculo para reconocer que la figura de la adopción plena seguía siendo la misma. A estos dos argumentos cabría sumar otro: años después, el artículo 2º Ley 21/1987 se refirió, sin hacer distinciones, a la «*la llamada adopción plena*», disponiendo que en lo sucesivo se considerase sustituida por la «*nueva adopción*». Según parece, la acomodación de adopciones plenas anteriores a 1970 a la nueva regulación retuvo una única utilidad: dejar sin efecto el pacto sucesorio que contuviese la escritura original de adopción.

d] La Ley 24 abril 1958 careció de normas transitorias, acaso porque no eran necesarias. La regulación de la adopción plena constituyó una innovación que no podía desplegar sino efectos *pro futuro*. Y en cuanto a la adopción menos plena, el Preámbulo de la Ley parece presentarla como una versión reformada de la primitiva adopción del Código Civil: «Limitada ha sido la reforma de la adopción menos plena, que se configura en términos muy semejantes a los que el Código Civil ha venido dedicando a la única clase de adopción por él admitida. Se ha procurado, no obstante, suplir algunas omisiones y aclarar las dudas que la aplicación práctica del texto legal había puesto de relieve». En lo que se refiere al ámbito sucesorio, la reforma se limitó: a reconducir a la categoría del pacto sucesorio la antigua promesa de instituir heredero al adoptado inserta en la escritura de adopción, confirmando así la opinión más habitual de los autores; y a señalar un límite máximo de dos tercios a este pacto sucesorio [párrafos 3º y 4º del artículo 174 CC].

Con todo, se ha de reconocer que esta interpretación no coincide con la opinión de algunos autores. Por poner un ejemplo: GAMBÓN ALIX (1960:299) defendió que las adopciones nacidas al amparo de la versión original del Código Civil debían quedar sometidas a las reglas primitivas y no a las reformadas [Ley 24 abril 1958]. Se apoyó, este autor, en el principio de irretroactividad [artículo 2º párrafo 3º CC] y en la aplicación del criterio contenido en la Disposición adicional segunda del Código Civil. Pero creo que se podrían contestar esas dos razones con otros tantos argumentos: someter la sucesión en la que incida una adopción primitiva a las nuevas reglas no es un caso de

retroactividad; y nada impide aplicar armónicamente las disposiciones transitorias segunda y duodécima del Código Civil. De acuerdo con esto último, el compromiso asumido en la escritura de adopción originaria desplegaría todos sus efectos [Disposición transitoria segunda], mas con el límite impuesto por las legítimas de los herederos forzosos concurrentes y por ese tope máximo de dos tercios de la herencia del adoptante [Disposición transitoria duodécima]. Sea como fuere, la disparidad teórica tendría consecuencias prácticas escasas; si acaso, la única sea la de considerar si juega o no el límite de dos tercios que, para el pacto sucesorio otorgado en favor del adoptado, señaló el párrafo 4º del artículo 174 CC en su versión reformada por la Ley 24 abril 1958.

Hasta aquí, la historia retrospectiva de las reglas transitorias incorporadas a las sucesivas leyes de reforma de la adopción, que permite entresacar algunas conclusiones: la ley vigente al fallecer el causante regula la sucesión en la que incida una adopción plena; no obstante, sin llegar a apartarse de esta solución general, es preciso introducir algún distinguo si es que en la sucesión incide una adopción de efectos restringidos.

En esto último consiste, precisamente, el criterio doctrinal en la materia. Y es que, aun cuando exista disparidad de opiniones respecto de las concretas situaciones prácticas, el parecer común entre los autores es el de que, en lo que atañe a los derechos sucesorios, las adopciones de efectos restringidos requieren un tratamiento singular y separado del dispensado a la adopción plena; y ello, por exigencia de las disposiciones legales y principios de derecho intertemporal a los que se ha aludido. En fin, empleando una terminología aceptada usualmente por los autores, y sin excluir ciertas salvedades o discrepancias de opinión menores, el criterio doctrinal podría formularse de este modo: las adopciones de efectos restringidos –la resultante de la versión original del Código, la menos plena de 1958 y la simple de 1970– constituyen categorías residuales y cerradas, cuyos efectos sucesorios vienen determinados por la respectiva disposición normativa que las originó<sup>18</sup>.

Como he dicho, creo que este régimen separado de las adopciones residuales no constituye verdaderamente una excepción al criterio fundamental según el cual la sucesión se rige por la ley vigente al fallecer el causante. A este respecto sucede que las

---

<sup>18</sup> BERCOVITZ (1982:285); MIQUEL (1984:2000); ALBALADEJO (1988:466s.); NÚÑEZ BOLUDA (1986:735ss.); SÁNCHEZ-RUBIO (1994:177); FERNÁNDEZ COSTALES (1993:406s.); ESPEJO (2001:318ss.) y (2011:246ss.); GARCÍA-BERNARDO (2002:67); AGUILERA RULL y LAMARCA MARQUÈS (2014:58s.); TORRES GARCÍA y DOMÍNGUEZ LUELMO (2016:369). En contra: MARTÍNEZ MARTÍNEZ (2016:208), que fundamenta su opinión en argumentos que proceden de la jurisprudencia confusionista –v.gr. no discriminación o derecho a la vida familiar–, con preterición de las reglas de derecho intertemporal.

leyes de reforma fueron confiriendo a las sucesivas versiones derogadas del Código Civil una cierta eficacia normativa aun para después de su derogación.

Cuestiones teóricas aparte, conviene recapitular en este punto cuanto antecede en relación con los derechos sucesorios del adoptado. La adopción plena produce los efectos sucesorios que determine la ley vigente al fallecer el causante. Así pues:

i] En las sucesiones abiertas después del 6 de junio de 1981 –fecha en que entró en vigor la Ley 8/1981–, los derechos sucesorios *ex lege* del adoptado en forma plena, cualquiera que sea la fecha de constitución de la adopción, se identifican con los que la ley reconoce a los hijos por naturaleza; con carácter fundamental: plenitud de derechos legitimarios y primer orden en los llamamientos *abintestato*.

ii] En las sucesiones causadas durante el periodo en que la Ley 4 julio 1970 estuvo plenamente vigente [27 julio 1970 a 5 junio 1981], las adopciones plenas constituidas al amparo de esta norma dan lugar a los efectos que entonces sancionaba el artículo 179 CC: derecho a la legítima que correspondía a los hijos legítimos, mas con ciertas limitaciones; y derecho a la sucesión intestada. Pero con una advertencia: estos efectos se limitan a la sucesión del adoptante ya que la adopción no alcanzaba a producir consecuencias de orden sucesorio respecto de la familia adoptiva.

iii] Para las sucesiones causadas durante ese mismo periodo de tiempo, pero en las que incida una sucesión plena constituida al amparo de la Ley 24 abril 1958, creo que la solución ha de ser la anterior, mas sin que ello represente un obstáculo para la subsistencia del pacto sucesorio que se hubiese otorgado al amparo de la citada norma. Todo esto con dudas porque ya se ha visto que el carácter facultativo que se atribuyó a la conversión de las adopciones plenas anteriores a 1970, dio pie a que algunos autores defendiesen la aplicación de la Ley 4 julio 1958 a las sucesiones ulteriores a su derogación.

iv] Los derechos sucesorios del adoptado en forma plena son los establecidos por la Ley 4 julio 1958 si la sucesión se abrió durante la vigencia de esta norma. En tal caso, corresponderán al adoptado los derechos que la ley señalaba entonces al hijo natural [*ex* artículo 179 CC en su versión de 1958]: cuota de legítima limitada y derecho a la sucesión *abintestato* del adoptante supeditado a la ausencia de parientes legítimos.

En cuanto a las adopciones de efectos restringidos, estas subsisten con los efectos que establecían textos normativos hoy derogados, pero que conservan una cierta eficacia residual:

v] En las sucesiones causadas a partir de 6 junio 1981 –fecha en que entró en vigor la Ley 11/1981–, el que hubiese sido adoptado en forma simple por el causante carece de derechos legitimarios y su llamamiento *abintestato* se pospone al de parientes directos y al del cónyuge viudo.

vi] En las sucesiones causadas en el período de vigencia de la Ley 4 julio 1970, el adoptado en forma simple goza de una mejor posición porque esta norma le confirió los derechos que se atribuían al hijo natural; por consiguiente: derecho a una legítima de cuantía limitada [artículos 840 a 842 CC en la versión 1970] y derecho a suceder *abintestato* al adoptante con preferencia respecto del cónyuge viudo y de los colaterales.

vii] Y por lo que se refiere a la adopción menos plena y a la adopción primitiva, estas han comportado siempre las mismas consecuencias *mortis causa*, cualquiera que sea el tiempo en que se produjese la muerte del adoptante. En esta hipótesis, el adoptado carece de derechos sucesorios *ex lege* y su participación en la herencia del adoptante viene determinado por lo que se hubiese pactado en la escritura de adopción.

Pero es conveniente recordar que la Ley 24 abril 1958 señaló una nueva restricción al pacto sucesorio. Aparte las legítimas que pudiesen concurrir, la atribución *mortis causa* en favor del adoptado no podía superar los dos tercios de la herencia del adoptante [artículo 174 CC en su versión 1958]. Me parece que este límite alcanza a las primitivas promesas de instituir heredero que se hubiesen asumido al constituir una adopción de acuerdo con la versión original del Código Civil; promesa que, por lo demás, debe entenderse subsistente al amparo de la Disposición transitoria segunda del Código Civil.

#### **IV. LA JURISPRUDENCIA SOBRE LOS DERECHOS SUCESORIOS DEL ADOPTADO**

##### **1. Preliminar**

Las numerosas modificaciones legales que afectaron a la adopción y la ausencia de unas reglas transitorias claras no podían sino crear dificultades a los jueces encargados de resolver algún conflicto relacionado con los derechos sucesorios del adoptado. Ante un criterio legal equívoco es comprensible que las resoluciones judiciales dictadas sobre el particular no guarden entre sí la debida coherencia.

Según creo, esto es lo que sucedió con las decisiones adoptadas por el Tribunal Supremo en un primer momento: el conjunto de sentencias relativas a los derechos

sucesorios del adoptado no llegó a conformar un cuerpo de doctrina porque los criterios que fundamentan los respectivos fallos resultan dispares.

En un segundo momento, y a propósito de cláusulas negociales que suscitaron dudas interpretativas –dudas, en ocasiones, un tanto artificiosas–, el Tribunal Supremo fue asumiendo una posición abiertamente contraria al criterio doctrinal pues optó por igualar indiscriminadamente cualquier modalidad de adopción a la filiación natural. Y ello, sobre la base de argumentos de tipo constitucional, ajenos a la tónica civilista y opuestos a las reglas de derecho intertemporal. Según creo, la preterición, aparentemente «no intencional», del párrafo 3º del artículo 772 CC fue una de las causas determinantes de este confusionismo jurisprudencial.

Mas, con el trasfondo del principio *tempus regit actum*, el Tribunal Supremo no ha dejado de afirmar que la sucesión del adoptante debe quedar sometida a la ley vigente al producirse su fallecimiento. Este es el criterio reiterado en muchas resoluciones. Como muestra, la Sentencia 18 septiembre 2006 [ECLI TS:2006:56060] declaró lo siguiente:

«Determinando el fallecimiento de una persona la apertura de la sucesión (art. 657 CC), de la disposición transitoria duodécima del CC se infiere el principio de que los derechos a la herencia se rigen por la legislación vigente en el momento del fallecimiento. La disposición transitoria octava de la Ley 11/1981 se acoge a él, al establecer que las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor dicha ley se regirán por la legislación anterior, y las abiertas después por la nueva ley» [FD 3º]<sup>19</sup>.

Ahora bien, aunque muchas resoluciones declaren que esta es la regla a aplicar, lo cierto es que no todas se acomodan a dicha pauta. Y es que, una cosa es afirmar teóricamente el criterio, y otra muy distinta acertar en la determinación de las normas vigentes al tiempo de causarse la sucesión.

Para una exposición ordenada de la jurisprudencia he considerado conveniente separar las sentencias dictadas a propósito de los derechos sucesorios *ex lege* del adoptado de aquellas otras en las que la cuestión a resolver traía causa de dificultades interpretativas suscitadas por alguna cláusula negocial.

## 2. La jurisprudencia sobre derechos sucesorios *ex lege* del adoptado

---

<sup>19</sup> Consideraciones como las transcritas, aparecen en resoluciones que cubren todo el período cronológico de la jurisprudencia que se analiza; como ejemplo: Ss. 13 abril 1984 [ECLI TS:1984:1528], 23 septiembre 1992 [TS:1992:20834], 27 septiembre 2000 [ECLI TS:2000:6821].

Acerca de los derechos sucesorios que la ley reconoce al adoptado, el Tribunal Supremo debió resolver fundamentalmente dos cuestiones: la primera guarda relación con adopciones de efectos restringidos y sus consecuencias en la sucesión intestada del adoptante o en la determinación de las legítimas [a]; la segunda cuestión alude a adopciones plenas y los efectos que comportan en la sucesión de los familiares biológicos del adoptado [b].

a) Por lo que se refiere a la primera de estas cuestiones, en sus sentencias más antiguas, el Tribunal Supremo excluyó la adopción de efectos restringidos como causa determinante del llamamiento intestado o del derecho a la legítima. Esta es la línea que siguieron las Sentencias 13 abril 1984 [ECLI TS:1984:1528], 29 junio 1984 [ECLI TS:1984:1261] y 3 marzo 1988 [ECLI TS:1988:17058].

En el caso de la Sentencia 13 abril 1984, el causante y su esposa habían adoptado a una menor en virtud de escritura pública otorgada en 1931. En 1951 falleció el causante bajo testamento otorgado en 1912 en el que instituía herederos a «quienes designe en otro testamento o a los que lo fueran según la ley»; pero luego no llegó a hacer ulterior disposición *mortis causa*<sup>20</sup>. Años después, varios sobrinos del causante solicitaron que se les declarase herederos *abintestato* de su tío, a lo que se opuso la hija adoptiva, formulando además reconvencción en la que reclamó que se la tuviese por única heredera legítima de su padre adoptivo. El juez de primera instancia dictó sentencia absolviendo a la hija adoptiva y condenando a los parientes de la línea colateral, pero la Audiencia Territorial revocó la sentencia apelada, estimó la demanda y desestimó la reconvencción. Su fallo se fundamentó en la consideración de que la sucesión debía regirse por la ley vigente al fallecer el causante [*ex* artículos 657 y 661 CC y Disposiciones transitorias 1<sup>a</sup> y 12<sup>a</sup> CC], por lo que al caso era aplicable la versión original del artículo 177 CC: «*El adoptante no adquiere derecho alguno a heredar al adoptado. El adoptado tampoco lo adquiere a heredar, fuera de testamento, al adoptante, a menos que en la escritura de adopción se haya éste obligado a instituirle heredero [...]*».

El recurso de casación interpuesto por la hija adoptiva consistió en tres motivos: el primero, infracción del artículo 3.1 CC, en cuanto la ley debía ser interpretada de acuerdo con la realidad social del momento en el que se aplica y, en particular, de acuerdo con los principios que inspiraron las reformas de 24 abril 1958 y 4 julio 1970; el segundo motivo, del que se puede aquí prescindir por no afectar directamente a la cuestión que se estudia,

---

<sup>20</sup> Se trata, por tanto, de la hipótesis vii del epígrafe anterior.

denunciaba infracción del artículo 675 CC, por cuanto la mención a los herederos «que lo fueran según la ley» debía entenderse referida a la hija adoptiva; y el tercero, infracción de las Disposiciones transitorias 12ª y 13ª CC. El Tribunal Supremo declaró no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la hija adoptiva:

«La norma aplicable en orden a la determinación de los derechos que correspondían a [...] la hija adoptiva [...], era la contenida en el art. 177 del C. Civ., según la inicial redacción del mismo, no requiriéndose para la interpretación de tal precepto labor de hermenéutica distinta a la de acudir al sentido de sus propias palabras, sentido que en el caso concreto de la presente controversia no puede ser alterado por aquellos otros criterios interpretativos que hacen referencia a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas y a la atención que debe prestarse al espíritu y finalidad de las mismas, habida cuenta de que la norma legal -art. 177 del C. Civ. en su primitiva redacción- ha de ser aplicada con plena virtualidad a una situación jurídica consumada en el año 1951, año en que fallece el adoptante, lo que hace que el factor ‘tiempo’ haya que referirlo al indicado año, pues lo contrario significaría que el retraso en el ejercicio de los derechos adquiridos pudiera ser determinante de una modificación en el contenido de los mismos no sancionada por el legislador concediendo efecto retroactivo a la nueva regulación legal de una institución, razonamientos de los que, en definitiva, se deduce que la realidad social y el espíritu y finalidad de la norma en la fecha concreta de su aplicación, por haber acaecido el hecho que originaba automáticamente la adquisición del derecho, no puede afirmarse sean los que las sucesivas modificaciones del C. Civ. en relación a los derechos sucesorios del adoptado han venido sancionando a través de las modificaciones de los preceptos pertinentes en las fechas 24 abril 1958, 4 julio 1970 y 13 mayo 1981 [...]. Los derechos a la herencia [...] habían de regularse con arreglo a la legislación vigente a su muerte, acaecida el día 7 mayo 1951, todo ello, también, conforme a la preceptiva contenida en los arts. 657 y 661 del C. Civ., igualmente aplicados por la Sentencia de la Audiencia, sentencia con respecto a la que, además, es de denotar la cita adecuada que efectúa de la Disposición Transitoria primera del referido Código en cuanto veda la retroactividad de la norma

posterior que perjudique derechos adquiridos según la ley anterior» [CDO penúltimo]<sup>21</sup>.

La Sentencia 29 junio 1984 resolvió un caso parecido al anterior<sup>22</sup>. El causante había fallecido en 1970, dejando como parientes más cercanos a dos sobrinos, hijos de su único hermano, y habiendo otorgado testamento en el que instituía heredera a su mujer y a su hija adoptiva, pero a esta solo en una quinta parte de su herencia. La adopción había tenido lugar en 1956. A instancias de la hija adoptiva, el juez de primera instancia dictó auto en el que se la declaraba única heredera *abintestato* del causante. Los sobrinos se alzaron contra este auto al considerar que, como parientes más cercanos del causante, tenían derecho a sucederle en las cuatro quintas partes vacantes por premoriencia de la esposa del causante. Accediéndose a ello en las instancias, la hija adoptiva interpuso recurso de casación alegando infracción del párrafo 2º del artículo 177 CC en su versión original y del párrafo último del artículo 180 CC en la versión de 1981. El Tribunal Supremo confirmó la decisión de la sentencia recurrida. Por lo que se refiere al primer motivo:

«No consta acreditado que el adoptante hubiere contraído la obligación de instituir heredera a la hija adoptiva en una proporción superior a aquella en la que instituyó en su testamento, por lo que no hallándose acreditado tal extremo ni tampoco que se hubiera practicado la adaptación de la adopción a la nueva normativa que supuso la Ley de 1958, no cabe estimar infringido el precepto citado, debiendo decaer el motivo» [CDO antepenúltimo].

Y en cuanto al segundo de los motivos del recurso:

«alega ‘infracción del párrafo último del artículo 180 del Código Civil, en la redacción dada por Ley 11 de 1981, de 13 de mayo, [...] por inaplicación de la norma que contiene referente a que en la sucesión intestada el hijo adoptivo es llamado inmediatamente después del cónyuge viudo, con exclusión de colaterales’ [...]; motivo éste que [...] deberá ser desestimado, [...] máxime cuando la disposición transitoria octava dispone que las sucesiones abiertas antes de entrar en vigor tal

---

<sup>21</sup> A propósito de la invocación de la realidad social, conviene tener presente lo que escribió PÉREZ ÁLVAREZ (2005:159): «En la mayor parte de los casos la forma de proceder es similar. En virtud de las reglas de Derecho transitorio, la norma anterior –y no la que ha venido a sustituirla– es la que debe regir el supuesto de hecho. No obstante, se recurre al canon sociológico con la referencia temporal *ex art. 3.1 Cc.* para interpretar la norma aplicable al caso a la luz de la nueva redacción otorgada por la reforma, a la que se hace jugar como realidad social. De esta forma se llega a la misma solución que se hubiera alcanzado de haberse aplicado la nueva norma con carácter retroactivo».

<sup>22</sup> Reconductible también a la hipótesis vii.



Ley se regirán por la legislación anterior, y constando en el presente supuesto que la adopción tuvo efecto en 1956, el otorgamiento del testamento en 1966 y el fallecimiento del testador adoptante en 1970, momento este último a partir del cual habrán de comenzar a sentir sus efectos los derechos hereditarios de la recurrente, es obvia la inaplicabilidad al supuesto que nos ocupa de la normativa del artículo 180, en su nueva redacción dada por la repetida Ley 11 de 1981, por lo que debe rechazarse este último motivo» [CDO penúltimo].

Con carácter fundamental, los hechos que motivaron el caso resuelto por la Sentencia 3 marzo 1988 fueron los siguientes<sup>23</sup>: en 1950, la causante había adoptado a una sobrina suya, comprometiéndose en la escritura pública de adopción a «instituirle heredera en la porción que la Ley señala a los hijos legítimos»; la causante falleció en 1982, bajo testamento en el que dispuso varios legados e instituyó herederas universales a cuatro sobrinas, distintas de la adoptada; esta última consideró que su omisión en el testamento encerraba un supuesto de preterición y reclamó la anulación de todas las disposiciones testamentarias –a no ser un legado que la causante ordenó en favor de la hija natural de la adoptada–. El juez de primera instancia dictó sentencia declarando heredera de los bienes de la causante en los dos tercios de la herencia a la hija adoptiva, mas aclarando que ello no debía afectar a las demás disposiciones testamentarias respecto al tercio restante. Las cuatro sobrinas herederas testamentarias impugnaron la sentencia de apelación que confirmó la anterior de primera instancia y el Tribunal Supremo declaró no haber lugar a la casación:

«Con arreglo al principio general de irretroactividad las normas aplicables al presente supuesto son precisamente las que regían al tiempo de otorgarse la escritura de adopción [...] de 30 de mayo de 1950, y entre dichas normas el art. 177 entonces vigente del Código Civil disponía que el adoptante no adquiriría derecho alguno a heredar al adoptado y que igualmente éste tampoco adquiriría derecho a heredar fuera de testamento, pero con la única y expresa excepción aplicable y decisiva a esta litis de que ‘en la escritura de adopción se haya obligado a instituirle heredero’. Y precisamente en el caso de autos resulta que la causante [...] otorgó un último testamento [...] en el que dispuso de todos sus bienes con omisión total cabalmente de aquella su sobrina [...] en cuyo favor exclusivo había otorgado la referida escritura de adopción de 30 de mayo de 1950, en la que, además y de forma

---

<sup>23</sup> De nuevo, son hechos reconducibles a la hipótesis vii.

expresa e inequívoca, se obligaba formalmente a ‘instituir la heredera en la porción que la Ley señala a los hijos legítimos’. Centrada así la cuestión básica y determinante del presente litigio resulta patente que las posibles dudas se reducen a resolver y declarar cual es el sentido y alcance de semejante obligación así estipulada, respecto de lo cual tanto la doctrina como la Jurisprudencia de esta Sala coinciden en afirmar en tales casos la existencia de una estipulación o pacto hereditario en el cual, si bien la favorecida no adquiere por ello la condición o calificación de heredera forzosa o legitimaria del causante, en virtud de la propia efectividad del pacto sus derechos vienen a ser equivalentes, pues como señala el Tribunal a quo aquélla adquiere análoga postura o expectativa de los tenidos por hijos legítimos en el momento de otorgarse la escritura de adopción [...]. Con ajustada precisión el Tribunal ‘a quo’ ha dejado claro que el impugnado testamento de 26 de noviembre de 1982 no plantea ningún supuesto de preterición o desheredación, sino que viene a significar y constituir un claro y frontal incumplimiento del repetido pacto válidamente contraído en la escritura de adopción plena de 30 de mayo de 1950» [FD 1º y 2º].

Esta Sentencia abordó de forma correcta y sutil el problema planteado: por cuanto contravenía la obligación asumida en la escritura de adopción, el testamento debió corregirse para dar entrada a la hija adoptiva en los dos tercios de la herencia comprometidos; pero sin que la omisión testamentaria de la hija adoptiva pudiese calificarse como un supuesto de preterición o desheredación pues estas son acciones que tutelan la legítima, y la adopción constituida al amparo de la versión originaria del Código Civil no daba lugar a derechos sucesorios *ex lege*. Solo cabe oponer un reparo teórico a esta resolución. Es posible que el caso cayese bajo la aplicación del primitivo artículo 177 CC –en el epígrafe anterior, yo me incliné por aplicar a las adopciones originales las normas reformadas por la Ley 24 abril 1958–, pero no por constituir la ley vigente al tiempo de constituirse la adopción, sino por resultar aplicable a la sucesión. Y es que, más allá de su derogación formal, la versión original del Código –o la resultante de la reforma de 1958– conservó una cierta eficacia normativa.

Como se puede observar, la orientación asumida por estos pronunciamientos coincide sustancialmente con el criterio doctrinal: la ley aplicable a la sucesión debe ser la vigente al causarse la sucesión; mas, tratándose de adopciones de efectos restringidos, es preciso tener en cuenta versiones anteriores del Código Civil, que conservan eficacia normativa ulterior a su derogación.

La siguiente resolución que dictó el Tribunal Supremo sobre el particular fue la Sentencia 5 octubre 1991 [ECLI TS:1991:5120]. Los hechos determinantes del litigio fueron estos: la causante y su esposo adoptaron a una niña en forma menos plena en virtud de escritura pública que se otorgó en 1966 y en la que «los adoptantes se obligan a instituir heredero, al menos, en la legítima que el Código Civil asigna a esta clase de hijos –se refiere indudablemente a los legítimos– y voluntariamente en el resto de la herencia». La causante falleció en 1984 habiendo otorgado testamento por el que instituyó heredera única a una prima, con omisión de la hija adoptiva<sup>24</sup>. Así pues, el caso era semejante al resuelto por la última sentencia comentada y la solución no podía ser muy distinta, aunque esta Sentencia introdujo una novedad importante:

«Los adoptantes reconocieron como derechos sucesorios de la adoptada, en la herencia de aquéllos, una participación consistente en una cuota igual a la que en la legislación entonces imperante, o sea en la fecha de 26 de abril de 1966 en que fue otorgada la escritura de adopción, atribuía a los hijos legítimos [...] cuya institución, en tal módulo cuantitativo, integra una verdadera delación hereditaria, consecuencia de contener el invocado artículo 174 del Código Civil, instaurado como consecuencia de la Ley de 24 de abril de 1958, una excepción al principio general, contenido en el artículo 1271 de dicho Código, de prohibición de los pactos sobre la herencia futura, con el consiguiente alcance de irrevocabilidad de tal institución en la herencia de los relacionados adoptantes. La demandante, ahora recurrente [se trata de la hija adoptiva], tiene derecho en la herencia de la adoptante [...] a los dos tercios aludidos, representados por cuantía hereditaria que en tal herencia fue convenida y pactada en la correspondiente escritura de adopción con carácter obligatorio, con el consiguiente efecto de ineficacia del referido testamento [...] en lo que afecta a aquella cuota hereditaria [...]. La preterición voluntaria [...] de la referida adoptada [...], en su carácter de heredera forzosa que tiene por consecuencia la de su institución hereditaria en el módulo cuantitativo indicado, al perjudicar a su legítima, representada [...] por los dos tercios de la herencia [...], si bien no origina la nulidad del precitado testamento, sí conduce a que deba ser reducida la institución de heredero que contiene [...], dejando en su virtud a salvo

---

<sup>24</sup> Adopción menos plena y sucesión causada a partir de 1981 son circunstancias que caen bajo la hipótesis vii.

la referida legítima de la adoptiva [...] a tenor de lo normado en los párrafos primero y último del artículo 814 del Código Civil» [FD 2º y 3º].

Por lo tanto, sin apartarse de la solución que había dado para un caso semejante la Sentencia 3 marzo 1988, la resolución que ahora se comenta consideró que el compromiso asumido en la escritura pública de adopción confirió a la hija adoptiva la condición de heredera forzosa. Esta innovación –sin consecuencias prácticas– acarreó una confusión; y es que la legítima, y el consiguiente estatuto de heredero forzoso, es una ventaja legal que no puede tener por origen la voluntad de los particulares.

La Sentencia 27 marzo 2000 [ECLI TS:2000:2431] debió resolver un pleito suscitado entre una hija adoptiva y los herederos testamentarios de los adoptantes<sup>25</sup>. En 1964, un matrimonio adoptó a una niña en forma menos plena –extremo que fue objeto de debate pero que así quedó decidido– sin asumir compromiso alguno en lo tocante a las herencias futuras. Al fallecer la esposa en 1990 –el marido, lo había hecho en 1983– bajo testamento en que privaba de cualquier derecho a la adoptada e instituía herederas a otras personas, la hija adoptiva se alzó con la pretensión de ser declarada heredera única de sus padres adoptantes. El Tribunal Supremo no accedió a esta pretensión:

«En la adopción menos plena [...], según establecía el párrafo 3º del artículo 180 del Código Civil (en su redacción dada por la Ley de 24 de Abril de 1958, que es la aquí aplicable, según ya tenemos dicho), el adoptado, como tal, sólo tendrá en la herencia del adoptante los derechos pactados expresamente en la escritura de adopción, y aparece plenamente probado que en la escritura pública de adopción a la que se refiere este litigio [...], no se pactó expresamente en favor de la adoptada absolutamente ningún derecho en la herencia de los adoptantes» [FD 6º].

Por lo tanto, hasta esta última resolución, y si acaso con la excepción de la Sentencia 5 octubre 1991, el Tribunal Supremo consideró que las primitivas adopciones del Código Civil y las adopciones menos plenas no conferían al adoptado otros derechos sucesorios que aquellos a los que se hubiesen obligado los adoptantes en la escritura de adopción; y ello, con independencia de la fecha en que se abriese la sucesión –las dos primeras sentencias aluden a sucesiones anteriores a la reforma de 1981 y las siguientes resoluciones se refieren a sucesiones posteriores–.

---

<sup>25</sup> De nuevo, los hechos plantean la hipótesis vii.

Sin que concurriesen nuevas razones de orden legislativo, a partir de la Sentencia 27 septiembre 2000 [ECLI TS:2000:6821], a la que luego siguió la Sentencia 8 octubre 2010 [ECLI TS:2010:5363], el Tribunal Supremo cambió su orientación.

El caso que decidió la Sentencia 27 septiembre 2000 vino determinado por estos hechos. Un matrimonio adoptó en forma menos plena a una menor, comprometiéndose en la escritura pública de adopción, otorgada en 1964, a instituir heredera a la niña adoptada. El esposo falleció en 1978, instituyó heredera a su hija adoptiva en la cantidad de 20.000 pesetas y herederos universales a dos hermanos que, por premoriencia, fueron sustituidos por una sobrina del causante. La esposa falleció meses después, bajo testamento que contenía idéntica disposición en relación con la hija adoptiva y en el que instituyó heredero universal a su esposo, disposición que devino ineficaz por premoriencia<sup>26</sup>. Con estos presupuestos, la hija adoptiva presentó dos demandas que se acumularon: una, referida a la herencia de la madre adoptiva y contra la hermana de esta, única pariente por naturaleza que le sobrevivió; la otra, referida a la herencia del padre adoptivo y contra su heredera voluntaria. La pretensión era idéntica: ser declarada heredera única de sus dos padres adoptivos. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia de apelación que declaró el derecho de la hija adoptiva a suceder a su madre en dos tercios de la herencia y redujo por inoficiosa la institución testamentaria dispuesta por el padre en orden a asegurar a la hija adoptiva igual porción de bienes en la herencia paterna:

«Dado que la esposa adoptante falleció sin dejar más heredera que le sobreviviera que la referida hija adoptiva, esta circunstancia hace entrar en juego lo prevenido en los arts. 176 y 180 en relación con los arts. 808, 815 y 817, todos del Código civil en su redacción de aquel tiempo y el del fallecimiento de los esposos adoptantes en 1978, y así se ha aplicado en la sentencia recurrida que, sin poder entenderlo, deja para decisión futura la suerte que haya de correr un tercio de esa herencia, resolución que es consentida por aquella heredera y que, por lo mismo, ha de ser mantenida aquí. Sobre la herencia del adoptante [...], con igual disposición testamentaria que la anterior para la adoptada, el causante instituye [...] [a] su sobrina [...], de forma que la situación así creada produce las mismas consecuencias [...] con la variación, aquí justificadísima [...] de [...] que [la sobrina del causante] sucederá, por institución en testamento como heredera aunque lo haya sido en

---

<sup>26</sup> Como se puede comprobar, el caso debería reconducirse también a la hipótesis vii, pero el Tribunal Supremo parece haber aplicado las consecuencias de la hipótesis ii.

porción excesiva, en el tercio de libre disposición de aquella herencia por aplicación de lo prevenido en el citado art. 817 y respetando los derechos de quien ya es legitimaria [...]. En base de todo ello ha de desestimarse el motivo de recurso al no haberse infringido, como se denuncia, el art. 180 del Código civil y haberse respetado los derechos legitimarios y, en la medida posible, las disposiciones testamentarias en la forma que, a la época de fallecimiento de los causantes establecía y hacía aplicables el mismo Código» [FD 4<sup>o</sup>].

De lo anterior se puede inferir que el Tribunal Supremo trató de acomodarse al criterio según el cual la ley que rige la sucesión es la vigente al fallecer el causante. Pero, a mi juicio, erró al fijar como preceptos aplicables los que invoca como fundamento de la decisión; y ni siquiera estas normas explican el sentido del fallo. El artículo 180 CC reformado por la Ley 4 julio 1970, confería al adoptado en forma simple una posición equivalente a la que correspondía al hijo natural reconocido y, si bien esto podría justificar la decisión relativa a la herencia de la madre adoptiva –el adoptado en forma simple desplazaba en la sucesión intestada a los colaterales–, no permite explicar la solución respecto de la herencia paterna, toda vez que la legítima del hijo natural reconocido quedaba limitada, en el mejor de los casos, a una tercera parte de la herencia [artículo 842 CC versión 1970]. Con todo, la adopción que incidía en las sucesiones litigiosas era menos plena; por lo tanto, el caso debió haberse resuelto aplicando la versión del Código Civil que resultó de la reforma de 1958. Este fue el criterio que, hasta esta resolución, había venido observando el Tribunal Supremo.

Por último, es preciso referirse a la Sentencia 8 octubre 2010, que constituye un hito en esta materia porque, arguyendo el principio de igualdad de la filiación adoptiva y natural, prescindió de las reglas de derecho intertemporal. Los presupuestos fácticos de la resolución son estos: por virtud de Auto 2 noviembre 1983 –nunca se llegó a otorgar escritura pública de adopción, pero el Tribunal Supremo salva esta omisión– se aprobó la adopción simple de la actora por parte de un matrimonio. La esposa falleció en 2002, habiendo otorgado testamento en el que nombró heredero fiduciario a su esposo y heredera fideicomisaria de residuo a la hija adoptiva. El marido falleció en 2003 bajo testamento en el que, tras manifestar que carecía de descendencia, distribuyó todos sus bienes en legados a favor de varios familiares<sup>27</sup>.

---

<sup>27</sup> El caso cae bajo la hipótesis v.

La hija adoptiva dedujo demanda contra los legatarios, interesando la anulación de los testamentos de sus padres adoptivos y solicitando que se declarase que debía ser «instituida como heredera forzosa, como hija, heredera legítima, universal y única». Contra lo decidido en primera instancia, la Audiencia Provincial estimó la demanda, declaró que la hija adoptiva había sido preterida y ordenó la reducción de las disposiciones testamentarias en lo necesario para dejar a salvo la legítima de dos tercios que correspondía a la actora. Los demandados impugnaron la sentencia de apelación argumentando, en lo que aquí interesa, que la resolución judicial había infringido la Disposición transitoria segunda de la Ley 21/1987. El Tribunal Supremo confirmó la sentencia impugnada y declaró no haber lugar a su casación:

«No pueden los padres ignorar la existencia de la hija legitimaria que, en este momento, nada ha percibido de la herencia de sus padres porque nada le fue atribuido. A ello hay que añadir lo ya apuntado sobre el principio de igualdad de los hijos, sea cual fuere su filiación, que proclaman el artículo 14 de la Constitución Española y el 108 del Código Civil que, tal como expresa la sentencia de 6 de febrero 1997, ‘una cosa es la eficacia de la adopción simple, que se mantiene incólume y otra su inclusión en el concepto de hijo, sin discriminación, que debe mantenerse a ultranza desde la Constitución y desde la reforma del Código Civil de 13 de mayo de 1981 , a todos los efectos que se refieran a hijo o hijos en abstracto’ [...]. El segundo motivo de casación denuncia la infracción de la disposición transitoria segunda de la Ley 21/1987 [...] [que] dispone: ‘Las adopciones simples o menos plenas, subsisten con los efectos que les reconozca la legislación anterior [...]’. Conforme a la disposición transitoria transcrita, la adopción simple subsiste, la actora era hija de los causantes y, por el principio de igualdad ante la ley, se produjo su preterición intencional y se estimó su demanda parcialmente» [FD 2º y 4º].

En fin, la Sentencia afirma el principio de igualdad de filiaciones y orilla la Disposición transitoria segunda de la Ley 21/1987. Lo cierto es que de esta norma resulta que la adopción simple no solo subsiste, como parece dar a entender esta resolución, sino que persiste «con los efectos que les reconozca la legislación anterior». En verdad, a este caso debió aplicarse el artículo 180 CC, en su versión reformada por la Ley 11/1981, que privó al adoptado en forma simple de derechos legitimarios en la sucesión del adoptante. Hasta aquí las sentencias sobre los derechos sucesorios legales que dimanan de las adopciones de efectos restringidos. Como recapitulación de cuanto antecede puede

decirse que, con carácter fundamental, el Tribunal Supremo se ajustó en sus primeras decisiones al criterio doctrinal predominante; es decir: afirmó la pauta fundamental según la cual la ley que rige la sucesión es la vigente al fallecer el causante; y reconoció la subsistencia de formas de adopción de efectos restringidos cuyas consecuencias sucesorias debían determinarse por normas derogadas que retenían cierta eficacia. En cambio, en sentencias más modernas, el Tribunal Supremo se apartó de esa orientación, sin dar más razones para el cambio que la afirmación del principio constitucional de igualdad.

b] En al menos dos ocasiones, el Tribunal Supremo se pronunció sobre las consecuencias que impone la adopción plena en la sucesión *mortis causa* de los familiares biológicos del adoptado. Y puesto que en las dos ocasiones la sucesión debía regirse por una versión del Código Civil posterior a la Ley 11/1981, que sancionó la plena equiparación entre filiación natural y la adoptiva plena [artículo 108 CC] y la consiguiente ruptura de vínculos entre el adoptado y su familia biológica, el Tribunal Supremo excluyó la posibilidad de que el adoptado en forma plena conservase algún derecho *ex lege* en la herencia de sus familiares de origen.

En el caso de la Sentencia 23 septiembre 1992 [ECLI TS:1992:20834], el actor, que había sido adoptado en forma plena por un tío abuelo en 1984, pretendió, entre otras cosas, que se le declarase heredero forzoso de su padre biológico, todavía vivo. Con buen criterio, el Tribunal Supremo recordó que en vida del padre no existe derecho a la legítima; y advirtió que, solo cuando se causase la sucesión futura del padre biológico, podrían determinarse los derechos del adoptado en su herencia, conforme a la legislación vigente en ese tiempo.

Por su parte, la Sentencia 18 septiembre 2006 [ECLI TS:2006:56060] excluyó de la sucesión intestada del padre biológico, fallecido en 1984, a una hija que previamente había sido adoptada en forma plena por su abuela en el año 1974:

«La equiparación de la filiación entre los nacidos dentro y fuera del matrimonio, que estableció por razones constitucionales la Ley 11/1981 mediante la modificación del CC, se extendió por esta Ley a los hijos adoptivos estableciendo un criterio de identidad o igualación y esto llevaba consigo, como lógica consecuencia, la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptante y la familia biológica –salvo los limitados efectos previstos por la Ley, necesitados de una interpretación restrictiva– y, consiguientemente, la de los derechos hereditarios que aquel pudiera ostentar respecto de ésta» [FD 4º].



Nada se puede oponer a la solución. Pero, en orden a evitar equívocos, creo que esta Sentencia debió aclarar que esa equiparación de efectos entre la filiación adoptiva y la natural sancionada por la Ley 11/1981 se limitó a la adopción plena y no alcanzó a las adopciones de efectos débiles. A decir verdad, tengo para mí que para entonces el parecer del Tribunal Supremo era ya otro.

### 3. Interpretación del testamento y principio constitucional de igualdad

La progresiva aproximación de la filiación adoptiva a la natural que evidencian las sucesivas reformas legales no podía dejar de afectar a los actos de la autonomía privada. Legítimas aparte, en línea de principio se afirma la libertad del causante para favorecer lucrativamente a las personas que quiera; mas por vía interpretativa, se tiende a igualar a los adoptivos con los naturales. La fuerza arrolladora de la «igualdad» no se conformó con lo anterior y llegó un momento en que el resultado igualatorio se impuso al disponente como norma prácticamente inexorable. Como se comprobará, esto es lo que cabe entresacar de las resoluciones judiciales que debieron interpretar cláusulas negociales relativas a hijos adoptados.

Acaso el párrafo 3º del artículo 772 CC constituya una de las muestras más evidentes de esta progresiva equiparación de la filiación adoptiva a la natural que se fue entremetiendo por vía de interpretación. Según el tenor de la citada norma, «*en el testamento del adoptante la expresión genérica hijo o hijos comprende a los adoptivos*». Que este precepto fuese introducido por la Ley 4 abril 1958 no dejó de causar extrañeza: al margen de su inadecuada ubicación, se dudó de la justificación de la regla porque equiparaba en la sucesión testamentaria a los que la propia ley desigualaba en la sucesión intestada y en la legítima<sup>28</sup>. Con todo, el párrafo 3º del artículo 772 CC no pasa de ser una norma presuntiva de la voluntad del causante a la que el intérprete debe atenerse a no ser que conste con claridad la voluntad contraria del testador, que naturalmente prevalece sobre la regla interpretativa [artículo 675 CC]<sup>29</sup>.

Pues bien, el párrafo 3º del artículo 772 CC ofrece una pauta para la interpretación testamentaria de la que podría haberse servido la jurisprudencia en aquellos casos sometidos a su consideración en los que, a propósito de sustituciones fideicomisarias, se plantearon dudas sobre el alcance de algunas expresiones –v.gr. «hijos y descendientes

---

<sup>28</sup> GORDILLO CAÑAS (1991:1894).

<sup>29</sup> Así, en relación con el artículo 770 CC: ALBALADEJO (1987:401)

legítimos»– empleadas por el testador. Sin embargo, esta norma no ha sido invocada por el Tribunal Supremo como fundamento de sus decisiones.

En lo que sigue, se exponen algunos de estos casos según este orden: en primer lugar, me referiré a una sentencia que debió interpretar el alcance de la expresión «hijos» empleada por el artículo 644 CC [a]; en segundo lugar, haré referencia a una resolución ya antigua que asumió un criterio de interpretación muy estricto [b]; y en tercer lugar, haré mención de sentencias en las que se adopta como pauta interpretativa de la voluntad del disponente el criterio de plena igualdad entre la filiación adoptiva y la natural [c].

a) La Sentencia 6 febrero 1997 [ECLI TS:1997:718] resolvió un problema de exégesis legal y no de interpretación de una declaración de voluntad privada. Mas, como en el pleito concurren adopciones sobre cuyo alcance se discute y dudas interpretativas relativas a la palabra «hijos» y como, además, la citada Sentencia sirvió luego de pretexto para algunas otras, es por lo que se ha creído conveniente traerla aquí.

El caso resuelto guardaba relación con la acción de revocación de donaciones por superveniencia de hijos. En 1977, un matrimonio adoptó en forma simple a un varón, al que los esposos favorecieron algunos años después con varias donaciones de inmuebles. En 1986, el mismo matrimonio adoptó en forma plena a dos hermanos, sobrinos de la esposa. Tras fallecer el esposo en 1988, la mujer y los adoptados en forma plena reclamaron al adoptado en forma simple la revocación de las donaciones realizadas por el matrimonio en su favor. El Tribunal Supremo desestimó la pretensión sobre la base de que la existencia previa del hijo adoptado en forma simple excluía el supuesto de la superveniencia:

«El verdadero fondo del asunto [...] se centra en el tema de donación [...] y [...] su revocación por superveniencia de hijos, según prevé el art. 644 CC. Este artículo fue redactado de nuevo por la L 11/1981 de 13 May.; anteriormente distinguía la clase de filiación y no incluía a los hijos adoptivos. Dispone en la redacción vigente desde 1981 que toda donación entre vivos, hecha por persona que no tenga hijos ni descendientes (sin discriminación alguna, incluyendo todo tipo de hijos) será revocable por el mero hecho de ocurrir cualquiera de los casos siguientes. Y el primero de ellos [...] es: que el donante tenga, después de la donación, hijos (sin distinguir la clase), aunque sean póstumos. [...]. En cuanto al efecto de la misma, no hay duda que [...] no tiene lugar *ipso iure* [...]. Lo cual tiene importancia ya que si se reclama la revocación, se debe aplicar la norma vigente, el art. 644 en su redacción actual y que, en relación con los arts. 14 y 39 CE y 108 CC no permiten

restringir la expresión ‘hijos’ del primer párrafo o del número primero a sólo algunos hijos. Por otra parte, la disp. trans. 2.ª L 21/1987 de 11 Nov., que modificó el CC en materia de adopción, dispone que las adopciones simples o menos plenas, subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior [...] pero una cosa es la eficacia de la adopción simple, que se mantiene incólume, y otra, su inclusión en el concepto de hijo, sin discriminación, que debe mantenerse a ultranza desde la CE y desde la reforma del CC de 13 May. 1981, a todos los efectos que se refieran a hijo o hijos en abstracto, como es el caso de revocación de donaciones, del art. 644 CC» [FD2º].

A mi juicio, el fallo de esta Sentencia es acertado. Pero creo que, para justificarlo, no era necesario invocar el principio constitucional de igualdad. En realidad, era suficiente con aplicar el artículo 176 CC, en su versión vigente al tiempo en que se ejercitó la acción de revocación [versión Ley 13/1983, de 24 de octubre, *ex* Disposición transitoria octava Ley 21/1987]. Del citado precepto se desprendía que el estatuto del hijo adoptivo, sin importar si la adopción había sido plena o simple, se identificaba con el del hijo natural, a salvo las materias en las que la ley hiciese distinciones, como era el caso de los derechos sucesorios.

b) Ya por lo que se refiere a resoluciones judiciales que debieron hacer interpretación de alguna clausula testamentaria, el Tribunal Supremo mantuvo un criterio estricto en su Sentencia 23 mayo 1991 [ECLI TS:1991:16256], en la que además se afirmó con claridad que la distinción de trato entre adoptados en forma plena y los adoptados en forma simple o menos plena no comprometía el principio de igualdad constitucional.

Los hechos que dieron lugar al pleito resuelto por esta Sentencia fueron los siguientes: la causante había fallecido en 1931 bajo testamento otorgado en 1901 en el que instituyó a tres sobrinos, ordenando que, si alguno de ellos falleciese sin «sucesión directa» o sin «hijos», su parte correspondiese a los otros dos; asimismo, excluyó la posibilidad de que sus bienes pasasen a «personas que no sean parientes», esto es, que no fuesen «descendientes por línea directa de sus tres nombrados sobrinos». En 1972 falleció uno de estos tres sobrinos, a quien sucedió el hijo que había adoptado en 1955. Es este hijo el que demanda a sus familiares adoptivos –a una de las tres sobrinas del causante, que entonces vivía, y a dos hijos del tercer sobrino, ya fallecido–, reclamando que se declare que es pariente colateral de la causante y que, consecuentemente, se le reconozca su derecho a la sucesión. Con un criterio estricto, y sobre la base de que el actor no reunía la

cualidad de pariente de la causante, el Tribunal Supremo deniega el derecho a la sucesión<sup>30</sup>:

«Careciendo la causante [...] de herederos forzosos [...] ha de sujetarse la adjudicación de los [bienes] a la voluntad expresada en la disposición testamentaria [...]. La cláusula 5.<sup>a</sup>, determina en forma incontrovertible dos elementos de juicio a tener en cuenta: primero, que los tres citados sobrinos [...] al fallecer alguno de ellos sin sucesión directa, su cuota parte pasa automáticamente al hermano o hermanos que le sobrevivieren; y segundo, que la sucesión ha de ser directa, que conforme al artículo 916-2.º párrafo del Código Civil, se define como tal la correspondiente a la línea constituida por la serie de grados entre personas que descienden una de otra; y estos elementos de juicio quedan reforzados con la cláusula séptima por virtud de la cual se prohíbe la adjudicación de bienes de la herencia a quienes no sean descendientes por línea directa de sus tres nombrados sobrinos (artículo 917-1.º y 2.º del Código Civil) y al propio tiempo no sean parientes de la testadora, es decir dos cualidades que ha de reunir su heredero en forma conjunta [...]. No habiendo sido adoptado aún [el actor] el dos de febrero de mil novecientos treinta y uno, fecha del óbito de la causante, es obvio que no podía ser pariente de la misma, como tampoco lo era cuando se produjo el llamamiento a la muerte de su padre adoptante [...] puesto que no se había publicado la Ley de 13 de mayo de 1981 [...] en que al redactarse el artículo 176 se decretaba que la adopción causaba parentesco entre el adoptado, sus descendientes y la familia del adoptante [...]. Los artículos 14 y 39-2.º de la Constitución, no implican una ‘constitucionalización’ de los derechos de los hijos en punto a su igualdad respecto de los padres más que en los que sean de la sangre [...], como se infiere del párrafo 3 del mismo artículo 39, pero sin que se configure un derecho de igualdad respecto de los adoptivos con relación a la familia del adoptante [...] [FD 3º y 4º].

c] En torno al año dos mil, y con una orientación contraria a la de esta última resolución, el Tribunal Supremo dictó varias sentencias referidas a cláusulas negociales cuyo fundamento último consistió en afirmar que la plena igualación de la filiación adoptiva a la natural constituye una exigencia de índole constitucional [artículos 14 y 39.2 CE]. Y todo ello, orillando las reglas transitorias, las pautas sobre interpretación testamentaria o el criterio según el cual se debe discernir qué clase de adopción es la que incide en la sucesión.

---

<sup>30</sup> Una crítica a esta Sentencia, en: PÉREZ ÁLVAREZ (1991:618ss.).

Por poner un ejemplo, en la Sentencia 28 junio 2002 [ECLI TS:2002:4798] ni siquiera se ofrecen datos de importancia como lo son la fecha y clase de adopción constituida o el tenor literal de la cláusula negocial cuya interpretación originó el litigio. Y es que:

«[El] problema debe resolverse aplicando, no tanto la interpretación literal del texto de la donación o de la voluntad concorde de las partes en ella intervinientes, sino la interpretación que debe darse al concepto de hijo, en el año en que debe aplicarse, 1990, en que se cumple la condición y se purifica la sustitución fideicomisaria. En tal momento, la legislación vigente es el Código Civil reformado por imperativo de la Constitución de 1978. Así, el artículo 14 consagra el principio de igualdad ante la ley, no permitiendo discriminación por razón de nacimiento, lo que reitera el artículo 39 al declarar la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación y recoge el segundo párrafo del artículo 108 del Código Civil: la filiación matrimonial y la no matrimonial, así como la adoptiva, surten los mismos efectos. No debe, pues, hacerse discriminación contra un hijo adoptivo» [FD 3°].

La Sentencia 29 septiembre 2006 [ECLI TS:2006:5646] sí consigna los hechos más relevantes del pleito; fueron estos: el causante falleció en 1991 bajo testamento otorgado en 1962 en el que legó a su hermano y a su esposa el usufructo de determinados bienes, manifestando que, si este hermano dejase «hijos o descendientes legítimos», los bienes atribuidos en usufructo pasarían a tales hijos o sus estirpes; y si no «dejase hijos o descendientes legítimos», se deberían atribuir al pueblo de Astillero. En 1966, el hermano del causante había adoptado en forma menos plena a la actora, quien pretende que se le declare heredera testamentaria del causante. Con carácter fundamental, la Audiencia Provincial confirmó el fallo desestimatorio del Juzgado de Primera Instancia. En el recurso de casación, la demandante alegó como motivo principal, la infracción del artículo 675 en relación con el 772 CC; y como motivo subsidiario por si el anterior no se estimase, la infracción de los artículos 14 y 39 CE.

El Tribunal Supremo estima el primer motivo de casación, mas sin motivar la decisión. Esta estimación del motivo principal, le dispensaba de examinar el formulado con carácter subsidiario. Sin embargo, el cuerpo de la Sentencia aparece conformado casi exclusivamente por las consideraciones relativas al principio constitucional de igualdad:

«La determinación de la verdadera intención del testador, que constituye el quicio de la interpretación de los testamentos, exige atenerse en principio a las circunstancias jurídicas y sociales del momento en que el testamento se dictó. Sin embargo, cuando se utilizan conceptos definitorios de carácter genérico [...] la interpretación del concepto no puede hacerse atribuyéndole consecuencias discriminatorias incompatibles con el alcance del concepto del momento que es aplicado si no consta de manera suficiente que ésta fue la verdadera voluntad del testador [...], pues es legítimo presumir que el testador no tiene la intención de introducir distinciones que puedan ser consideradas como contrarias a los principios o valores que rigen básicamente en la sociedad; y que al otorgar su última voluntad acepta la evolución natural de las concepciones sociales en sus aspectos fundamentales y las consecuencias inherentes a esta evolución [...]. A la vista de la STC 33/1983, que admitió la constitucionalidad de la distinción de efectos entre la adopción plena y la adopción menos plena, debe entenderse que la extensión del principio de identidad de filiación a los hijos adoptivos no es consustancial al principio de no discriminación por razones de filiación, pero implica la introducción por el legislador de un criterio de igualación que coloca la situación de éstos bajo la cobertura del principio de igualdad en la aplicación de la ley [...]. A partir de la modificación legislativa del régimen de filiación, entre otras consecuencias, la jurisprudencia ha sido constante en la equiparación de las referencias genéricas a los hijos o descendientes legítimos efectuadas en actos o contratos de disposición gratuita inter vivos o mortis causa o con efectos sucesorios como comprensivas de los hijos adoptivos [...]. Pocas dudas pueden, en consecuencia, abrigarse, sobre la interpretación que debe darse al concepto de ‘hijos o descendientes legítimos’ que se emplea en la disposición testamentaria controvertida para evitar las consecuencias de una interpretación discriminatoria por razón de filiación que, a falta de una determinación expresa, no puede considerarse que constituya la verdadera intención de testador y, por ello, adquiere relevancia en relación con el derecho constitucional de igualdad». [FD 4º]

Más allá del principio de igualdad, lo cierto es que la aplicación del párrafo 3º del artículo 772 CC al caso exigía alguna justificación. En primer lugar, porque la norma aparece literalmente referida al testamento del adoptante y no al de un tercero<sup>31</sup>; y en

---

<sup>31</sup> GORDILLO CAÑAS (1991:1894); GÓMEZ CALLE (2011:704).

segundo lugar, porque la expresión empleada en el testamento –«hijos y descendientes legítimos»– no se identificaba perfectamente con la del citado precepto –«hijo o hijos»–. Con esto no quiero decir que no debiera aplicarse el párrafo 3º del artículo 772 CC, sino que, a mi juicio, eran precisas algunas explicaciones complementarias. Ahora bien, a qué detenerse en estas pequeñeces cuando se puede invocar el argumento incontestable de la igualdad constitucional.

Este mismo argumento constituyó la razón principal de la Sentencia 1 marzo 2013 [ECLI TS 2013:4642]. En testamento que había otorgado en 1935, el causante legó el tercio de libre disposición y el de mejora a sus dos hijos, mas «con la limitación de que no podrán disponer de la porción de bienes que por ambos conceptos les corresponda cuyos bienes a la muerte de los hijos del testador pasarán a los hijos y descendientes que dejare cada uno, y en su defecto a su hermano, o sobrinos, hijos del hermano que hubiere fallecido, en su representación». Uno de los hijos fiduciarios falleció en 1991, habiéndole premuerto en 1975 un hijo adoptado en forma menos plena –según parece, porque este extremo ni siquiera se aclara por la resolución judicial–. Los descendientes de este hijo adoptado en forma menos plena reclamaron ser tenidos como representantes de su padre premuerto en la herencia del adoptante:

«En el presente caso [...], el reconocimiento de los derechos hereditarios de los herederos del fideicomisario adoptado, descansa en la concurrencia de otras perspectivas metodológicas, estrictamente enlazadas entre sí, a saber: la aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación (artículos 14 y 39 CE), respecto de relaciones jurídicas sucesorias no agotadas o pendientes de ejecución, junto con la peculiar naturaleza de la sustitución fideicomisaria en la dinámica del proceso sucesorio [...]. En el presente caso, el fideicomisario adoptado adquirió su derecho hereditario desde la muerte del testador fideicomitente, transmitiendo dicho derecho a sus herederos tras su propia muerte (artículo 784 del Código Civil). Sin embargo, dicha transmisión no operó la consumación o consolidación de la situación sucesoria creada y, con ella, la definitiva adquisición de la herencia, al quedar sujeta tanto a la muerte del heredero fiduciario adoptante, que murió con posterioridad al heredero fideicomisario adoptado, como la aceptación de la herencia fideicomisaria por sus propios herederos, como titulares del derecho hereditario objeto de transmisión, esto es, respecto de la restitución o deber de entrega de los bienes de la herencia a la muerte del heredero fiduciario, en el año 1991, como en relación a la aceptación tácita de

los herederos del heredero fideicomisario implícita en la demanda de 10 mayo 1999, que inicia el presente litigio, y por la que declaran su condición de propietarios de los bienes hereditarios. Proceso adquisitivo, abierto y todavía no consolidado, en el que resulta pertinente la aplicación retroactiva del principio constitucional de igualdad o no discriminación (artículos 14 y 39 CE) respecto de sucesiones que aunque abiertas con anterioridad a la Constitución, no obstante como es del caso, no han consolidado o agotado el proceso sucesorio y adquisitivo derivado» [FD 3<sup>o</sup>].

Así pues: igualdad entre adoptados e hijos naturales [artículos 14 y 39 CE]; y aplicación retroactiva de este principio, toda vez que alcanza no solo a las sucesiones abiertas con posterioridad a la vigencia de la Constitución 1978, sino también a las sucesiones causadas con anterioridad si no se encuentran del todo agotadas por no haber aceptado la delación la última de las personas con derecho a llamamiento<sup>32</sup>. Si ello es así, no veo el modo en que se pueda sortear la dificultad ya advertida por la Sentencia 13 abril 1984 [ECLI TS:1984:1528]: «el retraso en el ejercicio de los derechos [...] pudiera ser determinante de una modificación en el contenido de los mismos no sancionada por el legislador concediendo efecto retroactivo a la nueva regulación legal de una institución». Esta novísima orientación jurisprudencial fue incluso confirmada por el Tribunal Constitucional en su Sentencia 9/2010, de 27 de abril [ECLI TC:2010:9]. Como en otras ocasiones, la cuestión litigiosa se suscitó al socaire de una cláusula relativa a un fideicomiso *sine liberis*; el testamento, otorgado en 1927, establecía lo siguiente: «De todos sus bienes restantes [...] instituye heredero universal a su hijo don José Antonio [...], quien podrá disponer libremente de los bienes de la herencia cuando tenga algún hijo o hija que haya llegado a la pubertad; y en caso contrario sólo podrá disponer de la cantidad de siete mil pesetas que le servirán de pago de su porción legitimaria; y para después de su muerte sin hijos, le sustituyen sus hermanos D. Arcadio, D. Ramón, D. Antonio y D. Juan [...], no a todos juntos sino el uno después del otro por el orden indicado y con la misma condición impuesta al primer instituido; advirtiéndole que si al tener efecto alguna de tales instituciones, hubiese fallecido el sustituto y dejado algún hijo legítimo que entonces o después llegue a la edad de testar, quiere que éstos sucedan en lugar de su padre premuerto en el modo que resultan instituidos, y a falta de disposición observarán el mismo modo de suceder que el testador establece aquí para sus hijos». El

---

<sup>32</sup> Esta construcción de la aplicación retroactiva del principio de igualdad a sucesiones no agotadas está también presente en la Sentencia 15 diciembre 2005 [ECLI TS:2005:7431]. Vid. FAJARDO FERNÁNDEZ (2017:61ss.).



causante falleció en 1945; el primer instituido falleció sin descendencia 1997; el siguiente instituido había premuerto también sin descendencia; y el tercer heredero fiduciario falleció en 1995, dejando dos hijas adoptivas, las recurrentes de amparo, que reclamaron los bienes fideicomitidos sin éxito en la «jurisdicción ordinaria». El Tribunal Constitucional otorgó el amparo solicitado:

«Por un lado, dicha expresión [‘hijos legítimos’] podía interpretarse de conformidad con el significado que tenía en el marco de la legislación vigente en el momento de otorgar el testamento o, en su caso, de fallecer el causante. Este es el criterio empleado por la Sentencia aquí impugnada que [...] entiende que, en el presente caso, la voluntad del testador ‘es clara, tanto en su interpretación literal, como puesta en relación con las disposiciones legales vigentes en el momento en que es expresada, año 1927, cuanto en el momento en que se abre la sucesión, año 1945’, de forma que ‘el llamamiento a favor de los hijos –para los puestos en condición– sólo comprende a los legítimos y a los legitimados por subsiguiente matrimonio, nunca a los naturales ni a los adoptivos. Por otro lado, sin embargo, el supuesto que afronta la Sentencia impugnada se caracteriza porque, aunque el testamento se otorgó y el causante falleció mucho antes de 1978, la condición correspondiente a la sustitución fideicomisaria se verificó con posterioridad a la entrada en vigor de la Constitución, de tal manera que también podía entenderse que la voluntad del testador expresada en el testamento debe ser interpretada de conformidad con la situación jurídica propia del momento en que ha de ejecutarse la sustitución. Ésta es la interpretación que patrocinaron en su momento las ahora demandantes de amparo [...]. De acuerdo con este segundo planteamiento, es legítimo presumir que, a menos que en el testamento conste lo contrario de forma inequívoca, no es la voluntad del testador introducir distinciones que resulten contrarias a los fundamentos del sistema jurídico vigente en el momento en que se cumple la condición y han de ser ejecutadas las correspondientes disposiciones» [FD 4º].

