

Revista del Ministerio Fiscal

n° 16, 2025

Fiscalía General del Estado

El consumidor como ciudadano: Protección legal y participación activa

Revista del Ministerio Fiscal, año 2025, número 16

Codirectores de este número:

Dña. Pilar Martín Nájera

Fiscal de Sala Jefa Fiscalía Civil del Tribunal Supremo

D. Adrián Zarzosa Hernández

Fiscal del Tribunal Supremo

Consejo de Redacción de la Revista del Ministerio Fiscal

Álvaro García Ortiz, Fiscal General del Estado

Ana Isabel García León, Fiscal de Sala Jefa de la Secretaría Técnica

Esmeralda Rasillo López, Fiscal de Sala Jefa de la Unidad de Apoyo

María Isabel Gómez López, Vocal del Consejo Fiscal

Yolanda Ortiz Mallol, Vocal del Consejo Fiscal

Jesús Alonso Cristóbal, Fiscal de Sala de la Audiencia Nacional

D^a María de los Ángeles Sánchez Conde, Teniente Fiscal de la Fiscalía del Tribunal Supremo

Carlos Mas González, Jefe del Área de Gestión de la Información

NIPO papel: 149240063

NIPO digital: 149240079

ISSN: 2530-0113

Edita

Fiscalía General del Estado

C/Fortuny 4, 28071 Madrid

www.fiscal.es

Ibersaf Editores

C/Huertas 47bis, 28014 Madrid

www.iversaf.es

El consumidor como ciudadano: Protección legal y participación activa



Número 16
2025





Índice

- 9 Presentación**
Pilar Martín Nájera
- 17 Hacia un nuevo proceso civil especial para la protección de
consumidores y usuarios**
José Miguel de la Rosa Cortina
- 1. Cuestiones generales
 - 2. El impacto del Derecho de la Unión
 - 3. Las acciones colectivas
 - 4. Legitimación del Fiscal
 - 5. Disposiciones especiales para los procesos de consumo
 - 6. La legitimación del Fiscal en el Proyecto de Ley de acciones colectivas
para la protección y defensa de los derechos e intereses de los
consumidores y usuarios
- Bibliografía
- 93 El sistema arbitral de consumo como medio de resolución
alternativo de conflictos**
Alicia Menéndez González
- 1. Antecedentes legales y experiencia piloto
 - 2. Primera regulación. Real Decreto 636/93, de 3 de mayo, *por el que se
regula el Sistema Arbitral de Consumo*
 - 3. La etapa de consolidación del SAC. Segunda regulación: Real Decreto
231/2008, de 15 de febrero, *por el que se regula el Sistema Arbitral de
Consumo*
 - 4. La Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de
21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios

en materia de consumo y su incorporación al ordenamiento jurídico español en la Ley 7/2017, de 2 de noviembre

5. Real Decreto 713/2024, de 23 de julio, *por el que se aprueba el Reglamento que regula el Sistema Arbitral de Consumo*

6. Perspectivas de futuro del Sistema Arbitral de Consumo

7. Conclusiones

Anexo I - Abreviaturas más frecuentemente citadas

141 La publicidad ilícita

Adrián Zarzosa Hernández

1. Introducción

2. Tipos de publicidad ilícita

3. Acciones contra la publicidad ilícita

Bibliografía

183 Comercio electrónico. Normativa aplicable y sujetos implicados en la contratación electrónica de consumo

María del Carmen González Carrasco

1. Régimen normativo del comercio electrónico

2. La aplicación general de la normativa de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico

3. La aplicación de la normativa de consumo

4. Contratación electrónica entre particulares

5. Normativa aplicable a las plataformas de mercado en línea a disposición de los consumidores

6. Normativa aplicable a la contratación entre empresarios y proveedores de mercados en línea

7. Normativa sobre protección de datos y prohibición de comunicaciones comerciales

8. La contratación electrónica como modalidad contractual ligada a medios de pago electrónicos

9. EL objeto del comercio electrónico

10. Técnicas de protección del consumidor en la contratación electrónica de bienes y servicios

11. Documentación de los contratos electrónicos

12. El derecho de desistimiento en la contratación electrónica
13. Particularidades del sistema de remedios ante la falta de conformidad de los bienes adquiridos por contratación electrónica
14. Responsabilidad de las plataforma de intermediación de mercados en línea B2C

Bibliografía

233 El Ministerio Fiscal y la acción individual en defensa de los derechos del consumidor vulnerable mayor o con discapacidad

David Mayor Fernández

1. El Ministerio Público en España y la defensa de las personas vulnerables, más allá del proceso penal
2. Del consumidor medio al consumidor vulnerable en el marco del Derecho Europeo
3. La regulación del consumidor vulnerable en el derecho interno
4. La discapacidad y la avanzada edad como factores de vulnerabilidad del consumidor
5. Criterios legales para apreciar la vulnerabilidad en el consumidor con discapacidad o de avanzada edad
6. Consecuencias jurídicas de la infracción de las salvaguardas legales del consumidor vulnerable: sanciones administrativas, acciones colectivas, acciones individuales y acción de nulidad por ventaja injusta
7. El ejercicio de acciones individuales por el Ministerio Fiscal y su intervención en procedimientos iniciados por el consumidor vulnerable

Bibliografía

269 Derecho de Consumo y mercado asegurador: una perspectiva transversal desde el principio de transparencia

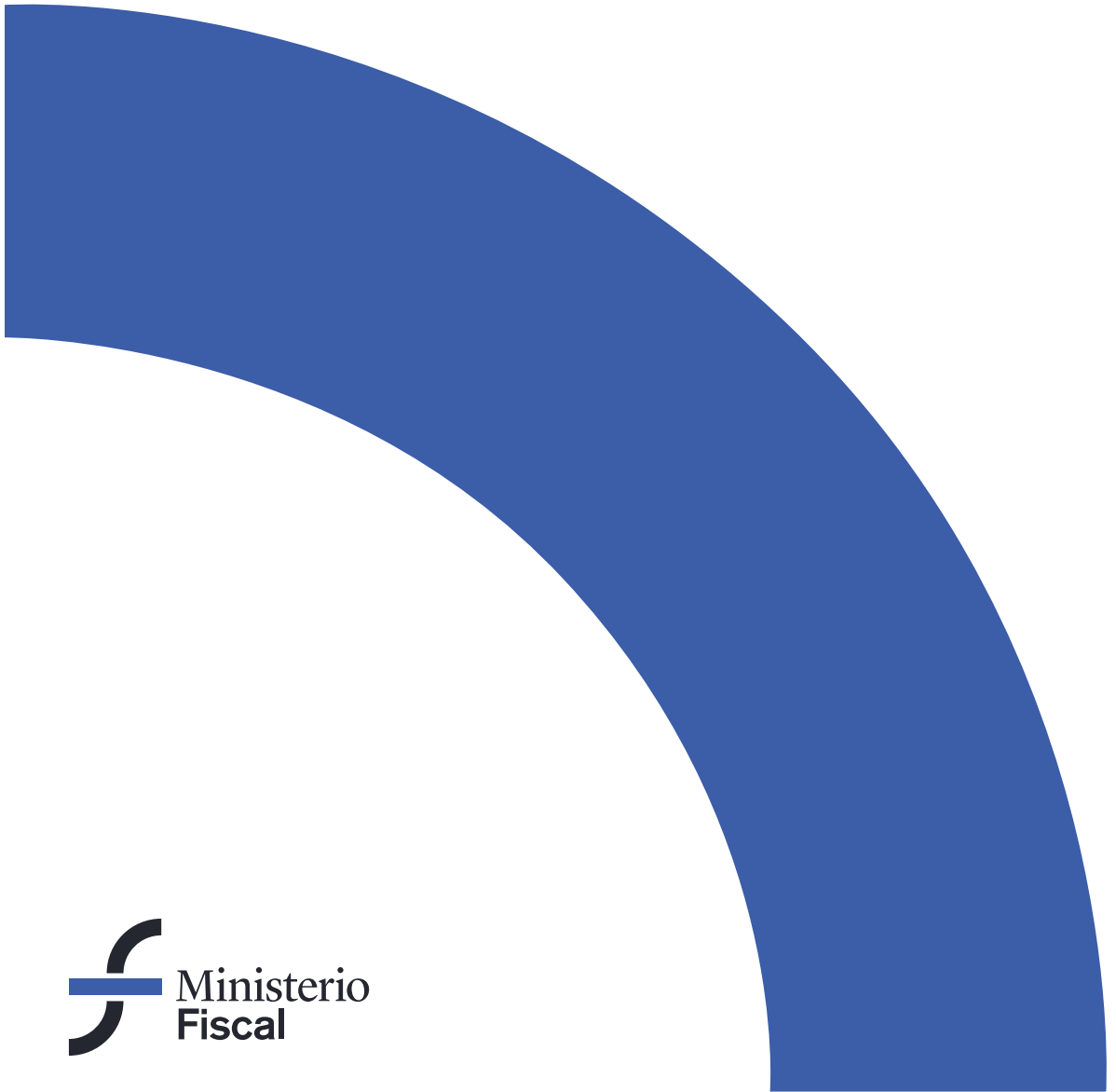
Francisco Javier Orduña Moreno

1. Contratación, mercado y derecho de la Unión Europea
2. Mercado asegurador y directrices del orden público económico
3. La calidad de la contratación bajo condiciones generales como presupuesto de la calidad de la prestación del servicio en el mercado europeo: hacia un sistema competitivo, justo y transparente

4. Principio de transparencia y contrato de seguro
5. El principio de transparencia y la tutela del mercado asegurador: el derecho de elección y de comparación del consumidor

297 La IA aplicada a la resolución de procesos de consumo
Víctor Moreno Catena

1. La protección de los derechos de los consumidores
2. Las nuevas tecnologías y la desigualdad de los consumidores
3. La Inteligencia Artificial (IA) se hace presente
4. La litigiosidad civil. Los procesos de consumo
5. Masivas reclamaciones de consumo y sistemas de resolución
6. Y llegó la inteligencia artificial a la resolución de litigios
7. Las resoluciones de la justicia. El juez-robot
8. La resolución automática de litigios
9. ¿Y nuevos horizontes?





Presentación

Pilar Martín Nájera

Fiscal de Sala Jefa Fiscalía Civil del
Tribunal Supremo

“Consumidores, por definición, somos todos. Son el grupo mayoritario de la economía, afectando y siendo afectados por la práctica totalidad de las decisiones económicas públicas y privadas”.

Presidente John Fitzgerald Kennedy
al Congreso de los Estados Unidos en abril de 1962

Tengo el honor de presentar el decimosexto número de la Revista del Ministerio Fiscal. Su objetivo es proporcionar una visión rigurosa, amplia y actualizada de las principales facetas que afectan a los consumidores y usuarios, y quiero comenzar esta breve introducción agradeciendo al grupo de especialistas que se han implicado en este proyecto, su disposición a aportar su conocimiento y reflexiones para seguir progresando en esta materia tan amplia y heterogénea como dinámica, que evoluciona al ritmo de la globalización de los mercados y de las transacciones económicas con la irrupción de la llamada era digital y actualmente con la inteligencia artificial.

Es la segunda ocasión que esta publicación del Ministerio Fiscal está dedicada de modo monográfico a la protección jurídica de consumidores y usuarios, analizando la labor y los retos que los y las fiscales afrontan en esta ardua tarea. En 2017, bajo la dirección del Excmo. José María Paz Rubio, pionero impulsor dentro de la Fiscalía de la defensa de los consumidores, ya se realizó un exigente y riguroso estudio.

Los consumidores han terminado ocupando un lugar preeminente en las preocupaciones de los dirigentes políticos y de los poderes públicos, inquietud asumida también por el Ministerio Fiscal, dando cumplimiento al mandato establecido en el art. 124 CE, de velar por el interés social. Reflejo de este compromiso renovado es que, de nuevo, se vuelva a abordar y profundizar en las difíciles y complejas cuestiones jurídicas que se derivan del consumo, haciendo hincapié en la protección de los derechos de los ciudadanos como consumidores y usuarios de bienes y servicios, con el fin de fortalecer su posición y responder a las situaciones de debilidad de un grupo vulnerable.

Las Circulares 2/10 y 2/18, instrumentos jurídicos elaborados por la FGE con el fin de aportar a los y las fiscales criterios y pautas de actuación, y la firma del Acuerdo marco de entendimiento a nivel nacional entre la FGE y el Instituto Nacional de Consumo en fecha 14 de marzo de 2011, actualizado el 10 de marzo de 2023, al amparo del cual se han ido firmando convenios en diferentes Comunidades Autónomas, son igualmente reveladores de la implicación de la Fiscalía en una materia difícil, heterogénea y en continua evolución que reclama cada vez más la intervención del MF.

La convicción de que el reconocimiento de derechos a los consumidores y usuarios sería inútil, si paralelamente no se establecen **procedimientos eficaces** en los que hacerlos valer, nos lleva a profundizar en este número sobre las cuestiones procesales, abordando las especialidades que presenta el proceso del consumo, impulsadas por la jurisprudencia del TJUE.

Los cambios derivados de la jurisprudencia dictada al resolver cuestiones prejudiciales elevadas por Juzgados y Tribunales españoles han introducido modulaciones importantes en los principios de nuestro proceso civil. En especial, el principio dispositivo se desdibuja en estos procesos, ampliándose las facultades de oficio de los tribunales, y también alcanzan a la legitimación, la prueba, la cosa juzgada y la prescripción. Este tema será analizado con detalle y profundidad por el Fiscal de Sala adscrito a la Fiscalía de lo Civil del Tribunal Supremo, José Miguel de la Rosa Cortina.

La creciente conciencia sobre la necesidad de soluciones rápidas de los conflictos entre consumidores y empresas ha impulsado **el arbitraje** como alternativa real a la justicia tradicional. Desde su primera regulación en el año 1984, siendo España pionera en ello, dicha institución ha adquirido reconocimiento y músculo al irse acomodando a los numerosos cambios de la sociedad, como la aparición de nuevas formas de contratación, la irrupción de las nuevas tecnologías, la necesidad de adaptación a la regulación comunitaria o el perfil del consumidor son algunos de ellos.

Por su parte, la UE aprobó la Directiva 2013/11/UE del PE y del CE, de 21 de mayo de 2013, relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, que obliga a garantizar que los consumidores resuelvan sus litigios con la intervención de entidades de resolución alternativa, que sean independientes, imparciales y transparentes, con procedimientos efectivos.

Hace poco más de un año, España publicó el Reglamento que regula el sistema arbitral de consumo como una fórmula rápida, ágil y voluntaria de obtener una resolución vinculante y efectiva.

La LO 1/2025 de 2 de enero de eficiencia procesal del servicio público de la justicia ha vuelto a incidir en esta materia, apostando por las medidas alternativas de solución de conflictos como requisito de procedibilidad, si bien en materia de consumo poco aporta en cuanto señala que se entenderá cumplido el requisito con la simple reclamación extrajudicial previa a la empresa o a los servicios financieros de instituciones del sector público.

El análisis de todos estos aspectos normativos y de las novedades introducidas en el arbitraje de consumo es abordado por la subdirectora de la Dirección General de Consumo, Alicia Menendez González, que nos aportará su amplia experiencia en la materia como presidenta de la Junta Arbitral Nacional de Consumo.

El Art. 51 CE impone a los poderes públicos el deber de promover la información y educación de los consumidores y usuarios sobre los productos y servicios. El derecho a obtener una información veraz, suficiente y comprensible como garantía de que los consumidores puedan decidir y contratar, exige que la oferta y la publicidad de los productos sea clara y completa.

La publicidad es la manera más directa que tiene el mercado para llegar al cliente. Un canal comercial muy eficaz, cuyo objetivo principal es incitar al consumo. Por eso está regulada por ley, para evitar la publicidad engañosa y garantizar los derechos del consumidor, asegurándose de que sus contenidos se ajusten a la realidad de lo anunciado.

La Ley General de Publicidad considera ilícita la publicidad que atenta contra la dignidad de la persona y los derechos constitucionales (como los relacionados con la infancia, juventud y mujer), la publicidad engañosa (que induce a error sobre un producto o servicio), la publicidad incompleta, la publicidad subliminal, la que incumple la normativa específica de ciertos productos (como medicamentos o alcohol) y la publicidad desleal y agresiva. El análisis de estas modalidades y el cauce para declarar su ilicitud y la retirada de la misma es expuesto por el Fiscal del Tribunal Supremo experto en consumo y codirector de esta publicación, Adrián Zarzosa Hernandez.

La era digital y las nuevas tecnologías han transformado **la contratación** y el consumo, al igual que la economía y la sociedad en su conjunto. La tecnología se desarrolla a un ritmo vertiginoso y la propia revolución digital constituye un reto para el derecho, y en particular para el derecho contractual, que debe adaptarse al mundo digital. Frente a las evidentes ventajas de la contratación electrónica, entre otras, su rapidez y comodidad por un lado y, por otro, la ampliación de mercado y el abaratamiento de los precios, surge la necesidad de dotar de seguridad jurídica a las relaciones contractuales y la protección de los datos personales y de la privacidad a la vez que simplificar el puzle normativo existente. Las incertidumbres jurídicas que este escenario crea deben ser abordadas mediante el establecimiento de un marco jurídico adecuado, que genere en todos los actores intervinientes la confianza necesaria para el empleo de este nuevo medio; por un lado,

la protección de los consumidores, particularmente el derecho de información, la prestación del consentimiento y el desistimiento, y, por otro, la responsabilidad de las plataformas como prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Si tenemos en cuenta que el objeto del comercio electrónico no sólo son los bienes muebles corporales, sino también los contenidos y servicios digitales y servicios financieros, y que en el segundo semestre de 2024 en España aproximadamente una cuarta parte de los contratos de compraventa de bienes de consumo se realizan ya a través de Internet, se entenderá la heterogeneidad y complejidad de la materia.

Se trata en definitiva de crear un entorno en línea más seguro para los consumidores y las empresas, lo que implica definir responsabilidades claras para las plataformas en línea y las redes sociales; hacer frente a los contenidos y productos ilícitos, los discursos de odio y la desinformación; aumentar la transparencia con una mejor información y vigilancia; y fomentar la innovación, el crecimiento y la competitividad en el mercado interior de la UE.

Los retos e incertidumbres que plantea el comercio electrónico van a ser analizados por la catedrática de Derecho Civil e investigadora del Centro de Estudios de Consumo de la Universidad de CLM, María del Carmen González Carrasco, exponiendo el puzle normativo regulador de los mercados digitales y resaltando el peligro de la pérdida de privacidad y los problemas añadidos a los que se enfrentan las personas con discapacidad en los mercados digitales.

La protección del consumidor se funda en el desequilibrio existente en las posiciones en la contratación de bienes y servicios. Dentro de este amplio concepto de consumidor y/o usuario que nos incluye a todas las personas, se suelen distinguir diferentes categorías: así se habla de consumidor medio y del consumidor cualificado, pero la que ocupa un lugar cada vez más destacado en orden a su protección por parte del Estado es la de consumidores vulnerables, que se caracterizan por encontrarse en una situación de subordinación, indefensión o desprotección derivada de las causas más diversas, lo que dificulta delimitar el término vulnerabilidad.

La aproximación al **concepto de vulnerabilidad** del consumidor es compleja porque es un término dinámico que varía según las circunstancias subjetivas y objetivas que concurren en cada caso, vulnerabilidad que es evidente cuando nos encontramos ante un consumidor con discapacidad o avanzada edad, que cada vez constituye un sector más importante de la sociedad.

Ante esta realidad, y al tratarse de una materia tan sensible como vinculada a la propia función tuitiva del Ministerio Fiscal, su abordaje no podía ser ajeno a este trabajo. David Mayor Fernández, Fiscal adscrito a la Unidad de Protección de Personas con Discapacidad y Mayores realiza un estudio sobre la situación actual de este colectivo, aportando sus amplios conocimientos y experiencia; reflexiona y analiza la especial atención que presta el Ministerio Fiscal como garante del interés social, acorde con la mayor protección que la ley establece mediante una serie de salvaguardas de sus derechos que, cuando se infringen, provocan consecuencias legales de diferente naturaleza que también son examinadas.

El ponente en este análisis plantea retos de futuro teniendo como referencia imprescindible los mandatos de la Convención Internacional de Nueva York de 13 de diciembre de 2006, que consagra los derechos de las personas con discapacidad, cuya base se encuentra en el principio de dignidad de la persona e igualdad y no discriminación, que cuando actúa en el ámbito de los consumidores entronca con el principio de accesibilidad universal, y que le lleva a cuestionarse la posible legitimación del MF en el ejercicio de acciones individuales en defensa de los derechos de los consumidores vulnerables.

Esta Convención ha sido introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la ley 8/21, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que como su propio preámbulo afirma, supone un hito fundamental en el trabajo de adaptación de nuestro ordenamiento a la Convención de Nueva York, así como en la puesta al día de nuestro Derecho interno en un tema, como es el del respeto al derecho de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica, que viene siendo objeto de atención constante en los últimos años, tanto por parte de las Naciones Unidas, como por el Consejo de Europa o por el propio Parlamento Europeo y, como lógica consecuencia, también por los ordenamientos estatales de nuestro entorno y atribuye una notable intervención al MF en esta materia y establece una incipiente regulación de la acción rescisoria por ventaja injusta aún por desarrollar.

La protección del asegurado como consumidor es el objeto del estudio que realiza Javier Orduña Moreno, catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia y exmagistrado de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, donde analiza la incidencia de la aplicación del principio de transparencia en el mercado de seguros, otra materia que está experimentando desafíos constantes en los últimos años, especialmente por la digitalización de la contratación y la protección de datos. A

ello se unen la mayor complejidad de los productos que se ofrecen, seguros vinculados a contratos de financiación, la importancia y especialidades del seguro en el ámbito sanitario como arrendamiento de servicios y la incesante ampliación de los riesgos asegurables, en particular, los ciberriesgos y los derivados de la inteligencia artificial; la mayor demanda de seguros a la carta, los seguros abiertos o la duración del contrato con tiempos muy reducidos o bien intermitente, configuran un nuevo escenario en que, a pesar de los enormes avances alcanzados, la asimetría informativa continúa siendo uno de los principales fallos de este mercado.

Por último, no podíamos dejar de abordar en este número **la incidencia de la Inteligencia Artificial, IA, en materia de consumo**. La IA es una revolución aún en proceso de elaboración que impacta directamente en las transacciones electrónicas, especialmente en el pago, y ayuda a asegurar la identidad de los usuarios, lo que incrementa la seguridad de las transacciones, pero también en la toma de decisiones de los consumidores y la elección de los bienes y servicios que adquieren, por lo que es esencial la protección de los datos personales. Por ello, ética y transparencia son conceptos imprescindibles cuando se habla de IA.

Pero también la tecnología puede ser una aliada para resolver conflictos entre partes, utilizando herramientas digitales, con las llamadas ODR (Online Dispute Resolution) o Resolución de Disputas en Línea. Estas plataformas buscan agilizar la resolución de disputas, como las derivadas de transacciones de comercio electrónico, ofreciendo una alternativa a los procesos judiciales tradicionales, y pueden incorporar inteligencia artificial, análisis de datos y algoritmos predictivos para facilitar acuerdos entre las partes.

Por otra parte, los sistemas de resolución de conflictos que existen en la actualidad, tanto judiciales como extrajudiciales, son todavía demasiado lentos, costosos y generan poca fiabilidad en un mundo interconectado en tiempo real.

La aplicación de las herramientas de la IA al sistema judicial abre una nueva puerta que permite optimizar la respuesta judicial, mejorar la productividad y un avance en la utilización de los escasos recursos de la justicia. Pero esta posibilidad tan valiosa no está exenta de riesgos ya que junto con el acierto o desacierto o la precisión del usuario en los términos de búsqueda y de la elección de la plataforma a la que acuda, aparecen los posibles sesgos del sistema y numerosos interrogantes, al desconocerse cómo se llega a la solución que el sistema ofrece, como selecciona los elementos, como prioriza la información de que dispone, como pondera la doctrina, entre otros y que llaman a la cautela.

La IA, que es tal vez la más avanzada de las herramientas digitales, trae esperanzas y promesas a la solución de litigios, pero genera también grandes preocupaciones, no solo por los sesgos, sino también por la protección de datos personales.

El Reglamento UE 2024/1689 en materia de inteligencia artificial, de 13 de junio, RIA, establece un marco legal para la IA que busca asegurar su uso ético y seguro y califica de alto riesgo los sistemas de IA destinados a la administración de justicia o su aplicación a la resolución alternativa de litigios, señalando que el uso de “herramientas de IA puede apoyar el poder de decisión de los jueces o la independencia judicial, pero no debe sustituirlas: la toma de decisiones finales debe seguir siendo una actividad humana” (Cdo. 61 RIA), por muy sofisticada o avanzada que esa herramienta pueda ser, o por muy completos que sean los parámetros que maneje para decidir.

Víctor Moreno Catena, Presidente de la Fundación para la Inteligencia Artificial Legal, catedrático emérito de Derecho Procesal y miembro del Instituto Alonso Martínez de Justicia y Litigación, es el encargado de introducirnos en la materia y reflexionar sobre este tema tan interesante como novedoso: analizando los dilemas que plantea la IA, los peligros y riesgos que conlleva y las ventajas que supone su aplicación en un sistema judicial lento y costoso y en concreto en la posibilidad de dar una respuesta más pronta y eficaz, a las masivas reclamaciones de los consumidores.

Las reflexiones vertidas en esta sintética introducción son meras pinceladas que solo pretenden ofrecer una visión sistemática del conjunto de aportaciones efectuadas por los diversos colaboradores y colaboradoras, e invitar a una lectura sosegada de sus trabajos, ellos son los verdaderos protagonistas a los cuales vuelvo a agradecer su esfuerzo y disposición.

Espero que esta revista sea de utilidad para todos los fiscales y demás operadores jurídicos y constituya un instrumento de ayuda en nuestra actuación en defensa y protección de los derechos de los consumidores que somos todos, ante un mundo y un mercado digital que cada vez ofrece más, pero es más impersonal.

Pilar Martín Nájera



Hacia un nuevo proceso civil especial para la protección de consumidores y usuarios



José Miguel de la Rosa Cortina

Fiscal de Sala del Tribunal Supremo
Doctor en Derecho



Resumen

Análisis de las peculiaridades de los procesos para la protección de consumidores y usuarios, con especial referencia a las funciones del Ministerio Fiscal, tanto en el Derecho vigente como en el Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.