«En principio, la cuestión relativa a la aplicación de las normas sobre la interpretación de los testamentos pertenece al ámbito de la legalidad ordinaria, de modo que al Tribunal Constitucional no le corresponde revisar, en vía de amparo, la apreciación que de las misma hayan realizado los órganos judiciales, a menos, claro está, que sea dicha interpretación la que lesione el contenido de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución. Pues bien, esto es, precisamente, lo que ocurre en este supuesto en relación con el derecho reconocido en los arts. 14 y

39.2 CE. En efecto, no ha sido el causante al formular en su día la disposición testamentaria en el ejercicio de su libertad de testar, sino el órgano judicial al interpretar una expresión ambigua y, por tanto, en el ejercicio de la jurisdicción, quien ha creado un tratamiento jurídico discriminatorio a partir de un criterio como el relativo a la filiación adoptiva, que resulta expresamente prohibido por el art. 14 CE en relación con el art. 39.2 CE» [FD 5º].

#### 4. Conclusiones

Si se recapitula lo que antecede, cabe afirmar que la jurisprudencia más moderna ha considerado la equiparación entre la filiación adoptiva y la natural como una exigencia constitucional que no admite salvedades; igualación que alcanza retroactivamente a cualquier sucesión que no se encuentre actualmente «agotada», por más que se hubiese causado antes de entrar en vigor la Constitución 1978. Todo ello sobre la base del convencimiento de que esta es la intención presumible de cualquier testador pues no es razonable pensar que una persona, al ordenar su última voluntad, intente introducir «distinciones [...] contrarias a los principios o valores que rigen básicamente en la sociedad» al tiempo de ultimarse su sucesión.

Pues bien, este nuevo criterio jurisprudencial contradice la doctrina constitucional anterior, desplaza normas transitorias formalmente vigentes, hace preterición de las reglas interpretativas incorporadas al CC, orilla criterios doctrinales y jurisprudenciales fundamentales e indiscutidos en materia de interpretación testamentaria y sustituye un criterio seguro sobre la adquisición de los derechos sucesorios por otro incierto y carente de fundamento.

a] Hasta que apareció esta nueva jurisprudencia, nunca se había reputado contrario al principio de igualdad el que la ley dispensase un trato diferente a la filiación adoptiva y a la natural, en especial si esa filiación adoptiva traía causa de una adopción «de efectos restringidos». Las reformas del año 1981 constituyen una prueba de ello: preocupado el legislador por «constitucionalizar» el CC, sancionó efectos sucesorios distintos para la filiación natural y la adoptiva simple. Pero, además, este fue el criterio expresado por el propio Tribunal Constitucional en varias resoluciones, de las cuales la más importante tal vez sea la Sentencia 33/1983, de 4 mayo [ECLI TC:1983:33]:

«Tiene que decirse aquí, y esto es algo que no ofrece duda, que los regímenes de la adopción plena y de la adopción simple son distintos, de ellos nacen efectos de desigual contenido para los adoptados, sin que estos regímenes distintos sean

atentatorios a la igualdad que proclama -como derecho susceptible de protección por la vía del amparo constitucional- el art. 14 de la Constitución, pues para que exista violación del principio de igualdad es preciso que el tratamiento desigual esté desprovisto de una justificación objetiva y razonable y aquí, en cuanto son distintas las figuras, el dotar de un mayor contenido a la adopción plena y equipararla a la filiación por naturaleza, no significa para los adoptados de forma simple una discriminación».

Sobre el particular existen notables trabajos doctrinales, a los que me remito, y que me dispensan de seguir tratando este asunto<sup>33</sup>.

b) La nueva jurisprudencia soslaya normas transitorias formalmente vigentes, señaladamente la Disposición transitoria octava de la Ley 21/1987, a tenor de la cual: «Las adopciones simples o menos plenas, subsistirán con los efectos que les reconozca la legislación anterior». Tanto es así que ESPEJO, autor crítico con la nueva orientación jurisprudencial, se ha llegado a plantear si el sistema vigente de derecho transitorio no se encuentra en entredicho<sup>34</sup>.

Según creo, las reglas transitorias recogidas en la Ley 11/1981 y en la Ley 21/1987 deben reputarse vigentes porque, aun en el caso en que se estimase que han caído en desuso, solo su derogación formal o una eventual declaración de inconstitucionalidad serían actos hábiles para privarlas de eficacia normativa [artículos 2.2 CC y 39.1 LOTC].

c) Esta última jurisprudencia desplaza también reglas interpretativas de la voluntad testamentaria que podrían haber constituido una pauta útil para fijar el alcance de alguna de las disposiciones testamentarias controvertidas. Me refiero al artículo 772.3 CC ya citado; pero también al artículo 751 CC, toda vez que la doctrina ha defendido que los adoptados, aun en forma simple, quedan comprendidos en la palabra «*parientes*» que emplea el precepto<sup>35</sup>.

d) Al afirmar que debe atribuirse a las disposiciones testamentarias un sentido que no resulte discriminatorio conforme a las convenciones sociales vigentes al tiempo en que deban surtir efecto, la nueva jurisprudencia pasa por alto la finalidad de la interpretación testamentaria, que no es otra que indagar y esclarecer la verdadera voluntad del testador [artículo 675 CC]. Es por esto por lo que la función del intérprete consiste en «reencarnar

---

<sup>33</sup> Vid. BERCOVITZ (1990:377s. y 408s.); VERDERA SERVER (1999:352ss.); BARBER CÁRCAMO (2013:54ss.). Sobre interpretación testamentaria y valores constitucionales: RUBIO GARRIDO (2022:516s.)

<sup>34</sup> ESPEJO (2014:468).

<sup>35</sup> DÍAZ ALABART (1987:98s.)

al testador» y asumir su «mismo espíritu», según escribió JORDANO BAREA (1990:248). Por lo tanto, si el intérprete debe tener en cuenta algún «sistema de valores», este ha de ser el propio del testador y, si acaso, el que impusiese la ética pública vigente al tiempo en que se otorgó el testamento. Lo que resulta vedado al intérprete es acomodar la voluntad testamentaria a las convenciones sociales que imperen en un momento posterior.

e] Por último, en orden a determinar la ley que rige la sucesión, la jurisprudencia nueva ha desplazado un criterio objetivo y seguro, como es el de la fecha de apertura de la sucesión, por otro que resulta incierto, subjetivo y carente de fundamento, como es el del «agotamiento de los efectos» o el de la definitiva consolidación de la sucesión<sup>36</sup>. Si, además, la consolidación de la sucesión se anuda a la aceptación, siendo esta un acto puramente libre y que no tiene señalado plazo –a no ser en la hipótesis del artículo 1005 CC–, se abandona al llamado la determinación de la ley aplicable a la sucesión.

A pesar de todo, se ha de reconocer la «eficacia» del criterio jurisprudencial asumido modernamente. La igualdad constituye un cómodo expediente que permite uniformar todos los casos y soslayar las difíciles cuestiones de derecho transitorio y las oscuras distinciones a que obligaron las sucesivas reformas legales de la adopción. Me parece que este proceder no se libraría de la censura de DÍEZ-PICAZO (1992:480): «en la actualidad, los prejuicios metodológicos van desapareciendo y se buscan soluciones intuitivamente justas, sin excesivas preocupaciones por su anclaje en el sistema legal codificado. Me parece posible atribuir esta tendencia, que se puede configurar como un epifenómeno del llamado derecho libre, a la influencia de la cultura norteamericana y un simplificado entendimiento de la idea de la creación judicial del derecho. Es claro que de mantenerse una línea semejante, el Código, formalmente en vigor, salta hecho añicos».

## V. COLOFÓN

Críticas aparte, la jurisprudencia analizada acarrea el riesgo de que los fundamentos en que se apoya acaben por extenderse de manera irrestricta. Por un lado, la necesidad de acomodar las disposiciones testamentarias al principio de igualdad podría llegar a suplantar la voluntad del testador [a]. Por otro lado, la teoría de la «sucesión de efectos no agotados» podría servir de pretexto para desplazar a conveniencia el momento decisivo en que deben concurrir los requisitos o presupuestos del derecho a suceder [b]. Dos resoluciones judiciales ofrecen ejemplos de uno y otro extremo.

---

<sup>36</sup> ESPEJO (2019:355).

a] Los hechos que dieron lugar al pleito resuelto por la Sentencia Audiencia Provincial Cáceres 1 diciembre 2017 [ECLI APCC:2017:1017] fueron los siguientes: la causante falleció en 1992 bajo testamento otorgado en 1967 en el que legó a sus dos hijos «los tercios de libre disposición y de mejora de su herencia, por partes iguales, si bien, en cuanto a su hijo Doroteo sin limitación alguna de cualquier clase, y en lo referente a su hija Micaela imponiéndole la obligación de conservar los bienes que se le adjudiquen en pago de este legado sin enajenarlos ni gravarlos, para que a su muerte pasen a los hijos o descendientes por naturaleza legítimos que dejare esta legataria, y caso de morir sin esta clase de descendencia pasarán a su hermano (el otro hijo de la testadora) don Doroteo, o en su defecto a su descendencia por naturaleza legítima». En 2014 falleció la hija fiduciaria sin «hijos o descendientes por naturaleza legítimos», pero sí con una hija adoptada en forma simple en 1967, luego adoptada en forma plena en 1972. Sin parar mientes en cualquier otra consideración, el tribunal estimó aplicable la doctrina constitucional de interdicción de la discriminación por razón de la filiación y consideró que la nieta adoptiva de la causante no podía quedar privada de la herencia:

«Se trata, en definitiva, de interpretar la expresión ‘hijos o descendientes por naturaleza legítimos’ que afecta a la fiduciaria, sin más; expresión que, sin duda, puede ser objeto de exégesis hermenéutica, en contra del criterio que sostiene la parte apelante. Ello no significa que la expresión sea ambigua o imprecisa, pero sí susceptible de interpretación» [FD 4º].

«Es indudablemente cierto que el supuesto de hecho que contempla la Sentencia del Tribunal Constitucional 9/2010, de 27 de abril, no es idéntico al del presente Juicio, pero sí análogo y extrapolable al mismo; es decir, si la Sentencia del Tribunal Constitucional se refiere a ‘hijos legítimos’ en contraposición con ‘hijos adoptivos’, no cabe duda de que la expresión ‘hijos por naturaleza legítimos’ se contrapone a ‘hijos adoptivos’. [...] Ahora bien, la Doctrina que establece y sienta la Sentencia del Tribunal Constitucional no es la que parece advertir la parte apelante. Lo que declara la Resolución del Alto Tribunal es la interdicción de la discriminación por razón de la filiación y únicamente por razón de la filiación (y subrayamos el adverbio ‘únicamente’), discriminación existente en la cláusula testamentaria controvertida cuando emplea los términos ‘hijos por naturaleza legítimos’ (además sin nominación sustitutiva) porque está excluyendo –única y exclusivamente por causa de su filiación– a los hijos adoptivos, que es la prohibición que determina el

criterio del Tribunal Constitucional aplicable al del presente juicio, si cabe con mayor motivo» [FD 5<sup>o</sup>].

En suma: el principio «constitucional» de igualdad de la filiación natural y adoptiva como razón para desplazar una disposición testamentaria cuyo tenor literal no admitía dudas<sup>37</sup>.

b] En lo que conozco, el último pronunciamiento del Tribunal Supremo referente a una adopción con incidencia en una sucesión es el que contiene la Sentencia 10 mayo 2019 [ECLI TS:2019:1485]. Esta resolución registra un caso interesante porque planteó una cuestión, la de los efectos de la adopción en relación con la familia de origen, sobre la que el artículo 178.1 CC parecería terminante: «*la adopción produce la extinción de los vínculos jurídicos entre el adoptado y su familia de origen*».

En resumen, los hechos que motivaron el conflicto fueron estos: el causante falleció en 2011 bajo testamento otorgado en 2002 en el que instituyó herederas a tres sobrinas y legó «su porción estrictamente legitimaria» a sus tres hijos matrimoniales. Tres meses antes de causarse la sucesión, y a instancias del propio causante, quedó determinada su paternidad en relación con un menor de edad, nacido en 2008 y preterido en el testamento. Tras fallecer el causante, se constituyó en virtud de resolución judicial vínculo adoptivo entre el menor y el matrimonio que hasta entonces lo había acogido. La madre, en representación de su hijo adoptivo, interpuso demanda con la pretensión de que se declarase que el actor «es heredero legítimo de su padre biológico». El TS confirmó la sentencia de apelación que había estimado la demanda.

En suma, por orden cronológico: otorgamiento de testamento con preterición de un hijo que entonces no existía; determinación por sentencia judicial de la paternidad del causante en relación con el menor; fallecimiento del causante y consiguiente apertura de su sucesión *mortis causa*; resolución judicial por la que se constituye vínculo adoptivo entre el menor y quienes, hasta ese momento, lo habían tenido en acogimiento; ejercicio judicial de la acción de preterición.

Lo singular del caso es el momento en el que el menor ejercita la acción de preterición: cuando, en virtud de la adopción, ya se había extinguido el vínculo de

---

<sup>37</sup> El problema de la eficacia de los derechos fundamentales entre particulares plantea especiales dificultades en esta materia: nadie tiene derecho a un acto de liberalidad; y está por esclarecer el carácter constitucional de la igualdad entre filiación natural y adoptiva, máxime en relación con adopciones de efectos restringidos. En estricta relación con este problema y con opiniones no coincidentes: HERRERO OVIEDO (2012:10 ss.); IMAZ ZUBIAUR (2014:149 ss.); ESPEJO (2014:463ss.); DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ (2014:359); VAQUER ALOY (2015:27 ss.); BARRIO GALLARDO (2016:201s s.); RUBIO GARRIDO (2022:516s.).

parentesco que lo unía con el causante. A este respecto, los demandados argumentaron que, antes de constituirse la adopción, el menor no llegó a aceptar ni a repudiar la herencia de su progenitor y que ese derecho sucesorio se perdió después al constituirse el vínculo adoptivo. El carácter sucinto de la relación de hechos que contiene la Sentencia impide saber si era esta una alusión a la teoría de la «sucesión de efectos no agotados». Pero es fácil imaginar la línea argumentativa: ¿por qué emplear este concepto de los efectos no agotados para decidir la ley aplicable a la sucesión y no para determinar los vínculos de parentesco, presupuesto de la sucesión legal y de la legítima?

Como era de esperar, el Tribunal Supremo no aceptó el razonamiento de los demandados:

«Los derechos a la sucesión de una persona se transmiten desde el momento de su muerte (art. 657 CC) y es en ese momento cuando el llamado debe cumplir los requisitos para recibir la vocación a la herencia. En el caso, dado que la paternidad [...] quedó determinada mediante sentencia firme, es la relación de filiación la que da origen tanto a la vocación como a la delación a favor del [menor] en la herencia de su padre. [El menor] –preterido en el testamento otorgado antes de su nacimiento– recibió válidamente la delación en el momento en que falleció su padre biológico, pues en ese momento no se había constituido la adopción ni, por tanto, se había extinguido el vínculo jurídico con su ‘familia de origen’ (art. 178 CC). Al no mediar una renuncia anterior, la facultad de adquirir la herencia aceptándola formaba parte del patrimonio del [menor] cuando fue adoptado. No hay motivo alguno para decir que tal facultad se extinguió por la adopción, de modo que, a partir de ese momento, su ejercicio correspondía a los padres adoptivos, como representantes del menor» [FD 2º].

Me parece que el Tribunal Supremo acertó al anudar la adquisición de los derechos sucesorios a la muerte del causante. Este es el criterio clásico. Pero no puede negarse que el argumento de los demandados resultaba coherente con la teoría de la «sucesión de efectos no agotados»<sup>38</sup>.

---

<sup>38</sup> Por lo demás, el caso permite plantear una cuestión ulterior acerca de la cual no existe un criterio doctrinal seguro: si aconteciese el infortunio de morir el menor, ¿los padres adoptivos estarían obligados a reservar los bienes recibidos en la sucesión legal de su hijo en favor de sus familiares de sangre, ex artículo 811 CC? La respuesta más sencilla sería la de excluir la aplicación del artículo 811 CC porque el caso no cae bajo su tenor literal: por virtud de la adopción se habrían extinguido los vínculos de parentesco entre el causante de la reserva y los eventuales reservatarios. Con ser la respuesta más sencilla es la que peor se acomoda al principio de troncalidad. Sobre esta cuestión: SERRANO GARCÍA (1991:345), PÉREZ GIMÉNEZ (2005:242) DURÁN RIVACOBA y CARBAJO GONZÁLEZ (2012:31).

**Bibliografía**

- AGUILERA RULL, A. y LAMARCA MARQUÈS, A. (2014): «Adopción simple y derechos sucesorios», en Domínguez Luelmo A. y García Rubio, M<sup>a</sup>.P. (dir), *Estudios de derecho de sucesiones*, La Ley, Madrid (pp.43-74).
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1987): «Comentarios al artículo 770 CC», en Albaladejo, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, X-1<sup>o</sup>, Edersa, Madrid (pp.400-406).
- ALBALADEJO GARCÍA, M. (1988): «La Ley que rija al morir el causante es la que regula la sucesión en que incida una adopción» *ADC*, XLI-II, 1988, pp.441-467.
- BARBER CÁRCAMO, R. (2013): *La filiación en España: una visión crítica*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- BARRIO GALLARDO, A. (2016): «Libertad de testar y principio de no discriminación» *Revista de Derecho Patrimonial*, 41 (pp.201-219).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1971): «Los efectos sucesorios de la adopción», *ADC*, XXIV-3<sup>o</sup> (pp.929-969).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1982): «Comentarios a los artículos 172 a 180 CC», en Albaladejo, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, III-2<sup>o</sup>, Edersa, Madrid (pp.260-449).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (1990): «Principio de igualdad y Derecho privado», *ADC*, XLIII-2<sup>o</sup> (pp.369-428).
- DE CASTRO Y BRAVO, F. (1949): *Derecho Civil de España*, I, Civitas, Madrid, reimpr. 1984.
- DE LA CÁMARA ÁLVAREZ (1984): «Comentarios a los artículos 108 a 141 CC», en Albaladejo, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, III-1<sup>o</sup>, Edersa, Madrid, 1984.
- DÍEZ-PICAZO, L. (1992): «Codificación, descodificación y recodificación», *ADC*, XLV-2<sup>o</sup> (pp.473-484).
- DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, G. (2014): «Dos recientes sentencias del Tribunal Constitucional acerca del derecho de sucesiones», en Domínguez Luelmo, A. y García Rubio, M<sup>a</sup>.P. (dir.), *Estudios de derecho de sucesiones*, La Ley, Madrid (pp.347-370).
- D'ORS PÉREZ-PEIX, A. (1997): *Parerga histórica*, Eunsa, Pamplona.
- DURÁN RIVACOBBA, R. y CARBAJO GONZÁLEZ, J. (2012): «Las desigualdades jurídicas entre las filiaciones adoptiva y por naturaleza», *Derecho Privado y Constitución*, 26 (pp.9-63).
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2001): «Adopción menos plena: la sucesión del adoptado en la herencia del adoptante», *RJN*, 40 (pp.301-326).
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2011): «Interpretación del testamento y principio constitucional de igualdad», *Derecho Privado y Constitución*, 25 (pp.226-260).
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2014): «La sustitución fideicomisaria y la aplicación imperativa del principio constitucional de igualdad», *Revista de Derecho Patrimonial*, 35 (pp.449-471).
- ESPEJO LERDO DE TEJADA, M. (2019): «Igualdad por razón de filiación y Derecho de sucesiones», *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 10, 2019 (pp.337-364).
- FAJARDO FERNÁNDEZ, J. (2017): «Igualdad de los hijos en sucesiones ya abiertas (pero no agotadas) antes de la entrada en vigor de la constitución», *Revista Aranzadi doctrinal civil-mercantil*, 4 (pp. 61-76).



- FERNÁNDEZ COSTALES, J. (1993): «Disposiciones transitorias (I)» en: Bercovitz, R., *Comentarios a las reformas del Código Civil*, Madrid, Tecnos (pp.395-407).
- GAMBÓN ALIX, G. (1960): *La adopción*, Bosch, Barcelona.
- GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A. (2002): «Los derechos sucesorios en las adopciones», *RJN*, 43 (pp.19-70).
- GARCÍA CANTERO, G. (1971): «El nuevo régimen de la adopción», *ADC*, XXIV-3º (pp. 789-861).
- GÓMEZ CALLE, E. (2011): «Comentarios al artículo 772 CC», en Cañizares Laso, A. et alii (dir.), *Código Civil Comentado*, II, Civitas-Thomson, Cizur Menor (pp.700-704).
- GORDILLO CAÑAS, A. (1991): «Comentarios al artículo 772 CC», en Díez-Picazo, L. et alii (dir.), *Comentario del Código Civil*, I, Ministerio de Justicia, Madrid (pp.1892-1894).
- HERRERO OVIEDO, M. (2012): «El testamento, la filiación adoptiva y la aplicación *inter privatos* de los derechos fundamentales», *InDret*, 2 (pp.1-36).
- IMAZ ZUBIAUR, L. (2014): «Comentario a la Sentencia 1 marzo 2013», *CCJC*, 94 (pp.133-158).
- JORDANO BAREA, J. (1990): «Comentarios al artículo 675 CC», en Albaladejo, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, IX-1-A, Edersa, Madrid (pp.206-283).
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup>. (2016): *La sucesión intestada: revisión de la institución y propuesta de reforma*, BOE, Madrid.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M<sup>a</sup>. (1984): «Comentario a la Disposición transitoria octava Ley 11/1981», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, II, Tecnos, Madrid (pp.1992-2001).
- NÚÑEZ BOLUDA, M<sup>a</sup>. D. (1986): «El orden de suceder abintestato y personas con derecho a legítima después de la reforma del Código Civil de 1981», *RDP*, 70 (pp.713-757).
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M. (1984): «Comentario al artículo 108 CC», en *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, I, Tecnos, Madrid, 1984 (pp. 798-809).
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (1989): *La nueva adopción*, Civitas, Madrid.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (1991): «Comentario a la Sentencia 23 mayo 1991», *CCJC*, 26, pp.613-630.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2005): *Realidad social y jurisprudencia*, Colex, Madrid.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2024): «La adopción», en Martínez de Aguirre, C., *Curso de Derecho Civil*, IV, 7ª ed., Colex, Madrid (pp.479-4495).
- PÉREZ GIMÉNEZ, M<sup>a</sup>.T. (2005): *La reserva lineal del artículo 811 del Código Civil*, Universidad de Jaén, Jaén.
- REGLERO CAMPOS, F. (1994): «Comentarios a la Disposición Transitoria Decimosegunda», en Albaladejo, M. (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, XXV-2º, Edersa, Madrid (pp.743-747).
- RUBIO GARRIDO, T. (2002): *Fundamentos del Derecho de Sucesiones*, Fundación Notariado, Madrid.
- SÁNCHEZ-RUBIO, A. (1992): *Derechos sucesorios de los hijos adoptivos en el Código Civil*, Bosch, Barcelona.
- SANCIÑENA ASURMENDI, C. y GAGO SIMARRO, C. (2019): «La igualdad por razón de filiación y la sucesión hereditaria», *Derecho Privado y Constitución*, 34, pp.139-195.
- SANCHO REBULLIDA, F. (1978): *Estudios de Derecho Civil*, I, Eunsa, Pamplona.

- SANCHO REBULLIDA, F. (1991): «Comentarios a la Disposición Transitoria Decimosegunda», en: Díez-Picazo, L. et alii (dir.), *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, Madrid (pp.2210-2211).
- SCAEVOLA (1893): *Código Civil*, III, 3<sup>a</sup> ed., Imprenta Ricardo Rojas, Madrid.
- SERRANO GARCÍA (1991): *La reserva troncal del artículo 811 del Código Civil*, Bosch, Barcelona.
- TORRES GARCÍA, T.F. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (2016): «La legítima (I)», en Gete-Alonso y Calera, C. (dir.), *Tratado de Derecho de Sucesiones*, II, 2<sup>a</sup> ed., Aranzadi, Cizur Menor (pp.355-415).
- VALLET DE GOYTISOLO, J. (1970): «Los derechos sucesorios dimanantes de la adopción después de la reforma de 4 de julio 1970», *ADC*, XXIII-3<sup>o</sup> (pp. 601-612).
- VAQUER ALOY, A. (2015): «Libertad de testar y condiciones testamentarias», *InDret* (pp.1-40).
- VERDERA SERVER, R. (1999): «Adopción y principio de igualdad», *Derecho Privado y Constitución*, 13 (pp.297-378).

### ***Relación jurisprudencial***

#### **Tribunal Constitucional**

- STC 33/1983, de 4 mayo [ECLI TC:1983:33]  
 STC 9/2010, de 27 de abril [ECLI TC:2010:9]  
 STC 105/2017, 18 septiembre [ECLI TC:2017:105]

#### **Tribunal Supremo**

- STS 13 abril 1984 [ECLI TS:1984:1528]  
 STS 29 junio 1984 [ECLI TS:1984:1261]  
 STS 3 marzo 1988 [ECLI TS:1988:17058]  
 STS 23 mayo 1991 [ECLI TS:1991:16256]  
 STS 5 octubre 1991 [ECLI TS:1991:5120]  
 STS 23 septiembre 1992 [ECLI TS:1992:20834]  
 STS 6 febrero 1997 [ECLI TS:1997:718]  
 STS 27 marzo 2000 [ECLI TS:2000:2431]  
 STS 27 septiembre 2000 [ECLI TS:2000:682]  
 STS 28 junio 2002 [ECLI TS:2002:4798]  
 STS 15 diciembre 2005 [ECLI TS:2005:7431]  
 STS 18 septiembre 2006 [ECLI TS:2006:56060]  
 STS 29 septiembre 2006 [ECLI TS:2006:5646]  
 STS 8 octubre 2010 [ECLI TS:2010:5363]  
 STS 1 marzo 2013 [ECLI TS 2013:4642]  
 STS 10 mayo 2019 [ECLI TS:2019:1485]

#### **Audiencias Provinciales**

- SAP Cáceres 1 diciembre 2017 [ECLI APCC:2017:1017]

# RESULTADOS GENERADOS CON INTERVENCIÓN DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU PROTECCIÓN (O NO) POR LA PROPIEDAD INTELECTUAL

*AI-generated results, AI-assisted works and their copyright protection (or not)*

RAQUEL EVANGELIO LLORCA<sup>1</sup>

[r.evangelio@ua.es](mailto:r.evangelio@ua.es)

Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad de Alicante

## *Cómo citar / Citation*

Evangelio Llorca, R. (2024).

Resultados generados con intervención de sistemas de inteligencia artificial y su protección (o no) por la propiedad intelectual.

*Cuadernos de Derecho Privado*, 10, pp. 99-152

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.69>

(Recepción: 30/10/2024; aceptación: 23/12/2024; publicación: 30/12/2024)

## *Resumen*

La inteligencia artificial es una excelente herramienta que pueden usar los creadores para producir obras o prestaciones, pero también es capaz de generar, de forma autónoma (o casi), resultados literarios, científicos o artísticos. En relación con ello, este trabajo aborda, como primera cuestión, la de si los resultados generados con intervención de sistemas de inteligencia artificial son protegibles por la propiedad intelectual de acuerdo con la legislación vigente. A continuación, tras concluir que, hoy por hoy, los resultados producidos por la inteligencia artificial sin intervención humana relevante no están protegidos por el derecho de autor (salvo en algunos ordenamientos jurídicos de corte anglosajón), y solo en ciertos casos por los derechos conexos, se analizan posibles soluciones para las creaciones algorítmicas actualmente no protegidas, finalizando con la exposición de las conclusiones que se han alcanzado.

## *Palabras clave*

*Inteligencia artificial generativa; creaciones asistidas por la inteligencia artificial; creaciones algorítmicas; propiedad intelectual; originalidad.*

## *Abstract*

Artificial intelligence is an excellent tool for creators to produce works or performances. However, it can also autonomously (or nearly) generate literary, scientific, or artistic results. In

---

<sup>1</sup> ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-7355-160X>

Este trabajo ha sido realizado en el seno del Grupo de Investigación en Propiedad Intelectual de la Universidad de Alicante, dirigido por la autora, y en el marco del proyecto de investigación PROMETEO para grupos de investigación de excelencia «La nueva era de los algoritmos y la inteligencia artificial y su tutela jurídico-privada en el marco de la Unión Europea» (CIPROM/2022/40), financiado por la Conselleria de Innovación, Universidades, Ciencia y Sociedad Digital de la Generalitat Valenciana, cuyo IP es el Prof. Dr. Juan Antonio Moreno Martínez.

this context, this paper first addresses the question of whether the results generated with the intervention of artificial intelligence systems can be protected by copyright or related or neighbouring rights under current legislation. Then, after concluding that, as of today, the results autonomously produced by generative artificial intelligence systems («AI-generated works») are not protected by copyright (except in some Common Law legal systems), and only in certain cases by related rights, different possible solutions for algorithmic creations currently not protected are explored. Finally, some conclusions will be presented.

### **Keywords**

*Generative artificial intelligence; AI-assisted works; AI-generated works; copyright; originality.*

### **SUMARIO:**

---

I. INTRODUCCIÓN. II. REQUISITOS DE LA OBRA PROTEGIDA POR LA PROPIEDAD INTELECTUAL. II.1. Autoría humana. II.2. Originalidad. III. CREACIONES CON INTERVENCIÓN DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL ¿SON ACTUALMENTE PROTEGIBLES POR LA PROPIEDAD INTELECTUAL? III.1. Protección mediante derecho de autor. III.1.1. Creaciones humanas asistidas por la IA. III.1.2. Creaciones generadas de forma independiente por la IA: la creatividad computacional y las creaciones algorítmicas o artificiales. III.1.3. Creaciones generadas por humanos y por la IA. III.2. Tutela mediante derechos conexos al de autor. 3. La necesidad de transparencia. IV. PROPUESTAS DE FUTURO PARA LAS CREACIONES ALGORÍTMICAS. IV.1. Atribución de autoría sobre las «obras» algorítmicas al sistema inteligente. IV.2. Derecho de autor sobre las «obras» algorítmicas en favor de una persona física o jurídica. IV.3. Protección de los resultados algorítmicos por un nuevo derecho conexo al de autor. IV.4. No protección de las creaciones algorítmicas a través de la propiedad intelectual. V. CONCLUSIONES. *Bibliografía.*

---

## **I. INTRODUCCIÓN**

La evolución tecnológica influye poderosamente en la evolución del Derecho, sin que, a este respecto, el régimen de la propiedad intelectual sea una excepción. En efecto, avances como la aparición de la imprenta, la fotografía, los aparatos de reproducción mecánica, el cinematógrafo, Internet... han provocado ajustes legislativos en el ámbito del derecho de autor y los derechos conexos, afines o vecinos al derecho de autor (en adelante, por abreviar, derechos conexos). Y lo mismo ha de ocurrir, sin duda, con la inteligencia artificial (en adelante, IA), cuyo efecto disruptivo en el ámbito de la creación —entre muchos otros— ha puesto en jaque a la comunidad internacional en los últimos tiempos especialmente por el desarrollo de la denominada IA generativa (en adelante, IAG), que cabe definir, de manera simplificada, como

una IA capaz de producir textos, imágenes, contenidos sonoros y audiovisuales a demanda del usuario, a partir del procesamiento de múltiples fuentes<sup>2</sup>.

Los sistemas de IAG son un tipo de sistemas de IA de uso general, entendiéndose por estos, de acuerdo con el Reglamento de IA de 13 de junio de 2024<sup>3</sup> (en adelante, RIA), sistemas de IA basados en modelos de IA de uso general y que pueden servir para diversos fines, tanto para su uso directo como para su integración en otros sistemas de IA [art. 3.66)]. Un modelo de IA de uso general (llamado, asimismo, «modelo fundacional»<sup>4</sup>) es, a estos efectos, «un modelo de IA, también uno entrenado con un gran volumen de datos utilizando autosupervisión a gran escala, que presenta un grado considerable de generalidad y es capaz de realizar de manera competente una gran variedad de tareas distintas, independientemente de la manera en que el modelo se introduzca en el mercado, y que puede integrarse en diversos sistemas o aplicaciones posteriores, excepto los modelos de IA que se utilizan para actividades de investigación, desarrollo o creación de prototipos antes de su introducción en el mercado» [art. 3.63)]. Se trata, en definitiva, de modelos de aprendizaje profundo entrenados con grandes cantidades de datos no estructurados y sin etiquetar, que pueden utilizarse para una amplia gama de tareas o adaptarse a tareas específicas mediante un ajuste fino, entendiéndose como tal, el proceso de adaptar un modelo básico pre-entrenado para que funcione mejor en una tarea específica<sup>5</sup>.

Así pues, los sistemas de IAG se basan en modelos de IAG, que son un ejemplo típico de un modelo de IA de uso general, ya que permiten la generación flexible de contenidos, p. ej., en formato de texto, audio, imágenes o vídeo, que pueden adaptarse fácilmente a una amplia gama de tareas diferenciadas (Cdo. 99 RIA). Así, p. ej., el modelo de IA de uso general GPT es la base del famoso ChatGPT o de MarIA, el primer sistema de IA experto en comprender y escribir en lengua española, que es capaz de generar textos nuevos a partir de un ejemplo previo e incluso de mantener un diálogo<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> Manifiesto de CEDRO sobre inteligencia artificial, <https://www.cedro.org/manifiesto-ia#ia-lm>.

<sup>3</sup> Reglamento 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) (DOUE núm. 1689 de 12.7.2024).

<sup>4</sup> Bommasani et al. (2021: 3-214), Chui et al. (2023: 6).

<sup>5</sup> Chui et al. (2023: 6).

<sup>6</sup> Se trata de un proyecto impulsado por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial y desarrollado por el Centro Nacional de Supercomputación, a partir de los archivos web de la Biblioteca Nacional de España (BNE). MarIA se ha entrenado con 135.733.450.668 de palabras procedentes de millones de páginas web que recolecta la Biblioteca Nacional y que ocupan un total de 570 Gigabytes de información. Para estos entrenamientos, se ha utilizado el superordenador MareNostrum del Centro Nacional de Supercomputación de Barcelona y ha sido necesaria una potencia de cálculo de 9,7 trillones de operaciones (969 exaflops). Más información en <https://datos.gob.es/es/blog/asi-es-maria-la-primera-inteligencia-artificial-de-la-lengua-espanola>

Desde un punto de vista tecnológico, los modelos fundacionales no son nuevos, ya que se basan en redes neuronales profundas y en el aprendizaje supervisado, que existen desde hace décadas<sup>7</sup>. Sin embargo, «la magnitud y el alcance de los modelos de los últimos años han ampliado nuestra imaginación sobre lo que es posible»<sup>8</sup>. A ello hay que unir el crecimiento «explosivo» de la IAG<sup>9</sup>, debido a la apertura y accesibilidad de esta tecnología a la sociedad. En efecto, sistemas como *Copilot* (Github/OpenAI), *Stable Diffusion* (Stability.ai), *Midjourney* (Midjourney Inc), *Dall-e* (OpenAI), *Gemini* (Google) o, por supuesto, *ChatGPT* (OpenAI), han pasado a estar disponibles y ser usados masivamente en el ámbito empresarial, académico y personal, permitiendo a sus usuarios producir gran variedad de resultados<sup>10</sup>.

En lo que al ámbito creativo se refiere, donde el uso de la IA se remonta a los años sesenta, la creciente capacidad de aprendizaje y decisión autónomos de los sistemas inteligentes ha llevado de obras generadas por IA a partir de parámetros controlados por los programadores, los cuales guían a los algoritmos en el proceso de aprendizaje hacia resultados predeterminados (aprendizaje supervisado) hasta una información de salida generada por sistemas capaces de aprender de la experiencia y tomar decisiones libres que conducen a resultados no previsibles (aprendizaje no supervisado)<sup>11</sup>.

Se trata, sin duda, de un cambio de paradigma, en la medida en que la IA no solo se utiliza como herramienta o instrumento de apoyo (*AI as a Tool*), produciendo resultados cuya expresión puede conectarse causalmente con alguna de las fases del proceso creativo a la intervención del ser humano, como en el caso del archiconocido retrato *The Next Rembrandt*<sup>12</sup>, sino que puede generar de forma autónoma todo tipo de creaciones literarias, pictóricas y de artes plásticas, musicales, visuales y audiovisuales, cartográficas, etc., como ocurre, según algunos autores, con el robot AARON<sup>13</sup>. Se hace referencia, así, a la aparición de una nueva

---

<sup>7</sup> Un completo repaso a la historia de la IA, desde que Alan Turing habló de ella en su artículo «Computing Machinery and Intelligence», publicado en 1950, puede verse en Oliver (2020: 24).

<sup>8</sup> Bommasani et al. (2021: 5).

<sup>9</sup> Así lo califica el informe *The State of AI in 2023: Generative AI's breakout year*, elaborado por McKinsey a partir de una encuesta a nivel mundial realizada en abril de 2023. Disponible en [the-state-of-ai-in-2023-generative-ais-breakout-year\\_vf.pdf](#)

<sup>10</sup> Muñoz Vela (2024: 20).

<sup>11</sup> Saiz García (2023: 326).

<sup>12</sup> Ver, al respecto, <https://www.nextrembrandt.com/> y <https://proyectoidis.org/the-next-rembrandt/>.

<sup>13</sup> Se trata de un sistema inteligente creado por el artista británico H. COHEN en los años 70 del siglo pasado, que fue perfeccionándose progresivamente gracias a la reprogramación de su autor hasta su fallecimiento en 2016, y cuyos resultados se exhiben en las galerías de arte más importantes del mundo y han sido adquiridos incluso por miles de dólares por coleccionistas particulares. Navas Navarro (2019.a: 18) afirma que AARON pintaba y dibujaba de manera autónoma a partir del código programado por Cohen, por lo que no cabe atribuir derechos de autor sobre sus creaciones]. Otros autores, por el contrario, como Ginsburg y Budiardjo (2019: 397-398), consideran que, aunque AARON cree autónomamente, existe conexión causal con las acciones de los programadores, que serán los titulares de derechos.

forma de creatividad, la «creatividad computacional»<sup>14</sup> —o, si se prefiere, «algorítmica», «artificial», «sintética», «mecánica» o «informática»<sup>15</sup>—, que puede definirse como la recreación de la creatividad humana en una computadora, o, en otras palabras, la creación musical, artística y literaria mediante inteligencia artificial<sup>16</sup>.

Se discute mucho sobre si la creatividad computacional puede equipararse a la humana. No son pocos los que afirman de forma tajante que «la creatividad es un atributo netamente humano»<sup>17</sup> y sostienen que la IA es aparentemente creativa, pero no realmente creativa. Uno de los principales motivos para defender esta tesis es la falta de intencionalidad de los SIA. Así, se dice que los programas de ordenador solo pueden manipular sintácticamente los símbolos, pero son incapaces de dotarlos de semántica<sup>18</sup>; o que la IA actual tiene capacidad creadora pero no creativa, porque «no tiene personalidad, ni conciencia, ni consciencia, ni sentimientos, ni emociones, ni ingenio propio, no tiene libertad, independencia o voluntad»<sup>19</sup>. A los sistemas inteligentes les falta, además, la experiencia procedente de los sentidos (como tocar algo o vivir una aventura)<sup>20</sup>.

Para otros, en cambio, la creatividad es una forma avanzada de resolución de problemas en la que participan la memoria, la analogía, el aprendizaje y el razonamiento, por lo que es posible replicarla mediante un ordenador<sup>21</sup>; de manera que cabe afirmar la equivalencia entre la creatividad computacional y la humana<sup>22</sup>.

Más allá de esta discusión, lo cierto es que, cada vez con mayor frecuencia, las creaciones algorítmicas son indistinguibles, al menos a simple vista, de las humanas<sup>23</sup>; lo cual

<sup>14</sup> Como la denominan Ortego Ruiz (2022: 65) y Azuaje Pirela (2020: 321), entre otros.

<sup>15</sup> Muñoz Vela (2024: 53, nota 65).

<sup>16</sup> Grupo de investigación en Bioinformática, Sistemas Informáticos Inteligentes y Tecnología Educativa (BISITE) de la Universidad de Salamanca (<https://bisite.usal.es/es/investigacion/lineas-investigacion/creatividad-computacional>). La expresión se utiliza también por el BISITE para designar el estudio de la simulación del comportamiento creativo natural y artificial del ser humano por medio de computadoras y programas de computación.

<sup>17</sup> Aparicio Vaquero (2022: 49).

<sup>18</sup> Searle, J., «Minds, Brains and Programs», *Behavioral and Brain Sciences*, 3 (3), 1980, pp. 417-457, citado por López De Mántaras Badía (2013: 11).

<sup>19</sup> Muñoz Vela (2024: 52). En la misma línea, Gervais (2020: 2092 y 2903) y Hertzmann (2022: 4).

<sup>20</sup> Levy (2005: 162).

<sup>21</sup> López De Mántaras Badía (2013: 2). Según este autor (p. 11), «un programa informático no sólo manipula símbolos, sino que también desencadena una cadena de relaciones causa-efecto dentro del *hardware* del ordenador. Este hecho es relevante para la intencionalidad, ya que se admite que la intencionalidad puede explicarse en términos de relaciones causales. Sin embargo, también es cierto que los programas informáticos existentes carecen de demasiadas conexiones causales relevantes para mostrar intencionalidad, pero tal vez las futuras inteligencias artificiales “encarnadas”, es decir, agentes equipados de *software* sofisticado, sino también con diferentes tipos de sensores avanzados que permitan interactuar con el entorno- puedan tener suficientes conexiones causales suficientes para mostrar intencionalidad».

<sup>22</sup> Ortego Ruiz (2022: 64 y ss.) y Magnin Vergés (2022: 142).

<sup>23</sup> Senftleben y Buijtelaar (2020: 4-6); Abbott y Rothman (2023: 1152).

provoca el interrogante de si dichos resultados (outputs) o información de salida de los sistemas de IA generativa son merecedores de protección por la propiedad intelectual.

A esta cuestión —una de las varias que la IAG plantea desde el punto de vista de la propiedad intelectual (entendida esta en su acepción estricta utilizada en la legislación española, esto es, como comprensiva del derecho de autor y los derechos conexos, afines o vecinos al de autor)<sup>24</sup>— se dedica el presente trabajo, en el que me ocuparé, en primer lugar, de determinar si, de acuerdo con el marco legislativo vigente, las creaciones generadas con intervención de sistemas inteligentes pueden considerarse obras intelectuales protegidas por derecho de autor o derechos conexos. Para responder a esta cuestión, es preciso referirse a los requisitos de las obras protegibles por la propiedad intelectual y comprobar si concurren en los resultados generados por los SIA (apartados II y III). Una vez concluido que la protección puede existir en ciertos resultados, pero no en otros, el siguiente interrogante al que intentaré responder es si debería modificarse la legislación para proteger por la propiedad intelectual las creaciones generadas por IA que hoy no lo están; y en caso afirmativo, si la tutela debiera venir dada por un derecho de autor o un derecho conexo y a quién habría de corresponder la titularidad del derecho en cuestión (apartado IV). Tras un estudio crítico de las diferentes opiniones al respecto, terminaré con unas conclusiones personales sobre la materia (apartado V).

## II. REQUISITOS DE LA OBRA PROTEGIDA POR LA PROPIEDAD INTELECTUAL

Como se ha señalado, determinar si los resultados producidos por SIAG pueden ser protegidos o no como obra intelectual por derechos de autor requiere examinar, previamente,

---

<sup>24</sup> La otra principal cuestión que preocupa es el uso de obras y prestaciones protegidas por derechos de autor o conexos para alimentar al sistema inteligente, que, salvo que esté amparado por una limitación o excepción, debe contar con la autorización de los respectivos titulares de derechos. Asimismo, se plantea la protección por la propiedad intelectual de los propios modelos de IA de uso general, lo cual conduce a hablar sobre la tutela del *software* y de los algoritmos, así como de los modelos de datos, entendidos como el resultado del entrenamiento y afinamiento mediante el uso masivo de contenidos o datos; igualmente, surge la duda sobre si las instrucciones que se dan al sistema de IA (los *prompts*), cuando son originales, pueden estar protegidas por derechos de autor. El impacto de la IA generativa en el sector cultural puede ser visto también desde otros de puntos de vista. Por un lado, la amenaza a los creadores dado que los sistemas inteligentes pueden producir arte, música, literatura, películas, sin necesidad de compositores, músicos, cantantes, artistas gráficos, escritores, guionistas o actores; basta con utilizar esa IA que no se cansa, que no tiene crisis creativas y que no reivindica sus derechos (al menos de momento) ni va a la huelga [Jiménez Serranía (2023: 81)]. En relación con ello, el Foro Económico Mundial estima que debido a la irrupción de esta tecnología podrían desaparecer 85 millones de puestos de trabajo en 2025. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico calcula que hasta el 46% de los empleos tiene posibilidades de ser automatizados (<https://es.wired.com/articulos/ya-esta-aqui-el-primer-comercial-creado-con-sora-de-open-ai>). De ahí la famosa huelga de guionistas de USA, que terminó en septiembre de 2023, tras 148 días de parón, mediante acuerdo entre el Sindicato de Guionistas de Estados Unidos (WGA) y la Alianza de Productores de Cine y Televisión (AMPTP), y a la que siguió la huelga de actores, que después de 118 días terminó con acuerdo entre el sindicato de autores y la mencionada asociación de productores. Asimismo, los nuevos productos originados por la IA compiten con los creados por los humanos, comercializándose por grandes cantidades de dinero en los mercados.



qué se considera obra a estos efectos. Pues bien, en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, para que exista obra protegida por derecho de autor se exige una creación humana original exteriorizada<sup>25</sup>.

En el ámbito de la UE, la «obra» es considerada por el Tribunal de Luxemburgo como un concepto autónomo del Derecho de la Unión<sup>26</sup> desde la sentencia del caso *Infopaq*<sup>27</sup>, aunque no fue hasta la sentencia del caso *Levola* cuando se afirmó expresamente por primera vez, exigiéndose dos requisitos cumulativos para que un objeto pueda ser calificado como obra: que esté expresado con suficiente precisión y objetividad y que sea original<sup>28</sup>.

Respecto a la exteriorización o expresión del objeto, el TJUE recuerda que se recoge en el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1886 (en adelante, CB), a cuyos arts. 1 a 21 la UE debe dar cumplimiento, aun no siendo parte contratante de dicho tratado, en virtud del art. 1.4 del Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor de 1996 (TODA). Y añade que la expresión debe haber quedado determinada con suficiente precisión y objetividad, aunque no sea necesariamente permanente<sup>29</sup>.

Ahora bien, a los efectos de este trabajo, los requisitos que interesan especialmente son los de autoría humana y originalidad, a los que me referiré a continuación.

---

<sup>25</sup> En algunas legislaciones, como la estadounidense, se exige también que la obra esté fijada en un soporte tangible (*Section 102 US Copyright Act*), mientras que, en otras, como la española, únicamente se exige que la obra se exprese a través de cualquier soporte, tangible o intangible (art. 10 TRLPI).

Por otro lado, como señala Cámara Águila (2019: 47), no todos los países utilizan el requisito de originalidad con carácter general para determinar la protección por el derecho de autor. Así ocurre en Francia, donde la originalidad se menciona en el art. L112-4.1 del *Code de la Propriété Intellectuelle* respecto de una creación secundaria como el título de una obra.

<sup>26</sup> Tal y como explica Gotzen (2019: 31 y ss.), fue en 2003 cuando el TJUE comenzó a aplicar la doctrina de los conceptos autónomos (que ya se venía aplicando en otros ámbitos del Derecho de la UE desde 1984) a los actos de la UE en materia de derechos de autor, con el objetivo de determinar el alcance de los términos o expresiones contenidos en una directiva que no los define ni remite al derecho interno de los Estados miembros. Este proceder se justifica por el Tribunal de Luxemburgo en las exigencias de unidad y de coherencia del ordenamiento jurídico de la Unión, que conducen a que los conceptos empleados por las Directivas deban tener el mismo significado, salvo que el legislador de la Unión haya expresado una voluntad diferente en un contexto legislativo preciso.

<sup>27</sup> STJUE 16 julio 2009, caso *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, C-5/08 (ECLI:EU:C:2009:465). Esta sentencia extendió lo dispuesto en los arts. 1, apartado 3, de la Directiva 91/250, 3, apartado 1, de la Directiva 96/9 y 6 de la Directiva 2006/116, en cuanto a que los programas de ordenador, las bases de datos y las fotografías sólo están protegidos por los derechos de autor en la medida en que constituyan obras originales en el sentido de creaciones intelectuales atribuidas a su autor, a las obras en general a los efectos del artículo 2, letra a), de la Directiva 2001/29, afirmando que dicho precepto «sólo se aplica a las obras que constituyen creaciones intelectuales originales atribuidas a éste». En la misma línea, la SSTJUE de 1 diciembre 2011, caso *Eva-Maria Painer c. Axel Springer AG y otros*, C-145/10 (ECLI:EU:C:2011:798).

<sup>28</sup> STJUE 13 noviembre 2018, caso *Levola Hengelo BV y Smilde Foods BV*, C-310/17 (ECLI:EU:C:2018:899). En el mismo sentido, SSTJUE de 12 septiembre 2019, caso *Cofemel-Sociedade de Vestuário, S.A. c. G-Star Raw CV*, C-683/17 (ECLI:EU:C:2019:721), 11 junio 2020, caso *Brompton Bicycle Ltd y Chedech c. Get2Get*, C-833/18 (ECLI:EU:C:2020:461) y 24 octubre 2024, caso *Kwantum Nederland BV y Kwantum België BV c. Vitra Collections AG*, C-227/23 (ECLI:EU:C:2024:914).

<sup>29</sup> Ver, a este respecto, Cámara Águila (2019: 49), Garrote Fernández-Díaz (2019: 5 y ss.) y Evangelio Llorca (2022: 1021).

## II.1. Autoría humana

En el ámbito internacional, el CB de 1886, aunque no define el concepto de obra ni de autor, implícitamente exige autoría humana en la mayoría de sus artículos<sup>30</sup>. Esta idea viene reforzada por la Declaración Universal de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de 1948 (en adelante, DUDH) cuyo art. 27.2 consagra el derecho de «toda persona» a la protección de los intereses morales y materiales que le correspondan por razón de las producciones científicas literarias o artísticas de que sea autora<sup>31</sup>.

Por su parte, el Acuerdo sobre los Aspectos de los derechos de propiedad intelectual relacionados con el comercio de 1994 (en adelante, ADPIC) y el Tratado de la OMPI sobre derecho de autor de 1996 (en adelante, TODA) establecen que los Estados Miembros observarán los artículos 1 a 21 del CB, de forma que igualmente estos textos respaldarían que solo se ha de atribuir la condición de autor a un ser humano.

Este principio de autoría, que es el fundamento del sistema continental europeo del derecho de autor (y, en general, de los ordenamientos de tradición jurídica latina), se basa en la concepción personalista del derecho de autor, que pone el foco en el autor y no tanto en la obra, justificando la existencia de los derechos de autor, ya sea en la protección de la personalidad del autor, ya sea en la recompensa que merece por su esfuerzo creativo (justificación humanista)<sup>32</sup>. Por el contrario, la concepción utilitarista, más propia de los sistemas de *copyright*, coloca el centro de atención, no en el autor, sino en la obra; así, se entiende que el principal objetivo del derecho exclusivo no es tanto proteger al autor en relación con su obra, por ser ella reflejo de su personalidad, sino por lo que beneficia a la sociedad ver incrementado su acervo cultural<sup>33</sup>. No obstante, como subraya Saiz García (2019: 14), ningún modelo

<sup>30</sup> Por todos, Ricketson (1991-1992: 21-22). Así ocurre, por ejemplo, al utilizar la nacionalidad, en su art. 3, como criterio para determinar qué autores estarán protegidos en virtud de él; o al asociar el plazo de protección con la vida del autor o atribuir a éste derechos morales.

<sup>31</sup> Sanjuán Rodríguez (2019: 85); que apunta que lo dispuesto en el art. 27.2 DUDH se refleja en el artículo 20.1.b) de la Constitución española; y Saiz García (2019: 12).

<sup>32</sup> Hilty *et al.* (2020: 4-6) apuntan que cabe distinguir tres ramas dentro de la teoría de la justificación deontológica de la propiedad intelectual (en sentido amplio): la teoría del trabajo, la de la personalidad y la de la recompensa. La primera —que fue desarrollada inicialmente por John Locke en relación con los bienes materiales y, más tarde, otros la extendieron a los bienes inmateriales— parte de la base de que las personas tienen derecho a ostentar la titularidad del objeto debido al trabajo que realizan para obtenerlo, es decir, que tienen derecho a ganar los «frutos de su propio trabajo». En cuanto a la teoría de la personalidad, que tiene sus raíces en el pensamiento de Hegel y fue defendida en el ámbito de la propiedad intelectual por Otto von Gierke, sostiene que generar algo y hacerlo accesible al público en general es una expresión de la personalidad, puesto que refleja la interacción de una persona con objetos externos. Por último, la teoría de la recompensa —que, en el ámbito de las patentes, se apoya en John Stuart Mill y Jeremy Bentham— se basa en que es justo recompensar a quien enriquece a la sociedad. Lo que une a las tres teorías mencionadas, según los citados autores, es su antropocentrismo: la protección de la propiedad intelectual se concede a los seres humanos.

<sup>33</sup> Ver Sganga (2018).

legislativo escapa a la influencia de ambas teorías, hasta el punto de que ambos convergen, especialmente debido a la necesidad de armonización internacional.

En el ámbito de la UE, solamente algunas normas hacen referencia a la autoría. Por un lado, las Directivas 93/83/CEE sobre radiodifusión vía satélite y distribución por cable<sup>34</sup>, 2006/115/CE sobre alquiler y préstamo<sup>35</sup>, y 2006/116/CE sobre plazo de protección<sup>36</sup> que, en relación con las obras audiovisuales, consideran como autor al director, otorgando libertad a los Estados miembros para reconocer a otros coautores (Dir. 93/83) o atribuir la condición de coautores a «otras personas» (Dirs. 2006/115 y 2006/116). Por otro, las Directivas 96/9/CE<sup>37</sup> sobre bases de datos y 2009/24/CE sobre programas de ordenador<sup>38</sup> consideran como autor de una base de datos o de un programa de ordenador, respectivamente, a «la persona física o el grupo de personas físicas que haya creado dicha base (o dicho programa de ordenador) o, cuando la legislación de los Estados miembros lo permita, la persona jurídica que dicha legislación designe como titular del derecho»<sup>39</sup>. Además, ambas directivas añaden que «[c]uando la legislación de un Estado miembro reconozca las obras colectivas, la persona física o jurídica que según dicha legislación haya creado el programa, será considerada su autor».

Por lo que se refiere a España, el requisito de la actividad humana se desprende, como es sabido, del art. 5 del Real Decreto-Ley 1/1996 de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual (en adelante, TRLPI)<sup>40</sup>, del que resulta, como regla de principio, que no pueden considerarse autores las personas jurídicas, los animales, la naturaleza o una máquina<sup>41</sup>.

Esta regla, sin embargo, admite excepciones, como es también conocido. Así, el art. 5.2 TRLPI dispone que no obstante lo establecido en el apartado 1, «de la protección que esta Ley concede al autor se podrán beneficiar personas jurídicas en los casos expresamente previstos en ella». Así ocurre con los programas de ordenador, respecto de los cuales será considerado autor,

---

<sup>34</sup> Directiva 93/83/CEE del Consejo de 27 de septiembre de 1993 sobre coordinación de determinadas disposiciones relativas a los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la radiodifusión vía satélite y de la distribución por cable.

<sup>35</sup> Directiva 2006/115/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.

<sup>36</sup> Directiva 2006/116/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa al plazo de protección del derecho de autor y de determinados derechos afines (versión codificada)

<sup>37</sup> Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos.

<sup>38</sup> Directiva 2009/24/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de abril de 2009 sobre la protección jurídica de programas de ordenador.

<sup>39</sup> Ramalho (2017:7) pone de relieve que la Propuesta inicial de Directiva sobre programas de ordenador no contemplaba la posibilidad de atribuir autoría a una persona jurídica.

<sup>40</sup> De acuerdo con el apartado 1 de dicho precepto, «[s]e considera autor a la persona natural que crea alguna obra literaria, artística o científica».

<sup>41</sup> *Vid.*, por todos, Bercovitz Rodríguez-Cano (2017: 160-161).

de acuerdo con el art. 97.1 TRLPI, «la persona o grupo de personas naturales que lo hayan creado, o la persona jurídica que sea contemplada como titular de los derechos de autor en los casos expresamente previstos por esta Ley», añadiendo el apartado 2 que cuando el programa de ordenador sea una obra colectiva, el autor de esta será, salvo pacto en contrario, la persona natural o jurídica que la edite y divulgue bajo su nombre. En los demás tipos de obras colectivas, debe aplicarse el art. 8 TRLPI, el cual atribuye la titularidad originaria de los derechos de autor (que no autoría), a la persona natural o jurídica que hubiera editado y publicado esa obra bajo su nombre<sup>42</sup>.

Ahora bien, una cosa es que se reconozca la autoría del programa de ordenador o la titularidad originaria de los derechos sobre una obra colectiva a una persona jurídica y otra distinta prescindir de la necesidad de actividad humana en la creación de aquel para su protección por el derecho de autor. En este sentido, recordemos que una obra colectiva requiere de «la reunión de aportaciones de diferentes autores cuya contribución personal se funde en una creación única y autónoma», por lo que, con independencia de las previsiones legales sobre autoría y titularidad de las obras colectivas, se mantiene la premisa de que tras la creación de una obra susceptible de protección por derechos de autor deba estar presente el intelecto humano<sup>43</sup>.

En el ámbito anglosajón, el art. 201(a) del Título 17 del Código de Estados Unidos (en adelante, USC, por las siglas de su denominación en inglés *United States Code*) atribuye la titularidad originaria de la propiedad intelectual sobre las obras al autor o los autores, sin aclarar quién o quiénes pueden considerarse como tales. A ello añade el art. 201(b) que, en las *works made for hire* —que comprenden ciertas obras creadas por encargo, cuando se cumplan ciertos requisitos, así como las elaboradas en el marco de una relación laboral—, se considerará como autor al empresario o comitente, sin distinguir si dicho sujeto es una persona física o jurídica. No obstante, la equiparación de autor con persona física puede defenderse a partir de la definición de las obras anónimas como aquellas en las que no se identifica a ninguna persona física como autor (art. 101 del Título 17 USC)<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> La figura de la obra colectiva existe, asimismo, en otros ordenamientos de *Civil Law*, como el francés (art. L113-2 y 5 del Código de la Propiedad Intelectual) y el italiano (art. 7 de la Ley sobre el Derecho de Autor), si bien el régimen previsto en cada uno de ellos no es exactamente igual. En el CPI francés, la regulación es la misma que en el TRLPI español; en la LDA italiana, en cambio, se considera «autor» de la obra colectiva «a quien organiza y dirige la creación de dicha obra». En otros ordenamientos jurídicos de corte continental, como el alemán, no hay excepción al principio de autoría.

<sup>43</sup> Sanjuán Rodríguez (2019: 82-94). En el mismo sentido, Saiz García (2019: 15); Erdozain López (2023: 303); Minero Alejandro (2024: 91); y Muñoz Vela (2024: 49, nota 61).

<sup>44</sup> Ramalho (2017: 6).

A partir de esta normativa, y basándose en la jurisprudencia, la Oficina de Derecho de Autor (en adelante, USCO, por las siglas de su denominación inglesa, *US Copyright Office*) requiere una creación humana como requisito para registrar una obra a los efectos de ser protegida por *copyright*. En tal sentido, el apartado 306 de la tercera edición de su *Compendio de Prácticas*<sup>45</sup> establece que el *copyright* solo protege «los frutos de la labor intelectual» que están basados en «los poderes creativos de la mente», tal y como se afirma en los casos *Trade-Mark Cases*, 100 U. S. 82 (1879) y *Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony*, 111 U.S. 53, 58 (1884) del Tribunal Supremo de EE. UU. Asimismo, en el apartado 313 de ese mismo documento, que determina los materiales que no son protegibles, se incluyen aquellos en los que falta la autoría humana (313.2), citando expresamente los producidos por la naturaleza, los animales<sup>46</sup> o las plantas, así como las obras «creadas por una máquina o a través de un mero proceso mecánico que opera de forma automática o aleatoria sin ninguna entrada o intervención de un autor humano».

En definitiva, también en USA se considera como autor a las personas físicas o, excepcionalmente, a las personas jurídicas, siempre que, en este segundo caso, tras la obra cuyos derechos sean titularidad de la persona jurídica exista siempre una persona física que haya llevado a cabo el acto creativo.

Solo algunas legislaciones de tradición anglosajona admiten la protección de obras creadas sin intervención humana (o sin una intervención humana evidente). Así ocurre, por ejemplo, en Reino Unido, Irlanda, Nueva Zelanda, Hong Kong, India o Sudáfrica, donde se contemplan expresamente las obras generadas por ordenador (*Computer-generated Works*), que vienen definidas en la *Copyright and Related Rights Act 2000* irlandesa (art. 2) como aquellas generadas por un ordenador «en circunstancias en las que el autor de la obra no es una persona física». Respecto de ellas, las citadas legislaciones establecen que el autor —entendiendo por tal la persona que crea la obra— será la persona «que haya realizado los arreglos necesarios para su creación»<sup>47</sup> o «que causa que la obra sea creada»<sup>48</sup>. No se aclara, sin embargo, qué ha de entenderse por «arreglos necesarios», lo cual es esencial para saber quiénes los llevan a cabo y, por tanto, serán considerados autores. Los más defienden que, en general, debe ser

---

<sup>45</sup> USCO (2021).

<sup>46</sup> Recuérdese, en relación con ello, el famoso *selfie* del mono Naruto, que acabó en los tribunales. V. *Naruto v. Slater*, 15-cv-04324-WHO, 2016, 5, disponible en <https://cases.justia.com/federal/district-courts/california/candce/3:2015cv04324/291324/45/0.pdf?ts=1454149106> (último acceso: 23.8.2024).

<sup>47</sup> Art. 9.3 de la *Copyright, Design and Patents Acts 1988* de Reino Unido, art. 5.2 a) *Copyright Act 1994* de Nueva Zelanda y art. 21(f) *Copyright and Related Rights Act 2000* de Irlanda y art. 1 *Copyright Act 98 of 1978* de Sudáfrica.

<sup>48</sup> Art. 2(d) *Copyright Act 1957* de la India.

reconocido como autor y titular de los derechos el usuario, sin perjuicio de que, en función del contexto, puedan serlo también los diseñadores y programadores que hubieran participado en la programación<sup>49</sup>.

## II.2. Originalidad

Como se ha indicado *supra*, el CB no contiene una definición de obra. Únicamente dispone, en su art. 2.1 CB, que en la categoría de «obras literarias y artísticas» se incluyen «todas las producciones en el campo literario, científico y artístico, cualquiera que sea el modo o forma de expresión»; a lo que añade el apartado 2 que los países de la Unión tienen libertad para exigir que las obras solamente estén protegidas cuando estén fijadas en un soporte material. Junto a ello, el apartado 5 del mismo precepto establece que las colecciones de obras «que, por la selección o disposición de los materiales, constituyan creaciones intelectuales estarán protegidas como tales»; lo cual permite concluir que las «producciones» a las que se refiere el apartado 1 deben entenderse como «creaciones intelectuales»<sup>50</sup>.

Por otro lado, aunque no se exige con carácter general que las creaciones revistan originalidad, en determinados tipos de obras se alude a su protección como «obras originales»<sup>51</sup>, pudiendo entenderse que cabe generalizar este requisito a cualesquiera obras<sup>52</sup>.

Por lo que se refiere a USA, la legislación exige expresamente, para su protección por *copyright*, que la obra sea original, pero sin precisar su significado, que debe, por tanto, concretarse mediante la doctrina del Tribunal Supremo<sup>53</sup>. De acuerdo con ella, la originalidad implica, por un lado, que la obra sea independiente, en el sentido de que no sea copia de una obra anterior; y por otro, que exista un grado mínimo de creatividad<sup>54</sup>.

En cuanto al Derecho de la UE, en términos estrictamente legislativos, el requisito de la originalidad únicamente se contempla en las directivas sobre programas de ordenador, bases de

<sup>49</sup> Samuelson (1986: 1192); Denicola (2016: 286-287); Fernández Carballo-Calero (2021: 89).

<sup>50</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano (2013: 105).

<sup>51</sup> Así ocurre en el art. 2.3 («Estarán protegidas como obras originales, sin perjuicio de los derechos del autor de la obra original, las traducciones, adaptaciones, arreglos musicales y demás transformaciones de una obra literaria o artística») y en el art. 14 bis 1) («Sin perjuicio de los derechos del autor de las obras que hayan podido ser adaptadas o reproducidas, la obra cinematográfica se protege como obra original»).

<sup>52</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano (2013: 106).

<sup>53</sup> Fundamentalmente, *US Supreme Court 17 March 1884, Burrow-Giles Lithographic Co. v. Sarony, 111 U.S. 53*, y *US Supreme Court 27 March 1991, Feist Publ'ns Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 449 U.S. 340*.

<sup>54</sup> Senftleben y Buijtelaar (2020: 4-5). Esto se aplica, por el Alto Tribunal estadounidense, no solamente a la obra en sí, sino también al proceso de creación, que se liga con la creación humana, al hacer referencia, como se ha señalado *supra*, a «los poderes creativos de la mente» y «las concepciones intelectuales originales del autor».

datos y fotografías, respecto de los cuales se exige que la obra en cuestión sea «una creación intelectual propia del autor» para considerarse original<sup>55</sup>.

El TJUE, no obstante, en la sentencia del caso *Infopaq*<sup>56</sup>, generalizó el concepto de originalidad recogido en las mencionadas directivas, afirmando su aplicación a cualquier categoría de obras<sup>57</sup> y elevándolo a concepto autónomo del Derecho de la Unión. En sentencias posteriores, el Tribunal de Luxemburgo aclara que la exigencia de que la obra sea una «creación intelectual propia del autor» significa que debe reflejar la impronta personal o la personalidad de su autor (como se establece en el Cdo. 17 de la Dir. de plazos), lo que sucede cuando el autor ha podido expresar su capacidad creativa al realizar la obra tomando decisiones libres y creativas, esto es, no determinadas por condicionantes técnicos, reglas u otras exigencias que eliminen el espacio para la libre elección de los elementos que configurarán la expresión de la obra<sup>58</sup>.

De lo anterior se desprende, en mi opinión, que en la tradicional discusión sobre si la originalidad debe entenderse en sentido objetivo o subjetivo, y sin perjuicio de las diferentes interpretaciones que existen sobre ambos criterios, el TJUE parece desechar el primero, que generalmente se entiende como novedad objetiva (que la obra sea diferente a cualquiera creada

---

<sup>55</sup> En efecto, la derogada Directiva 91/250 sobre programas de ordenador, hoy Directiva 2009/24/CE, dispone que «(e)l programa de ordenador quedará protegido si fuere original en el sentido de que sea una creación intelectual propia de su autor. No se aplicará ningún otro criterio para conceder la protección» (art. 1.3). De igual forma, el art. 3.1. Directiva 96/9/CE establece que «las bases de datos que por la selección o la disposición de su contenido constituyan una creación intelectual de su autor estarán protegidas, como tal creación, por los derechos de autor». Finalmente, en la misma línea, el art. 6 Directiva 2006/116/CE sobre plazo de protección reconoce la tutela a «(l)as fotografías que constituyan obras originales en el sentido de que sean creaciones intelectuales propias del autor».

<sup>56</sup> STJUE 16 julio 2009, caso *Infopaq International A/S c. Danske Dagblades Forening*, C-5/08 (ECLI:EU:C:2009:465).

<sup>57</sup> Tal y como recuerda Sánchez Arísti (2022: 289-290), aunque el concepto de originalidad solo estaba armonizado parcialmente en el Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia pudo examinar la cuestión de la protección de una obra del espíritu, desde el punto de vista de su originalidad debido a que la Unión, «en virtud de sus compromisos internacionales, y en concreto por haber aprobado los ADPIC y ser Parte de los Tratados OMPI de 1996 sobre Derecho de Autor y sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas, está sujeta a la aplicación del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, el cual se erige en herramienta para la interpretación de las Directivas comunitarias en materia de derecho de autor».

<sup>58</sup> SSTJUE de 1 diciembre 2011, caso *Eva-Maria Painer c. Axel Springer AG y otros*, C-145/10 (ECLI:EU:C:2011:798), y de 7 agosto 2018, caso *Renckhoff*, C-161/17 (ECLI:EU:C:2018:634), respecto de obras fotográficas; de 1 de marzo de 2012, *Football Dataco y otros*, C-604/10 (ECLI:EU:C:2012:115), en relación con las bases de datos; de 12 septiembre 2019, caso *Cofemel-Sociedade de Vestuário, S.A. c. G-Star Raw CV*, C-683/17 (ECLI:EU:C:2019:721), y 11 junio 2020, caso *Brompton Bicycle Ltd y Chedech c. Get2Get*, C-833/18 (ECLI:EU:C:2020:461), en cuanto a diseños de prendas de vestir y bicicletas, respectivamente.

anteriormente)<sup>59</sup>, y decantarse finalmente por la concepción subjetiva<sup>60</sup>, en virtud de la cual se considerará original la creación que refleje la impronta o el toque personal de su autor<sup>61</sup>.

Ahora bien, el entendimiento del TJUE de cuándo la creación refleja la impronta o el toque personal de su autor (a saber, cuando el autor exprese su capacidad creativa al realizar la obra tomando decisiones libres y creativas), implica, a mi modo de ver, un alejamiento de la concepción francesa del reflejo de la personalidad del autor y un acercamiento al criterio del legislador alemán de afirmar que, a los efectos de la LDA de 1965, solo son obras «las creaciones intelectuales personales del autor»<sup>62</sup>.

En el Derecho español, el requisito de la originalidad viene recogido —pero no definido— en el art. 10.1 TRLPI<sup>63</sup>. Así las cosas, hay que recurrir a la doctrina del TS, el cual, a diferencia del TJUE, defiende por lo general una concepción objetiva, entendiendo que la obra es original cuando sea novedosa, esto es, cuando presente alguna singularidad que permita distinguirla de las demás obras preexistentes<sup>64</sup>. A partir de cierto momento se requiere, además, según el Alto Tribunal, «un mínimo» o «un cierto grado de altura creativa»<sup>65</sup>, o lo que es lo mismo, «un mínimo de creatividad intelectual», de la que carece, por ejemplo, lo «que es común e integra el acervo cultural generalizado»<sup>66</sup>. Con independencia de que se pueda estar de

---

<sup>59</sup> En este sentido, Bercovitz Rodríguez-Cano (2023: 63) y Garrote Fernández-Díez (2019: 10). Cámara Águila (2019: 59), por su parte, afirma que la concepción objetiva en unos casos se identifica con la novedad objetiva y en otros con el criterio anglosajón de que la obra no haya sido copiada y resulte del esfuerzo, habilidad o juicio de su autor. Por el contrario, los autores anteriormente citados asocian el requisito de no haber copiado con la originalidad en sentido subjetivo, afirmando expresamente Garrote Fernández-Díez (2019: 11) que «los países anglosajones tienen una tradición vinculada a la originalidad subjetiva».

<sup>60</sup> Y digo finalmente porque, como subraya Cámara Águila (2019: 59), hablar únicamente de creación intelectual propia del autor, como en la sentencia del caso Infopaq, puede albergar tanto la concepción objetiva como la subjetiva.

<sup>61</sup> Entienden, asimismo, que el TJUE acoge una concepción subjetiva del requisito de originalidad Bercovitz Rodríguez-Cano (2023: 67), Garrote Fernández-Díez (2019: 10 y ss.) y Moralejo Imberón (2022: 426), entre otros.

<sup>62</sup> En parecidos términos, Cámara Águila (2019: 76).

<sup>63</sup> En virtud de este precepto, «[s]on objeto de propiedad intelectual todas las creaciones originales literarias, artísticas o científicas expresadas por cualquier medio o soporte, tangible o intangible, actualmente conocido o que se invente en el futuro».

<sup>64</sup> STS 4443/2004, de 24 de junio (ECLI:ES:TS:2004:4443); STS 6196/2012, de 27 de septiembre (ECLI:ES:TS:2012:6196); y STS 1644/2017, de 26 de abril 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1644). No obstante, en algunos fallos, como las SSTS 9153/2012, de 30 octubre (ECLI:ES:TS:2012:9153) y 497/2021, de 16 de enero (ECLI:ES:TS:2021:497), se sigue la doctrina del TJUE. Obsérvese también que, en la citada STS de 26 abril 2017, pese a partir de una concepción objetiva, el TS español coincide con el Tribunal de Luxemburgo en negar la originalidad de las obras arquitectónicas en la parte que viene impuesta por las exigencias técnicas, funcionales o normativas, salvo que la originalidad se consiga justamente por la singularidad y novedad de las soluciones adoptadas para cumplir tales exigencias.

<sup>65</sup> SSTS 542/2004, de 24 junio (ECLI:ES:TS:2004:4443) y 1644/2017, de 26 de abril 2017 (ECLI:ES:TS:2017:1644). La STS 2456/2011, de 5 de abril (ECLI:ES:TS:2011:2456), de manera excepcional, exige altura creativa «especialmente relevante» en la obra fotográfica. Con anterioridad a la citada resolución de 2004, el TS prescinde de toda exigencia de altura creativa. Ver, al respecto, Cámara Águila (2019: 79 y ss.).

<sup>66</sup> STS 55/2020, de 16 de enero (ECLI:ES:TS:2020:55).



acuerdo en el fondo con la posición del TS, no parece que pueda defenderse, teniendo en cuenta el hecho de que la originalidad es un concepto autónomo de obra, lo cual tiene la consecuencia de restringir la libertad de los legisladores y tribunales nacionales de los Estados miembros a la hora de modificar el significado de dichos términos<sup>67</sup>.

Por lo que se refiere a la doctrina española, se encuentra dividida. Por un lado, hay quien descarta la concepción objetiva por considerar que hoy en día es difícil exigir novedad objetiva ya que el autor no crea *ex nihilo*, sino sobre la base de obras preexistentes, esto es, del acervo cultural común<sup>68</sup>. En contra, los defensores de la concepción objetiva sostienen que la originalidad en sentido subjetivo, adecuada para la creación tradicional en las artes clásicas (pintura, literatura, música, escultura...), no es hoy defendible, en la medida en que los diferentes avances técnicos asistentes del proceso creativo determinan la aparición de obras en las que es difícil identificar la proyección de la personalidad del autor, que quedarían así desprotegidas<sup>69</sup>.

Personalmente considero que el inconveniente que se aduce de que el autor no crea de la nada, sino bebiendo del acervo cultural común, no impide la existencia de novedad, puesto que esta debe concebirse, a mi modo de ver, como aportación propia del autor en medida suficiente como para distinguir su obra de las anteriores y no incurrir en plagio. De hecho, solo con este entendimiento tiene sentido, por ejemplo, la protección de las obras derivadas. A partir de ahí, entendido el requisito del reflejo de la personalidad del autor en su sentido literal, es lógico que cierto sector opte por la concepción objetiva, puesto que tal requisito no casa bien, efectivamente, con obras de tipo tecnológico, como los programas de ordenador o las bases de datos. Sin embargo, se ha visto que no es así como concibe el TJUE, que lo identifica con la toma de decisiones libres y creativas, lo cual tiene la ventaja de ser aplicable a todo tipo de obras<sup>70</sup>.

### **III. CREACIONES CON INTERVENCIÓN DE SISTEMAS DE INTELIGENCIA ARTIFICIAL ¿SON ACTUALMENTE PROTEGIBLES POR LA PROPIEDAD INTELECTUAL?**

#### **III.1. Protección mediante derecho de autor**

---

<sup>67</sup> En el mismo sentido, Garrote Fernández-Díez (2019: 15).

<sup>68</sup> Navas Navarro (2019.b: 33).

<sup>69</sup> Por todos, Bercovitz Rodríguez-Cano (2017: 162) y (2023: 64).

<sup>70</sup> En este sentido, Cámara Águila (2019: 63) señala que la doctrina del TJUE «tiene la ventaja de sortear el problema de buscar el reflejo de la personalidad del autor en obras con un fuerte componente técnico como son los programas de ordenador, las bases de datos, o las fotografías».

Según lo expuesto, no hay duda de que, con la salvedad de ciertos ordenamientos jurídicos de corte anglosajón, las legislaciones vigentes exigen autoría humana para proteger por derecho de autor una creación literaria, artística o científica. Partiendo de esa premisa, a la hora de determinar si los resultados en cuya creación interviene un sistema de IAG son protegibles o no por la propiedad intelectual, se suelen distinguir dos tipos de situaciones: 1) Aquellas en las que el resultado es creado por un ser humano, que se vale de un sistema de IA como herramienta para la creación (creaciones humanas asistidas por la IA); y 2) Aquellas en las que es exclusivamente el sistema inteligente el que lleva a cabo la creación (creaciones generadas por la IA)<sup>71</sup>; a las que cabe añadir un tercero: el de los casos en los que el resultado es producido conjuntamente por un ser humano y por un sistema de IA.

### III.1.1. Creaciones humanas asistidas por la IA

Los resultados creados por humanos utilizando un sistema de IAG como herramienta (en inglés, *AI-assisted Works*<sup>72</sup>) no plantean dudas en cuanto a su consideración de obras protegidas por el derecho de autor, en la medida en que sea posible determinar la existencia de creatividad humana en el proceso de creación.

Así lo afirman tanto la USCO (2021) como, en la UE, el PE (2020) y la CE (2022). En palabras del PE, cuando la IA solamente se usa como una herramienta para ayudar a un autor en el proceso de creación (*AI as a tool*), «el marco de derechos de propiedad intelectual actual sigue siendo aplicable»; de manera que, en tales casos, habrá creación humana original y, por tanto, obra protegida por la propiedad intelectual, la cual corresponderá a la persona física cuyas decisiones creativas han dado lugar al resultado final generado por la IA.

Desde los años 70 y hasta hace poco tiempo, este ha sido el único escenario que cabía contemplar. Cabe citar, así, los casos de los cuadros *Edmond de Belamy* y el ya mencionado *The Next Rembrandt* en el campo pictórico; de la canción *Daddy's Car*, creada con el sistema de *Flow Machines* de Sony CSL; o de WASP, el robot poeta. Pero también, más recientemente, la escena del “pedo de ketamina” de Macarena García en la serie *La Mesías*, a juzgar por las declaraciones de los directores, Javier Calvo y Javier Ambrossi<sup>73</sup>. En muchos de estos casos, la

---

<sup>71</sup> Comisión Europea (2022).

<sup>72</sup> Abbott y Rothman (2023: 1149).

<sup>73</sup> Según cuenta Calvo, para recrear un mal viaje de ketamina, grabaron una escena real y después la procesaron con IA para que esa escena fuera «derritiéndose, creando formas extrañas». Pero no consiguieron el efecto deseado, por lo que recurrieron a Alejandra G. López, que trabajó mano a mano con ellos para conseguir la escena deseada. Esta artista de IA usó *Stable Diffusion*, entre otras herramientas. «Le dimos los *inputs* que queríamos (en palabras de Alejandra G. López, entrenó «unos modelos con imágenes realizadas en el set de rodaje, documentación general

obra es fruto de la participación colaborativa de diferentes personas físicas coordinadas por un tercero, quien toma la iniciativa de la creación y edita y divulga la obra bajo su nombre. En tales circunstancias, cabrá aplicar el régimen de atribución de derechos sobre la obra colectiva del art. 8 TRLPI<sup>74</sup>.

La clave está, en definitiva, en si el resultado del sistema inteligente es controlado por una persona física, ya que entonces dicho sistema puede considerarse como una herramienta para una creación humana<sup>75</sup>; o, expresado de otra manera, en si detrás del proceso generativo de un sistema de IA existe intervención humana «relevante» en términos de originalidad<sup>76</sup>. El problema surge, como cabe imaginar, a la hora de determinar cuándo existe creatividad humana relevante a la que se pueda imputar causalmente el resultado, lo cual debe valorarse caso por caso. Al hacerlo, debe tenerse en cuenta que, de las diferentes fases que atraviesa la creación con IA, a saber: la codificación, la ingesta de información (*input*), el entrenamiento, las instrucciones (*prompts*) y la creación del resultado (*output*), en la que cabe incluir la post-producción<sup>77</sup>, la intervención humana relevante puede existir tanto en la codificación como en la fase generativa propiamente dicha, mediante la formulación de las instrucciones o *prompts*, así como, una vez obtenido el resultado, introduciendo variaciones en su forma que lo transformen en una creación diferente; siendo suficiente, a efectos de protección, con que la intervención humana relevante exista en cualquiera de esas fases<sup>78</sup>.

La codificación es importante desde dos puntos de vista, el del programador y el del usuario. Respecto al primero, los algoritmos deterministas, que no dejan margen de libertad al sistema inteligente, el cual simplemente sigue, paso a paso, las reglas dictadas por el programador, conducen a que el sistema genere resultados que son fruto de las decisiones

---

de la serie y fotografías de una de las actrices principales para después unirlo con otro enfocado en representaciones más clásicas y religiosas») y fuimos fotograma a fotograma viendo lo que daba la IA y desechando o escogiendo. Hay un trabajo enorme encima. Hay una dirección, hay una escena rodada, hay una canción original, hay materiales nuestros y meses de trabajo», añade Ambrossi dejando claro que eso es un trabajo humano con ayuda de tecnología. Preguntados por los derechos de esa escena, los Javis lo tienen claro: «Es de nuestra serie, pero hubo un debate» ([https://www.eldiario.es/cultura/cine/escena-mesias-hecha-inteligencia-artificial-ensena-riesgos-posibilidades\\_1\\_10953117.html](https://www.eldiario.es/cultura/cine/escena-mesias-hecha-inteligencia-artificial-ensena-riesgos-posibilidades_1_10953117.html)).

<sup>74</sup> En este sentido, Saiz García (2019: 26) y Sanjuán Rodríguez (2019: 91).

<sup>75</sup> ALAI (2024).

<sup>76</sup> Saiz García (2021: 587). En parecidos términos, Bercovitz Rodríguez-Cano (2017: 161); Ginsburg y Budiardjo (2019: 354 y ss.); Xalabarder Plantada (2020: 212); Lacruz Mantecón (2021: 135); Senftleben y Buijelaar (2020: 8); Jiménez Serranía (2023: 122); Minero Alejandro (2024: 90); Muñoz Vela (2024: 51).

<sup>77</sup> Gervais (2020: 2057-2059), las reduce a tres: 1) Codificación; 2) *Input*, entrenamiento o machine learning; y 3) *Output*. Hugenholtz, en Hartmann et al. (2020: 142) se refiere, asimismo, a tres fases: 1) La concepción, que comprende el planeamiento, el diseño y las especificaciones (p. ej., elección del género, técnica, materiales, SIA, datos de entrenamiento); 2) La ejecución, mediante la que se crea el primer borrador de la obra (pintando, escribiendo, componiendo, codificando...); y 3) La redacción, que equivale a la finalización (que comprende la edición, el formateo, la elección entre distintas versiones generadas por el sistema, la post-producción...).

<sup>78</sup> Hugenholtz, en Hartmann et al. (2020: 143).

creativas del programador y que son, precisamente, los esperados por este; de manera que tales resultados deben considerarse obras cuyos derechos de autor corresponden a aquel<sup>79</sup>, sin que el usuario, que lo único que hace es poner el sistema en marcha, sin posibilidad de influir en su funcionamiento, pueda ostentar derecho alguno sobre el resultado<sup>80</sup>.

En cambio, cuando los resultados no vienen completamente determinados por la codificación del sistema, puede haber actividad creativa humana relevante, como se ha dicho, en la concepción, generación y retoque de los resultados, dentro del margen que permita la herramienta, que es diferente de unas a otras. En efecto, no todos los SIAG han sido entrenados con los mismos datos ni se sirven de los mismos algoritmos u ofrecen las mismas posibilidades al usuario (p. ej., *Dall.E 2* limita a 400 el número de caracteres del *prompt*, no permite identificar la semilla de la imagen, etc.). De ahí que la calidad y precisión de sus respuestas puedan variar mucho de unos a otros. Además, en los supuestos de cambio de forma expresiva (texto a imagen o texto a vídeo) hay más margen de libertad formal para el sistema, lo que complica la determinación de la relación de causalidad creativa necesaria que exige la condición de autor<sup>81</sup>. Teniendo en cuenta estas circunstancias, con carácter general, no serían relevantes actividades de carácter puramente mecánico o técnico, como cortar/recortar el soporte en que queda plasmado el resultado, introducir y calcular datos, alimentar la impresora, buscar documentación y todo aquello que se refiera a la asistencia de la máquina para que «exprese» el producto final; mientras que actividades creativas en la concepción y ejecución de la obra, tales como, según los casos, el diseño del proyecto, con definición del tipo de obra que se pretende crear, del plan de trabajo, la metodología que se va a utilizar, la selección de los datos que sirven para alimentar el aprendizaje de la red neuronal artificial, la selección (concreta) de colores que se vaya a utilizar, la validación, corrección y determinación de la versión definitiva, podrían considerarse suficiente para determinar una creatividad humana relevante<sup>82</sup>.

Detengámonos un momento en las instrucciones (*prompts*) que el humano da al sistema para lograr un resultado, las cuales, como recuerda Muñoz Vela (2024: 56), «pueden ser tan sencillas como dos palabras hasta conformar un conjunto cualificado de complejas y extensas instrucciones fruto de un conocimiento, creatividad y capacidad previos del usuario del sistema inteligente que podrían ser incluso únicos»<sup>83</sup>. Pues bien, cuanto mejor definidas estén las

---

<sup>79</sup> Ginsburg y Budiardjo (2019: 424-426); Senftleben y Buijtelaar (2020: 9).

<sup>80</sup> Senftleben y Buijtelaar (2020: 8-9).

<sup>81</sup> Saiz García (2023: 342-343).

<sup>82</sup> Saiz García (2021: 588-589). Sigue a esta autora en este punto Minero Alejandro (2024: 90).

<sup>83</sup> De hecho —añade este autor—, existe ya el concepto de «ingeniería de instrucciones», con el que se hace referencia al proceso de diseñar, refinar y optimizar las instrucciones de entrada para guiar un modelo generativo de IA hacia la producción de resultados deseados.

instrucciones, mayor probabilidad habrá de que las órdenes humanas eventualmente relevantes en el proceso creativo queden reflejadas en la respuesta generada por el sistema; y, por tanto, de que el resultado sea considerado como una obra intelectual cuyo derecho de autor corresponda al usuario que haya introducido las instrucciones<sup>84</sup> o, incluso, configurarse como obra en colaboración si cabe apreciar intervención relevante tanto del programador como el usuario<sup>85</sup>.

Lógicamente, esto será así cuando las instrucciones hayan sido creadas por el usuario. Pero es perfectamente posible que este utilice instrucciones creadas por otros humanos o incluso *metaprompts* (esto es, instrucciones que sirven para generar otras instrucciones)<sup>86</sup>, a los que el usuario haya accedido a través de plataformas de venta<sup>87</sup> o distribución gratuita<sup>88</sup> o porque vienen incluidos en la licencia de uso del sistema. Pues bien, en el caso de que el usuario utilice *prompts* artificiales, no ostentará autoría alguna sobre el resultado, que no será obra protegida, dada la ausencia del factor humano<sup>89</sup>. Si lo que hace es usar instrucciones originales creadas por otro ser humano que dan lugar a una obra protegida, pueden darse diferentes situaciones, en función de que la única intervención humana relevante sea la del autor de los *prompts* (caso en el cual entiendo que la autoría de la obra resultante corresponderá a este) o el usuario haya hecho también alguna aportación creativa, como por ejemplo modificando el *output*. Descartada la coautoría, ya que faltaría entre *prompter* y usuario la colaboración que exige el art. 7 TRLPI<sup>90</sup>, habría, a mi juicio, una obra derivada cuyos derechos de autor serían atribuibles al usuario con base en el art. 11 TRLPI.

De igual forma, si la modificación del usuario —que sea suficientemente creativa— recae sobre un resultado autónomamente generado por el sistema inteligente, dicho resultado se convertirá en obra protegida por derecho de autor, el cual corresponderá al humano que lo ha transformado (si bien, en este caso, a diferencia del anterior, creo que no habrá una obra derivada, puesto que, de acuerdo con el art. 11 TRLPI, para que la haya es preciso es preciso transformar una «obra» preexistente, esto es, que reúna los requisitos del art. 10 TRLPI, los cuales no concurren en los resultados autónomamente generados por la IA). A estos efectos, actividades como seleccionar, descartar, modificar, componer, añadir, descontextualizar, etc.,

---

<sup>84</sup> Saiz García (2019: 21) y (2023: 342); Muñoz Vela (2024: 57); Samuelson et al. (2023: 3).

<sup>85</sup> Fernández Carballo-Calero (2021: 174).

<sup>86</sup> [https://www.linkedin.com/posts/amelfernandez\\_meta-prompts-prompts-para-generar-prompts-activity-7074626513572085760-4tHT/?originalSubdomain=es](https://www.linkedin.com/posts/amelfernandez_meta-prompts-prompts-para-generar-prompts-activity-7074626513572085760-4tHT/?originalSubdomain=es)

<sup>87</sup> Como *Promptbase* (<https://promptbase.com/>) o *Prompt Attack* (<https://promptattack.com/>).

<sup>88</sup> Entre ellas, *Promptimágenes* ([https://promptimágenes.com/#google\\_vignette](https://promptimágenes.com/#google_vignette)), *PromptHero* (<https://prompthero.com/>) o *ForoPrompt* (<https://foroprompt.com/>).

<sup>89</sup> Saiz García (2023: 354).

<sup>90</sup> Como señala Saiz García (2023: 355-356).

elementos de la imagen que visiblemente la convierten en otra diferente, deberían considerarse relevantes. En cambio, serán irrelevantes todas aquellas modificaciones de un resultado generado autónomamente que se ciñan a mejorar la calidad técnica de la imagen sin afectar a los aspectos «artísticos» (aplicar un filtro, centrar la imagen, incorporar claridad, brillo, realizar mínimas correcciones, aunque afecte a los elementos centrales como el labio superior de un retrato, etc.)<sup>91</sup>.

El criterio de la causalidad suficiente entre el resultado generado por el SIA y la actividad humana está siendo aplicado por los tribunales de distintos países asiáticos. En este sentido, un tribunal de Shenzhen<sup>92</sup> entendió que la plataforma comercial Tencent, propietaria del sistema inteligente *Dreamwriter*, era titular de derechos de autor sobre los artículos generados por dicho sistema; y ello porque existía una conexión (vínculo causal) directa entre las elecciones creativas del equipo editorial de Tencent y el resultado final del algoritmo<sup>93</sup>. También en China, el Tribunal de Internet de Beijing entendió que una imagen de una joven creada usando *Stable Diffusion* es una obra de arte sujeta a la protección de los derechos de autor y que estos deben corresponder al Sr. Li, el usuario del sistema, debido a la aportación creativa de este. De ahí que estimara la demanda del Sr. Li contra la Sra. Liu, la cual, sin consentimiento del primero y eliminando el ID de usuario y las marcas de agua, posteo la imagen en una plataforma<sup>94</sup>. De acuerdo con mi traducción libre al español de la previa traducción al inglés realizada por Deepl y editada por Guadamuz, el tribunal declaró que «[d]esde el momento en que el demandante concibió la imagen objeto del caso hasta la selección final de la imagen definitiva, ha realizado un cierto grado de contribución intelectual, como el diseño de la presentación de los personajes, la selección y organización de las palabras clave, el establecimiento de parámetros relevantes, la selección de la imagen adecuada, etc.»; asimismo, «después de obtener la imagen, el demandante siguió añadiendo palabras clave y modificando los parámetros, ajustándolos y modificándolos continuamente, hasta que finalmente obtuvo la imagen en cuestión». «Este proceso de ajuste y modificación —añade la sentencia— también refleja la elección estética y el juicio de personalidad del demandante», de manera que la imagen controvertida «refleja la inversión intelectual del demandante ... y cumple los requisitos de originalidad».

---

<sup>91</sup> Saiz García (2023: 344). En parecidos términos, Novelli (2024: 11-12).

<sup>92</sup> Sentencia de 25 de noviembre de 2019, caso *Shenzhen Tencent Computer System Co., Ltd. v. Shanghai Yingxun Technology Co., Ltd.* [(2019) Yue 0305 Min Chu 14010] [(2019) 0305 14010]. Cabe encontrar un análisis de esta sentencia en <https://link.springer.com/article/10.1007/s40319-020-00944-9>.

<sup>93</sup> Mezei (2020: 396). Ver, asimismo, Zhou, B. (2020) y Yoen Lee (2021).

<sup>94</sup> Sentencia del Tribunal de Internet de Beijing de 27 de noviembre de 2023. Ver, al respecto, Guadamuz (2023.c) y Kelly y Dai (2023).

La poca exigencia del tribunal en relación con la aportación intelectual por parte del humano para atribuirle la autoría de la imagen sintética, que ha sido calificada de «extremadamente preocupante» por algún autor<sup>95</sup>, puede conducir, según otros, a disparar las previsiones de 26.000 millones de dólares del mercado chino de IA en 2026, si otros tribunales siguen el ejemplo<sup>96</sup>.

De igual forma, en Corea del Sur, la película *AI Surobuin* generada por IA y producida por NARA AI Film, ha sido reconocida como obra colectiva y sus derechos de autor han sido registrados en la Comisión Coreana de Derechos de Autor. Según la información a la que he accedido, se utilizó IA en todo el proceso de producción<sup>97</sup>, pero el papel de NARA AI Film fue importante no sólo en la edición, sino también en la puesta a punto de la IA generativa, y de ahí que se admitiera su registro como obra<sup>98</sup>.

### III.1.2. Creaciones generadas de forma independiente por la IA: la creatividad computacional y las creaciones algorítmicas o artificiales

Hablando con propiedad, hoy por hoy no existen los resultados producidos de manera completamente independiente por sistemas de IA, ya que siempre habrá intervención humana en la codificación, en la alimentación para el entrenamiento y en la introducción de las instrucciones para que el sistema empiece a funcionar (por más que sea una única instrucción muy simple)<sup>99</sup>. Sin embargo, a partir de ese momento, el sistema puede tomar decisiones autónomas —si es que puede considerarse correcto aplicar este adjetivo a los SIA—<sup>100</sup>, que

<sup>95</sup> Geiger (2024: 1139).

<sup>96</sup> Kelly y Dai (2023).

<sup>97</sup> En la producción de la película se utilizaron grandes modelos lingüísticos (LLM) como *GPT-4*, *CLOVA X* y *GPT-3.5* para generar el guion, herramientas como *Midjourney* y *Stable Diffusion* para la creación de imágenes, sistemas de creación de vídeo como *Gen-2* y *D-ID* para construir el metraje, la herramienta *CLOVA Dubbing* para crear las voces de los personajes y la IA generativa *Soundraw* para generar música. Además, se añadieron retoques a las imágenes creadas con la versión de pago de *MidJourney* (Kyungsuk Kim en LinkedIn, <https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:7149851009303875584/>).

<sup>98</sup> Así lo cuenta Kyungsuk Kim en LinkedIn, [https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:7149851009303875584/\(01.09.2024\)](https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:7149851009303875584/(01.09.2024)).

<sup>99</sup> Zech (2019: 1145), citado por Mezei (2020: 392). En el mismo sentido, Hilty et al. (2020: 7), Lacruz Mantecón (2021: 99) y Sun (2022: 1249).

<sup>100</sup> La RAE aplica el término «autonomía» a cosas en dos de sus acepciones: «máximo recorrido que puede efectuar un vehículo sin repostar» y «tiempo máximo que puede funcionar un aparato sin repostar o recargarse»; pero, en su significado de actuación independiente, lo reserva a las personas, puesto que se refiere a la «condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie». Asimismo, en un estudio realizado por encargo de la Comisión Europea, el Grupo Europeo de Ética en Ciencia y Nuevas Tecnologías afirma que «el término “autonomía” procede de la filosofía y se refiere a la capacidad del ser humano de legislarse a sí mismo, de formular, pensar y elegir normas y leyes por sí mismos que seguir. Ello incluye el derecho a ser libre para establecer sus propios estándares y elegir sus propias metas y objetivos en la vida. El proceso cognitivo que sustenta y hace posible esto es uno de los que más se identifican con la dignidad de los seres humanos y la acción y actividad humanas por excelencia. Estas engloban, típicamente, los rasgos de la autoconciencia, la autoconsciencia y la propia autoría de acuerdo con

conduzcan a resultados en los que la intervención creativa humana sea poco relevante o incluso inexistente<sup>101</sup>.

A estos supuestos —que cabe denominar «creaciones o resultados algorítmicos» o «creaciones o resultados artificiales», con preferencia, en mi opinión, a «obras algorítmicas»<sup>102</sup>— me refiero cuando hablo de creaciones generadas exclusivamente por la IA. Lo que diferencia a estos resultados de los creados por una persona física con asistencia del sistema inteligente es que, en ellos, no existe conexión causal suficiente entre la actividad humana inicial y el resultado final. Saiz García (2024: 330) pone como ejemplo la obra de arte *Unsupervised* del proyecto *Machine Hallucinations* —primera añadida a su colección por el MoMA de Nueva York—, creada por Refik Anadol y su equipo mediante el uso de la IA. «Los artistas —afirma— no pueden ejercer ningún control sobre los resultados visuales que genera el algoritmo, siendo su forma de expresión final completamente aleatoria. Además, también falta el segundo requisito de protección, un objeto definido de manera objetiva y precisa. La falta de fijación de las distintas y constantes variaciones de esta obra supone, también, desafíos para su protección como mera grabación audiovisual»<sup>103</sup>.

Un planteamiento diferente parece ser el de Ginsburg y Budiardjo (2019: 433 y 437), aunque no tengo claro que así sea en realidad. Su posición inicial es la de negar la posibilidad de desligar los resultados generados por la IA de una actividad humana, esto es, de que quepa romper el nexo de causalidad entre una cosa y la otra. Así, sostienen que, hoy en día, cualquier aparente creatividad en el resultado de un SIA es directamente atribuible o al código escrito por

---

razones y valores. La autonomía, en el sentido ético relevante del término, solo puede atribuirse, por tanto, al ser humano. Es por ello un error aplicar el término a meros artefactos, ni aun cuando sean sistemas adaptativos complejos muy avanzados o incluso “inteligentes”. El término “sistemas autónomos” se ha ido extendiendo, sin embargo, entre la literatura científica y el público para referirse al más alto nivel de autonomía e independencia de los seres humanos en términos de “autonomía” operativa y en la toma de decisiones. Pero autonomía, en su sentido original, es uno de los aspectos más importantes de la dignidad humana que no debemos relativizar» [Comisión Europea (2018: 9)].

<sup>101</sup> En palabras de Guadamuz (2017), «[u]n programa informático desarrollado para el aprendizaje automático se basa en un algoritmo que le permite aprender a partir de los datos introducidos, evolucionar y tomar decisiones que pueden ser dirigidas o autónomas. Cuando se aplican a obras artísticas, musicales y literarias, los algoritmos de aprendizaje automático aprenden a partir de la información proporcionada por los programadores. A partir de esos datos generan una nueva obra y toman decisiones independientes a lo largo de todo el proceso para determinar cómo será dicha obra. Una característica importante de este tipo de inteligencia artificial es que, si bien los programadores pueden definir unos parámetros, en realidad la obra es generada por el propio programa informático (denominado red neuronal) mediante un proceso similar a los del pensamiento humano». En términos parecidos, Zech (2019: 1145), citado por Mezei (2020: 392), y Lacruz Mantecón (2021: 110 y 118).

<sup>102</sup> Esta denominación es utilizada por Saiz García (2019: 6). Minero Alejandro (2024: 89), por su parte, usa el término «obra» para referirse a los productos generados por un mecanismo de IA, pero aclara que no lo hace en sentido técnico. Asimismo, en el ámbito anglosajón, Abbott y Rothman (2023: 1149), se refieren a «AI-generated Works» para hacer referencia a las obras creadas mediante IA en las que ninguna persona física puede considerarse autor usando los criterios actuales de autoría.

<sup>103</sup> Geiger (2024: 1140), en cambio, estima que se trata de una obra protegible por derecho de autor porque el resultado es el pretendido por los artistas.



los programadores que diseñaron y entrenaron a la máquina, o a las instrucciones proporcionadas por los usuarios que utilizan el sistema; incluso cuando este produce resultados inesperados para los humanos que lo programaron, entrenaron o utilizaron. El resultado algorítmico, aun cuando será único y completamente impredecible, es el resultado directo del funcionamiento de la máquina, el cual es, inevitablemente, el fruto de un desarrollador o usuario humanos<sup>104</sup>. Más adelante, sin embargo, admiten que puede haber casos sin autor, cuando el programador no puede anticipar los resultados del sistema sin conocimiento de las instrucciones que el usuario dará a aquel, y al mismo tiempo, el usuario aporta su contribución creativa, pero sin influir en cómo el sistema la traduce en un resultado final; en definitiva, cuando no hay actividad humana ni del programador ni del usuario como para atribuirles la autoría.

Volviendo al escenario en el que admitimos la posibilidad de resultados producidos de manera autónoma por SIA (en el sentido que se le ha dado a este concepto en este trabajo), habremos de concluir, según lo ya expuesto, que, en la mayoría de las legislaciones vigentes, tales productos no podrán considerarse obras protegidas por derechos de autor, dado que la creación no puede conectarse causalmente con una actividad humana creativa<sup>105</sup>.

En esta línea se inscribe la que parece ser la primera sentencia nacional europea al respecto. Se trata del fallo de un tribunal checo sobre la posibilidad de proteger mediante derecho de autor una imagen creada por DALL-E como resultado del siguiente *prompt*: «Crea una representación visual de dos partes firmando un contrato comercial en un entorno formal, como una sala de conferencias o el despacho de un abogado en Praga. Muestra solo las manos». Una vez creada la imagen, fue copiada por una persona, por lo que el *prompter* le demandó, pretendiendo ser el autor de la imagen, por infracción de sus derechos. El órgano judicial, sin embargo, desestimó la demanda por entender que solamente los seres humanos pueden ser

---

<sup>104</sup> Ginsburg y Budiardjo (2019: 397-398), y los autores que citan. Así, aun cuando el producto algorítmico sea realizado con total autonomía y sea completamente impredecible por las que denominan «máquinas completamente generativas», siempre estará conectado con la actividad del programador o del usuario del sistema, puesto que es el resultado directo del funcionamiento de la máquina, y este, a su vez, el fruto indiscutible de un desarrollador o usuario humanos. Por ello, sostienen (p. 409) que los desarrolladores de este tipo de sistemas inteligentes, tipo AARON, que crean obras sin ulterior intervención o *input* por parte del usuario, pueden ser los autores de los resultados generados. A su modo de ver, en la medida en que tales programadores, al diseñar los algoritmos o entrenar al modelo generativo para producir resultados, controlan el funcionamiento interno del sistema, deben considerarse también ejecutores de tales resultados.

<sup>105</sup> Ver, en este sentido, Carrasco Perera, Á. y Del Estal Sastre, R. (2017: 111-114); Sanjuán Rodríguez (2019: 88); Senftleben y Buijtelaar (2020: 8); López-Tarruella Martínez (2019: 127-128); Maestro Rodríguez (2021: 314-317); Hugenholtz, P. B. y Quintais, J. P. (2021: 1196). Así lo recuerdan también para el Derecho estadounidense, Samuelson et al. (2023: 2), y para el chileno, Azuaje Pirela (2020: 330 y 333).

autores y que no había evidencia suficiente de que el actor fuera el creador de la imagen por introducir la instrucción<sup>106</sup>.

Asimismo, en USA, la USCO deniega el registro de los resultados exclusivamente producidos por sistemas de IA, sobre la base de que el *copyright* solo puede proteger contenidos que sean producto de la creatividad humana<sup>107</sup>.

Así ocurrió con la obra de arte visual, titulada *A Recent Entrance to Paradise*, que, según el propio solicitante del registro, Stephen Thaler, había sido creada de forma autónoma por un algoritmo denominado *Creativity Machine*<sup>108</sup>. El caso terminó ante la Corte de Distrito de Columbia (caso *Thaler v. Perlmutter*), la cual confirmó la denegación de registro<sup>109</sup>, recordando que se trata del mismo argumento utilizado en procedimientos anteriores relativos a obras creadas por no humanos, tales como espíritus, jardines de flores salvajes o animales, aludiendo, en cuanto a estos, al caso del *selfie* tomado por el chimpancé Naruto.

En la misma línea, cabe citar la Decisión de la USCO *Review Board* de 5 de septiembre de 2023<sup>110</sup>, que rechazó el registro de la obra visual *Théâtre d'Opéra Spatial*, creada mediante el uso de *Midjourney*, y ganadora del premio de artes digitales de la Feria Estatal de Colorado en 2022. Solicitado el registro de la obra por Jason M. Allen, quien se presentaba como el autor, se le requirió para que renunciara a las partes de la imagen generadas por la IA, a lo cual se negó, alegando que había contribuido de forma significativa a la creación de la imagen. Sus *inputs* creativos —afirmó— consistían en alrededor de 624 *prompts* y revisiones de los *prompts* de texto, así como el uso de un programa de *Photoshop* para eliminar defectos y crear nuevo contenido visual; además, alegó que había mejorado la imagen usando otra herramienta de IA (*Gigapixel*). La Oficina denegó la inscripción y Allen solicitó una primera revisión, que fue contestada reiterando que la obra no podía ser registrada si no se limitaba a las partes protegibles por *copyright*, que eran las «ediciones visuales» realizadas con la herramienta de *Photoshop*, pero no las imágenes generadas por *Midjourney* y *Gigapixel*. Solicitada una segunda revisión, fue resuelta en el mismo sentido. Si bien se reconoció que el proceso de *prompting* puede

---

<sup>106</sup> Da cuenta de esta sentencia Plesner Mathiasen, J., en LinkedIn (<https://www.linkedin.com/feed/update/urn:li:activity:7183358080745672704/>), donde cabe encontrar el texto íntegro del fallo.

<sup>107</sup> Esta posición se recoge, asimismo, en las directrices de registro de obras que contengan material generado por sistemas de IA publicadas por la USCO en marzo de 2023.

<sup>108</sup> USCO Review Board (2022).

<sup>109</sup> United States District Court for the District of Columbia, *Thaler v. Perlmutter*, Case 1:22-cv-01564-BAH (D.D.C., Aug. 18, 2023), [https://ecf.dcd.uscourts.gov/cgi-bin/show\\_public\\_doc?2022cv1564-24](https://ecf.dcd.uscourts.gov/cgi-bin/show_public_doc?2022cv1564-24). Hasta donde yo sé, actualmente el caso está pendiente de resolución bajo la *US Court of Appeals for the D.C. Circuit*.

<sup>110</sup> USCO Review Board (2023.b).

encerrar creatividad, se estimó que, en este caso, aun cuando se hubieran introducido más de 600 instrucciones, la autoría humana no llegaba al standard «*more than de minimis*»<sup>111</sup>.

Un tercer caso interesante es el resuelto por la Decisión de la USCO *Review Board* de 11 de diciembre de 2023<sup>112</sup>, que confirmó su decisión inicial de denegar el registro de la fotografía titulada *Suryast*, que fue generada por IA a partir de otra fotografía anterior, por considerar que para su creación no hubo suficiente intervención humana. En esta ocasión, el solicitante del registro, Ankit Sahni, que reclamaba derechos de autor exclusivamente para él, declaró que había una coautoría: la suya propia, por ser autor de la fotografía original, y el sistema RAGHAV, por ser autor de la fotografía derivada, la cual tenía el mismo «contenido» que la imagen base, pero transformado al estilo del cuadro «La noche estrellada» de Van Gogh, como había solicitado el Sr. Sahni. Pues bien, la USCO entendió que la fotografía no podía registrarse debido a que la pretendida aportación creativa humana «no puede distinguirse ni separarse del trabajo final producido por la herramienta de inteligencia artificial»; y ello porque el Sr. Sahni solamente había proporcionado tres instrucciones a Raghav (una imagen base, una imagen de estilo y un valor variable que determina la cantidad de transferencia de estilo) y fue el sistema el que decidió cómo interpolar las imágenes de base y de estilo de acuerdo con el valor de transferencia de estilo.

La situación es diferente, como se ha indicado *supra*, en ciertas legislaciones de corte anglosajón, donde se admiten expresamente como obras protegidas las denominadas «obras generadas por ordenador» (*computer-generated works*), atribuyendo la autoría a la persona que haya realizado los arreglos necesarios para su creación. Si bien es evidente que estos legisladores, al menos el británico, no estaban pensando en los resultados creados autónomamente por sistemas inteligentes, a mi juicio estos podrían encajar en dichas regulaciones<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> Allen ha presentado una apelación en un tribunal federal en Colorado, alegando que la falta de protección le está causando pérdidas de millones de dólares debido, según el artista, a que «hay un valor percibido menor de mi obra, lo que ha afectado mi capacidad para cobrar tarifas de licencia estándar de la industria», así como a que «se han producido casos en los que han “copiado descaradamente mi obra, incorporando la pieza completa en una nueva” y que “hay personas que literalmente han publicado mi obra para venderla como impresión o como criptoarte en OpenSea o Etsy”, plataformas de venta en línea dedicadas al comercio de NFT y de artículos decorativos» (<https://www.safecreative.org/tips/es/prompter-apela-el-registro-de-su-obra-por-las-perdidas-al-no-tener-copyright/>).

<sup>112</sup> USCO *Review Board* (2023.c).

<sup>113</sup> Así lo entiende también Fernández Carballo-Calero (2021: 87). En contra, Ramalho (2017: 12); y con dudas, Duque Lizarralde (2020: 40), para quien la referencia a la persona que realizó los arreglos necesarios para producir el *output* presupone intervención humana hasta cierto punto, lo cual choca con las creaciones sintéticas completamente autónomas de la intervención de un humano.

A nivel práctico, cabe apuntar que algunas revistas académicas y editoriales como *Science*, *Nature* y todas las revistas de *Springer-Nature* han publicado declaraciones en las que afirman que la IA o los grandes modelos lingüísticos (LLM) no pueden figurar como autores en sus trabajos<sup>114</sup>. En la misma línea, en febrero de 2024, el Ministerio de Cultura español publicó una Nota informativa sobre buenas prácticas relativas a la utilización de sistemas de inteligencia artificial en el ámbito del Ministerio de Cultura<sup>115</sup> en la que se establece que, en los casos en los que, en el marco de los Premios Nacionales del citado Ministerio, pueda resultar galardonada una obra o prestación «se promoverá la inclusión de una previsión en la Orden de Convocatoria en la que se indique que no podrán ser susceptibles de ser galardonadas aquellas obras que sean creadas íntegra y exclusivamente por inteligencia artificial generativa».

### III.1.3. Creaciones generadas por humanos y por la IA

Por lo que se refiere a los resultados creados en parte por un humano (el usuario) y en parte por un SIAG, se viene entendiendo que la parte que corresponda al funcionamiento del SIAG quedará fuera del objeto de protección del DA, al igual que sucede, por ejemplo, con obras derivadas de otras que ya formaban parte del dominio público<sup>116</sup>.

En esta línea, la USCO admite el registro de las partes resultantes de autoría humana y deniega el de los contenidos generados exclusivamente por el sistema inteligente. Así ocurrió con el cómic *Zarya of the Dawn*, respecto del cual se denegó el registro de las imágenes individuales, por considerarse que habían sido generadas exclusivamente por el sistema inteligente *Midjourney*, en la medida en que el proceso de creación de este sistema no está controlado por el usuario, ya que no es posible predecir de antemano lo que *Midjourney* creará; mientras que se admitió el registro del texto y la selección y el arreglo de este y de las imágenes, por entender que habían sido realizados por la solicitante, Kristina Kashtanova<sup>117</sup>.

El problema es la dificultad de distinguir las contribuciones que ha realizado el sistema inteligente (especialmente cuando quedan fusionadas con las humanas de manera inseparable), lo cual propicia un riesgo de fraude alto. Por ello se propone, a mi juicio con acierto, que en estos casos se atribuya la autoría al usuario del sistema inteligente, lo cual reduciría la litigiosidad<sup>118</sup>.

---

<sup>114</sup> Polonsky y Rotman (2023: 71).

<sup>115</sup> <https://www.cultura.gob.es/dam/jcr:469163cc-0fdf-4fe2-964f-d4815cde40b1/240219-nota-informativa-ia.pdf>

<sup>116</sup> Saiz García (2023: 340).

<sup>117</sup> USCO *Review Board* (2023.a). Puede verse un resumen en <https://ipkitten.blogspot.com/2023/03/generative-artificial-intelligence-us.html>

<sup>118</sup> Castells i Marqués (2019: 70-71).

### III.2. Tutela mediante derechos conexos al de autor

Descartada la tutela de las creaciones algorítmicas por derecho de autor (salvo en unos pocos países), cabe preguntarse si podrían resultar protegidas por los derechos conexos. Para el ámbito de la UE, entiende que sí, a mi juicio con razón, Hugenholtz (2020: 143), siempre que los resultados «sin autor» estén en forma de audio/vídeo/base de datos. En tal caso, podrían recibir tutela a través de los derechos conexos de los productores de fonogramas (audio grabado), los organismos de radiodifusión (señales transmitidas), los productores de películas (vídeo grabado), los productores de bases de datos (datos agregados y estructurados) y los editores de prensa (publicaciones de prensa). Según el citado autor, en estos supuestos, los derechos se atribuyen directamente al empresario (por lo general, una persona jurídica) sin que se exija la autoría o el esfuerzo humanos<sup>119</sup>. Tampoco existe —añade— ningún requisito de umbral (por ejemplo, de tiempo o dinero), salvo en el caso de los derechos sobre bases de datos (en los que se exige una «inversión sustancial»)<sup>120</sup>.

Así pues, las creaciones algorítmicas pueden protegerse a través de los mencionados derechos, siempre que se den los requisitos legales, lo cual deja fuera, por ejemplo, ciertas categorías creativas como las obras plásticas o los mapas, o, en el caso de las bases de datos, aquellas que no hayan requerido una inversión sustancial<sup>121</sup>.

Fuera de la UE, cabe mencionar la Ley ucraniana núm. 2811-IX, de 1 de diciembre de 2022, en materia de derechos de autor y derechos conexos (en vigor desde el 1 de enero de 2023), de modificación de la Ley núm. 3792-XII de 1993 sobre derechos de autor y derechos conexos. La nueva norma ha incorporado al derecho nacional un derecho *sui generis* para los resultados generados por programas de ordenador sin intervención humana directa. Este derecho, que comprende facultades patrimoniales, pero no morales, se concede a los autores del programa de ordenador, sus herederos, los cesionarios de los dos anteriores o los usuarios legítimos del programa<sup>122</sup>.

Una cuestión diferente, pero relacionada con los derechos conexos, es la de si la interpretación o ejecución de una creación generada por IA que no está protegida por derechos de autor por parte de un músico, un actor o un cantante estará tutelada por derechos afines.

---

<sup>119</sup> En el mismo sentido, Comisión Europea (2022: 164). Cosa distinta sucede —afirman— con otras prestaciones protegidas como las meras fotografías o las ediciones de obras inéditas en dominio público, en las que la titularidad de estos derechos está fundamentada y construida sobre la base de una actividad humana.

<sup>120</sup> Hugenholtz, en Hartmann et al. (2020: 143).

<sup>121</sup> Saiz García (2019: 33).

<sup>122</sup> Ver, al respecto, <https://institutoautor.org/ucrania-la-oficina-nacional-de-propiedad-intelectual-e-innovaciones-comunica-el-registro-de-imagenes-desarrolladas-con-la-ayuda-de-inteligencia-artificial/>

Como afirma la CE, dependiendo de la articulación entre los derechos de autor y los del artista intérprete o ejecutante en virtud de la legislación nacional aplicable, esa interpretación humana de creaciones generadas por IA puede no estar protegida por el régimen de derechos del artista<sup>123</sup>. En Derecho español, por ejemplo, atendiendo a la definición de artista intérprete o ejecutante del art. 105 TRLPI como «persona que represente, cante, lea, recite, interprete o ejecute en cualquier forma *una obra*» (el subrayado es mío), no lo estará. Aunque pudiera pensarse que esta situación es similar a la de la interpretación o ejecución de una obra caída en dominio público, que sí es idónea para hacer nacer los derechos del artista al interpretarla o ejecutarla<sup>124</sup>, a mi juicio no lo es, puesto que en este segundo supuesto sí hay obra, aunque ya no esté protegida por el derecho de autor<sup>125</sup>.

Esta situación, no obstante, puede cambiar, puesto que la Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión de 1961 (en adelante, CR) deja libertad a los Estados para extender la protección de este Tratado a los artistas que no ejecuten obras literarias o artísticas (art. 9). De hecho, un estudio encargado por la CE sugiere que se considere una definición armonizada de «interpretación o ejecución» como objeto del derecho de los artistas intérpretes o ejecutantes. Esta definición no exigiría que el objeto de la interpretación o ejecución estuviera protegido por derechos de autor, pero, al mismo tiempo, garantizaría que el alcance de la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes no se ampliara para abarcar actividades de escaso interés cultural<sup>126</sup>.

En lo que aquí interesa, de producirse la armonización del concepto de «interpretación o ejecución» en el sentido apuntado, los artistas obtendrían protección legal de sus interpretaciones o ejecuciones de resultados sintéticos<sup>127</sup>.

---

<sup>123</sup> Comisión Europea (2022: 158).

<sup>124</sup> Como afirma la Guía de la Convención de Roma y del Convenio Fonogramas, OMPI (1982: 16).

<sup>125</sup> En contra, Saiz García (2022: 246) y (2023: 1137), para quien el término «obra» utilizado en el artículo 105 TRLPI no coincide íntegramente con el concepto de obra del artículo 10 TRLPI, puesto que no exige que la obra sea original, por lo que puede albergar las obras creadas por SIA. Esta opinión se basa en la distinción entre obras originales (únicas protegidas por derecho de autor) y no originales, que también defiende Cámara Águila (2019: 48). A mi juicio, sin embargo, la originalidad es requisito para que haya «obra», de manera que la distinción que considero procedente es entre creaciones no originales y creaciones originales, únicas que, dándose el resto de requisitos legales, pueden tener la consideración de obra como objeto del derecho de autor. Así parece entenderlo también Bercovitz Rodríguez-Cano (2017: 161) cuando afirma, respecto de la protección del CB a «producciones y obras» según reza el art. 2.1, «hay que entender que aquellas son obras en la medida en que sean originales».

<sup>126</sup> Comisión Europea (2020: 22).

<sup>127</sup> Me refiero a artistas que sean personas físicas, pues las actuaciones generadas exclusivamente por SIA quedan fuera de la protección de los arts. 105 y ss. TRLPI. Ver, al respecto, Sánchez Arísti (2017: 1558) y Saiz García (2022: 247).

### III.3. La necesidad de transparencia

La conclusión de lo expuesto hasta ahora es que, si hay actividad humana relevante en el resultado generado con intervención de un SIA, habrá obra total o parcialmente protegida por el derecho de autor, mientras que, en caso contrario, el *output* no gozará de dicha protección. Por ello, a efectos prácticos, es fundamental saber cuándo ha existido actividad humana relevante y en qué medida. No solo para lograr protección para las obras creadas por humanos usando la IA como herramienta; sino también para evitar proteger como obras ciertos resultados autónomamente creados por SIA que, sin embargo, se presentan en el mercado como creaciones humanas propias con las implicaciones que ello tiene en cuanto a poder interponer acciones contra terceros que usen esas creaciones sin autorización del aparente titular de derechos o ser demandado por terceros titulares de derechos si se han usado obras protegidas en esa creación; o que se atribuyen falsamente a otro autor<sup>128</sup>.

De ahí la relevancia del deber de transparencia que el RIA de 2024 impone a los proveedores<sup>129</sup> de sistemas que generen contenido sintético de audio, imagen, video o texto. En efecto, de acuerdo con el art. 50.2, que entrará en vigor el 2 de agosto de 2026 (art. 113), todos esos proveedores «velarán por que los resultados de salida del sistema de IA estén marcados en un formato legible por máquina y que sea posible detectar que han sido generados o manipulados de manera artificial», salvo en los casos, entre otros, «en que los sistemas de IA desempeñen una función de apoyo a la edición estándar o no alteren sustancialmente los datos de entrada facilitados por el responsable del despliegue o su semántica»<sup>130</sup>. De igual forma, los responsables del despliegue de sistemas que generen o manipulen imágenes o contenidos de

---

<sup>128</sup> En este sentido, Muñoz Vela (2024: 54) cuenta que, recientemente, la escritora Jane Friedman comprobó la comercialización de nuevos títulos de su supuesta autoría en plataformas como Amazon y Goodreads, creados según ella mediante ChatGPT y con afectación de su nombre, reputación, derechos y demás intereses. Para más información, ver <https://janefriedman.com/i-would-rather-see-my-books-pirated/>.

<sup>129</sup> Esto es, las personas físicas o jurídicas, autoridades públicas, órganos u organismos que desarrollen un sistema de IA o un modelo de IA de uso general o para los que se desarrolle un sistema de IA o un modelo de IA de uso general y lo introduzcan en el mercado o pongan en servicio el sistema de IA con su propio nombre o marca, previo pago o gratuitamente [art. 3.3.) RIA].

<sup>130</sup> En relación con ello, el cdo. 133 RIA afirma que dichas técnicas y métodos «deben ser lo suficientemente fiables, interoperables, eficaces y sólidos, en la medida en que sea técnicamente viable, teniendo en cuenta las técnicas disponibles o una combinación de dichas técnicas, como marcas de agua, identificación de metadatos, métodos criptográficos para demostrar la procedencia y la autenticidad del contenido, métodos de registro, impresiones dactilares u otras técnicas, según proceda». Añade, además, que a la hora de aplicar esta obligación, los proveedores también deben tener en cuenta las especificidades y las limitaciones de los diferentes tipos de contenidos y los avances tecnológicos y del mercado pertinentes en ese ámbito, tal como se refleja en el estado de la técnica generalmente reconocido. Por otro lado, se deja libertad para que dichas técnicas y métodos puedan implantarse a nivel de sistema de IA o a nivel de modelo de IA, incluidos modelos de IA de uso general que generan contenidos, facilitando así el cumplimiento de esta obligación por parte del proveedor posterior del sistema de IA.

audio o vídeo que constituyan una ultrasuplantación «harán público que estos contenidos o imágenes han sido generados o manipulados de manera artificial» (art. 50.4 RIA)<sup>131</sup>.