1. Cuestiones generales

El origen del Derecho de consumo está íntimamente conectado con la consolidación de la sociedad de consumo y con ella, con la irrupción de corporaciones productoras y prestadoras de bienes y servicios. La contratación dejó de regirse por el dogma de la autonomía de la voluntad, pues la evidente desigualdad entre partes hacía que las cláusulas contractuales se impusieran unilateralmente por los empresarios. La necesidad de normas sustantivas protectoras del consumidor debía estar acompañada por mecanismos procesales efectivos para poderlas implementar y por modulaciones procesales orientadas también a reequilibrar la desigualdad en las relaciones *inter partes*¹.

La normativa sobre protección de consumidores experimentó un decisivo impulso con la promulgación de la Constitución. El art. 51 CE dispone que “los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”².

Pronto el TC generó doctrina sobre los derechos de los consumidores, pudiendo destacarse las SSTC n.º 71/1982, de 30 de noviembre, 88/1986, de 1 de julio, y 15/1989, de 26 de enero.

La protección de los consumidores ha dado lugar a una intensa producción de legislación sustantiva, pudiendo destacarse en el ámbito del Derecho privado el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre³, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (en adelante, TRLGDCU)⁴.

1 Como expone BONACHERA VILLEGAS “el reconocimiento de derechos a los consumidores y usuarios sería inútil, si paralelamente no se establecen procedimientos eficaces en los que hacerlos valer. En este contexto, sólo cuando se ha abandonado la concepción individualista de los problemas que afectan a los consumidores y usuarios, es cuando hemos podido hablar propiamente de una tutela judicial eficaz de los derechos e intereses de estos sujetos” BONACHERA VILLEGAS, Raquel “Tutela procesal de los derechos e intereses de los consumidores” Tirant lo Blanch, Valencia, 2018 pág. 19

2 En palabras de la Circular FGE 2/2010: “este precepto constitucional constituye un llamamiento dirigido a todos los poderes públicos, obligados así a garantizar la protección de los intereses de consumidores y usuarios en el marco de una realidad económica muy dinámica, que evoluciona cada día como consecuencia del impacto constante de las nuevas tecnologías en la distribución de bienes y la progresiva liberalización de los servicios de interés general, entre otros factores”.

3 Esta norma derogó la anterior LGDCU de 1984, integrando en su articulado otras normas de protección de consumidores en un único texto, si bien la labor codificadora ha sido claramente insuficiente, pues se mantienen fuera de su articulado materias claramente engarzadas con el Derecho de consumo.

4 Pueden destacarse también (desde luego sin ánimo de exhaustividad) la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, *General de Publicidad* (LGP); la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, *del Medicamento*; la Ley 3/1991, de 10 de

También en el ámbito del Derecho Administrativo se han producido avances, al igual que en la esfera de la protección penal de los consumidores (*vid.* arts. 278 a 288 CP, dedicados a los delitos relativos al mercado y a los consumidores).

El avance en la protección de los consumidores adquiere velocidad de cruce con la incorporación de nuestro país a la Unión Europea y la recepción del *acquis communautaire*⁵.

El Programa Preliminar de la CEE para una política de protección e información de los consumidores recogió los llamados cinco derechos fundamentales del consumidor, a saber: derecho a la seguridad y a la salud, derecho al resarcimiento de daños, derecho a la protección de los intereses económicos, derecho a la representación y derecho a la información y educación⁶. El libro verde de la Comisión Europea sobre la protección de los consumidores en la Unión Europea de 2 de octubre de 2001⁷ propuso “introducir un sistema de regulación que alcance un nivel lo más alto posible de protección del consumidor manteniendo al mismo tiempo un mínimo coste para las empresas [...] y proporcione una seguridad jurídica y garantice su aplicación eficaz y real, especialmente en los litigios transfronterizos”. El art. 38 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE establece que “las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores”.

La actividad legislativa de la Unión Europea en materia de consumo ha sido intensa⁸, si bien se ha centrado en aspectos sustantivos, no abarcando disposicio-

enero, de *Competencia Desleal*; la Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre *contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles*; la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de *Crédito al Consumo*; la Ley 7/1996, de 15 de enero, de *Ordenación del Comercio Minorista*; la Ley 7/1998, de 13 de abril, de *Condiciones Generales de la Contratación*; la Ley 34/2002, de 11 de julio, de *servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico* y la Ley 23/2003, de 10 de julio, de *Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*.

5 La importancia en este ámbito del Derecho de la Unión radica en que como exponen JEREZ DELGADO y VERDÚN PÉREZ: “el Derecho de consumo es competencia compartida entre la Unión Europea y los Estados miembros (artículo 4.2.f TFUE) y por tanto, los Jueces deben tener en cuenta que, cuando resuelvan litigios en que es parte un consumidor, están en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y por esa razón es preciso que atiendan no sólo a la normativa europea y a la jurisprudencia del TJUE que la interpreta, sino también a los principios rectores e informadores del Derecho de la Unión, de origen jurisprudencial: en particular, los principios de primacía del Derecho de la Unión, de efectividad y eficacia, a los que cabe añadir el principio de aplicación directa del Derecho de la Unión”. JEREZ DELGADO, Carmen y VERDÚN PÉREZ, Francisco: “A la vuelta de treinta años. La implementación de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, tarea conjunta y progresiva”. Cuadernos de Derecho Transnacional (Marzo 2023), Vol. 15, N.º 1, pp. 442-460

6 Vid. ARROYO FIESTAS, Francisco Javier “La protección del Consumidor en el Ordenamiento comunitario”, VV. AA., “Derecho Comunitario. Presente y Perspectivas”, 1995, pág. 277.

7 (COM 2001 531)

8 Entre los principales instrumentos normativos de la Unión en materia de consumidores, destacan la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre *cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*; la Directiva 87/102/CEE del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, relativa a la *aproximación de las disposiciones*

nes de naturaleza procesal, laguna que ha tratado de ser colmada a través de la jurisprudencia emanada del TJUE⁹.

En efecto, debe en esta materia subrayarse el protagonismo extremo que ha asumido la jurisprudencia del TJUE, a través del mecanismo de las cuestiones prejudiciales. El valor prevalente de la jurisprudencia del TJUE ha sido expresamente asumido en la LOPJ en el art. 4 bis¹⁰.

Como tuvo ocasión de pronunciarse la propia FGE¹¹: “el TS en un principio negó que el interés casacional pudiera fundarse en resoluciones del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (ATS de 20 de enero de 2009, rec 1873/2006). Sin embargo, posteriormente ha rectificado su criterio y en la STS n.º 401/2010, de 1 de julio, declara terminantemente que hay que concluir que “es suficiente la cita como infringida de una sola sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea para que deba entenderse cubierta la justificación formal de interés casacional”.

legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de crédito al consumo; la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 4 de febrero de 2014 sobre los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial; la Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de septiembre de 2002 relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo, sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores; la Directiva 2008/122/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de enero de 2009 relativa a la protección de los consumidores con respecto a determinados aspectos de los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales de larga duración, de reventa y de intercambio; la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores; la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes; y la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo.

9 Como se ha expuesto “los instrumentos de que se ha servido el TJUE para alcanzar este objetivo son fundamentalmente tres: el orden público comunitario, el principio de efectividad y, en íntima conexión con éste, el derecho a la tutela judicial efectiva”. CEDEÑO HERNÁN, Marina “Protección de los consumidores, cláusulas abusivas y poderes de dirección del juez en el Proceso Civil.” Tirant lo Blanch, 2023

En este sentido, para JEREZ DELGADO y VERDÚN PÉREZ, *op. cit.* “el TJUE ha dictado auténticas normas al responder a la cuestión prejudicial planteada por los jueces nacionales, relativa a la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. Muchos jueces españoles —y destacadamente el juez de lo mercantil de Barcelona, José M^º Fernández Seijo—, han sido protagonistas en este ámbito. Y, aunque el contenido de la Directiva consultada fuera básicamente Derecho sustantivo, las respuestas del TJUE han tenido un impacto más allá de este ámbito material, alcanzando al Derecho procesal”.

10 Conforme a este precepto, introducido por la reforma operada por LO 7/2015, de 21 de julio: 1. Los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. Cuando los Tribunales decidan plantear una cuestión prejudicial europea lo harán de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y, en todo caso, mediante auto, previa audiencia de las partes.

11 Circular 1/2020, de 3 de enero, sobre los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal en el orden jurisdiccional civil.

Los cambios derivados de la jurisprudencia del TJUE son de tal magnitud que afectan a los principios procesales civiles¹². En especial, el principio dispositivo se desdibuja en los procesos de impugnación de cláusulas abusivas, acercándolos a los procesos especiales de familia. Este principio, incorporado al art. 216 LEC, se construye sobre varios dogmas que ahora quedan afectados: el principio *iudex iudicat secundum allegata et probata partium*¹³; el *da mihi factum, dabo tibi ius*, el *lite pendente nihil innovetur*; el principio de congruencia (*iudex non potest pertransire quod principaliter in iudicio proponitur*) y, en segunda instancia, el *tantum devolutum quantum appellatum* y la prohibición de la *reformatio in peius*.

La filosofía que sustenta estas desviaciones de los principios del proceso civil se construye sobre la base de que en las relaciones de consumo existe una clara desigualdad entre el empresario o profesional y el consumidor que es preciso reequilibrar mediante mecanismos tuitivos para con la parte más débil¹⁴. En última instancia, el Derecho —también el Derecho procesal— ha de estar inspirado sobre el principio Maxi/Min, enraizado en la teoría de la Justicia de John Rawls: exigencia del máximo grado de protección para los menos aventajados¹⁵.

12 Como se ha expuesto, subrayando el papel del TJUE "las decisiones del Tribunal de Justicia han servido para construir ejes axiológicos que hoy, por su carácter generalizado, conviene no ignorar para superar el formalismo inherente a las normas procesales". ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando "La sentencia Bondora o la prueba del algodón del proceso monitorio europeo: novedades en el control de oficio de las cláusulas abusivas y reformas en ciernes", Diario la Ley Unión Europea, 2020 n.º 81, pág. 53

13 En estos procedimientos no será de aplicación el principio dispositivo, que tan magistralmente describía CALAMANDREI "Juez, tú no tienes que fatigarte para encontrar argumentos, porque solamente estás llamado a escoger entre los buscados por nosotros los abogados, que realizamos por ti, el duro trabajo de excavar, y para mejor meditar tu elección, tienes el deber de sentarte en tu cómodo sillón... tú eres, ¡oh juez!, la olímpica inmovilidad que sin prisa, espera". Vid. CALAMANDREI, Piero, "Elogio a los jueces hecho por un abogado" Editorial Reus S.A., 2009.

14 En esta línea, VALLESPÍN PÉREZ, David "Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas" Editorial Bosch 2018 pág.26

15 Para FERREIRO "la protección al consumidor ha venido a condicionar los principios tradicionales del enjuiciamiento civil, especialmente en lo relativo a la pasividad del juez y a la igualdad formal de las partes, lo que se ha visto progresivamente no sólo en el ámbito del proceso monitorio, sino también en el proceso de ejecución general e hipotecaria , entre otros" FERREIRO BAAMONDE, Xulio "La protección procesal a los consumidores: proceso monitorio europeo y proceso europeo de escasa cuantía. ¿hacia un nuevo derecho procesal en las relaciones de consumo?" Actualidad Civil, N.º 9, Sección Protección de los consumidores / A fondo, Septiembre 2022, LA LEY

En esta línea favorable al "reequilibrio procesal" se ha escrito que "las decisiones del TJUE no deben considerarse «caprichosas», no responden a una falta de conocimiento o de respeto a la legislación interna de cada país. Se inspiran en el objetivo de dar cumplimiento efectivo a uno de los valores principales de la Directiva 93/13, el de evitar que la situación de desequilibrio que se produce en el momento de la contratación se traslade al procedimiento judicial, haciendo que esas asimetrías frustren por completo las legítimas expectativas de la parte más débil en el contrato". FERNÁNDEZ SEIJO, José María "Hacia un Derecho Procesal de consumo (Comentario a las recientes Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de consumidores) Actualidad Civil, N.º 7-8, Sección Protección de los consumidores / A fondo, Julio-Agosto 2022.

Además, suele estar presente en un gran número de litigios de consumo la peculiaridad de que la escasa cuantía en juego disuade al consumidor individual de entablar acciones, pues empleando la expresión castiza “vale más el collar que el perro”¹⁶.

No obstante, la introducción de estos mecanismos de reequilibrio procesal también ha generado posiciones críticas¹⁷.

Desde las instituciones de la Unión Europea cuajó la idea básica de que no era suficiente reconocer derechos si no se establecían simultáneamente mecanismos procesales para su efectividad¹⁸. La Resolución del Parlamento Europeo de 4 de julio de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas mini-

16 El consumidor que litiga a título individual ha sido comparado con un auténtico “quijote” y por ello se han ido introduciendo tendencias legislativas que consisten “en permitir y promover la existencia de procesos colectivos, como sucede en España desde mediados de los años 80 [...] Se consigue a través de esta vía fomentar una solución unitaria a situaciones en que o bien existe una única infracción con una pluralidad de afectados, o bien existe una pluralidad de controversias homogéneas; y ello, a su vez, redundará en una mayor economía procesal para la parte consumidora, dado que la cuantía económica del proceso colectivo sí que compensa el esfuerzo de su realización”. [...] la implantación de los sistemas de acciones y procesos colectivos se apoya y se aprovecha del fenómeno del asociacionismo en materia de consumo, así como de la existencia de organismos públicos de defensa de los consumidores, permitiendo que sean estas estructuras quienes se enfrenten en el juicio, desde una posición de menor desequilibrio, a los grandes profesionales y empresarios”. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando “La protección de los consumidores en el proceso civil español” Institut André Tunc de la Université Paris I — Panthéon-Sorbonne (2005), <http://panjuris.univ-paris1.fr/pdf/>

17 En este sentido LÓPEZ GIL ha considerado que “de alguna forma, se ha partido de la concepción, a nuestro entender errónea, de que la desigualdad existente entre las partes contratantes en cualquier negocio jurídico cuando una de ellas tiene la consideración de consumidor y la otra un profesional para negociar determinadas cláusulas y que son merecedoras de protección, se ha trasladado al proceso, considerando que dicha desigualdad pervive. Nada más lejos de la realidad pues si bien en la etapa negocial sí puede existir esa desigualdad, esta desaparece en el ámbito procesal. Debemos recordar que uno de los principios jurídico-naturales de nuestro ordenamiento jurídico es la igualdad de las partes entendido como la existencia de idénticas posibilidades de actuación con independencia de la posición procesal que se ostente, máxime cuando, además, las partes están asistida, dirigidas y aconsejadas por profesionales técnicos”. LÓPEZ GIL, Milagros “El principio *tantum apellatum quantum devolutum* en la justicia de consumo: una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE” Actualidad Civil, N.º 5, Sección Protección de los consumidores / A fondo, Mayo 2022

18 Como se ha expuesto “la actual Unión Europea lleva muchos años preocupada por el acceso a la justicia de los consumidores, en cuanto elemento que garantiza el pleno disfrute de los derechos reconocidos a aquéllos. En este último sentido, en el aspecto meramente sustantivo, la Unión ha perseguido el reconocimiento a los consumidores de unos derechos disfrutables o ejercitables en todos los Estados miembros, en cuanto medio, principalmente, para que el consumidor pueda obtener mayor beneficio del gran mercado interior. Esta actividad, en todo caso, debe entenderse en el marco de la labor de la Unión Europea para crear un espacio de libertad, seguridad y justicia” ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko “La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa” Diario La Ley, N.º 7420, Sección Doctrina, 9 de Junio de 2010, Año XXXI, Ref. D-193.

En palabras de DAMIÁN MORENO “el proceso es tributario de la ley material que regula el fondo de asunto y que, por mucho que se resista, al final acaba claudicando y adaptándose a la nueva realidad que le impone el derecho sustantivo al que sirve” DAMIÁN MORENO, Juan “El valor de las ficciones como garantía del principio de efectividad: consideraciones en torno a la situación creada por la sentencia del TJUE de 17 de mayo de 2022”, Diario La Ley, 21 noviembre 2022

mas comunes del proceso civil en la Unión Europea¹⁹ en su núm. 21, propugna la necesidad de contar con sistemas de enjuiciamiento civil eficaces “que constituyen una condición previa para la inversión sostenible y un entorno favorable para las empresas y los consumidores”.

Las reformas en el proceso civil han sido tardías²⁰. Hasta la fecha no han llegado a cristalizar en un proceso específico de tutela de estos intereses, pero se han ido introduciendo normas procesales específicas (competencia territorial, legitimación, regulación de las acciones colectivas, ejecución) y pautas jurisprudenciales (poderes de oficio del Juez, prueba, cosa juzgada, preclusión) que modulan profundamente los procesos comunes (verbal, ordinario, ejecución) hasta el punto de que poco tienen que ver con la tramitación general prevista en la LEC.

El primer hito legislativo en materia de acceso a la justicia de los consumidores lo constituyó la Ley Orgánica del Poder Judicial, que ya en su redacción original dispone en su art. 7.3 que los tribunales “protegerán los derechos e intereses legítimos, tanto individuales como colectivos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión”, añadiendo que “para la defensa de estos últimos se reconocerá la legitimación de las corporaciones, asociaciones, organizaciones sindicales y grupos que resulten afectados o que estén legalmente habilitados para su defensa y promoción”²¹.

El segundo hito vino de la mano de la LEC de 2000, que aborda decididamente las cuestiones relativas a la legitimación para ejercitar acciones dirigidas a obtener una tutela de los intereses generales o supraindividuales de los consumidores y usuarios.

Tras la Directiva 98/27/CE, de 19 de mayo de 1998, *relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores*, se dictó la Ley 39/2002, de 28 de octubre, transponiendo la misma.

19 2015/2084(INL)

20 Como ha expuesto GASCÓN INCHAUSTI *op. cit.* cuando ya estaban razonablemente asentadas las normas sustantivas, “se puso de relieve la insuficiencia de la legislación procesal para dar una respuesta satisfactoria a las exigencias de tutela judicial derivadas del reconocimiento de nuevos derechos e intereses, especialmente de aquéllos de carácter pluriindividual o supraindividual. Por eso, el segundo momento en la evolución normativa es el que ha tenido lugar en el terreno de lo procesal y, sobre todo, en el plano del proceso civil, [...] la *anterior Ley de Enjuiciamiento Civil*, aprobada en 1881, no contemplaba en modo alguno ni el fenómeno del consumo en masa ni, menos aún, sus eventuales repercusiones procesales; y ni siquiera tras sus sucesivas modificaciones se dio cabida a las nuevas exigencias de tutela jurisdiccional colectiva de los intereses de los consumidores y usuarios”.

21 Este precepto sólo ha sufrido una modificación, operada por la LO 1/2025, de 2 de enero. En realidad, como ya nos tiene acostumbrados el Legislador, fue una modificación puramente estética y, como tal, perfectamente prescindible.

La Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios introdujo disposiciones específicas sobre prueba (arts. 26 y 28 LGDCU) y la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre Condiciones generales de la Contratación* (en adelante, LCGC) estableció previsiones sobre publicidad de las sentencias (art. 21) y sobre acumulación de acciones colectivas (art. 16).

Se han incorporado, pues, paulatinamente especialidades, tanto para el ejercicio de acciones individuales como colectivas, tendentes a reforzar la posición de los consumidores, partiendo del desequilibrio inicial en el que se colocan respecto de las grandes empresas. No obstante, no ha cristalizado un proceso específico de consumo, ni como cauce para el ejercicio de acciones individuales ni para el ejercicio de acciones colectivas.

La promulgación de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, *sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (en adelante, Directiva 93/13) fue clave en la reformulación de principios básicos del Derecho Procesal civil. Con esta Directiva se consolida la protección del consumidor como principio de orden público en la Unión²². Revestido de ese rango, el principio se utilizará por el TJUE como herramienta hermenéutica preferente, provocando una pluralidad de resoluciones que, resolviendo cuestiones prejudiciales elevadas por Juzgados y Tribunales españoles, han revolucionado nuestro proceso civil²³, desdibujando el principio dispositivo, hasta entonces piedra angular del mismo²⁴.

El cuerpo doctrinal emanado del TJUE modula las normas procesales, hasta el punto de que se ha considerado que el principio de legalidad procesal ha quedado trastocado. Las puntuales reformas legislativas y los cambios jurisprudenciales a consecuencia de la doctrina emanada del TJUE resolviendo cuestiones prejudiciales no parecen la mejor vía para establecer un marco procesal sistemático y racional.

22 Vid. en esta línea QUESADA LÓPEZ, Pedro Manuel "El principio de efectividad del derecho de la Unión Europea y su impacto en el derecho procesal nacional" *Iustel*, 2019, pág.165

23 Como exponen JEREZ DELGADO y VERDÚN PÉREZ, *op. cit.* "siendo una Directiva de contenido material o sustantivo (civil), sólo queda plenamente implementada cuando se ve afectado el Derecho formal (procesal), ante el consiguiente estupor de la doctrina procesalista".

24 LÓPEZ GIL *op. cit.* ha escrito en este sentido que "hemos asistido atónitos a la introducción en nuestro proceso civil, formulado sobre el principio dispositivo y por tanto construido sobre la propia delimitación del objeto del proceso por las partes, a la imposición a los órganos jurisdiccionales de la obligación de la vigilancia de oficio de la existencia de cláusulas abusivas en cualquier momento del proceso, ya sea de declaración como de ejecución, resultando inaplicables, por ende, las reglas de la preclusión. La consecuencia es que se ha desvirtuado el esquema de los procedimientos establecidos desdibujando las diferentes fases sobre las que estaba construido".

En efecto, la doctrina ha señalado los riesgos de la modificación del proceso civil a golpe de decisiones del TJUE sobre cuestiones prejudiciales que a veces no están correctamente planteadas y que pueden generar confusión y pronunciamientos desenfocados y, por ello, perturbadores²⁵. La claridad, la sistemática, la racionalidad, la seguridad jurídica y el principio de legalidad procesal abogarían porque estas innovaciones derivadas de las resoluciones del TJUE tuvieran una meditada y cuidada traslación a nuestra legislación procesal²⁶. La solución pasaría por una reforma legal que construyera un proceso especial para la protección de los consumidores²⁷. El nuevo modelo podría inspirarse en las disposiciones generales en materia de procesos especiales de familia²⁸.

25 En este sentido, para CEDEÑO HERNÁN, “en algunas ocasiones, el planteamiento de las cuestiones prejudiciales va acompañado de interpretaciones erróneas o sesgadas de las normas procesales y esto constituye, sin duda, un factor distorsionador, que ha de ser tenido en cuenta a la hora de valorar la influencia que una determinada decisión ha de tener en el ordenamiento interno. El Tribunal de Luxemburgo ha afirmado, en reiteradas ocasiones, que la valoración de si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión y, por tanto, es contraria al principio de efectividad debe hacerse sin perder de vista el lugar que ocupa esa disposición dentro del conjunto del sistema procesal del Estado en cuestión. No se trata, por tanto, de una estimación en abstracto, sino dentro de un contexto determinado: el ordenamiento nacional en el que se inserta esa disposición. El problema, sin embargo, radica en que a veces ese ordenamiento que sirve de contexto es desconocido para quien ha de decidir su compatibilidad con el Derecho de la Unión y la principal fuente de información de la que dispone es la que le proporciona el órgano jurisdiccional proponente de la cuestión prejudicial. Pues bien, si esa información es errónea o incompleta, puede conducir a una decisión también errada, en la medida en que se sustenta sobre premisas incorrectas”. CEDEÑO HERNÁN, Marina “¿Exige el Derecho de la Unión Europea otorgar tutelas de oficio en el Derecho de consumo al margen de las cláusulas abusivas?” Diario LA LEY, N.º 10474, Sección Tribuna, 26 de Marzo de 2024, LA LEY

Como expone FERRIERO BAAMONDE *op. cit.* “cierto es que la jurisprudencia analizada, clara en sus principios, adolece, sin embargo, de cierta indeterminación en sus límites y en sus consecuencias prácticas y que, además, tropieza con una tradición procesal civil secular, lo que no siempre hace fácil su aplicación al caso concreto y genera dudas en los operadores jurídicos, comenzando por los propios tribunales”.

26 En este sentido se ha considerado que “no podrá darse cumplimiento al principio de efectividad mientras no se realice la imprescindible reforma de nuestro sistema procesal para constituir una especialidad autónoma del proceso común cuando el objeto del mismo afecte al derecho de consumo, como se ha venido reclamando” RIVAS VELASCO, María José “Cosa juzgada y control de oficio en consumo” Diario La Ley, N.º 9621, Sección Tribuna, 27 de Abril de 2020, Wolters Kluwer

27 Aporta interesantes líneas para esa futura reforma CEDEÑO HERNÁN, “¿Exige el Derecho...? *op. cit.*: “una adecuada tutela de los derechos de los consumidores en el proceso declarativo, permitirá ahorrar muchos problemas que pueden trasladarse al proceso de ejecución. Entre esas especialidades no podría faltar el refuerzo de los poderes de actuación de oficio del juez, no solo para apreciar de oficio las cláusulas contractuales abusivas, sino también para informar al consumidor de los derechos que le reconoce la normativa europea y evitar de este modo que no los ejerce por desconocimiento. Esa información debería ir acompañada de una flexibilización de las reglas de preclusión con el fin de evitar que se conviertan en un obstáculo para la efectividad de los derechos de los consumidores y, por supuesto, todo ello sin descuidar el derecho de defensa de la parte contraria. Menos preclusión y más información serían las claves del proceso de consumo, pero siempre respetando la autonomía de los consumidores para decidir la tutela que solicitan al tribunal y garantizando, en todo caso, el respeto a la contradicción y a la defensa de todas las partes”.

28 En este sentido LÓPEZ GIL *op. cit.* partiendo de la necesidad de normas de protección del consumidor para subsanar la situación de desigualdad de la que parten en las relaciones negociales considera que esta protección “no puede hacerse a costa de quebrar los principios inspiradores del proceso civil. Quizá en esta materia

Como se expondrá en el epígrafe 6, actualmente se tramita un Proyecto de Ley que contempla un proceso civil especial para el ejercicio de las acciones colectivas.

Con idéntico diagnóstico se ha propuesto una terapia distinta: que la Unión Europea desarrolle un Derecho Procesal de Consumo²⁹.

Debe también tenerse presente en relación con las controversias de consumo la gran importancia que pueden desempeñar los *Alternative Dispute Resolution*, o mecanismos de resolución alternativa de conflictos (en terminología de la LO 1/2025, MASC), especialmente indicados en este ámbito, y que han dado lugar a una regulación específica, tanto a nivel europeo (Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, *relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo*) como a nivel interno (últimamente Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE y Real Decreto 713/2024, de 23 de julio, *por el que se aprueba el Reglamento que regula el Sistema Arbitral de Consumo*).