En la misma línea, las diversas propuestas legislativas nacionales que se están sucediendo en los últimos tiempos imponen también deberes de transparencia. En efecto, dentro del territorio europeo, cabe mencionar la Proposición de Ley núm. 1630 para regular la inteligencia artificial a través del derecho de autor<sup>132</sup>, presentada por varios diputados del Parlamento francés en septiembre de 2023, que incorpora en el art. 121.2 del *Code de la Propriété Intellectuelle* la obligatoriedad de identificar con el texto «obra generada por IA» aquellas que hayan sido creadas con un SIA, así como de insertar el nombre de los autores de las obras utilizadas para la creación de las obras sintéticas<sup>133</sup>. De igual forma, el Proyecto de Ley italiano sobre disposiciones y delegación al Gobierno en materia de inteligencia artificial de abril de 2024<sup>134</sup> contiene medidas para garantizar la identificación y el reconocimiento de sistemas inteligentes en la creación de contenidos textuales, fotográficos, audiovisuales y radiofónicos. Así, se prevé la adición de un art. 40-bis en el Decreto Legislativo de 2021 sobre servicios de medios audiovisuales<sup>135</sup> que establezca que los contenidos informativos difundidos por servicios audiovisuales y radiofónicos mediante cualquier plataforma y en cualquier modalidad, incluidos el video *on demand* y el *streaming*, que hayan sido generados, modificados o alterados total o parcialmente por SIA, de forma que presenten como reales datos, hechos e información que no lo sean, deberán contar con un elemento o signo identificativo, incluyendo marca de agua o marcado incrustado con las siglas "IA" o, en el caso de audio, a través de anuncios de audio o con tecnologías adecuadas que permitan el reconocimiento<sup>136</sup>.

<sup>131</sup> Ahora bien, cuando el contenido forme parte de una obra o programa manifiestamente creativos, satíricos, artísticos, de ficción o análogos, el deber de transparencia se limitará «a la obligación de hacer pública la existencia de dicho contenido generado o manipulado artificialmente de una manera adecuada que no dificulte la exhibición o el disfrute de la obra».

<sup>132</sup> *Proposition de loi n°1630 visant à encadrer l'intelligence artificielle par le droit d'auteur*, disponible en [https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/textes/l16b1630\\_proposition-loi#D\\_Article\\_1er](https://www.assemblee-nationale.fr/dyn/16/textes/l16b1630_proposition-loi#D_Article_1er)

<sup>133</sup> Aunque, en este momento, la previsión que me interesa es la primera, no me resisto a confesar que no alcanzo a comprender cómo se podrá llevar a cabo lo segundo, teniendo en cuenta los miles de millones de obras que utilizan los sistemas inteligentes para generar sus resultados. En el mismo sentido, Guadamuz (2023.b).

<sup>134</sup> Accesible en <https://www.senato.it/service/PDF/PDFServer/DF/437373.pdf>. Último acceso: 21 agosto 2024.

<sup>135</sup> Concretamente, sobre el Decreto Legislativo 8 novembre 2021, n. 208. Attuazione della direttiva (UE) 2018/1808 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 14 novembre 2018, recante modifica della direttiva 2010/13/UE, relativa al coordinamento di determinate disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri, concernente il testo unico per la fornitura di servizi di media audiovisivi in considerazione dell'evoluzione delle realtà del mercato. (21G00231).

<sup>136</sup> Se excepciona la inclusión de esta marca cuando el contenido forme parte de una obra o un programa manifiestamente creativo, satírico, artístico o ficticio, sin perjuicio de la protección de los derechos y libertades de terceros.



También fuera de Europa, concretamente en China, las *Medidas Provisionales para la Gestión de Servicios de Inteligencia Artificial Generativa*<sup>137</sup> imponen a los proveedores de servicios de IA generativa el deber de señalar al público de forma visible los contenidos relevantes generados por sistemas inteligentes<sup>138</sup>.

En este contexto, las empresas proveedoras de SIAG llevan un tiempo incluyendo voluntariamente herramientas que permiten separar la huella humana de la artificial, como por ejemplo las credenciales de contenido de *Adobe Firefly*, de *Dall.e*, *Bing Image Creator* de Microsoft o las marcas de agua de *Tiktok*. También Google ha comenzado a implementar marcas de agua en todos sus textos generados por IA cuando interactúa con personas<sup>139</sup>; mientras que *OpenAI*, creadora, como es sabido, de *ChatGPT*, aunque lleva tiempo trabajando en herramientas de marcas de agua de texto<sup>140</sup>, no se ha decidido todavía a lanzarlas. Las razones alegadas por la compañía se centran en ciertos inconvenientes de las marcas de agua: por un lado, pueden afectar la calidad del texto generado, puesto que si la selección de palabras del modelo se ve limitada por la necesidad de insertar patrones específicos, el texto resultante puede no ser tan natural o fluido como el modelo es capaz de producir; y por otro, podrían tener un impacto desproporcionado en ciertos grupos, especialmente aquellos que no son hablantes nativos de inglés, los cuales podrían ser injustamente señalados o discriminados debido a la percepción de que dependen de herramientas de IA para comunicarse de manera efectiva<sup>141</sup>. Sin embargo, hay quien afirma que la empresa está dudando sobre si lanzar o no este sistema por miedo a perder usuarios, pues parece que no todos están de acuerdo con la medida<sup>142</sup>.

#### IV. PROPUESTAS DE FUTURO PARA LAS CREACIONES ALGORÍTMICAS

---

<sup>137</sup> Estas medidas (disponibles en [https://www.cac.gov.cn/2023-07/13/c\\_1690898327029107.htm](https://www.cac.gov.cn/2023-07/13/c_1690898327029107.htm)) son aplicables desde el 15 de agosto de 2023, con alguna excepción, a las tecnologías de IA generativa que ofrecen servicios al público dentro del territorio chino.

<sup>138</sup> Bird&Bird (2023).

<sup>139</sup> Ver, al respecto, Dathathri et al. (2024).

<sup>140</sup> Como señala Martín Barbero (2024), *OpenAI* ha desarrollado una herramienta de marca de agua de texto, que según la compañía, es muy eficaz contra la paráfrasis y la manipulación localizada, aunque no tanto contra la que denomina «manipulación globalizada», consistente, por ejemplo, en usar sistemas de traducción, reescribir con otro modelo generativo o pedirle al modelo que inserte un carácter especial entre cada palabra y luego eliminar ese carácter, lo que, como afirma la compañía, facilita la elusión por parte de actores malintencionados. Por ello ha comenzado a trabajar en otro método de marca de agua que utiliza metadatos incrustados y no produce falsos positivos.

<sup>141</sup> Martín Barbero (2024).

<sup>142</sup> En efecto, *OpenAI* lleva realizando encuestas desde noviembre de 2022 para decidir si despliega la herramienta de marcas de agua y los resultados no son concluyentes. En una encuesta, casi el 30% de los usuarios fieles a *ChatGPT* afirmaron que utilizarían menos la herramienta si *OpenAI* desplegara marcas de agua y un rival no lo hiciera; por el contrario, otra encuesta descubrió que, en abstracto, cuatro de cada cinco personas en todo el mundo apoyaban la idea de una herramienta de detección de IA (<https://www.euractiv.com/section/artificial-intelligence/news/openai-sitting-on-tool-to-watermark-ai-generated-content/>).

De acuerdo con la mayoría de las legislaciones vigentes, no es posible, como se ha visto, proteger mediante derecho de autor las creaciones algorítmicas o resultados autónomamente producidos por sistemas inteligentes, de la manera en que se ha entendido esta expresión, en la medida en que el concepto de obra va unido a la creación humana. La cuestión que ahora se plantea es si esto debe mantenerse así o no, y en caso de entenderse que las creaciones algorítmicas deben protegerse mediante la propiedad intelectual, de qué manera.

La doctrina viene prestando atención a este tema desde hace varios años, proponiendo soluciones muy dispares. En cuanto al plano legal, aunque ya existe alguna legislación aislada (como el mencionado caso de Ucrania), está todo por hacer. En el ámbito internacional, la OMPI impulsó en 2019 un «diálogo» para debatir sobre la repercusión de la IA en la política de propiedad intelectual (en sentido amplio), que continúa abierto<sup>143</sup>, de modo que estamos todavía lejos de lograr un tratado internacional sobre IA y propiedad intelectual, como sería deseable.

En la UE las cosas no pintan mejor: como algún autor critica, ni siquiera se ha llevado a cabo una evaluación de impacto para valorar si la legislación europea sobre derechos de autor requiere una armonización a escala de la UE con respecto al aprendizaje automático y la creatividad computacional, incluyendo una consulta pública para conocer las opiniones de los afectados por la eventual futura legislación. De no llevarse a cabo esta consulta —se añade—, la posible legislación en este ámbito no solo corre el riesgo de representar de forma unilateral los intereses de determinadas partes interesadas, lo cual sería contrario al principio de proporcionalidad, sino que también podría generar costes excesivos (legislativos, de cumplimiento, de concesión de licencias, entre otros)<sup>144</sup>.

Mientras tanto, algunos legisladores europeos, como el francés y el italiano, están tramitando propuestas legislativas, si bien con soluciones no coincidentes, como a continuación se verá. Así las cosas, todo apunta a que, en poco tiempo, veremos surgir un mosaico de normativas en diferentes jurisdicciones, como destaca Guadamuz (2024); con la consecuencia, para las empresas de IA, de tener que cumplir con normas internacionales a menudo contradictorias, lo que podría favorecer a las grandes empresas con los recursos necesarios para garantizar el cumplimiento en múltiples regiones y perjudicar, en cambio, a las nuevas empresas y los innovadores más pequeños, ahogando algunas vías de desarrollo de la IA y, al mismo tiempo, promoviendo otras.

---

<sup>143</sup> [https://www.wipo.int/about-ip/es/frontier\\_technologies/ai\\_and\\_ip.html](https://www.wipo.int/about-ip/es/frontier_technologies/ai_and_ip.html)

<sup>144</sup> Trapova (2023).

En los siguientes apartados se dará cuenta de las diferentes posibilidades que se han propuesto, tanto a nivel doctrinal como legal. Detrás de ellas subyace, en buena medida, la justificación humanista o utilitarista de la propiedad intelectual. En relación con ello, la OMPI<sup>145</sup> ha afirmado que las políticas que se adopten a este respecto «afectarán a la esencia del propósito social por el que existe el sistema de derecho de autor», que tradicionalmente ha sido, como se ha visto, «el respeto, la recompensa y el fomento de la expresión de la creatividad humana». A su juicio, «[s]i las obras generadas por IA quedaran excluidas de los criterios en los que se basa la protección del derecho de autor, el sistema de derecho de autor sería considerado un instrumento para fomentar y favorecer la dignidad de la creatividad humana frente a la creatividad automática. Si se otorgara la protección del derecho de autor a las obras generadas por IA, el sistema de derecho de autor se percibiría como un instrumento para favorecer la disponibilidad por el consumidor de la mayor cantidad de obras creativas que asigna igual valor a la creatividad humana y automática».

Veámoslo con más detalle.

#### **IV.1. Atribución de autoría sobre las «obras» algorítmicas al sistema inteligente**

Un sector doctrinal defiende el otorgamiento de la condición de «autor» o titular de derechos de la obra al SIAG que hubiera producido el resultado en cuestión. Para ello, además de modificar el concepto de «obra» como creación humana original que predomina en la mayoría de las legislaciones vigentes (lo que, para los legisladores nacionales de los Estados miembros de la UE, encuentra el límite de que tanto el de «obra» como el de «originalidad» son conceptos autónomos del Derecho de la Unión), sería necesario renunciar al concepto tradicional de «autor» y atribuir personalidad jurídica a estos nuevos «entes» informáticos.

En cuanto a lo primero, efectivamente, habría que descartar la concepción subjetiva de la originalidad, que exige que la obra refleje la personalidad del autor, y adoptar un concepto de originalidad en sentido objetivo, que no pusiera el foco en el autor y el proceso creativo, sino en el resultado. Con esta perspectiva, sería posible calificar los resultados algorítmicos como obras, en la medida en que posean altura creativa y novedad, lo cual ocurre en muchas creaciones de arte generativo<sup>146</sup>.

Por lo que se refiere al reconocimiento de personalidad jurídica a los SIA, es una opción que en su momento se barajó a nivel europeo, no con respecto a la propiedad intelectual, sino

---

<sup>145</sup> OMPI (2020).

<sup>146</sup> Navas Navarro (2019.b: 33 y ss.). En la misma línea, Morán Ruiz (2018: 22) y Ortego Ruiz (2022: 64).

en relación con la responsabilidad civil, pero que hoy ha quedado totalmente descartada<sup>147</sup>. A pesar de ello, sigue habiendo autores que defienden la atribución de personalidad jurídica a los robots<sup>148</sup> para poder así otorgarles la autoría de las creaciones generadas por ellos y, en consecuencia, la protección jurídica que a estos efectos se genera<sup>149</sup>. En relación con ello, hay quien sostiene que esta solución debe defenderse, no solo por proteger a la IA, sino también por salvaguardar la creación humana; y ello porque, «[a]l omitirse la obra artificial, esta se equipara con la obra humana y, por tanto, al hacerse la obra humana indistinguible, se vulgariza»<sup>150</sup>. Sin embargo, la mayoría de la doctrina se muestra contraria a esta solución<sup>151</sup>.

Uno de los motivos es que la consideración del robot como autor de una obra protegida por la propiedad intelectual choca frontalmente con la concepción humanista de esta, en torno a la cual se ha articulado toda la regulación de los derechos de autor, los cuales, como consecuencia de ello, se encuentran asociados íntimamente al proceso intelectual y a la esfera individual artística del ser humano. De ahí que actualmente sea muy difícil aceptar, tanto desde un punto de vista jurídico como social e incluso filosófico, una iniciativa por la que se pueda atribuir personalidad jurídica a los robots para, entre otros, asumir la autoría de las creaciones artísticas que puedan generarse por ellos<sup>152</sup>. En la misma línea, se defiende que no debería reconocerse personalidad o autoría a las máquinas, ya sea «por su falta de conciencia y de auténtica subjetividad»<sup>153</sup> o porque «la creatividad es un atributo netamente humano»<sup>154</sup>, ya sea por entender que quien carece de autoconciencia no puede ser sujeto de derechos ni de obligaciones<sup>155</sup>. Dejando a un lado los argumentos éticos y sociales, también hay quien no

<sup>147</sup> *Vid.*, a este respecto, Atienza Navarro (2024).

<sup>148</sup> Como parece haber ocurrido con el robot *Sophia*, ciudadana con pasaporte saudí en 2017, o el robot *Michihito Matsuda*, que en 2018 se presentó a las elecciones del distrito de Tama, en Tokio, y obtuvo los votos necesarios para posicionarse como tercera fuerza política. Ver Villalobos Portalés (2022: 4).

<sup>149</sup> En España defienden esta tesis Ortego Ruiz (2018: 431 y 432, y 2022) y Villalobos Portalés (2022: 8), quien, no obstante, advierte de que reconocer la autoría de los sistemas inteligentes conduciría a la contradicción de que la IA fuera sujeto y objeto de derecho a la vez. Asimismo, Denicola (2016: 286-287) y Polonsky y Rotman (2023: 4) defienden que el hecho de que la IA no sea humana no debe impedir considerarla como autor, en la medida en que la ley admite la autoría en favor de entidades no humanas, como las personas jurídicas.

<sup>150</sup> Villalobos Portalés (2022: 13).

<sup>151</sup> Ver, entre otros, López-Tarruella Martínez (2019: 129), si bien este autor no descarta que, si los avances en inteligencia artificial «nos llevan a admitir que la inteligencia no es exclusiva de los humanos, las máquinas podrían llegar a ser autores e, incluso, sujeto de derechos»; Duque Lizarralde (2020: 47); Azuaje Pirela (2020: 336-337); Aparicio Vaquero (2022: 49-50); Sun (2022: 1250); Minero Alejandro (2024: 90); Muñoz Vela (2024: 49).

<sup>152</sup> Sanjuán Rodríguez (2019: 90); Samuelson et al. (2023: 2).

<sup>153</sup> Lacruz Mantecón (2021: 115).

<sup>154</sup> Aparicio Vaquero (2022: 49-50).

<sup>155</sup> Minero Alejandro (2024: 90). En España, no obstante, en tiempos recientes se ha atribuido personalidad jurídica a un ecosistema, concretamente el ecosistema del Mar Menor y su cuenca (aunque únicamente a efectos de ser sujeto de derechos, y no de obligaciones), mediante la Ley 19/2022, de 30 de septiembre, para el reconocimiento de personalidad jurídica a la laguna del Mar Menor y su cuenca. BOE núm. 237, de 3 de octubre de 2022.

considera viable ese planteamiento en la actualidad, con base en el estado de la propia tecnología, el grado de desarrollo de la IA aplicable y los marcos jurídicos vigentes<sup>156</sup>.

Personalmente creo que, aun siendo legalmente posible otorgar personalidad jurídica a los SIA, atribuirles la titularidad de los derechos no es coherente con la justificación de la propiedad intelectual, no solo si esta se apoya en la concepción personalista, sino también si descansa en la utilitarista, puesto que una máquina no necesita ser recompensada con un derecho de exclusividad sobre su creación para incentivarla a que la produzca ni tienen medios para obtener los beneficios económicos derivados de dicha protección<sup>157</sup>. Es posible, no obstante, como apunta algún autor, que tal solución sí pudiera resultar un incentivo para que los humanos creáramos más y mejores sistemas de IA susceptibles de generar autónomamente creaciones intelectuales<sup>158</sup>. Sin embargo, aun suponiendo que esto fuera así, y teniendo en cuenta que, por más que se usara la ficción de considerar al sistema inteligente como sujeto de derechos, con el estado actual de la tecnología, la eventual «persona robótica» tendría que ser gobernada por personas humanas<sup>159</sup>, estimo que sería más lógico, en su caso, atribuir la titularidad a la persona física o jurídica que gobierna la máquina, sin necesidad de reconocer personalidad jurídica a los sistemas inteligentes<sup>160</sup>.

#### **IV.2. Derecho de autor sobre las «obras» algorítmicas en favor de una persona física o jurídica**

Partiendo igualmente de considerar los resultados del SIA como obras protegidas (lo que, en España, insisto, exigiría que se modificara el artículo 5 de la LPI para permitir que el acto creativo pueda proceder de un ente distinto al ser humano, así como optar por un concepto objetivo de originalidad), ciertos autores proponen atribuir los derechos de autor, no al sistema inteligente, que sería el «autor material», sino a una persona física o jurídica. Con ello, se estima que se incentivaría la inversión y el desarrollo de SIA, así como la concesión de licencias sobre dichos sistemas<sup>161</sup>.

Esta propuesta podría materializarse a través de distintas vías.

---

<sup>156</sup> Muñoz Vela (2024: 49).

<sup>157</sup> Samuelson (1986: 1199); Ramalho (2017: 15); Saiz García (2019: 15); Gervais (2020: 2095); Senftleben y Buijtelaar (2020: 14); López-Tarruella Martínez (2019: 128); Sun (2022: 1250); Abbott y Rothman (2023: 1195).

<sup>158</sup> Denicola (2016: 273); López-Tarruella Martínez (2019: 128).

<sup>159</sup> Lacruz Mantecón (2021: 74); Azuaje Pirela (2020: 336).

<sup>160</sup> Coincido en este punto con Azuaje Pirela (2020: 336-337).

<sup>161</sup> Abbott y Rothman (2023: 1177 y ss. y 1198). Estos autores ponen de relieve que, si bien una vez que se ha hecho la inversión en la creación del sistema, la producción de resultados no genera costes significativos, sí puede necesitarse una inversión sustancial para mejorar el SIA y para difundirla (p. 1188).

La primera de ellas estaría en la línea de la solución prevista por el legislador británico (entre otros) en el art. 9.3 de la CDPA para las obras creadas por ordenadores. De este modo, se atribuiría la autoría de esas creaciones generadas por IA, o al menos la titularidad de derechos de autor sobre ellas, a aquellas personas que hubieran llevado a cabo las tareas necesarias (“*necessary arrangements*”) para crearlas<sup>162</sup>.

La cuestión es quiénes pueden ser esas personas, cosa que, según se ha visto, ni la norma británica, ni las demás legislaciones que contienen esta regla, concretan. Así pues, el titular del derecho podría ser tanto la persona bajo cuya responsabilidad económica se acomete la empresa de crear la obra, como la que la impulsa intelectualmente, esto es, el usuario que introduce los *prompts*<sup>163</sup>; pasando por el propietario o poseedor del sistema<sup>164</sup>. Cabría pensar, asimismo, en quienes hubieran creado la solución informática correspondiente<sup>165</sup>; o incluso en una combinación de los anteriores, atendiendo al caso concreto<sup>166</sup>.

Sin embargo, existen varios factores que dificultan la aplicación de una solución de este tipo a los resultados generados por sistemas inteligentes. Entre ellos, se apunta la necesidad de determinar la autoría caso por caso, unida a la consideración de que la creación autónoma por los SIA es incompatible con la intervención humana en la realización de los arreglos<sup>167</sup>, así como la falta de originalidad subjetiva en tales resultados<sup>168</sup>.

El propio legislador británico alberga dudas sobre la conveniencia de aplicar el régimen a las creaciones algorítmicas. En efecto, en 2021, la Oficina de Propiedad Intelectual del Reino Unido lanzó una consulta pública<sup>169</sup> sobre el vigente régimen de protección de las obras generadas por ordenador y la posibilidad de su reforma, contemplando tres opciones: no realizar ninguna modificación (opción 0), suprimir la protección (opción 1) o reemplazar la protección actual por un nuevo derecho de alcance o duración reducida (opción 2). Tras analizar las 61 respuestas recibidas, la mayoría de las cuales abogaban por la opción 0, el Gobierno británico

---

<sup>162</sup> Por esta solución abogan Maestro Rodríguez (2021: 317) y Myers (2023: 28).

<sup>163</sup> Así lo exponen Saiz García (2021: 598); Navas Navarro (2019.b: 39); y Jiménez Serranía (2023: 123).

<sup>164</sup> Como defienden Abbott y Rothman (2023: 1115 y 1120).

<sup>165</sup> Sanjuán Rodríguez (2019: 91).

<sup>166</sup> Ramalho (2017: 11). En el asunto *Nova Productions Ltd v Mazooma Games Ltd [2007] EWCA Civ 219* (<https://www.5rb.com/wp-content/uploads/2013/10/Nova-Productions-Ltd-v-Mazooma-Games-Ltd-CA-14-Mar-2007.pdf>), la Corte de Apelación consideró que el autor de un videojuego 2D era el autor del programa de ordenador, negando la autoría al usuario por estimar que su *input* no era artístico ni había llevado a cabo los arreglos necesarios para crear las imágenes. En cualquier caso, Kretschmer et al. (2022) señalan que se trata de una sola sentencia y que esta doctrina, referida a un videojuego en 2D, no puede ser trasladada a las obras creadas por IA.

<sup>167</sup> Ramalho (2017: 12).

<sup>168</sup> Fernández Carballo-Calero (2021: 95).

<sup>169</sup> *Consultation outcome Artificial Intelligence and Intellectual Property: copyright and related rights*, updated 23 March 2021, <https://www.gov.uk/government/consultations/artificial-intelligence-and-intellectual-property-call-for-views/artificial-intelligence-call-for-views-copyright-and-related-rights>

ha decidido no realizar cambios legislativos por el momento, sobre la base de que en la actualidad no hay pruebas de que la protección de las obras generadas por ordenador sea perjudicial y de que el uso de la IA se encuentra todavía en sus primeras fases. En estas circunstancias, se considera que no cabe una evaluación adecuada de las opciones y que cualquier modificación podría tener consecuencias imprevistas. Por consiguiente, se mantendrá la ley bajo revisión sin que se descarte modificar, sustituir o eliminar la protección de las obras generadas por ordenador en el futuro si las pruebas lo justifican.

Otra posible vía de atribución de derechos de autor a una persona física o jurídica es la prevista en USA para las «*works made for hire*», entendiéndose que los usuarios serían los propietarios de las obras generadas por sistemas de IA<sup>170</sup>. De acuerdo con el art. 101 de la *US Copyright Act (Title 17 of the USC)*, la categoría de «*works made for hire*» engloba dos tipos de obras: las creadas por un asalariado en el marco de su relación laboral y las realizadas como consecuencia de un contrato de encargo, siempre que, en este segundo caso, se trate de una de las categorías de obras expresamente incluidas en el apdo. 2 del precepto<sup>171</sup> y las partes (comitente y comisionista) hayan firmado un acuerdo por escrito especificando que la obra es «*work made for hire*». Dándose tales requisitos, y como excepción a la regla general de que la titularidad originaria del *copyright* pertenece al autor o los autores de la obra, el art. 202 *US Copyright Act (Title 17 of the USC)* dispone que se considerará autor de la «*work made for hire*» al empresario o comitente, al cual corresponderán todos los derechos, a menos que las partes hayan acordado expresamente por escrito lo contrario.

Tal cual está configurado, sin embargo, este régimen no puede dar cabida a las creaciones de IA: no entran necesariamente en la lista exhaustiva de categorías de obras por encargo ni todas se realizan en el marco de una relación laboral, y, además, la relación entre el creador del sistema inteligente y este no se ajusta a la caracterización de comisionista-creador o empleador-empleado<sup>172</sup>. No obstante, algún autor estima que cabría adoptar una norma específica, que partiera de considerar que el usuario «encarga» al SIA la realización de una obra (de cualquier tipo) y atribuir a aquel, en cuanto que comitente, los derechos de autor, en la línea de la legislación estadounidense<sup>173</sup>.

---

<sup>170</sup> Yanisky-Ravid (2017).

<sup>171</sup> A saber: una aportación a una obra colectiva, una parte de una obra cinematográfica u otra obra audiovisual, una traducción, una obra complementaria, una compilación, un texto didáctico, un test, la contestación a un test, o un atlas.

<sup>172</sup> Ramalho (2017: 12) y los autores que cita.

<sup>173</sup> Ven viable esta posibilidad Abbott y Rothman (2023: 1197-1198).

También para los sistemas de Derecho continental y a la espera de futuras previsiones legislativas, hay quien sugiere la posibilidad de aplicar analógicamente el régimen de las obras creadas por autores asalariados en el marco de una relación laboral, que suelen atribuir los derechos de autor al empleador<sup>174</sup>. Sin embargo, de nuevo topamos con el inconveniente de falta de autoría humana, de la que parten esas regulaciones.

Por último, una llamativa solución es la que parece acoger el legislador francés en la mencionada Proposición de Ley núm. 1630 para regular la inteligencia artificial a través del derecho de autor. Este texto incluye una modificación del *Code de la propriété intellectuelle* que, en lo que ahora importa, afecta al art. L. 321.2, estableciendo que los titulares de derechos de propiedad intelectual de una obra creada por inteligencia artificial sin intervención humana directa serán «los autores o titulares de derechos de las obras que permitieron concebir dicha obra artificial»<sup>175</sup>. Así pues, a partir del reconocimiento de la consideración de obras a los resultados creados por sistemas inteligentes sin intervención humana directa, los derechos de autor sobre estos se atribuyen a los autores o titulares de derechos «de las obras que permitieron concebir dicha obra artificial», lo que, a mi juicio, debe entenderse referente a las obras que se usaron para crear el resultado algorítmico. Sin embargo, como subraya Guadamuz (2023.b), hoy por hoy no parece haber ningún método para extraer un texto concreto de *ChatGPT* o una imagen de *Midjourney* y enumerar todas las obras que contribuyeron a su creación. Si, por simplificar y a pesar de lo ilógico del planteamiento, se considera que cada resultado de la IA es un derivado de todas sus entradas, y, por tanto, el autor de cada entrada utilizada en el entrenamiento es coautor del trabajo, el problema práctico es evidente: ¿cómo determinar los miles de millones de obras que dieron lugar a la creación de la obra algorítmica? Esta situación aboca, irremediablemente, al proyectado art. L. 121-2 del CPI francés, según el cual «en caso de que una obra del espíritu sea generada por un sistema de inteligencia artificial a partir de obras cuyo origen no pueda determinarse, se establece un impuesto destinado a revalorizar la creación en beneficio del organismo encargado de la gestión colectiva designado por el artículo L. 131-3 modificado del presente código. Este impuesto grava a la empresa que explota el sistema de inteligencia artificial utilizado para generar dicha «obra artificial». Seguramente esta es, como estima el citado autor, la verdadera intención de la legislación<sup>176</sup>.

---

<sup>174</sup> Novelli *et al.* (2024), p. 12.

<sup>175</sup> A ello se añade que la gestión colectiva de los derechos de explotación sobre las obras generadas por IA podrá realizarse por las entidades de gestión colectiva u otros organismos independientes (art. L. 321.3).

<sup>176</sup> «Como no será posible —afirma— encontrar al autor de una obra de IA (que, recordemos, tiene derechos de autor y, por tanto, no es de dominio público), la ley impondrá un impuesto a la empresa que explote el servicio. Así que en cierto modo es de dominio público, pero está gravada, y el impuesto lo pagarán *OpenAI*, *Google*,



Vistas las diferentes alternativas propuestas para la atribución de autoría de los resultados algorítmicos, sobre la base de considerarlos obras protegibles, a una persona física o jurídica, es preciso detenerse en la viabilidad y conveniencia de dicha solución. Pues bien, esta vía chocaría con el fundamento de la protección de la propiedad intelectual basado en la concepción humanista, pero no en la teoría utilitarista, ya que mantendría el componente de incentivo para la producción de obras<sup>177</sup>. A partir de ahí, lo que hay que preguntarse es si esta eventual protección por el derecho de autor es necesaria y está justificada, o por el contrario es suficiente, como algunos estiman, con otros incentivos que ya existen, como, p. ej., la protección de los programas de ordenador, la patentabilidad de la maquinaria especializada para producir obras de arte aplicado o la protección por derecho de autor o derecho *sui generis* de las bases de datos<sup>178</sup>.

A este respecto, la posibilidad de atribuir la autoría sobre el resultado algorítmico al titular del programa de ordenador es rechazada por ciertos autores, que consideran que de este modo se le estaría otorgando una protección suplementaria, adicional a la derivada de la creación del programa de ordenador, que no está justificada, puesto que ni la requiere ni la merece<sup>179</sup> (como tampoco la necesitarían, ya puestos, los distribuidores, pues cabe imaginar una variedad de modelos de negocio para sacar provecho de productos en dominio público, sin necesidad de atribución de derechos de propiedad intelectual<sup>180</sup>). De hecho, a la vista del vertiginoso desarrollo de la innovación y la ingente inversión en IA<sup>181</sup>, no parece que la falta de protección de los resultados sintéticos por derechos de propiedad intelectual esté desincentivando a los desarrolladores, quienes, seguramente, están más interesados en la protección del *software* —con la que ya cuentan— o los algoritmos que los permiten que en la de los resultados generados por dichos sistemas<sup>182</sup>.

---

*Midjourney, StabilityAI, etc.* Pero también por cualquier operador de código abierto y otros proveedores de IA (*Huggingface, etc.*). En opinión del citado autor, esto conducirá a que todas las empresas dejarán de prestar servicios en Francia y los creadores franceses de IA recurrirán a modelos de código abierto en libertad sin ningún conservador o institución que los tutele, y sin que se pague ningún impuesto. «Eso, o las VPN se harán muy populares», concluye. Además, añade que «el impuesto se utilizará para financiar las sociedades colectivas en Francia... así que a menos que la gente esté dispuesta a unirse a estas sociedades desde el extranjero, no recibirán nada, y estos organismos cosecharán los beneficios». A su juicio, el impuesto podría funcionar mejor si, en lugar de incluirlo en el derecho de publicación, se añade como requisito a la excepción de TDM para usos comerciales contenida en L122-5-3, en línea con los gravámenes existentes para las copias personales en soporte físico.

<sup>177</sup> Ver, a este respecto, Senftleben y Buijtelaar (2020: 13) y Abbott y Rothman (2023: 1144).

<sup>178</sup> Ginsburg (2018: 134); Ginsburg y Budiardjo (2019: 448); Gervais (2020: 2095); Senftleben y Buijtelaar (2020: 15-16).

<sup>179</sup> Carrasco Perera, Á. y Del Estal Sastre, R. (2017: 113). En el mismo sentido, Samuelson (1986: 1225); Denicola (2016: 283); Ramalho (2017: 16); Gervais (2020: 2070); Hilty et al. (2020: 9-10).

<sup>180</sup> Hilty et al. (2020: 10).

<sup>181</sup> Abbott y Rothman (2023: 1156), ofrecen datos sobre las astronómicas cifras que se mueven en torno a los negocios de IA.

<sup>182</sup> En este sentido, Saiz García (2019: 7-8) y Duque Lizarralde (2020: 53).

Ahora bien, pensemos que hay otros sujetos involucrados en la generación de creaciones sintéticas, como el propietario o el usuario del SIA, si son personas diferentes, que también pueden invertir tiempo y dinero en lograr que el SIA arroje productos creativos. Sin embargo, tampoco en este caso parece existir evidencia económica de la necesidad de proteger su inversión mediante la propiedad intelectual, como se demuestra por la desarrollo imparables de la IAG<sup>183</sup>; es más, hay incluso quien sostiene que la atribución de un derecho exclusivo sobre las creaciones algorítmicas a cualquier agente sería contraria al principio económico de maximización de la eficiencia distributiva, consistente en asignar los recursos escasos de una manera eficiente, de manera que los que los obtengan puedan producir el máximo beneficio para toda la sociedad. Con base en dicho principio, se afirma que la creación de un derecho exclusivo devendría ineficiente y podría llegar a producir fallos de mercado<sup>184</sup>.

Respecto, concretamente, a la posibilidad de atribuir la autoría al usuario del sistema<sup>185</sup>, a mi juicio no estaría justificada, además, en la medida en que hablamos de resultados generados por sistemas inteligentes sin intervención relevante por parte de aquel<sup>186</sup>. Sin embargo, esta es la fórmula adoptada por los proveedores de IA en sus términos y condiciones (T&C), si bien en la mayoría se atribuye al proveedor una licencia de uso de dichos resultados, tal y como se expone en un reciente y muy interesante informe publicado en 2024<sup>187</sup>, que analizó entre enero y marzo de 2023 los T&C de una muestra representativa de 13 proveedores de IA generativa, procedentes de todo el mundo y que incluían tanto pequeños proveedores como grandes empresas mundialmente conocidas como *Google* y *OpenAI*, así como modelos diferentes (de texto a texto, de texto a imagen y de texto a audio o vídeo)<sup>188</sup>.

Resulta, sin duda, llamativa, la generosidad de los proveedores de servicios de IA generativa al conceder los derechos de propiedad intelectual sobre los resultados a los usuarios; especialmente si tenemos en cuenta, como se recalca en el informe, que la mayoría de dichos

---

<sup>183</sup> Hugenholtz, en Hartmann et al. (2020: 143); Comisión Europea (2020: 21).

<sup>184</sup> Perry y Margoni (2019: 5-7). Desde otro punto de vista, se señala que la protección por el *copyright* no presenta una ventaja sustantiva para el usuario porque para él el coste de explotación, una vez pagada la licencia de uso del sistema creador, es cero, y porque lo que interesa en el mercado digital es llegar el primero al cliente; de manera que lo que cuenta es producir una obra y colocarla rápido [Yu (2017: 1264); Lacruz Mantecón (2021:168-169)].

<sup>185</sup> Defendida por Denicola (2016: 283).

<sup>186</sup> En el mismo sentido, Senftleben y Buijelaar (2020: 18), quienes subrayan que sería excesiva la protección del usuario mediante derecho de autor dado el prolongado plazo de protección y el amplio alcance de los derechos exclusivos. Abbott y Rothman (2023: 1199), por su parte, estiman que la atribución de derechos al usuario del SIAG sería injusto para los autores humanos porque cambia el significado de la autoría, equiparando la creatividad humana con el hecho de simplemente dar instrucciones a una máquina.

<sup>187</sup> Edwards et al. (2024).

<sup>188</sup> Concretamente, 6 servicios de texto a texto (T2T, por sus siglas en inglés): ChatGPT, ERNIE, Bard, CLOVA Studio, AI Writer y DeepL, 4 servicios de texto a imagen (T2I, por sus siglas en inglés): LENSEA, Midjourney, Nightcafe y Stable Diffusion, y 3 servicios de texto a audio/vídeo (T2A/V, por sus siglas en inglés): Gen-2, Synthesia y Colossyan [Edwards et al. (2024: 8)].

servicios eran gratuitos. Esto podría encontrar su explicación en una decisión comercial de renunciar a los eventuales derechos sobre las creaciones resultantes a cambio de recopilar los datos de entrada de los usuarios para entrenar modelos más grandes y mejores. Sin embargo, los autores del informe se inclinan por considerar que la razón está en que, a cambio de la titularidad del derecho de autor, se atribuye a los usuarios la responsabilidad exclusiva por la infracción de derechos de propiedad intelectual de terceros<sup>189</sup>, como ocurre en prácticamente todos los servicios analizados<sup>190</sup>.

En todo caso, hay que puntualizar que algunos de esos proveedores han cambiado sus T&C, según destacan Abbott y Rothman (2023: 1167), como consecuencia del debate y la incertidumbre existentes en este ámbito. Así, p. ej., *NightCafe*, aunque mantiene la transferencia de derechos de autor sobre las imágenes creadas usando sus modelos de generación de texto a imagen al usuario, declara hoy que no puede garantizar a este que pueda reclamar derechos de propiedad intelectual, debido a «la naturaleza evolutiva y en desarrollo de las leyes sobre obras creadas por IA»<sup>191</sup>.

En cuanto a la atribución de los derechos de autor al propietario del SIA, puede crear monopolios y problemas desde el punto de vista del Derecho de la competencia, en la medida en que podría dar lugar a que el control y los beneficios económicos de las que serían obras algorítmicas se concentrara en manos de las grandes compañías tecnológicas. Como contrapeso a este argumento, se dice que no está claro que la IA generativa beneficie en mayor medida a las grandes empresas, sino que podría ocurrir que sirviera para democratizar la titularidad de los derechos de autor; y que, en todo caso, aunque así fuera, existen otras formas de asegurar la justicia distributiva y evitar las prácticas anticompetitivas<sup>192</sup>.

A mi juicio, dada la amplitud de la duración y el alcance del derecho de autor, su atribución sobre las creaciones algorítmicas al propietario del sistema, o a cualquier otro de los

---

<sup>189</sup> Edwards et al. (2024: 20).

<sup>190</sup> Edwards et al. (2024: 12). A juicio de estos autores (p. 21), los proveedores de servicios de IA generativa pretenden equipararse a las plataformas para posicionarse como intermediarios neutrales a los efectos de responsabilidad; pero no lo son, ya que no alojan contenido generado por usuarios, sino que proveen un servicio de contenido generado por IA. Por consiguiente, no pueden beneficiarse de las exenciones de responsabilidad previstas en el Reglamento UE de servicios digitales.

<sup>191</sup> Así resulta, en efecto, de la consulta del sitio web de la plataforma (<https://nightcafe.studio/polices/terms-of-service> y <https://help.nightcafe.studio/portal/en/kb/articles/does-the-license-allow-me-to-sell-my-creations-or-use-them-for-commercial-purposes>).

<sup>192</sup> Abbott y Rothman (2023: 1190).

sujetos mencionados, sería excesiva<sup>193</sup>. Así se reconoce, de hecho, por quienes defienden esta opción, que proponen un derecho de autor con reducción del plazo de protección<sup>194</sup>.

### **IV.3. Protección de los resultados algorítmicos por un nuevo derecho conexo al de autor**

Una tesis con buen número de partidarios —que presenta la ventaja de que no necesita modificar el concepto de «prestación» como en cambio sí ocurre con el de «obra» para otorgar protección por el derecho de autor— es la de crear un nuevo derecho conexo al de autor para las creaciones algorítmicas que no resulten protegidas por algún derecho conexo existente, por el que se premiara la inversión en este tipo de tecnología y la difusión de los resultados sintéticos, evitando así el efecto nocivo de desincentivar la investigación en este ámbito, sin incurrir en la protección excesiva del derecho de autor<sup>195</sup>.

Ahora bien, las propuestas de cómo configurar este derecho y a quién atribuirlo son muy dispares.

Así, hay quien sugiere crear un derecho conexo para los propietarios o poseedores de sistemas inteligentes que difundan las creaciones algorítmicas (sobre la base de considerar que no estarán protegidas por derecho de autor), tomando como referente el derecho del editor que publica una obra inédita que esté en el dominio público reconocido en la Directiva 2006/116/CE<sup>196</sup>. Se reconoce, no obstante, que esta solución, cuyo objetivo es asegurar que las creaciones algorítmicas lleguen al público, puede resultar compleja en los casos en los que la creación fusiona aportaciones humanas y de IA y probablemente no sea bien recibida en los ordenamientos jurídicos que tienen un régimen para las obras generadas por ordenador (que seguramente preferirán ampliar dicha regulación a todo tipo de creaciones de IA)<sup>197</sup>.

En nuestro ordenamiento jurídico, el modelo sería el derecho del editor por la divulgación lícita de obras inéditas en dominio público, recogido en el art. 129.1 TRLPI<sup>198</sup>; e implicaría conceder los derechos de reproducción, distribución y comunicación pública,

---

<sup>193</sup> En este sentido, Trapova (2023) afirma que «[l]os procesos de IA pueden generar un gran número de obras literarias, musicales y artísticas en el lapso de varios segundos. A la luz del plazo de protección, si estas obras quedan cubiertas automáticamente por la legislación sobre derechos de autor, el dominio público se verá inevitablemente en peligro, y durante mucho tiempo».

<sup>194</sup> Abbott y Rothman (2023: 1188).

<sup>195</sup> Senftleben y Buijtelaar (2020: 19); Morán Ruiz (2018: 22-23); Bonadio et al. (2022: 1190).

<sup>196</sup> Ramalho (2017: 18-20).

<sup>197</sup> Ramalho (2017: 20).

<sup>198</sup> Que no cabría aplicar directamente porque los derechos atribuidos por tal precepto (como en la mayoría de los derechos conexos) se encuentran vinculados a una obra de ingenio preexistente respecto de la que los editores (u otros titulares del derecho afín, como productores de fonogramas o de obras audiovisuales) actúan como intermediarios con el público, premiándose esta labor con el otorgamiento del derecho conexo descrito [Sanjuán Rodríguez (2019: 92); Saiz García (2019: 31-32) y (2021: 591-592)].

excluyendo el derecho de transformación, como prevé el artículo 129.2 TRLPI, por un plazo de veinticinco años desde el 1 de enero del año siguiente al de publicación, tal y como dispone el art. 130 TRLPI<sup>199</sup>. En todo caso, la dependencia de la protección del hecho de que las obras sean divulgadas limita bastante el alcance del derecho<sup>200</sup>.

Otros autores plantean la utilización libre de los resultados sintéticos combinada con la concesión de un derecho de simple remuneración (aunque lo califican como derecho conexo), como el previsto para los productores de fonogramas (y artistas) en el art. 8.2 Directiva 92/100/CEE sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual. Proponen, además, limitar la duración de ese derecho a dos años, como se ha hecho en el art. 15.4 DDAMUD<sup>201</sup> respecto del derecho conexo de los editores por el uso en línea de sus publicaciones de prensa por parte de prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Una tercera propuesta es la de crear un nuevo derecho conexo similar al actual derecho *sui generis* del fabricante de una base de datos, regulado en los arts. 133 y ss. TRLPI, por considerar que es el que mejor casaría con la conveniencia de tutelar los productos de la IA como forma de promover la creación futura de más productos de este tipo<sup>202</sup>; siempre que, de adoptarse una legislación en tal sentido, fuera, al menos, de carácter europeo, si bien lo ideal sería que se aprobara un instrumento internacional<sup>203</sup>.

En cuanto a la configuración de este derecho, se plantea, en primer lugar, la cuestión de qué inversión se quiere proteger, que, a su vez, determina la titularidad. Según una opinión, lo lógico sería proteger la inversión sustancial en la creación del SIA, lo que implicaría conceder el derecho a la persona que la ha realizado<sup>204</sup>. Sin embargo, no parece tener mucho sentido que, para amortizar su inversión, sea ese sujeto el que conserve los derechos exclusivos sobre todas y cada una de las creaciones algorítmicas generadas por su SIA cuando este ha pasado a otras manos<sup>205</sup>; además, ello generaría una protección suplementaria a la que ya se tiene por derecho exclusivo sobre el programa de ordenador que, como se ha señalado, no tiene justificación económica. Por tal razón, en caso de que finalmente se crease este nuevo derecho conexo, sería más razonable, como defienden algunos autores, que se protegiera la inversión de quien crea o

---

<sup>199</sup> Sanjuán Rodríguez (2019: 92-93).

<sup>200</sup> Es de la misma opinión Morán Ruiz (2018: 23).

<sup>201</sup> Directiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019 sobre los derechos de autor y derechos afines en el mercado único digital y por la que se modifican las Directivas 96/9/CE y 2001/29/CE.

<sup>202</sup> Jiménez Serranía (2023: 122 y 125); Minero Alejandro (2024: 88 y 93).

<sup>203</sup> Minero Alejandro (2024: 93).

<sup>204</sup> Sanjuán Rodríguez (2019: 92).

<sup>205</sup> Así lo pone de relieve Saiz García (2019: 37).

adquiere el SIA y controla su funcionamiento, de tal manera que esos sujetos serían los titulares del derecho<sup>206</sup>; aunque no debemos olvidar que la explotación de los SIA a través de plataformas como servicios digitales es un medio adecuado para recuperar la inversión.

Tanto los partidarios de un derecho conexo similar al del art. 129 TRLPI como los defensores del modelo del derecho *sui generis* sobre bases de datos, coinciden en negar, lógicamente, la atribución de derechos morales<sup>207</sup>, así como en advertir que no debería caerse en el error de proteger cualquier resultado creado por un SIA, por mínima que sea la inversión realizada, pues ello podría suponer un importante obstáculo a la libre competencia y al buen funcionamiento de la economía de datos<sup>208</sup>.

Otras propuestas se inclinan por crear un nuevo derecho *sui generis*, con un régimen hecho a medida, que comprendiera derechos exclusivos de reproducción, distribución y comunicación pública, pero no de transformación, por un plazo mucho más corto que el previsto para los derechos de autor (e incluso, para las meras fotografías) y posiblemente con un único «derecho moral» de atribución (fuente)<sup>209</sup>.

Frente a las propuestas mencionadas, se alzan quienes critican que el acento se ponga en la protección de la inversión y no de los creadores<sup>210</sup>. Se destaca, además, que siendo conocido que una vez que un derecho de propiedad intelectual ha sido creado, es casi imposible hacerlo desaparecer, conviene ser muy cauteloso a la hora de crear nuevos, especialmente tras la experiencia negativa de la regulación europea del derecho *sui generis* sobre bases de datos, cuyo impacto económico esperado no ha quedado probado<sup>211</sup> y que, además, ha causado una

---

<sup>206</sup> Minero Alejandro (2024: 90 y 97). Con referencia a ese control, añade que «es importante que se defina bien si la única actividad relevante es la de quien dirige el entrenamiento de la máquina de IA hasta que cobra autonomía propia o si también es relevante quien únicamente adquiere el mecanismo -o adquiere el derecho de uso- de IA y lo pone en funcionamiento o quien financia la creación de éste y posteriormente lo pone en venta o cesión, siendo que hasta el momento de la efectiva transmisión este sujeto sí dirige el proceso de creación». Saiz García (2019: 37) también cree que, en caso de optarse por la creación de este nuevo derecho conexo (cosa que ella descarta), si el centro de atención de la protección son las «obras» que crean estos sistemas autónomamente, y no la inversión en la creación de los sistemas productivos de IA, la titularidad debe corresponder a quien controla el funcionamiento del SIA. Duque Lizarralde (2020: 50), por su parte, se inclina por atribuir la titularidad del derecho al usuario del SIA.

<sup>207</sup> Sanjuán Rodríguez (2019: 93); Duque Lizarralde (2020: 51); Minero Alejandro (2024: 89).

<sup>208</sup> Saiz García (2019: 34); Duque Lizarralde (2020: 50); Minero Alejandro (2024: 89). En esta línea, Sanjuán Rodríguez (2019: 92), afirma que las creaciones artísticas protegidas por este eventual nuevo derecho deberían cumplir cuando menos con el criterio de originalidad objetiva aplicado en la jurisprudencia española.

<sup>209</sup> Xalabarder Plantada (2020: 218). Bonadio et al. (2022: 1190) se inclinan por configurar este derecho con una duración de tres años y un contenido limitado al derecho de reproducción.

<sup>210</sup> Geiger (2024: 1143 y 1144), que se lamenta de que los derechos de propiedad intelectual tienden progresivamente a convertirse en mecanismos de protección de la inversión, lo cual explicaría la multiplicación de derechos conexos y *sui generis*, así como la progresiva extensión de su alcance.

<sup>211</sup> Ver AA. VV., *Study in support of the evaluation of Directive 96/9/ED on the legal protection of databases*, European Union, 2018, disponible [https://publications.europa.eu/resource/cellar/2d1f5a77-5982-11e8-ab41-01aa75ed71a1.0001.01/DOC\\_1](https://publications.europa.eu/resource/cellar/2d1f5a77-5982-11e8-ab41-01aa75ed71a1.0001.01/DOC_1)

incertidumbre legal considerable en relación con el Mercado Único Digital y el desarrollo de una economía basada en datos<sup>212</sup>, el cual se ha visto ralentizado, en vez de fomentado (en comparación con otros mercados liberalizados como el estadounidense). Así las cosas, cabe dudar, efectivamente, de si es conveniente utilizar la misma vía para la protección de las «creaciones algorítmicas»<sup>213</sup> o crear otro derecho conexo<sup>214</sup>.

#### IV.4. No protección de las creaciones algorítmicas a través de la propiedad intelectual

Una última solución apuesta por que los resultados generados de forma autónoma por la IA no sean protegidos por derechos de propiedad intelectual, sino que se consideren en dominio público y deban protegerse como propiedad común u ordinaria, pudiendo estar cubiertos asimismo por otros mecanismos legales existentes, como, p. ej., la propiedad industrial o la competencia desleal<sup>215</sup> (sin perjuicio de reconocer, por lo que se refiere a la competencia desleal, que, a diferencia de las normas que regulan los derechos de propiedad intelectual e industrial, las de competencia desleal no están armonizadas a nivel de la UE y solamente se aplican *a posteriori*, una vez que ya ha sido cometida la infracción<sup>216</sup>). Se sugiere también una protección de tipo tecnológico, a través de la encriptación de la obra («tokenización») mediante *blockchain*<sup>217</sup>, que garantiza la autenticidad, integridad y titularidad del bien material o inmaterial encriptado y permite su comercialización a través de contratos ordinarios o electrónicos<sup>218</sup>.

Asimismo, hay quienes defienden la elaboración de un estatuto jurídico propio independiente de aquella y que, incluso, evitara los términos «obra» y «creación» (reservados

<sup>212</sup> Ver Resolución del Parlamento Europeo de 19 de enero de 2016 sobre la iniciativa «Hacia un Acta del Mercado Único Digital» [2015/2147(INI)], apartado 108 (accesible en [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C\\_.2018.011.01.0055.01.SPA&toc=OJ:C:2018:011:TOC](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=uriserv:OJ.C_.2018.011.01.0055.01.SPA&toc=OJ:C:2018:011:TOC)), en la que se pide a la Comisión que haga un seguimiento de las opciones políticas para derogar la Directiva 96/9/CE.

<sup>213</sup> Geiger (2024: 1143-1144). En el mismo sentido, Ramalho (2017: 16); Saiz García (2021: 591); Sanjuán Rodríguez (2019: 92); y Duque Lizarralde (2020: 52). Como recuerda esta última autora, en EE.UU. «no se ha instaurado un derecho *sui generis* para su protección, al contrario que en la UE, sino que se ha optado por proteger las bases de datos que no gozan de originalidad mediante otras tutelas existentes, como la figura del aprovechamiento indebido, la violación de secretos comerciales, el derecho de marcas, el contractual, o las medidas tecnológicas..., y el funcionamiento de la industria de bases de datos no se ha visto ralentizado, ni sus expectativas económicas han sido afectadas negativamente».

<sup>214</sup> En este sentido, Drexel et al. (2021: 6) afirman que «introducir un nuevo régimen de protección (p. ej., un nuevo derecho conexo) para los resultados generados por la IA no está justificado atendiendo al estado actual del conocimiento».

<sup>215</sup> Saiz García (2019: 19 y 35). En la misma línea, Gervais (2020: 2062); Yu (2017: 1265-1266); López-Tarruella Martínez (2019: 128-129); Duque Lizarralde (2020: 58); Fernández Carballo-Calero (2021: 108-110).

<sup>216</sup> Saiz García (2019: 35).

<sup>217</sup> Magnin Vergés (2022: 172), quien, en realidad, propone el registro de *blockchain* como adicional a la atribución de un derecho de propiedad intelectual a las creaciones (p. 144).

<sup>218</sup> Ver, al respecto, Lacruz Mantecón (2021: 175) y las obras que cita.

para la actividad humana) y se sustituyeran por «resultado» o «material», en el primer caso, o «producción», en el segundo. Así, el derecho de autor vigente regularía exclusivamente las obras humanas, mientras que las producciones algorítmicas merecerían otra regulación donde se resolvieran las cuestiones jurídicas que se pudieran suscitar cuanto existiera interacción entre el humano y el robot en la creación de una obra como, por ejemplo, la atribución de las facultades de explotación económica<sup>219</sup>.

La no protección por la propiedad intelectual de las creaciones algorítmicas es la opción por la que se decantó el PE en su Resolución de 2020<sup>220</sup>, y es la que parece también adoptar el ya citado Proyecto italiano de Ley sobre disposiciones y delegación al Gobierno en materia de inteligencia artificial de abril de 2024. Este texto no contiene previsión de otorgar protección específica por el derecho de autor a los resultados algorítmicos, pero sí de tutelar, en igualdad de condiciones que el resto de obras, las que han sido creadas por humanos con asistencia de sistemas inteligentes<sup>221</sup>.

Obviamente, la ventaja de negar la tutela a través de derechos de propiedad intelectual es que favorece el interés general por cuanto los resultados algorítmicos podrán ser utilizados en proyectos de investigación, o como materiales educativos, o para el simple disfrute del ciudadano medio<sup>222</sup>. Y se justifica, por algunos, en que «estos productos no dejan de ser el

<sup>219</sup> Navas Navarro (2019.b: 41), con quien se muestra de acuerdo Aparicio Vaquero (2022: 52).

<sup>220</sup> En ella, expresamente se declaraba que «las obras producidas de manera autónoma por agentes artificiales y robots *no deben poder acogerse* a la protección mediante derechos de autor, a fin de respetar el principio de originalidad, que está unido a una persona física, y puesto que el concepto de “creación intelectual” conlleva la personalidad del autor» (el subrayado es mío).

<sup>221</sup> En efecto, el art. 24 contiene una modificación del art. 1, primer párrafo, LDA, que quedaría redactado de la siguiente manera: «A los efectos esta ley, se protegen las obras del ingenio humano de carácter creativo pertenecientes a la literatura, la música, las artes figurativas, la arquitectura, el teatro y la cinematografía, cualquiera que sea su modo o forma de expresión, incluso cuando hayan sido creadas con ayuda de instrumentos de inteligencia artificial, están protegidas por esta ley, siempre que sean fruto del trabajo intelectual del autor». Esta es también la propuesta incluida en la Resolución adoptada por la Asociación Internacional para la Protección de la PI (AIPPI) en su congreso mundial anual de 2019, celebrado en Londres (*Resolution 2019 – Study Question Copyright in artificially generated Works*, disponible en [https://www.aippi.org/content/uploads/2022/11/Resolution\\_Copyright\\_in\\_artificially\\_generated\\_works\\_English.pdf](https://www.aippi.org/content/uploads/2022/11/Resolution_Copyright_in_artificially_generated_works_English.pdf)). Considerando que, dado que la IA está todavía desarrollándose, es demasiado pronto para tomar postura sobre si, en el futuro, las que se denominan «obras generadas por IA» deberían protegerse por un derecho de autor o un derecho conexo, la Resolución declara que, en la legislación vigente, dichas creaciones deben protegerse por derecho de autor, exactamente igual que el resto de obras protegidas, cuando exista intervención humana y se den el resto de requisitos legales. En cambio, cuando no exista intervención humana, las «obras generadas por IA» pueden ser protegibles mediante los derechos conexos existentes, en la medida en que concurren los requisitos legales para ello.

<sup>222</sup> López-Tarruella Martínez (2019: 128). En parecidos términos, Ramalho (2017: 18), apunta las ventajas del dominio público sobre las creaciones algorítmicas subrayadas por la OMPI en la *Nota sobre los significados de la expresión «dominio público» en el sistema de propiedad intelectual, con referencia especial a la protección de los conocimientos tradicionales y las expresiones culturales tradicionales/expresiones del folclore*, preparada por la Secretaría el 24.11.2010 (accesible en [https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo\\_grtkf\\_ic\\_17/wipo\\_grtkf\\_ic\\_17\\_inf\\_8.pdf](https://www.wipo.int/edocs/mdocs/tk/es/wipo_grtkf_ic_17/wipo_grtkf_ic_17_inf_8.pdf)), que comprenden la



resultado tecnológico de la suma del acervo cultural de una determinada sociedad. A fin de cuentas, el algoritmo del que parte el desarrollo informático que a su vez genera la obra se alimenta de todos los datos que se incorporan a él, sin perjuicio de que llegue a desarrollar procedimientos creativos propios». Cabe recordar, sin embargo, que también los humanos tomamos del acervo cultural existente para producir creaciones intelectuales, sin que ello impida que puedan ser protegidas como obras por derechos de autor.

En contra, se aduce que la no tutela de las creaciones algorítmicas mediante derechos de propiedad intelectual podría tener un efecto muy nocivo con respecto a las inversiones en este tipo de tecnología. La desprotección de estos productos —se afirma— no generaría ningún incentivo ni para las empresas ni para las instituciones, ni tampoco para los propios desarrolladores de *software*, en dedicar sus esfuerzos a esta tarea<sup>223</sup>; si bien ya hemos visto que esto es más que discutible.

Entre otros inconvenientes adicionales de la no protección de las creaciones algorítmicas por la propiedad intelectual que se alegan se encuentra la dificultad de identificar qué resultados han sido generados exclusivamente por máquinas y el posible riesgo, antes mencionado, de que el usuario de la máquina puede atribuirse falsamente la autoría de la obra para evitar la desprotección<sup>224</sup>. No obstante, creo que esta circunstancia, sin dejar de ser cierta, puede contrarrestarse con el deber legal de transparencia al que antes se ha hecho referencia.

Otro de los problemas que se aducen reside en el perjuicio indirecto que puede suponer a los autores personas físicas. Que no exista protección por derechos de autor de las obras generadas por máquinas supone que los costes por el acceso a estas producciones sean inferiores al de las obras generadas por humanos, las cuales, al estar protegidas, hacen necesario negociar un precio por la autorización para su explotación. Para algunos autores, a la larga, esto podría llevar al público a adquirir obras generadas por máquinas en detrimento de las obras generadas por humanos; lo cual, a su vez, perjudicaría la posición en el mercado de las obras de autores personas físicas, cuyos precios deberían reducirse, y desincentivaría la creación intelectual humana<sup>225</sup>.

No obstante, dado que, como se ha visto, la protección de los resultados generados por ordenador puede tener lugar, en un porcentaje muy elevado, a través de su calificación como

---

creación sin trabas de nuevos conocimientos, el acceso gratuito o a bajo coste a la información, la imitación competitiva o el acceso público al patrimonio cultural; Xalabarder Plantada (2020: 219); y Sun (2022: 1251).

<sup>223</sup> Saiz García (2019: 29); Sanjuán Rodríguez (2019: 89); Lacruz Mantecón (2021: 111); Azuaje Pirela (2020: 337).

<sup>224</sup> López-Tarruella Martínez (2019: 128-129) y Xalabarder Plantada (2020: 219).

<sup>225</sup> López-Tarruella Martínez (2019: 125) y Xalabarder Plantada (2020: 218).

obras creadas con asistencia de la IA o como prestaciones objeto de ciertos derechos conexos, no son pocos los que estiman que no es necesaria una modificación legislativa para proteger mediante la propiedad intelectual los supuestos, en su opinión residuales, de creaciones algorítmicas no tuteladas<sup>226</sup>.

## V. CONCLUSIONES

Más allá de la discusión sobre si la creatividad computacional puede equipararse o no a la humana, lo cierto es que la IA es capaz de producir resultados literarios, científicos y artísticos, lo cual plantea variadas cuestiones desde el punto de vista de la propiedad intelectual. Entre ellas, se encuentra la de si los productos de la IA generativa pueden resultar protegidos por el derecho de autor o los derechos conexos, afines o vecinos al de autor; y, en caso negativo, si deberían estarlo.

En cuanto a lo primero, la respuesta, respecto del derecho de autor, va a depender de si ha habido o no intervención humana relevante en la creación del resultado final (ya sea en la fase generativa propiamente dicha, ya sea en la de post-producción), puesto que, salvo en ciertos ordenamientos jurídicos de corte anglosajón, la legislación vigente exige autoría humana para la calificación de una creación como obra protegible. Por consiguiente, es preciso distinguir entre las creaciones hechas por humanos con asistencia de sistemas inteligentes (*AI-assisted Works*), que estarán protegidas como obras siempre que sean originales, y los resultados autónomamente generados por SIA («creaciones algorítmicas» o *AI-generated Works*), que, por el contrario, no recibirán tal protección. No obstante, al menos en el ámbito de la UE, ciertas categorías de creaciones algorítmicas pueden encontrar acomodo en ciertos derechos conexos. A estos efectos, es fundamental saber cuándo se ha utilizado la IA para la generación de resultados y en qué medida, y de ahí la importancia del deber de transparencia previsto en el Reglamento (UE) de IA y en ciertos proyectos legislativos nacionales.