Tras la promulgación de la LO 1/2025, en los litigios en que se ejerciten acciones individuales promovidas por consumidores o usuarios, se entenderá cumplido el requisito de procedibilidad por la reclamación extrajudicial previa a la empresa o profesional con el que hubieran contratado, sin haber obtenido una respuesta en el plazo establecido por la legislación especial aplicable, o cuando la misma no sea satisfactoria, y sin perjuicio de que puedan acudir a cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias, tanto los previstos en legislación especial en materia de consumo como los generales previstos en la LO 1/2025 (*vid.* disposición adicional séptima)³⁰.

lo conveniente sería que se afrontase una reforma de las normas procesales en la que el principio que lo rigiese fuese otro, tal y como sucede, por ejemplo, en materia de familia”.

29 En este sentido, para FERNÁNDEZ SEIJO, *op. cit.* “el impulso de unas normas procesales europeas en materia de protección de consumidores terminaría seguramente con la actual incertidumbre y la falta de seguridad que está generando la litigación en materia de consumo”.

Para JEREZ DELGADO y VERDÚN PÉREZ, *op. cit.* como quiera que la jurisprudencia del TJUE excepciona principios clásicos del Derecho procesal, “el resultado puede explicarse aludiendo a la generación de una rama específica —el “Derecho procesal europeo de consumo”— que se desgaja del Derecho procesal general (como el Derecho de consumo abandona también la “parte o teoría general” en materia de contratos). Esta ramificación es lógica dado que el punto de partida de una y otra rama del Derecho procesal es distinto, en función de si existe o no igualdad entre las partes”.

30 También se cumple con dicho requisito con la resolución de las reclamaciones presentadas por los usuarios de los servicios financieros ante el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en los términos establecidos por el artículo 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, o por haber acudido a alguno de los pro-

La aplicación de las especialidades procesales que estudiamos depende de que el demandante tenga la condición de consumidor o usuario. La importancia de ostentar o no la condición de consumidor es clara, pues solo ellos quedan incluidos dentro de la protección especial, quedando excluidos de esta los empresarios o profesionales³¹ y los que se concluyan entre consumidores³². Ello genera frecuentes conflictos.

El art. 3 TRLGDCU³³ contiene un concepto legal de consumidor³⁴, que puede sintetizarse en que son las personas físicas que actúan con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, así como las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúan sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial³⁵.

La Directiva sobre las cláusulas abusivas en su art. 2 b) considera consumidor a toda persona física que, en los contratos regulados por aquélla, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional, y en el art. 2 c) define al profesional como toda persona física o jurídica que, en las transacciones reguladas por la misma Directiva, actúe dentro del marco de su actividad profesional, ya sea pública o privada. Debe,

cedimientos a que se refiere la Ley 7/2017, de 2 de noviembre o los que pudieran haber sido establecidos en normativa sectorial en desarrollo de la misma.

31 Vid. DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, Jesús "Delimitación del concepto de consumidor a la luz de la jurisprudencia europea y española" Actualidad Civil, N.º 11, Sección Protección de los consumidores, Noviembre 2022, LALEY

32 Vid. ROMERO GARCÍA-MORA, Guillermo "En torno al concepto de «consumidor» en el Derecho Comunitario. A propósito de la STJCE Gruber vs. Bay Wa" Actualidad Civil, N.º 22, Sección AFondo, Quincena del 16 al 31 Dic. 2005, pág. 2704, tomo 2, Editorial LALEY

33 Modificada en este punto por Ley 3/2014, de 27 de marzo

34 1. *A efectos de esta ley, y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.*

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

2. *Asimismo, a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas 1. A efectos de esta ley, y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.*

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

2. *Asimismo, a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad.*

35 No obstante, como se ha escrito "el concepto de consumidor nunca ha sido ni será un concepto cerrado y unívoco, sino que estará abierto y deberá ser moldeable a cada uno de los sectores que lo regulen, con las características intrínsecas de cada sector, actividad o producto" CATALÁN CHAMORRO María José "El acceso a la justicia de consumidores: los nuevos instrumentos del ADR y ODR de consumo". Tirant lo Blanch, Valencia, 2019

no obstante, tenerse en cuenta que cada directiva sectorial incorpora un concepto autónomo de consumidor³⁶, lo que complica extraordinariamente su delimitación³⁷.

Sobre el concepto “consumidor” puede consultarse la STJUE de 3 de septiembre de 2015, C-110/2014: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea declara que una persona física que ejerce la abogacía y celebra un contrato de crédito con una entidad bancaria sin que se precise el destino de este, puede considerarse consumidor a efectos del artículo 2, letra b) de la Directiva sobre las cláusulas abusivas, siempre y cuando el contrato no se encuentre vinculado a la actividad profesional del abogado.

Una vez apreciada la calificación como consumidor, la protección que el ordenamiento jurídico les da no está condicionada a que concurra en los mismos una situación de desvalimiento o ignorancia³⁸.

2. El impacto del Derecho de la Unión

2.1 Los principios de autonomía procesal, equivalencia y efectividad

El art. 4.3 del Tratado de la Unión Europea consagra el principio de cooperación leal, que obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar la plena efectividad del Derecho de la Unión. Este precepto es la base de los principios de primacía y eficacia directa del Derecho de la Unión.

36 La Directiva 85/577/CEE del Consejo, de 20 de diciembre de 1985, *referente a la protección de los consumidores en el caso de contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales* define al «consumidor» como toda persona física que actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional. En la misma línea, la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, *relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia* lo define como toda persona física que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional; la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, *sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo* lo define como toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que entran en el marco de su actividad profesional. La Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, *relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior* lo define como “cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión”.

37 Para ROMERO GARCÍA-MORA, *op. cit.* “la noción de «consumidor» que ofrezca el Derecho Comunitario ha de ser forzosamente difusa y multiforme, es decir, siempre en función de la concreta norma que contemple su posición en una relación obligacional determinada”

38 MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto “El concepto de consumidor en la oposición a la ejecución por cláusula abusiva” *Práctica de Tribunales*, N.º 126, Sección Ejecución Civil, Mayo-Junio 2017, Editorial Wolters Kluwer

La falta de intervención normativa de la Unión Europea, en cuestiones procesales civiles, radica en el denominado principio de autonomía procesal de los Estados miembros: se concede libertad a los estados para regular las normas procesales que doten de tutela jurisdiccional a los derechos que la Unión reconoce a los particulares. La STJCE de 16 de diciembre de 1976, C-33/76³⁹, parte de que corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro establecer los órganos jurisdiccionales competentes y diseñar las modalidades procesales en salvaguarda de los derechos reconocidos a los ciudadanos. En palabras del TJUE: “conforme a reiterada jurisprudencia, a falta de normativa de la Unión en la materia, corresponde a cada Estado miembro, en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, configurar la regulación del procedimiento destinado a garantizar la salvaguarda de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables⁴⁰. No obstante, la propia sentencia considera que el juez nacional debe inaplicar cualesquiera disposiciones nacionales que supongan un obstáculo para la eficacia del Derecho comunitario, sin necesidad de esperar a que esas normas internas sean derogadas.

En efecto, el principio de autonomía procesal de los Estados miembros se ve modulado por el principio de efectividad, conforme al que las normas procesales internas no pueden generar el efecto de imposibilitar en la práctica el ejercicio de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión y por el principio de equivalencia, que dispone que las normas procesales aplicables al derecho europeo no pueden ser menos favorables que las relativas a los procesos para acciones similares de derecho interno. En este sentido, declara la STJUE de 26 de octubre de 2006 C-168/05⁴¹: que “según jurisprudencia reiterada, a falta de normativa comunitaria en la materia, la determinación de la regulación procesal destinada a garantizar la salvaguarda de los derechos que el Derecho comunitario genera en favor de los justiciables corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros, a condición, sin embargo, de que esta regulación no sea menos favorable que la aplicable a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) y de que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad)”.

39 Rewe-Zentralfinanz c. Rewe-Zentral

40 Parte esta resolución de la necesidad de que el ordenamiento jurídico interno de cada Estado garantice “la salvaguarda de los derechos que en favor de los justiciables genera el efecto directo del Derecho comunitario”. A falta de medidas de armonización, “los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario deben ejercitarse ante los órganos jurisdiccionales nacionales según las modalidades establecidas por la norma nacional” y “solo podría ser de otro modo si estas modalidades y plazos hicieran imposible en la práctica el ejercicio de derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar”.

41 Asunto Mostaza Claro.

Cuando se llega a la conclusión de que el marco procesal interno no protege el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión, el Juez nacional habrá de habilitar un cauce específico para neutralizar tales obstáculos⁴². La STJCE de 19 de junio de 1990, C-213/89⁴³ considera que “sería incompatible con las exigencias inherentes a la propia naturaleza del Derecho comunitario toda disposición de un ordenamiento jurídico nacional o toda práctica legislativa, administrativa o judicial, que redujese la eficacia del Derecho comunitario por el hecho de negar al Juez competente para aplicar ese Derecho la facultad de hacer, en el mismo momento de esa aplicación, todo lo necesario para excluir las disposiciones legislativas nacionales que pudiesen constituir un obstáculo, incluso temporal, a la plena eficacia de las normas comunitarias”.

La Justicia europea ha ido profundizando en las exigencias del principio de efectividad, al revisar el TJUE los ordenamientos procesales internos. Ha sido asumido, junto con el de cooperación leal, en los artículos 4.3 y 19.1⁴⁴ del TUE.

Mediante la aplicación del principio de efectividad, el TJUE en Derecho de consumo limita la autonomía procesal de los Estados y revisa los sistemas procesales internos, partiendo del principio de que los órganos jurisdiccionales internos deben garantizar la protección de los derechos de los consumidores. La STJUE de 7 de junio de 2007, C-222/05 a C-225/05⁴⁵, proclama “la necesidad de garantizar al consumidor la protección efectiva a que se refiere la Directiva 93/13”.

Del principio de efectividad derivan tres subprincipios: 1) la interpretación conforme de las normas internas, principio que implica elegir entre las varias interpretaciones posibles la más respetuosa con el Derecho de la Unión; 2) la inaplicación de aquellas normas procesales internas —o jurisprudencia nacional— que no resulten compatibles con los derechos reconocidos por la Unión y 3) la búsqueda de nuevos cauces procesales, aún no previstos en la legislación interna, con el fin de proporcionar la tutela judicial adecuada al derecho emanado de la normativa europea⁴⁶.

42 En el mismo sentido QUESADA LÓPEZ, *op. cit.* pág. 235 ha considerado que “si una disposición procesal nacional entra en conflicto con la plena eficacia del derecho de la Unión la primera devendría inaplicable, hasta el punto que obligaría al órgano jurisdiccional a casi crear un nuevo cauce jurídico que no exista en el derecho procesal nacional o dicho de otro modo actuar contra *legem nationalis*”.

43 Asunto Factortame.

44 “El Tribunal de Justicia de la Unión Europea comprenderá el Tribunal de Justicia, el Tribunal General y los tribunales especializados. Garantizará el respeto del Derecho en la interpretación y aplicación de los Tratados. Los Estados miembros establecerán las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva en los ámbitos cubiertos por el Derecho de la Unión

45 Asunto van der Weerd

46 En la misma línea, CEDEÑO HERNÁN, “Protección...” *op. cit.* pág. 40

2.2 Ampliación de los poderes del Juez en protección de los consumidores frente a cláusulas abusivas

2.2.1 Ideas generales

La Directiva 93/13 ha alterado profundamente la operatividad del principio dispositivo en los procesos civiles en los que estén en juego los derechos de los consumidores en relación con las cláusulas abusivas, al dársele la consideración de materia de orden público⁴⁷.

En efecto, el impacto procesal de esta Directiva se genera en última instancia por la elevación del rango de las normas protectoras de los consumidores. Dar la máxima protección a la parte más débil en la relación contractual lleva a calificar estas normas de orden público, con la consiguiente modulación del principio dispositivo, como ocurre en los procesos de familia⁴⁸.

Como se ha expuesto: “se presumen al juez nacional como juez aplicador del derecho de la Unión Europea unas facultades tan amplias que le llevan a erigirse como un supremo garante de la aplicación de la Directiva 93/13 que podrán entenderse en detrimento de las propias normas de procedimiento nacionales”⁴⁹.

El principio básico inspirador de la Directiva 93/13 es el de que “los adquirentes de bienes y servicios deben estar protegidos contra el abuso de poder del vende-

47 Como se ha escrito “se trata, así, de uno de los supuestos excepcionales en los que se ha establecido expresamente la nulidad de pleno derecho por razones de protección del orden público. El desequilibrio existente en este tipo de procesos queda minorado por esta importante quiebra del principio dispositivo, que otorga al órgano jurisdiccional la facultad/obligación de expulsar del contrato una cláusula abusiva para el consumidor” TAPIA FERNÁNDEZ, “La apreciación de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas”, Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, n.º. 17, 2016, pág. 125

En este sentido CEDEÑO HERNÁN, “¿Exige el Derecho...? *op. cit.* ha considerado que “la apreciación de oficio de cláusulas abusivas, la adopción de pruebas de oficio o, incluso, la tutela cautelar de oficio, tal y como han sido delimitadas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, se dirigen a conseguir dos objetivos esenciales: que el consumidor no quede vinculado por cláusulas abusivas y que se produzca un efecto disuasorio que empuje a los empresarios o profesionales a evitar la utilización de este tipo de cláusulas en el futuro”.

48 Como ha expuesto QUESADA LÓPEZ, *op. cit.* pág. 168 “sobre la base de la existencia de normas de interés u orden público comunitario el TJUE ha ido ampliando paulatinamente los poderes del juez civil en los procesos entre Consumidores y Usuarios [...] de este modo al incluir la directiva 93/13 como norma de orden público obliga indirectamente a los Estados miembros a extender sus normas de procedimiento más favorables a las acciones para la aplicación de los derechos de los consumidores derivados de la legislación europea [...] la tutela del consumidor asume una posición de rango constitucional dentro del sistema comunitario [...] este acervo tiene una dimensión regulatoria con respecto al mercado interno en tanto que obliga a actualizar el derecho procesal nacional y el privado sustantivo mediante el fortalecimiento del papel, potestades y obligaciones del juez nacional con la finalidad o misión de la Unión de protección del consumidor”.

49 QUESADA LÓPEZ, *op. cit.* pág. 178

dor o del prestador de servicios” y que los “Estados miembros deben adoptar las medidas necesarias para evitar que se estipulen cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores por un profesional”. El art. 3.1 de la Directiva 93/13 considera abusivas las “cláusulas contractuales que no se hayan negociado individualmente [...] si, pese a las exigencias de la buena fe, causan en detrimento del consumidor un desequilibrio importante entre los derechos y obligaciones de las partes que se derivan del contrato”. El art. 6, apartado primero de la Directiva 93/13, dispone que “los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre este y un profesional y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas”.

La derivación procesal de tales normas sustantivas se contiene en el art. 7 de la Directiva 93/13, que exige a los Estados miembros que “existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores”.

La STJUE de 6 de octubre de 2009, C-40/06, extrae una consecuencia fundamental: “dadas la naturaleza y la importancia del interés público en que se basa la protección que la Directiva 93/13 otorga a los consumidores, procede declarar que el artículo 6 de dicha Directiva debe considerarse una norma equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ordenamiento jurídico interno, tienen rango de normas de orden público”. El reconocimiento como normas de orden público de las normas protectoras de los consumidores de la Directiva 93/13 va a tener un impacto directo en los principios del proceso civil.

Así, la jurisprudencia del TJUE se ha decantado por exigir que los órganos jurisdiccionales nacionales puedan controlar de oficio la abusividad de las cláusulas, en los pleitos de consumidores contra empresarios (*vid.* SSTJUE de 21 de abril de 2016, C-377/14, y de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15)⁵⁰. La apreciación de oficio por el juez nacional de la abusividad de las cláusulas debe llevarse a cabo tan pronto como dispongan de los elementos de hecho y de

50 SENÉS MOTILLA matiza estas funciones del Juez de oficio: “repárese, que esta obligación que concierne al juez respecto del clausulado abusivo opera a partir de los hechos y fundamentos jurídicos que le aportan las partes, y no le convierte en una especie de juez inquisidor, a la caza del clausulado abusivo. En definitiva, que a remolque del material fáctico y jurídico que le suministran las partes, al juez le corresponde una “intervención positiva” que compense la situación de desequilibrio existente entre el consumidor y el profesional”. SENÉS MOTILLA, C., “Tratamiento de las cláusulas abusivas en el Juicio Cambiario”, en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, núm. 42 (2017), pág. 13

derecho necesarios para ello (*ad exemplum*, SSTJUE de 29 de febrero de 2024, C-724/22; de 18 de enero de 2024, C-531/22).

Esta línea jurisprudencial del TJUE, además de ser directamente aplicable, ha provocado modificaciones legales en el proceso de ejecución forzosa basado en título ejecutivo no judicial, estableciendo el deber del juez de apreciar de oficio la existencia de cláusulas abusivas antes de acordar el despacho de la ejecución (art. 552.1 LEC)⁵¹.

También ha provocado modificaciones legales en el proceso monitorio. En efecto, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE el control de abusividad de las cláusulas también puede y debe realizarse de oficio en el proceso monitorio tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello (*vid.* SSTJUE de 14 de junio de 2012, C-618/10; de 18 de febrero de 2016, C-49/14 y de 19 de diciembre de 2019, C-453/18 y C-494/18). La Ley 42/2015, de 5 de octubre, inserta un trámite para que el juez pueda controlar la posible existencia de cláusulas abusivas en contratos de consumo⁵². Así, el art. 815.4 LEC prevé que, si la reclamación que se realiza a través del proceso monitorio tuviese su origen en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, el LAJ, antes de realizar el requerimiento, dará cuenta al juez para que este pueda apreciar, en su caso, la posible existencia de una cláusula abusiva en el seno de este. En el caso de que el juez considere que alguna de las cláusulas en las que se funda la petición pudiese tener este carácter, otorgará un plazo de audiencia a las partes por cinco días, resolviendo posteriormente a través de auto. Esta resolución podrá determinar la improcedencia de la pretensión u ordenar la continuación del procedimiento, sin la aplicación de la cláusula o cláusulas consideradas abusivas. Si el tribunal no estimase la existencia de cláusulas abusivas, lo declarará así y el letrado de la Administración de Justicia procederá a requerir al deudor. En cualquiera de los dos casos, el auto podrá apelarse⁵³.

El TS asume esta doctrina y explica su fundamento: la apreciación de oficio de la nulidad de tales cláusulas tiene por fundamento la superación del desequilibrio

51 Ley 1/2013, de 14 de mayo, de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social.

52 Para GÓMEZ AMIGO "lo que se evidencia es que al TJUE no le gusta o no le parece adecuada la técnica monitoria en las reclamaciones contra consumidores, pues crea una desventaja procesal para la parte débil". Para este autor "hay algo de exorbitado en la posición del TJUE en defensa de los consumidores frente a las cláusulas abusivas" GÓMEZ AMIGO, Luis "La doctrina del TJUE en el caso Bondora: ¿hacia el declive del proceso monitorio europeo?", *Práctica de Tribunales*, 2020 n.º 144, mayo-junio.

53 *Vid.* FERREIRO BAAMONDE, *op cit*

real existente entre el consumidor y el empresario o profesional, que determina que el consumidor pueda desconocer la posibilidad de defender sus intereses con base en el carácter abusivo de una cláusula no negociada, así como coadyuvar al objetivo de política general relativo al efecto disuasorio frente a la utilización de las cláusulas abusivas, que resultaría debilitado si la pretensión del consumidor fuera desestimada (o, correlativamente, si la del empresario o profesional resultara estimada) por la aplicación de una cláusula abusiva que no hubiera sido expresamente impugnada por el consumidor (STS n.º 52/2020, de 23 de enero)⁵⁴.

La STS n.º 52/2020, de 23 de enero, realiza cuatro pronunciamientos procesales clave: 1) “la jurisprudencia del TJUE es tan clara y contundente que puede afirmarse que la tutela del consumidor prevalece sobre cualesquiera cuestiones relativas a procedimiento o plazos, con la única limitación de salvaguardar los principios de audiencia y contradicción. Las sentencias del TJUE permiten que el juez —aun sin alegación de las partes— realice los controles de inclusión, transparencia y abusividad, al margen del procedimiento o fase en que se suscite”; 2) “la apreciación de oficio de la nulidad de una cláusula no negociada en un contrato celebrado con un consumidor puede llevarse a cabo en cualquier tipo de procedimiento judicial pero solo cuando la validez y eficacia de esa cláusula sea relevante para resolver las pretensiones formuladas por las partes”; 3) “si para estimar la pretensión formulada por el empresario o profesional contra un consumidor, o determinar el alcance de tal estimación, ha de aplicarse una cláusula no negociada, el tribunal habrá de valorar y, en su caso, apreciar de oficio la abusividad y consiguiente nulidad de la cláusula incluso en el caso de que el consumidor no haya alegado tal abusividad”; 4) “corresponde al juez nacional señalar de oficio, en sustitución del consumidor en su condición de parte demandante, el posible carácter abusivo de una cláusula contractual, tan pronto como disponga de los elementos de Derecho y de hecho necesarios para ello”⁵⁵.

54 Para esta resolución la procedencia de apreciar de oficio la abusividad de las cláusulas no negociadas opera “en contratos con consumidores en el proceso monitorio, cuando la resolución que acuerda el requerimiento de pago solicitado por el empresario o profesional se basa en la aplicación de una cláusula no negociada, o en el proceso de ejecución de títulos no judiciales, cuando el despacho de ejecución se basa en la aplicación de una de tales cláusulas. Si la pretensión para cuya estimación es preciso aplicar o tomar en consideración una cláusula no negociada se ha formulado en un juicio declarativo ordinario, también habrá de valorarse si esa cláusula es abusiva y, si lo fuera, apreciar esa abusividad aunque no haya sido expresamente postulada por el consumidor”.

55 En palabras de CEDEÑO HERNÁN, “Protección...” *op. cit.* pág. 40 “el apoderamiento del Juez civil tiene lugar “con independencia de la naturaleza del proceso civil que se esté sustanciando, de la fase en que se encuentre, de la conducta del consumidor y de si está o no asistido de abogado y afecta a cualquier tipo de cláusula que pueda considerarse abusiva”.

Este control de oficio de la abusividad también debe realizarse en fase de apelación. En la STS n.º 267/2017, de 4 de mayo, se declara que “en nuestro caso, la cuestión se suscitó en apelación, cuando los demandantes-apelantes pidieron en su escrito de recurso que la Audiencia apreciara de oficio la abusividad de la cláusula. A la vista de esta petición, el tribunal de apelación debió, cuando menos, pronunciarse sobre la abusividad de la cláusula, en cuanto que constituía un presupuesto de la pretensión contenida en la reconvención, cuya estimación era objeto de apelación”.

No obstante, estas posibilidades de actuación de oficio del Juez deberán ejercerse con respeto a los principios de audiencia y contradicción, por lo que previamente a su implementación deberá siempre darse a las partes la posibilidad de alegaciones y prueba⁵⁶.

Por tanto, aunque la normativa de la Unión Europea no modifica directamente la legislación procesal interna —principio de autonomía— como quiera que considera de orden público las normas de protección de los consumidores, habilita a los Jueces para actuar de oficio —principio de efectividad-⁵⁷.

Aunque vinculada con la materia relativa a las cláusulas abusivas, la especial protección del consumidor se extiende a otras áreas.⁵⁸ Buen ejemplo de la ampliación de estas singularidades procesales a otras esferas de Derecho de consumo, concretamente en relación con la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, *sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo* es la STJUE de 3 de octubre de 2013, C-32/12⁵⁹, que declara que la Directiva “se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, cuando un consumidor que tiene derecho a exigir una reducción adecuada del precio de compra de un bien se limita

56 En este mismo sentido, ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, “La incidencia de la doctrina del TJUE en los principios que informan el proceso civil”, en Revista General de Derecho Procesal, no. 44, 2018.

Para FERREIRO BAAMONDE *op. cit.* “el Derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el art. 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE, que confiere a las partes procesales no sólo el derecho a conocer y discutir los documentos y observaciones presentados al juez por la parte contraria, sino que también implica el derecho de las partes a conocer y discutir los elementos examinados de oficio por el juez, sobre los cuales éste tiene intención de fundamentar su decisión”.

57 En realidad, como ha sostenido ARMENGOT VILAPLANA *op. cit.* “esta doctrina —expresada en numerosas resoluciones— no alteraría los principios que informan nuestro proceso civil pues el juez que conoce de este proceso ha tenido siempre el deber de aplicar de oficio las normas imperativas o de orden público a pesar de que esta aplicación no haya sido solicitada expresamente por ninguna de las partes (arts. 1255 CC; 9, 38, 48, 58, 227.2, 247.2 LEC entre otras)”.

58 En este sentido CEDENO HERNÁN, “Protección...” *op. cit.* pág. 30.

59 En el denominado asunto Duarte Hueros.

a reclamar judicialmente únicamente la resolución del contrato de compraventa, resolución que no va a ser acordada porque la falta de conformidad del bien es de escasa importancia, no permite que el juez nacional que conoce del asunto reconozca de oficio la reducción del precio, y ello a pesar de que no se concede al consumidor la posibilidad de modificar su pretensión inicial ni de presentar al efecto una nueva demanda”.

No obstante, la extensión de esta doctrina a otras áreas de protección del consumidor no es en todo caso ni necesaria ni conveniente⁶⁰.

2.2.2 La derogación del principio de prohibición de la *reformatio in peius*

Ante el traslado del escrito de interposición del recurso de apelación al apelado, este tiene dos opciones: 1) oponerse a las peticiones articuladas por el apelante, quedando el objeto del recurso limitado a las pretensiones del apelante; o 2) impugnar la sentencia adhiriéndose a la apelación (art. 461 LEC), ampliando el objeto de la segunda instancia.

En uno y otro caso son las partes quienes deslindan el objeto de la segunda instancia conforme a los principios de prohibición de la *reformatio in peius* y al *tantum devolutum quantum appellatum*, que impiden al Tribunal *ad quem* resolver sobre puntos consentidos por no haber sido impugnados por ninguna de las partes⁶¹.

60 En palabras de CEDEÑO HERNÁN, “¿Exige el Derecho...? *op. cit.* “la Directiva 93/13 tiene un nexo común con la Directiva 1999/44 sobre venta y garantía de bienes de consumo o con la Directiva 2015/2302 relativa a los viajes combinados y a las modalidades de viaje vinculadas y es su finalidad tuitiva del consumidor. Sin embargo, el contexto en el que una y otras se enmarcan es muy diferente. [...] Si en el marco de la venta y garantía de bienes de consumo o en el de los viajes combinados, el juez nacional tuviera que otorgar de oficio una tutela distinta de la que el consumidor ha pedido en uso de su derecho a elegir, se produciría una evidente quiebra del principio dispositivo, sin que hubiera una justificación equiparable a la que sí puede encontrarse en el control de oficio de cláusulas abusivas. La intervención ex officio del juez, con base en la Directiva 93/13, permitirá evitar que el consumidor quede vinculado por cláusulas abusivas impuestas por el empresario o profesional. Ni esto ni nada parecido se logrará con el otorgamiento de oficio de una tutela no pedida por el consumidor en el marco de la venta y garantía de bienes de consumo o de los viajes combinados [...] fuera del ámbito de las cláusulas abusivas, lo que el ordenamiento debe garantizar al consumidor no es que el juez le concederá tutelas no pedidas, sino que podrá ejercitar ante los tribunales, sin obstáculos ni restricciones, las acciones que estime convenientes para la defensa de sus derechos”.

61 Así LÓPEZ GIL considera que “esta libertad en la configuración y existencia del proceso no se agota en la primera instancia, sino que se proyecta también en sede de recurso, de forma que el inicio de una nueva instancia queda subordinada a la voluntad de la parte/s siendo, además, éstas la que determinen el concreto ámbito de la misma de manera que el órgano jurisdiccional queda vinculado y tiene que resolver dentro de los límites de la impugnación. Así pues, igual que resultaría inadmisibles la incoación o nacimiento del proceso de oficio no podemos admitir la existencia de un recurso sin un recurrente. En este sentido, el artículo 458 LEC establece que en el escrito de interposición del recurso el apelante debe hacer constar tanto las alegaciones en que se base su impugnación como la cita de la resolución apelada y los pronunciamientos que se están impugnando. La admisión de lo contrario —la posibilidad de interposición del recurso en el que no conste cuál es su objeto—

Estos principios están conectados a la tutela judicial efectiva en su modalidad de prohibición de la indefensión.

La consideración de orden público de los mecanismos de tutela del consumidor frente a cláusulas abusivas lleva a la derogación del principio de prohibición de la *reformatio in peius*, en beneficio del consumidor y por tanto, el recurso del proveedor de servicios puede llevarle a una resolución perjudicial para sus intereses⁶², provocando una apreciación de oficio de la abusividad aunque el consumidor se hubiera aquietado.

Así, la STJUE de 30 de mayo de 2013, C-397/11, declara que: “la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que, cuando un tribunal nacional, que conoce en apelación de un litigio sobre la validez de cláusulas incluidas en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor sobre la base de un formulario redactado previamente por ese profesional, está facultado según las reglas procesales internas para apreciar cualquier causa de nulidad que derive con claridad de los elementos presentados en primera instancia, y para recalificar en su caso, en función de los hechos acreditados, el fundamento jurídico invocado para sustentar la invalidez de esas cláusulas, debe apreciar, de oficio o previa recalificación del fundamento jurídico de la demanda, el carácter abusivo de las referidas cláusulas a la luz de los criterios de dicha Directiva”.

En la misma línea se pronuncia la STJUE de 30 de mayo de 2013, C-488/11⁶³.

debería conducir a considerar que el objeto de la apelación está conformado por todas las cuestiones que fueron resueltas en primera instancia en perjuicio del recurrente «situación en absoluto deseable que potenciaría la falta de diligencia del recurrente”.

62 En el mismo sentido, MARTÍN FUSTER, J. M. “La apreciación de oficio de las consecuencias de la Nulidad. Comentario a la Cuestión prejudicial presentada por el TS en el Auto de 27 de noviembre de 2019”, en Revista General de Derecho Procesal, n.º. 53, 2021, pág. .30

63 Declara esta resolución que “en lo referente a la ejecución de esas obligaciones por un juez nacional que resuelve en apelación, es oportuno recordar que, en defecto de una normativa en el Derecho de la Unión, la regulación de los procedimientos de apelación destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables corresponde al Derecho interno de los Estados miembros en virtud del principio de autonomía procesal de estos últimos. No obstante, esa regulación no debe ser menos favorable que la aplicable a situaciones similares de naturaleza interna (principio de equivalencia) ni articularse de tal manera que en la práctica haga imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)” [...] De ello se deduce que, cuando el juez nacional sea competente, según las normas procesales internas, para examinar de oficio la validez de un acto jurídico en relación con las normas nacionales de orden público, competencia que, según las indicaciones expuestas en la resolución de remisión, se reconoce en el sistema judicial neerlandés al órgano jurisdiccional que resuelve en apelación, también deberá ejercer esa competencia para apreciar de oficio, a la luz de los criterios enunciados por la Directiva, el carácter abusivo en su caso de una cláusula contractual comprendida en el ámbito de aplicación de ésta”.

Ya a nivel interno, conforme a la STS n.º 265/2015, de 22 de abril (Pleno) “la jurisprudencia de esta Sala ha declarado que, aunque constituya una facultad excepcional, el tribunal de apelación puede apreciar la nulidad de las cláusulas contractuales cuando sean contrarias al orden público”.

El Tribunal Supremo planteó la siguiente cuestión prejudicial: “el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE, ¿se opone a la aplicación de los principios procesales de justicia rogada, congruencia y prohibición de *reformatio in peius*, que impiden al tribunal que conoce del recurso interpuesto por el banco contra una sentencia que limitó en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una “cláusula suelo” declarada nula, acordar la restitución íntegra de dichas cantidades y empeorar con ello la posición del recurrente, porque dicha limitación no ha sido recurrida por el consumidor?” Responde a la cuestión la STJUE de 17 de mayo de 2022, C-869/19⁶⁴: “el artículo 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la aplicación de principios procesales nacionales en cuya virtud un tribunal nacional que conoce de un recurso de apelación contra una sentencia que limita en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una cláusula declarada abusiva no puede examinar de oficio un motivo basado en la infracción de dicha disposición y decretar la restitución íntegra de esas cantidades, cuando la falta de impugnación de tal limitación en el tiempo por el consumidor afectado no puede imputarse a una pasividad total de este”.

En todo caso, entendemos, será necesario que el Tribunal que se plantea la abusividad en segunda instancia de oficio respete el principio de audiencia y contradicción⁶⁵.

2.2.3 Rebeldía del consumidor

Se plantea la cuestión de si el Tribunal debe analizar la abusividad de las cláusulas cuando quien demanda es el empresario y es demandado un consumidor que se constituye en rebeldía procesal.

Analiza la cuestión la STJUE de 4 de junio de 2020, C-495/19. Conforme a esta resolución el art. 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 “debe interpretarse en el sentido de que se opone a la interpretación de una disposición nacional que impediría al juez que debe resolver una demanda presentada por un profesional contra un consumidor y que está comprendida en el ámbito de aplicación de esa Directiva

64 Asunto Unicaja

65 En el mismo sentido, FERNÁNDEZ SEIJO, *op. cit.*

—y que se pronuncia en rebeldía, ante la incomparecencia del consumidor en la vista a la que fue convocado— adoptar las diligencias de prueba necesarias para examinar de oficio el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en las que el profesional fundamentó su demanda cuando ese juez alberga dudas sobre el carácter abusivo de tales cláusulas a efectos de la mencionada Directiva”.

2.2.4 Adopción de medidas cautelares en protección de los consumidores

Se ha planteado si puede un Tribunal adoptar medidas cautelares de oficio en defensa de los intereses del consumidor.

Resuelve la cuestión el auto del TJUE de 26 de octubre de 2013, C-568/14 a C-570/14. En este asunto⁶⁶ el TJUE aborda la regulación contenida en el art. 721 LEC y declara que “un régimen procesal que no permite la adopción de medidas de oficio puede menoscabar la efectividad de la protección querida por la Directiva 93/13, en la medida en que hace imposible que el juez que conoce de una acción individual dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula contractual adopte de oficio medidas cautelares, en particular la suspensión de la aplicación de esa cláusula durante todo el tiempo que estime oportuno, a la espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva pendiente, incluso en el caso de que la concesión de tales medidas resulte necesaria para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que debe recaer acerca de la existencia de los derechos invocados sobre la base de dicha Directiva”.

Puede, por tanto, concluirse que el Derecho Procesal interno debe permitir la adopción de medidas cautelares de oficio en protección de los derechos reconocidos al consumidor en la Unión Europea en relación con las cláusulas abusivas⁶⁷.

2.2.5 Las costas en los procedimientos que afectan a consumidores

Se ocupa de esta cuestión la STJUE de 16 de julio de 2020, C-224/19 y C-259/19, que declara que “el artículo 6, apartado 1, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, así como el principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a un régimen que permite que el consumidor cargue con una

⁶⁶ Asunto Fernández Oliva

⁶⁷ En este sentido QUESADA LÓPEZ *op. cit.* pág. 47 ha considerado que “el principio de tutela judicial efectiva de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario pasa a exigir de este modo que de conformidad al derecho procesal de los Estados miembros se puedan acordar medidas cautelares hasta que el órgano jurisdiccional competente se pronuncie sobre la conformidad de las disposiciones nacionales de que se trate con el derecho de la Unión siempre que la concesión de dichas medidas sea necesaria para garantizar la plena eficacia de la resolución judicial que resuelva la existencia de los derechos conferidos por el ordenamiento de la Unión”.

parte de las costas procesales en función del importe de las cantidades indebidamente pagadas que le son restituidas a raíz de la declaración de la nulidad de una cláusula contractual por tener carácter abusivo, dado que tal régimen crea un obstáculo significativo que puede disuadir a los consumidores de ejercer el derecho, conferido por la Directiva 93/13, a un control judicial efectivo del carácter potencialmente abusivo de cláusulas contractuales”.

Esta resolución ha generado interpretaciones diversas en nuestros Tribunales en relación con los supuestos de desestimación parcial de la demanda⁶⁸.

La STJUE de 7 de abril de 2022, C-385/20, declara por su parte que los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 “a la luz del principio de efectividad, deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a una normativa nacional que establece, en el marco de la tasación de las costas causadas por un recurso relativo al carácter abusivo de una cláusula contractual, un límite máximo aplicable a los honorarios de abogado que el consumidor cuyas pretensiones se hayan estimado en cuanto al fondo puede recuperar del profesional condenado en costas, a condición de que dicho límite máximo permita al consumidor obtener por tal concepto el reembolso de un importe razonable y proporcionado respecto de los gastos que haya tenido que soportar objetivamente para interponer tal recurso”.

2.2.6 Posibilidad de práctica de prueba de oficio

Los párrafos tercero y cuarto del art. 429.1 LEC permiten al Juez una cierta iniciativa probatoria: cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria.

Estas potestades del Juez se ven decididamente impulsadas y ampliadas por la jurisprudencia del TJUE. La STJUE de 9 de noviembre de 2010, C-137/08 establece que el Juez debe poder ordenar la práctica de prueba de oficio respecto de aquellos hechos de los que depende la apreciación del carácter abusivo de una cláusula que ha de valorar para resolver sobre el objeto del proceso: “el juez

68 Vid. FERNÁNDEZ GETINO, Jorge “La necesidad de aplicar el principio de efectividad en litigios de consumidores. Hacia una reparación integral del consumidor” Revista Aranzadi Doctrinal, n.º 6, Junio de 2025, Editorial Aranzadi. Para este autor la jurisprudencia del TJUE “constituye una excepción al art. 394.2 de la LEC y del principio de vencimiento objetivo. A mi juicio, una norma procesal civil nacional, como el artículo 394.2 LEC, es incompatible con el pleno resarcimiento del perjuicio por un consumidor como consecuencia de una cláusula abusiva al amparo de la Directiva 93/13”.

nacional debe acordar de oficio diligencias de prueba para determinar si una cláusula atributiva de competencia jurisdiccional territorial exclusiva, que figura en el contrato que es objeto del litigio del que conoce y que se ha celebrado entre un profesional y un consumidor, está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva y, en caso afirmativo, apreciar de oficio el carácter eventualmente abusivo de dicha cláusula”.

Debe entenderse, pues, pese a la inexistencia de cobertura legal, que el tribunal, cuando se enfrente a un proceso de consumo, si aprecia la posible abusividad de las cláusulas puede de oficio y en cualquier momento del procedimiento, se tramite como juicio verbal o como juicio ordinario, acordar la práctica de prueba al respecto⁶⁹.

Esta facultad de los tribunales ha sido expresamente asumida por la jurisprudencia del TS. Como declara la STS n.º 241/2013, de 9 de mayo (Pleno) “como ha reiterado el TJUE el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual[...] A esta obligación no es ajeno este Tribunal, ya que la efectividad de la Directiva y la tutela de los intereses de los consumidores frente a las cláusulas abusivas resulta imperativa para la totalidad de los tribunales de la Unión [...] Este deber no solo comprende el de apreciar la abusividad cuando esta aparezca demostrada de forma clara y contundente. Cuando existan motivos razonables para entender que una cláusula es abusiva, si es preciso, se debe acordar la práctica de prueba”.

Se entiende, no obstante que tales facultades están sometidas a modulaciones derivadas del principio de contradicción.

Debe igualmente tenerse en cuenta que el párrafo primero del art. 17 de la Directiva 2014/104 /UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, *relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea* dispone que “los Estados miembros velarán porque ni la carga de la prueba ni los estándares de prueba necesarios para la cuantificación del perjuicio hagan prácticamente imposible o exce-

69 Como ha valorado ARMENGOT VILAPLANA, *op. cit.* este extremo puede considerarse “novedoso atendiendo al principio de aportación de parte que rige en nuestro proceso civil, pues salvo en los procesos en los que está presente el interés público (capacidad, filiación, matrimonio -art. 752.1 II - LEC), la proposición de prueba en el proceso civil corresponde exclusivamente a las partes”.

sivamente difícil el ejercicio del derecho al resarcimiento de daños y perjuicios”⁷⁰. Esta obligación de los Estados miembros llega al punto de introducir una presunción iuris tantum de causación de daños: el apartado segundo del art. 17 dispone que “se presumirá que las infracciones de cárteles causan daños y perjuicios. Al infractor le asistirá el derecho a rebatir esa presunción”.

2.2.7 El derecho a la tutela judicial efectiva de los consumidores

El derecho a la tutela judicial efectiva en el ámbito de la Unión se reconoce con carácter general en el art. 47 CDFUE.

Específicamente el punto 1, letra q, del anexo de la Directiva 93/13 incluye dentro del listado de cláusulas que pueden ser entendidas como abusivas: las que tengan por objeto o efecto “suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor, en particular obligándole a dirigirse exclusivamente a una jurisdicción de arbitraje no cubierta por las disposiciones jurídicas, limitándole indebidamente los medios de prueba a su disposición o imponiéndole una carga de la prueba que conforme a la legislación aplicable debería corresponder a otra parte contratante”.

La STJUE de 17 de julio de 2014, C-169/14, declara incompatible con el art. 47 CDFUE y el art. 7.1 de la Directiva 93/13 el art. 695 LEC, al disponer que el deudor ejecutado no podía recurrir en apelación la resolución que desestima su oposición a la ejecución por concurrir cláusula abusiva, al contrario de lo previsto para el ejecutante, que podía interponer recurso de apelación contra la resolución que declarase la inaplicación de una cláusula abusiva⁷¹.

2.2.8 Los plazos preclusivos

El principio de improrrogabilidad de los plazos procesales, establecido en los arts. 134 y ss LEC, conecta con el principio de buena fe, de seguridad jurídica, de tutela judicial efectiva y con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas.⁷²

70 Continúa este precepto declarando que “los Estados miembros velarán por que los órganos jurisdiccionales nacionales estén facultados, con arreglo a los procedimientos nacionales, para estimar el importe de los daños y perjuicios si se acreditara que el demandante sufrió daños y perjuicios pero resultara prácticamente imposible o excesivamente difícil cuantificar con precisión los daños y perjuicios sufridos sobre la base de las pruebas disponibles”.

71 Este precepto se modificó, para adaptarlo a la jurisprudencia del TJUE, por Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

72 Como expone GASCÓN INCHAUSTI *op. cit.* “esta forma de estructurar el proceso, regida por la preclusión, arroja sobre las partes la carga de exhibir todos sus argumentos y todas sus pruebas en determinados momentos del proceso —los más iniciales— y no deja margen a ningún género de «sorpresas», ni permite que los litigantes

La Guía de la Comisión Europea sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 93/13 declara que la imposición de plazos bien sea para interponer recurso, bien para formular oposición, a priori, no se considera incompatible con el Derecho comunitario conforme al principio de efectividad.

La STJUE de 6 de octubre de 2009, C-40/08, considera que “la fijación de plazos razonables de carácter preclusivo para recurrir, en interés de la seguridad jurídica, es compatible con el Derecho de la Unión. En efecto, plazos de este tipo no hacen imposible o excesivamente difícil en la práctica el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión”.

No obstante, este principio también se ve afectado por la naturaleza de orden público de la materia de consumo. Veamos algunos ejemplos de esta modulación.

La STJUE de 21 de noviembre de 2002, C-473/2000, declara que la Directiva 93/13 “se opone a una normativa interna que, en el marco de una acción ejercitada por un profesional contra un consumidor y fundada en un contrato celebrado entre ellos, prohíbe al juez nacional, al expirar un plazo de preclusión, declarar, de oficio o a raíz de una excepción propuesta por el consumidor, el carácter abusivo de una cláusula inserta en dicho contrato”.

En la STJUE de 26 de octubre de 2006, C-168/05, se afirma que la Directiva 93/13 es “indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en el conjunto de ésta” y por ello “un órgano jurisdiccional nacional que conoce de un recurso de anulación contra un laudo arbitral ha de apreciar la nulidad del convenio arbitral y anular el laudo si estima que dicho convenio arbitral contiene una cláusula abusiva, aun cuando el consumidor no haya alegado esta cuestión en el procedimiento arbitral, sino únicamente en el recurso de anulación”.

La STJUE de 29 de octubre de 2015, C-8/14, considera que “a falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, las modalidades de fijación de un plazo de oposición, admitido en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria, forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en

jueguen con «cartas en la manga»: la Ley sólo admite actuaciones fuera de tiempo si el que lo solicita demuestra suficientemente las razones justificadas que le impidieron hacerlo en el momento legalmente determinado. Se promueve con ello una concentración de las actuaciones, que permite un avance ordenado y más rápido del proceso [...] esta forma de articular el proceso es complementaria de las exigencias de respeto a la buena fe procesal, establecidas en el art. 247 LEC”.

virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros. No obstante, el Tribunal de Justicia ha destacado que esas modalidades deben cumplir el doble requisito de no ser menos favorables que las que rigen situaciones similares sujetas al Derecho interno (principio de equivalencia) y de no hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad)". Declara el TJUE que "los artículos 6 y 7 de la Directiva 93/13/CEE [...] deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición transitoria nacional, como la controvertida en el litigio principal, que impone a los consumidores, respecto de los que se ha iniciado un procedimiento de ejecución hipotecaria antes de la fecha de entrada en vigor de la Ley de la que forma parte esa disposición y que a esa fecha no ha concluido, un plazo preclusivo de un mes, calculado a partir del día siguiente al de la publicación de esa Ley, para formular oposición a la ejecución forzosa sobre la base del carácter supuestamente abusivo de cláusulas contractuales".

El art. 83 TRLGDCU, tras la reforma operada por Ley 3/2014, de 27 de marzo, declara que "las cláusulas abusivas serán nulas de pleno derecho y se tendrán por no puestas. A estos efectos, el Juez, previa audiencia de las partes, declarará la nulidad de las cláusulas abusivas incluidas en el contrato". A falta de mayor concreción legal, deberá entenderse que puede hacerlo en cualquier momento procesal "tan pronto como disponga de los elementos de hecho y de derecho para ello"⁷³.

Esta posibilidad de alegación extemporánea puede articularse a nivel interno mediante distintos expedientes⁷⁴.

2.2.9 Afectación de la cosa juzgada

La *res iudicata* es una decantación del principio de seguridad jurídica, efecto predecible de todas las resoluciones firmes y que genera la obligación de estar en todo caso a lo dispuesto en ellas (art. 207 LEC), imposibilitando iniciar un nuevo proceso con objeto idéntico al ya decidido por sentencia firme sobre el fondo y vinculando a otros procesos posteriores con objeto conexo (art. 222.4 LEC)⁷⁵. El

73 En el mismo sentido, ADAN DOMENECH, Federico, "Deconstrucción del ordenamiento procesal español", Justicia: Revista de Derecho Procesal, n.º 2, 2018 pág. 244

74 Para ADAN DOMENECH, *op. cit.* pág. 252 la incorporación al proceso de esta nueva petición de análisis de cualquier cláusula no alegada inicialmente se podrá incorporar "bien como alegaciones complementarias conforme a los artículos 401.2 426.1 y 412.2 LEC siempre que se formulen previamente a la celebración de la audiencia previa en el juicio ordinario o la vista en el juicio verbal o bien como hechos nuevos o de nueva noticia de acuerdo con las reglas contenidas en los artículos 280.1 y 426.4 LEC si se plantean con anterioridad el plazo concedido legalmente para dictar sentencia".

75 Conforme a este precepto "lo resuelto con fuerza de cosa juzgada en la sentencia firme que haya puesto fin a un proceso vinculará al Tribunal de un proceso posterior cuando en éste aparezca como antecedente lógico

apartado primero del art. 222 LEC dispone que “la cosa juzgada de las sentencias firmes, sean estimatorias o desestimatorias, excluirá, conforme a la Ley, un ulterior proceso cuyo objeto sea idéntico al del proceso en que aquélla se produjo”.

El párrafo segundo del apartado segundo del art. 222 LEC dispone que “se considerarán hechos nuevos y distintos, en relación con el fundamento de las referidas pretensiones, los posteriores a la completa preclusión de los actos de alegación en el proceso en que aquéllas se formularen”.

El art. 400 LEC dispone que “cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste”.

El TJUE, como regla general, ha declarado que el Derecho de la Unión no obliga a un Tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición de la Unión, aun cuando quede afectado el principio de primacía del Derecho de la Unión. En este sentido se pronunció la STJUE de 3 de septiembre de 2009, C-2/08, en relación con la cosa juzgada en pleitos de consumo⁷⁶:

Pero de nuevo el TJUE introduce modulaciones en el ámbito de la protección de los consumidores que pueden sintetizarse en que, si bien se parte de la aceptación de la cosa juzgada respecto de decisiones que expresamente se contengan en una resolución judicial firme, no se admite cosa juzgada respecto de puntos que no fueron decididos, al menos de forma expresa.

En este sentido puede citarse la STJUE de 26 de enero de 2017, C-421/14, que admite que en un proceso declarativo posterior al ejecutivo se pueda plantear el

de lo que sea su objeto, siempre que los litigantes de ambos procesos sean los mismos o la cosa juzgada se extienda a ellos por disposición legal”.

76 Declara el TJUE que “con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la buena administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o tras expirar los plazos previstos para dichos recursos [...] Por consiguiente, el Derecho comunitario no obliga a un órgano jurisdiccional nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una vulneración del Derecho comunitario por la decisión en cuestión [...]”.

carácter abusivo de una cláusula contractual respecto de la cual no ha habido un pronunciamiento expreso en el proceso de ejecución de un título extrajudicial, ni de oficio ni a instancia de parte. Imposibilitar esta pretensión implica “conceder al consumidor una protección incompleta e insuficiente y no constituiría un medio adecuado y eficaz para que el cese el uso de este tipo de cláusulas en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la directiva 93/13”⁷⁷.

La STJUE de 21 de diciembre de 2016, C-154/15, C-307/15 y C-308/15⁷⁸, considera que el art. 6, apartado 1, de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una jurisprudencia nacional que limita en el tiempo los efectos restitutorios vinculados a la declaración del carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado con un consumidor por un profesional, circunscribiendo tales efectos restitutorios exclusivamente a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad al pronunciamiento de la resolución judicial mediante la que se declaró el carácter abusivo de la cláusula en cuestión.

La STJUE de 17 de mayo de 2022, C-600/19, declara que “los artículos 6, apartado 1, y 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una legislación nacional que, debido al efecto de cosa juzgada y a la preclusión, no permite al juez examinar de oficio el carácter abusivo de cláusulas contractuales en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria ni al consumidor, transcurrido el plazo para formular oposición, invocar el carácter abusivo de tales cláusulas en ese procedimiento o en un procedimiento declarativo posterior cuando el juez, al inicio del procedimiento de ejecución hipotecaria, ya ha examinado de oficio el eventual carácter abusivo de dichas cláusulas pero la resolución judicial en que se despacha ejecución hipotecaria no contiene ningún motivo, siquiera sucinto, que acredite la existencia de tal examen ni indica que la apreciación efectuada por dicho juez al término de ese examen no podrá ya cuestionarse si no se formula oposición dentro del referido plazo”.

77 Declara el TJUE que “la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una norma nacional, como la que resulta del artículo 207 de la LEC, que impide al juez nacional realizar de oficio un nuevo examen del carácter abusivo de las cláusulas de un contrato cuando ya existe un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada. [...] Por el contrario, en caso de que existan una o varias cláusulas contractuales cuyo eventual carácter abusivo no ha sido aún examinado en un anterior control judicial del contrato controvertido concluido con la adopción de una resolución con fuerza de cosa juzgada, la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que el juez nacional, ante el cual el consumidor ha formulado, cumpliendo lo exigido por la norma, un incidente de oposición, está obligado a apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de esas cláusulas”.

78 En esta resolución reconoce el TJUE efectos retroactivos a la declaración de nulidad de las cláusulas suelo contenidas en los préstamos hipotecarios.

El TS, siguiendo esta estela, no ha apreciado el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada respecto de los efectos restitutorios en aquellos casos en los que se planteaba un primer litigio que tenía por objeto la obtención del pronunciamiento declarativo de nulidad de la cláusula suelo y un segundo, entablado tras la declaración de nulidad, en el que se deducía la pretensión de condena al pago de las cantidades abonadas de más por aplicación de la cláusula de acotación mínima a la variabilidad del tipo de interés (SSTS n.º 943/2025, de 16 de junio; 376/2023, de 16 de marzo, y 895/2023, de 6 de junio).

Por el contrario, el efecto de la cosa juzgada favorable al consumidor ha sido declarado por la STS (Pleno) n.º 367/2017, de 8 de junio: “la sentencia que estimó la acción colectiva no solo debe determinar el cese en la utilización de tal cláusula por parte de Banco Popular. También debe traer como consecuencia que en aquellos litigios pendientes en los que se esté ejercitando una acción individual respecto de esta cláusula suelo que venía siendo utilizada por Banco Popular, la regla general sea que el juez aprecie el carácter abusivo de la cláusula por las razones expresadas en aquella sentencia. El juez solo podrá resolver en un sentido diferente, esto es, solo podrá negar el carácter abusivo de la cláusula, cuando consten en el litigio circunstancias excepcionales referidas al perfil del cliente o a la información suministrada por el banco predisponente en ese caso concreto, que se aparten significativamente de lo que puede considerarse el estándar medio y justifiquen que las razones por las que se estimó la abusividad de la cláusula en la sentencia que resolvió la acción colectiva no sean de aplicación en ese litigio sobre acción individual”.