Así las cosas, y a la espera de las futuras regulaciones al respecto, el debate que hoy está sobre la mesa es el de si se deben proteger por la vía de la propiedad intelectual las creaciones algorítmicas y, en su caso, si habría de hacerse mediante derecho de autor o a través de un nuevo derecho conexo o *sui generis*. Las opiniones doctrinales son de lo más variado. En efecto, ciertos autores defienden la conveniencia de la protección de las creaciones sintéticas por derecho de autor (atribuyendo la titularidad al SIA o a una persona física o jurídica), lo cual exigiría modificar el concepto de obra, para prescindir del requisito de autoría humana, y optar

---

<sup>226</sup> Entre ellos, Milityna (2023: 948), Samuelson et al. (2023: 4) y Geiger (2024: 1142).

por un concepto objetivo de originalidad (lo cual exige recordar que, a los efectos del Derecho de la UE, los de obra y originalidad son conceptos autónomos). Otro sector opta por regular un nuevo derecho conexo o *sui generis*, detectándose significativas diferencias en cuanto al contenido, la titularidad y la duración de tal derecho. En el extremo opuesto, hay también quien rechaza la tutela de las creaciones algorítmicas, sugiriéndose, por algunos, la configuración de un estatuto jurídico propio para este tipo de productos.

Tras el análisis de las diversas tesis y los argumentos que las sustentan, me inclino por considerar que la vía más adecuada probablemente sea la de excluir la protección por la vía de la propiedad intelectual y entender que las creaciones algorítmicas pueden estar suficientemente tuteladas por otros mecanismos, como la propiedad ordinaria y la competencia desleal. Descarto la protección por el derecho de autor, tanto porque considero que este debe seguir reservado para las creaciones atribuibles a un ser humano, como porque, en el plano económico, estimo que no es necesaria para favorecer la inversión en desarrollo y comercialización de la IA, como la realidad demuestra, y que, en todo caso, sería excesiva. Respecto a la tutela mediante la construcción de un nuevo derecho conexo o *sui generis*, aunque no la considero necesaria, podría ser razonable si se atribuyera a la persona que controla el funcionamiento del sistema y siempre que tuviera una duración breve.

### **Bibliografía**

- ABBOTT, R. / ROTHMAN, E. (2023), «Disrupting Creativity: Copyright Law in the Age of Generative Artificial Intelligence», *Florida Law Review*, vol. 75, n. 6, pp. 1141-1202.
- ALAI (2024), «Resolution Concerning the Impact of Artificial Intelligence on Copyright», 17.02.2024, [https://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/240217-impact-ia-copyright\\_en.pdf](https://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/240217-impact-ia-copyright_en.pdf).
- APARICIO VAQUERO, J. P. (2022), «Derecho de autor y más allá: algoritmos, código de los programas de ordenador y apps», *Pe. i.: Revista de Propiedad Intelectual*, núm. 71 (pp. 13 y ss.).
- ATIENZA NAVARRO, M.<sup>a</sup> L. (2024), «La responsabilidad civil por daños causados por inteligencia artificial. Estado de la cuestión», en Asociación de Profesoras y Profesores de Derecho Civil, *Derecho de contratos, responsabilidad extracontractual e inteligencia artificial*, Aranzadi, Madrid (pp. 369 y ss.).
- AZUAJE PIRELA, M., (2020), «Protección jurídica de los productos de la inteligencia artificial en el sistema de propiedad intelectual», *Revista Jurídica Austral*, vol. 1, núm. 1 (pp. 319-342).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (2013), «Art. 2.1», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios al Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas*, Tecnos, Madrid (pp. 99-135).
- (2017), «Art. 10.1», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 4<sup>a</sup> ed., pp. 159-195.

- (2023), «La obra» (actualizado por GONZÁLEZ GOZALO, A., BERCOVITZ ÁLVAREZ, G. y SÁNCHEZ ARISTI, R.), en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y GONZÁLEZ GOZALO, A. (coords.), *Manual de Propiedad Intelectual*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 61-98).
- BIRD&BIRD (2023), «What You Need to Know About China's New Generative AI Measures», <https://www.twobirds.com/en/insights/2023/china/what-you-need-to-know-about-china%E2%80%99s-new-generative-ai-measures>, 3.8.2023 (24.07.2024).
- BOMMASANI *et al.* (2021), «On the Opportunities and Risks of Foundation Models», Center for research on foundation models (CRFM) - Stanford Institute for human-centered artificial intelligence (HAI) (pp. 3-214) <https://crfm.stanford.edu/assets/report.pdf>
- BONADIO, E. / LUCCHI, N. / MAZZIOTTI, G. (2022), «Will Technology-Aided Creativity Force Us to Rethink Copyright's Fundamentals? Highlights from the Platform Economy and Artificial Intelligence», *IIC* 53, 2022 (pp. 1174 y ss.).
- CÁMARA ÁGUILA, P. (2019), «Los conceptos autónomos sobre el objeto de protección del Derecho de autor: el concepto de obra y el concepto de originalidad», en CÁMARA ÁGUILA, P. y GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (coords.), *La unificación del Derecho de propiedad intelectual en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 47-93).
- CARRASCO PERERA, Á. y DEL ESTAL SASTRE, R. (2017), «Art. 5», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 4ª ed. (pp. 105-114).
- CASTELLS I MARQUÉS, M. (2019), «Cocreación artística entre humanos y sistemas de inteligencia artificial», en Navas Navarro, S. (coord.), *Nuevos desafíos para el Derecho de Autor. Robótica, inteligencia artificial, tecnología*, Reus, Madrid (pp. 47 y ss.).
- COMISIÓN EUROPEA (2018), *Statement on artificial intelligence, robotics and 'autonomous' systems – Brussels, 9 March 2018*, Publications Office.
- (2022), *Study on copyright and new technologies: copyright data management and artificial intelligence*, 2022, Publications Office of the European Union.
- DATHATHRI, *et al.* (2024), «Scalable watermarking for identifying large language model outputs», *Nature*, vol 634, 24 October 2024 (pp. 818-830).
- DENICOLA, R. C. (2016), «Ex Machina: Copyright Protection for Computer-Generated Works», *Rutgers University Law Review*, núm. 69 (pp. 251-287).
- DREXL, J. / HILTY, R. M. / DESAUNETTES-BARBERO, L. / GLOBOCNIK, J. / GONZÁLEZ OTERO, B. / HOFFMANN, J. / KIM, D. / KULHARI, S. / RICHTER, H. / SCHEUERER, S. / SLOWINSKI, P. R. / WIEDEMANN, K. (2021), *Artificial Intelligence and Intellectual Property Law Position Statement of the Max Planck Institute for Innovation and Competition of 9 April 2021 on the Current Debate*, [Max Planck Institute for Innovation & Competition Research Paper núm. 21-10](https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI_PositionPaper__SSRN_21-10.pdf), [https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI\\_PositionPaper\\_\\_SSRN\\_21-10.pdf](https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/MPI_PositionPaper__SSRN_21-10.pdf)
- DUQUE LIZARRALDE, M. (2020), «Las obras creadas por inteligencia artificial, un nuevo reto para la propiedad intelectual», *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, núm. 64, enero-abril 2020 (pp. 13-67).
- EDWARDS, L. *et al.* (2024), *Private ordering and Generative AI: What Can We Learn from Model Terms and Conditions?*, CREATE Working Paper 2024/5, <https://zenodo.org/records/11276105> (24.07.2024).
- ERDOZAIN LÓPEZ, J. C. (2023), «Programas de ordenador», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. y GONZÁLEZ GOZALO, A. (coords.), *Manual de Propiedad Intelectual*, 10ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 297-316).
- EVANGELIO LLORCA, R. (2022), «&118. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 13 de noviembre de 2018 ECLI:EU:C:2018:899», en SÁNCHEZ ARISTI, R.

- y MORALEJO IMBERNÓN, R. (coords.), *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de propiedad intelectual*, 2.<sup>a</sup> ed., Instituto Autor, Madrid (pp. 1021-1026).
- FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO, P. (2021), *La propiedad intelectual de las obras creadas por inteligencia artificial*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, I. (2019), «La expresión de la obra y su carácter original como requisitos de su protección por el derecho de autor. Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 2018, asunto C-310/17: Levola Hengelo», *La Ley Unión Europea*, n. 68, 31 de marzo de 2019.
- GERVAIS, D. J. (2020), «The machine as author». *Iowa Law Review*, vol. 105, núm. 5, July 2020 (pp. 2053-2106).
- Geiger, C. (2024), «Elaborating a Human Rights-Friendly Copyright Framework for Generative AI», *IIC* 55 (pp. 1129-1165).
- GINSBURG, J. C. (2018), «*People not Machines: Authorship and What It Means in the Berne Convention*», *IIC* (2018) 49 (pp. 131-135).
- GINSBURG, J. C. y BUDIARDJO, L. A. (2019), «*Authors and Machines*», *34 Berkeley Tech. L. J.* 343 pp. 343-448. [https://scholarship.law.columbia.edu/faculty\\_scholarship/2323](https://scholarship.law.columbia.edu/faculty_scholarship/2323)
- GUADAMUZ, A. (2017), «La inteligencia artificial y el derecho de autor», *Revista de la OMPI*, núm. 5/2017 (octubre), [https://www.wipo.int/wipo\\_magazine/es/2017/05/article\\_0003.html](https://www.wipo.int/wipo_magazine/es/2017/05/article_0003.html)
- (2023.a), «Will we ever be able to detect AI usage?», *TechnoLlama*, 6.9.2023, disponible en <https://www.technollama.co.uk/will-we-ever-be-able-to-detect-ai-usage> (28.8.2024).
- (2023.b), «French lawmakers propose new copyright law about generative AI», *TechnoLlama*, 24.09.2023, <https://www.technollama.co.uk/french-lawmakers-propose-new-copyright-law-about-generative-ai> (28.08.2024).
- (2023.c), «Chinese court declares that AI-generated image has copyright», *TechnoLlama*, 9.12.2023, <https://www.technollama.co.uk/chinese-court-declares-that-ai-generated-image-has-copyright> (28.08.2024).
- (2024), «What's the status of AI and Copyright?», *TechnoLlama*, 24.02.2024, <https://www.technollama.co.uk/whats-the-status-of-ai-and-copyright> (04.09.2024).
- HARTMANN, C. et al. (2020), *Trends and developments in artificial intelligence: challenges to the intellectual property rights framework: final report*, Informe realizado para la Comisión Europea, Dirección General de Redes de Comunicación, Contenido y Tecnologías, Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, <https://data.europa.eu/doi/10.2759/683128>
- HERTZMANN, A. (2022), «Toward Modelling Creative Processes for Algorithmic Painting», <https://arxiv.org/abs/2205.01605>
- HILTY, R. / HOFFMANN, J. / SCHEUERER, S. (2020), *Intellectual Property Justification for Artificial Intelligence*, Max Planck Institute for Innovation and Competition Research Paper n. 20-02, [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3539406](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3539406)
- HUGENHOLTZ, P. B. y QUINTAIS, J. P. (2021), «Copyright and Artificial Creation: Does EU Copyright Law Protect AI-Assisted Output?», *IIC* 52, pp. 1190–1216.
- JIMÉNEZ SERRANÍA, V. (2023), «El impacto legal de la IA “creativa”», *Revista de privacidad y Derecho digital*, núm. 31, pp. 75-132.
- KELLY, K. y DAI, Z. (2023), «Computer Love: Beijing Court Finds AI-Generated Image is Copyrightable in Split with United States», *AI Law and Policy*, 04.12.2023, [https://www.ailawandpolicy.com/2023/12/computer-love-beijing-court-finds-ai-generated-image-is-copyrightable-in-split-with-united-states/#\\_ftn1](https://www.ailawandpolicy.com/2023/12/computer-love-beijing-court-finds-ai-generated-image-is-copyrightable-in-split-with-united-states/#_ftn1) (02.09.2024).
- KRETSCHMER, M./MELETTI, B./PORANGABA, L. H. (2022), «Artificial Intelligence and Intellectual Property: Copyright and Patents – a response by the CREATE Centre to the

- UK Intellectual Property Office's open consultation», <https://www.create.ac.uk/wp-content/uploads/2022/03/CREATE-IPO-AI-response-JIPLP-submission.pdf>
- LACRUZ MANTECÓN, M. L. (2021), *Inteligencia artificial y derecho de autor*, Reus, Madrid.
- Levy, D. (2005), *Robots Unlimited. Life in a virtual age*, Taylor & Frances.
- López De Mántaras Badía, R. (2013), «Computational Creativity», *ARBOR Ciencia, Pensamiento y Cultura*, vol. 189-764.
- LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, A. (2019), «Inteligencia artificial y derechos de propiedad intelectual: ¿Pueden las máquinas ser consideradas autores?», *Telos: Cuadernos de comunicación e innovación*, núm. 112, diciembre 2019, pp. 124-129.
- MAESTRO RODRÍGUEZ, C. (2021), «De la protección jurídica de los algoritmos que forman la base de la inteligencia artificial», *Propiedad Intelectual 2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 304-320.
- MAGNIN VERGÉS, M., «¿Puede un registro basado en *blockchain* funcionar como una herramienta de “resguardo/protección” para las obras de arte generadas por la inteligencia artificial?», *Revista Iberoamericana de la Propiedad Intelectual*, núm. 17, 2022, pp. 137-199.
- MARTÍN BARBERO, I. (2024), «Este es el motivo por el que ChatGPT no pone marca de agua en los textos que crea», *CincoDías*, 05.08.2024, <https://cincodias.elpais.com/smartlife/lifestyle/2024-08-05/este-es-el-motivo-por-el-que-chatgpt-no-pone-marca-de-agua-en-los-textos-que-crea.html>
- MEZEI, P. (2020), «From Leonardo to the Next Rembrandt – The Need for AI-Pessimism in the Age of Algorithms (July 24, 2020)», *UFITA*, 84(2), pp. 390-429.
- MINERO ALEJANDRE, G. (2024), «Inteligencia artificial y propiedad intelectual», en LÓPEZ SUÁREZ, C., HERNÁNDEZ MENI, I., y AMMERMAN YEBRA, J. (coords.) y ALONSO SALGADO, C., VALIÑO CES, A. y RODRÍGUEZ ÁLVAREZ, A. (dirs.), *Derecho, nuevas tecnologías e Inteligencia Artificial*, Dykinson, Madrid, 2024, pp. 86 y ss.
- MILITSYNA, K. (2023), «Human Creative Contribution to AI-Based Output – One Just Can('t) Get Enough», *GRUR International*, 72(10), pp. 939 y ss.
- MORALEJO IMBERNÓN, N. (2022), «&53. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Tercera) de 1 de diciembre de 2011 ECLI:EU:C:2011:798», en SÁNCHEZ ARISTI, R. y MORALEJO IMBERNÓN, R. (coords.), *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de propiedad intelectual*, 2.<sup>a</sup> ed., Instituto Autor, Madrid, pp. 421-429.
- MORÁN RUIZ, M. (2018), «¿Creadores en riesgo de extinción?», en *V Certamen de artículos jurídicos sobre Derecho del Entretenimiento*, Premios DENAE, Copy Red, 2018, pp. 9 y ss.
- MUÑOZ VELA, J. M. (2023), «Inteligencia artificial y derecho de autor. Creaciones artificiales y su protección jurídica», en MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.<sup>a</sup>, PLAZA PENADÉS, J. (dirs.), *Retos normativos del Mercado Único Digital Europeo*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 397 y ss.
- (2024), «Inteligencia artificial generativa. Desafíos para la propiedad intelectual», *Revista de Derecho UNED*, n. 33, pp. 17-75.
- MYERS, G. (2023), «Artificial Intelligence and transformative use after Warhol», *Washington and Lee Law Review Online*, vol. 81, n. 1, pp. 1-29.
- NAVAS NAVARRO, S. (2019.a), «Arte en el mundo digital», en Navas Navarro, S. (coord.), *Nuevos desafíos para el Derecho de Autor. Robótica, inteligencia artificial, tecnología*, Reus, Madrid, 2019, pp. 15-26.
- «Creación original e inteligencia artificial» (2019.b), en NAVAS NAVARRO, S. (coord.), *Nuevos desafíos para el Derecho de Autor. Robótica, inteligencia artificial, tecnología*, Madrid, pp. 27-46.



- NOVELLI, C. *et al.* (2024), «Generative AI in EU law: Liability, privacy, intellectual property, and cybersecurity», *Computer Law & Security Review* (in press), <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2024.106066>
- OLIVER, N. (2020), *Inteligencia artificial, naturalmente. Un manual de convivencia entre humanos y máquinas para que la tecnología nos beneficie a todos*, Colección Pensamiento para la sociedad digital, núm. 1.
- OMPI (2020), «Versión revisada del documento temático sobre las políticas de propiedad intelectual y la inteligencia artificial» correspondiente a la segunda sesión del Diálogo de la OMPI sobre propiedad intelectual (IP) e inteligencia artificial (IA) de 21 de mayo de 2020, [https://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting\\_id=55309](https://www.wipo.int/meetings/en/details.jsp?meeting_id=55309)
- ORTEGO RUIZ, M. (2018), «El concepto de autor en la era de los robots», *Anuario de Propiedad Intelectual 2017*, Reus, Madrid, pp. 409-436.
- (2022), *Los derechos de autor de los humanoides en un mundo global e interconectado*, Reus, Madrid.
- PERRY, M. y MARGONI, T. (2019), «From Music Tracks to Google Maps: Who Owns Computer-generated Works?», *Law Publications*, Paper 27, 2019, pp. 5-7, <http://ir.lib.uwo.ca/lawpub/>
- POLONSKY, M. J. y ROTMAN, J. (2023), «Should Artificial Intelligent (AI) Agents be Your Co-author? Arguments in favour, informed by ChatGPT» (February 6, 2023). <https://ssrn.com/abstract=4349524> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.4349524>
- RAMALHO, A. (2017), «Will Robots Rule the (Artistic) World? A Proposed Model for the Legal Status of Creations by Artificial Intelligence Systems», *Forthcoming in the Journal of Internet Law*, July 2017, versión pre-print, 13.06.2017, <https://ssrn.com/abstract=2987757>, (03.07.2024).
- SAIZ GARCÍA, C. (2019), «Las obras creadas por sistemas de inteligencia artificial y su protección por el derecho de autor», *InDret*, núm. 1, 2019, pp. 1-45.
- (2021), «Inteligencia artificial y derecho de autor», en Ortega Burgos, E. (dir.), *Propiedad Intelectual 2021*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 582-604.
- (2022), «El concepto de artista intérprete o ejecutante del artículo 105 TRLPI», *Actas de derecho industrial y derecho de autor*, tomo 42, 2022, pp 241-266.
- (2023), «Is the Script of a Television Programme the Crux of Being a Legal Performer?», *GRUR International* 72 (12), pp. 1132-1141.
- (2024), «Prompters, ¿nuevos protagonistas en la escena de las artes visuales?», *Anuario Iberoamericano de Derecho del Arte 2023*, pp. 321 y ss.
- SAMUELSON, P. (1986), «Allocating Ownership Rights in Computer-Generated Works», *47 U. Pitt. L. Rev.*, pp. 1185 y ss.
- SAMUELSON, P., SPRINGMAN, C.J. y SAG, M. (2023), *Comments in response to the Copyright Office's notice of inquiry on artificial intelligence and copyright*, 30.10.2023, <https://www.regulations.gov/comment/COLC-2023-0006-8854> (05.07.2024).
- SÁNCHEZ ARISTI, R. (2017), «Art. 105», en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tecnos, Madrid, 4ª ed., pp. 1533-1575.
- (2022), «&39. Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Cuarta) de 16 de julio de 2009 ECLI:EU:C:2009:465», en SÁNCHEZ ARISTI, R. y MORALEJO IMBERNÓN, R. (coords.), *La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de propiedad intelectual*, 2.ª ed., Instituto Autor, Madrid, pp. 283-292.
- Sanjuán Rodríguez, N. (2019), «Inteligencia artificial y propiedad intelectual», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, núm. 52, 2019, pp. 82-94.
- SENFTLEBEN, M., y BUIJTELAAR, L. (2020), «Robot Creativity: An Incentive-Based Neighbouring Rights Approach», *European Intellectual Property Review*, 42(12), 797-812.

- SGANGA, C. (2018), *Propertizing European Copyright, History, Challenges y Opportunities*, Elgar, Cheltenham-Northampton.
- SUN, H. (2022), «Redesigning Copyright Protection in the Era of Artificial Intelligence», *Iowa Law Review*, vol. 107, n. 3, marzo 2022, pp. 1213-1252.
- TRAPOVA, A. (2023), «Copyright for AI-generated works: a task for the internal market?», *Kluwer Copyright Blog*, 22.08.2023, <https://copyrightblog.kluweriplaw.com/2023/02/08/copyright-for-ai-generated-works-a-task-for-the-internal-market/> (22.05.2024).
- VILLALOBOS PORTALÉS, J. (2022), «La autoría de la Inteligencia Artificial en el derecho español», *Revista Justicia & Derecho*, 5(1), pp. 1–19.
- XALABARDER PLANTADA, R. (2020), «Inteligencia artificial y propiedad intelectual», en Cerrillo i Martínez, A., y Peguera Poch, M. (coords.), *Retos jurídicos de la inteligencia artificial*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 205 y ss.
- YANISKY-RAVID, S. (2017), «Generating Rembrandt: Artificial Intelligence, Copyright, and Accountability in the 3A Era —The Human-like Authors are Already Here— A New Model», 2017 *Mich. St. L. Rev.*, pp. 659-726.
- YOEN LEE, J. (2021), «Artificial Intelligence Cases in China: Feilin v. Baidu and Tencent Shenzhen v. Shanghai Yingxin», *China & WTO Rev*, 2021:1, pp. 211-222.
- YU, R. (2017), «The Machine Author: What Level of Copyright Protection is Appropriate for Fully Independent Computer-Generated Works?», 165 *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 165, 2017, pp. 1241 y ss.
- USCO (2021), *Compendium of U.S. Copyright Office Practices* § 101 (3d ed.), <https://www.copyright.gov/comp3/> (23.07.2024).
- (2023), *Copyright Registration Guidance: Works Containing Material Generated by Artificial Intelligence*, <https://www.federalregister.gov/documents/2023/03/16/2023-05321/copyright-registration-guidance-works-containing-material-generated-by-artificial-intelligence> (23.07.2024).
- USCO *Review Board* (2022), Decision of 14<sup>th</sup> February 2022 about Second Request for Reconsideration for Refusal to Register A Recent Entrance to Paradise (Correspondence ID 1-3ZPC6C3; SR # 1-7100387071), <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/a-recent-entrance-to-paradise.pdf>
- (2023.a): Decision 21<sup>rd</sup> February 2023 about Zarya of the Dawn (Registration # VAu001480196), <https://copyright.gov/docs/zarya-of-the-dawn.pdf>.
- (2023.b): Decision 5<sup>th</sup> September 2023 about Second Request for Reconsideration for Refusal to Register Théâtre D’opéra Spatial (SR # 1-11743923581; Correspondence ID: 1-5T5320R), <https://acrobat.adobe.com/link/review?uri=urn%3Aaaid%3Ascds%3AUS%3Aea3099df-32e2-3767-b953-58cc252de9be>
- (2023.c), Decision of 11<sup>th</sup> December 2023, Second Request for Reconsideration for Refusal to Register SURYAST (SR # 1-11016599571; Correspondence ID: 1-5PR2XKJ), <https://www.copyright.gov/rulings-filings/review-board/docs/SURYAST.pdf>
- ZHOU, B. (2020), «Artificial Intelligence and Copyright Protection-Judicial Practice in Chinese Courts», [https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial\\_intelligence/conversation\\_ip\\_ai/pdf/ms\\_china\\_1\\_en.pdf](https://www.wipo.int/export/sites/www/about-ip/en/artificial_intelligence/conversation_ip_ai/pdf/ms_china_1_en.pdf)



# LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS EN EL CONCURSO DE ACREEDORES<sup>1</sup>

## *Urban leases in bankruptcy proceedings*

MIGUEL NAVARRO CASTRO

[mignavar@um.es](mailto:mignavar@um.es)

Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad de Murcia

### ***Cómo citar / Citation***

Navarro Castro, M. (2024).

Los arrendamientos urbanos en el concurso de acreedores.

*Cuadernos de Derecho Privado*, 10, pp. 153-180

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.70>

(Recepción: 23/09/2024; aceptación: 23/12/2024; publicación: 30/12/2024)

### ***Resumen:***

Se examinan las peculiaridades de la decisión sobre el mantenimiento o no de la vigencia de los contratos de arrendamiento urbano en los que es parte el concursado, que se derivan no sólo del régimen especial que establece la Ley Concursal al respecto, sino también de los conflictos que pueden surgir entre los intereses del concursado y la protección social que la legislación reguladora de los arrendamientos de vivienda concede a los arrendatarios de este tipo de arrendamientos.

### ***Palabras clave:***

*Concurso de acreedores; arrendamiento urbano; insolvencia; contrato; resolución.*

### ***Abstract:***

The peculiarities of the decision on whether or not to maintain the validity of urban lease contracts to which the bankrupt is a party are examined, which derive not only from the special regime established by the Bankruptcy Law in this regard, but also from the conflicts that may arise between the interests of the bankruptcy and the social protection that the legislation regulating housing leases grants to tenants of this type of lease.

### ***Keywords:***

*Bankruptcy; urban lease; insolvency; contract; termination of contract.*

### **SUMARIO:**

---

<sup>1</sup> Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2023-146828NB-I00 titulado «Transformaciones sociales y nuevo derecho de contratos», cuyas investigadoras principales son Isabel González Pacanowska y M<sup>a</sup> Carmen Plana Arnaldos, correspondiente a la convocatoria de Proyectos de Generación de Conocimiento 2023 del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

---

I. LA DISYUNTIVA SOBRE EL MANTENIMIENTO DE LA VIGENCIA DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO URBANOS DE LOS QUE SEA PARTE EL CONCURSADO. II. LA RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTOS URBANOS EN EL CONCURSO. II.1. La resolución de los contratos de arrendamiento de local de negocio y otros para uso distinto del de vivienda en el concurso. II.1.1. Concursado arrendador. II.1.2. Concursado arrendatario. II.2. La resolución de los contratos de arrendamiento de vivienda en los que el concursado sea el arrendador. III. LA REHABILITACIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS EN EL CONCURSO. III.1. La rehabilitación de los contratos de arrendamiento de local de negocio y otros de uso distinto del de vivienda. III.2. Peculiaridades de la rehabilitación en el caso de los arrendamientos de vivienda. IV. CONSIDERACIONES FINALES. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

---

## **I. LA DISYUNTIVA SOBRE EL MANTENIMIENTO DE LA VIGENCIA DE LOS CONTRATOS DE ARRENDAMIENTO URBANOS DE LOS QUE SEA PARTE EL CONCURSADO**

La Ley Concursal (LC)<sup>2</sup> da amplias facultades a la administración concursal a la hora de decidir si los distintos contratos de tracto sucesivo con obligaciones pendientes de cumplir por ambas partes van a continuar vigentes o no, basándose en si hay interés del concurso en mantenerlos vigentes e independizando, hasta cierto punto, esa decisión (aunque no sus consecuencias) de la existencia o no de incumplimiento, que en el régimen general de las obligaciones es el fundamento de la resolución. Lo hace a través de tres vías: permitir resolver contratos aunque la otra parte no los haya incumplido, impedir, si interesa, la resolución del contrato aunque el concursado ya haya incumplido e, incluso, rehabilitar contratos que ya se hubieran resuelto antes del concurso.

Dentro de estos contratos, los arrendamientos urbanos presentan peculiaridades que creo son merecedoras de una atención específica. Por una parte, porque la propia LC da un tratamiento diferenciado a estos contratos, con una regulación particular para su rehabilitación, siendo el legislador consciente de la especial trascendencia que los locales de negocio pueden tener para la empresa en concurso. Pero también, porque, dentro del patrimonio del concursado, pueden encontrarse viviendas arrendadas y, en ese caso, puede existir un conflicto entre el interés del concurso y la protección social que la legislación que regula los arrendamientos de vivienda proporciona a los arrendatarios, de manera que cabe cuestionarse si el interés del concurso puede legitimar a la

---

<sup>2</sup> Si no se hace otra indicación, por LC se hace referencia al vigente Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (BOE» núm. 127, de 07/05/2020), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal.

administración concursal a poner fin a esos arrendamientos sin ninguna limitación y aunque ello suponga dejar a los arrendatarios sin el uso de un bien que está cubriendo una necesidad tan básica como la de vivienda. Además, puede plantearse la situación inversa, que el concursado sea el arrendatario, lo que llevaría a la pregunta de qué consideraciones debería tener en cuenta la administración concursal a la hora de adoptar una decisión respecto al mantenimiento o no de ese contrato.

## **II. LA RESOLUCIÓN DE ARRENDAMIENTOS URBANOS EN EL CONCURSO**

Cuando se produce un concurso de acreedores, dentro del activo del concursado pueden encontrarse inmuebles urbanos que se encuentren arrendados. En ese caso, desde la perspectiva del concurso procedería analizar si los contratos de arrendamiento son interesantes al concurso o si resulta más beneficioso para el patrimonio del concursado, de cara a facilitar la enajenación de los bienes o aumentar su valor, su resolución en interés del concurso. Pero no se trata de una cuestión que pueda ser examinada solo desde la perspectiva del concursado, sino que es preciso tener en cuenta, por una parte, el perjuicio que esa decisión puede acarrear al arrendatario y, en consecuencia, la posible indemnización que haya que afrontar y, por otra, puede darse una colisión entre los intereses del concurso y las normas protectoras de la vivienda habitual, si estamos ante este tipo de arrendamientos.

El concursado puede reunir también la condición de arrendatario, supuesto probablemente más frecuente y que plantea problemas distintos, ya que en este caso es muy posible que el concursado ya haya incumplido o esté en riesgo de incumplir el contrato. La LC sí se ocupa específicamente de esta cuestión, dando la posibilidad de rehabilitar el contrato que ya se haya resuelto o proporcionando instrumentos a los administradores concursales para mantener el contrato todavía vigente cuando el interés del concurso así lo aconseje, pero permitiendo también su resolución si no interesa.

En todos estos casos, nos encontramos con contratos con obligaciones duraderas pendientes de cumplir por ambas partes y, respecto de ellos, el artículo 165 LC establece que «Aunque no exista causa de resolución, el concursado, en caso de intervención, y, la administración concursal, en caso de suspensión, podrán solicitar la resolución de cualquier contrato con obligaciones recíprocas si lo estimaran necesario o conveniente para el interés del concurso». No es el propósito de este trabajo examinar el régimen general al respecto, sino las peculiaridades que presenta la decisión sobre la resolución o

el mantenimiento de los contratos de arrendamientos urbanos en los que el concursado pueda formar parte, bien como arrendador o como arrendatario, con respecto al régimen general de los contratos de tracto sucesivo con obligaciones pendientes.

Dado que las circunstancias a valorar son totalmente distintas, el problema debe ser tratado separadamente respecto a los arrendamientos de locales de negocio y los de vivienda (en el sentido del artículo 2 de la Ley de Arrendamientos Urbanos (LAU)<sup>3</sup>, es decir, cuyo destino primordial sea satisfacer la necesidad permanente de vivienda del arrendatario), debiendo tener en cuenta, en este último caso, las normas especialmente protectoras de este tipo de arrendamientos.

## **II.1. La resolución de los contratos de arrendamiento de local de negocio y otros para uso distinto del de vivienda en el concurso**

En primer lugar, se examinarán los arrendamientos de locales de negocio o, en general, de uso distinto de vivienda, en la medida en que tienen una solución más sencilla y no parecen presentar especialidades si lo que se pretende es resolverlos, aunque sí la tenga cuando el concursado sea el arrendatario y lo que se pretenda es mantenerlos.

### *II.1.1. Concursado arrendador*

El concursado puede tener en su activo bienes inmuebles urbanos que se encuentren arrendados a terceros, bien sea locales de negocio, viviendas de temporada o de uso turístico, etc. En este caso, al ser el arrendamiento un contrato con obligaciones pendientes por ambas partes<sup>4</sup>, el principio general recogido en el artículo 156 LC es que la declaración del concurso no es causa de resolución anticipada del contrato. Es cierto que los terceros arrendatarios de locales del concursado normalmente no van a tener ningún interés en poner fin al contrato por el hecho de que su arrendador incurra en concurso mientras se le siga manteniendo en la posesión del local. La cuestión, por tanto,

---

<sup>3</sup> Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (BOE» núm. 282, de 25/11/1994).

<sup>4</sup> Para la SAP Barcelona, Secc. 15ª, 38/2017, de 20 febrero (ECLI:ES:APB:2017:19) (FD 3º) «el contrato de arrendamiento de un local de negocio, aunque esté sometido a la Ley de Arrendamientos Urbanos, no modifica por ello su naturaleza jurídica, por lo tanto, se trata de un contrato sinalagmático. Es un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes por lo que cabe acudir al art. 62 LC. Este precepto prevé la resolución del contrato -que se mantiene en vigor tras la declaración de concurso- en caso de incumplimiento de cualquiera de las partes, lo que supone que la legitimación activa la ostentará el acreedor *in bonis*, aquel que ha cumplido con su obligación, indistintamente que sea el concursado o el contratante no concursado».

no será si al arrendatario le interesa seguir manteniendo la vigencia del contrato, sino si le interesa al concurso.

Normalmente, en estos casos aún no existirá incumplimiento y, por tanto, causa de resolución en el momento del concurso. Para estos supuestos, el artículo 165 LC permite al concursado, en caso de intervención, y a la administración concursal, en caso de suspensión, solicitar la resolución de cualquier contrato con obligaciones recíprocas si lo estimara necesario o conveniente para el interés del concurso. Las razones que pueden llevar a tomar esta decisión pueden ser, desde que la renta del contrato sea inferior a la de mercado, a la conveniencia de la extinción del contrato para facilitar una mejor realización del bien o un cambio en la utilización de este si con ello se pueden mejorar los ingresos a obtener. En realidad, como ya se ha indicado, este tipo de contratos no presenta en la actualidad ningún tipo de peculiaridad con respecto a otros contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplir por ambas partes, en la medida en que, con la LAU vigente de 1994, los arrendamientos de locales de negocio y otros arrendamientos de uso distinto al de vivienda no tienen ningún derecho a prórroga legal ni lo han tenido en ninguna de sus modificaciones. Distinto era el caso respecto a los locales de negocio en la regulación de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964<sup>5</sup>, al menos hasta que entró en vigor el RDL 2/1985, de 30 de abril, sobre Medidas de Política Económica, el día 9 de mayo de 1985. Teniendo en cuenta que los contratos que se celebraron estando en vigor esa ley han seguido teniendo derecho a prórroga forzosa, que además era ilimitada en el tiempo, han seguido existiendo arrendamientos de renta antigua de locales con derecho a prórroga forzosa legal. Sin embargo, hay que advertir que hoy en día es muy difícil que nos encontremos con arrendamientos de locales vigentes con este derecho a prórroga legal, si tenemos en cuenta la redacción de la Disposición Transitoria 3ª de la LAU de 1994, que implica que pasados veinte años todos los arrendamientos en los que el arrendatario fuese persona jurídica dejaban de tener derecho a prórroga, con lo que tras los casi cuarenta años transcurridos desde 1985, además de los treinta años desde la entrada en vigor de la LAU de 1994, hoy en día no existirían arrendamientos de local de negocio que se rijan por la ley de 1964 en lo referente a la existencia de prórroga forzosa<sup>6</sup>,

---

<sup>5</sup> Decreto 4104/1964, de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos (BOE) núm. 312, de 29/12/1964).

<sup>6</sup> Además, el Tribunal Supremo en la STS 137/2015, de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2015:2043), entre otras, ha declarado «la aplicabilidad de la d.t. 3ª LAU 1994 a los contratos de arrendamiento de local de negocio celebrados a partir del 9 de mayo de 1985 y anteriores a la entrada en vigor de LAU 1994 pero sujetos por voluntad expresa de las partes a la prórroga forzosa de la LAU 1964».

salvo que se tratase de un arrendatario persona física extremadamente joven que continuase en la actualidad con su actividad y cumplierse las condiciones del apartado 3.

A pesar de todo ello, creo que es interesante analizar los argumentos dados por el Tribunal Supremo en la STS 660/2016, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2016:4841), en la que se ha pronunciado sobre este tema, porque, aunque se trate de un supuesto en el que hoy en día ya no tendrían derecho a prórroga forzosa, sus argumentaciones, además de poder ser aplicables a los improbables casos en los que pueda seguir existiendo una prórroga legal en un arrendamiento de local, son interesantes para afrontar la cuestión en los contratos de arrendamiento urbano en los que hoy en día sí existe un derecho a prórroga forzosa, es decir, los de vivienda.

La sentencia resuelve un caso en el que la administración concursal solicita la resolución de un arrendamiento de local sujeto a prórroga legal para facilitar la realización de un proyecto de rehabilitación del edificio donde se encontraba el local, lo que facilitaría la continuidad de la actividad de la empresa concursada y el pago de los créditos a los acreedores. Además, la renta que se cobraba era sensiblemente inferior a la de mercado. Incluso, añade la sentencia de primera instancia, en el peor de los escenarios, que sería la liquidación, la disposición del inmueble sin contrato de arrendamiento permitiría obtener un precio muy superior. Aunque la sentencia de primera instancia acepta la resolución, la Audiencia Provincial considera que la facultad resolutoria del artículo 61.2 de la Ley Concursal de 2003<sup>7</sup> no es omnímoda, sino que está sujeta a límites: «Unos, intrínsecos o naturales, derivados de la propia naturaleza de este derecho y de la manera en que es configurado de acuerdo con la función económica y social que a través de él se trata de realizar, así como los derivados de los principios generales que prohíben el ejercicio abusivo, antisocial o contrario a la buena fe (artículo 7 CC). Y otros extrínsecos, motivados por la colisión con derechos subjetivos ajenos, en este caso con el derecho del arrendatario a que sea respetada la vigencia de la relación arrendaticia por virtud del derecho a la prórroga forzosa, establecido en su beneficio por una ley tuitiva, y que sólo puede ceder en los supuestos establecidos por dicha ley»<sup>8</sup>. Sin embargo, el Tribunal Supremo entiende (FD 2º) que si bien este contrato cuando se constituyó estaba sujeto a

---

<sup>7</sup> Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE» núm. 164, de 10/07/2003).

<sup>8</sup> Y añade: «En la presente colisión de derechos estimamos que el art. 61.2 LC no debe prevalecer ante el derecho adquirido por el arrendatario, reconocido por una ley de carácter tuitivo que atiende a la utilidad pública y al interés social, y que no es posible derogar si no es al amparo de una norma expresa y específica dictada por el legislador que, en casos como el presente, prime el interés del concurso sobre el interés social y general que justifica el blindaje otorgado a la posición jurídica del arrendatario mediante la institución de la prórroga forzosa».

un régimen especialmente tuitivo, «Sin embargo, la situación cambió con la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, que acabó con el régimen de prórroga forzosa, sin perjuicio del régimen transitorio respecto de la actualización de rentas y la duración de los contratos. En concreto, y por lo que ahora interesa, en el caso de los contratos de arrendamiento de local de negocio concertados con personas jurídicas, como arrendatarias, el apartado 4 de la disposición transitoria 3ª de la reseñada Ley estableció, en el mejor de los casos, un plazo máximo de 20 años a contar desde la entrada en vigor de la Ley, que se cumplió el 31 de diciembre de 2014. No se discute ahora la concreta duración de este contrato, sino si estaba sujeto a una normativa especialmente tuitiva que justificara su exclusión del régimen previsto en el artículo 61.2 LC. A estos efectos, hemos de concluir que si bien este contrato cuando se constituyó estaba sujeto a un régimen especialmente tuitivo, este régimen cambió con la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, sin perjuicio de que para compensar a los arrendatarios se les reconociera un especial régimen transitorio. De este modo no cabía excluir el contrato litigioso de la posibilidad de que se acordara judicialmente la resolución en interés del concurso del arrendador... Los derechos reconocidos por la ley al arrendatario en las disposiciones transitorias, y en concreto el relativo a continuar durante el tiempo que le corresponda, pueden ser tenidos en cuenta para evaluar los daños y perjuicios que la resolución anticipada le puede reportar, y que deberían ser compensados económicamente con cargo a la masa».

De esta manera, la sentencia termina admitiendo que la existencia de prórroga forzosa no impide la resolución del contrato en interés del concurso, pero tiene muy en cuenta en su argumentación que el régimen había cambiado en 1994, suprimiendo el derecho a prórroga forzosa (en realidad, el régimen ya había cambiado en este punto en 1985) y que la disposición transitoria 3ª de la Ley estableció, en el mejor de los casos, un plazo máximo de 20 años que se cumplió en 2014 (el contrato se pretende resolver en 2012). Lo que deja abierto el interrogante de si hubiera optado por la misma solución de seguir existiendo el derecho a prórroga forzosa en la legislación de los arrendamientos de locales.

Lo que sí deja claro el Tribunal Supremo es que es necesario indemnizar a la otra parte por el perjuicio que ocasionaría al arrendatario y que ello «pone en evidencia que el interés del concurso puede legitimar la resolución del contrato, pero no puede obviar el perjuicio que esta resolución puede reportar a la contraparte, que se traduce en una

indemnización con cargo a la masa». Hay que advertir, sin embargo, que esta cuestión también cambia radicalmente desde el momento en que la reforma del artículo 165.3 por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre ya no considera este derecho a indemnización con cargo a la masa, sino concursal<sup>9</sup>, lo que puede favorecer que la decisión de la administración concursal sea la de resolver, al no gravar a la masa con la obligación de hacer frente ya a la indemnización, sino simplemente añadir un nuevo acreedor concursal que concurrirá con el resto en la posición que le corresponda.

La cuantía de la indemnización por la resolución debe ser por el daño efectivamente producido a la otra parte y no por el que se haya pactado en el contrato para el caso de resolución o de desistimiento. Es una indemnización resarcitoria por los perjuicios que pueda ocasionar al contratante *in bonis* la resolución, que debe valorar el juez del concurso, sin que se encuentre constreñido por lo que las partes hubiesen previsto en el contrato al respecto<sup>10</sup>.

En definitiva, cabe concluir que en los arrendamientos de local de negocio y otros arrendamientos para uso distinto de vivienda no va a existir inconveniente en aplicar las normas de resolución de los contratos en el concurso, incluidas las de la resolución en interés del concurso, con el respeto, lógicamente, a los derechos reconocidos por la Ley Concursal a los contratantes *in bonis*.

Un problema que puede plantearse en relación con la indemnización a pagar por la resolución del contrato es el de la posible fianza que debería devolver el arrendador y la posible compensación entre una y otra cantidad y si ello vulnera o no lo establecido en el artículo 153 de la LC (o en el artículo 58 de la ley de 2003). Al respecto, ya la jurisprudencia del Tribunal Supremo había precisado en resoluciones como la STS 428/2014, de 24 de julio (ECLI:ES:TS:2014:3566) que el régimen de este artículo (FD

---

<sup>9</sup> Según Martínez Martínez (2023:5), «Ya bajo el Derecho anterior la tendencia era a restringir el supuesto y el alcance de la indemnización. La singularidad y la onerosidad para el concurso de los créditos contra la masa, aconsejaban descartar tanto una condena automática a la indemnización, por el mero hecho de que el contrato ya no se cumplirá en el futuro, como que la indemnización deba incluir el lucro cesante equivalente al importe de las prestaciones que resten por cumplir al concursado».

<sup>10</sup> Como indica la SAP Barcelona 397/2013 de 4 noviembre (ECLI:ES:APB:2013:13095) «el art. 61.2 LC concede, en atención a un interés que considera superior al individual de la contraparte, una facultad o derecho potestativo de carácter extintivo, que otorga el poder de extinguir una relación jurídica preexistente, sin necesidad de incumplimiento por la otra parte, en atención al parámetro de la "conveniencia al interés del concurso. El interés del concurso se vería defraudado si... (en aplicación de lo pactado) la resolución conllevara una indemnización equivalente a "todas las rentas pendientes hasta la fecha de expiración del contrato". La indemnización del artículo 61.2º, que ha de fijar el juez del concurso, a falta de acuerdo entre las partes, es de naturaleza estrictamente resarcitoria, con independencia de lo previsto por las partes en el contrato, dado que la resolución no opera en ejecución de lo pactado en él, sino amparada en lo dispuesto en aquel precepto y con fundamento en el interés superior del concurso».



6ª) «no se aplica a la compensación que se produce como consecuencia de la liquidación de una misma relación contractual, de la cual han podido surgir obligaciones para una y otra parte, aunque la determinación del importe de una de estas obligaciones se declare en un procedimiento judicial posterior a la declaración de concurso de una de las partes. En este sentido nos pronunciamos en la sentencia 188/2014, de 15 de abril, al afirmar que más que una compensación es un mecanismo de liquidación de un contrato ya resuelto». En la misma línea, en la STS 384/2023, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1144) (FD 4º) se aclara que, aunque en una jurisprudencia anterior se hubiese afirmado que, en realidad, más que una compensación era un mecanismo de liquidación de un contrato ya resuelto, «con ello no se pretendía acotar esta doctrina a los casos de liquidación de una relación contractual ya resuelta. Cuestión distinta es que en alguna de las sentencias referenciadas fuera ese el caso. Por el contrario, esta doctrina es de aplicación aunque la relación contractual no se haya resuelto, máxime cuando se trata de un contrato de tracto sucesivo, y los créditos y obligaciones surgidas para una y otra parte contractual que se pretende "compensar" se correspondan al mismo periodo de tiempo». Esta idea recogida en la jurisprudencia se ha visto reflejada en el artículo 153 de la LC vigente, que en su apartado 2 especifica que, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado a excepción de aquellos que procedan de la misma relación jurídica<sup>11</sup>.

Estas consideraciones serían aplicables al caso de la fianza y las cantidades debidas al arrendador. De hecho, la STS 188/2014, de 15 de abril (ECLI:ES:TS:2014:1405) (FD 3º), se refiere específicamente a este supuesto, en un caso en que la concursada era arrendataria, entregó fianza y fue desahuciada por falta de pago de la renta, siendo la deuda de la arrendataria muy superior a la fianza. Para el Tribunal, no se aplica la compensación como forma de extinción de obligaciones sino como mecanismo de liquidación del contrato, resuelto por una sentencia firme. La posesión indebida del concursado... no devenga rentas como alega la recurrente para estimar no finalizado el contrato, sino que, en su lugar, genera daños y perjuicios, conforme

---

<sup>11</sup> Valpuesta Gastaminza (2023:8) indica que «ya desde la promulgación de la Ley concursal, cierta doctrina había propuesto que fuera posible compensar durante el concurso créditos que provienen del mismo contrato o relación jurídica (créditos *ex eadem causa*), aunque los requisitos de compensabilidad se produzcan una vez declarado el concurso. Con ello se vuelve a la idea de que la compensación cumple una función de garantía, y que en estos casos lo justo sería que el acreedor-deudor *in bonis* no tenga que pagar su deuda por entero, y cobrar el crédito en moneda de quiebra», aunque manifiesta sus dudas de que una refundición permita esa originalidad de la norma y no considera suficientemente claro qué abarca la expresión proceder de la misma relación jurídica.

determinan los arts. 1101 y 1103 CC, siendo las rentas la determinación del "quantum" indemnizatorio»

Resuelto el contrato, la vía para recuperar la posesión va a ser la acción de desahucio. Como indica la SAP Barcelona, Secc. 15ª, 38/2017 de 20 febrero (ECLI:ES:APB:2017:19) (FD 3º), «Existiendo contrato de arrendamiento sólo se puede acordar la recuperación de la posesión de la finca previa resolución del contrato. Por lo tanto, la acción de desahucio no es más que una acción de resolución contractual frente al patrimonio del concursado (frente al derecho de posesión arrendaticia) que debe quedar sometida al artículo 62 LC, aun en el caso que el arrendador no reclame renta alguna, sólo la recuperación de la posesión»<sup>12</sup>.

Por otro lado, si la acción de desahucio ya se ha ejercitado con anterioridad a la declaración del concurso y el juez del concurso no decide enervar la acción o rehabilitar el contrato, el desahucio va a continuar tramitándose hasta el lanzamiento por el juez de primera instancia ante el que se presentó la demanda. Como indica, entre otras muchas resoluciones, el AAP Valencia, Secc. 7ª, 38/2019, de 11 de febrero (ECLI:ES:APV:2019:271A), «Si, con independencia de la situación de hecho, ya no le asiste al concursado el derecho a poseerlo, la mera restitución de un bien ajeno a la masa activa del concurso no requiere la intervención del Juez que conoce de éste, cuya competencia solo se justifica... ante ejecuciones que puedan afectar a bienes y derechos que integren o puedan integrarse en el patrimonio del concursado. Tampoco se infringiría la prohibición de inicio de ejecuciones singulares que prevé el artículo 55 de la LC, pues tratándose, tan solo, de ejecutar el lanzamiento respecto de un bien ajeno a la propiedad

---

<sup>12</sup> En contra de esta y otras resoluciones judiciales que se pronuncian en términos similares, Herbosa Martínez (2013:50) considera que «lo único permitido por la Ley Concursal con posterioridad a la declaración de concurso es el ejercicio de una acción resolutoria por incumplimiento (ex art. 62 LC), con las consecuencias que establecen los apartados 3 y 4 de dicho precepto. En el juicio incidental que se promueva para instar la resolución del contrato podrá discutirse cualquier circunstancia susceptible de impedir la resolución, con la amplitud de un juicio plenario. Queda, así, excluida, la posibilidad de que el arrendador pueda ejercitar acciones por las que pretenda que el tribunal resuelva, con carácter sumario, sobre el desahucio o recuperación de los bienes por falta de pago o expiración del plazo pactado (ex art. 250.1.1º LEC). La explicación, sin duda, debe buscarse en la necesidad de una tutela específica de la posesión cedida en virtud de estos contratos, que aconsejan que, una vez declarado el concurso, sólo pueda recuperarse cuando exista causa para la resolución conforme al genérico artículo 1124 del Código civil, una vez acreditado el incumplimiento, con plenitud de causas de oposición. Por otra parte, parece que la atribución en exclusiva a la administración concursal de la facultad de enervar el arriendo prevista en la Ley procesal no se compadece con la posibilidad de que el juez del concurso decida en todo caso sobre la resolución del contrato (ex art. 62.3 LC), que... es la interpretación que parece defender la jurisprudencia que admite la posibilidad de ejercicio de la acción de desahucio después de la declaración de concurso».

del concursado no se estaría actuando... contra ningún elemento que forme parte de su patrimonio»<sup>13</sup>.

### *II.1.2. Concursado arrendatario*

Por supuesto, si la concursada tiene la posición de arrendataria de un local de negocio que, debido a las condiciones del contrato o atendiendo a las decisiones sobre la futura actividad de la concursada, se considera que no existe interés en que se mantenga, también se va a poder resolver en interés del concurso, sin que tampoco quepa resaltar especialidades al respecto. En realidad, cuando el concursado es arrendatario, las principales dificultades pueden encontrarse en mantener contratos de arrendamientos de locales que son necesarios para la actividad de la empresa y que ya se han incumplido, y por eso la Ley se refiere específicamente a la posibilidad de rehabilitación de este tipo de contratos, como se examinará después.

## **II.2. La resolución de los contratos de arrendamiento de vivienda en los que el concursado sea el arrendador**

En el caso de arrendamientos de vivienda las cosas son más complicadas, porque nos podemos encontrar con la colisión de intereses en juego merecedores de protección en ambas partes del contrato: por una parte, respecto al concursado arrendador nos encontramos con los legítimos intereses de los acreedores del concurso y, por otra, el tercero arrendatario tiene el interés social de protección de una necesidad básica como la vivienda, que se ve reflejada en las limitaciones que establece la ley a la hora de que el arrendador ponga término a este tipo de contratos.

Por ello, cuando el concursado tenga en su patrimonio viviendas que se encuentren arrendadas a personas para satisfacer su necesidad de residencia habitual, tanto en los casos en que esos contratos formen parte de su actividad empresarial como en los que sencillamente esos bienes arrendados formen parte de su patrimonio, puede existir un

---

<sup>13</sup> Y añade : «Por el contrario, forzar la innecesaria actuación del arrendador en el seno del concurso podría conducir a dilatar la devolución del inmueble, causando un injustificable sacrificio a su propietario que a nadie beneficia cuando el debate judicial ya está agotado, pues se le avocaría a la realización de nuevos trámites procesales, ahora en sede concursal, como el procedimiento de separación del artículo 80 de la LC, que no parece destinado a solventar lo que ya estuviese decidido por una resolución firme que ordena la restitución del bien ajeno. Es más, existe otra previsión en la Ley Concursal, la de su artículo 70... en la que no se contempla ninguna otra interferencia en el mismo por causa del proceso de concurso que la de atribuir a la administración concursal el derecho a intervenir en el desahucio para ejercer la posibilidad de enervar la acción (en la fase declarativa del proceso) o de rehabilitar el contrato (en la fase de ejecución) pagando, con cargo a la masa, las rentas y conceptos pendientes y las costas causadas».

conflicto entre las normas concursales y las normas de protección de los arrendatarios de vivienda, que siguen manteniendo, entre otras medidas de protección, un derecho a prórroga legal que, además, se ha reforzado en las reformas de la LAU de 2019 y 2023. El problema no se plantearía si las viviendas tienen otros usos, como turísticos, profesionales, etc., pues en ese caso su tratamiento es el mismo que el de los locales de negocio.

La cuestión principal para dilucidar es si, en el caso de que la administración concursal o el concursado llegan a la conclusión de que el interés del concurso aconseja resolver el contrato, bien sea por las condiciones del contrato en relación a las de mercado o por la conveniencia de su enajenación<sup>14</sup>, debe prevalecer el interés del concurso o bien la protección que la LAU concede al arrendatario de vivienda. Hay que tener en cuenta que la protección que otorga la LAU se extiende incluso a los casos en los que el derecho del arrendador queda resuelto por decisión judicial o ejecución hipotecaria (artículo 13), lo que plantea serias dudas sobre si no debe prevalecer también sobre la decisión de la administración concursal o el concursado de resolver, aunque sea refrendada por el juez del concurso.

El Tribunal Supremo se ha pronunciado sobre la posibilidad de resolver un arrendamiento de vivienda con derecho a prórroga legal en la que el arrendador era el concursado en la STS 650/2018, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:4040) (FD 2º). Sin embargo, hay que advertir que la sentencia se refiere a un contrato de arrendamiento de vivienda al que le es aplicable la ley de 1964 y, por tanto, con una prórroga legal que no tiene una duración determinada, como sí tendría con la ley de 1994. Como dice la sentencia «por tratarse de una vivienda, el tiempo de extinción, de no mediar la resolución interesada, no está previamente determinado, por cuanto conforme al apartado B) 4 de la Disposición Transitoria Segunda de la LAU 1994, en caso de fallecimiento del

---

<sup>14</sup> En el Fundamento Primero de la STS 650/2018, de 20 de noviembre se reproducen las razones que la sentencia de primera instancia que había sido recurrida estimó para entender que existía un interés del concurso en resolver un arrendamiento de vivienda sometido a prórroga legal: «(i) El inmueble tiene un importante valor de mercado. Es de interés del concurso que la concursada siga desarrollando su actividad para generar los recursos que permitan el pago de los acreedores, por lo que resulta razonable la resolución de los contratos que reducen el valor de su patrimonio. (ii) La concursada ha presentado una propuesta anticipada de convenio en la que incluye la disponibilidad libre de arrendatarios de determinados inmuebles como parámetro de viabilidad. (iii) El proyecto de rehabilitación integral y venta del inmueble depende de la previa resolución de los contratos de arrendamiento. (iv) La renta que abona el demandado no es competitiva con el precio de mercado. (v) En el peor de los escenarios para la concursada -la liquidación por fracaso del convenio-, la disposición para la masa activa del concurso de una vivienda en el centro de Madrid, sin arrendatarios, determinará un precio de realización superior que la venta de esa misma vivienda sometida al régimen de prórroga forzosa de la LAU».

arrendatario, puede subrogarse en el arrendamiento su cónyuge, e incluso si al fallecimiento de éste hubiese hijos del arrendatario que conviviesen con aquél, podrá haber una ulterior subrogación por otros dos años o hasta que el hijo alcance la edad de veinticinco años si esta fecha es posterior, o hasta su fallecimiento si está afectado por minusvalía». Por ello, la sentencia, aunque toma como referencia la de 10 de noviembre de 2016 que se ha examinado a propósito de los arrendamientos de local de negocio, considera que en el caso de la vivienda se dan circunstancias diferentes. Así, afirma que «Esta incertidumbre sobre la posible duración del contrato de arrendamiento tiene relevancia en este caso, porque incluso podría determinar que la indemnización que hubiera que abonar a las personas con derecho en la subrogación supusiera más sacrificio económico que el beneficio posible obtenido con un nuevo arrendamiento a precio actual de mercado. En cualquier caso, la resolución está condicionada a la indemnización, con cargo a la masa, que corresponde al contratante que se ve obligado a soportar la resolución en interés del concurso».

Al final, termina no aceptando la resolución del contrato en interés del concurso, pero, en realidad, no utiliza como argumento la posible prevalencia de las normas de protección de la vivienda sobre las del concurso, sino la dificultad que la incertidumbre en cuanto a la duración de la prórroga legal plantea a la hora de fijar la indemnización que correspondería al arrendatario y las propias dudas sobre si el sacrificio económico que para el patrimonio del concursado supondría la resolución justificaría un verdadero interés del concurso: «En cualquier caso, la resolución está condicionada a la indemnización, con cargo a la masa, que corresponde al contratante que se ve obligado a soportar la resolución en interés del concurso. Y en este caso, la parte recurrente ni siquiera menciona aproximadamente a cuánto alcanzaría esta indemnización, como si el interés del concurso fuera tan absoluto que hubiera de prescindirse de cualquier derecho de la otra parte... uno de los factores para ponderar el interés del concurso es la compensación económica que haya de pagarse con cargo a la masa, que además debe cuantificarse en la propia sentencia... el interés del concurso consiste en que, al resolver un contrato de arrendamiento de vivienda de renta antigua, se pueden obtener mejores condiciones económicas al poner de nuevo el inmueble en el mercado. Pero para ello, no basta con el cálculo de la diferencia entre lo que actualmente percibe el dueño como renta y lo que estimativamente podría percibir si se arrendara de nuevo a precio de mercado

actualizado; puesto que también tendría que tomarse en consideración la indemnización que correspondería al arrendatario».

Por tanto, el Tribunal Supremo no utiliza, como sí hace la Audiencia Provincial (para la que «la facultad resolutoria que reconoce el artículo 61.2 LC no es omnímoda, sino que tiene límites, entre ellos, los motivados por la colisión con derechos subjetivos ajenos, en este caso con el derecho del arrendatario a que sea respetada la vigencia de la relación arrendaticia por virtud del derecho a la prórroga forzosa, establecido en su beneficio por una ley tuitiva, y que sólo puede ceder en los supuestos establecidos por dicha ley»), el argumento de la posible colisión de derechos, sino que opta por apoyarse en la falta en consideración de la administración concursal sobre la indemnización que le correspondería al arrendatario y, por tanto, en la fundamentación de si verdaderamente existía interés del concurso. Lo cual es un argumento que ha perdido mucha fuerza desde el momento en que, como ya se ha indicado, esas indemnizaciones han dejado de ser contra la masa, lo que facilita que el interés del concurso sea resolver.

No obstante, me parece significativo que el Tribunal Supremo se decante por una solución diferente en el caso de un arrendamiento de vivienda con respecto a los de locales de negocio y opte por mantenerlo, aunque sea eludiendo la cuestión de la colisión de normas protectoras, pero la argumentación que utiliza no nos serviría para aplicarla a los casos en los que el contrato se rige por la LAU de 1994, porque en estos contratos sí se podría saber cuánto tiempo queda de prórroga forzosa y, en consecuencia, cuál sería la indemnización que le podría corresponder al arrendatario, con carácter de crédito concursal, por lo que el problema de la posible colisión de derechos seguiría ahí.