Este principio general de restricción de los casos en que la cosa juzgada puede actuar como límite a la protección del consumidor ha sido asumido por el TC⁷⁹.

2.2.10 El principio de no vinculación

El artículo 6.1 de la Directiva 93/13 dispone que “los Estados miembros establecerán que no vincularán al consumidor en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional, y dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos si éste puede subsistir sin las cláusulas

79 STC 31/2019, de 28 de febrero. Comentando esta resolución se ha considerado que el TC establece como único límite al control de abusividad de las cláusulas contractuales, la existencia de cosa juzgada en relación con la concreta cláusula abusiva. *Vid.* GARCÍA VALDECASAS DORREGO, María José “La sentencia de 28 de febrero de 2019 del Tribunal Constitucional: preclusión procesal, cosa juzgada y derecho de propiedad en la declaración de abusividad de una cláusula contractual” *Derecho privado y Constitución*, 37, 2020.

abusivas". Este precepto va a influir también en las posibilidades de actuación del Juez nacional.

El TJUE ha considerado que el juez nacional no puede integrar el contrato de consumo modificando el contenido de la cláusula abusiva declarada nula. El TJUE declaró incorrecta la transposición al derecho español de la Directiva 93/13 al permitir al juez integrar la cláusula declarada nula por abusiva con arreglo al artículo 1258 CC. Este pronunciamiento motivó la reforma del art. 83 TRLGDCU⁸⁰ suprimiendo la posibilidad de integración judicial de la cláusula declarada nula por abusiva. En consecuencia, tras la reforma, la declaración de nulidad lleva al mantenimiento del contrato para las partes en los mismos términos siempre que pueda subsistir sin las cláusulas nulas.

La STJUE de 14 de junio de 2012, C-618/10, en aplicación de esta doctrina, determina que, al considerarse abusiva una cláusula de intereses moratorios, debe dejar de aplicarse sin que el juez pueda moderar esos intereses.

El TS aplicó la modulación de los efectos de la nulidad de una cláusula abusiva en su STS (Pleno) n.º 241/2013, de 9 de mayo, estableciendo que la nulidad de las cláusulas suelo no afectaría a situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada ni a los pagos ya efectuados por los consumidores en la fecha de la publicación de la sentencia, con el argumento de que la retroactividad de la sentencia generaría el riesgo de trastornos graves con trascendencia al orden público económico. En La STJUE de 21 de diciembre de 2016, C-154/15 y C-300/15, declaró esta decisión contraria al art. 6.1 de la Directiva 93/13.

No obstante, el TJUE admite que el juez nacional sustituya la cláusula nula por una disposición supletoria de Derecho nacional, siempre que esa integración permita la subsistencia del contrato y que la anulación del contrato pueda suponer para el consumidor un perjuicio mayor⁸¹. En este sentido puede consultarse la STJUE de 30 de abril de 2014, C-26/13⁸².

80 Reforma operada por ley 3/2014 de 27 de marzo

81 Vid. CEDEÑO HERNÁN, "Protección..." *op. cit.* pág. 49. Esta autora considera que se produce una afectación del principio de congruencia.

82 Como ha expuesto QUESADA LÓPEZ, *op. cit.* pág. 232 "de este modo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia abrió una alternativa al efecto principal de inaplicación absoluta dada la nulidad: la sustitución por una disposición normativa nacional supletoria, pero ello siempre que no se menoscabe el principio de orden público comunitario pro consumatore que preside el derecho europeo de consumo, es decir el juez nacional puede optar por inaplicar la cláusula abusiva o por sustituirla por una disposición nacional para evitar la muerte del contrato, pero de las dos opciones habrá de decantarse con la más beneficiosa para el consumidor".

2.2.11 El principio de congruencia

Asumiendo la jurisprudencia del TJUE, la STS n.º 241/2013, de 9 de mayo, declara que “en la medida en que sea necesario para lograr la eficacia del Derecho de la Unión, en los supuestos de cláusulas abusivas, los tribunales deban atemperar las clásicas rigideces del proceso, de tal forma que, en el análisis de la eventual abusividad de las cláusulas cuya declaración de nulidad fue interesada, no es preciso que nos ajustemos formalmente a la estructura de los recursos. Tampoco es preciso que el fallo se ajuste exactamente al suplico de la demanda, siempre que las partes hayan tenido la oportunidad de ser oídas sobre los argumentos determinantes de la calificación de las cláusulas como abusivas”.

2.2.12 Obligación del Juez de informar a los consumidores de sus derechos

Es muy interesante la STJUE de 14 de septiembre de 2023, C-83/22, que, fuera del ámbito de las cláusulas abusivas y analizando la Directiva 2015/2302 declaró que la misma debe interpretarse en el sentido de que “no se opone a la aplicación de preceptos de Derecho procesal nacional que consagran los principios de justicia rogada y de congruencia en virtud de los cuales, cuando la resolución de un contrato de viaje combinado cumple los requisitos establecidos en esta disposición y el viajero afectado reclama ante el juez nacional una cantidad inferior al reembolso completo, ese juez no puede concederle de oficio el reembolso completo, siempre y cuando esos preceptos no excluyan que dicho juez pueda, de oficio, informar a ese viajero de su derecho al reembolso completo y permitir a este invocarlo ante él”.⁸³

2.3 Límites al deber de actuación de oficio

2.3.1 El principio de contradicción

Como ya se apuntó *supra*, este singular deber de actuación de oficio no puede aplicarse automáticamente, pues están en juego otros principios e intereses igualmente dignos de protección. El principio de contradicción es el primer parámetro a respetar.

Los aforismos sobre el principio de contradicción son abundantes en todas las lenguas: “*Hay que oír las dos campanas*”; “*There are two sides to every story*”; “*Audiatur et altera pars*”; “*Qui n’entend qu’une cloche n’entend qu’un son*”; “*Parola*

⁸³ Vid. CEDEÑO HERNÁN, “¿Exige el Derecho...? *op. cit.*”

di uno, parola di nessuno”, “Der Richter muss auch zwei gleiche Ohren haben (el Juez debe tener dos oídos idénticos)”⁸⁴.

Con carácter general, como establece la STJUE de 21 de febrero de 2013, C-472/2011, al aplicar el Derecho de la Unión “el juez nacional debe observar también las exigencias de una tutela judicial efectiva de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, conforme se garantiza en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Entre esas exigencias figura el principio de contradicción, que forma parte del derecho de defensa y que el juez debe respetar, en particular cuando zanja un litigio sobre la base de un motivo examinado de oficio”. Esta sentencia sienta doctrina general: “[...] el principio de contradicción no confiere sólo a cada parte en un proceso el derecho a conocer y a discutir los documentos y observaciones presentados al juez por la parte contraria, sino que también implica el derecho de las partes a conocer y a discutir los elementos examinados de oficio por el juez, sobre los cuales éste tiene intención de fundamentar su decisión”.

Conforme a esta resolución, en el supuesto de que el juez nacional, después de haber determinado —sobre la base de los elementos de hecho y de Derecho de que disponga o que se le hayan comunicado a raíz de las diligencias de prueba que haya acordado de oficio a tal efecto— que una cláusula está comprendida en el ámbito de aplicación de la Directiva, compruebe, tras una apreciación efectuada de oficio, que dicha cláusula presenta un carácter abusivo, está obligado, por regla general, a informar de ello a las partes procesales y a instarles a que debatan de forma contradictoria según las formas previstas al respecto por las reglas procesales nacionales”.

2.3.2 La voluntad del consumidor

Otro límite a las facultades de oficio del Tribunal deriva de la voluntad del consumidor afectado, siempre que concurra un consentimiento libre e informado.

La STJUE de 4 de junio de 2009, C-243/2008, afirma que “el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula”, de tal forma que “cuando considere que tal cláusula es abusiva se abstendrá de aplicarla, salvo si el consumidor se opone”.

84 DOMINGO, Rafael y RODRÍGUEZ ANTOLÍN, Beatriz “Reglas jurídicas y aforismos”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000, pág. 28

La STJUE de 21 de febrero de 2013, n.º C-472/2011, en la misma línea, declara que “el juez nacional no tiene, en virtud de la Directiva, el deber de excluir la aplicación de la cláusula en cuestión si el consumidor, tras haber sido informado al respecto por dicho juez, manifiesta su intención de no invocar el carácter abusivo y no vinculante de tal cláusula [...] esta posibilidad ofrecida al consumidor de expresar su opinión sobre este extremo obedece también a la obligación que incumbe al juez nacional [...] de tener en cuenta, en su caso, la voluntad manifestada por el consumidor cuando, consciente del carácter no vinculante de una cláusula abusiva, manifiesta, no obstante, que es contrario a que se excluya, otorgando así un consentimiento libre e informado a dicha cláusula”.

2.3.3. La vinculación al objeto del pleito

Nuestro Tribunal Supremo ha limitado el control de oficio que ha de efectuar el Tribunal nacional, exigiendo vinculación con el objeto del pleito. Así, la STS n.º 52/2020, de 23 de enero declaró que “es contrario a las exigencias de utilización racional de los medios de la administración de justicia, no guarda relación con la finalidad de la normativa nacional y comunitaria de protección de los consumidores frente a las cláusulas abusivas, y supone una degradación de la función de asistencia del abogado (que en nuestro ordenamiento jurídico es obligatoria en la práctica totalidad de los litigios), pretender que el juez que resuelve sobre una demanda de juicio declarativo en la que se solicita que se declaren abusivas y nulas algunas cláusulas no negociadas en un contrato celebrado con unos consumidores, no solo debe pronunciarse sobre la pretensión formulada en la demanda por los consumidores, sino que además tiene que realizar una especie de investigación en la relación contractual que une al consumidor con el empresario para descubrir si existen otras cláusulas potencialmente abusivas y pronunciarse sobre el carácter abusivo de cláusulas que nada tienen que ver con aquellas que el consumidor, en su demanda, con la asistencia y orientación profesional de su abogado, solicitó que se declararan abusivas y que, por tanto, son irrelevantes para la estimación de la pretensión formulada”⁸⁵.

85 Para CEDEÑO HERNÁN, “Protección...” *op. cit.* pág. 59 “esta Sentencia llega, a mi juicio, a una conclusión muy razonable. Con independencia de que el consumidor sea parte demandante o parte demandada, el control de oficio de cláusulas abusivas solo debe alcanzar a aquellas que sean relevantes para resolver las pretensiones formuladas en el proceso y no a otras. En este caso, los demandantes pidieron la nulidad de unas determinadas cláusulas y no de otras que, al ser independientes entre sí, no formaban parte del objeto del proceso y, por tanto, el tribunal no tenía que verificar de oficio si las cláusulas no impugnadas son nulas, pues ese examen no resulta necesario para pronunciarse sobre la nulidad de las cláusulas que sí fueron pedidas en la demanda. Esta conclusión es respetuosa con la protección que merece el consumidor en virtud de la Directiva 93/13 y con la coherencia del propio proceso civil y evita convertir al juez civil en una suerte de instructor o investigador. Se puede concluir, pues, que la protección de los consumidores puede exigir una cierta atenuación del principio dispositivo

La jurisprudencia del TJUE asume esta razonable modulación. Para la STJUE de 11 de marzo de 2020, C-511/17, "...la efectividad de la protección que, en virtud de la citada Directiva, el juez nacional de que se trate debe conceder al consumidor mediante una intervención de oficio no puede llegar hasta el punto de que se ignoren o sobrepasen los límites del objeto del litigio tal como las partes lo hayan definido en sus pretensiones, interpretadas a la luz de los motivos que hayan invocado, de modo que el juez nacional no está obligado a ampliar el litigio más allá de las pretensiones formuladas y de los motivos invocados ante él, analizando de manera individual, con el fin de verificar su carácter eventualmente abusivo, todas las demás cláusulas de un contrato en el que solo algunas de ellas son objeto de la demanda de que conoce [...] Por lo tanto, en virtud de la protección que debe concederse al consumidor con arreglo a la Directiva 93/13, el juez nacional habrá de examinar de oficio una determinada cláusula contractual, dentro de los límites del objeto del litigio del que conoce, para evitar que las pretensiones del consumidor sean desestimadas mediante una resolución judicial que acabe adquiriendo, en su caso, fuerza de cosa juzgada, cuando tales pretensiones habrían podido estimarse si el consumidor no hubiera dejado de invocar por ignorancia el carácter abusivo de la cláusula en cuestión [...] para que el consumidor pueda beneficiarse plenamente de la protección que la Directiva 93/13 le concede y para que no se menoscabe el efecto útil de tal protección, el juez nacional no debe hacer una lectura formalista de las pretensiones de las que conoce, sino que, por el contrario, debe captar su contenido a la luz de los motivos invocados en apoyo de las mismas [...] están sujetas a la obligación de examen de oficio que incumbe al juez nacional que conoce del asunto únicamente aquellas cláusulas contractuales que, aunque no hayan sido impugnadas por el consumidor en su demanda, estén vinculadas al objeto del litigio tal como las partes lo hayan definido, a la vista de las pretensiones que hayan formulado y de sus motivos, y que tales cláusulas deben ser examinadas, para verificar su eventual carácter abusivo, tan pronto como el juez disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios al efecto".

con el fin de equilibrar la balanza en favor del consumidor, al que se considera la parte débil de la relación previa al proceso. Sin embargo, no puede admitirse que el proceso civil llegue a convertirse en un proceso inquisitivo en el que el juez decida sobre lo que será objeto del proceso con independencia de la voluntad de las partes, ni siquiera en aras de la protección del consumidor".

Para RIVAS VELASCO *op. cit.* "la línea que mantiene el Tribunal de Justicia, en cuanto al límite al control de oficio no viene condicionado por la petición del consumidor en el proceso, sino por la realización del control efectivo sobre la cláusula que pueda tener relación con el mismo donde se solicita su aplicación o si la resolución precisa de valorar determinadas cláusulas de modo que, aunque no hayan sido invocadas, es preciso efectuar el control referido sobre ellas. Resuelve, por tanto en línea con la STS 52/20 de 23 de enero".

2.3.4 La absoluta pasividad del consumidor interesado

La STJUE de 6 de octubre de 2009, C-40/2008, declaró que “el respeto del principio de efectividad no puede llegar, en circunstancias como las del procedimiento principal, hasta el extremo de exigir que un órgano jurisdiccional nacional deba no sólo subsanar una omisión procesal de un consumidor que desconoce sus derechos [...] sino también suplir íntegramente la absoluta pasividad del consumidor interesado que, como la demandada en el procedimiento principal, ni participó en el procedimiento arbitral ni promovió la anulación del laudo arbitral que, en consecuencia, pasó a ser firme”.

2.3.5 La asistencia de abogado

Hasta la fecha, el TJUE se ha decantado por considerar irrelevante que el consumidor estuviera asistido de abogado, a los efectos de reconocer facultades de oficio al Juez.

En este sentido se pronuncia la STJUE de 4 de junio de 2015, C-497/13, en relación con la Directiva 1999/44 sobre venta y garantía de los bienes de consumo: “el principio de efectividad, por el contrario, exige que el juez nacional que conoce de un litigio relativo a un contrato que puede entrar dentro del ámbito de aplicación de dicha Directiva tenga la obligación, siempre que disponga de los datos jurídicos y fácticos necesarios a estos efectos o pueda disponer de ellos a simple requerimiento de aclaración, de comprobar si el comprador puede tener la condición de consumidor, aunque éste no la haya alegado expresamente [...] el hecho de que el consumidor cuente con la asistencia de un abogado no modificaría esta conclusión, por cuanto la interpretación del Derecho de la Unión y el alcance de los principios de efectividad y de equivalencia son independientes de las circunstancias concretas propias de cada caso concreto”.

En la misma línea, la STJUE de 11 de marzo de 2020, C-511/17, ya en relación con la Directiva 93/13, considera que “el hecho de que la Sra. [...] esté representada por un abogado carece de incidencia en el análisis precedente, ya que la cuestión —de carácter general— del alcance del examen de oficio que incumbe al juez nacional que conoce del asunto debe resolverse haciendo abstracción de las circunstancias concretas de cada procedimiento”.

2.4. La protección a los consumidores y el proceso europeo de escasa cuantía

El proceso europeo de escasa cuantía se encuentra regulado en el Reglamento (CE) 861/2007, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de julio de 2007, y se configura como un medio para simplificar y acelerar los litigios de escasa cuantía en asuntos transfronterizos y reducir los costes en este tipo de litigación, creando un modelo procedimental uniforme para todos los Estados miembros de la Unión. Conforme al art. 1 del Reglamento, los demandantes podrán recurrir a este proceso como alternativa a las modalidades procesales previstas por la legislación de los Estados miembros.

Pese a que el Reglamento 861/2007 no aborda específicamente el tratamiento de las cláusulas abusivas que pudieran detectarse en el curso de este procedimiento, existe general acuerdo en que la doctrina emanada de la aplicación de la Directiva 93/13 también sería de aplicación si la relación procesal se entabla entre empresario y consumidor, con las consiguientes facultades exorbitantes del Juez a la hora de intervenir de oficio.

3. Las acciones colectivas

3.1 Concepto

Se han definido las acciones colectivas como “acciones dirigidas a tutelar los derechos e intereses pluriindividuales y/o supraindividuales de los consumidores y usuarios, cuando se puedan ver afectados por conductas antijurídicas”⁸⁶.

Las acciones colectivas son un instrumento procesal imprescindible para evitar la indefensión de los consumidores, teniendo en cuenta su situación de desigualdad como individuos aislados y —en muchas ocasiones— la escasa cuantía de lo individualmente reclamado⁸⁷.

⁸⁶ GASCÓN INCHAUSTI *op. cit.*

⁸⁷ La doctrina subraya el papel estelar que en derecho de consumo tienen las acciones colectivas. Así, para CATALÁN CHAMORRO, *op. cit.* pág. 80 “es importante paramos a pensar por qué la mayoría de la doctrina relativa a la tutela del consumidor está especializada en la legitimación colectiva de los mismos, resultando que apenas existen pronunciamientos judiciales en defensa de una tutela individual, en reclamaciones sobre bienes o servicios de escasa o poca cuantía. Este no es solo un asunto nacional, sino que ha sido planteado por la doc-

En palabras de la Circular 2/2010, de 19 de noviembre, *acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de los consumidores y usuarios* (en adelante, Circular 2/2010) “las llamadas acciones colectivas no pretenden proteger tan solo los derechos subjetivos de cada afectado por una conducta de origen profesional o empresarial; no constituyen, por tanto, una mera acumulación de acciones individuales, sino que tienen la finalidad de reaccionar frente a conductas ilícitas que pueden lesionar a una pluralidad de consumidores, siendo su propósito último evitar la extensión del perjuicio y disuadir de la realización en lo sucesivo de comportamientos lesivos similares en detrimento del conjunto de los consumidores”.

Las acciones colectivas tienen una destacada importancia en el control de las cláusulas abusivas en contratos concertados con consumidores, como resulta de los arts. 12 y siguientes de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y 53 y siguientes del TRLGDCU, complementados por los preceptos de la LEC que regulan el ejercicio de las acciones colectivas, los efectos de las sentencias que los resuelven y su ejecución, respondiendo a las exigencias de art. 7 Directiva 93/13 [...] y de la Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 *relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los intereses de los consumidores*, y con anclaje constitucional en el art. 51.1 de la Constitución (ATS de 6 de noviembre de 2013 rec. 485/2012).

El ejercicio de las acciones colectivas genera un control abstracto por parte de los Tribunales. En este sentido, el ATS de 6 de noviembre de 2013 rec. 485/2012 declara que “en una demanda en la que se ejercita una acción colectiva para el control abstracto de la validez de condiciones generales de la contratación, el componente fáctico es secundario, pues las cuestiones controvertidas son de naturaleza fundamentalmente jurídica [...] De acuerdo con su tesis, nunca podría realizarse un control abstracto de la validez de las condiciones generales de los contratos celebrados con consumidores porque habría que tener en cuenta las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, y lo que para un consumidor pudiera considerarse abusivo por causar un desequilibrio perjudicial para sus derechos en contra de las exigencias de la buena fe, para otro consumidor con una superior formación o posición económica no lo sería. [...] El control abstracto de validez de las condiciones generales de la contratación opera tomando en con-

trina procesalista en todos los rincones del mundo, donde cada ordenamiento jurídico se ha adaptado para dar respuesta a las reclamaciones de escasa cuantía. Así las cosas, podemos observar las estadounidenses class action; las británicas Group Litigation Order; las francesas action en représentation conjointe o las alemanas Musterverfahren”.

sideración lo que puede entenderse como un consumidor medio [...] y las características de las pautas estandarizadas de la contratación en masa [...]. Negar la posibilidad de un control abstracto y obligar a cada consumidor a litigar para que se declare la nulidad de la condición general abusiva supondría un obstáculo difícilmente salvable para la protección de sus legítimos intereses económicos mediante procedimientos eficaces, como les garantiza la normativa comunitaria y la interna, incluida la Constitución (art. 51.1)”.

La Directiva 98/27/CE dio lugar a la reforma de la LEC operada por la Ley 39/2002, de 28 de octubre, *de transposición al ordenamiento jurídico español de diversas directivas comunitarias en materia de protección de los intereses de los Consumidores y Usuarios* de manera que se regularon las acciones de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores.

El sistema vigente de acciones colectivas presenta aristas y ha generado importantes críticas doctrinales, habiéndose igualmente detectado problemas prácticos de entidad⁸⁸.

Uno de los puntos principales a la hora de regular el diseño de las acciones colectivas es el de quienes deben considerarse legitimados.

3.2 Clases

Las acciones colectivas pueden entablarse frente a las conductas de los profesionales o empresarios que lesionen los derechos o intereses de los consumidores reconocidos en cualquier sector de prestación de bienes y servicios. Debe repararse especialmente en que la profusa normativa sectorial en ocasiones incorpora su propia previsión de ejercicio de acciones colectivas⁸⁹.

88 En este sentido se ha considerado que “además de una regulación deficiente que no afronta realmente los problemas que las acciones colectivas plantean, la interpretación jurisprudencial por parte de nuestros tribunales ha resultado bastante confusa y poco clarificadora [...] también ha sido desacertado su empleo por parte de los operadores jurídicos [...] todo ello ha provocado una reticencia por parte de jueces y prácticos del derecho e incluso por los propios titulares de los derechos que se muestran desconfiados de la tutela colectiva y prefieren resolver su litigio de manera individual en lugar de acudir a la posibilidad ofrecida por el artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento civil que permite la intervención individual de los interesados en los procesos iniciados por una acción colectiva” MONTESINOS GARCÍA, Ana “La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI” Tirant Lo Blanch, 2020 pág. 13.

89 Vid. arts. 12 y 16 de la Ley 7/1998, de 13 de abril *de Condiciones Generales de Contratación*; art. 6.1 y 251 de la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, *General de Publicidad*; art. 31 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, *servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico*; art. 21 de la Ley 4/2012, de 6 de julio en materia de contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico, de adquisición de productos vacacionales

Con carácter general, en nuestra opinión, de la aplicación conjunta de los arts. 2 (ámbito de aplicación), 8 (derechos de los consumidores) y 53 (acciones de cesación) TRLGDCU debe mantenerse que las acciones colectivas pueden utilizarse en cualquier relación entre empresarios/profesionales y consumidores, sin que exista un *númerus clausus*, siempre que la acción se base en derechos reconocidos a los consumidores y presenten una dimensión supraindividual⁹⁰.

La acción de cesación se dirige a obtener una sentencia que condene al demandado a cesar en la conducta y a prohibir su reiteración futura. Asimismo, la acción podrá ejercerse para prohibir la realización de una conducta cuando esta haya finalizado al tiempo de ejercitar la acción, si existen indicios suficientes que hagan temer su reiteración de modo inmediato (art. 53 TRLGDCU).

de larga duración, de reventa y de intercambio; arts. 117 y 118 del RDL 1/2015, de 24 de julio, en materia de medicamentos y productos sanitarios; art. 36 de la Ley 16/2011, de 24 de junio en materia de contratos de crédito al consumo; art. 11 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo en materia de préstamos y créditos hipotecarios y servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito; art. 15 de la Ley 22/2007, de 11 de julio en relación con la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores; art. 26 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, *sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*; arts. 32 y 33 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, *de competencia desleal*, en materia de o prácticas comerciales desleales y publicidad; art. 23 de la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, *de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco* y Real Decreto Legislativo 1/2015, de 24 de julio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios*.

90 En este sentido, como expone GASCÓN INCHAUSTI *op. cit.* “la existencia de un listado de acciones colectivas, deducible de la lectura conjunta de una pluralidad de textos normativos —en buena medida heterogéneos— no tendría la finalidad excluyente de limitar dichas acciones, sino que cabría atribuirle, más bien, un valor ejemplificativo. [...] no existe en este punto una restricción en cuanto a las acciones colectivas susceptibles de ejercicio: rige, en consecuencia, el sistema genérico de libertad de acciones, sin perjuicio de que el legislador haya querido tipificar algunas. [...] se puede reconocer la posible existencia de acciones colectivas, al margen de los supuestos ya tipificados en normas concretas [...] La admisibilidad de acciones colectivas diversas a las expresamente reguladas, por tanto, tiene un doble condicionamiento: de un lado, sustantivo, en la medida en que se reconozca a los consumidores y usuarios derechos subjetivos o intereses con un contenido determinado —susceptible de fundar legítimamente el *petitum* de una acción— (y presupuesto, claro está, que sea diverso de aquél que se contempla como apoyo de las acciones típicas); de otro, procesal, en la medida en que el legislador admita el ejercicio conjunto o colectivo de estos derechos en un solo proceso y a cargo de una sola entidad, que tenga el carácter de representativa de tales derechos o intereses lesionados. La primera cuestión puede encontrar respuesta tanto en la legislación sectorial como en la LGDCU; la segunda, tanto en la LGDCU como sobre todo, en la LEC [...] En definitiva, la conjunción de la legislación material, general y sectorial, que reconoce derechos concretos a los consumidores, y de la legislación procesal, que atribuye legitimación colectiva para ejercer acciones también colectivas ante cualquier género de hecho dañoso para aquéllos, permite concluir la admisibilidad de pretensiones colectivas atípicas y que, en todo caso, exceden el ámbito de la mera cesación. Es, pues, suficiente que se detecte una situación en que exista un daño generalizado a la posición jurídica de consumidores y usuarios para que pueda ejercitarse una acción colectiva para obtener su reparación, siempre que lo pedido sea conforme con el contenido de los derechos lesionados”.