En mi opinión, para abordar este problema, no se debe examinar de una forma aislada, sino que debe encuadrarse dentro del régimen especial protector al que está sometida la vivienda habitual y que puede tener implicaciones tanto respecto a la vivienda del concursado como a la de los terceros arrendatarios de este<sup>15</sup>. Que el legislador

---

<sup>15</sup> Coincido con Carrancho Herrero (2019:10) cuando afirma que «La protección que se dispensa a los arrendatarios de vivienda habitual por la LAU obedece a la necesidad de cumplir el mandato constitucional que establece el derecho de todos los españoles a disfrutar de una vivienda digna y adecuad. Este derecho se establece, como sabemos, en el artículo 47 de nuestra Carta Magna, incardinado en los principios rectores de la política social y económica, y en el que, además, se impone a los poderes públicos, todos, la obligación de promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. No vamos a entrar en el grado de cumplimiento de este precepto, pero su mandato debe llevarnos a considerar que las normas que regulan las condiciones de acceso a la vivienda habitual son normas de carácter tuitivo, que otorga a los arrendatarios derechos irrenunciables, y, por tanto, cualquier colisión con otras normas debería interpretarse en el sentido más favorable para lograr la protección que el precepto establece... Ante la colisión de dos derechos –el del colectivo de acreedores y el del arrendatario–, debe resolverse a favor del

concurzal no ha sido sensible con la tutela de la vivienda habitual de la persona insolvente es algo que ha sido resaltado frecuentemente por la doctrina<sup>16</sup>. Aun así, hay ciertas resoluciones judiciales que, referidas a la vivienda familiar hipotecada, han intentado la aplicación de las normas de protección de la vivienda en situaciones de vulnerabilidad dentro del concurso, al menos cuando se dan ciertas circunstancias, como, por ejemplo, el Auto 138/2015, de 15 de abril, del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona (ECLI:ES:JMB:2015:1435A)<sup>17</sup>, que concede a los concursados el beneficio de exoneración del pasivo insatisfecho, pero permitiendo a un matrimonio de pensionistas continuar disfrutando de su vivienda, al hallarse al corriente del pago del contrato de préstamo hipotecario y entender que la cuantía de su pensión les iba a permitir seguir pagando el préstamo en el futuro y que considera (FD 6º) que «Ante esta falta absoluta de coordinación entre normas<sup>18</sup>, lo primero que debe establecerse es que la normativa sobre deudores hipotecarios en riesgo de exclusión social se centra única y exclusivamente en supuestos de préstamos hipotecarios sobre viviendas habituales en los que se hayan constatado incumplimientos por parte de los deudores y se haya iniciado la ejecución. Las medidas legislativas se adoptan única y exclusivamente para las deudas garantizadas con hipoteca y dentro de un procedimiento de ejecución individual. Esta normativa de protección del deudor hipotecario podrá invocarse en el concurso cuando se haya de proceder a la realización de los bienes hipotecados. Si al deudor hipotecario se le reconoció su situación de vulnerabilidad o de riesgo de exclusión social fuera del concurso, en el procedimiento concursal deberán adoptarse las medidas adecuadas para

---

más digno de protección, en este caso el derecho a la vivienda habitual, que se encuentra protegido incluso por normas de carácter internacional, que le otorgan un carácter de derecho fundamental».

<sup>16</sup> Así lo pone de relieve Yañez Vivero (2021:1), para la que «La escasa sensibilidad del legislador concursal español en la tutela de la vivienda habitual de un deudor sobreendeudado e insolvente ha tratado de compensarse, en nuestro país, con una serie de resoluciones judiciales que no cuentan con una expresa cobertura legislativa».

<sup>17</sup> Un análisis de este Auto puede verse en Grasa, Relón y Noriega (2015). Sobre la incidencia del concurso de persona natural en la vivienda hipotecada, Gómez Asensio (2015).

<sup>18</sup> Se refiere a las distintas normas de protección de los deudores hipotecarios en riesgo de exclusión social: «Antes de abordarse la reforma de la Ley Concursal para facilitar la exoneración del pasivo insatisfecho, el legislador español acudió a tres normas destinadas a la protección de los deudores hipotecarios en riesgo de exclusión social, o socialmente vulnerables; se trata del citado RDL 6/2012, el RDL 27/2012, de 15 de noviembre, de medidas urgentes para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, y la Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social».

Ni la Ley 14/2013, por la que se introduce por primera vez en la LC la posibilidad de exoneración del pasivo insatisfecho, ni en el RDL 1/2015, en el que se configura el artículo 178 bis y los artículos 230 a 242 bis en su redacción actual, ni la Ley 25/2015, por el que se convalida el RDL 1/2015, establecen normas de armonización y concordancia entre la protección de los deudores hipotecarios, y el régimen de insolvencia de personas físicas no empresarios».

que el deudor en el concurso mantenga los derechos, también las obligaciones, derivadas de ese reconocimiento realizado fuera del concurso... Si el deudor hipotecario no tiene reconocida esa situación fuera del concurso, deberá realizarse en el concurso, impulsada por el deudor o por el administrador concursal, en caso de que el deudor tenga suspendidas sus facultades patrimoniales por haberse abierto la liquidación... caso de no ser posible o viable el pago con cargo a la masa de la deuda derivada del préstamo hipotecario sobre la vivienda, el plan de liquidación deberá ponderar si concurren en el deudor los requisitos socioeconómicos que permitirían su reconocimiento como persona en riesgo de exclusión social, o persona integrada en un colectivo especialmente vulnerable. El plan de liquidación deberá proponer las medidas adecuadas para adecuar la realización de la vivienda habitual a las medidas que prevé tanto el RDL 6/2012 como la Ley 1/2013».

Evidentemente, esta resolución se está refiriendo a la vivienda familiar del concursado y no a la de terceros. Pero si se está reconociendo ciertos límites a los derechos de los acreedores respecto a la vivienda del concursado, y se tiene esa consideración respecto a la necesidad básica de vivienda del concursado, por qué no tenerla respecto de los terceros a los que el inmueble del concursado arrendado satisface también su necesidad básica de vivienda.

Que el juez del concurso debe tener en cuenta con una consideración especial los intereses de los arrendatarios de viviendas que formen parte de patrimonio del concursado se puede ver reflejado en el AAP de Valencia, Secc. 9ª, 280/2017, de 6 de marzo (ECLI:ES:APV:2017:875A) (FD 3º). Se trata de un caso en el que el pasivo superaba de forma muy clara al activo, lo que lleva al juez a declarar concluido el concurso con base en el artículo 176 bis.4 LC, entendiendo que se daban los presupuestos de dicho precepto. Frente a ello, la Audiencia considera que «no podemos olvidar que en el presente caso concurre una importante circunstancia que no ha sido suficientemente valorada, como es la existencia de numerosos contratos de arrendamientos (de viviendas y de plazas de garaje), y las graves consecuencias que produce en ellos la conclusión del concurso... Significa que la arrendadora quedará extinguida y su hoja registral cancelada, de forma inmediata y automática, quedando los arrendatarios contratantes en una situación de grave inseguridad jurídica en el cumplimiento de sus obligaciones y en la vigencia de sus contratos; y algunos de ellos en algo tan trascendente como es su vivienda habitual» lo que le lleva a considerar «prematureo acordar la conclusión del concurso en este momento



del procedimiento, sin perjuicio que el Administrador Concursal que se nombre lo puede solicitar en cualquier momento conforme al artículo 176 bis LC».

Si tenemos en cuenta todas estas consideraciones y la evolución de la última legislación protectora de los arrendamientos de vivienda, con una redacción contundente del artículo 13 LAU, que otorga el derecho al arrendatario a permanecer en la vivienda durante el tiempo que le reste de los 5 o 7 años de su derecho a prórroga forzosa, aunque el derecho del arrendador quede resuelto por una enajenación forzosa derivada de una ejecución hipotecaria o de sentencia judicial, cabe cuestionarse muy seriamente si el interés del concurso permitiría una resolución con efectos inmediatos sin estar sometida, al menos, al respeto al tiempo que reste de la prórroga forzosa. La cuestión no es tanto si la administración concursal puede o no tomar la decisión de resolver el arrendamiento, lo que parece que sí, dado que el segundo párrafo del artículo 13 de la LAU permite también la extinción del contrato una vez haya transcurrido el plazo de la prórroga forzosa, para el caso de que el plazo pactado sea superior a dicho derecho a prórroga, sino si la decisión de resolver el contrato en interés del concurso debe prevalecer sobre el derecho de los arrendatarios de vivienda a permanecer en ella durante el tiempo que les reste de su derecho de prórroga legal, cuando dicha circunstancia no sucede, por ejemplo, con un acreedor hipotecario o tras una sentencia en una ejecución singular. En mi opinión, en este conflicto entre los intereses de los acreedores del concurso y la protección social que el legislador ha querido dar a una necesidad básica como es la vivienda, debe respetarse esta última en el alcance mínimo que el legislador ha querido garantizar a todo arrendatario de vivienda habitual (7 años si el concursado es persona jurídica y 5 si es persona física), incluso frente a acreedores privilegiados de todo tipo del arrendador. El argumento de que la resolución es refrendada por el juez del concurso no puede ser suficiente para contrarrestar esta opinión, porque también hay una decisión judicial tras una sentencia en una ejecución singular y el artículo 13 LAU especifica expresamente que en ese caso el arrendatario puede quedarse el tiempo que le reste para cumplir la duración de la prórroga.

Por ello, la administración concursal, a la hora de valorar el interés del concurso en resolver el contrato de arrendamiento, debe tener en cuenta, no solo la posible indemnización que debe darse al arrendatario (el cual, es verdad, puede preferir cobrar esa indemnización a quedarse en la vivienda, pero con la incertidumbre de que solo sería un acreedor concursal respecto a dicha indemnización, lo que hace más improbable esa

alternativa), sino la posible circunstancia de que el arrendatario de la vivienda quiera agotar su derecho a prórroga, lo que aunque no impediría la resolución, sí podría hacer que la vivienda pudiera perder algo de valor, por la necesidad del adquirente de respetar ese arrendamiento el tiempo que reste y, además, habría que tener en cuenta que el adquirente dispondría del derecho a cobrar la renta por ese tiempo, todas estas cuestiones que deberían valorarse a la hora de decidir sobre si resolver o no. De todas formas, el problema no es tan intenso hoy en día desde el momento en que en la LAU actual ya no existen las prórrogas indefinidas.

No obstante, la situación se puede complicar en el caso de que el tercero arrendatario está en una situación de vulnerabilidad, ya que puede gozar de una protección adicional que se refleje en un mayor derecho a prórroga forzosa, puesto que, tras la reforma de la LAU de 2023, si el arrendatario es persona vulnerable va a tener derecho a una prórroga extraordinaria que debe ser aceptada obligatoriamente por el arrendador cuando sea un gran tenedor de vivienda, por 1 o 3 años dependiendo de si el inmueble se ubica en una zona de mercado residencial tensionado (artículo 10.2 y 3). Y también existe la posibilidad de que el arrendatario tenga derecho a una suspensión del desahucio. Todo ello debe ser tenido en cuenta a la hora de tomar la decisión sobre la resolución del contrato.

### **III. LA REHABILITACIÓN DE LOS ARRENDAMIENTOS URBANOS EN EL CONCURSO**

#### **III.1. La rehabilitación de los contratos de arrendamiento de local de negocio y otros de uso distinto del de vivienda**

En los casos en los que el concursado sea el arrendatario de un arrendamiento urbano, sea vivienda o local, puede haberse producido ya un incumplimiento antes del concurso y que el arrendador haya decidido por ello resolver el contrato y desahuciar al concursado. Ante esa situación, el artículo 168 de la Ley Concursal permite a la administración concursal la enervación de la acción de desahucio ejercitada y la rehabilitación de la vigencia del contrato, si lo considera conveniente para el concursado<sup>19</sup>.

---

<sup>19</sup> Para Herbosa Martínez (2013:18), «Es opinión común en la doctrina que la finalidad perseguida con esta regulación es la de favorecer la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado, cuando el objeto del arrendamiento se trate de una finca no destinada a vivienda (o local comercial) en la que desarrolle su actividad el concursado. Ello es, efectivamente, así, cuando el arrendamiento recae sobre una finca que se halla afectada al ejercicio de la actividad profesional o empresarial del concursado (cfr. art.

La posibilidad de enervar la acción de desahucio no es una peculiaridad del concurso. Está recogida con carácter general y sin necesidad de concurso del arrendatario en el artículo 22.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil<sup>20</sup> (LEC)<sup>21</sup>. Según este precepto, todo arrendatario va a conseguir que se ponga fin al desahucio si paga al actor o pone a disposición del Tribunal o notarialmente, dentro del plazo conferido en el requerimiento, el importe de las cantidades reclamadas en la demanda y el de las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio.

En el caso del concurso de acreedores, también el artículo 168 permite la enervación en arrendamientos urbanos por parte de la administración concursal, bien sea de oficio o a instancias del concursado, pero presenta dos importantes diferencias con respecto al régimen general de la LEC.

La primera diferencia se refiere al momento hasta el cual se puede enervar la acción, ya que el artículo 168 lo permite hasta el mismo momento del lanzamiento y no solo hasta la finalización del plazo conferido en el requerimiento que debe efectuarse en los términos del artículo 438.5 de la LEC. En consecuencia, declarado el concurso, ni siquiera impediría enervar el desahucio que ya se hubiese fijado día y hora para practicar el lanzamiento, basta con que este no haya tenido lugar.

La segunda diferencia se encuentra en que esta facultad la tiene la administración concursal aunque el arrendatario hubiese enervado el desahucio en una ocasión anterior. Tampoco parece que sea de aplicación la otra limitación que introduce el artículo 22.4 de la LEC para enervar, la de que el arrendador hubiese requerido de pago al arrendatario por cualquier medio fehaciente con, al menos, treinta días de antelación a la presentación

---

56.1 LC, por analogía), en la medida que las especialidades introducidas en el ámbito concursal, tendentes a facilitar la enervación del desahucio o su rehabilitación, facilitan la continuación del arrendamiento y, en consecuencia, el ejercicio de dicha actividad. No obstante, lo establecido en este precepto también se aplica a los arrendamientos de vivienda, en cuyo caso la justificación debería buscarse en la necesidad específica de tutela del arrendatario persona física en las situaciones de insolvencia; o incluso a una finca no destinada a vivienda ni relacionada directamente con la actividad empresarial o profesional de la concursada, hipótesis en la que sería más difícil encontrar una justificación para la aplicación de las especialidades establecidas en legislación concursal tendentes a la continuación del arriendo». Coincido con esta opinión, aunque, como advierte Orellana Cano (2023:12), «hay autores que, atendiendo a la finalidad de conservación de la actividad profesional o empresarial del concursado, se manifiestan favorables a limitar el ejercicio de esta facultad respecto de inmuebles que contribuyan a dicha finalidad».

<sup>20</sup> Ya la LAU de 1964 facultaba al arrendatario para evitar el lanzamiento y rehabilitar la plena vigencia del contrato en el artículo 147.2º si antes del momento en que fuera a practicarse el lanzamiento pagase el importe de las cantidades que por principal debiera en dicho instante, el 25 por 100 del mismo y los intereses legales.

<sup>21</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE» núm. 7, de 08/01/2000), cuyo artículo 22.4 ha sido objeto de diversas modificaciones, la última de ellas por el Real Decreto-ley 6/2023, de 19 de diciembre (BOE» núm. 303, de 20/12/2023).

de la demanda y el pago no se hubiese efectuado al tiempo de dicha presentación, pues, aunque el artículo 168 LC no la mencione, sí resulta claro que la ley pretende dar la oportunidad a la administración concursal de tomar esa decisión en todo caso, siempre que no se haya practicado el lanzamiento<sup>22</sup>.

Además de enervar la acción de desahucio en los términos descritos, el artículo 168 permite también la rehabilitación del contrato. Sin embargo, la LC establece una importante diferencia entre este y los otros casos de rehabilitación recogidos en los artículos 166 y 167: no se podrá rehabilitar un contrato de arrendamiento si ya ha tenido lugar el lanzamiento, sin que recoja un plazo similar al de los tres meses anteriores a la declaración del concurso que contemplan los otros casos de rehabilitación. Por tanto, será una medida que se podrá adoptar cualquiera que sea la antelación a la declaración del concurso con la que se inició el desahucio, pero siempre antes de que ya se haya practicado el lanzamiento.

El artículo 168 atribuye la legitimación para enervar la acción de desahucio a la administración concursal. Cabe pensar que en los casos en los que no se le hayan suspendido las facultades de administración al concursado, la iniciativa de la rehabilitación puede partir de este<sup>23</sup>, pero la redacción del artículo en este punto, que, además, coincide con la de los artículos 166 y 167, permite concluir que, aunque el concursado pueda ser el que plantee la enervación, dado que conserva la facultad de actuar en juicio, siempre necesitará al menos la autorización previa de la administración concursal, ya no solo por la literalidad del precepto, que parece impedir que el concursado pueda enervar la acción de desahucio por sí solo, sin contar con la aquiescencia de la administración concursal, sino por lo establecido en el artículo 106.1.

La rehabilitación del contrato de arrendamiento tendrá lugar en aquellos casos en los que ya se haya producido la resolución del contrato<sup>24</sup>, tanto en el caso de que el

---

<sup>22</sup> La redacción del artículo 70 de la LC de 2003 era más clara al respecto, ya que hacía alusión a la limitación del último párrafo del artículo 22 de la LEC, que en el 2003 era el segundo párrafo del apartado 4 y que recogía tanto la limitación de haber enervado el desahucio antes como la de haber requerido el pago con antelación, aunque ese párrafo dejara de ser el último en 2009.

<sup>23</sup> Crespo Allué (2004:1351) cree que en el caso de intervención sí debe permitirse al concursado utilizar esta facultad de enervación porque carecería de sentido privarle de ella sólo por el hecho de que, no habiéndole suspendido sus facultades de administración y disposición, se encuentren intervenidas. Si la finalidad de la concesión de la facultad enervatoria es la misma, la legitimación para enervar no puede concederse exclusivamente a la administración concursal. Entiende que la previsión del precepto viene más dirigida a justificar la legitimación de la administración concursal que a negar la del deudor.

<sup>24</sup> Vázquez Irzubeta (2010:4) se pregunta si cabe rehabilitar contratos resueltos por haber desarrollado el concursado arrendatario actividades molestas, insalubres, nocivas, peligrosas o ilícitas y considera que «la Ley Concursal debió tener en cuenta todas las situaciones que se puedan producir a fin de dar soluciones a cada cual, sin ajustar a una sola norma todas las posibilidades con sus diferenciadas circunstancias, y

arrendador haya utilizado la vía judicial como la extrajudicial. Lo importante es que todavía no se haya consumado esa resolución y la finca siga en poder del concursado arrendatario. A diferencia de lo que sucede en los otros casos de rehabilitación, aquí no se recoge como motivo de oposición el hecho de haber ejercitado acción judicial de resolución contra el concursado; por el contrario, para poder enervar o rehabilitar es un presupuesto que el arrendador haya resuelto el contrato.

El artículo 168 se refiere a los procedimientos iniciados antes de la declaración del concurso. La ley le confiere a la administración concursal instrumentos para paralizar ese desahucio o rehabilitar el contrato resuelto, aunque para ello tendrá que realizar de forma previa o simultánea los pagos a los que se refiere el apartado 2. Si no lo hace así, por no considerarlo necesario para el interés del concurso, el procedimiento de desahucio seguiría hasta la firmeza de la sentencia y, tras ella, el arrendador podría solicitar a la administración del concurso la entrega del inmueble, teniendo en cuenta que nos encontraríamos con un inmueble sobre el que el concursado habría dejado de tener derecho de uso, por lo que conforme al artículo 239 de la LC debería ser entregado por la administración concursal a sus legítimos titulares. Y todo ello, por supuesto, con independencia de las cantidades que el concursado pudiera adeudar al arrendador.

Si en el momento de declararse el concurso el arrendador no hubiese ejercitado la acción de desahucio, no va a ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 168, pero eso no va a impedir que si durante el concurso el concursado no cumple con su obligación de pagar las rentas, no pueda iniciarse un procedimiento de desahucio, que también podría enervar, si así lo considera conveniente, la administración concursal, pero en este caso el régimen a aplicar sería el genérico del artículo 22.4 de la LEC, lo que incluiría la posibilidad del arrendador de oponerse a la enervación por los motivos del último párrafo de este 22.4. Eso implicaría que, si la administración concursal hubiera enervado un desahucio previo al concurso, poniéndose al día de las cantidades debidas, y posteriormente, se vuelve a incumplir el pago de las rentas, el arrendador podría iniciar un nuevo desahucio y la administración concursal no podría enervarlo por haberlo hecho ya una vez anterior, aunque fuera conforme al régimen del artículo 168 de la LC.

Para poder enervar el desahucio y rehabilitar el contrato, es necesario que la administración concursal realice un previo o simultáneo pago con cargo a la masa de

---

admitiendo la excepción de enervación del desahucio solamente a la falta de pago, e impidiéndose el enervamiento cuando se deba a causa de conductas reprochables del arrendatario y previstas en la Ley de Arrendamientos Urbanos».

todas las rentas y conceptos pendientes, así como comprometerse a satisfacer las posibles costas procesales causadas hasta ese momento, tal como establece el artículo 168.2 de la LC<sup>25</sup>. El artículo 22.4 de la LEC habla de las cantidades reclamadas en la demanda y las que adeude en el momento de dicho pago enervador del desahucio, lo que, aunque no es una redacción coincidente con la de la LC, sí que es similar, por lo que no creo que la LC pretenda introducir ninguna especialidad respecto a las cantidades a pagar y pueden interpretarse ambos preceptos de forma coordinada<sup>26</sup>.

La jurisprudencia ha advertido de forma reiterada que esta medida de mantener el contrato solo tiene sentido si el concursado está en disposición de cumplirlo en el futuro. Así, por ejemplo, SAP Alicante, Secc. 8ª, 220/2013, de 24 de mayo (ECLI:ES:AP:2013:2077) (FD 3º), que considera que «la invocación del artículo 62.3 LC no debe permitir que quede al arbitrio o única voluntad de la concursada el mantenimiento de los vínculos contractuales concertados e incumplidos pues, para ello, es necesario que así lo exija el interés del concurso, lo que debe ser demostrado por la incidencia que dicho vínculo contractual tenga en la viabilidad económica de la entidad apelante, su importancia y trascendencia, y siempre que existan verdaderas y efectivas posibilidades o garantías de hacer honor al compromiso asumido de cumplir con el contrato de que se trate» o la SAP Madrid, Secc. 28ª, 244/2013, de 13 de septiembre (ECLI:ES:APM:2013:13452) (FD 2º), para la que «esta facultad del juez no es, sin embargo, un ejercicio discrecional que no esté sujeto a posibles límites... Además, no podrá imponerse al otro contratante el mantenimiento del contrato cuando previsiblemente la masa activa no fuera a resultar suficiente para satisfacer las

---

<sup>25</sup> El TS ha dejado claro que deben satisfacerse con cargo a la masa todas las cantidades adeudadas, tanto las vencidas antes como después de la declaración del concurso. Así, en la STS 4377/2020, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4377) (FD 3º), referida a un contrato de suministro, indica que «Ciertamente, un crédito potencialmente concursal, a raíz del mantenimiento del contrato, cristaliza en crédito contra la masa, pero ello no obedece a una decisión unilateral del suministrador, sino a la decisión que le impone un sacrificio actual y le expropia la facultad de resolver al obligarle a continuar suministrando a quien incumplió resolutoriamente sin que, por otra parte, como la realidad demuestra de forma notoria, el hecho de que el crédito sea contra la masa garantice en modo alguno el cobro». Pero, además, añade «Finalmente, esta respuesta coincide con la prevista en los arts. 68 a 70 LC para los supuestos de rehabilitación de contratos, incluso de tracto único, de préstamo, crédito y adquisición de bienes con precio aplazado y de enervación del desahucio en arrendamientos urbanos, ya que, si bien no es lo mismo "rehabilitar" contratos resueltos que "impedir" la resolución de los vigentes, ambas medidas responden a una misma idea: la necesidad de que la masa - en cuyo interés se obliga a mantener los contratos en los que concurre causa de resolución - responda frente a quienes se ven privados de la facultad de desligarse u obligados a rehabilitar el contrato ya resuelto. De ese modo se cumplen las "garantías" a las que se refiere la Exposición de Motivos: "en interés del concurso y con garantías para el derecho de la contraparte, se prevé tanto la posibilidad de una declaración judicial de resolución del contrato como la de enervarla en caso de que exista causa para una resolución por incumplimiento"».

<sup>26</sup> Coincido en ello con Trujillo Díez (2004:827).

obligaciones derivadas del contrato. Carecería de sentido obligar a la continuación de un contrato que el concursado no estuviera en condiciones de poder cumplir, pues de ser esta la situación habría de permitirse a la contraparte que llevase a cabo su voluntad de desvincularse del mismo. Otra cosa es que, siendo inicialmente posible el cumplimiento, por la evolución de los acontecimientos no se consiguiese luego atenderlo»

El artículo 168 de la Ley Concursal actual, al igual que sucedía con el artículo 70 de la Ley Concursal de 2003, se refiere solo a la posibilidad de rehabilitar o enervar el desahucio de arrendamientos urbanos, aunque la doctrina coincide en extender esta posibilidad a los subarrendos, siempre que la posición de subarrendatario sea ocupada por el concursado<sup>27</sup>. En el momento en que se aprobó la Ley Concursal de 2003, la redacción vigente del artículo 22.4 de la LEC hacía referencia también a la posibilidad de enervar la acción de desahucio solo respecto de los arrendamientos urbanos. Sin embargo, por ley de 4 de noviembre de 2009 se aprobó una modificación de la LEC que introduce también la posibilidad de enervar los desahucios de arrendamientos rústicos, con las mismas condiciones que los urbanos. Ante esta circunstancia, cabe preguntarse si puede plantearse que las facultades recogidas en el artículo 168 de la LC puedan ser aplicables también a los arrendamientos rústicos<sup>28</sup>. Que la administración concursal va a poder enervar el desahucio de un arrendamiento rústico es algo evidente, ya que forma parte del régimen general actual aplicable a todos los arrendatarios, sean concursados o no. Lógicamente, para ello tendrán que pagar las cantidades adeudadas. Ahora bien, lo que no parece, sin embargo, que pueda afirmarse, es que son aplicables a los arrendamientos rústicos las dos especialidades que recoge el artículo 168 para el caso del concurso de acreedores: la posibilidad de rehabilitar un arrendamiento ya resuelto y la posibilidad de enervar un desahucio aunque el arrendatario ya hubiese enervado en una ocasión anterior. Ambas son reglas especiales y se refieren específicamente a los arrendamientos urbanos, por lo que no parecen susceptibles de ser aplicadas analógicamente. El legislador ha tenido diversas oportunidades desde el 2009 al reformar la ley para haberse referido a los

---

<sup>27</sup> Así, entre otros, Madrazo Leal (2004:1288) y Martínez Rosado (2016:931).

<sup>28</sup> Crespo Allué (2004:1350), mantiene que la facultad enervadora que se concede a la administración concursal no está limitada a los arrendamientos de fincas urbanas y para ello se apoya en la finalidad del precepto, que pretende mantener la actividad profesional o empresarial del concursado evitando el cese de la actividad que podría provocar el desahucio de las instalaciones donde se desarrolla la actividad profesional o empresarial del deudor. En ese caso, no ve razón que justifique que tratándose de arrendamiento de fincas rústicas o de empresas o negocios no ubicados en el ámbito urbano o no calificadas legalmente como tales vayan a correr peor suerte que si se tratase del arrendamiento de unas oficinas, locales comerciales o naves industriales. En la misma línea, Herbosa Martínez (2013:20 y s.) y Moreno Sánchez-Moraleda (2009:32).

arrendamientos rústicos y no lo ha hecho. Ahora bien, el hecho de que la enervación del desahucio de un arrendamiento rústico esté recogida en la LEC con carácter general, es algo que debe tener en cuenta la administración concursal a la hora de decidir las medidas que interesan al concurso, con independencia de que en este tipo de arrendamientos existan más limitaciones que respecto a los urbanos.

### **III.2. Peculiaridades de la rehabilitación en el caso de los arrendamientos de vivienda**

El legislador concursal, a la hora de recoger la rehabilitación de los arrendamientos urbanos, en realidad está pensando, igual que sucede con el resto de los casos de rehabilitación, en la recuperación de los arrendamientos necesarios para la actividad empresarial o profesional del concursado.

Ya se ha visto como algunas resoluciones judiciales se han planteado la aplicación de las normas de protección de la vivienda en situaciones de vulnerabilidad en relación con la vivienda hipotecada dentro del concurso. Y ello porque el concursado persona física es merecedor de que su necesidad básica de vivienda sea protegida como persona vulnerable económicamente que es, pudiendo encuadrarse esa necesidad dentro del derecho a alimentos que el artículo 123 de la LC reconoce al concursado persona natural, para atender a sus necesidades y las de su cónyuge y descendientes bajo su potestad, en el caso de que en la masa activa existan bienes bastantes para prestar alimentos. Y uno de los instrumentos que se podría utilizar para cubrir esa necesidad es la rehabilitación del contrato de arrendamiento de su vivienda habitual. Para ello, una de las cosas que la administración concursal debe valorar es si las condiciones de ese arrendamiento son adecuadas a la situación económica del concursado y ventajosas dentro del mercado de viviendas de alquiler o si, por el contrario, es preferible que el concursado opte por otra forma de satisfacer su necesidad de vivienda<sup>29</sup>, para lo que también se debería valorar las posibles alternativas, si las hay, así como las dificultades que va a tener el concursado, dada su situación, para conseguir una nueva vivienda en arrendamiento. A la hora de valorar esta rehabilitación, también se debería tener en cuenta la existencia o no de un derecho de prórroga forzosa o de un plazo pactado amplio que puedan garantizar el mantenimiento de unas determinadas condiciones contractuales ventajosas durante un

---

<sup>29</sup> Como indica Jiménez París (2011:2358) «Debería tratarse de la opción menos gravosa para la masa activa y no simplemente de mantener al concursado en su residencia habitual, cuando el arrendamiento de la misma pudiese ser sustituido por otro más modesto y económico»



período determinado. Eso sí, la decisión de rehabilitar el contrato lleva aparejada la de que la renta sea pagada con cargo a la masa.

En cualquier caso, hay que tener en cuenta que, aunque no se opte por la rehabilitación del contrato o la enervación del desahucio, el concursado tiene los mismos derechos que cualquier arrendatario en situaciones de dificultad económica de cara al posible desahucio. Dado que un concursado persona física es muy posible que pueda ser considerado persona en situación de vulnerabilidad y que puede no tener otra alternativa habitacional, se podría beneficiar de las normas de aplazamiento reconocidas en estos casos<sup>30</sup>.

#### **IV. CONSIDERACIONES FINALES**

Como sucede respecto a todos los contratos con obligaciones pendientes por ambas partes, la administración concursal tiene que tomar una decisión sobre si aquellos arrendamientos urbanos de los que el concursado sea arrendatario deben mantenerse o es preferible su resolución. El único criterio previsto por la LC para tomar esa decisión es el interés del concurso y la LC concede las más amplias facultades para tomar esa decisión, con independencia de que el concursado ya hubiese incumplido el contrato e, incluso, de que el arrendador ya hubiese tomado la decisión de resolver, con la posibilidad de rehabilitar el contrato o enervar la acción de desahucio y con el único límite de que la finca arrendada se encuentre todavía en poder del concursado. Es cierto que, como importante contrapartida, si se opta por mantener el contrato, los créditos por las rentas, tanto las futuras como las que ya se adeuden, pasan a ser créditos contra la masa.

También existen esas amplias facultades en los casos en que el concursado sea el arrendador, de manera que la administración concursal (o el concursado, en caso de intervención) pueden tomar la decisión de resolver el contrato sin necesidad de que exista causa para ello y por la única razón de que se considere necesario o conveniente para el interés del concurso y sin tener en cuenta los intereses del arrendatario. Por si eso no fuera suficiente, tras la reforma de la LC por la Ley 16/2022, de 5 de septiembre, la posible

---

<sup>30</sup> El Real Decreto-ley 11/2020, de 31 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes complementarias en el ámbito social y económico para hacer frente al COVID-19 (BOE» núm. 91, de 01/04/2020), incluye, entre otras medidas, la suspensión de lanzamientos para hogares vulnerables sin alternativa habitacional y medidas conducentes a procurar la moratoria de la deuda arrendaticia para las personas arrendatarias de vivienda habitual en situación de vulnerabilidad económica, que es de aplicación automática en caso de grandes tenedores y que, de momento, está vigente hasta el 31 de diciembre de 2024, pero ya ha sido objeto de sucesivas ampliaciones y no cabe descartar que se siga ampliando en el futuro o que se establezcan otras medidas similares, que podrían ser aplicadas al concursado persona física.

indemnización que pudiera corresponder al arrendatario por los perjuicios que esa extinción le provocaría (y debemos tener en cuenta que ese contrato puede ser de un local de negocio vital para la actividad económica de otra empresa) pasa a tener la consideración de crédito concursal, por lo que el freno que para la administración concursal podría suponer tener que hacer frente a una importante indemnización (si los daños para el arrendatario eran altos) con cargo a la masa, queda muy atenuado si el pago de la indemnización queda relegado a la posición de un acreedor concursal más, en concurrencia con todos los demás.

Además de dar estas amplias facultades cuando el concursado es arrendador, la LC, solo preocupada por los intereses de los acreedores, obvia cualquier referencia a la legislación de protección de los arrendatarios de vivienda, por lo que si solo se analiza el problema con la legislación concursal, los concursados arrendadores tendrían libertad para resolver un contrato de arrendamiento de vivienda si existe una posibilidad cierta de conseguir arrendamientos en condiciones más ventajosas o ello facilita la enajenación de la vivienda. Sin embargo, si se examina la actual legislación de protección de la vivienda, no solo en el ámbito arrendaticio, sino en otros como el hipotecario o el procesal, y la aplicación jurisprudencial al respecto, se puede apreciar una sensibilidad social con una necesidad básica como la vivienda que en la legislación concursal brilla por su ausencia. Si se analiza esta legislación sobre vivienda y, muy especialmente, la LAU vigente, comprobamos que la finalidad de la ley es blindar al arrendatario durante los cinco o siete primeros años del contrato de cualquier circunstancia que le pueda suceder al arrendador, incluso por la pérdida de su derecho, y ante el conflicto entre los intereses de los acreedores del concurso y la protección de la vivienda del arrendatario, por coherencia con esta tendencia presente en todas las normas recientes relacionadas con la vivienda, creo que debe prevalecer esta última, al menos en lo que respecta al tiempo que le reste al arrendatario para cumplir el plazo de prórroga legal reconocido por la ley, lo que no va a ser obstáculo para que se tome la decisión de resolver el contrato si la duración pactada es superior a la prórroga legal o se enajene la vivienda, con la obligación, eso sí, del adquirente de respetar el tiempo de prórroga legal que reste por cumplir, como sucedería en el caso de las ejecuciones singulares o la ejecución hipotecaria.

### ***Bibliografía***

CARRANCHO HERRERO, M<sup>a</sup> T. (2019), «Resolución de contrato de arrendamiento, sujeto a prórroga forzosa, en interés del concurso. Comentario STS de 20 de noviembre

- de 2018» (RJ 2018, 5178), *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm.111 (BIB 2019\8731).
- CRESPO ALLUÉ, F. (2004), *Comentarios a la Legislación concursal* (artículo 70) dirigidos por SÁNCHEZ CALERO y GUILARTE GUTIÉRREZ, Lex Nova, Valladolid (pp. 1347-1357).
- GRASA, D.; RELÓN, L., NORIEGA, M. (2015), «El concurso de persona física, exoneración de pasivo y vivienda habitual. Una solución para dotar al mecanismo de segunda oportunidad de mayor efectividad. Comentario al Auto 138/15, de 15 de abril de 2015, del Juzgado mercantil núm. 10 de Barcelona y a la solución adoptada en dicho procedimiento en torno al contrato de préstamo hipotecario», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 36/2015 (BIB 2015\2424).
- GÓMEZ ASENSIO, C. (2015), «El concurso de la PYME y el concurso de la persona natural: régimen concursal de la vivienda habitual del deudor», *Anuario de Derecho Concursal* nº 36/2015 (BIB 2015\2416).
- HERBOSA MARTÍNEZ, I. (2013), «La acción de desahucio por impago de rentas en situación de concurso del arrendatario», *Anuario de Derecho Concursal*, nº 29/2013 (BIB 2013\535).
- JIMÉNEZ PARÍS, T. A. (2011), «El arrendamiento de vivienda. Enervación del desahucio y rehabilitación del contrato al amparo del artículo 70 de la Ley Concursal», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, nº 726, (pp. 2348-2370).
- MADRAZO LEAL, J. (2005), «Comentario al artículo 70», en *Comentario de la Ley Concursal*, T.I, dirigidos por BELTRÁN y otros, Madrid, Ed. Thomson-Civitas, (pp. 1285-1294).
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M<sup>a</sup> T. (2023), «Comentario al artículo 165», en *Comentario a la Ley Concursal*, 3<sup>a</sup> edición, Ed. La Ley, edición online (LA LEY 128/2023).
- MARTÍNEZ ROSADO, J. (2016), «Comentario al artículo 70», en *Comentario a la Ley Concursal*, dirigido por PULGAR EZQUERRA, Madrid, Ed. Wolters Kluwer, (pp. 925-935).
- MORENO SÁNCHEZ-MORALEDA, A. (2009), «La rehabilitación de los contratos bilaterales declarado el concurso. Análisis de los artículos 68, 69 y 70 de la Ley Concursal», *Revista de Derecho Patrimonial*, nº 23/2009 (BIB 2009\924).
- ORELLANA CANO, N. A. (2023), «Comentario al artículo 168», en *Comentario a la Ley Concursal*, 3<sup>a</sup> edición, Ed. La Ley, edición online (LA LEY 129/2023).
- TRUJILLO DÍEZ, I. J. (2004), «Comentario al artículo 70», en *Comentarios a la Ley Concursal* coordinados por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Ed. Tecnos, Madrid, (pp. 825-828).
- VALPUESTA GASTAMINZA, E. (2023), «Comentario al artículo 153», en *Comentario a la Ley Concursal*, 3<sup>a</sup> edición, Ed. La Ley, edición online (LA LEY 125/2023).
- VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C. (2010), «Comentario al artículo 70 de la Ley Concursal, sobre enervación del desahucio en arrendamientos urbanos», en *Comentarios a la Ley Concursal*, Ed. vLex, <https://app.vlex.com/vid/concursal-enervacion-desahucio-urbanos-52613415>.
- YAÑEZ VIVERO, F. (2021), «La exclusión de la vivienda habitual hipotecada en el plan de liquidación. Una creación judicial al margen de la ley y la necesidad de reactivar un derecho paraconcursal», *Revista de Derecho Civil*, V. VIII, nº 1 (enero-marzo 2021), <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> (pp. 1-49).

### ***Relación jurisprudencial***

#### ***Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)***

STS 188/2014, de 15 de abril (ECLI:ES:TS:2014:1405)  
STS 428/2014, de 24 de julio (ECLI:ES:TS:2014:3566)  
STS 137/2015, de 12 de marzo (ECLI:ES:TS:2015:2043)  
STS 660/2016, de 10 de noviembre (ECLI:ES:TS:2016:4841)  
STS 650/2018, de 20 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:4040)  
STS 4377/2020, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4377)  
STS 384/2023, de 21 de marzo (ECLI:ES:TS:2023:1144)

#### ***Audiencias Provinciales***

SAP Alicante, Secc. 8ª, 220/2013, de 24 de mayo (ECLI:ES:AP:2013:2077)  
SAP Madrid, Secc. 28ª, 244/2013, de 13 de septiembre (ECLI:ES:APM:2013:13452)  
SAP Barcelona, Secc. 15ª, 38/2017, de 20 febrero (ECLI:ES:APB:2017:19)  
AAP de Valencia, Secc. 9ª, 280/2017, de 6 de marzo (ECLI:ES:APV:2017:875A)  
AAP Valencia, Secc. 7ª, 38/2019, de 11 de febrero (ECLI:ES:APV:2019:271A)

#### ***Juzgados de lo Mercantil***

Auto 138/2015, de 15 de abril, del Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Barcelona (ECLI:ES:JMB:2015:1435A)

# LOS FICHEROS DE MOROSOS: ASPECTOS CONTROVERTIDOS Y JURISPRUDENCIA DE LA SALA PRIMERA<sup>1</sup>

*Debt collection records: controversial aspects and case law of the First Chamber of the Supreme Court*

LAURA SANCHO MARTÍNEZ

[laura.sancho@ehu.eus](mailto:laura.sancho@ehu.eus)

Profesora Ayudante Doctora de Derecho Civil  
Universidad del País Vasco/Euskal Herriko Unibertsitatea (UPV/EHU)

## *Cómo citar / Citation*

Sancho Martínez, L. (2024).

Los ficheros de morosos: aspectos controvertidos y jurisprudencia de la Sala Primera.  
*Cuadernos de Derecho Privado*, 10, pp. 181-213

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.71>

(Recepción: 29/10/2024; aceptación: 23/12/2024; publicación: 30/12/2024)

## **Resumen**

El presente trabajo pretende examinar, de una manera sistemática y crítica, las cuestiones más controvertidas tratadas por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en dos aspectos relacionados con la comunicación de información crediticia negativa a los denominados ficheros de morosos: los presupuestos legales sentados en el artículo 20.1 LOPDGDD para presumir lícito el tratamiento de datos personales por tales sistemas –en particular, los requisitos relativos a que la deuda sea cierta, vencida, exigible e incontrovertida, así como la doctrina elaborada en torno al previo requerimiento de pago– y el alcance de la responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor por la inclusión indebida en dichos registros.

## **Palabras clave**

Ficheros de morosos, sistemas de información crediticia, exactitud de la deuda, requerimiento de pago, daño moral.

## **Abstract**

*This paper aims to examine, in a systematic and critical manner, the most controversial issues addressed by the case law of the First Chamber of the Supreme Court in two aspects related to the communication of negative credit information to the so-called debt collection records: the legal requirements established in Article 20.1 LOPDGDD to presume the lawful processing of personal data by such systems (in particular, the requirements relating to the debt being certain, due, payable and uncontested, as well as*

---

<sup>1</sup> Esta publicación forma parte del Proyecto de I+D+i 2020-119816GB-I00 «Las garantías personales en el ordenamiento civil español: claroscurios sustantivos y concursales» financiado por MCIN/AEI /10.13039/501100011033 y del Grupo de Investigación Consolidado del Sistema Universitario Vasco GIC IT-1445-22 (Gobierno Vasco) sobre «Persona, familia y patrimonio», de los que es IP el Dr. Galicia Aizpurua.

*the doctrine developed around the payment demand) and the scope of the civil liability arising from the damage caused to the right to honour due to undue inclusion in such registers.*

### **Keywords**

*Debt collection records, credit information systems, accuracy of the debt, payment demand, moral damage.*

### **SUMARIO:**

---

I. INTRODUCCIÓN. II. LOS FICHEROS DE MOROSOS: EL IMPRESCINDIBLE EQUILIBRIO ENTRE UNA HERRAMIENTA NECESARIA EN EL MODERNO SISTEMA CREDITICIO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. III. LOS PRESUPUESTOS DE LICITUD ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 20.1 LOPDGD Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL: ASPECTOS MÁS CONTROVERTIDOS. III.1. La exactitud y pertinencia de los datos relativos al incumplimiento: el requisito de que la deuda sea cierta, vencida, exigible e incontrovertida. III.2. El criterio de adecuación: la doctrina sobre el alcance del previo requerimiento de pago. III.2.1) La esencialidad del previo requerimiento de pago al deudor. III.2.2) La omisión o práctica defectuosa del previo requerimiento de pago: la doctrina sobre el enfoque funcional. III.2.3) El alcance del carácter recepticio del requerimiento. IV. LA INCLUSIÓN INDEBIDA EN FICHEROS DE MOROSOS: EL RERSARCIMIENTO DE LOS DAÑOS PADECIDOS POR INTROMISIONES ILEGÍTIMAS EN EL DERECHO AL HONOR. V. CONCLUSIONES. *Bibliografía. Relación jurisprudencial.*

---

## **I. INTRODUCCIÓN**

En una sociedad inmersa en pleno tránsito hacia una era digital y en la que el tratamiento de datos personales se ha convertido en un recurso esencial en el mercado<sup>2</sup>, los derechos fundamentales deben erigirse, hoy más que nunca, como verdaderos pilares a salvaguardar por los poderes públicos, ante intromisiones que se tornan cada vez más complejas por mor de la digitalización masiva y la alta interconectividad global. Así, a pesar de que la creciente sofisticación de los sistemas de recopilación y automatización de datos puede contribuir de manera significativa al desarrollo económico, científico y social<sup>3</sup>, dicho tratamiento resulta susceptible, a su vez, de comprometer la privacidad y la dignidad de las personas, pudiendo llegar a provocar, en determinadas circunstancias,

---

<sup>2</sup> Comisión Europea (2020: 2).

<sup>3</sup> Los múltiples beneficios asociados al desarrollo del *big data* y *deep data* han sido ampliamente discutidos en la literatura científica. Una revisión multisectorial reciente puede hallarse en Grossi et al. (2021: 263-268).

auténticas vulneraciones de los derechos al honor y a la protección de datos de carácter personal, consagrados en los artículos 18.1 y 18.4 CE.

Con un carácter ciertamente acuciado, esto último es lo que ha venido sucediendo, en particular, en relación con el tratamiento de datos personales por los comúnmente denominados «ficheros de morosos»; ámbito este que se revela de una extraordinaria sensibilidad y trascendencia debido al grave daño personal y patrimonial asociado a la inclusión irregular en alguno de dichos registros<sup>4</sup>; y que, en los últimos años, está siendo objeto de una elevada litigiosidad en la jurisdicción civil.

En este escenario, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de desarrollar una abundante doctrina que interpreta y modula los presupuestos legales sentados por el artículo 20.1 LOPDGDD<sup>5</sup> para presumir lícito el tratamiento de datos personales por los sistemas de información crediticia; jurisprudencia en la que ha venido a delimitar progresivamente, asimismo, el alcance de la responsabilidad civil derivada de los daños ocasionados al derecho al honor por la inclusión indebida en tales registros.

El presente trabajo se dedica al estudio de las cuestiones más controvertidas tratadas por el Tribunal Supremo en aquellos dos ámbitos de su doctrina, con especial atención a los pronunciamientos emitidos durante el último año. Para ello se delimitará, de manera preliminar, la noción, función y base legitimadora de los denominados «ficheros de morosos» (apartado II), con la intención de analizar, en un momento ulterior, los presupuestos de licitud del tratamiento de datos personales por tales sistemas que se han revelado como más problemáticos en la práctica (apartado III), así como los aspectos más debatidos en torno al específico cauce indemnizatorio del que disponen quienes padecen una intromisión ilegítima en su derecho al honor como consecuencia de una inclusión indebida en dichos registros (apartado IV). Finalmente, se extractarán las principales conclusiones obtenidas en el estudio (apartado V).

## **II. LOS FICHEROS DE MOROSOS: EL IMPRESCINDIBLE EQUILIBRIO ENTRE UNA HERRAMIENTA NECESARIA EN EL MODERNO SISTEMA CREDITICIO Y LOS DERECHOS FUNDAMENTALES**

---

<sup>4</sup> Sarazá Jimena (2011: 112); Sales Jiménez (2023: 2).

<sup>5</sup> Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Los ficheros de morosos –denominados técnicamente «*sistemas de información crediticia*» en la terminología empleada por la LOPDGDD– pueden ser definidos como unas bases de datos de carácter personal relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o crediticias; datos que son proporcionados por los propios acreedores, y que, una vez procesados y registrados, son puestos a disposición de todos aquellos sujetos que mantengan o pretendan mantener una relación contractual con el deudor afectado que implique el abono de una cuantía pecuniaria, la financiación, el aplazamiento de un pago o una facturación periódica, con la finalidad de que puedan evaluar razonadamente su solvencia (cfr. art. 20.1 LOPDGDD)<sup>6</sup>. Así pues, tales registros presentan por finalidad fundamental, en palabras de la propia Sala Primera, informar a los operadores económicos acerca de «qué clientes, efectivos o potenciales, han incumplido obligaciones dinerarias anteriormente, para que puedan adoptar fundadamente sus decisiones sobre las relaciones comerciales con tales clientes» (STS 68/2016, de 16 de febrero, FJ 4.<sup>o7</sup>).

En realidad, la genérica expresión «sistemas de información crediticia» empleada por el artículo 20 LOPDGDD es susceptible de abarcar en su seno no solo los ficheros o registros de morosos, que se caracterizan por publicar una información crediticia *negativa* del deudor –relativa a su historial de incumplimientos de obligaciones dinerarias–, sino también los denominados «ficheros de solvencia patrimonial»; esto es, los registros de información crediticia *positiva* o *mixta*, que incluyen otros datos relativos a la situación patrimonial y financiera del sujeto distintos de los impagos (v.gr. la existencia de deudas adicionales, garantías asumidas, historial financiero, patrones de pago, etc.)<sup>8</sup>. Aunque, tal y como reconocía nuestro Alto Tribunal con ocasión de la ley anterior, los ficheros positivos eran, asimismo, objeto de consideración en la derogada LOPD<sup>9</sup> (cfr. art. 29.1)<sup>10</sup>, en la actualidad, el artículo 20 LOPDGDD se refiere exclusivamente a los sistemas de información crediticia *negativos*, que han sido, precisamente, el tipo de registros que más problemas han generado en la práctica<sup>11</sup>.

---

<sup>6</sup> Blázquez Martín (2020: 2); Rojano Martín (2023: 1860).

<sup>7</sup> ECLI:ES:TS:2016:492.

<sup>8</sup> Mas Badía (2021: 53-54); Cuenca Casas (2022: 40-41); Pérez Díaz (2023: 63-64).

<sup>9</sup> Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal.

<sup>10</sup> *Vid.*, en este sentido, el FJ 4.<sup>o</sup>-5 de la STS 68/2016, de 16 de febrero, previamente referenciada.

<sup>11</sup> Blázquez Martín (2020: 2); Cuenca Casas (2022: 46); Pérez Díaz (2023: 63-64); Platero Alcón (2024: 1236).



Los ficheros de incumplimiento de obligaciones dinerarias representan, en el actual mercado crediticio, una herramienta de enorme relevancia para viabilizar una toma de decisiones responsable por parte de los financiadores y demás operadores económicos, pues posibilitan que estos efectúen una evaluación de riesgos con un fundamento más riguroso, que les permita decidir si establecer una relación contractual, o en qué condiciones hacerlo, con la persona evaluada<sup>12</sup>. Desde esta perspectiva, puede afirmarse que los ficheros de morosos son un instrumento positivo para el mejor y más seguro funcionamiento del sistema crediticio, de suerte que su existencia contribuye a abaratar la financiación<sup>13</sup>, y favorece la concertación de un crédito de mayor calidad, focalizado en proyectos empresariales y personales con un riesgo de incumplimiento *a priori* menos elevado.

En la medida que los ficheros de morosos ayudan a corregir, siquiera parcialmente, la asimétrica información que soportan los financiadores, disminuyendo el riesgo de selección adversa, la alimentación de tales registros con datos relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias opera, en primer término, en beneficio de dichos agentes, que son los primeros interesados en disponer de sistemas de información crediticia actualizados en el mercado de referencia. Es por ello que el funcionamiento de los ficheros de morosos se basa en criterios de voluntariedad y reciprocidad<sup>14</sup>, pues son los propios acreedores que padecen las consecuencias actuales del incumplimiento quienes comunican voluntariamente dichos datos a los ficheros negativos [cfr. art. 20.1.a) LOPDGDD], a fin de ponerlos a disposición de otros operadores del mercado [cfr. art. 20.1.e) LOPDGDD], con la expectativa de que estos últimos actúen de la misma manera en caso de sufrir impagos, y así beneficiarse recíprocamente del flujo de información.

No obstante, los ficheros de morosos no sirven exclusivamente al interés particular de los acreditantes, pues la inclusión de los deudores incumplidores en tales registros evita conceder crédito –y, en consecuencia, sobreendeudar– a quien, en otras circunstancias, podría acudir a ulteriores préstamos aprovechando un mercado en el que los acreedores no compartiesen información entre sí. En este sentido, aunque los ficheros negativos se hallan lejos de promover las ventajas asociadas a aquellos sistemas donde se

---

<sup>12</sup> Rojano Martín (2023: 1845); Hernández Manzanares (2024: 1-2); Urtasun, Delgado y Alarcón (2023: 1).

<sup>13</sup> La asimetría de información que sufren los financiadores es corregida habitualmente, entre otras medidas, con el encarecimiento del coste del crédito al conjunto de solicitantes [Feliú Rey (2016: 2-3); Cuenca Casas (2022: 37)], por lo que la presencia de sistemas de información crediticia en un determinado mercado debe contribuir, idealmente, al abaratamiento del crédito, al paliar el riesgo de selección adversa.

<sup>14</sup> Cuenca Casas (2022: 41).

compartan datos positivos de solvencia<sup>15</sup>, sí coadyuvan parcialmente –en la medida que permite la fragmentaria información compartida en ellos– a atenuar el sobreendeudamiento de los deudores morosos<sup>16</sup>, por lo que la existencia de tales registros es también de interés desde su particular perspectiva; y ya, incluso, en perspectiva de sistema, pues el sobreendeudamiento privado masivo de quienes no son solventes pone en serio riesgo la estabilidad del mercado financiero y penaliza a los sujetos con un buen comportamiento crediticio<sup>17</sup>. De ahí, precisamente, que los ficheros de morosos estén contemplados en diversos instrumentos legales como uno de los variados mecanismos a los que han de recurrir los financiadores a fin de evaluar la solvencia de los potenciales clientes y conceder créditos de carácter responsable<sup>18</sup> (cfr. arts. 29.1 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible, 14.1 LCCC<sup>19</sup> y 12.1 LCCI<sup>20</sup>).

Ahora bien, a pesar de su señalada utilidad, las extralimitaciones e irregularidades en que pueden incurrir los operadores al tratar los datos de los presuntos incumplidores no solo resultan susceptibles de hacer decaer las virtudes que estos sistemas ofrecen, generando pérdidas sociales de conjunto, sino que pueden llegar a comprometer gravemente los derechos fundamentales a la protección de datos personales y al honor de las personas cuya información es divulgada<sup>21</sup>. Y es que la comunicación de información crediticia negativa a un fichero de morosos, a la par que implica un tratamiento de datos personales sobre los que el afectado debe ostentar su control<sup>22</sup>, repercute de manera directa, tal y como reiteradamente ha señalado nuestro Alto Tribunal, sobre el «honor de la persona a la que se realiza la imputación, porque existe una valoración social negativa de las personas incluidas en estos registros y porque la imputación de ser “moroso”

---

<sup>15</sup> En profundidad sobre tales beneficios, *vid.* Cuenca Casas (2017: 23-55).

<sup>16</sup> Toro Puig (2017: 8); Pérez Díaz (2023: 64).

<sup>17</sup> Cuenca Casas (2022: 38-39).

<sup>18</sup> Espín Alba (2020: 184-185); Rojano Martín (2023: 1859-1860).

<sup>19</sup> Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo. *Vid.*, asimismo, los artículos 18 y 19 de la Directiva UE 2023/2225 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de octubre, relativa a los contratos de crédito al consumo y por la que se deroga la Directiva 2008/48/CE.

<sup>20</sup> Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario.

<sup>21</sup> Espín Alba (2020: 183-184); Urtasun, Delgado y Alarcón (2023: 1); Torras Coll (2023: 1-2).

<sup>22</sup> El Tribunal Constitucional ha afirmado reiteradamente que el derecho a la protección de datos reconocido en el artículo 18.4 CE no solo representa un instituto de garantía de los derechos a la intimidad y al honor, así como al pleno disfrute de los restantes derechos de la ciudadanía, sino que configura en sí mismo «un derecho o libertad fundamental, el derecho a la libertad frente a las potenciales agresiones a la dignidad y a la libertad de la persona provenientes de un uso ilegítimo del tratamiento mecanizado de datos, lo que la Constitución llama “la informática”, lo que se ha dado en llamar “libertad informática”»; es decir, el «derecho a controlar el uso de los mismos datos insertos en un programa informático (*habeas data*)» [*vid.*, con carácter reciente, la STC (Sala 2.ª) 23/2022, de 21 de febrero, FJ 3.º (ECLI:ES:TC:2022:23)].

lesiona la dignidad de la persona, menoscaba su fama y atenta a su propia estimación» (STS 592/2021, de 9 de septiembre, FJ 3.º-4<sup>23</sup>).

En consecuencia, la creación de dichos sistemas<sup>24</sup> y el tratamiento de datos personales que en ellos tiene lugar debe observar estrictamente los límites y presupuestos fijados por el legislador en la LOPDGDD, cuyo artículo 20 proporciona el marco legal de referencia en esta materia. Dicho precepto, en contraste de lo que sucedía con la regulación anteriormente contenida en el artículo 29 LOPD, establece una presunción *iuris tantum* de la licitud del tratamiento de los datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito por tales sistemas, siempre que se cumplan conjuntamente los requisitos tasados en la propia disposición<sup>25</sup>. De este modo, el legislador español, una vez efectuada la preceptiva ponderación [*ex art. 6.1.f) RGPD*<sup>26</sup>] de los diversos intereses en juego –esto es, entre los derechos y libertades fundamentales de los particulares y los intereses legítimos de los acreedores en contar con un registro de incumplimientos de obligaciones dinerarias, así como el interés general en procurar un sistema financiero estable–, ha decidido presumir que, siempre que se cumplan los presupuestos previstos en el artículo 20.1 LOPDGDD, es preferente el interés de los acreedores y los titulares de tales ficheros, salvo prueba en contrario<sup>27</sup>.

Así pues, dado que el escenario de partida es que los datos personales pueden ser tratados lícitamente por los ficheros de morosos sin mediar consentimiento del afectado, los requisitos establecidos en el artículo 20.1 LOPDGDD para presumir tal licitud deben ser de observancia rigurosa para los agentes implicados en el tratamiento, pues, de lo contrario, la injerencia en los datos personales del afectado no será proporcional ni lícita, y podrá derivar en una intromisión ilegítima en el derecho fundamental al honor.

No obstante, a pesar de conformar dicho precepto el marco legal de referencia esencial en cuanto al tratamiento de datos personales por sistemas de información crediticia, el artículo 20 LOPDGDD ha dejado de lado importantes cuestiones que, en

---

<sup>23</sup> ECLI:ES:TS:2021:3295. En idéntico sentido, *vid.*, entre otras, las SSTS 245/2019, de 25 de abril (ECLI:ES:TS:2019:1321); 312/2014, de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2014:2256); 12/2014, de 22 de enero (ECLI:ES:TS:2014:355) y 284/2009 (Pleno), de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2009:2227).

<sup>24</sup> Al respecto del procedimiento para la legalización de los ficheros de impagos, *vid.* Plaza Penadés (2020: 1067-1068).

<sup>25</sup> Espín Alba (2020: 191); Rojano Martín (2023: 1859-1860).

<sup>26</sup> Reglamento UE 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE.

<sup>27</sup> Alkorta Idiakez (2023: 359-360); Rojano Martín (2023: 1859-1861); Mas Badía (2021: 234); Díez Soto (2020: 510-512); Espín Alba (2020: 191); Berrocal Lanzarot (2019: 98-100).

buena medida, han buscado ser cubiertas con una norma cuya vigencia se ha visto, en ciertos aspectos, comprometida por la entrada en vigor de la LOPDGDD. Se trata, concretamente, del Real Decreto 1720/2007, de 21 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de protección de datos de carácter personal (en adelante, el «RLOPD»), cuya vigencia ha sido ampliamente discutida en ciertos puntos. La cuestionable técnica regulatoria, que ha conducido a que el artículo 20 LOPDGDD haya debido ser complementando en numerosos aspectos con un reglamento de desarrollo de una ley anterior, ha intensificado aún más, si cabe, la ya de por sí considerable litigiosidad existente en esta materia; y ello en relación con el alcance de unos requisitos que deberían haber sido objeto de una nítida formulación legal, habida cuenta de la presunción de licitud del tratamiento establecida.

De esta guisa, los presupuestos legales que, en la actualidad, deben acatarse a fin de que el tratamiento de los datos recogidos por los ficheros de morosos se presuma lícito, no pueden comprenderse hoy sin considerar, a un tiempo, la prolija doctrina elaborada sobre esta materia por la Sala Primera, cuyo estudio sistemático deviene, en consecuencia, indispensable, dado el calibre de los intereses enfrentados.

### **III. LOS PRESUPUESTOS DE LICITUD ESTABLECIDOS EN EL ARTÍCULO 20.1 LOPDGDD Y SU INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL: ASPECTOS MÁS CONTROVERTIDOS**

Tal y como se indicaba en el anterior epígrafe, los requisitos para poder presumir lícito el tratamiento de datos personales relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito por los sistemas de información crediticia vienen tasados en el artículo 20.1 LOPDGDD, si bien varios de ellos deben ser integrados con las previsiones desarrolladas en el RLOPD, así como con la doctrina construida a su respecto por el Tribunal Supremo, al objeto de determinar su genuino alcance.

Debe partirse de que dichos presupuestos legales no son, en realidad, sino un corolario del principio de calidad de datos amparado en el RGDP, que se concretiza y desarrolla en los criterios de exactitud, adecuación, pertinencia y proporcionalidad de los datos, en consideración de los fines para los que han sido recogidos y tratados<sup>28</sup>. Y, si bien es cierto que dichos principios resultan aplicables a todas las modalidades de tratamiento automatizado de datos de carácter personal, nuestro Alto Tribunal considera que estos

---

<sup>28</sup> Alkorta Idiakez (2023: 358).

«tienen una especial trascendencia cuando se trata de los llamados “registros de morosos”» (STS 281/2024, de 27 de febrero, FJ 4.º-3<sup>29</sup>), habida cuenta de su particular propósito y efectos.

De esta guisa, partiendo de la finalidad perseguida por los ficheros de morosos, el criterio de exactitud se traduce, tal y como parte de nuestra doctrina ha hecho notar, en la exigencia de que los datos comunicados se refieran a *«deudas ciertas, vencidas y exigibles, cuya existencia o cuantía no hubiese sido objeto de reclamación administrativa o judicial por el deudor o mediante un procedimiento alternativo de resolución de disputas vinculante entre las partes»* [art. 20.1.b) LOPDGDD]. El requisito de adecuación implica, por su parte, entre otras cuestiones, que *«el acreedor haya informado al afectado en el contrato o en el momento de requerir el pago acerca de la posibilidad de inclusión en dichos sistemas, con indicación de aquéllos en los que participe»* [art. 20.1.c) LOPDGDD]. Y los criterios de proporcionalidad y de pertinencia, además de complementar los criterios anteriores, se concretan, asimismo, en una serie de exigencias conductuales impuestas a los acreedores, a los responsables de los ficheros y a quienes accedan a los datos registrados en ellos [cfr. arts. 20.1.c) a f) LOPDGDD]<sup>30</sup>.