El TRLGDCU prevé otras acciones colectivas susceptibles de ser acumuladas a la de cesación (art. 53): 1) la de nulidad y anulabilidad; 2) la de incumplimiento de obligaciones; 3) la de resolución o rescisión contractual; 4) la de restitución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de la realización de las conductas o estipulaciones o condiciones generales declaradas abusivas o no transparentes y 5) la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de tales cláusulas o prácticas.

De estas acciones acumuladas accesorias conocerá el mismo juzgado encargado de la acción principal, la de cesación, por la vía prevista en la ley procesal.

Se ha planteado si procede suspender la tramitación de las acciones individuales entabladas por consumidores contra una cláusula cuando está tramitándose una acción colectiva contra la misma cláusula. Sobre la cuestión se ha pronunciado en varias ocasiones el TC. Últimamente, la STC n.º 3/2017, de 16 enero, reproduciendo la doctrina de anteriores pronunciamientos declara que “si los aquí recurrentes no eran parte en ese proceso de acción colectiva, ni estamos en un supuesto de legitimación indirecta impuesta “ex lege” [...] la conclusión lógica es que falta la identidad del elemento subjetivo necesario entre ambos procesos, el de cesación y el individual, para poder acordar la litispendencia”⁹¹.

3.3 Legitimación

3.3.1 Ideas generales

Como adelantábamos, la principal cuestión en la regulación del ejercicio de las acciones colectivas es la relativa a la legitimación⁹².

La LEC parte de la existencia de estas acciones —y no se preocupa de su desarrollo normativo— centrándose en regular la legitimación, determinando, en definitiva, quién puede promover la tutela de modo conjunto de los derechos e intereses colectivos y difusos de los consumidores.

91 En apoyo de esta interpretación CATALÁN CHAMORRO, *op. cit.* pág. 89 considera que “al analizar el artículo 11.1 de la LEC, queda claro que confiere legitimación extraordinaria a las asociaciones de consumidores para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios. Sin embargo, al inicio se recoge una expresión que no debería ser obviada u omitida por nuestros tribunales, y mediante la cual se contempla la legitimación individual, a través de la afirmación: “Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados (...)”.

92 En el mismo sentido, BUJOSA BADELL, Lorenzo “La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI” Tirant Lo Blanch, 2020 pág. 30

La materia se encuentra esencialmente regulada en el art. 11 LEC, que se inclina por otorgar un papel esencial a las asociaciones⁹³.

El reconocimiento de la existencia de las acciones colectivas arrastra consigo (*rec-tius*, debiera arrastrar) la modificación en la configuración de una pluralidad de instituciones procesales (jurisdicción, competencia, legitimación, sentencia, cosa juzgada, ejecución)⁹⁴.

3.3.2 Legitimación de las asociaciones

El art. 11 LEC establece una distinción esencial: 1) cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables: en estos casos, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de éstos, así como a los propios grupos de afectados.

2) Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación: la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

También se reconoce legitimación a las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios⁹⁵.

93 Como ha mantenido MONTESINOS GARCÍA op. cit, "es la opción habitual en el derecho continental"

94 Así se ha mantenido que "el fenómeno de las acciones colectivas supone una revolución que acarrea reelaborar gran parte de las instituciones sobre las que se asienta la teoría general del proceso la acción la legitimación y la cosa juzgada entre otras de manera que su incorporación al escenario procesal conlleva cuando menos una nueva reflexión de la práctica totalidad de las categorías fundamentales del derecho procesal desde la jurisdicción y la competencia la cosa juzgada hasta la legitimación a la prueba entre otras" ARMENTA DEU, Teresa "La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI" Tirant Lo Blanch, 2020 pág. 104

95 Como se ha expuesto "la regulación aún deficitaria de la tutela de estos intereses supraindividuales pone de manifiesto la importancia que en nuestros tiempos tiene la litigación como un instrumento de regulación y modificación o afectación de comportamientos es decir el reconocimiento legal de ciertos derechos e intereses como colectivos afecta directamente a las expectativas y comportamientos en el tráfico jurídico" PLANCHADELL GARGALLO, Andrea "La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI" Tirant Lo Blanch, 2020 pág. 179

Las previsiones del art. 11 deben completarse con las del art. 6.1.7 LEC, que dispone que podrán ser parte en los procesos ante los Tribunales civiles los grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables. Para demandar en juicio será necesario que el grupo se constituya con la mayoría de los afectados. También deben completarse con las previsiones del art. 15 LEC, que contemplan el llamamiento a posibles perjudicados para permitir su personación.

El art. 54.1 TRLGDCU establece el listado de legitimados para ejercitar la acción de cesación en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías en la venta de productos y viajes combinados⁹⁶, reconociéndose también legitimación al Instituto Nacional de Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las Comunidades Autónomas y de las Corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores (art. 54.1 a) TRLGDCU).

Conforme al art. 54.2 TRLGDCU “todas las entidades citadas en el apartado anterior podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan”.

Ha de repararse además en el régimen especial de acumulación de estos procedimientos. Conforme al art. 76.2.1 LEC “[...] procederá la acumulación en los siguientes casos: [...] Cuando se trate de procesos incoados para la protección de los derechos e intereses colectivos o difusos que las leyes reconozcan a consumidores y usuarios, susceptibles de acumulación conforme a lo dispuesto en el apartado 1.1º de este artículo y en el artículo 77, cuando la diversidad de procesos no se hubiera podido evitar mediante la acumulación de acciones o la intervención prevista en el artículo 15 de esta Ley”.

El ejercicio de las acciones colectivas requeriría de un proceso *ad hoc*, pues genera un sinfín de peculiaridades no previstas y que son perturbadoras para una tramitación ordenada⁹⁷. Esta es la opción del Proyecto de Ley en tramitación (*vid.* epígrafe 6).

96 El listado es el siguiente: a) El Instituto Nacional del Consumo y los órganos o entidades correspondientes de las comunidades autónomas y de las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios. b) Las asociaciones de consumidores y usuarios que reúnan los requisitos establecidos en esta norma o, en su caso, en la legislación autonómica en materia de defensa de los consumidores y usuarios. c) El Ministerio Fiscal. d) Las entidades de otros Estados miembros de la Comunidad Europea constituidas para la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios que estén habilitadas mediante su inclusión en la lista publicada a tal fin en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas».

97 Así se ha mantenido que “hadie discute la utilidad de las Asociaciones de Consumidores y Usuarios, en general y en el ámbito judicial [...] lo que sí se discute es que en el marco del procedimiento ordinario, induda-

4. Legitimación del Fiscal

4.1 Marco legal

La redacción original de la LEC no otorgaba legitimación al Fiscal en los procedimientos civiles de consumo.

La Ley 39/2002, de 28 de octubre, introdujo un apartado cuarto en el art. 11 LEC, otorgando legitimación al Ministerio Fiscal “para el ejercicio de la acción de cesación para la defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios”.

La intervención del Fiscal se modula tras la reforma operada por Ley 29/2009, de 30 de diciembre, añadiéndose un párrafo segundo al apartado primero del art. 15 LEC, aclarando que “el Ministerio Fiscal será parte en estos procesos [procesos promovidos por asociaciones o entidades constituidas para la protección de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios, o por los grupos de afectados] cuando el interés social lo justifique. El tribunal que conozca de alguno de estos procesos comunicará su iniciación al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación”⁹⁸.

Es decir, tras la reforma de 2009, además de reconocerse legitimación al Fiscal para ejercer la acción de cesación en defensa de intereses colectivos y difusos, se le otorga legitimación para constituirse como parte en cualquier proceso colectivo de consumo promovido por otros cuando el interés social lo justifique. Para

blemente pensado para la típica litigiosidad media española —en el que el plazo para contestar a la demanda es extremadamente perentorio (20 días)—, regido por las notas de concentración y oralidad, y en el que a diferencia de los sistemas Anglosajones (de los que se importó la figura) no existe un procedimiento previo para la determinación y certificación del grupo (class), sea lícito acumular las acciones de 50 o más perjudicados cuando cada una de las acciones tiene su propia naturaleza y características” GÓMEZ BERNARDO, Natalia “Acciones de grupo y su desacumulación subjetiva: una visión española, europea y estadounidense” *Diario La Ley*, N.º 8651, Sección Doctrina, 23 de Noviembre de 2015.

98 Para la Circular 2/2010 aunque el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 15 de la LEC hace referencia expresa al inicio del proceso, nada obsta a que el Ministerio Público resulte informado de los procedimientos —cualquiera que sea su estado— a fin de que pueda valorar la posibilidad de personarse, aunque, pasado el trámite de la demanda y la contestación, no será posible alterar el objeto del proceso. Sin embargo, sí podrá el Fiscal, conforme a su criterio y sin por ello generar indefensión, apoyar la pretensión de los demandantes o de los demandados, abriendo incluso la vía del recurso de apelación en el caso de que la entidad demandante no haya obtenido una resolución favorable en la primera instancia y decidiese no recurrir. En soporte de esta interpretación juega el hecho de que, conforme a lo previsto en el artículo 13 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resulta autorizada la personación posterior a cualquier consumidor, por lo que no parece razonable negar esa misma posibilidad al Ministerio Fiscal.

asegurar que esa valoración se lleve a efecto, se impone al tribunal una obligación de “llamada al procedimiento” al Fiscal, de modo que se establece una singular *laudatio o nominatio actoris*.

Puede no obstante constatarse que con demasiada frecuencia —y pese a las admoniciones de la Circular 2/2010⁹⁹— el órgano jurisdiccional olvida dar este traslado al Fiscal, privándole de la posibilidad de personarse.

Una nueva reforma, operada por Ley 3/2014, de 27 de marzo, vuelve a modificar el art. 11 LEC introduciendo un apartado quinto del siguiente tenor: “el Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios”, no limitando la ampliación de la legitimación —al menos no expresamente— a las acciones colectivas¹⁰⁰.

Esta legitimación —al menos aparentemente— amplísima ha sido interpretada por la doctrina en el sentido de que lo es para las acciones colectivas, bien que comprendiendo las acciones de cesación, de devolución de cantidades y de indemnización de daños y perjuicios.¹⁰¹ Otro sector doctrinal considera que la ampliación abarca la legitimación del Fiscal para ejercitar acciones individuales, aun entendiendo que se trata de una legitimación excesiva¹⁰².

En realidad, la *ratio* de la reforma parece que no fue la de permitir ejercitar al Fiscal acciones individuales, sino legitimarlo para promover cualquier acción colectiva, no sólo la de cesación. Así se desprende del informe del Consejo Fiscal emitido

99 Dispone la Circular al respecto que “los Sres. Fiscales habrán de poner particular esfuerzo e interés en velar porque los Juzgados cumplan con las previsiones de comunicación previstas en el artículo 15 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, a cuyo fin y si fuera necesario, los Fiscales Jefes dirigirán las oportunas comunicaciones a los Juzgados Decanos y/o Presidentes de las Audiencias Provinciales”.

100 Para ARMENTADEU, *op. cit.* pág. 143 “podrá accionar por tanto acciones de cesación o acciones resarcitorias así como intervenir conforme a lo dispuesto en el artículo 15.1 LEC o instar la ejecución ex artículo 519. Tal legitimación proviene del cumplimiento de una de las funciones del Ministerio fiscal como promotor del bienestar, del progreso social y de la igualdad en materia material de todos los ciudadanos artículo 9 CE, y más concretamente, conforme al artículo 124 CE, a la hora de promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley. Esta finalidad revierte en particular importancia por cuanto su iniciativa permite orillar uno de los principales problemas en el ejercicio de las acciones colectivas, su coste, uno de los aspectos que han conducido a un indeseado abandono del ejercicio de acciones colectivas, obstáculo que nunca concurrirá en el caso del Ministerio fiscal”.

101 En este sentido BONACHERA VILLEGAS, *op cit.* pág. 22 considera que “ello conlleva, que a instancia del Ministerio Fiscal se pueda obtener una sentencia de condena con indeterminación individual de los consumidores y usuarios (ex art. 221.1.1ª párrafo 2º de la LEC)”.

102 Así BUJOSABADELL, *op. cit.* pág. 33 ha considerado que “parece que pueden haber pretensiones individuales de Consumidores y Usuarios que deberían permanecer bajo el poder de disposición de sus titulares y no estar sometidas a la decisión del Ministerio Fiscal”.

con ocasión del Anteproyecto de Ley de Contratos de Crédito al Consumo que contenía la siguiente propuesta: “resulta difícil de justificar que la legitimación del Ministerio Fiscal esté limitada, conforme prevé el artículo 11.4 de la LEC, al ejercicio de la acción de cesación, siendo por lo demás indiscutible que el interés público puede verse comprometido en el marco de cualesquiera otras acciones colectivas, sin que la iniciativa del Fiscal en su defensa pueda aparecer condicionada a que una asociación de consumidores tome la iniciativa ejercitando la acción en los supuestos, por ejemplo, a que se refiere el artículo 11.3 del mismo texto legal. Es por ello, que, sin perjuicio de mantener la legitimación de las asociaciones en los términos ya previstos, en cuanto a la del Ministerio Fiscal se refiere, debería modificarse el artículo 11 de la LEC, incluyendo un ordinal con el siguiente tenor: [El Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios]”.

La legitimación del Ministerio Fiscal para ejercitar la acción de cesación también se reconoce en el art. 54.1.c) del TRLGDCU “frente a las conductas contrarias a lo dispuesto en la presente norma en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías en la venta de productos y viajes combinados”.

Además, la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre Condiciones generales de la Contratación*, desde el primer momento reconoció una amplia legitimación al Fiscal. El art. 16.1 otorga legitimación al Fiscal para el ejercicio de las acciones previstas en el art. 12 (acciones de cesación, de retractación y declarativa). A la acción de cesación puede acumularse, como accesoria, la de devolución de cantidades que se hubiesen cobrado en virtud de las condiciones a que afecte la sentencia y la de indemnización de daños y perjuicios que hubiere causado la aplicación de dichas condiciones. Para todas ellas se reconoce legitimación al Fiscal.

Igualmente, el art. 33.4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, *de Competencia Desleal* hace referencia expresa al Ministerio Fiscal en lo que concierne al ejercicio de acciones¹⁰³.

El art. 519.1 LEC también reconoce legitimación al Fiscal en fase de ejecución¹⁰⁴.

103 Conforme a este precepto “el Ministerio Fiscal podrá ejercitar la acción de cesación en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios”.

104 Dispone este artículo que “cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la ejecución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará

Por otra parte, el art. 46.2 TRLGDCU menciona al Fiscal como promotor de la acción penal: “en los supuestos en que las infracciones tipificadas en esta ley pudieran ser constitutivas de delito, el órgano competente comunicará tal extremo a la autoridad judicial o al Ministerio Fiscal. La autoridad judicial y el Ministerio Fiscal comunicarán al órgano competente la resolución o acuerdo que hubieran adoptado. De no haberse estimado la existencia de ilícito penal, o en el caso de haberse dictado resolución de otro tipo que ponga fin al procedimiento penal, podrá iniciarse o proseguir el procedimiento sancionador. En todo caso, el órgano competente quedará vinculado por los hechos declarados probados en vía judicial”.

4.2 La doctrina de la Fiscalía General del Estado

4.2.1 Aspectos orgánicos

La Circular 2/2010 estableció que “en todas aquellas Fiscalías Territoriales cuyo volumen de trabajo lo justifique, el Fiscal Jefe habrá de designar un Fiscal encargado de la coordinación de las diligencias [...] y los procedimientos judiciales de esta naturaleza en el ámbito civil, a fin de facilitar su registro y el seguimiento de las intervenciones del Ministerio Público y de las resoluciones que los órganos judiciales adopten en los procedimientos relativos a acciones colectivas en los que se vean afectados los intereses generales”.

Por su parte, la Instrucción 4/2016, de 22 de diciembre, *sobre las funciones del Fiscal Delegado de la especialidad civil y de protección jurídica de las personas con discapacidad de las Comunidades Autónomas* asigna a los Fiscales Delegados de especialidad civil de las CCAA “la coordinación con las distintas entidades administrativas encargadas de la protección de los consumidores y usuarios a fin de disponer de la información necesaria para atender los asuntos en que sea precisa una intervención procesal, de supervisar la acción de los distintos delegados provinciales para que exista una homogeneidad de criterios y de planificar la intervención, estableciendo prioridades”.

Profundiza en el modelo de especialización del Fiscal de Consumo la Circular 2/2018, de 1 de junio, *sobre nuevas directrices en materia de protección jurídica*

auto en el que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena.

Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución.

El Ministerio Fiscal podrá instar la ejecución de la sentencia en beneficio de los consumidores y usuarios afectados”.

de los derechos de los consumidores y usuarios (en adelante, Circular 2/2018) que dispone que “en aquellas Fiscalías Provinciales en que no se haya realizado ya, deberá designarse, por el Fiscal Jefe, un Fiscal encargado de la protección jurídica de los consumidores y usuarios, integrado en la Sección de lo Civil [...] Los Fiscales encargados de las Fiscalías Provinciales deberán realizar su cometido bajo la supervisión del Fiscal Delegado de la Comunidad Autónoma de la especialidad civil al objeto de garantizar la unidad de criterios y determinar las cuestiones prioritarias”. Esta Circular promueve una capilarización mayor al prever que “en las Fiscalías de Área podrá designarse un Fiscal de Enlace en esta materia”.

4.2.2 Aspectos dogmáticos

La conclusión de la Circular 2/2010 en cuanto a la legitimación del Fiscal fue la siguiente: “el Ministerio Fiscal aparece legitimado en el TRLGDCU, en la LEC y en diferentes normas sectoriales en materia de consumo para tomar la iniciativa en el ejercicio de la acción colectiva de cesación. Asimismo y conforme a lo previsto en el artículo 16 de la LCGC y en ese específico contexto, el Fiscal está legitimado para el ejercicio de todas las acciones previstas en el artículo 12 del mismo texto legal, que incluye las acciones accesorias de devolución de cantidades y la de indemnización de daños y perjuicios. Además, de conformidad con el artículo 15.1 párrafo segundo de la LEC, el Fiscal podrá personarse y ser parte en los procedimientos a que se refiere el párrafo primero del mismo precepto, y conforme a lo previsto en el artículo 54 del TRLGDCU, podrá personarse y ser parte en defensa del interés social en los procedimientos colectivos iniciados por los respectivos legitimados en cada caso”.

La Circular 2/2018 debía abordar la legitimación ampliada del Fiscal reconocida en el art. 11.5 LEC. La Circular, superando una exégesis histórica, conforme a los antecedentes, asume la tesis de la legitimación para el ejercicio de acciones individuales. Para la Circular, tras la referida reforma se “atribuye al Ministerio Fiscal un amplio margen de actuación en este campo, sin distinción entre la acción individual y la colectiva” si bien considera, desde su arranque, que “la ausencia de limitación aparente en la legitimación del Ministerio Fiscal no implica una intervención generalizada en todo tipo de procedimientos”. Parece claro que, como regla general, la Fiscalía ni puede ni debe intervenir en procedimientos derivados del ejercicio de acciones individuales.

En relación con las acciones individuales, admitiendo la posibilidad de ejercerlas, la Circular 2/2018 da pautas selectivas: “los Sres. Fiscales atenderán, de forma prioritaria, a aquellos casos en que se revelen situaciones de inferioridad, subor-

dinación e indefensión. Atendiendo al carácter de mecanismo excepcional de protección jurídica en el marco de la acción individual, en los términos expuestos en el apartado 3.3.2 de esta Circular, los Sres. Fiscales valorarán especialmente, en primer lugar, las características subjetivas de la persona afectada que revelen su situación de especial vulnerabilidad; en segundo lugar, que no exista otro mecanismo que permita el acceso a la tutela judicial efectiva en condiciones de igualdad; y finalmente, el potencial perjuicio en atención a las características del bien o servicio” [...] Los Sres. Fiscales prestarán especial atención a aquellos casos en que, concurriendo las circunstancias citadas en la conclusión precedente, sea necesaria su intervención para hacer efectivas las medidas [...] referidas a la protección de los deudores hipotecarios¹⁰⁵ y a la de los inversores minoristas¹⁰⁶.

4.3 Valoración del rol del Fiscal en el área de consumo

La legitimación del Fiscal tiene suficiente justificación en relación con las acciones colectivas, a la vista de que puede concurrir un evidente interés social.

Cierto es, no obstante, —y puede comprobarse analizando las Memorias de la FGE (salvando alguna Fiscalía especialmente activa)— que son pocos los procedimientos de consumo en los que el Fiscal se persona activamente, seguramente por falta de medios¹⁰⁷. En relación con las acciones individuales, la actuación del Fiscal ha sido muy residual y limitada.

105 Establece la Circular que “el Ministerio Fiscal se ha personado, en los últimos años, en algunos procedimientos de ejecución hipotecaria como interviniente, instando la suspensión de los lanzamientos. Pese al carácter antiformalista del sistema de acreditación fijado en la Ley 1/2013, en casos concretos se ha apreciado una vulnerabilidad muy acusada de personas con discapacidad o de edad avanzada que podía redundar en una efectiva indefensión. Los Sres. Fiscales deberán intervenir cuando tengan conocimiento de situaciones similares [...] En modo alguno se trata de limitar la acción del Fiscal en este campo, sino de establecer unos criterios mínimos de intervención a la hora de definir qué asuntos deben considerarse prioritarios”.

106 En este punto establece la Circular que “la actuación del Fiscal en este ámbito fue tardía (debido a que su intervención en la acción individual tuvo introducción en la LEC a finales de marzo de 2014, cuando ya se habían adoptado bastantes medidas) y puntual (fundamentalmente para casos de personas de avanzada edad en los que la naturaleza del abuso era muy llamativa), abarcando un pequeño espectro de casos. Este ejemplo es interesante porque permite ver la interacción de los distintos componentes del sistema de protección del consumidor y situar el papel del Ministerio Fiscal, limitado a los casos en que no haya sido posible evitar la judicialización del conflicto y que, además, la protección del particular sea necesaria en atención a su situación de acusada vulnerabilidad e indefensión”.

107 Para CATALÁN CHAMORRO, *op. cit.* pág. 157 “la actividad del Ministerio Fiscal en este sentido ha sido residual, debido fundamentalmente a la falta de recursos para poder desarrollar plenamente este mandato de la LEC, aunque su implicación con respecto a las acciones colectivas con consumidores mejora anualmente. En este sentido, hemos de reconocer su presencia en macrocausas como la famosa STS 705/2015 de 23 diciembre, sobre cláusulas suelo”.

Pese a la legitimación amplia del Fiscal, que abarcaría la posibilidad de promover la ejecución de sentencias dictadas en procesos colectivos, los déficits de regulación son un obstáculo más para el ejercicio eficaz de sus cometidos¹⁰⁸.

Por otra parte, como se expuso *supra*, es frecuente que los órganos jurisdiccionales omitan dar al Fiscal, el traslado previsto en el art. 15 LEC, privándole de la posibilidad de personarse en procesos colectivos promovidos por las asociaciones.

En definitiva, entendemos que aún están por desarrollar las potencialidades —que son muchas— del Ministerio Fiscal en el área de consumo. Sería imprescindible para este desarrollo —como mínimo— dedicar más recursos humanos y poner a disposición del Ministerio Público asesoramiento técnico, que podría ser proporcionado por los órganos administrativos dedicados a temas de consumo.

5. Disposiciones especiales para los procesos de consumo

5.1 Ideas generales

Ya hemos adelantado que nuestro ordenamiento procesal no contempla un proceso de consumo singularizado. Si el Proyecto de Ley actualmente en tramitación (ver epígrafe 6) llega a buen puerto, contaremos con un proceso de consumo especial para acciones colectivas. *De lege data* solamente contamos con modula-

Para ARMENTA DEU *op. cit.* pág. 143 “la intervención de la Fiscalía ha encontrado algunas dificultades no en torno a la legitimación precisamente sino en otras fases en las que se enfrenta al común problema de una regulación deficiente”.

108 Para ARMENTA DEU *op. cit.* pág. 143 “es al hilo de la posibilidad de que inste la acción ejecutiva cuando se plantean una serie de interrogantes sobre dicha legitimación por representación similares a las que encontramos en caso de que sean las asociaciones de Consumidores y Usuarios las que litiguen. La adaptación del precepto a la realidad de las acciones colectivas con el fin de generar una ejecución colectiva que pueda instar casi cualquiera conduce a flexibilizar el precepto para buscar el completo resarcimiento de los afectados teniendo muy en cuenta que se trata de un supuesto de hecho en el que están implicados un número muy elevado de usuarios y el ejercicio de la acción tuvo lugar por una asociación de Consumidores y Usuarios y del Ministerio fiscal uso del artículo 11 LEC. El posterior reconocimiento de la legitimación para instar la ejecución conforme el artículo 519 LEC permite entender que el Ministerio fiscal interviene en representación de los afectados. El problema surge a la hora de determinar quiénes son dichos afectados y cómo se repartirán las cantidades ejecutadas. Problema este mal resuelto en el citado precepto que establece un título complejo de ejecución la sentencia firme de condena y el auto por el que se reconoce la legitimación de individuos concretos para promover la ejecución o obtener el resarcimiento una vez que, bien la asociación, bien el Ministerio Fiscal inicien el proceso ejecutivo, y aunque si es este último el caso será necesario identificar a los afectados”.

ciones en la tramitación, partiendo de los dos procedimientos genéricos, el juicio verbal y el ordinario¹⁰⁹.

El cauce procesal para el ejercicio de la acción de cesación es el juicio verbal. El art. 250.12 LEC establece que se decidirán en juicio verbal las demandas que “supongan el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores”.

Se plantea la cuestión del procedimiento a seguir cuando a la acción de cesación se acumulan pretensiones restitutorias e indemnizatorias propias de las acciones colectivas de naturaleza reparadora.

La Circular 2/2010, tras admitir la acumulación cualquiera que sea la cuantía, considera que “en los supuestos en los que se ejercite la acción de cesación junto con acciones de reclamación indemnizatoria o resarcitoria en cuantía superior a los 6.000 euros [debe ahora entenderse 15.000 euros], el trámite a seguir habrá de ser el del procedimiento ordinario, determinado en atención a la cuantía de las referidas reclamaciones conforme establece el artículo 249.2 de la LEC”.

Las demandas en que se ejerciten acciones individuales relativas a condiciones generales de contratación en los casos previstos en la legislación sobre esta materia también se tramitarán por los cauces del juicio verbal (art. 250.1.14º LEC).

Además de las especialidades relativas a competencia y legitimación, destacan las normas específicas sobre diligencias preliminares, medidas cautelares, sentencia, cosa juzgada y ejecución.

5.2 Competencia

5.2.1 Competencia objetiva

La materia relativa a pleitos de consumidores y usuarios se reparte entre las Secciones de lo Civil y las Secciones de lo Mercantil de los Tribunales de Instancia.

109 Como expone GASCÓN INCHAUSTI *op. cit.* “los procesos civiles en que se ejercitan acciones colectivas para la tutela de los intereses de los consumidores y usuarios no son, en España, procesos especiales, sino procesos ordinarios a los que les resultan de aplicación una serie de especialidades, motivadas por lo singular de la materia objeto del proceso. Los procesos en que se ejercite la «acción de cesación en defensa de los consumidores» serán en todo caso «juicios verbales» (arts. 250.1.12º, 249.1.4º y 249.1.5º LEC). En cambio, en los demás supuestos en que se ejerciten acciones colectivas que no sean de cesación, habrá que acudir al procedimiento que corresponda según la cuantía”.

En realidad, el grueso de asuntos (por defecto) se asigna a las Secciones de lo Civil. Sin embargo, las Secciones de lo Mercantil de los Tribunales de Instancia conocen de algunas materias con incidencia directa en el derecho de consumo.

Así, conforme al apartado sexto del art. 87 LOPJ, modificado por LO 1/2025 las Secciones de lo Mercantil conocerán de la materia de propiedad intelectual e industrial; competencia desleal y publicidad; transporte terrestre, nacional o internacional; derecho marítimo y derecho aéreo.

Se excluye de la competencia de las Secciones de lo Mercantil las pretensiones basadas exclusivamente en el Reglamento (CE) n.º 261/2004 (compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos); en el Reglamento (UE) 2021/782 (viajeros de ferrocarril); en el Reglamento (UE) n.º 181/2011 (viajeros de autobús y autocar) y en el Reglamento (UE) n.º 1177/2010 (derechos de los pasajeros que viajan por mar y por vías navegables).

Se atribuyen igualmente a las Secciones de lo Mercantil las acciones relativas a la aplicación de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y de los artículos 1 y 2 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, *de Defensa de la Competencia*, así como de las pretensiones de resarcimiento del perjuicio ocasionado por la infracción del Derecho de la competencia.

Igualmente, el apartado sexto del mismo precepto asigna a las Secciones de lo Mercantil la materia de concurso de acreedores.

5.2.2 Competencia territorial

5.2.2.1. Principios generales

Como singularidad general, debe tenerse en cuenta que el art. 50.3 LEC dispone que *los empresarios y profesionales, en los litigios derivados de su actividad empresarial o profesional, también podrán ser demandados en el lugar donde se desarrolle dicha actividad y, si tuvieran establecimientos a su cargo en diferentes lugares, en cualquiera de ellos a elección del actor.*

El TJUE se ha pronunciado sobre si el art. 67.1 LEC (que establece la irrecurribilidad de los autos que resuelven sobre la competencia territorial) puede considerarse contrario a la Directiva 93/13 cuando afecte a una acción de cesación en defensa de los consumidores y si, en consecuencia, el tribunal debe tramitar el

recurso de apelación, pese a carecer de cobertura legal en la normativa nacional. La STJUE de 5 de diciembre de 2013, C-423/12¹¹⁰, considera que esta regulación es compatible con la Directiva a la luz de los principios de equivalencia y efectividad, declarando que “las normas procesales relativas a la estructura de los recursos internos y al número de instancias, al servicio del interés general en la buena administración de la justicia y de la previsibilidad, deben prevalecer sobre los intereses particulares, en el sentido de que no pueden adaptarse en función de la situación económica particular de las partes” (apartado 38).

La STJUE de 27 de junio de 2000, C-240/98 a C-244/98¹¹¹, analizó una cláusula de sumisión expresa por la que se imponía al consumidor la obligación de litigar ante los tribunales del domicilio del empresario. El Tribunal calificó esta cláusula como abusiva y consideró que el Tribunal debía apreciarla de oficio.¹¹²

En la actualidad, el art. 54.2 LEC no admite la sumisión expresa en contratos de adhesión, con condiciones generales de la contratación o celebrados con consumidores o usuarios.

5.2.2.2 Fuero general/residual de los consumidores

El fuero general de los consumidores está contemplado en el art. 52.3 LEC, conforme al que “será competente, a elección del consumidor o usuario, el tribunal de su domicilio o el tribunal correspondiente conforme a los arts. 50 y 51 LEC”.

La *ratio* inspiradora del precepto es reequilibrar la posición del consumidor respecto a la del empresario, permitiéndole a aquel litigar en su partido judicial.

Se han planteado dudas acerca de si este fuero sea imperativo (aunque electivo) o facultativo. Las dudas derivan de que el art. 54.1 LEC, cuando determina qué fueros, de entre los especiales del art. 52 LEC, deben considerarse imperativos, sólo se refiere a los supuestos contemplados en “las reglas establecidas en los números 1º y 4º a 15º del apartado 1 y en el apartado 2 del artículo 52 y las demás

110 Asunto Asociación de Consumidores Independientes de Castilla y León.

111 Asunto Oceano Grupo Editorial y Salvat Editores.

112 Declara el TJUE que “solo podrá alcanzarse una protección efectiva del consumidor si el Juez nacional está facultado para apreciar de oficio dicha cláusula [...] la facultad del Juez para examinar de oficio el carácter abusivo de una cláusula constituye un medio idóneo tanto para alcanzar el resultado señalado por el artículo 6 de la Directiva —impedir que el consumidor individual quede vinculado por una cláusula abusiva—, como para ayudar a que se logre el objetivo contemplado en su artículo 7, ya que dicho examen puede ejercer un efecto disuasorio que contribuya a poner fin a la utilización de cláusulas abusivas en los contratos celebrados por un profesional con los consumidores”.

a las que esta u otra Ley atribuya expresamente carácter imperativo”. Se deja formalmente fuera, por tanto, a las reglas del art. 52.3 LEC.

Entendemos que se trata de un simple descuido del Legislador, que cuando añadió el apartado tercero al art. 52, añadido que procede de la reforma operada por Ley 42/2015, de 5 de octubre, no tuvo la finura de modificar simultáneamente el art. 54 LEC.

Pese a tal “olvido” debe entenderse que el fuero general de los consumidores del art. 52.3 LEC es también imperativo, por dos argumentos fundamentales: i) no tendría sentido que los fueros especiales sean imperativos y el general/residual sea facultativo; ii) el art. 54.2 LEC dispone que “no será válida la sumisión expresa contenida en contratos [...] que se hayan celebrado con consumidores o usuarios”. Por tanto, el precepto excluye de la sumisión expresa a todos los contratos celebrados con consumidores, sin distingos.

Así parece, por lo demás que se interpreta por el TS (*vid.* AATS de 22 de enero de 2019, rec. 221/2018; de 13 de septiembre de 2022, rec. 179/2022; de 17 de octubre de 2023, rec. 45/2023). Las Circulares 2/2018 y 2/2021 se decantan también por considerarlo imperativo.

La Circular 2/2021, de 30 de abril, *sobre el tratamiento de la competencia territorial en el orden jurisdiccional civil* contempla una amplia casuística de materias que deben regirse por este fuero de los consumidores (*vid.* epígrafe 6.18).

5.2.2.3 Los fueros especiales de los consumidores

Se contemplan como tales: 1) el fuero de las acciones en materia de seguros¹¹³; 2) el fuero de las acciones en materia de ventas a plazos de bienes muebles corporales y contratos destinados a su financiación¹¹⁴ y 3) el fuero de las acciones en materia de contratos de prestación de servicios o relativos a bienes muebles cuya celebración hubiera sido precedida de oferta pública¹¹⁵.

113 Conforme al art. 52.2 LEC será competente el tribunal del domicilio del asegurado o el que corresponda conforme a las normas de los arts. 50 y 51, a elección del demandante.

El fuero se aplica en los supuestos en que la demanda la formula el propio asegurado contra su compañía de seguros o esta reclama contra él, es decir, litigios donde el conflicto se basa en la relación directa e inmediata entre asegurado y asegurador (*vid.* ATS de 18 de junio de 2019, rec. 140/2019).

114 Conforme al art. 52.2 LEC será competente el tribunal del domicilio del comprador o prestatario o el que corresponda conforme a las normas de los arts. 50 y 51 LEC, a elección del demandante.

115 Conforme al art. 52.2 LEC será competente el tribunal del domicilio de quien hubiere aceptado la oferta, respectivamente, o el que corresponda conforme a las normas de los arts. 50 y 51 LEC, a elección del demandante.

En materia de seguros, como novedad en relación con la Circular 2/2021, debe entenderse superada la pauta que establecía que “cuando quien ejercita la acción es el beneficiario designado en la póliza y no el asegurado, no es aplicable el fuero especial, debiendo estarse a lo dispuesto en los arts. 51, 55 y 56 LEC”. Conforme a los AATS de 1 de octubre de 2024, rec. 366/2024 y de 29 de marzo de 2022, rec. 71/2022 sigue siendo aplicable el fuero del asegurado en los supuestos de reclamación por el beneficiario de la póliza del seguro de vida tras el fallecimiento del asegurado.

Pueden también considerarse fueros especiales los siguientes: 1) el previsto para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios (art. 52.1.16^º LEC¹¹⁶); 2) el previsto para el ejercicio de las acciones colectivas en materia de condiciones generales de la contratación (art. 52.1.14^º LEC¹¹⁷) y 3) el previsto en materia de competencia desleal (art. 52.1.12^º LEC¹¹⁸). Todos estos fueros especiales son imperativos.

5.2.2.4 Supuestos dudosos no abordados por la Circular 2/2021

5.2.2.4.1 El contrato de prestación de servicios de asistencia jurídica

Ha sido controvertida la cuestión de la naturaleza jurídica de la relación que une al abogado con su cliente¹¹⁹.

116 Conforme a este fuero especial “en los procesos en los que se ejercite la acción de cesación en defensa de los intereses tanto colectivos como difusos de los consumidores y usuarios, será competente el Tribunal del lugar donde el demandado tenga un establecimiento, y, a falta de éste, el de su domicilio; si careciere de domicilio en territorio español, el del lugar del domicilio del actor”.

Debe tenerse en cuenta que este fuero especial se deroga al llegar a buen puerto el Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios.

117 “En los procesos en que se ejerciten acciones para que se declare la no incorporación al contrato o la nulidad de las cláusulas de condiciones generales de la contratación, será competente el Tribunal del domicilio del demandante”.

118 12^º En los juicios en materia de competencia desleal, será competente el Tribunal del lugar en que el demandado tenga su establecimiento y, a falta de éste, su domicilio o lugar de residencia, y cuando no lo tuviere en territorio español, el Tribunal del lugar donde se haya realizado el acto de competencia desleal o donde se produzcan sus efectos, a elección del demandante.

119 Así se ha considerado que “la tesis dominante señala que cuando pensamos en el marco conceptual que preside la relación entre el abogado y el cliente inmediatamente tratamos de reconducirla al arrendamiento de servicios recogido en el art. 1544 CC, en tanto que buena parte de la doctrina lo considera como un arrendamiento de servicios de tipo general, al igual que la jurisprudencia mayoritaria, *vid.*, entre otras, las SSTs de 27 de diciembre de 1916, de 6 de octubre de 1989, 24 de abril de 1991, 3 de octubre de 1998, 28 marzo de 2000 y 11 febrero 2002, 27 de febrero, 30 de marzo y 11 de mayo de 2006, por citar tan sólo algunas ALISTE SANTOS, Tomás J. “Pacto de honorarios y su reclamación por los abogados tras la reforma del procedimiento introducida por el Real Decreto 6/2023, de 19 de diciembre” Actualidad Civil, N.º 12, Sección Persona y derechos, Diciembre 2024, LALEY.

Se pronuncia sobre esta cuestión la STJUE de 15 de enero de 2015, C-537/2013¹²⁰: “en los contratos de servicios jurídicos [...] y en relación con las prestaciones ofrecidas por los abogados, existe en principio una desigualdad entre los “clientes-consumidores” y los abogados a causa, en especial, de la asimetría de la información de la que disponen esas partes. En efecto, los abogados tienen un alto nivel de competencias técnicas que los consumidores no poseen necesariamente, de modo que éstos pueden tener dificultades para apreciar la calidad de los servicios que se les prestan [...] así pues, un abogado que, como en el litigio principal, presta en ejercicio de su actividad profesional un servicio a título oneroso a favor de una persona física que actúa para fines privados es un “profesional”, en el sentido del artículo 2, letra c), de la Directiva 93/13. Por tanto, el contrato para la prestación de ese servicio está sujeto al régimen de esa Directiva”.

Existen autos que analizan cuestiones de competencia planteadas con ocasión de demandas contra letrados por responsabilidad civil, si bien por las peculiaridades que presentan entendemos que no arrojan luz sobre la cuestión.

En efecto, el ATS de 4 de abril de 2018, rec. 42/2018 en relación con una demanda de juicio ordinario contra dos letrados en ejercicio de la acción de responsabilidad civil en reclamación de 130.114,17 euros, como indemnización de daños y perjuicios sufridos por su negligente actuación profesional, no aprecia concurrencia de fuero imperativo, pero en este caso el demandante era una entidad mercantil de servicios inmobiliarios.

El ATS de 30 de mayo de 2018, rec. 52/2018 también resuelve una cuestión de competencia derivada de una acción de responsabilidad civil contra abogado y procurador, y rechaza aplicar el fuero de los consumidores, si bien el asunto presentaba la peculiaridad de que estos profesionales había sido designados a través del sistema de justicia gratuita.

El ATS de 12 de diciembre de 2023, rec. 281/2023 resuelve una cuestión de competencia derivada de una demanda de juicio verbal en la que se ejercitó una acción de responsabilidad profesional contra una letrada. Se aplican los fueros generales, si bien no se analiza si podía ser de aplicación el fuero de los consumidores.

Últimamente, las incógnitas se han despejado y contamos con dos precedentes que analizan la aplicabilidad del fuero de los consumidores a estas reclamaciones y responden en sentido positivo:

120 Asunto Birutė iba.

El ATS de 21 de junio de 2022, rec. 238/2021 analiza una cuestión de competencia en relación con una demanda de juicio verbal en reclamación de cantidad por incumplimiento de contrato de prestación de servicios profesionales de abogado y decide aplicar el fuero de los consumidores y considerar competente al Juzgado del domicilio del demandante.

El ATS de 20 de mayo de 2025 rec. 10/2025 analiza el fuero aplicable a una acción de reclamación de cantidad por incumplimiento de un contrato de prestación de servicios profesionales de abogado. El TS considera aplicable el fuero imperativo de los consumidores.

En nuestra opinión, no habrá relación de consumo cuando el cliente del abogado sea una persona que actúa en el ámbito propio de su actividad comercial o empresarial.

5.2.2.4.2 Fuero de las acciones acumuladas frente a préstamos usurarios

La litigación en masa contra entidades de crédito por préstamos usurarios ha generado una multitud de cuestiones de competencia. El factor de complejidad deriva del hecho de que los abogados, por tratar de abarcar todas las posibilidades, acumulan en las demandas acciones de nulidad frente al contrato como un todo junto con acciones de nulidad frente a cláusulas concretas.

La solución finalmente adoptada por el Tribunal Supremo ha sido la de entender aplicable el fuero de los consumidores (art. 53.2) cuando, además de la nulidad del contrato, se ejercita una acción contra una única cláusula de las condiciones generales de contratación (AATS de 22 de julio de 2025, rec. 287/2025; de 3 de junio de 2025 rec. 94/2025).

Si se ejercitan —además de la acción de nulidad del contrato— acciones de nulidad contra más de una condición general de contratación, el TS entiende aplicable el criterio cuantitativo y opta por aplicar el fuero de las condiciones generales (art. 52.1.14º inciso primero LEC) (AATS de 15 de julio de 2025, rec. 373/2025; de 15 de febrero de 2024 rec. 294/2023).

La opción del TS por este criterio lejos de pacificar las disputas sobre competencia territorial, puede decirse que las ha exacerbado, pues en la práctica las situaciones dudosas se reproducen, pudiendo mencionarse como supuestos que siguen siendo dudosos: 1) cuando se ejercitan varias acciones de nulidad del contrato y varias acciones de nulidad de varias cláusulas (en nuestra opinión si el número es

equivalente, sería aplicable el fuero de los consumidores; en este sentido se acaba de pronunciar el ATS de 15 de julio de 2025, rec. 116/2025); 2) cuando se ejercitan artificiosamente varias acciones de nulidad del contrato con un fundamento similar (en nuestra opinión no se computarían las acciones artificiosas a efectos de determinar la competencia); 3) cuando se ejercitan acciones de nulidad contra cláusulas de condiciones generales inexistentes. Este supuesto se da mucho en la práctica, pues algunos abogados, abusando de los formularios, no se molestan en comprobar si la cláusula que denuncian como ilícita realmente está prevista (en nuestra opinión, a efectos de determinar la competencia no procede analizar si las cláusulas contra las que se acciona concurren o no en el contrato).

También en la práctica han sido numerosos los supuestos en los que los abogados introducen como domicilio el propio del despacho profesional, pretendiendo que ese domicilio ajeno al del cliente sea el que determine la competencia. El TS considera que el determinante es el domicilio del consumidor que demanda, siendo irrelevante para determinar la competencia el domicilio del despacho de abogados, aunque en la demanda se designe como domicilio de notificaciones (*vid.* ATS de 9 de abril de 2024, rec. 90/2024).

5.2.2.4.3 Fuero aplicable a demandas entabladas por consumidores fundadas en conductas contrarias al Derecho de la competencia

En relación con los procedimientos en los que se ejercitan acciones de reclamación de daños ocasionados por conductas contrarias al Derecho de la competencia (antitrust) derivadas de la resolución firme de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en materia de vehículos (cártel de los coches), cuando la acción se entabla por un consumidor y el demandado tiene su domicilio en España, se aplica el fuero de los consumidores (*vid.* AATS de 24 de enero de 2023, rec. 331/2022; de 13 de octubre de 2022, rec. 180/2022 y 13 de octubre de 2022, rec. 212/2022).

5.2.2.4.4 Reclamaciones derivadas de alquileres vacacionales

El TS declara aplicable el fuero del consumidor al tratarse el caso examinado de una reclamación derivada de alquiler de un apartamento vacacional (AATS de 23 de enero de 2024, rec. 79/2023; de 11 de julio de 2023, rec. 147/2023, y de 2 de noviembre de 2021, rec. 293/2021).

5.3. Competencia judicial internacional

5.3.1 Competencia para conocer de unas diligencias preparatorias contra una persona jurídica domiciliada en otro país europeo

Se plantea un supuesto en el que la promotora de las diligencias pretende preparar —mediante la solicitud de exhibición del contrato de seguro— una acción directa contra Allianz Versicherungs AG, con domicilio en Alemania y aseguradora del fabricante alemán del producto sanitario al parecer defectuoso que ha causado daños a la solicitante en el transcurso de una intervención quirúrgica.

El ATS de 7 de julio de 2020 rec. 334/2019 resuelve la cuestión en el siguiente sentido:

Para la resolución del presente conflicto de competencia, en primer lugar, debe tenerse en cuenta la competencia de los órganos jurisdiccionales españoles.

En el presente caso, los tribunales españoles tienen atribuida la competencia judicial internacional, de conformidad con lo previsto en el Reglamento 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil (Bruselas I bis).

Se trata, por tanto, de un litigio internacional referido a una materia «civil o mercantil» no excluida del ámbito material de aplicación del Reglamento Bruselas I bis (art. 1) y el Reglamento Bruselas I bis permite, cuando sea posible la acción directa, que el perjudicado la ejercite ante los tribunales de su domicilio (arts. 13.2 y 11.1, por remisión), que en el caso es España.

5.3.2 Reclamaciones por defectuosa ejecución del contrato de transporte cuando el vuelo ha tenido lugar entre dos aeropuertos extranjeros

Conforme al art. 36.1 LEC *la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles españoles se determinará por lo dispuesto en la Ley Orgánica del Poder Judicial y en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte*. El apartado 2 de este mismo precepto impone a los tribunales españoles abstenerse de conocer los asuntos que se les sometan, entre otros casos, *cuando, en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado* (regla 2ª).

El inciso primero, apartado primero del art. 22 bis LOPJ dispone que *en aquellas materias en que una norma expresamente lo permita, los Tribunales español-*

les serán competentes cuando las partes, con independencia de su domicilio, se hayan sometido expresa o tácitamente a ellos.

La letra d) del art. 22 quinquies LOPJ dispone que “en materia de contratos celebrados por consumidores, estos podrán litigar en España si tienen su residencia habitual en territorio español o si lo tuviera la otra parte contratante; esta última solo podrá litigar en España si el consumidor tiene su residencia habitual en territorio español”.

El Reglamento (UE) n.º 1215/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2012 *relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* excluye al contrato de transporte de las reglas que se prevén para los contratos con consumidores (vid. art. 17.3).

No obstante, conforme al art. 26.1 del Reglamento (UE) n.º 1215/2012 “con independencia de los casos en los que su competencia resulte de otras disposiciones del presente Reglamento, será competente el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que comparezca el demandado. Esta regla no será de aplicación si la comparecencia tiene por objeto impugnar la competencia o si existe otra jurisdicción exclusivamente competente en virtud del artículo 24”.

Este precepto fue interpretado por la sentencia del TJUE de 11 de abril de 2019 (asunto C-464/18) en el siguiente sentido:

“El artículo 26, apartado 1, primera frase, del Reglamento n.º 1215/2012 establece una regla de competencia basada en la comparecencia del demandado, aplicable a todos los litigios en los que la competencia del órgano jurisdiccional que conoce del asunto no resulte de otras disposiciones de dicho Reglamento. La referida disposición implica, también en los casos en los que se ha sometido un litigio a un órgano jurisdiccional contraviniendo las disposiciones de dicho Reglamento, que la comparecencia del demandado puede considerarse una aceptación tácita de la competencia del órgano jurisdiccional al que se ha sometido el litigio y, por lo tanto, una prórroga de su competencia [...]”

En el ATS de 21 de junio de 2022, rec. 51/2021 la Sala se planteó de oficio la falta de jurisdicción y así lo declaró finalmente. Se trataba de “una pretensión indemnizatoria por el retraso en un vuelo con origen y destino en estados extracomunitarios, operado por una línea aérea extracomunitaria, con una sucursal en España que no consta que haya intervenido en la relación jurídica entre compañía y pasa-

jeros, y que afecta a pasajeros extracomunitarios, que han cedido su derecho a una sociedad mercantil domiciliada en España”. En este supuesto se declaró la falta de competencia internacional con base en el art. 33.1 del Convenio de Montreal, conforme al que, bajo la rúbrica “Jurisdicción”, establece lo siguiente: “una acción de indemnización de daños deberá iniciarse, a elección del demandante, en el territorio de uno de los Estados Partes, sea ante el tribunal del domicilio del transportista o de su oficina principal, o del lugar en que tiene una oficina por cuyo conducto se ha celebrado el contrato, sea ante el tribunal del lugar de destino. [...]”

Esta interpretación de las normas sobre jurisdicción se extiende a los supuestos en los que el origen y destino del vuelo son países de la Unión y el demandado tiene domicilio en otro país de la Unión: el ATS de 9 de julio de 2024, rec. 124/2024 declara que “para la resolución del presente conflicto negativo de competencia territorial es preciso analizar, en primer lugar, la posibilidad de apreciar de oficio la falta de competencia internacional de los tribunales españoles al encontrarnos ante una pretensión indemnizatoria por el retraso en un vuelo con origen y destino en estado comunitario (Italia), operado por una línea aérea cuya sede se encuentra también en un estado comunitario (Hungria) y cuyo perjudicado es un ciudadano comunitario con domicilio en un estado comunitario (España). [...]A la vista de lo expuesto, del tenor literal del artículo 33.1 [del Convenio de Montreal], al disponer que una acción de indemnización de daños “deberá iniciarse”, se infiere que está contemplando fueros imperativos, que atribuyen con carácter exclusivo (al que se refiere el artículo 36.2.2ª de la LEC el conocimiento de esos asuntos a la jurisdicción de los estados en los que concurra las circunstancias que en dicho precepto se establecen, sin perjuicio de la facultad que tiene el demandante de optar por uno de ellos”.

5.4 Diligencia preliminar especial

El art. 256.1.6 LEC contempla la posibilidad de preparar el juicio requiriendo a quien va a ser demandado para que aporte datos que permitan identificar al grupo de consumidores afectados¹²¹.

121 Se prevé que pueda prepararse todo juicio “por petición de quien pretenda iniciar un proceso para la defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios al objeto de concretar a los integrantes del grupo de afectados cuando, no estando determinados, sean fácilmente determinables. A tal efecto, el Tribunal adoptará las medidas oportunas para la averiguación de los integrantes del grupo, de acuerdo a las circunstancias del caso y conforme a los datos suministrados por el solicitante, incluyendo el requerimiento al demandado para que colabore en dicha determinación”.

Es una diligencia que puede ser imprescindible para entablar la acción colectiva, por lo que el ordenamiento contempla la posibilidad de instarla con carácter previo¹²².

En estos casos, el fuero territorial aplicable es el del domicilio del consumidor¹²³.

Esta diligencia preliminar es objeto de una nueva regulación en el Proyecto de Ley de acciones colectivas de 2025 en el art. 838.1 LEC¹²⁴.

5.5 Medidas cautelares

La Circular 2/2010 insta a los fiscales en el marco de los procedimientos de consumo en los que intervengan, a solicitar ante el órgano judicial la adopción de las medidas cautelares “siempre y cuando sea preciso para garantizar la tutela judicial efectiva de consumidores y usuarios y la defensa del interés social”.

122 Como expone GASCÓN INCHAUSTI *op. cit.* “con frecuencia, la entidad que pretende el ejercicio de la acción colectiva carece de los datos necesarios para identificar a los concretos consumidores afectados por el hecho dañoso; se trata, asimismo, de una información que está en posesión del empresario o profesional a quien se pretende demandar, y que presumiblemente no estará muy dispuesto a facilitársela a quien aspira a ejercitar una acción colectiva frente a él. Es un obstáculo que, si se mantiene, les puede impedir un efectivo ejercicio de su derecho de acción. Por ello, el legislador ha previsto una diligencia preliminar especial en su art. 256.1.6º LEC, cuya finalidad es la de facilitar al solicitante la información relativa al respecto, pues el propio tribunal se coloca del lado de quien se propone demandar y hace recaer la coacción pública sobre quien posea la información necesaria. [...] En caso de negativa del requerido el tribunal ordenará que se acuerden las medidas de intervención necesarias, incluida la de entrada y registro en las dependencias del sujeto requerido, para encontrar los documentos o datos precisos; además, se podrá incurrir en responsabilidad penal por un delito de desobediencia a la autoridad judicial”.