Aunque todos esos presupuestos han sido, en mayor o menor grado, objeto de consideración y desarrollo por parte de la doctrina de nuestro Alto Tribunal, los relativos a la exactitud y adecuación de los datos comunicados por los acreedores constituyen los aspectos que más controversia han suscitado, concentrándose en ellos la mayoría de los pronunciamientos dictados por la Sala Primera durante los últimos años.

### **III.1. La exactitud y pertinencia de los datos relativos al incumplimiento: el requisito de que la deuda sea cierta, vencida, exigible e incontrovertida**

Como primera consecuencia inmediata derivada del principio de calidad, los datos relativos al incumplimiento comunicados a los ficheros de morosos deben ser exactos [cfr. arts. 4 LOPDGDD y 5.1.d) RGDP], lo que en el ámbito de referencia se traduce en

---

<sup>29</sup> ECLI:ES:TS:2024:977. Como se señala en el mismo fundamento jurídico citado en el texto, «[u]no de los ejes fundamentales de la regulación del tratamiento automatizado de datos personales es el que ha venido en llamarse “principio de calidad de los datos”», que se traduce en que los datos han de ser «exactos, adecuados, pertinentes y proporcionados a los fines para los que han sido recogidos y tratados»; es decir, «no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido, exactos y puestos al día de forma que respondan como [sic] veracidad a la situación actual del afectado, y prohíbe que sean usados para finalidades incompatibles con aquellas para las que los datos hubieran sido recogidos».

<sup>30</sup> *Vid.*, en este sentido, Blázquez Martín (2020: 2); Alkorta Idiakez (2023: 358); Espín Alba (2020: 191-194); Sales Jiménez (2023: 2).

que dicha información debe aludir a deudas que reúnan las características de ser ciertas, vencidas, exigibles e incontrovertidas; esto es, que su existencia o cuantía no haya sido objeto de reclamación por el deudor a través de un procedimiento administrativo, judicial o de resolución alternativa de conflictos vinculante entre las partes [cfr. art. 20.1.b) LOPDGDD]. El requisito de exactitud de los datos personales se halla, así pues, indisolublemente ligado a la exigencia de la certeza de la información tratada<sup>31</sup>, lo que supone, como viene afirmando la jurisprudencia de manera reiterada, que no cabe incluir en los ficheros de morosos deudas que sean «inciertas, dudosas, no pacíficas o sometidas a litigio» (STS 1794/2023, de 20 de diciembre, FJ 4.º-2<sup>32</sup>).

En particular, el criterio de la certeza se ha vinculado desde antiguo a la inexistencia de controversia abierta sobre la existencia, exigibilidad o cuantía de la deuda<sup>33</sup>, pues la discusión de dichos extremos excluye, al menos transitoriamente, la exactitud de los datos tratados<sup>34</sup>.

No obstante, la señalada exigencia no solo se ha fundamentado en el principio de exactitud de los datos, sino que también se ha justificado por elementales razones vinculadas al requisito de pertinencia. Así, como con carácter reciente ha recordado la STS 281/2024, de 27 de febrero, la finalidad de los ficheros de morosos no reside en constatar, asépticamente, el impago de deudas, sino que los incumplimientos allí registrados deben resultar útiles para evaluar la solvencia de los afectados, que es, precisamente, la razón última de la existencia de tales registros, y, en consecuencia, la

---

<sup>31</sup> Dicho presupuesto conecta, a su vez, con la doctrina constitucional sobre la veracidad de la información divulgada, que es uno de los parámetros que condiciona la existencia de una intromisión ilegítima en el derecho al honor, según ya entendió la STS 284/2009 (Pleno), de 24 de abril, cuyo FJ 2.º afirma que «como principio, la inclusión en un registro de morosos, erróneamente, sin que concorra veracidad, es una intromisión ilegítima en el derecho al honor, por cuanto es una imputación, la de ser moroso, que lesiona la dignidad de la persona y menoscaba su fama y atenta a su propia estimación». No obstante, como enseguida se expondrá, el principio de calidad de los datos no se limita a exigir la veracidad y certeza de la deuda, sino que dicho criterio debe ser complementado con los principios de pertinencia y proporcionalidad [vid., al respecto, Torras Coll (2023: 2-4); Blázquez Martín (2020: 6-9)].

<sup>32</sup> ECLI:ES:TS:2023:5596. En la misma dirección, vid., entre muchas otras, las SSTS (Pleno) 945/2022, de 20 de diciembre, FJ 5.º-2 (ECLI:ES:TS:2022:4607); 245/2019, de 25 de abril, FJ 3.º-1; 114/2016, de 1 de marzo, FJ 4.º-3 (ECLI:ES:TS:2016:796); 740/2015, de 1 de marzo, FJ 4º-3 (ECLI:ES:TS:2015:5445); 672/2014, de 19 de noviembre, FJ 4.º-7 (ECLI:ES:TS:2014:5101); 176/2013, de 6 de marzo, FJ 4.º (ECLI:ES:TS:2013:1715); 13/2013, de 29 de enero, FJ 9.º (ECLI:ES:TS:2013:545).

<sup>33</sup> Ya bajo la vigencia de la antigua LOPD, el Tribunal Supremo entendió que, aunque su artículo 29 no hiciese referencia expresa –como ahora hace el artículo 20.1.b) LOPDGDD *in fine*– al requisito de que la deuda fuese pacífica, «en principio, la existencia de un proceso judicial o arbitral o de una reclamación administrativa en que se esté discutiendo la existencia, cuantía o exigibilidad de la deuda, excluye los requisitos de certeza y/o pertinencia de los datos personales comunicados a un registro de morosos, en línea con lo declarado por esta Sala desde sus sentencias 13/2013, de 29 de enero, 176/2013, de 6 de marzo, y 672/2014, de 19 de noviembre» (vid., en este sentido, la STS 281/2024, de 27 de febrero, FJ 4.º-5).

<sup>34</sup> Blázquez Martín (2020: 7).

*ratio* que justifica la licitud presunta del tratamiento. Debido a ello, para que el tratamiento de datos personales por un sistema de información crediticia pueda ser considerado legítimo, no basta con que «exista una deuda impagada, sino que es necesario que, además, la inclusión en el registro sea pertinente y proporcionada a su finalidad»; y no lo será cuando «el deudor haya cuestionado legítimamente la existencia o cuantía de la deuda, más aún si lo ha hecho en vía administrativa, judicial o arbitral» (FJ 4.º-3).

Así pues, la comunicación de datos personales a los ficheros de morosos debe referirse exclusivamente a aquellos deudores que, ya por insolvencia patrimonial, ya por negativa injustificada a observar sus obligaciones financieras, incurren en incumplimiento. Por el contrario, no resulta proporcional ni pertinente la inclusión en tales registros de aquellos deudores que, de manera legítima, mantienen una disputa con el acreedor en cuanto a la existencia o cuantificación de la deuda, pues, en tal caso, la ausencia de pago no es expresiva de la insolvencia del afectado; y, por tanto, el tratamiento de sus datos en uno de dichos registros no podrá reputarse lícito (*vid.*, en este sentido, además de la ya referida STS 281/2024, de 27 de febrero, las SSTS 1794/2023, de 20 de diciembre, FJ 4.º-6; 174/2018, de 23 de marzo<sup>35</sup>, FJ 3.º-3; 114/2016, de 1 de marzo, FJ 5.º-3; y 740/2015, de 1 de marzo, FJ 4.º-3).

Justificado con base en los principios de exactitud y pertinencia, en los términos recién expuestos, el requisito relativo a que la deuda comunicada sea incontrovertida, una lectura del artículo 20.1.b) LOPDGDD conforme con esta doctrina exige que deban considerarse ilegítimos los tratamientos relativos a deudas cuya exigibilidad, existencia o cuantía haya sido discutida, por cualquier clase de vía, por el deudor frente al acreedor, aunque aquel primero no haya canalizado formalmente su oposición por alguno de los tres cauces –judicial, administrativo o procedimiento alternativo de resolución de conflictos de eficacia vinculante– a los que expresamente se refiere el precepto. Es decir, en la medida que el presupuesto contemplado en el artículo 20.1.b) LOPDGDD encuentra su fundamento en los principios previamente identificados, la literalidad de dicho precepto debe modularse para admitir una interpretación conforme con tales criterios, de los que dicha disposición normativa no es más que un mero trasunto. En consecuencia, parece oportuno seguir estimando aplicable en este punto la doctrina jurisprudencial, elaborada con ocasión de la derogada LOPD, relativa a que no es exigible al presunto

---

<sup>35</sup> ECLI:ES:TS:2018:962.

deudor, en sus reclamaciones a la entidad acreedora, una conducta exhaustiva propia de un profesional; y que, por consiguiente, debe estimarse suficiente que haya «mostrado razonablemente su disconformidad con la conducta de la empresa y que el crédito que el acreedor pretende tener carezca de base suficiente para que, sin perjuicio del derecho que la empresa tiene a reclamar su pago, tal crédito no pueda dar lugar a la inclusión de los datos del cliente en un registro de morosos» (STS 174/2018, de 23 de marzo, FJ 3.º-6)<sup>36</sup>. En esta dirección apunta, a nuestro entender, de manera plenamente certera, la STS 1794/2023, de 20 de diciembre, que con carácter reciente ha venido a señalar que «[e]l efecto que produce la falta de formalización de la oposición del deudor a través de los cauces institucionales (judicial, administrativo o un procedimiento alternativo de resolución de disputas vinculante) no va más allá de generar una presunción *iuris tantum* de licitud del tratamiento de los datos (“salvo prueba en contrario”, comienza diciendo el art. 20.1 LOPDGDD)» (FJ 4.º-3), lo que implica que cualquier otro cauce mediante el que se exprese dicha oposición es susceptible, siempre que sea debidamente probado, de transmutar la deuda en incierta<sup>37</sup>.

En cualquier caso, para que la deuda, efectivamente, se convierta en incierta, es preciso que la discusión u oposición planteada por el deudor se haya formulado con carácter previo a su inclusión en el fichero (*vid.* las SSTS 185/2023, de 7 de febrero, FJ 4.º-5<sup>38</sup>; 945/2022, de 20 de diciembre, FJ 5.º-4 y 832/2021, de 1 de diciembre, FJ 3º-3<sup>39</sup>); y, además, que aquella se hallase fundada en argumentos razonables, pues, de lo contrario, «la certeza y exigibilidad de la deuda se dejaría al exclusivo arbitrio del deudor, al que le bastaría con cuestionar su procedencia, cualquiera que fuera el fundamento de su oposición, para convertir la deuda en incierta» (SSTS 62/2021, de 8 de febrero, FJ 2.º<sup>40</sup> y 245/2019, de 25 de marzo, FJ 3.º-2)<sup>41</sup>. En aplicación de esta doctrina, la STS 651/2024,

---

<sup>36</sup> *Vid.*, en este sentido, Blázquez Martín (2020: 7-8).

<sup>37</sup> En el caso en consideración, con carácter previo a que sus datos fuesen objeto de inclusión en un registro de impagos, el presunto deudor había cuestionado activamente la deuda frente a la entidad acreedora mediante diversas comunicaciones intercambiadas con esta. Y, si bien la primera reclamación formalizada en vía administrativa, ante un instituto autonómico de consumo, tuvo lugar con posterioridad a dicha inclusión, el Alto Tribunal consideró que «[e]n este caso, no podemos considerar que la deuda fuera cierta y exigible en los términos previstos para su inclusión en el fichero de morosos. Aunque el recurrente no había pagado los dos meses en disputa, no se debió a pasividad, sino que desde el primer momento puso de manifiesto al acreedor sus divergencias sobre el sistema de facturación del consumo eléctrico» (FJ 4.º-4).

<sup>38</sup> ECLI:ES:TS:2023:724.

<sup>39</sup> ECLI:ES:TS:2021:4353.

<sup>40</sup> ECLI:ES:TS:2021:247.

<sup>41</sup> García Vicente (2023: 4); Alkorta Idiakez (2023: 361); Sales Jiménez (2023: 2).



de 13 de mayo<sup>42</sup>, ha insistido recientemente en que no cabe «establecer una relación de necesidad entre la oposición a la ejecución y la falta de certeza y exactitud de la deuda», y que el hecho de que no se puedan incluir en los ficheros de morosos datos personales por razón de deuda inciertas no significa que «cualquier oposición al pago de una deuda, por injustificada que resulte, suponga que la deuda es incierta o dudosa» (FJ 3.º-4). Desde esa perspectiva, se ha considerado en la resolución antedicha, razonablemente, que la discusión por el deudor de una parte poco significativa de la deuda –en el caso, equivalente a un 8% sobre el importe total adeudado– no entraña una razón legítima suficiente que haga decaer la certeza de la deuda incumplida.

No obstante, los criterios expuestos deben ser matizados, según creemos, en aquellas hipótesis en que el préstamo del que nace la deuda comunicada al registro acaba siendo declarado nulo como consecuencia de su carácter usurario. En estos supuestos, la Sala Primera ha venido considerando que, en caso de que el deudor hubiese manifestado su disconformidad con la deuda por su carácter usurario con posterioridad a la inscripción en el fichero, dicho dato no podría considerarse controvertido ni, en consecuencia, incierto, en el momento en que se produce la comunicación al registro. Así lo entendió en la STS 945/2022, de 20 de diciembre, y de la misma forma parece seguir considerándolo en la STS 280/2024, de 27 de febrero<sup>43</sup>, en la que se subraya que el demandante no había dirigido ninguna comunicación previa a la acreedora cuestionando la deuda por usuraria. Sin embargo, tal y como parte de nuestra doctrina ha hecho notar, el problema que subyace en un caso como el anterior no tiene que ver tanto con la exigencia de que la deuda sea pacífica, ni el momento en que el deudor debe haber planteado su oposición a la misma, sino con que, constado que la deuda registrada es nula por aplicación de la Ley de 23 de julio de 1908 sobre nulidad de los contratos de préstamos usurarios, ese hecho contradice el presupuesto, establecido *ab initio* en el artículo 20.1.b) LOPDGDD, de que la deuda fuese cierta y exigible. Y es que, en tal caso, parece que debe entenderse que sobre el principal prestado habrá «una acción de restitución por una obligación nueva (...) que el acreedor puede comunicar al registro»<sup>44</sup>; pero la comunicación efectuada con

---

<sup>42</sup> ECLI:ES:TS:2024:2484.

<sup>43</sup> ECLI:ES:TS:2024:954.

<sup>44</sup> Alkorta Idiakez (2023: 362).

anterioridad carecerá, en efecto, de base legitimadora «puesto que el préstamo sobre el que se ha calculado dicha deuda ha sido declarado nulo»<sup>45</sup>.

### **III.2. El criterio de adecuación: la doctrina sobre el alcance del previo requerimiento de pago**

#### *III.2.1) La esencialidad del previo requerimiento de pago al deudor*

Entre los requisitos que deben cumplirse para que el tratamiento de datos por los ficheros de morosos se presuma lícito, el artículo 20.1.c) LOPDGDD establece, en su primer párrafo, que el acreedor, con carácter previo a haber comunicado los datos al registro, haya «*informado al afectado en el contrato o en el momento de requerir el pago acerca de la posibilidad de inclusión en dichos sistemas, con indicación de aquéllos en los que participe*». Esta previsión –que, como enseguida se expondrá, se separa de lo previsto en la anterior normativa– impone un deber de información a todos aquellos acreedores que, voluntariamente, pretendan compartir con otros operadores los datos relativos a incumplimientos de sus clientes a través de algún sistema de información crediticia negativa. Así pues, aunque la deuda a la que se refiera el incumplimiento reúna los requisitos expresados en el anterior epígrafe –que sea cierta, vencida, exigible e incontrovertida–, dicha información personal, a pesar de ser exacta, no podrá ser cedida a un registro de morosos en caso de que el acreedor no haya informado previamente al deudor acerca de la posibilidad de incluir sus datos en alguno de los sistemas en que participe, *ex* artículo 20.1.c).I LOPDGDD<sup>46</sup>. Ahora bien, a diferencia de lo que sucedía bajo la anterior regulación, en la que sobre el acreedor recaía un deber de información «doble» o «reforzado» –pues aquel debía advertir al afectado acerca de la posibilidad de inclusión en un fichero de morosos tanto en el momento de celebración del contrato como, una vez acaecido el incumplimiento, en el posterior requerimiento de pago (cfr. art. 39 RLOPD)–, el vigente artículo 20.1.c).I LOPDGDD ha rebajado la intensidad de dicho deber, y actualmente solo exige que el deudor haya sido informado en uno de esos dos momentos. Por tanto, más allá de las razonables críticas que dicha decisión legislativa pueda suscitar<sup>47</sup>, no hay duda de que el artículo 39 RLOPD debe entenderse derogado,

---

<sup>45</sup> *Vid.*, en detalle, Alkorta Idiakez (2023: 361-362 y 369-371), con cuya opinión se muestra coincidente Platero Alcón (2024: 1239-1241).

<sup>46</sup> Rojano Martín (2023: 1863-1864).

<sup>47</sup> Nos remitimos a este respecto a las consideraciones realizadas por Díez Soto (2020: 544-545) y Alkorta Idiakez (2023: 366-367), cuya opinión suscribimos.

por aplicación del apartado tercero de la disposición derogatoria única de la LOPDGDD, al resultar dicho precepto incompatible con lo expresamente establecido en el artículo 20.1.c).I LOPDGDD<sup>48</sup>.

El problema, sin embargo, no ha venido referido tanto al momento en que el acreedor está obligado a transmitir la anterior información, sino al hecho de si el requerimiento de pago al deudor continúa configurando una exigencia previa necesaria para que el acreedor pueda comunicar legítimamente los datos relativos al incumplimiento a un fichero de morosos. El tenor literal del artículo 20.1.c).I LOPDGDD no exige, desde luego, dicho requisito previo –más aún si se tiene presente, como se ha dicho, que la notificación al deudor de la posibilidad de incluir sus datos en un registro de morosos basta con que sea realizada, únicamente, en el contrato del que deriva la deuda incumplida–, como tampoco se exigía en la antigua LOPD. En efecto, este texto legal no hacía referencia alguna a dicho supuesto, siendo así que el requerimiento previo de pago al deudor únicamente se exigía en el posterior desarrollo reglamentario efectuado por el RLOPD, cuyo artículo 38.1.c) sí ordenaba la concurrencia de dicho requisito a fin de admitir la inclusión de los datos relativos a la deuda incumplida en un sistema de información crediticia. El interrogante que se ha planteado, y respecto al que el Tribunal Supremo ha tenido oportunidad de desarrollar una doctrina que hasta el momento se mantiene estable, se refiere a si dicho precepto reglamentario debe entenderse o no derogado por el artículo 20.1.c).I LOPDGDD que, como se ha dicho, no establece expresamente dicha exigencia legal, pudiendo haberlo hecho. Al respecto de esta cuestión, la Sala Primera ha venido considerando, desde la fundamental STS (Pleno) 945/2022 de 20 de diciembre, que, a falta de una norma reglamentaria que desarrolle lo previsto en la nueva LOPDGDD, el RLOPD debe seguir entendiéndose vigente en todo a aquello que no contradiga lo dispuesto en dicha ley o en el RGPD, en aplicación de lo previsto en el apartado tercero de la disposición derogatoria única de la LOPDGDD. En este sentido, se ha interpretado que, de la misma forma que el artículo 38.1.c) RLOPD no se consideró nunca un exceso reglamentario con respecto a la LOPD, hoy, de la misma manera, dicho precepto puede seguir considerándose conforme con lo previsto en la

---

<sup>48</sup> *Vid.*, en este sentido, la STS 1476/2023, de 23 de octubre, FJ 3.º (ECLI:ES:TS:2023:4603), que asume y hace propia la doctrina contenida en las SSTS 185/2023, de 7 de febrero y 945/2022 (Pleno), de 20 de diciembre.

LOPDGDD, en la medida que este texto legal no se opone a una disposición con dicho contenido normativo<sup>49</sup>.

Constatado, de esta manera, que el requerimiento previo de pago al deudor continúa siendo un requisito exigible [*ex art. 38.1.c) RLOPD y disp. derog. única LOPDGDD*], ha de seguir estimándose plenamente aplicable la doctrina elaborada respecto al mismo bajo la vigencia de la anterior normativa, en la que el Tribunal Supremo vino a considerar que dicho requerimiento constituye un presupuesto esencial –y no, por el contrario, un mero requisito formal– para la licitud del tratamiento de datos efectuado<sup>50</sup>. La explicación de ello debe buscarse, nuevamente, en la *ratio* que legitima el tratamiento de los datos personales por los ficheros de morosos, cuya finalidad, como se indicaba *ut supra*, no reside en erigirse como unos meros registros de deudas, sino de incumplimientos de obligaciones pecuniarias que sean útiles a los operadores para la evaluación de la solvencia de sus futuros clientes. Así pues, siendo esta la finalidad e interés específicos ponderados por el legislador a la hora de presumir lícito el tratamiento de datos por tales sistemas, el requerimiento previo de pago al deudor debe configurar, como se señalaba, un presupuesto esencial<sup>51</sup>, pues, a su través, «se impide que sean incluidos en estos registros personas que por un simple descuido, por un error bancario al que son ajenas, o por cualquier otra circunstancia de similar naturaleza, han dejado de hacer frente a una obligación dineraria vencida y exigible sin que ese dato sea pertinente para enjuiciar su solvencia» (STS 854/2021, de 10 de diciembre, FJ 5.º-2<sup>52</sup>).

### *III.2.2) La omisión o práctica defectuosa del previo requerimiento de pago: la doctrina sobre el enfoque funcional*

Como se indicaba en el anterior apartado, el requerimiento de pago previo a la inclusión del deudor en un fichero de morosos ha sido considerado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo un requisito de carácter indispensable. Sin embargo, en los últimos años, la Sala Primera ha desarrollado una doctrina interpretativa en la que ha adoptado

---

<sup>49</sup> Con posterioridad, han reiterado pacíficamente la doctrina a la que se hace referencia en el texto, entre otras, las SSTS 1477/2022, de 23 de octubre, FJ 2.º (ECLI:ES:TS:2023:4537); STS 1476/2023, de 23 de octubre, FJ 3.º; 185/2023, de 2 de febrero, FJ 5.º; 959/2022, de 21 de diciembre, FJ 2.º (ECLI:ES:TS:2022:4490); 960/2022, de 21 de diciembre, FJ 2.º (ECLI:ES:TS:2022:4491).

<sup>50</sup> Como resoluciones representativas de dicho *corpus* doctrinal, *vid.* las SSTS 740/2015, de 22 de diciembre (FJ 3.º); 245/2019, de 25 de abril (FJ 5.º) y 422/2020, de 14 de julio (FJ 2.º) (ECLI:ES:TS:2020:2517).

<sup>51</sup> Blázquez Martín (2020: 10); Torras Coll (2023: 4); Pérez Díaz (2023: 78); Gómez Fuentes (2023: 3); Fuentes Naharro (2023: 313).

<sup>52</sup> ECLI:ES:TS:2021:4798.

una visión funcional de dicha exigencia. Así, en la medida que la exigibilidad de dicho requerimiento se ha fundamentado en la necesidad de evitar que sean incluidas en dichos registros personas que han incurrido en un incumplimiento por cuestiones desvinculadas de su voluntad o de su falta de solvencia –v.gr. por un simple descuido, por un error bancario o administrativo, o por cualquier otra circunstancia de similar naturaleza–, el Tribunal Supremo ha construido una doctrina que, en aplicación de dicha perspectiva funcional, ha tendido a disminuir, en determinadas circunstancias, la trascendencia de dicho requisito como factor decisivo a la hora de determinar si ha existido una intromisión ilegítima en el derecho al honor del deudor afectado<sup>53</sup>.

En particular, la doctrina sobre el enfoque funcional ha justificado, tal y como se reconoce en la STS 648/2024, de 13 de mayo<sup>54</sup>, que «no se considere vulnerado el honor del deudor en algunos supuestos de requerimientos defectuosos o de falta de requerimiento (o de falta de prueba de su realización efectiva)», en consideración de las «circunstancias concretas de la deuda y el carácter sorpresivo que para el interesado pueda tener aparecer como moroso en un fichero de esta naturaleza» (FJ 2.º-4).

Como resultado de esta interpretación, ha surgido una variada casuística que, en sus aspectos más trascendentales, ha sido objeto de compendio en la fundamental STS 34/2024, de 11 de enero<sup>55</sup>, en la que la Sala Primera, reunida en pleno, ha venido a sintetizar la jurisprudencia más relevante sobre el carácter funcional del requerimiento de pago. En lo esencial, del conjunto de dicha jurisprudencia puede colegirse que, a pesar de que dicho requerimiento se hubiese practicado de manera defectuosa, o incluso aunque no se hubiese realizado, dicha circunstancia no podrá determinar en sí misma una intromisión ilegítima en el derecho al honor del deudor afectado en caso de que su inclusión en el fichero no presentase un carácter sorpresivo, bien porque ya figurase incluido en algún registro de dicha naturaleza por el incumplimiento de otras deudas, bien porque debiese ser considerado un deudor contumaz como consecuencia de sus múltiples impagos.

Como casos ilustrativos de la primera situación, puede mencionarse la STS 609/2022, de 19 de septiembre<sup>56</sup> –en la que el deudor ya presentaba seis anotaciones por

---

<sup>53</sup> Blázquez Martín (2020: 10); Rojano Martín (2023: 1874-1875); Urtasun, Delgado y Alarcón (2023: 5); Hernández Manzanares (2024: 3-6).

<sup>54</sup> ECLI:ES:TS:2024:2491.

<sup>55</sup> ECLI:ES:TS:2024:64.

<sup>56</sup> ECLI:ES:TS:2022:3389.

impagos previos a la que era objeto de litigio; y que, de hecho, llegó a ser objeto de otras seis con posterioridad—; la STS (Pleno) 34/2024, de 11 de enero —en la que constaba que, en los últimos cinco años, la deudora había sido incluida, a instancia de siete entidades diferentes, en registros de impago por otras deudas distintas a la que promovía la comunicación litigiosa—; así como la STS 53/2024, de 16 de enero<sup>57</sup>, donde el Alto Tribunal también tomó en consideración, como dato relevante para rechazar una intromisión ilegítima en el derecho al honor, el que ya constasen en el fichero de impagos otras inscripciones de los datos del deudor con motivo de otras deudas.

Junto a dichos supuestos, han sido también diversos los casos en que la persistencia del deudor en el impago de sus deudas ha conducido al Alto Tribunal a rebajar la trascendencia del previo requerimiento de pago desde la perspectiva de la vulneración del derecho al honor; así, verbigracia, en la STS 563/2019, de 23 de octubre<sup>58</sup> —en la que las condiciones de pago de una tarjeta de crédito habían sido novadas hasta en siete ocasiones ante el incumplimiento del deudor, que reiteradamente transgredió las nuevas condiciones pactadas—; o en la STS 648/2024, de 13 de mayo<sup>59</sup> —que, al margen de las consideraciones sobre si el requerimiento de pago se practicó con anterioridad o posterioridad a la inclusión de los datos de la deudora en el fichero, subraya que, en todo caso, «lo que es evidente es que dicha inclusión (...) en modo alguno puede afirmarse que resultara sorpresiva para ésta cuando de forma sistemática ha incumplido con su obligación de pago, derivada de su condición de fiadora solidaria de las dos operaciones de préstamo concertados (...) en nombre de la empresa que administraba» (FJ 2.º-5)—<sup>60</sup>.

Así pues, por aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta, el previo requerimiento de pago pierde su virtualidad en las circunstancias recién expresadas; mas solo lo hace —como insiste la propia Sala Primera— desde la perspectiva específica de la protección del derecho al honor, en la medida que dicho requerimiento, aun correctamente practicado, no serviría para «evitar el tratamiento de los datos personales de la demandante como morosa sin serlo pues la afectada había venido incumpliendo sistemáticamente sus obligaciones dinerarias y sus datos ya constaban en un sistema de información crediticia» (STS 34/2024, de 11 de enero, FJ 3.º-4). Y es que debe tenerse

---

<sup>57</sup> ECLI:ES:TS:2024:140

<sup>58</sup> ECLI:ES:TS:2019:3347.

<sup>59</sup> ECLI:ES:TS:2024:2491.

<sup>60</sup> En este orden de planteamientos, *vid.* también las SSTS 650/2024, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:2482) y 602/2024, de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:2148).

presente que, de manera uniforme, los procedimientos promovidos sobre esta materia han tenido por objeto, precisamente, comprobar si ha existido una intromisión ilegítima en el derecho al honor de una persona al incluirla en un fichero de morosos sin serlo; y, según argumenta el Alto Tribunal, si «su tratamiento como morosa responde a la realidad y no supone una innovación» –como no lo supondría en los escenarios previamente descritos–, no podría estimarse que ha existido una vulneración de dicho derecho<sup>61</sup>.

Ante el anterior escenario, cabe plantearse si los demandantes no deberían, vistas las limitaciones establecidas para apreciar una intromisión ilegítima en el derecho al honor, articular sus pretensiones indemnizatorias por la vía del artículo 82 RGPD<sup>62</sup>, que, desde su entrada en vigor<sup>63</sup>, contiene un régimen de responsabilidad civil uniforme y de aplicación directa en todos los países de la UE conforme al cual quienes sufran daños materiales o inmateriales –incluyendo los daños morales, por tanto<sup>64</sup>–, como consecuencia de una infracción del referido Reglamento, tendrán derecho a recibir una indemnización del responsable<sup>65</sup> o del encargado del tratamiento. A tal efecto, debe tenerse presente que, según se encarga de precisar el considerando 146 del RGDP, una infracción del Reglamento también incluye, entre otras cuestiones, «*el Derecho de los Estados miembros que especifique las normas del presente Reglamento*»<sup>66</sup>; esto es, en el caso del ordenamiento español, la LOPDGDD y su normativa de desarrollo.

En consecuencia, si quien ha visto tratados sus datos por un fichero de morosos logra acreditar que la infracción consistente en la práctica defectuosa u omisión del requerimiento previo ha resultado en un daño material o inmaterial –cuya existencia, alcance, cuantificación y relación de causalidad tendrá que probar<sup>67</sup>–, podrá accionar, a

---

<sup>61</sup> Vid., por todas, la STS 34/2024, de 11 de enero, FJ 3.º-4.

<sup>62</sup> Vid. Alkorta Idiákez (2023: 370-371).

<sup>63</sup> Aplicable, como la totalidad del Reglamento, desde el 25 de mayo de 2018, *ex art.* 99 RGPD.

<sup>64</sup> García Hernández (2022: 149-151).

<sup>65</sup> A este respecto, debe tenerse presente que, conforme a lo dispuesto en el artículo 20.2 LOPDGDD, las entidades que mantengan los sistemas de información crediticia y los acreedores, respecto del tratamiento de los datos referidos a sus deudores, «*tendrán la condición de corresponsables del tratamiento de los datos, siendo de aplicación lo establecido por el artículo 26 del Reglamento (UE) 2016/679*»; y que, en esta situación, «*[c]orresponderá al acreedor garantizar que concurren los requisitos exigidos para la inclusión en el sistema de la deuda, respondiendo de su inexistencia o inexactitud*».

<sup>66</sup> Rubí Puig (2018: 58); Grimalt Servera (2020: 359).

<sup>67</sup> Con carácter reciente, el TJUE ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre la interpretación del artículo 82 RGPD, en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de lo Civil y Penal austriaco, y que se resuelve en la STJUE (Sala 3.ª) de 4 de mayo de 2023 (asunto C-300/21) (ECLI:EU:C:2023:370). En dicha resolución, el TJUE ha interpretado que del tenor del artículo 82.1 RGPD «se desprende claramente que la existencia de “daños y perjuicios” o de “daños y perjuicios” que se han “sufrido” constituye uno de los requisitos del derecho a indemnización previsto en dicha disposición, al

lo que parece, por la vía del artículo 82 RGDP. No obstante, la falta de concreción acerca del ejercicio de esta acción en que incurre el propio RGDP genera importantes dudas de orden sustantivo y procesal que, a falta de mayor previsión en la LOPDGDD, sitúa en manos de los tribunales el potencial desarrollo interpretativo y aplicativo de tal acción<sup>68</sup>.

### *III.2.3) El alcance del carácter recepticio del requerimiento*

Una última cuestión relativa al requerimiento previo de pago que ha estado muy presente en la jurisprudencia de los últimos años ha tenido que ver con el alcance del carácter recepticio del requerimiento, que ha generado una voluminosa doctrina debido al carácter eminentemente fáctico y casuístico del problema planteado; y que, precisamente por ello, ha conducido recientemente a la Sala Primera a pronunciarse en pleno sobre esta cuestión, con la proclamada intención de acrecentar la seguridad jurídica en este ámbito. En estos términos se pronuncia la STS 34/2024 (Pleno), de 11 de enero, referenciada en el anterior apartado, que subraya que «[a]unque la cuestión relativa al requerimiento de pago tiene un aspecto eminentemente fáctico, y como tal, ajeno al recurso de casación, en una situación como la actual, en que son miles los litigios que versan sobre esta cuestión, pues ha dado lugar a una litigación en masa, la aspiración de la justicia viene connotada por la exigencia de dar un trato igual o equivalente a situaciones iguales o equivalentes, y facilitar la predecibilidad de las soluciones judiciales para alcanzar una mayor seguridad jurídica, en este caso mediante una sentencia del pleno de la sala».

Con tal designio, la referida resolución ha tratado de precisar los criterios jurídicos necesarios para determinar si el requerimiento de pago practicado cumple o no con su connatural carácter recepticio.

A este respecto, debe recordarse que, como ya estableció la Sala Primera, también de forma plenaria, en la STS 959/2022, de 21 de diciembre, dada la finalidad perseguida por el requerimiento de pago, este no puede reputarse «eficaz por el simple hecho de su

---

igual que la existencia de una infracción del RGPD y de una relación de causalidad entre dichos daños y perjuicios y esa infracción, de modo que estos tres requisitos son acumulativos» (aptdo. 32). En particular, «no puede considerarse que toda “infracción” de las disposiciones del RGPD dé lugar, por sí sola, al referido derecho a una indemnización a favor del interesado» (aptdo. 33); es decir, que una infracción del RGPD no conlleva necesariamente la existencia de daños y perjuicios, por lo que debe constatar que el interesado ha sufrido dichos daños, y que media, además, una relación de causalidad entre ambos elementos (esto es, entre el tratamiento ilícito y los daños en cuestión). Al respecto de esta sentencia, *vid.*, en nuestra doctrina, Orozco y Orozco (2023: 2-8).

<sup>68</sup> Al respecto de tales problemas, *vid.* Rubí Puig (2018: 59-82 y 2019: 202-226).



emisión» (FJ 2.º-3), sino que necesariamente debe entenderse que presenta un carácter recepticio, lo que exige una «constancia razonable de la recepción de la comunicación por el destinatario» (STS 604/2022, de 14 de septiembre, FJ 5.º-3<sup>69</sup>). Ahora bien, habida cuenta que el artículo 38.1 RLOPD –cuya letra c), recordemos, exige la concurrencia del requerimiento previo para poder presumir la licitud del tratamiento– no ha venido a tasar una forma especial de cumplimentar dicho requisito, la Sala Primera ha venido considerando que el carácter recepticio del requerimiento no exige la fehaciencia de su recepción, sino que esta «se puede considerar fijada a través de las presunciones o acreditada por cualquier medio de prueba (...) siempre que exista garantía o constancia razonable de ella» (STS 34/2024, de 11 de enero, FJ 2.º-8).

En consecuencia, los medios probatorios de la práctica del requerimiento no están tasados, de suerte que aquel no exige, para su debida realización, que se hayan utilizado sistemas como el burofax o el correo certificado con acuse de recibo. Al contrario, han llegado a estimarse pertinentes para confirmar su realización mecanismos tales como la remisión de correos electrónicos, de mensajes de texto por dispositivos móviles o, incluso, de comunicaciones escritas que forman parte de envíos masivos de requerimientos a través de los sistemas postales, pues esta mera circunstancia –esto es, el hecho de que la carta no se envíe de manera individual, sino como parte de una voluminosa remesa– no puede suponer una tacha del medio empleado, según es, a día de hoy, jurisprudencia bien asentada de la Sala Primera<sup>70</sup>.

En este sentido, la STS 991/2024, de 12 de julio<sup>71</sup>, ha señalado, en aplicación de la doctrina recién expuesta, que la garantía razonable de la recepción del requerimiento existe cuando «es idónea la dirección a la que se enviaron las cartas que incluían el requerimiento (...) y se acredita su admisión para envío por el servicio postal de correos»

---

<sup>69</sup> ECLI:ES:TS:2022:3261. En la misma dirección, *vid.* también las SSTs 436/2022, de 30 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2144); 81/2022, de 2 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:345); 854/2021, de 10 de diciembre y 672/2020, de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4204).

<sup>70</sup> *Vid.*, en este sentido, la paradigmática STS 1505/2023, de 27 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4548), que, haciendo acopio de la jurisprudencia previa recaída sobre la cuestión, declaró que el carácter recepticio de una comunicación no puede decaer por el mero hecho de pertenecer a un gran conjunto de ellas, pues tal circunstancia, de manera similar a si se hubiesen entregado de forma aislada, no impide su puesta a disposición del servicio postal de correos. Este servicio –que, de por sí, gestiona un ingente volumen de comunicaciones– no tiene la facultad de rechazar su admisión por estar incluida en un envío masivo que le es encomendado por el remitente para la ejecución completa del proceso postal; proceso que, entre otras cuestiones, debe garantizar los derechos de los usuarios, y del que, una vez aceptada la remesa, asume su responsabilidad [cfr. art. 3.12.b) de la Ley 43/2010, de 30 de diciembre, del servicio postal universal, de los derechos de los usuarios y del mercado postal].

<sup>71</sup> ECLI:ES:TS:2024:4084.

(FJ 2.º-2). Por tanto, si no hay constancia de su devolución –o de la devolución de envíos anteriores<sup>72</sup>–, ni se pone en evidencia circunstancia alguna de la que razonablemente quepa deducir que la notificación no llegó a su destino<sup>73</sup>, deberá concluirse que la comunicación fue recibida por el deudor, dándose así cumplimiento al carácter recepticio del requerimiento de pago, tal y como se resuelve, entre los pronunciamientos más recientes, en las SSTs 1373/2024, de 21 de octubre<sup>74</sup>; 649/2024, de 13 de mayo<sup>75</sup>; 601/2024<sup>76</sup>, 600/2024<sup>77</sup> y 599/2024<sup>78</sup>, de 6 de mayo; y 343/2024<sup>79</sup> y 342/2024<sup>80</sup>, de 11 de marzo.

#### **IV. LA INCLUSIÓN INDEBIDA EN FICHEROS DE MOROSOS: EL RERSARCIMIENTO DE LOS DAÑOS PADECIDOS POR INTROMISIONES ILEGÍTIMAS EN EL DERECHO AL HONOR**

La inclusión indebida de los datos relativos al incumplimiento de obligaciones dinerarias, financieras o de crédito en un fichero de morosos repercute negativamente, de manera directa, en los derechos fundamentales de los afectados, en un doble orden: el derecho a la protección de datos personales y el derecho al honor, amparados, respectivamente, en los artículos 18.4 y 18.1 CE<sup>81</sup>. No obstante, aunque cabía la posibilidad de que los conflictos planteados en este ámbito se concentraran en torno al primero de aquellos derechos, el tratamiento de estos litigios en el Tribunal Supremo se ha ubicado, de manera prácticamente uniforme, en la esfera del derecho al honor<sup>82</sup>.

Desde antiguo, la Sala Primera ha considerado que «la inclusión, faltando a la veracidad, por una entidad, en un registro de solvencia patrimonial –los llamados “registros de morosos”– implica un atentado al derecho del honor del interesado que ha aparecido en tal registro, erróneamente» (STS 284/2009, de 24 de abril, FJ 2.º). Con base

<sup>72</sup> Como acaeció, por ejemplo, en el caso resuelto por la STS 854/2021, de 10 de diciembre.

<sup>73</sup> Como bien argumenta en este sentido la STS 863/2023, de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2513), «no constando circunstancias de las que inferir razonablemente, es decir, con base en razones justificadas, no en meras hipótesis especulativas, que la carta no llegara a su destino, concluir que los elementos probatorios disponibles se pueden considerar suficientes para dar por acreditada la realización del requerimiento previo de pago exigido reglamentariamente no solo es racional, sino también razonable» (FJ 5.º-2).

<sup>74</sup> ECLI:ES:TS:2024:5187.

<sup>75</sup> ECLI:ES:TS:2024:2483.

<sup>76</sup> ECLI:ES:TS:2024:2147.

<sup>77</sup> ECLI:ES:TS:2024:2185.

<sup>78</sup> ECLI:ES:TS:2024:2146.

<sup>79</sup> ECLI:ES:TS:2024:1322.

<sup>80</sup> ECLI:ES:TS:2024:1324.

<sup>81</sup> Espín Alba (2020: 194); Rojano Martín (2023: 1865); Pérez Díaz (2023: 82).

<sup>82</sup> Blázquez Martín (2020: 3); Espín Alba (2020: 194).

en la definición negativa contenida en el artículo 7.7 LOPDH<sup>83</sup>, doctrinalmente se ha entendido que dicho derecho se halla integrado por dos aspectos o facetas: una de tipo interno, como sentimiento de la dignidad propia (inmanencia); y otra de carácter externo, que refiere a la dignidad personal reflejada en la consideración de los demás a la propia persona (trascendencia)<sup>84</sup>. Desde esta doble perspectiva, el Alto Tribunal ha declarado que la inclusión de datos personales en un fichero de morosos «afecta siempre al honor de su titular, porque existe una valoración social negativa de las personas incluidas en estos registros y porque la imputación de ser “moroso” lesiona la dignidad de la persona, menoscaba su fama y atenta a su propia estimación» (*vid.*, por todas, la STS 126/2022, de 17 de febrero, FJ 2.º-4<sup>85</sup>).

No obstante, como bien advierte esta misma resolución en el fundamento recién reproducido, el hecho de que la inclusión de datos en un fichero de morosos repercute sobre el derecho al honor no significa necesariamente que lo vulnere, pues para que exista tal transgresión, la inclusión debe constituir, en efecto, una intromisión *ilegítima* (cfr. art. 1.1 LOPDH), cuya existencia no se apreciará cuando «*estuviere expresamente autorizada por Ley*» (art. 2.2 LOPDH). Por tanto, la apreciación de una injerencia ilegítima en el derecho al honor exigirá valorar, de manera necesaria, si la inclusión de los datos personales en el fichero de morosos ha conculcado o no los presupuestos sentados en el artículo 20.1 LOPDGDD para presumir lícito su tratamiento<sup>86</sup>, tal como han sido modulados por la jurisprudencia desde la perspectiva específica de aquel bien protegido<sup>87</sup>.

Incardinado el debate en este ámbito, la aplicación de la LOPDH conduce a consecuencias de enorme calado en sede indemnizatoria –que, como es sabido, es uno de los remedios que el afectado puede activar en caso de intromisión ilegítima al derecho al honor (cfr. art. 9 LOPDH)–; principalmente, en materia probatoria y de plazo de la acción, que son las dos razones que, en buena medida, han explicado el recurso uniforme a esta vía. Así, respecto a lo primero, sucede que el artículo 9.3 LOPDH establece, siempre que se acredite la intromisión ilegítima en el derecho al honor, una presunción relativa a la existencia del perjuicio y la extensión de la indemnización al daño moral; presunción que,

---

<sup>83</sup> Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, *de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*.

<sup>84</sup> Torras Coll (2023: 2); Pérez Díaz (2023: 82); Espín Alba (2020: 195).

<sup>85</sup> ECLI:ES:TS:2022:634.

<sup>86</sup> Rojano Martín (2023: 1869); Alkorta Idiákez (2023: 358); Pérez Díaz (2023: 87); Sales Jiménez (2023: 5).

<sup>87</sup> *Vid.*, a este respecto, como cuestión más trascendente, la doctrina del enfoque funcional construida por la jurisprudencia en torno al requisito del previo requerimiento de pago [*supra* III.2.2)].

según es jurisprudencia reiterada, es de carácter *iuris et de iure* (*vid.* en este sentido, por todas, la STS 597/2024, de 6 de mayo<sup>88</sup>)<sup>89</sup>. Y, en lo que hace a lo segundo, el artículo 9.5 LOPDH establece que «[l]as acciones de protección frente a las intromisiones ilegítimas caducarán transcurridos cuatro años desde que el legitimado pudo ejercitarlas», de suerte que la acción indemnizatoria que se hace valer por esta vía goza de un plazo que, aunque de caducidad<sup>90</sup>, es ciertamente extenso<sup>91</sup>.

El perjuicio indemnizable se extiende, como aclara la propia resolución recién referenciada, tanto al daño patrimonial –lo que incluye los daños patrimoniales concretos, (verificables y cuantificables)<sup>92</sup>, difusos (pero también reales e indemnizables)<sup>93</sup> y derivados del desprestigio de la imagen de solvencia personal y profesional del afectado–, como al daño moral, que es aquel que «no afecta a los bienes materiales que integran el patrimonio de una persona, sino que supone un menoscabo de la persona en sí misma, de los bienes ligados a la personalidad, por cuanto que afectan a alguna de las características que integran el núcleo de la personalidad, como es en este caso la dignidad» (STS 597/2024, de 6 de mayo, FJ 2.º-6).

De entre todas las cuestiones que puede suscitar el ejercicio de este remedio, la más controvertida ha sido, precisamente, la cuantificación del daño moral, debido al carácter naturalmente etéreo de este tipo de partida. No obstante, la Sala Primera ha declarado de manera recurrente que «el hecho de que la valoración del daño moral no pueda obtenerse de una prueba objetiva no excusa ni imposibilita legalmente a los tribunales para fijar su cuantificación, a cuyo efecto ha de tenerse en cuenta y ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso» (STS 248/2023, de 14 de febrero, FJ 2.º<sup>94</sup>). En consecuencia,

---

<sup>88</sup> ECLI:ES:TS:2024:2173. En el FJ 2.º, apartado 6, de dicha sentencia, se afirma en este sentido, haciendo acopio de la doctrina previa de la Sala, que el artículo 9.3 LOPDH «establece una presunción “iuris et de iure” [establecida por la ley y sin posibilidad de prueba en contrario] de existencia de perjuicio indemnizable cuando se haya producido una intromisión ilegítima en el derecho al honor, como es el caso del tratamiento de datos personales en un registro de morosos sin cumplir las exigencias que establece la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, Protección de Datos de Carácter Personal».

<sup>89</sup> En la doctrina, sobre esta cuestión, *vid.* Sarazá Jimena (2011: 25-26); Blázquez Martín (2020: 4); Torras Coll (2023: 5); Pérez Díaz (2023: 97).

<sup>90</sup> *Vid.* v.gr. la STS 307/2014, de 4 de junio (ECLI:ES:TS:2014:2145).

<sup>91</sup> El *dies a quo*, como regla general, será el día de cancelación de los datos, salvo que esta no sea conocida por el perjudicado por causas que no le son imputables, en cuyo caso el comienzo del cómputo se aplaza hasta la fecha en que razonablemente pudo conocer tal cancelación [Blázquez Martín (2020: 16)].

<sup>92</sup> V.gr. el daño patrimonial derivado de que el afectado haya tenido que aceptar y abonar un interés remuneratorio más alto para poder obtener la financiación deseada, por hallarse incluidos sus datos en un fichero de morosos.

<sup>93</sup> V.gr. los daños derivados de la imposibilidad o dificultad para contratar un crédito o un servicio.

<sup>94</sup> ECLI:ES:TS:2023:446.

la valoración del daño moral consiste en una operación de naturaleza estimativa<sup>95</sup>; pero que, en cualquier caso, debe atender a los parámetros fijados en el artículo 9.3 LOPDH, que establece que dicho daño se calculará «*atendiendo a las circunstancias del caso y a la gravedad de la lesión efectivamente producida, para lo que se tendrá en cuenta, en su caso, la difusión o audiencia del medio a través del que se haya producido*». Así pues, guiados por las reglas del prudente arbitrio, los tribunales valorarán cada caso en función de las circunstancias concurrentes y en consideración de dichos parámetros, siendo los elementos más trascendentes aquellos que conectan con la afección al derecho al honor en su doble faceta interna y externa<sup>96</sup>.

En particular, a fin de valorar este último aspecto, adquirirá especial relevancia, como señala la STS 248/2023, de 14 de febrero, haciendo suya la doctrina jurisprudencial previa sobre la materia, «la divulgación que ha tenido tal dato, pues no es lo mismo que sólo hayan tenido conocimiento los empleados de la empresa acreedora y los de las empresas responsables de los registros de morosos que manejan los correspondientes ficheros, a que el dato haya sido comunicado a un número mayor o menor de asociados al sistema que hayan consultado los registros de morosos». Por tanto, aunque no se requiera la existencia de una divulgación efectiva de los datos para estimar una injerencia ilegítima en el derecho al honor<sup>97</sup>, la concurrencia de dicha circunstancia, y su concreto medio y radio de alcance, son factores que incrementan el valor del daño. En consecuencia, elementos tales como el número de consultas practicadas, o la cantidad de ficheros en que el deudor ha sido incluido y el tiempo que permaneció en los mismos (*vid. v.gr. la STS 598/2024, de 6 de mayo*<sup>98</sup>), aumentando así el riesgo de que su inclusión llegue a ser conocida por terceros<sup>99</sup>, repercuten de manera directa sobre la cuantía de la indemnización, acrecentándola.

Asimismo, la jurisprudencia también ha fijado como parámetro relevante para la ponderación el quebranto y la angustia producida por las gestiones que haya tenido que realizar el afectado para lograr la rectificación o cancelación de los datos incorrectamente tratados; resultado este –el de la rectificación o cancelación– que, en muchos casos, ni siquiera llega a conseguirse, a pesar de los múltiples esfuerzos del afectado en dicho

---

<sup>95</sup> Sarazá Jimena (2011: 26); Espín Alba (2020: 198); Pérez Díaz (2023: 98); Botana García (2023: 2).

<sup>96</sup> García Vicente (2023: 8).

<sup>97</sup> Blázquez Martín (2020: 4); Espín Alba (2020: 194); Torras Coll (2023: 2); Sales Jiménez (2023: 5).

<sup>98</sup> ECLI:ES:TS:2024:2144.

<sup>99</sup> Torras Coll (2023: 7).

sentido, agravando aún más la lesión efectivamente producida (*vid.* v.gr. la STS 281/2024, de 27 de febrero, FJ 5.º-2).

Por el contrario, resulta intrascendente, de cara a la cuantificación de la indemnización, la magnitud de la deuda registrada. En este sentido, la jurisprudencia ha reiterado que «la escasa cuantía de la deuda no disminuye la importancia del daño moral que le causó a la demandante la inclusión en los registros de morosos» (STS 1819/2023, de 21 de diciembre, FJ 3.º-2<sup>100</sup>), pues lo que importa es la intromisión; por lo que debe concluirse que no existe ninguna regla de proporcionalidad entre la cuantía de la deuda y la valoración del daño<sup>101</sup>. De la misma forma, la cuantía que alcance la sanción administrativa que haya podido merecer la misma conducta no puede influir en el *quantum* correspondiente a la indemnización de daños y perjuicios, dado que ambas clases de sanciones presentan finalidades diferentes (*vid.* v.gr. la STS 81/2015, de 18 de febrero<sup>102</sup>, FJ 5.º-10)<sup>103</sup>.

A partir de la consideración los criterios identificados, la fijación de la cuantía indemnizatoria para el resarcimiento de los daños causados queda –siempre dentro de los límites impuestos por el principio de congruencia con respecto a lo solicitado por el demandante– al prudente arbitrio de los tribunales de instancia, que, por razones de seguridad jurídica, y también para garantizar la igualdad ante la ley, pueden recurrir a la fijación de la indemnización por contraste –es decir, por comparación con las sumas concedidas en hipótesis semejantes–, a fin de alcanzar una cierta previsibilidad de las decisiones judiciales que guarde la debida proporción con las circunstancias (*vid.* v.gr. STS 647/2022, de 6 de octubre<sup>104</sup>)<sup>105</sup>.

No obstante, como la Sala Primera ha advertido en numerosas ocasiones, no resultan admisibles en este ámbito las indemnizaciones de carácter meramente simbólico, por dos motivos: primero, porque al tratarse el honor de un derecho salvaguardado por la

---

<sup>100</sup> ECLI:ES:TS:2023:5606.

<sup>101</sup> García Vicente (2023: 12).

<sup>102</sup> ECLI:ES:TS:2015:557.

<sup>103</sup> García Vicente (2023: 12).

<sup>104</sup> ECLI:ES:TS:2022:3606. Así, en el FJ 2.º, apartado 4, de dicha resolución, se explica que la indemnización reconocida en el caso por el Juzgado de Primera Instancia, además de ajustarse mejor a la doctrina jurisprudencial sobre los criterios establecidos en el artículo 9.3 LOPDH, «no puede considerarse excesiva si se compara con las que mayormente hemos reconocido en este tipo de casos, por lo que tampoco cabría hablar de inadecuación por contraste, como hemos señalado en la reciente sentencia 16/2022, de 13 de enero, o de cuantía desajustada, como dijimos en la sentencia 592/2021, de 9 de septiembre, al aludir a las reconocidas en esta clase de ocasiones tan solo por daño moral».

<sup>105</sup> García Vicente (2023: 13-14).

Constitución, su protección como un derecho real y efectivo determina la «exigencia de una reparación acorde con el relieve de los valores e intereses en juego vulnerados» (STS 597/2024, de 6 de mayo, FJ 2.º-6); y, segundo, porque las indemnizaciones simbólicas presentan un efecto disuasorio inverso; es decir, no disuaden «de persistir en sus prácticas ilícitas a las empresas que incluyen indebidamente datos personales de sus clientes en registros de morosos, pero sí (...) de entablar una demanda a los afectados que ven vulnerado su derecho al honor puesto que, con toda probabilidad, la indemnización no solo no les compensará el daño moral sufrido sino que es posible que no alcance siquiera a cubrir los gastos procesales si la estimación de su demanda no es completa» (STS 248/2023, de 14 de febrero, FJ 2.º).

En conexión con lo anterior, aunque la competencia para fijar la cuantía indemnizatoria compete, como se ha dicho, a los tribunales de instancia, excepcionalmente cabe revisar dicha cifra en casación cuando la resolución recurrida no se ajuste a los criterios establecidos en el artículo 9.3 LOPDH, o en caso de que incurra en error notorio, arbitrariedad o evidente desproporción –a cuyo fin cabrá recurrir al criterio de la adecuación indemnizatoria por contraste, al que se aludía anteriormente–, incluyendo, en fin, aquellos supuestos que deban ser considerados como indemnizaciones de carácter meramente simbólico<sup>106</sup>. En esta dirección, y como muestra ilustrativa reciente –entre muchas otras los últimos años– de la aplicación de los parámetros del artículo 9.3 LOPDH conforme a los criterios jurisprudenciales identificados *ut supra*, la STS 597/2024, de 6 de mayo, casa la sentencia recurrida para, asumiendo la instancia, incrementar la indemnización concedida, pues la cuantía inicialmente reconocida es calificada por el Alto Tribunal como una indemnización meramente simbólica. En particular, los elementos que la Sala Primera tiene presentes en el caso a fin de poder valorar si existe, por parte de la Audiencia, un «error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción en la cuantificación de la indemnización o si no tuvo en cuenta los criterios

---

<sup>106</sup> *Vid.* en este sentido, por todas, la STS 598/2024, de 6 de mayo, que en su FJ 2.º, apartado cuatro, recuerda que «[c]omo en otros anteriores (los resueltos por las sentencias 237/2019, de 23 de abril, 115/2019, de 20 de febrero, 604/2018, de 6 de noviembre y 388/2018, de 21 de junio), en el presente recurso solo cabe decidir si la indemnización fijada por la sentencia recurrida, se ajusta a lo previsto en el art. 9.3 LOPDH, respetando la jurisprudencia que considera excepcional la posibilidad de revisar en casación la cuantía de la indemnización. Es doctrina constante de la sala que la fijación de la cuantía de las indemnizaciones por resarcimiento de daños morales en este tipo de procedimientos es competencia de los tribunales de instancia, cuya decisión al respecto ha de respetarse salvo que no se hubiera atendido a los criterios que establece el precepto anteriormente citado o en caso de error notorio, arbitrariedad o notoria desproporción (por todas, sentencia 1476/2023, de 23 de octubre)».

que establece el art. 9.3 LODH», son circunstancias acreditadas como las siguientes: primero, que los datos del afectado fueron objeto de tratamiento en dos ficheros distintos durante más de un año; segundo, que dichos datos fueron consultados por un elevado número de entidades asociadas (en total, entre ambos registros, los datos del demandante llegaron a ser consultados hasta en sesenta ocasiones); y tercero, que el afectado trató de cancelar las anotaciones, sin que su solicitud fuese atendida, obligándole a acudir a la vía judicial. Así, tomando en consideración estas circunstancias, el Alto Tribunal pasa a apreciar que la indemnización reconocida en las sentencias de primera instancia y de apelación no es «razonable, ni proporcionada, no siendo acorde circunstancias del caso [sic]», y ello debido tanto al nivel de divulgación que llegaron a tener los datos del afectado en el supuesto –que, por más que no se tradujera en un concreto perjuicio económico, fueron consultados por un elevado número de entidades–, como por la zozobra y desasosiego que la conducta de la recurrida generó en su esfera personal. Parámetros todos ellos que, en fin, condujeron al Alto Tribunal a quintuplicar la indemnización inicialmente reconocida al afectado, tras apreciar que dicha cuantía inicial carecía de justo contenido reparador, debiendo ser considerada como una indemnización de carácter meramente simbólico.

## V. CONCLUSIONES

1. En los últimos años, la Sala Primera del Tribunal Supremo ha desarrollado una doctrina abundante y estable en la que ha modulado los requisitos establecidos en el artículo 20.1 LOPDGDD para poder presumir lícito el tratamiento de información crediticia negativa por los ficheros de morosos.

2. Conforme puede deducirse de la jurisprudencia más reciente del Alto Tribunal, a pesar de la literalidad del artículo 20.1.b) LOPDGDD, deben considerarse ilegítimos los tratamientos relativos a obligaciones que hayan sido objeto de disputa razonable por el deudor con carácter previo a su inclusión en el fichero, a pesar de que este no haya canalizado su oposición por alguna de las tres vías a las que expresamente alude dicho precepto. Esta interpretación flexible de la norma resulta, en mi opinión, plenamente certera y coherente con los principios de exactitud y de pertinencia de los datos tratados, pues, siempre que el deudor haya cuestionado legítimamente la existencia, exigibilidad o cuantía de la deuda, la ausencia de pago no será expresiva de su pasividad ni de su insolvencia, ni, por tanto, su inclusión en un fichero de morosos resultará proporcionada;



y ello con independencia del cauce a través del cual haya expresado su disenso, siempre que este resulte debidamente acreditado.

3. La Sala Primera ha reiterado que, en caso de que el deudor haya manifestado su disconformidad con la deuda por su carácter usurario con posterioridad a la inscripción en el fichero, dicho dato no podrá considerarse controvertido ni incierto en el momento en que se produce la comunicación. No obstante, el problema que aquí subyace no tiene que ver, bajo mi perspectiva, con el momento en que el deudor deba haber formulado su impugnación, sino con que, una vez constatado que la deuda registrada es nula, ese hecho contradice el presupuesto, establecido *ab initio* en el artículo 20.1.b) LOPDGDD, de que aquella fuese exigible, por lo que la comunicación inicialmente efectuada carecerá de base legitimadora, como han apuntado algunas voces de nuestra doctrina.

4. Aunque el artículo 20.1.c).I LOPDGDD no lo exija expresamente, es jurisprudencia bien asentada que el previo requerimiento de pago al deudor configura un requisito esencial para que el acreedor pueda comunicar legítimamente los datos relativos al incumplimiento a un fichero de morosos, lo que guarda plena coherencia con la *ratio* que legitima el tratamiento de datos por tales sistemas. Como recientemente ha insistido el Alto Tribunal, los medios probatorios de la práctica del requerimiento no están tasados, por lo que puede entenderse debidamente realizado siempre que exista garantía razonable de su recepción. No obstante, debe tenerse presente que en la Sala Primera se ha consolidado una doctrina interpretativa que adopta una visión funcional de dicha exigencia, y que lleva a afirmar que la omisión o práctica defectuosa del requerimiento no determinará una intromisión ilegítima en el honor del afectado en caso de que la inclusión en el fichero no presente en su caso un carácter sorpresivo, ora porque ya figure en algún registro de dicha naturaleza, ora porque deba ser considerado un deudor contumaz. Con todo, si este logra acreditar que dicha infracción ha resultado en un daño material o inmaterial –cuya existencia, alcance, cuantificación y relación de causalidad tendrá que probar–, entiendo que el afectado podrá articular una pretensión indemnizatoria por la vía del artículo 82 RGDP.

5. Producida una intromisión ilegítima en el derecho al honor del deudor afectado por la comunicación, el artículo 9.3 LOPDH establece una presunción *iuris et de iure* relativa a la existencia del perjuicio y la extensión de la indemnización al daño moral, cuya cuantificación consiste en una operación necesariamente estimativa que, debiendo atender a las circunstancias señaladas en dicho precepto, queda al prudente arbitrio de los

tribunales. No obstante, aunque la jurisprudencia ha fijado en este ámbito algunos parámetros relevantes para su ponderación, se echa en falta un desarrollo más preciso acerca de cómo influye cada elemento considerado en la valoración final de la indemnización.

### **Bibliografía**

- BERROCAL LANZAROT, A. I. (2019), *Estudio jurídico-crítico sobre la Ley orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (análisis conjunto de Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 y de la Ley Orgánica 3/2018 de 5 de diciembre)*, Ed. Reus, Madrid.
- BOTANA GARCÍA, G. A. (2023), «Indemnizados daños morales por inclusión en fichero de morosos», *Práctica de Derecho de Daños*, 154.
- BLÁZQUEZ MARTÍN (2020), «Guía básica de la jurisprudencia de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo sobre los ficheros de incumplimiento de obligaciones dinerarias», *La Ley Privacidad*, 6.
- COMISIÓN EUROPEA (2020), «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo: La protección de datos como pilar del empoderamiento de los ciudadanos y del enfoque de la UE para la transición digital: dos años de aplicación del Reglamento General de Protección de Datos» [COM(2020) 264 final], Bruselas, 24.6.2020 (pp. 1-23) (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES...>) (28.10.2024).
- CUENA CASAS, M. (2017), «Intercambio de información positiva de solvencia y funcionamiento del mercado de crédito», *InDret*, 3 (pp. 1-67) (<https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1323.pdf>) (28.10.2024).
- CUENA CASAS, M. (2022), «Intercambio de información positiva de solvencia y protección del consumidor», *Jueces para la democracia*, 103 (pp. 37-51) (<https://hdl.handle.net/20.500.14352/72695>) (28.10.2024).
- DÍEZ SOTO, C. M. (2020), «El régimen de los sistemas de información crediticia en la nueva legislación sobre protección de datos», en I. González Pacanowska (dir.), *Protección de Datos Personales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 505-557).
- ESPÍN ALBA, I. (2020), «Daño moral por intromisión ilegítima en el derecho al honor como consecuencia de la inclusión indebida en registros de morosos», *RIUS*, 46 (pp. 183-203) (<https://doi.org/10.35487/rius.v14i46.2020.531>) (28.10.2024).
- FELIÚ REY, J. (2016), «El Derecho de garantías mobiliarias en contexto: una aproximación global», *La Ley mercantil*, 29.
- FUENTES NAHARRO, M. (2023), «El requerimiento previo de pago al deudor previo a la inclusión en el fichero de “morosos”», *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 169 (pp. 313-314).
- GARCÍA HERNÁNDEZ, A. (2022), «Responsabilidad civil de encargados y responsables del tratamiento de datos en el Reglamento UE de Protección de

- Datos», *Revista CCESCO de Derecho de Consumo*, 41 (pp. 132-158) ([https://doi.org/10.18239/RCDC\\_2022.41.3102](https://doi.org/10.18239/RCDC_2022.41.3102)) (28.10.2024).
- GARCÍA VICENTE, J. R. (2023), «Daño moral y función disuasoria de la responsabilidad civil en los daños al honor: el caso de los ficheros de solvencia; jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Actualidad Civil*, 1.
- GÓMEZ FUENTES, A. (2023), «Sentencia de Pleno del Tribunal sobre el derecho al honor en un supuesto de inclusión de los datos personales en un fichero de morosos: estudio de la necesidad de requerimiento previo tras la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2018», *Diario La Ley*, Sección Reseña de Sentencias, 10206.
- GRIMALT SERVERA, P. (2020), «Intromisiones ilegítimas en los derechos al honor, a la intimidad y a la propia imagen: tutela civil versus tutela administrativa», en I. González Pacanowska (dir.), *Protección de Datos Personales*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia (pp. 309-372).
- GROSSI, V., GIANNOTTI, F., PEDRESCHI, D., MANGHI, P., PAGANO, P. y ASSANTE, M. (2021), «Data science: a game changer for science and innovation». *International Journal of Data Science and Analytics*, 11 (pp. 263–278) (<https://doi.org/10.1007/s41060-020-00240-2>) (28.10.2024).
- HERNÁNDEZ MANZANARES, A. (2024), «Requerimiento de pago precio a la inclusión en fichero de morosos», *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 10463.
- MAS BADÍA, M.<sup>a</sup> D. (2017), «Los ficheros de solvencia patrimonial en la proyectada nueva Ley Orgánica de Protección de Datos de carácter personal. ¿Un avance o una oportunidad perdida?», *Actualidad Civil*, 11.
- MAS BADÍA, M.<sup>a</sup> D. (2021), *Sistemas privados de información crediticia: Nueva regulación entre la protección de datos y el crédito responsable*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- OROZCO GONZÁLEZ, M. y OROZCO PARDO, G. (2023), «Tratamiento de datos personales y responsabilidad civil. Comentario a la STJUE de 4 de mayo de 2023», *La Ley Privacidad*, 16.
- PÉREZ DÍAZ, R. (2023), «La vulneración del derecho al honor por la inclusión indebida en los ficheros de morosos y en la Central de Información de Riesgos del Banco de España (CIRBE)», *Revista de Derecho Civil*, 10 4) (pp. 61-104) (<https://nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/view/843>) (28.10.2024).
- PLATERO ALCÓN, A. (2024), «Apuntes críticos en relación con la reciente interpretación jurisprudencial de los ficheros de información crediticia», *RCDI*, 802 (pp. 1233-1272).
- PLAZA PENADÉS, J. (2020), «Protección de datos y sistemas de información crediticia en la Ley reguladora de los créditos inmobiliarios», en *La nueva regulación de los contratos de crédito inmobiliario* (Coord.: C. CASTILLO MARTÍNEZ), Ed. La Ley, Madrid (pp. 1053-1081).
- ROJANO MARTÍN, N. (2023), «Inclusión en ficheros de morosos: cuatro sentencias de Pleno de 20 y 21 de diciembre de 2022 con las que el Tribunal Supremo ha sentado doctrina», *ADC*, 76(4) (pp. 1843-1882) (<https://doi.org/10.53054/adc.v76i4.10316>) (28.10.2024).

- RUBÍ PUIG, A. (2018), «Daños por infracciones del derecho a la protección de datos personales: El remedio indemnizatorio del artículo 82 RGPD», *Revista de Derecho Civil*, 5(4) (pp. 53-87) (<https://www.nreg.es/ojs/index.php/rdc/article/view/354>) (28.10.2024).
- RUBÍ PUIG, A. (2019), «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», *Derecho Privado y Constitución*, 34 (pp. 197-232) (<https://doi.org/10.18042/cepc/dpc.34.05>) (28.10.2024).
- SALES JIMÉNEZ, R. (2023), «Protección de datos personales y el derecho al honor en sistemas de información crediticia», *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 10407.
- SARAZÁ JIMENA (2011), «Responsabilidad civil por la indebida inclusión en un registro de morosos», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 7 (pp. 105-132).
- TORRAS COLL, J. M.<sup>a</sup> (2023), «Acotaciones a la indebida inclusión en los ficheros de morosidad», *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 10263.
- TORO PUIG, F. (2017), «Ficheros de solvencia y vulneración del derecho a la intimidad», *Diario La Ley*, Sección Doctrina, 8964.
- URTASUN RODRÍGUEZ-ANDIA, E., DELGADO HENDERSON, M. y ALARCÓN DÁVALOS, Á. (2023), «Inscripciones en ficheros de morosos: novedades jurisprudenciales en materia de derecho al honor», *Diario La Ley*, Sección Tribuna, 10232.

### ***Relación jurisprudencial***

#### ***Tribunal de Justicia de la Unión Europea***

STJUE (Sala 3.<sup>a</sup>) de 4 de mayo de 2023 (asunto C-300/21) (ECLI:EU:C:2023:370)

#### ***Tribunales españoles***

##### ***Tribunal Constitucional***

STC (Sala 2.<sup>a</sup>) 23/2022, de 21 de febrero (ECLI:ES:TC:2022:23)

##### ***Tribunal Supremo***

STS (Sala 1.<sup>a</sup>) 1373/2024, de 21 de octubre (ECLI:ES:TS:2024:5187)

STS (Sala 1.<sup>a</sup>) 991/2024, de 12 de julio (ECLI:ES:TS:2024:4084)

STS (Sala 1.<sup>a</sup>) 651/2024, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:2484)

STS (Sala 1.<sup>a</sup>) 650/2024, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:2482)

STS (Sala 1.<sup>a</sup>) 649/2024, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:2483)

STS (Sala 1.<sup>a</sup>) 648/2024, de 13 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:2491)

STS (Sala 1.<sup>a</sup>) 602/2024, de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:2148)

STS (Sala 1.<sup>a</sup>) 601/2024, de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:2147)

STS (Sala 1.<sup>a</sup>) 600/2024, de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:2185)

STS (Sala 1.<sup>a</sup>) 599/2024, de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:2146)

STS (Sala 1.<sup>a</sup>) 598/2024, de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:2144)

STS (Sala 1.<sup>a</sup>) 597/2024, de 6 de mayo (ECLI:ES:TS:2024:2173)

STS (Sala 1.<sup>a</sup>) 343/2024, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2024:1322)

STS (Sala 1<sup>a</sup>) 342/2024, de 11 de marzo (ECLI:ES:TS:2024:1324)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 280/2024, de 27 de febrero (ECLI:ES:TS:2024:954)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 281/2024, de 27 de febrero (ECLI:ES:TS:2024:977)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 53/2024, de 16 de enero (ECLI:ES:TS:2024:140)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>), Pleno, 34/2024, de 11 de enero (ECLI:ES:TS:2024:64)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 1819/2023, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2023:5606)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 1794/2023, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2023:5596)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 1505/2023, de 27 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4548)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 1476/2023, de 23 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4603)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 863/2023, de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2023:2513)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 248/2023, de 14 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:446)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 185/2023, de 7 de febrero (ECLI:ES:TS:2023:724)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 960/2022, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4491)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 959/2022, de 21 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4490)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>), Pleno, 945/2022, de 20 de diciembre (ECLI:ES:TS:2022:4607)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 1477/2022, de 23 de octubre (ECLI:ES:TS:2023:4537)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 647/2022, de 6 de octubre (ECLI:ES:TS:2022:3606)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 609/2022, de 19 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3389)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 604/2022, de 14 de septiembre (ECLI:ES:TS:2022:3261)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 436/2022, de 30 de mayo (ECLI:ES:TS:2022:2144)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 126/2022, de 17 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:634)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 81/2022, de 2 de febrero (ECLI:ES:TS:2022:345)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 854/2021, de 10 de diciembre (ECLI:ES:TS:2021:4798)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 592/2021, de 9 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3295)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 62/2021, de 8 de febrero (ECLI:ES:TS:2021:247)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 672/2020, de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS:2020:4204)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 422/2020, de 14 de julio (ECLI:ES:TS:2020:2517)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 563/2019, de 23 de octubre (ECLI:ES:TS:2019:3347)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 245/2019, de 25 de abril (ECLI:ES:TS:2019:1321)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 174/2018, de 23 de marzo (ECLI:ES:TS:2018:962)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 114/2016, de 1 de marzo (ECLI:ES:TS:2016:796)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 68/2016, de 16 de febrero (ECLI:ES:TS:2016:492)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 740/2015, de 1 de marzo (ECLI:ES:TS:2015:5445)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 81/2015, de 18 de febrero (ECLI:ES:TS:2015:557)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 672/2014, de 19 de noviembre (ECLI:ES:TS:2014:5101)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 312/2014, de 5 de junio (ECLI:ES:TS:2014:2256)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 307/2014, de 4 de junio (ECLI:ES:TS:2014:2145)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 12/2014, de 22 de enero (ECLI:ES:TS:2014:355)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 176/2013, de 6 de marzo (ECLI:ES:TS:2013:1715)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>) 13/2013, de 29 de enero (ECLI:ES:TS:2013:545)  
STS (Sala 1<sup>a</sup>), Pleno, 284/2009, de 24 de abril (ECLI:ES:TS:2009:2227)

## CRÓNICA JURISPRUDENCIAL (X): SEPTIEMBRE-DICIEMBRE 2024

JOSÉ-RAMÓN GARCÍA VICENTE

Letrado del Gabinete Técnico del Tribunal Supremo, *Civil*  
Catedrático de Derecho Civil

### *Cómo citar / Citation*

García Vicente, J. R. (2024).

Crónica jurisprudencial (X): septiembre – diciembre 2024

*Cuadernos de Derecho Privado*, 10, pp. 214-235

DOI: <https://doi.org/10.62158/cdp.72>

(Recepción: 15/12/2024; aceptación: 23/12/2024; publicación: 30/12/2024)

### **Resumen**

Esta crónica da cuenta de la última doctrina de la sala primera del Tribunal Supremo, también de las sentencias de pleno, sobre diferentes materias. De igual manera refiere y resume algunas de las últimas sentencias del TJUE y del TS sobre materias propias del Derecho privado.

### **Palabras clave**

*Alquiler turístico; curatela; daños por infracción del Derecho de la competencia; evaluación de la solvencia del consumidor de crédito; filiación; obligación de alimentos; prueba biológica.*

### **Abstract**

This his chronicle summarizes the most recent doctrine of the Spanish Supreme Court, including plenary judgements, on different topics. Likewise, it gives notice and outlines some of the last rulings of the ECJ and the Spanish Supreme Court on private law matters.

### **Keywords**

*Tourist rental; guardianship; damages for infringement of competition law; assessment of consumer creditworthiness; filiation; maintenance obligation; biological evidence.*

1.- La lectura de algunos libros viejos -en honor a la verdad, pocos- corrobora el brocardo *nihil novum sub sole* o, si no se confirma, nos obliga a volver a él. Así, por ejemplo, las páginas que dedica Mariano José de Larra (1809-1837) al peliagudo asunto de la vivienda en la capital del Reino (asunto el de la vivienda tan propicio a matar moscas a cañonazos) en “Las casas nuevas” escrita en 1833 y recogida en la antología dispuesta por Azorín, *Artículos de costumbres*, Espasa Calpe, Madrid, -manejo la 15.<sup>a</sup> edición, de 1980-. Me permito reproducir un fragmento:

“Los caseros, más que el interés público, consultan el suyo propio: *aprovechemos el terreno*; ése es su principio; *apiñemos gente en estas diligencias paradas, y vivan todos como de viaje*: cada habitación es en el día un baúl en que están las personas empaquetadas de pie, y las cosas en la posición que requiere su naturaleza; tan apretado está todo, que en caso de apuro todo podría viajar junto sin romperse. Las escaleras son cerbatanas, por donde pasa la persona como la culebra que se roza entre dos piedras para soltar su piel. Un poco más de hombre o un poco menos de escalera, y serán una sola cosa hombre y escalera”.

Y ya que estamos, antes de dar cuenta de nuestra *Crónica*, recomiendo un libro que no conocía hasta hace bien poco, por si hay alguien tan distraído como yo. Se trata de *El analista jurídico. Una panoplia para pensar en el Derecho*, escrito por [Ward Farnsworth](#), traducido al castellano por R. Girbau (Thomson Reuters Aranzadi, 2020); véase la reseña de P. Marina en [almacén de derecho](#). He disfrutado.

En este periodo también se ha producido el cese por jubilación del que ha sido en la última década presidente de la sala primera del Tribunal Supremo, F. Marín Castán, hijo de [P. Marín Pérez](#) (catedrático de Derecho civil y revisor de partes del comentario al *Código civil* de Q. M. Scaevola) y pariente, también, del conocido por generaciones de civilistas, [J. Castán Tobeñas](#) que fuera largos años presidente del Tribunal (1945-1967). Los tribunales son sobre todo las personas que los encarnan y sus funciones solo cobran sentido coloreadas con ellas. Durante ese largo periodo ha sido ponente en centenares de sentencias -más de mil setecientas arroja la consulta al Cendoj- y son más de treinta las sentencias de pleno que llevan su sello: entre ellas, además de las numerosas referidas a la Ley 57/1968, de 27 de julio, *sobre percibo de cantidades anticipadas en la venta y construcción de viviendas*, cabe destacar las relativas a las estaciones de servicio y Derecho de la competencia ([310/2011, de 11 de mayo](#); [311/2011, de 9 de mayo](#); [31/2011, de 15 de febrero de 2012](#) y [543/2015, de 20 de octubre](#)) o la [sentencia 207/2020, de 29 de mayo](#) que resolvió sobre la adquisición de la nacionalidad española por los nacidos en el antiguo Sáhara español -véase sobre ella, Celia Martínez Escribano: [Derecho privado y Constitución 38 \(2021\), 49-79](#)-.

2.- En este periodo las sentencias de pleno son las siguientes. (i) Las sentencias [1232/2024, de 3 de octubre](#) (P. J. Vela Torres) y [1233/2024, de 3 de octubre](#) (J. L. Seoane Spiegelberg) sobre la interpretación del artículo 17.12.º LPH, referido a las viviendas para el alquiler turístico. Estas sentencias han dado lugar a varios comentarios: entre ellos, Guillermo Cerdeira:



*Actualidad civil* 11(2024). (ii) La sentencia [1469/2024, de 6 de noviembre](#) (P. J. Vela Torres) sobre la indemnización de los daños en caso de fijación de precios reputada contraria al Derecho de la competencia en las gasolineras -y en su senda, las sentencias [1474/2024, de 7 de noviembre](#) (I. Sancho Gargallo) y [1475/2024, de 7 de noviembre](#) (R. Sarazá Jimena). Solo daremos cuenta de la primera de estas tres. (iii) La sentencia [1449/2024, de 4 de noviembre](#) (M<sup>a</sup> Á. Parra Lucán) sobre poderes preventivos otorgados antes de la Ley 8/2021: en particular, examina el alcance de su Disposición transitoria 3.<sup>a</sup>

(i) Las sentencias [1232/2024, de 3 de octubre](#) (P. J. Vela Torres) y [1233/2024, de 3 de octubre](#) (J. L. Seoane Spiegelberg) se refieren a la interpretación del artículo 17.12.º LPH, más en concreto si la prohibición del ejercicio de actividades turísticas es una limitación posible (en ambos casos se impugnó el acuerdo que la establecía; la sala decide, fundamento de derecho 6.º de la primera sentencia -y la misma conclusión alcanza la segunda- que “[e]l art. 17.12 LPH permite la prohibición de la actividad de alquileres turísticos si el acuerdo se adopta por la doble mayoría de tres quintos”).

El apartado 12 del precepto, relativo a los acuerdos de la junta y que introdujera el RDL 1/2019, de 1 de marzo, *de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler*, tiene el siguiente tenor literal: “El acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, *de Arrendamientos Urbanos* [excluye de la ley “La cesión temporal de uso de la totalidad de una vivienda amueblada y equipada en condiciones de uso inmediato, comercializada o promocionada en canales de oferta turística o por cualquier otro modo de comercialización o promoción, y realizada con finalidad lucrativa, cuando esté sometida a un régimen específico, derivado de su normativa sectorial turística”], en los términos establecidos en la normativa sectorial turística, suponga o no modificación del título constitutivo o de los estatutos, requerirá el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que, a su vez, representen las tres quintas partes de las cuotas de participación. Asimismo, esta misma mayoría se requerirá para el acuerdo por el que se establezcan cuotas especiales de gastos o un incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda donde se realice dicha actividad, siempre que estas modificaciones no supongan un incremento superior al 20%. Estos acuerdos no tendrán efectos retroactivos”.

En primer término, en la sentencia [1232/2024, de 3 de octubre](#) (P. J. Vela Torres) el Tribunal justifica en el fundamento de derecho 4.º la “legitimidad de las prohibiciones de uso de los



elementos privativos en el régimen de la propiedad horizontal y su conformidad con la Constitución”. Así concluye en el apartado 3 de este fundamento:

“En conclusión, de la doctrina jurisprudencial expuesta resulta que en el régimen de propiedad horizontal es perfectamente legítimo, a los efectos de conciliar los intereses estrictamente privativos con los generales concurrentes inherentes a su naturaleza jurídica, establecer restricciones o prohibiciones a las facultades de goce que, con respecto a los pisos o locales del inmueble, corresponden a sus propietarios. Siempre que se trate, claro está, de un acuerdo adoptado conforme a derecho y con los límites derivados del art. 1255 del CC, sin que los arts. 33 (derecho a la propiedad privada) y art. 38 (libertad de empresa) reconocidos por la Constitución, vedan unas limitaciones de tal clase.”

(...) En definitiva, impedir el uso para alquiler turístico constituye una prohibición, que es legítima y que, por lo tanto, no cabe negar, dado que no altera el contenido esencial del derecho de propiedad. O dicho de otra forma, las facultades de los propietarios, para definir el destino de sus pisos o locales, no son omnímodas, sino susceptibles de ser sometidas a límites tanto legales como convencionales. Ello es así, dado que la titularidad dominical de los comuneros no abarca una relación de pertenencia absoluta con facultades inquebrantables de gozar y disponer, puesto que caben legítimas restricciones al *agere licere* (al actuar permitido) que les corresponde y, específicamente, en el régimen de la propiedad horizontal.”

En segundo lugar, aborda el problema principal en el fundamento de derecho 6.º, apartado 2-:

“[2.]La cuestión controvertida, que constituye el objeto de este proceso y del recurso de casación, consiste en determinar si la expresión normativa del art. 17.12 LPH, referente al “acuerdo por el que se limite o condicione el ejercicio de la actividad a que se refiere la letra e) del artículo 5 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos”, permite la prohibición de tal destino. O si, por el contrario, una decisión de tal clase constituye un acto jurídico *contra legem* (contra lo dispuesto en la ley), impugnabile por la vía del art. 18 LPH; toda vez que, de acuerdo con la interpretación literal por la que opta la sentencia recurrida, “condicionar” o “limitar” no comprende prohibir. Cabe precisar que no nos encontramos ante un supuesto de interpretación de una norma estatutaria bajo los condicionantes restrictivos antes explicitados con la oportuna cita jurisprudencial, sino ante la interpretación de un concreto precepto legal, a los efectos

de dilucidar si la nueva redacción del art. 17.12 LPH permite a la comunidad de vecinos adoptar un acuerdo, por las mayorías explicitadas, que vede el uso de alquiler turístico. [3.] Conforme a lo dispuesto en el art. 3.1 CC, la interpretación de las normas jurídicas deberá llevarse a efecto “según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”. Es decir, conforme a los tradicionales criterios literal, sistemático, histórico, sociológico y teleológico, que no conforman un *numerus clausus* que vede la posibilidad de acudir a otros criterios interpretativos.

En cualquier caso, el precepto otorga preeminencia al espíritu y finalidad pretendida por la norma, que se identifica con la *ratio* o razón de ser que la justifica, lo que conduce a que el intérprete no deba detenerse en la mera exégesis gramatical, sino prestar atención a los otros criterios del art. 3.1 del CC, entre los que destaca la prevalencia del teleológico o fin de la norma; es decir, el “por qué” y “para qué” fue dictada”.

[4.] Desde un punto de vista semántico, la expresión legal “limite o condicione” establece dos supuestos distintos y alternativos, uno de menor intensidad (el condicionamiento) y otro de mayor alcance (la limitación), y dentro de esta última nada impide que la limitación pueda llegar a la prohibición de la actividad.

Según el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, “limitar” no solo significa “poner límites a algo”, sino también, “fijar la extensión que pueden tener la autoridad o los derechos y facultades de alguien”. Es decir, la posibilidad de limitación conferida legalmente a las comunidades de propietarios de limitar la actividad de pisos turísticos en el inmueble puede suponer también su completa prohibición, que sería el máximo del límite.

Interpretación gramatical que queda reforzada por el significado de “límite” en el *Diccionario Panhispánico del Español Jurídico*: “Delimitación de un territorio, de un derecho o del ámbito de las competencias administrativas o jurisdiccionales”. Lo que ha hecho el legislador es permitir que las comunidades puedan delimitar el ejercicio de la actividad de pisos turísticos, lo que, en su caso, incluye la posibilidad de su prohibición.

[5.] En cuanto a la interpretación teleológica, a los efectos de determinar la finalidad pretendida por las leyes, la jurisprudencia suele acudir a sus preámbulos o exposiciones de motivos, en tanto en cuanto constituyen un instrumento privilegiado para desvelar la razón de ser de su regulación normativa (sentencias [205/2001](#), de 27 de febrero [J.

Almagro]; [877/2024, de 19 de junio](#) [J. L. Seoane]; [929/2024, de 1 de julio](#) [P. Vela]; y [1015/2024, de 17 de julio](#) [M<sup>a</sup> Á. Parra], entre otras muchas).

El preámbulo del RDL 7/2019, de 1 de marzo, *de medidas urgentes en materia de vivienda y alquiler*, justifica precisamente la urgencia de su aprobación con fundamento en las dificultades de los ciudadanos de acceso a la vivienda en régimen de alquiler, así como por haberse generado, en los últimos tiempos, un notorio incremento de las rentas, y, consecuentemente, de los porcentajes de esfuerzo de los ingresos familiares para cubrir las necesidades de habitación; y así señala:

“No cabe duda de que, aunque pueden existir diversos factores que explican este incremento de los precios, el fenómeno creciente del alquiler turístico de vivienda a través de plataformas p2p incide en un contexto en el que, además, la demanda de vivienda en alquiler está creciendo con intensidad”.

Y añade que:

“En materia de viviendas de uso turístico, también se recoge en el título II una reforma del régimen de propiedad horizontal que explicita la mayoría cualificada necesaria para que las comunidades de propietarios puedan limitar o condicionar el ejercicio de la actividad, o establecer cuotas especiales o incremento en la participación de los gastos comunes de la vivienda, en el marco de la normativa sectorial que regule el ejercicio de esta actividad y del régimen de usos establecido por los instrumentos de ordenación urbanística y territorial”.

Conforme a estas intenciones expresas del legislador, el espíritu y finalidad de la norma no es contrario, sino que propicia precisamente la interpretación de que la limitación de la actividad del alquiler turístico comprenda su prohibición. La voluntad del legislador es proclive a favor del arrendamiento residencial frente al alquiler turístico, que se pretende restringir con la finalidad de incrementar el parque de viviendas para la venta y arrendamiento, con la natural repercusión sobre los precios y correlativa reducción del esfuerzo de las economías familiares. Condicionar o restringir el ejercicio de aquella actividad no soluciona, al menos, en la misma medida, la problemática de las dificultades de acceso a la vivienda, que se pretenden corregir por medio de tal disposición normativa.

[6.] Por otra parte, atribuir dichas facultades a los propietarios encuentra su fundamento en la consideración de que el desarrollo de una actividad de tal clase puede generar molestias y perjuicios -de ahí la posibilidad de condicionarla o restringirla que nadie

cuestiona, puesto que si se tratase de una actividad meramente inocua la modificación carecería de sentido- que la realidad social constata, especialmente en zonas de mayor incidencia turística, en las que el ocio difícilmente se concilia con el descanso de los ocupantes de las viviendas con fines residenciales, que son, en su caso, quienes adoptarán el acuerdo limitativo, siempre que reúnan la mayoría cualificada de los 3/5 del número de propietarios y cuotas de participación impuesta por la ley, que respeta la regla de la proporcionalidad de la medida en cuanto a los intereses en conflicto.

[7.] Tampoco consideramos que las únicas posibilidades que el art. 17.12 LPH oferta a los propietarios con respecto a las molestias y perjuicios derivados del alquiler turístico sean las del art. 7.2 LPH; es decir, una vez producidos, reaccionar frente a ellos a través de lo dispuesto en este precepto, cuando las propias normas estatutarias posibilitan vedar de antemano determinadas actividades que permitan delimitar a los copropietarios la finalidad fundamentalmente residencial de sus inmuebles, sin que la vida vecinal se vea alterada por actividades económicas que la experiencia demuestra introducen un elemento perturbador en la convivencia comunitaria.

En este sentido, los intereses de la colectividad expuestos en el RDL 7/2019, y los generales de los propietarios de los pisos y locales, convergen en cuanto a la problemática derivada del alquiler turístico, siempre que concurren los presupuestos del art. 17.12 LPH, que operan como excepción al régimen de la unanimidad. Como ya se ha expuesto, el Tribunal Constitucional ha reconocido que las restricciones legales o estatutarias al derecho de goce de los pisos en comunidades de vecinos no son, por sí mismas, contrarias al art. 33 CE, siempre que obedezcan a la función social de la propiedad privada (SSTC [301/1993, de 21 de octubre](#) [C. Viver], y [28/1999, de 8 de marzo](#) [P. Cruz Villalón]). Dentro de esta función social, es una aspiración legítima de una comunidad de propietarios la evitación de potenciales molestias para el resto de los vecinos (art. 7.2 LPH) y de posibles conflictos de convivencia entre los propietarios y los indeterminados y ocasionales usuarios de uno o varios de los departamentos.

[8.] Finalmente, el art. 17.12 LPH supone una excepción a la regla de la unanimidad (cada vez más en retroceso, tras las últimas reformas legales, como demuestra la modificación de la LPH por el Real Decreto-ley 8/2023, de 27 de diciembre), al introducir la doble mayoría de tres quintos, por lo que sería contradictorio someter la prohibición de los alquileres turísticos al régimen de unanimidad, puesto que ello sería tanto como

hacerla imposible, ya que bastaría el voto en contra del propietario del piso en el que se pretende ejercer la actividad para impedirlo”.

Creo que merece la pena reproducir el pasaje en que se añade otro argumento respecto al significado de “limitar” -o mejor, una distinta perspectiva del mismo argumento- en la sentencia [1233/2024, de 3 de octubre](#) (J. L. Seoane Spiegelberg), fundamento de derecho 3.º, apartado 3.4:

“Por otra parte, sinónimo de limitar es también condicionar. No tiene sentido que cuando el legislador emplea ambos términos lo haga de forma redundante, y no para ampliar los contornos de las posibilidades que ofrece el art. 17.12 de LPH. Este precepto constituye precisamente una excepción al régimen de la unanimidad para conseguir que el acuerdo comunitario de veto al alquiler turístico sea posible en derecho. Si no, bastaría con la oposición de quien quiera destinar el inmueble a tal actividad para que el uso turístico deba tolerarse, generándose entonces la problemática derivada de la imposición de condiciones que lo hiciesen inviable en la práctica con la rica problemática judicial e incremento de la litigiosidad que generaría”.

(ii) La sentencia [1469/2024, de 6 de noviembre](#) (P. J. Vela Torres) se refiere a una acción de daños por infracción de las normas de Derecho de la competencia, en particular, en el caso de daños por fijación de precios -con la imposibilidad de descuentos- impuesta por el distribuidor a la estación de servicio. En el caso la sentencia revoca la estimatoria de apelación de la pretensión indemnizatoria de la estación de servicio porque falta la conexión entre la infracción (en el caso, la fijación de precios por la imposibilidad efectiva de practicar descuentos, y el daño).

Las cuestiones que resuelve el pleno de la sala son dos: por un lado, los efectos de la nueva doctrina del TJUE, Sala 1.ª, de [20 de abril de 2023, C-25/21, Repsol](#), sobre la propia doctrina de la sala respecto al valor y eficacia vinculante de las resoluciones de las autoridades de la competencia corroboradas judicialmente (fundamento de derecho 2.º). Por otro lado, qué daño es indemnizable o mejor qué hay que acreditar para obtener la indemnización de algún daño. Y así en el fundamento de derecho 5.º, apartados 1-, afirma:

“[1.] Como regla general, las infracciones del Derecho de la competencia conllevan la indemnización de daños y perjuicios causados a los perjudicados. Y así lo estableció el art. 6 del Reglamento CE 1/2003, de 16 de diciembre de 2002, *relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado*: “Los

tribunales ordinarios salvaguardan los derechos subjetivos que emanan del Derecho comunitario al pronunciarse sobre los litigios entre particulares, por ejemplo, mediante el resarcimiento de daños y perjuicios a los afectados por la comisión de infracciones”. Resarcimiento que ya había sido admitido por el Tribunal de Justicia al reconocer que correspondía al juez civil nacional declarar la nulidad de los acuerdos o contratos contrarios a la competencia y decretar sus consecuencias [SSTJC de [28 de febrero de 1991](#) (*Delimitis*), [18 de septiembre de 1992](#) (*Automec*) y [20 de abril de 1998](#) (*Cabour*)]. Seguidas por las sentencias de esta sala de 2 de junio de 2000 ([540/2000, de 2 de junio](#) [F. Marín], *Disa*), 2 de marzo de 2001 ([202/2001, de 2 de junio](#) [A. Villagómez], caso *Mercedes Benz*) y 15 de marzo de 2001 ([232/2001, de 15 de marzo](#) [L. Martínez-Calce-rada], *Petronor*), siendo desde entonces jurisprudencia constante e incontrovertida. Y en el desarrollo de la protección del perjudicado por la conducta infractora, la jurisprudencia comunitaria ha reconocido a cualquier perjudicado por el incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia el derecho a ser indemnizado por quien causó el daño [SSTJCE [20 de septiembre de 2001](#) (C-453/99, *Courage*) y [13 de julio de 2006](#) (C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*)].

[2.] Las prácticas restrictivas de la competencia no sólo lesionan el interés general, al falsear la libre competencia en el mercado, sino que también pueden lesionar y generar daños en los patrimonios de los operadores económicos intervinientes en el mercado. De ahí que el TJUE haya anudado a la nulidad de pleno derecho de la práctica, el derecho al resarcimiento a favor del perjudicado por la infracción del Derecho de la Competencia.

En el ámbito en el que se desenvuelve este litigio, el fundamento ineludible de cualquier reclamación de daños y perjuicios es la existencia de una conducta calificable como pacto o práctica colusoria prohibida por el art. 101 TFUE o por el art. 1 LDC, o como abuso de posición de dominio prohibida por el art. 102 TFUE o por el art. 2 LDC, que sea apta para causar un quebranto patrimonial al demandante.

Conforme a la jurisprudencia comunitaria, el perjuicio susceptible de indemnización puede ser tanto un daño material como el lucro cesante, incluyendo los intereses legales (STJCE de y [13 de julio de 2006](#), *Manfredi*). Los daños materiales más comunes provienen de la pérdida de ventas, de clientela o de reducción del volumen de negocios; y el lucro cesante de la pérdida de una oportunidad contractual frustrada por la conducta ilícita.

Y en nuestra jurisprudencia (por ejemplo, sentencias [289/2009, de 5 de mayo](#) [J. Corbal], y [662/2012, de 12 de noviembre](#) [I. Sancho]), tenemos declarado que “el art. 1106 CC señala como concepto indemnizatorio el de “la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor”, es decir, los incrementos patrimoniales que el acreedor esperaba obtener y que se han visto frustrados por la actuación de la parte contraria (STS [175/2009, de 16 de marzo](#) [A. Salas])”, cuya fijación, en cuanto que se refiere a beneficios futuros, debe obtenerse “mediante apreciaciones prospectivas, fundadas en criterios objetivos de experiencia, entre los que pueden servir los que operan en el mundo económico, contable, actuarial, asistencial o financiero según las disciplinas técnicas o científicas correspondientes, de acuerdo con el examen y ponderación de las circunstancias de cada asunto (STS [274/2008, de 21 de abril](#) [J. A. Xiol])”.

[3.] Sobre esta base, la cuestión no consiste en negar que Husco hubiera podido comerciar en el mercado libre, sino si la conducta anticoncurrencial imputada a Repsol le ha causado un perjuicio patrimonial y, en tal caso, cuáles son los perjuicios que se le han irrogado por tener que estar sometida como distribuidora a un sistema de fijación de precios finales de venta al público.

En la demanda se solicitó, resumidamente, la condena de Repsol a indemnizar a la demandante en la cantidad resultante -desde el 6 de marzo de 1997- de aplicar la diferencia entre: la media anual del precio de transferencia de Repsol a Husco (minuyendo) y los precios de venta más favorables aplicados a otros suministradores sin fijación de precios (sustraendo).

De inicio, dicha pretensión no identifica correctamente la conducta colusoria declarada, pues la fijación de precios que infringe el Derecho de la competencia no es la del precio de venta del fabricante al distribuidor, sino la imposición por el fabricante del precio final de venta al público por el distribuidor.

Lo que consideró antijurídico y sancionable la CNC en su resolución del 2009 fue que Repsol hubiera fijado indirectamente el precio de venta al público por empresarios independientes (estaciones de servicio) que operaban bajo su bandera y hubiera restringido la competencia entre las estaciones de servicio de su red y entre el resto de las estaciones de servicio.

[4.] La prohibición de la fijación de precios de reventa no tiene como objetivo proteger al distribuidor -como contratante débil- frente a la posición más fuerte del proveedor. Su finalidad es proteger el mercado, para evitar tanto la posible colusión entre los

proveedores al aumentar la transparencia de los precios en el mercado, como la eliminación de la competencia de precios intramarca.

En este marco operativo, el daño indemnizable debe ser consecuencia lógica de la conducta ilícita, y en este caso consistiría en que la imposibilidad de fijar libremente el precio final de venta al público por parte del distribuidor le impedía -a su vez- beneficiarse del denominado efecto volumen (el impacto de los cambios en la cantidad de productos o servicios vendidos sobre la cifra final de ventas resultante), es decir, vender más producto por ser su precio más competitivo, con un eventual o hipotético beneficio. Y estos serían los términos en los que debería haberse basado -con su correspondiente prueba- la pretensión indemnizatoria.

[5.] En la medida en que las bases indemnizatorias fijadas por la sentencia recurrida parten del mismo supuesto de cálculo utilizado por la demandante (la diferencia media anual que existe entre el precio de transferencia aplicado por Repsol a Husco y el precio medio anual en el periodo de referencia, calculado en términos que resulten comparables, aplicado al suministro libre a estaciones de servicio), la indemnización concedida no se corresponde con el daño que Husco debería haber probado que le había causado la práctica anticompetitiva apreciada en el caso. Por lo que este motivo del recurso de casación debe ser estimado.

Este tribunal, al asumir la instancia, no puede sustituir las pretensiones de las partes, ni por otro lado, tendría elementos de juicio para determinar una indemnización sin que se hubiera probado el daño y conforme a bases diferentes de las que sustentan la reclamación de la demandante. En consecuencia, la sentencia recurrida debe ser confirmada en cuanto que declara la nulidad de la relación contractual, por infracción del Derecho de la Competencia, pero anulada en cuanto a la condena a la indemnización de daños y perjuicios, que queda sin efecto.”

(iii) La sentencia [1449/2024, de 4 de noviembre](#) (M<sup>a</sup> Á. Parra Lucán). La controversia es la siguiente: “El recurrente en casación [uno de los hijos, no de los designados por la madre] plantea la necesidad de establecer judicialmente una curatela como medida de apoyo de su madre, que antes de la vigencia de la Ley 8/2021, de 2 de junio, había otorgado un poder general con cláusula de subsistencia para el caso de discapacidad a favor de otros dos hijos. No se discute la necesidad de apoyo, sino si debe constituirse judicialmente una curatela a pesar del previo otorgamiento del poder [había conferido poder general a favor de los otros dos hijos con



cláusula de subsistencia para el caso de discapacidad, antes de la vigencia de la Ley 8/2021]”. El motivo de casación principal -el primero- “... expone, en síntesis, que una vez sobrevenida la discapacidad y siendo preciso un apoyo, procede que el juez constituya mediante resolución motivada la curatela (art. 259 CC), aunque sea en las personas determinadas en el poder general que, al no contener las facultades del art. 258 CC, no es medida de apoyo suficiente. Considera que es preciso que se cumplan los requisitos de los arts. 270 y 287 CC, que se establezcan salvaguardas necesarias (art. 249 CC) y los medios de control precisos para garantizar los derechos, voluntad y preferencias de quien precisa el apoyo y evitar abusos, conflictos de intereses e influencia indebida.” Esto es, juzga insuficiente el contenido del apoderamiento previo y, por tanto, exige controles suplementarios.

La sentencia en su fundamento de derecho 5.º apartados 7-9 concluye, después de una completa exposición de los mimbres normativos -también de Derecho transitorio, DDTT 3.ª y 6.ª Ley 8/2021- del problema:

“[7] En definitiva, por lo que interesa a efectos de este recurso, de este conjunto normativo resulta que si existe un poder preventivo general que resulte suficiente no procede constituir la curatela.

Por ello, en el caso que juzgamos, contra lo que pretende el actor ahora recurrente, la constatación por la sentencia recurrida de que la madre necesita apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica no hace ineficaz el poder general que otorgó, sino que el poder con cláusula de subsistencia, en el nuevo régimen legal, se convierte en una medida de apoyo voluntaria sometida a la ley y puede funcionar como tal.

El recurrente argumenta que el poder otorgado no tiene el contenido del art. 258 CC, por lo que es insuficiente, pero en este caso tal alegación no se ajusta a las circunstancias concurrentes acreditadas y de las que parte la sentencia recurrida y tampoco tiene en cuenta lo previsto en la disposición transitoria tercera de la Ley 8/2021.

Para los poderes otorgados después de la entrada en vigor de la ley es cierto, en primer lugar, que la ley reconoce a la autonomía individual amplias facultades para configurar las medidas de apoyo voluntarias. Así, el art. 255 CC permite al interesado establecer el régimen de actuación, el alcance de las facultades de la persona o personas que le hayan de prestar apoyo, o la forma de ejercicio También permite al interesado prever las medidas u órganos de control que estime oportuno, las salvaguardas necesarias para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad,

deseos y preferencias. Más específicamente, sobre el contenido de los poderes preventivos, el art. 258 CC permite al poderdante establecer, “además de las facultades que otorgue, las medidas u órganos de control que estime oportuno, condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades, salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y los mecanismos y plazos de revisión de las medidas de apoyo, con el fin de garantizar el respeto de su voluntad, deseos y preferencias. Podrá también prever formas específicas de extinción del poder”.

Y también es cierto que, para lo no previsto por el poderdante que haya otorgado un poder general (que “comprenda todos los negocios del otorgante”), el art. 259 CC ha optado por ordenar la aplicación supletoria de la regulación de la curatela:

“Cuando el poder contenga cláusula de subsistencia para el caso de que el poderdante precise apoyo en el ejercicio de su capacidad o se conceda solo para ese supuesto y, en ambos casos, comprenda todos los negocios del otorgante, el apoderado, sobrevinida la situación de necesidad de apoyo, quedará sujeto a las reglas aplicables a la curatela en todo aquello no previsto en el poder, salvo que el poderdante haya determinado otra cosa”.

Pero se trata de un régimen dispositivo aplicable de manera subsidiaria de la voluntad individual y que el poderdante puede excluir puesto que, como termina diciendo el art. 259 CC, la sujeción del poder a las reglas aplicables a la curatela para lo no previsto por el poderdante es “salvo que el poderdante haya determinado otra cosa”.

Con todo, es evidente que, pese a la amplitud con la que se permite al poderdante configurar el contenido del poder y evitar la aplicación supletoria del régimen de la curatela, lo que el poderdante no podrá excluir eficazmente es el control judicial que resulta de lo dispuesto en el último párrafo del art. 258 CC y en el art. 1732.5.º CC, a los que nos hemos referido ya, ni tampoco la aplicación del último párrafo del art. 249 CC, que permite al juez dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto, de la misma manera que tampoco podría evitar la adopción de medidas cautelares (art. 762 LEC) ni evitar que se exija responsabilidad y rendición de cuentas al apoderado tras la extinción del poder (cfr. art. 1720 CC). Ello, no solo porque estos preceptos no permiten excluir el control judicial, sino porque sería contrario a las exigencias de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad, que en su art. 12.4 4 exige a los Estados Parte que aseguren “que en todas las medidas

relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos. Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial. Las salvaguardias serán proporcionales al grado en que dichas medidas afecten a los derechos e intereses de las personas”.

[8] En el caso litigioso el poder fue otorgado antes de la vigencia de la Ley 8/2021 a favor de los hijos para que, sin limitaciones, ejercieran el largo elenco de facultades representativas que se enumeraban tanto en el ámbito de las decisiones personales referidas a su bienestar y salud como en el ámbito patrimonial, incluso en el supuesto de que los apoderados incurrieran en autocontratación, doble o múltiple representación o existieran intereses contrapuestos.

[9] Conforme al régimen vigente en el momento del otorgamiento del poder (art. 1732 CC en la redacción dada por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre) no era posible recurrir supletoriamente a las normas previstas entonces para la tutela, pues ni estaba previsto en la ley ni era coherente con una institución dirigida a permitir la actuación en el tráfico jurídico en representación de la persona con discapacidad precisamente al margen de la incapacitación y la tutela.

Como ya hemos dicho, la Ley 8/2021 ha convertido los poderes preventivos en medidas de apoyo, y en virtud de su disposición transitoria 3.<sup>a</sup> ha sometido al nuevo régimen legal a los poderes otorgados con anterioridad. Pero no lo ha hecho en su integridad, y ha respetado la voluntad de quienes los otorgaron antes del nuevo régimen legal. Por esta razón no somete tales poderes a controles que no estaban previstos legalmente cuando se otorgó el poder y que ahora pueden ser excluidos voluntariamente por quienes otorgan poderes conforme a la nueva ley. En este sentido, la disposición transitoria 3.<sup>a</sup> de la Ley 8/2021, tras ordenar que los poderes y mandatos preventivos otorgados con anterioridad a su entrada en vigor queden sujetos a ella, introduce la siguiente excepción:

“No obstante, cuando, en virtud del artículo 259, se apliquen al apoderado las reglas establecidas para la curatela, quedarán excluidas las correspondientes a los artículos 284 a 290 del Código Civil”.

Es decir, a los poderes preventivos otorgados con anterioridad a la Ley 8/2021, como es el del caso que juzgamos, no se les aplica la exigencia de constitución de fianza, la obligación de confeccionar inventario ni la necesidad de previa autorización o de posterior aprobación judicial para ciertos actos realizados en representación de la persona que requiere el apoyo. En cambio, con respecto a los poderes preventivos otorgados después de la vigencia de la mencionada ley, habrá que estar a lo dispuesto en el art. 259 CC. En todo caso, quedan sujetos, como ya hemos dicho, al control judicial que resulta de lo previsto en el último párrafo del 249, en el último párrafo del art. 258 CC, en el art. 1732.5.º CC, en el art. 762 LEC y en el art. 1720 CC.

En este caso, al realizar a instancias del actor este control judicial (al que también está sometido la guarda de hecho conforme al art. 265 CC), la sentencia recurrida ha constatado que la necesidad de apoyos que requiere D.<sup>a</sup> Clara está cubierta eficazmente en las relaciones con terceros por el ejercicio del poder otorgado por la madre a favor de sus hijos Mario y Tatiana, tanto en el ámbito patrimonial como en la esfera personal y de salud. También ha constatado que Mario, que vive con la madre, se encarga de prepararle la medicación, de acompañarla al médico y de cuidarla, y ha valorado que los apoyos se están prestando de manera adecuada y suficiente de conformidad con los deseos de la madre. Por ello, la sentencia recurrida concluye que no es preciso establecer ninguna medida de apoyo judicial, y tampoco ha observado que en este momento sea necesaria salvaguarda alguna, lo que no excluye que puedan ser precisas si en algún momento se aprecian concretos riesgos que justifiquen la adopción de medidas para su adecuada prevención.

En consecuencia, la sentencia recurrida no infringe los preceptos cuya infracción denuncia el recurrente, cuyo recurso de casación debe ser íntegramente desestimado.”

Lo que importa en los casos de representación o actuación por otro, más que quien sea el que desempeñe la función, es cómo y cuándo se sujeta a control su ejercicio, puesto que sea uno u otro, las reglas de control -salvo que sean reducidas o moderadas por quien sea el principal o *dominus* y, para la intromisión sobre la esfera del discapacitado por las exigencias imperativas que se establezcan- serán las “mismas”.

3.- Entre las sentencias del TJUE también debemos elegir: tal vez sin el tiento exigible o por razones de pura conveniencia. Así, entre ellas, la STJUE, Sala tercera, [de 20 de junio de 2024](#), asuntos C-188/2022 y C-189/2022, *Scalable Capital*, declara que la indemnización del daño (*rectius*, el derecho a ser indemnizado) derivada de la infracción de una regla sobre protección de daños “cumple una función exclusivamente indemnizatoria” (aunque después, en un ejercicio de inquietante equilibrio, declara que “cuando queda singularizada la existencia de daños y perjuicios y estos carecen de gravedad, un órgano jurisdiccional puede compensarlos concediendo al interesado una indemnización mínima, a condición de que tal indemnización pueda compensar íntegramente los daños y perjuicios sufridos”) y así no deben ser tenidos en cuenta para determinar la indemnización la gravedad o el carácter doloso de la infracción y que los daños inmateriales (o morales) no son, por naturaleza, menos importantes que unas lesiones corporales. Y sobre un asunto próximo, la [STJUE, sala 3.ª, de 20 de junio de 2024, asunto C-590/2022](#) (véase el comentario de Á. Carrasco: “El daño que consiste en no saber si se ha producido una infracción de datos personales y un perjuicio”, [Análisis, ga p, septiembre 2024](#)) que señala expresamente lo siguiente “para determinar el importe de la indemnización por daños y perjuicios debida en virtud del derecho a indemnización consagrado en dicho artículo, no procede, por una parte, aplicar *mutatis mutandis* los criterios para la fijación del importe de las multas administrativas previstos en el artículo 83 de este Reglamento ni, por otra parte, atribuir a ese derecho a indemnización una función disuasoria”. Tal vez estas declaraciones obliguen a matizar algunas afirmaciones hechas por el Tribunal Supremo sobre la función disuasoria que puede tener la indemnización de daños. Me permito la remisión a mi trabajo “Daño moral y función disuasoria de la responsabilidad civil en los daños al honor: el caso de los ficheros de solvencia; jurisprudencia del Tribunal Supremo”, *Actualidad civil* n.º 1 (2023). También son de interés la sentencia TJUE, sala 1.ª, [de 19 de septiembre de 2024](#), C-236/23, sobre seguro obligatorio de responsabilidad civil y declaración falsa sobre la identidad del conductor habitual; o sobre el reembolso anticipado de crédito para la adquisición de vivienda, la sentencia TJUE, sala 3.ª, [de 17 de octubre 2024](#), C-76/2022, Santander Bank Polska, S.A., en el que la prestataria anticipó el pago y pidió el reembolso de la comisión por concesión del crédito (pagó en 19 meses lo que debía haber pagado en 360 meses) al entender que debía comprenderse en el art. 25 Directiva 2014/17. Así dice en su apartado 39:

“...el artículo 25, apartado 1, de la Directiva 2014/17 debe interpretarse en el sentido de que, a falta de información facilitada por el prestamista que permita a un órgano jurisdiccional nacional comprobar si una comisión abonada en el momento de la

celebración de un contrato de crédito hipotecario está comprendida en la categoría de gastos que son independientes de la duración de ese contrato, dicho órgano jurisdiccional debe considerar que tal comisión está cubierta por el derecho a la reducción del coste total del crédito establecido en esa disposición”.

Qué son y qué no intereses o gastos en los contratos de crédito al consumo: sentencia TJUE, sala 4.<sup>a</sup>, de [17 de octubre de 2024](#), C-409/2023, *Riverty GmbH*.

Otra sentencia de interés es la STJUE, Sala 10.<sup>a</sup>, de [24 de octubre de 2024](#), C-339/23, relativa al peliagudo asunto de qué efecto tiene, en el ámbito de los efectos entre las partes, el incumplimiento del deber de evaluar la solvencia del consumidor, en el que el Tribunal opta por delimitar qué rasgos o elementos son exigibles a la respuesta a la infracción -proporción y carácter disuasorio- más que a señalar cuál o cuáles son efectos del incumplimiento, diversos justamente por su carácter instrumental -como toda obligación de información-. Así los apartados 33 y 34:

[33] Si bien de la jurisprudencia se desprende que tanto la obligación de evaluar la solvencia del consumidor antes de que se celebre un contrato de crédito, en el sentido del artículo 8, apartado 1, de la Directiva 2008/48, como la obligación de información, establecida en particular en el artículo 10, apartado 2, de esta Directiva, revisten una importancia fundamental, es preciso señalar que, tanto desde el punto de vista del interés jurídico protegido por la disposición de que se trate como desde el punto de vista de las partes del contrato de crédito, esas obligaciones persiguen objetivos diferentes y su incumplimiento no entraña consecuencias similares.

[34] Así, el incumplimiento de la obligación de comprobar la solvencia del consumidor podría tener como consecuencia que este último celebre un contrato de crédito que le exponga a un sobreendeudamiento y a una situación de insolvencia. En cambio, las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones de información pueden variar considerablemente en función de la obligación específica de que se trate, ya que la gravedad de dicha infracción dependerá, además, en la práctica, del número y de la importancia de los datos que falten en ese contrato de crédito. Por ejemplo, tales incumplimientos pueden dificultar al consumidor la comparación de las ofertas de crédito o el ejercicio de los derechos derivados del referido contrato de crédito.

Sobre el recurso de casación y el modo de motivar la inadmisión cuando se suscite una cuestión relativa al Derecho de la Unión, la sentencia TJUE, Gran Sala, de [15 de octubre de](#)

[2024](#), C-144/23, *Kubera*, sobre el control a la admisión: véase Í. Quintana en [almacén de derecho](#), 1 noviembre 2024. Así la sentencia declara:

1) El artículo 267 TFUE, párrafo tercero, debe interpretarse en el sentido de que se opone a que un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno decida, en un procedimiento de examen de una solicitud de autorización para interponer un recurso de casación cuyo resultado depende de la importancia de la cuestión jurídica planteada por una de las partes del litigio para la seguridad jurídica, para la aplicación uniforme del Derecho o para el desarrollo de este, denegar dicha solicitud de autorización sin haber examinado si estaba obligado a plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre la interpretación o la validez de una disposición del Derecho de la Unión invocada en apoyo de dicha solicitud.

2) El artículo 267 TFUE, a la luz del artículo 47, párrafo segundo, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que un órgano jurisdiccional nacional cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno debe exponer, en la resolución por la que deniegue una autorización para interponer un recurso de casación que incluya una solicitud de que se plantee al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial sobre la interpretación o la validez de una disposición del Derecho de la Unión, los motivos por los que no ha iniciado el procedimiento prejudicial, a saber, bien que dicha cuestión no es pertinente para la resolución del litigio, bien que la disposición del Derecho de la Unión de que se trata ya ha sido interpretada por el Tribunal de Justicia, bien que la interpretación correcta del Derecho de la Unión se impone con tal evidencia que no deja lugar a ninguna duda razonable.

En fin, sobre si la exoneración del pasivo insatisfecho debe comprender el crédito público y si esta exclusión está debidamente justificada y quién aprecia si lo está o no (cuestión en que hay notables divergencias entre Audiencias provinciales) la STJUE, sala 2.<sup>a</sup>, de [7 de noviembre de 2024](#), asuntos acumulados C-289/23 y C-305/23, *Agencia Estatal de la Administración Tributaria*, que resuelve las cuestiones prejudiciales suscitadas por juzgados de lo mercantil españoles -de Alicante, 1.º y de Barcelona, 10.º- respecto a la interpretación de la Directiva sobre reestructuración e insolvencia (2019/1023) y su efecto sobre la legislación concursal española. Véanse sus apartados 33, 49, 56, 59, 67 y 73.

4.- Entre las sentencias de la sala, me permito subrayar las siguientes:

(i) la sentencia [1141/2024, de 17 de septiembre](#) (R. Sarazá Jimena) que permite por aplicación analógica de los artículos 16.2 y 20.1 ° LRC que, como sucede con la filiación adoptiva, cambie la mención del lugar de nacimiento para impedir que se conozca la filiación derivada de la gestación subrogada del menor y se proteja, de este modo, su intimidad personal y familiar -en cuyo ámbito se encuentran los datos de filiación y origen-. En el caso el padre, progenitor biológico, y su cónyuge (comitentes) madre adoptiva del menor nacido en virtud de gestación subrogada de tercera, piden que conste en el registro el domicilio del domicilio de los padres y no el lugar de nacimiento -Kiev, Ucrania-.

(ii) La sentencia [1143/2024, de 18 de septiembre](#) (I. Sancho Gargallo) relativa a la provisión judicial de apoyos: se trata de una curatela con función asistencial y que supedita la validez de los actos del curatelado a autorización del curador (evitar la indigencia, sobre la proporcionalidad de la medida que es sujetar a control los actos que, sencillamente, no sabe valorar por sí mismo).

(iii) La sentencia [1312/2024, de 14 de octubre](#) (M<sup>a</sup> Á. Parra Lucán) señala que no procede la custodia compartida en la modalidad de “casa nido” si no es con el acuerdo entre los cónyuges: una custodia de esta índole exige “un alto nivel de entendimiento para planificar la organización, no debiendo acordarse, salvo circunstancias excepcionales, si alguno de los progenitores se opone, pues si no media tal entendimiento, el sistema es una potencial fuente de conflictos con alta probabilidad de repercusión negativa en los hijos menores”.

(iv) La sentencia [1263/2024, de 7 de octubre](#) (M<sup>a</sup> Á. Parra Lucán), se refiere a las obligaciones que pesan sobre las entidades financieras en que se encuentran depositados fondos de personas vulnerables para impedir fraudes y abusos;

(v) Sobre la acción de regreso entre deudores solidarios y las razones que pueden existir para que se rompa la presunción de igualdad: sentencia [1329/2024, de 16 de octubre](#) (R. Sarazá Jimena).

(vi) Sobre las razones que justifican que el legatario no pueda ocupar por su propia autoridad la cosa legada -límites al ejercicio de sus acciones en relación al título y bienes que se le atribuyen-: la sentencia [1378/2024, de 21 de octubre](#) (P. J. Vela Torres);

(vii) Establece la analogía entre los supuestos previsto en el art. 13.1 LAU del caso de transmisión por dación en pago en concurso de acreedores: sentencia [1374/2024, de 21 de octubre](#) (P. J. Vela Torres).



(viii) La [sentencia 1437/2024, de 31 de octubre](#) (J. L. Seoane Spiegelberg) respecto a la negativa a la práctica de la prueba biológica -en el caso se niega el progenitor a su práctica frente a la reclamación del hijo y es un excelente compendio de la doctrina de la sala sobre este asunto- dice en su fundamento de derecho 4.º:

“En definitiva, en este caso, la función de la sala se reconduce a valorar si, con los elementos de juicio obrantes en autos, la demanda de paternidad constituye una frivolidad o ligereza, al carecer de base fáctica en que asentarse; o si, por el contrario, las pruebas practicadas, aun resultando insuficientes para acreditar por sí solas la paternidad postulada, determinan que la negativa al sometimiento a la prueba biológica por parte del demandado no goce de respaldo legítimo, de manera que quepa atribuirle el calificativo de injustificada, en cuyo caso opera como un indicio de especial valor para formar un criterio decisorio sobre la filiación reclamada; puesto que, difícilmente, quien cuenta con la disponibilidad de un medio de prueba tan concluyente para descartar la paternidad que se le reclama (art. 217.7 LEC), en porcentajes del 100% en caso de exclusión, no consienta o, incluso, implore su práctica. Este comportamiento priva además a la contraparte de un trascendente elemento de prueba para acreditar su filiación”

Véase también la sentencia [1438/2024, de 31 de octubre](#), M<sup>a</sup> Á. Parra Lucán, y la sentencia [1526/2024, de 13 de noviembre](#), de la misma ponente, sobre el art. 140 II CC.

(ix) Sobre la inaplicación del art. 1306 CC a la nulidad de un contrato de franquicia con imposición de precios por la franquiciadora a la franquiciada: sentencia [1491/2024, de 11 de noviembre](#) (P. J. Vela Torres);

(x) Un apunte muy interesante sobre el lável principio *iura novit curia* y el artículo 218.1 II LEC, la sentencia [1533/2024, de 14 de noviembre](#) (I. Sancho Gargallo)

**5.-** Por último, damos cuenta de la sentencia que sintetiza la doctrina de la sala sobre los alimentos de menores, cuestión recurrente en la sala. Así, la sentencia [1167/2024, de 23 de septiembre](#) (J. L. Seoane Spiegelberg), fundamento de derecho 3.º:

“La sentencia de la audiencia revisa a la baja el importe de alimentos, pero fija los efectos de dicha revisión desde la fecha de la interposición de la demanda con lo que vulnera la jurisprudencia de la sala.

En efecto, la cuestión controvertida planteada en el recurso ha sido tratada de nuevo, recientemente, por las sentencias [412/2022, de 23 de mayo](#); [6/2024, de 8 de enero](#),

482/2024, de 9 de abril y 904/2024, de 24 de junio, que sintetizan la doctrina jurisprudencial bajo las reglas siguientes:

(i) Los alimentos cuando se fijan, por primera vez, se devengan desde la fecha de interposición de la demanda en aplicación del art. 148.1 CC, incluso cuando sean establecidos, por primera vez, por la audiencia, al haber sido desestimados por el juzgado.

(ii) Cuando los alimentos fijados en primera instancia se elevan o reducen en segunda instancia, el nuevo importe fijado por el tribunal provincial se devenga desde la fecha de la sentencia de la alzada, no desde la dictada en primera instancia. En efecto, ya sea por la estimación de un recurso o por un procedimiento de modificación, "[...] cada resolución desplegará su eficacia desde la fecha en que se dicte y será solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de la interposición de la demanda, porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación, y las restantes resoluciones serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las citadas anteriormente" (sentencias 162/2014, de 26 de marzo, y 573/2020, de 4 de noviembre).

Dicha doctrina se asienta en que, de una parte, el artículo 106 del CC establece que los "los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo"; y de otra, el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta", razones que llevaron a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja), las cuales solo serán eficaces desde que se dicten, momento en que sustituyen a las acordadas anteriormente.

(iii) Las sucesivas modificaciones de la cuantía de los alimentos, en virtud de procedimientos de revisión por alteración sustancial de circunstancias, desencadenan, por lo tanto, su eficacia a partir del momento en que fueron dictadas.

(iv) Todo ello, sin perjuicio de descontar las cantidades ya abonadas en concepto de alimentos por el condenado para evitar pagos duplicados de la misma prestación.

(v) No procede la devolución de los alimentos consumidos, aunque la obligación de prestarlos fuera reducida o extinguida.

En definitiva, al asumir la instancia, se debe casar la sentencia del tribunal provincial, en tanto en cuanto estableció los efectos de la reducción del importe de la pensión alimentos a 350 euros desde la fecha de la demanda, cuando debe ser desde que se dictó sentencia por la audiencia, todo ello en virtud de la jurisprudencia expuesta”.