123 El ATS de 7 de julio de 2020 rec. 334/2019 declara lo siguiente: “en atención a que con la solicitud se pretende preparar un juicio dirigido a lograr una indemnización de los daños causados por el empleo de un producto sanitario en el transcurso de una intervención quirúrgica prestada en el marco de un contrato que puede considerarse de consumo, debe reconocerse la competencia del tribunal del domicilio del consumidor, en el que ha elegido presentar su demanda, de conformidad con lo dispuesto en el art. 52.3 LEC. Solución que, por lo demás, es coherente con la que resultaría de la aplicación analógica de lo previsto para las solicitudes de diligencias para la protección de determinados derechos conforme a sus correspondientes leyes especiales, conforme a los arts. 256.1.9º y 257.1.II LEC, que atribuyen la competencia al tribunal ante el que haya de presentarse la demanda y que, en el caso, al derivar de un contrato que puede considerarse de consumo, se corresponde con el domicilio de la demandante y con el fuero en el que pretende ejercitar la pretensión de fondo”.

En la misma línea es de reseñar el ATS 10 de mayo de 2022 rec. 112/2022, conforme al que “en el presente caso, de acuerdo con el informe del Ministerio Fiscal, procede declarar la competencia territorial del Juzgado de Primera Instancia n.º 1 de Santa Cruz de Tenerife, pues la solicitud de diligencias preliminares efectuada por la Sra. N —que ostenta la condición de consumidor y usuario y cuyo domicilio radica en Santa Cruz de Tenerife— tiene como finalidad preparar una posterior demanda de nulidad por usura de contratos de tarjetas de crédito”.

124 El precepto proyectado dispone lo siguiente: “previa solicitud de una entidad legitimada que haya presentado una motivación razonada que contenga aquellos hechos y pruebas a los que tenga acceso razonablemente, que sean suficientes para justificar la viabilidad del ejercicio de acciones colectivas, el tribunal podrá ordenar que, a reserva de las condiciones establecidas en este artículo, la parte demandada o un tercero exhiba las pruebas pertinentes que tenga en su poder, incluidas las que sean precisas para determinar la identidad de los consumidores y usuarios afectados. El tribunal también podrá ordenar a la parte demandante o a un tercero la exhibición de las pruebas pertinentes, a petición del demandado.”.

En la misma línea, la Circular 2/2018 exhorta a los fiscales a prestar “especial atención a la tutela cautelar de los consumidores y usuarios, previa acreditación y concreción de los requisitos previstos para ello, conforme a las reglas generales de “*fumus boni iuris*” y “*periculum in mora*”.

Como quiera que la exigencia de caución puede tornarse en obstáculo impeditivo para que los consumidores o sus representantes puedan instar la tutela cautelar, el art. 728 LEC, modificado por la Ley 39/2002¹²⁵, faculta al tribunal para eximir de caución cuando se trate de procesos en los que se insten acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios¹²⁶.

El Proyecto de Ley de acciones colectivas de 2025 contempla un nuevo art. 842 LEC que, bajo la rúbrica *Medidas cautelares*, dispone en su apartado primero que [...] podrá solicitarse la cesación provisional de la conducta infractora. La tramitación de estas solicitudes tendrá carácter preferente. A los efectos de lo establecido en el párrafo primero del apartado 2 del artículo 730, se entenderá que concurren razones de urgencia o necesidad si se acredita la actualidad de la conducta infractora. El apartado segundo permite al tribunal dispensar a la entidad que solicite la medida cautelar del deber de prestar caución, “atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados”.

5.6 Carga de la prueba

El art. 217 LEC, al regular el tema clave de la carga de la prueba (*incumbit probatio ei qui aget*) introduce especialidades tendentes a reforzar la posición procesal del consumidor que litiga contra un empresario o profesional.

Así, en el apartado cuarto se dispone que “en los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente”.

125 Así, dispone el párrafo último del apartado tercero del art. 728 LEC que “en los procedimientos en los que se ejercite una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios, el Tribunal podrá dispensar al solicitante de la medida cautelar del deber de prestar caución, atendidas las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados”.

126 Coincidimos con GASCÓN INCHAUSTI *op. cit.* en que “la dispensa de la caución no es obligatoria, sino potestativa para el tribunal, que habrá de valorar las circunstancias del caso, así como la entidad económica y la repercusión social de los distintos intereses afectados: la norma, por tanto, obliga al tribunal a ser prudente y a tener en cuenta las repercusiones de una eventual orden de cesación o prohibición temporal sobre la actividad económica y sobre Terceros”.

En el apartado séptimo se dispone que “para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el Tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio”.

El TRLGCU introduce también especialidades. Es extraordinariamente relevante en cuanto fortalece la posición del consumidor demandante la previsión general del art. 147, conforme al que “los prestadores de servicios serán responsables de los daños y perjuicios causados a los consumidores y usuarios, salvo que prueben que han cumplido las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y los demás cuidados y diligencias que exige la naturaleza del servicio”.

Concretando la previsión general, el art. 148 TRLGCU dispone que “se responderá de los daños originados en el correcto uso de los servicios, cuando por su propia naturaleza, o por estar así reglamentariamente establecido, incluyan necesariamente la garantía de niveles determinados de eficacia o seguridad, en condiciones objetivas de determinación, y supongan controles técnicos, profesionales o sistemáticos de calidad, hasta llegar en debidas condiciones al consumidor y usuario.

En todo caso, se consideran sometidos a este régimen de responsabilidad los servicios sanitarios, los de reparación y mantenimiento de electrodomésticos, ascensores y vehículos de motor, servicios de rehabilitación y reparación de viviendas, servicios de revisión, instalación o similares de gas y electricidad y los relativos a medios de transporte”.

En la misma línea tendente a eximir de prueba al consumidor, el art. 149 TRLGCU establece que “será aplicable el régimen de responsabilidad establecido en el artículo anterior a quienes construyan o comercialicen viviendas, en el marco de una actividad empresarial, por los daños ocasionados por defectos de la vivienda que no estén cubiertos por un régimen legal específico”.

5.7 Sentencia

La LEC también establece reglas especiales para las sentencias en los procesos en que se ejerciten acciones colectivas.

El apartado primero del art. 221 LEC contempla las especialidades para las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios, en cuanto a la extensión subjetiva de sus efectos¹²⁷.

¹²⁷ 1. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, las sentencias dictadas a consecuencia de demandas interpuestas por asociaciones de consumidores o usuarios con la legitimación a que se refiere el artículo 11 de esta Ley estarán sujetas a las siguientes reglas:

El apartado segundo del art. 221 LEC introduce la posibilidad de condenar a la publicación de la sentencia estimatoria de la acción de cesación¹²⁸.

En relación con la cosa juzgada, el apartado tercero del art. 222 LEC dispone que la cosa juzgada afectará a las partes del proceso en que se dicte y a sus herederos y causahabientes, así como a los sujetos, no litigantes, titulares de los derechos que fundamenten la legitimación de las partes conforme a lo previsto en los artículos 11 y 11bis de esta ley¹²⁹.

5.8 Ejecución

El art. 519 LEC incorpora reglas especiales para la ejecución de las sentencias de condena en las que no se hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla. En esencia, se prevé un incidente contradictorio en el que el tribunal decide por auto si el promotor debe ser considerado destinatario de la condena. Las sentencias ganadas en ejercicio de acciones colectivas entabladas por las entidades legitimadas pueden beneficiar a los consumidores individuales que no litigaron, aunque no queden identificados¹³⁰.

1ª Si se hubiere pretendido una condena dineraria, de hacer, no hacer o dar cosa específica o genérica, la sentencia estimatoria determinará individualmente los consumidores y usuarios que, conforme a las leyes sobre su protección, han de entenderse beneficiados por la condena.

Cuando la determinación individual no sea posible, la sentencia establecerá los datos, características y requisitos necesarios para poder exigir el pago y, en su caso, instar la ejecución o intervenir en ella, si la instara la asociación demandante.

2ª Si, como presupuesto de la condena o como pronunciamiento principal o único, se declarara ilícita o no conforme a la Ley una determinada actividad o conducta, la sentencia determinará si, conforme a la legislación de protección a los consumidores y usuarios, la declaración ha de surtir efectos procesales no limitados a quienes hayan sido partes en el proceso correspondiente.

3ª Si se hubieren personado consumidores o usuarios determinados, la sentencia habrá de pronunciarse expresamente sobre sus pretensiones.

128 Dispone el precepto que “en las sentencias estimatorias de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios el Tribunal, si lo estima procedente, y con cargo al demandado, podrá acordar la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora”

129 Para GASCÓN INCHAUSTI *op. cit.* “el de los límites subjetivos de la cosa juzgada de las sentencias dictadas en procesos colectivos es uno de los asuntos más problemáticos a la hora de diseñar un sistema de acciones para la tutela de los intereses supraindividuales de los consumidores y usuarios. El legislador español ha optado en este punto por una decisión drástica y clara, recogida en el art. 222.3 LEC [...] El legislador ha querido que, en relación con los hechos dañosos para los consumidores y usuarios, no exista más que un proceso colectivo o, a lo sumo, un proceso colectivo y varios procesos individuales, separados o acumulados al colectivo. Ahora bien, una vez que se ha dictado sentencia firme en un proceso entablado por una entidad provista de legitimación colectiva, la voluntad legal es clara: que no puedan ya incoarse más procesos y, en especial, que no puedan los consumidores, a título individual, pretender tutelas individualizadas o distintas de lo que se desprenda de la sentencia colectiva”.

130 1. Cuando las sentencias de condena a que se refiere la regla primera del artículo 221 no hubiesen determinado los consumidores o usuarios individuales beneficiados por aquélla, el tribunal competente para la eje-

En el art. 711.2 LEC se contempla un sistema especial de multas coercitivas para forzar el cumplimiento de las sentencias estimatorias de acciones de cesación en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios¹³¹.

El Proyecto de Ley de acciones colectivas de 2025 regula de forma detallada las peculiaridades de la ejecución de estas sentencias en los nuevos arts. 843 y 873 a 885 LEC, deja sin efecto el vigente art. 519 y da una nueva redacción al art. 711 LEC¹³².

6. La legitimación del Fiscal en el Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios

El Anteproyecto de Ley de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores trata de transponer la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 *relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores, y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE*.

cución, a solicitud de uno o varios interesados y con audiencia del condenado, dictará auto en el que resolverá si, según los datos, características y requisitos establecidos en la sentencia, reconoce a los solicitantes como beneficiarios de la condena. Con testimonio de este auto, los sujetos reconocidos podrán instar la ejecución. El Ministerio Fiscal podrá instar la ejecución de la sentencia en beneficio de los consumidores y usuarios afectados.

2. Sin perjuicio de que se pueda optar por acudir a un procedimiento declarativo, en el caso de las demandas referidas en el artículo 250.1.14.º, los efectos de una sentencia que reconozca una situación jurídica individualizada y que, de haberse dictado en primera instancia, hubiera adquirido firmeza tras haber sido recurrida ante la Audiencia Provincial, podrán extenderse a otras cuando concurren las siguientes circunstancias:

- a) Que los interesados se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo.
- b) Que se trate del mismo demandado, o quien le sucediera en su posición.
- c) Que no sea preciso realizar un control de transparencia de la cláusula ni valorar la existencia de vicios en el consentimiento del contratante.

131 La sentencia estimatoria de una acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios impondrá, sin embargo, una multa que oscilará entre seiscientos y sesenta mil euros, por día de retraso en la ejecución de la resolución judicial en el plazo señalado en la sentencia, según la naturaleza e importancia del daño producido y la capacidad económica del condenado. Dicha multa deberá ser ingresada en el Tesoro Público.

132 Dispone el precepto proyectado que “para determinar la cuantía de las multas previstas en los artículos anteriores se tendrá en cuenta el precio o la contraprestación del hacer personalísimo establecidos en el título ejecutivo y, si no constaran en él o se tratara de deshacer lo mal hecho, el coste dinerario que en el mercado se atribuya a esas conductas.

Las multas mensuales podrán ascender a un 20 por ciento del precio o valor y la multa única al 50 por ciento de dicho precio o valor”.

Con fecha 14 de marzo de 2025 el Anteproyecto ha pasado a ser Proyecto de Ley *de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios*¹³³.

El artículo primero modifica la Ley de Enjuiciamiento Civil y opta por regular de forma autónoma y separada los procesos en que se ejercitan acciones colectivas, a cuyos efectos se añade un nuevo Título IV al Libro IV de la LEC, comprendiendo los arts. 828 a 885.

El artículo segundo modifica el TRLGDCU regulando la legitimación para ejercer las acciones de representación y el sistema de elección de las entidades habilitadas.

El Proyecto traslada al TRLGDCU lo relativo a la legitimación, suprimiendo el art. 11 LEC.

Se elimina, por tanto, la previsión del art. 11.5 LEC (“el Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios”).

El informe del Consejo Fiscal de 3 de abril de 2023 consideró, en relación con la supresión del art. 11.5 LEC, que ello “supondría la imposibilidad de que el Ministerio Fiscal iniciara o se personara en esa clase de acciones [individuales]. En realidad, en el origen esa legitimación total del Fiscal tenía un objetivo más modesto: permitir al Fiscal intervenir en las acciones colectivas no sólo de cesación, sino también en las resarcitorias. Esto se ve con claridad en el Preámbulo de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, *por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios*, que dio la nueva redacción al art. 11.5 LEC: el preámbulo se refiere expresamente a la necesidad de «atribuir legitimación activa al Ministerio Fiscal para ejercitar cualquier acción en defensa de intereses difusos y colectivos de consumidores y usuarios», suprimiendo así el obstáculo legal que le impedía ejercitar acciones colectivas resarcitorias”.

Añade el Informe del Consejo Fiscal que “la legitimación del Ministerio Fiscal que se regula en el APL está algo desdibujada y no es precisa. Si la norma del art. 11.5 LEC que se quiere suprimir es la única que legitima al Ministerio Fiscal para el ejercicio de acciones individuales en defensa de los consumidores, la aprobación del APL que daría lugar a la eliminación de ese precepto supondría la imposibilidad de que el Ministerio Fiscal iniciara o se personara en esa clase de acciones,

133 Boletín de las Cortes PROYECTOS DE LEY 14 de marzo de 2025 Núm. 48-1

lo que conllevaría reducir su ámbito de intervención y limitar su actuación en contra del espíritu de otras leyes [...] entendemos que una vez que la ley determinó en esos términos tan generales la legitimación del Ministerio Fiscal, ampliándola también a las acciones individuales, la supresión de esta disposición se considera un retroceso para la defensa de las personas consumidoras, en especial para las más vulnerables, como son las personas con discapacidad, mayores, extranjeros sin recursos y todas aquellas objeto de una especial atención a través de la intervención del Ministerio Fiscal en las acciones individuales.[...] prescindir del actual art. 11.5 LEC supondría claramente un retroceso en las funciones del Ministerio Fiscal en defensa de todos los consumidores. A mayor abundamiento, suprimir la intervención del Ministerio Fiscal en acciones individuales podría incluso afectar a su legitimación en el orden contencioso-administrativo, si se tiene en cuenta lo dispuesto en la Circular [...] Por lo expuesto, se propone que se mantenga el actual art. 11 LEC referido exclusivamente a la legitimación del Ministerio Fiscal en las acciones individuales de consumo y añadir la siguiente redacción en el punto 5: *Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados o afectados, y siempre con su autorización, el Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de las personas consumidoras y usuarias*".

Esta reivindicación del Consejo Fiscal para que se mantuviera la legitimación del Ministerio Público para el ejercicio de acciones individuales no ha sido acogida por el Prelegislador, manteniéndose en el Proyecto la íntegra supresión del art. 11 LEC.

El Proyecto suprime la referencia al Fiscal contenida en el Anteproyecto en el art. 54 b) TRLGDCU¹³⁴. En este punto se asume la enmienda del Consejo Fiscal que consideró procedente "que se nos desvincule del resto de entidades habilitadas a las que se hace referencia en el art. 54 TRLGDCyU, proponiendo la eliminación del apartado b) y reconociéndonos como parte legitimada en la LEC".

La legitimación del Fiscal se contempla en el art. 835.1 LEC, que recibe en el Proyecto la siguiente redacción: "sin perjuicio de lo establecido en leyes especiales, estarán legitimadas para el ejercicio de las acciones colectivas tanto el Ministerio Fiscal como las entidades habilitadas con arreglo a lo dispuesto en el texto refundido de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios"¹³⁵.

134 En el Anteproyecto el art. 54 b) TRLGDCU disponía que "se consideran entidades habilitadas para el ejercicio de acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios [...] El Ministerio Fiscal".

135 Se reconocen como entidades habilitadas para el ejercicio colectivo a la Dirección General con competencia en materia de consumo de la Administración General del Estado, de las comunidades autónomas y de

El proyectado art. 835.4 LEC establece que “el Ministerio Fiscal y el resto de las entidades a que se refiere este artículo podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas en ejercicio de la acción colectiva de cesación, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan. El tribunal, en razón del momento en que dicha intervención se produzca, podrá rechazarla de forma motivada si la considera perjudicial para el buen desarrollo del proceso”.

El informe del Consejo Fiscal consideró que “la literalidad de este inciso sería aplicable al Ministerio Fiscal, lo cual supondría obviar la relevancia constitucional de esta Institución y el carácter con que actúa en el proceso conforme a lo dispuesto en el art. 124 CE [...] De igual forma, no se considera justificada ni apropiado que la nueva regulación prescinda del traslado obligatorio de la demanda al Ministerio Fiscal a fin de valorar su intervención en el procedimiento.[...] se propone que en los proyectados arts. 841 y 845 LEC se añada lo siguiente: «Admitida la demanda, el tribunal comunicará la existencia del procedimiento y dará traslado de esta al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación, quedando en suspenso el procedimiento en tanto que no conste que se ha recibido la comunicación».”¹³⁶

El Proyecto de Ley, haciéndose eco del informe del Consejo Fiscal —parcialmente y con una redacción manifiestamente mejorable— dispone en el art. 841, dedicado a la tramitación de las acciones colectivas de cesación, que “en los supuestos en que el Ministerio Fiscal no haya presentado demanda, el tribunal, admitida a trámite la misma, dará traslado al Ministerio Fiscal, a efectos de lo previsto en el apartado 4 del artículo 835”.

Parece que esta llamada al proceso del Fiscal se ceñiría —conforme a la literalidad del precepto— a las acciones de cesación, limitando por tanto su objeto respecto de la actual regulación.

En este punto, ya el informe de la Sección Civil de la Fiscalía del TS puso de manifiesto que “la posibilidad de intervención la limita el artículo 835.4 LEC a la acción de cesación. Con carácter general, esta limitación puede estar justificada y es en parte salvada por la posibilidad de acumular las acciones en determinados casos,

las corporaciones locales competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios y a las entidades designadas en otro Estado miembro de la Unión Europea como entidades habilitadas para ejercitar acciones colectivas transfronterizas.

136 Debe recordarse que el último párrafo del vigente art. 15.1 LEC dispone que “el Ministerio Fiscal será parte en estos procesos cuando el interés social lo justifique. El tribunal que conozca de alguno de estos procesos comunicará su iniciación al Ministerio Fiscal para que valore la posibilidad de su personación”.

incluso en las resarcitorias, según prevé el art. 833.3 LEC. Pero, en cualquier caso, se considera que no debería afectar al Ministerio Fiscal dada la naturaleza de su intervención en estos procesos”.

El proyectado art. 876 LEC confiere legitimación al Fiscal para instar la ejecución. Se asume en este punto la sugerencia del Consejo Fiscal: “debemos hacer referencia a los efectos de supresión del art. 519 LEC, que impediría que el Ministerio Fiscal pueda instar en beneficio de las personas consumidoras y usuarias afectadas la ejecución de una sentencia de condena sin determinación individual de los beneficiados, ya que el proyectado art. 876 LEC establece que en estos casos «se despachará la ejecución de oficio, a instancia de la entidad demandante o de cualquiera de los beneficiarios». En coherencia con la anterior propuesta de nueva redacción del art. 835 LEC, se sugiere que en el art. 876 LEC se incluya al Ministerio Fiscal como parte legitimada para instar el despacho de ejecución”.

En definitiva, podemos decir que el Proyecto de 2025 avanza en la cristalización de un nuevo proceso especial de consumidores en relación a las acciones colectivas, si bien no perfila con la necesaria claridad el papel del Ministerio Fiscal en el mismo.

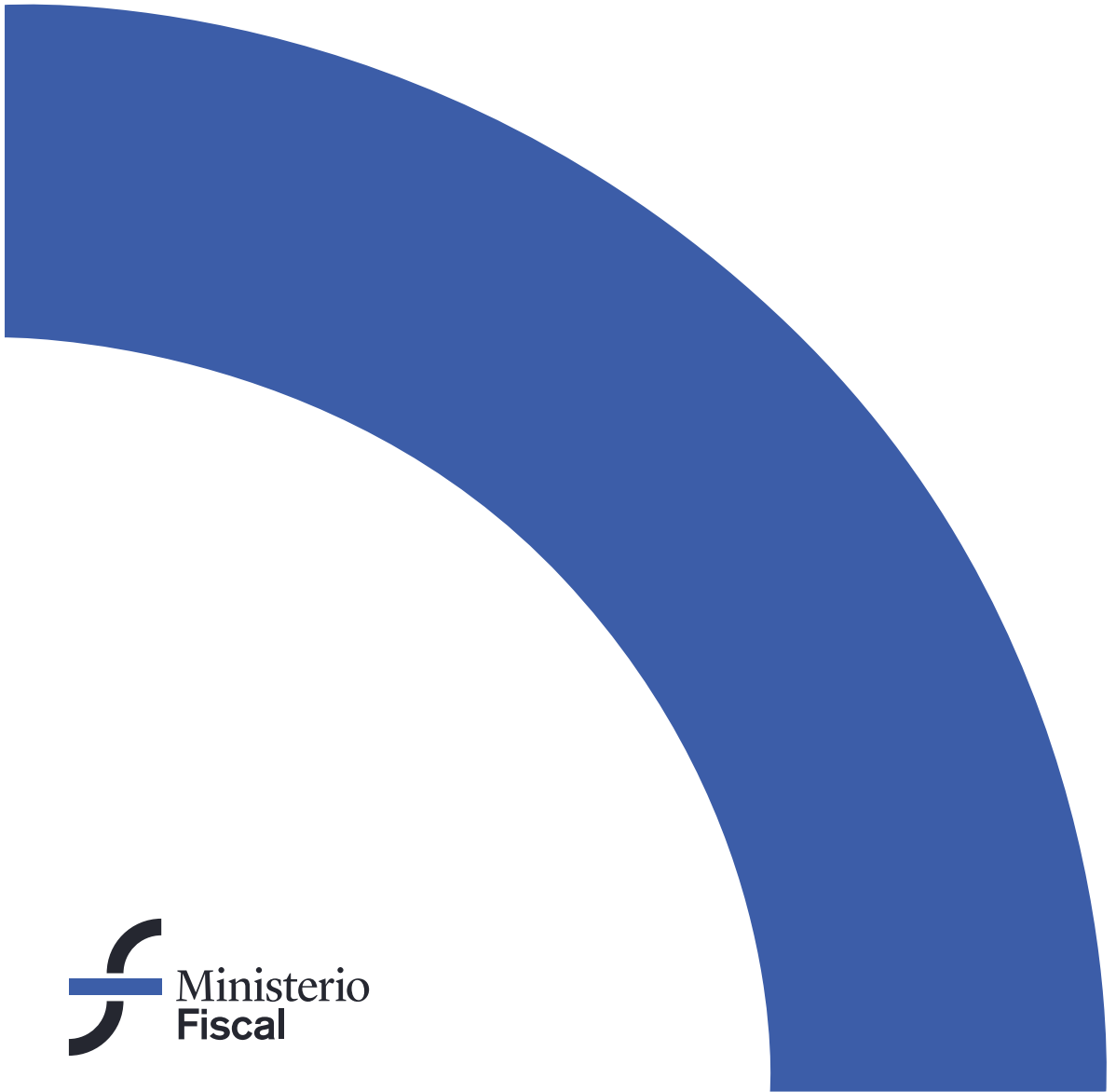
Bibliografía

- ADAN DOMENECH, Federico, “Deconstrucción del ordenamiento procesal español”, Justicia: Revista de Derecho Procesal, n.º 2, 2018
- ALISTE SANTOS, Tomás J. “Pacto de honorarios y su reclamación por los abogados tras la reforma del procedimiento introducida por el Real Decreto 6/2023, de 19 de diciembre” Actualidad Civil, N.º 12, Sección Persona y derechos, Diciembre 2024.
- ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, “La incidencia de la doctrina del TJUE en los principios que informan el proceso civil”.Revista General de Derecho Procesal, n.º. 44, 2018.
- ARMENTA DEU, Teresa “La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI” Tirant Lo Blanch, 2020
- ARROYO FIESTAS, Francisco Javier “La protección del Consumidor en el Ordenamiento comunitario”, VV. AA., “Derecho Comunitario. Presente y Perspectivas”, 1995

- BONACHERA VILLEGAS, Raquel “Tutela procesal de los derechos e intereses de los consumidores” Tirant lo Blanch, Valencia, 2018
- BUJOSA BADELL, Lorenzo “La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI” Tirant Lo Blanch, 2020
- CALAMANDREI, Piero, “Elogio a los jueces hecho por un abogado” Editorial Reus S.A., 2009.
- CATALÁN CHAMORRO María José “El acceso a la justicia de consumidores: los nuevos instrumentos del ADR y ODR de consumo”. Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- CEDEÑO HERNÁN, Marina “¿Exige el Derecho de la Unión Europea otorgar tutelas de oficio en el Derecho de consumo al margen de las cláusulas abusivas?” Diario LA LEY, N.º 10474, Sección Tribuna, 26 de Marzo de 2024.
- CEDEÑO HERNÁN, Marina “Protección de los consumidores, cláusulas abusivas y poderes de dirección del juez en el Proceso Civil.” Tirant lo Blanch, 2023
- DAMIÁN MORENO, Juan “El valor de las ficciones como garantía del principio de efectividad: consideraciones en torno a la situación creada por la sentencia del TJUE de 17 de mayo de 2022”, Diario La Ley, 21 noviembre 2022
- DEL ÁGUILA MARTÍNEZ, Jesús “Delimitación del concepto de consumidor a la luz de la jurisprudencia europea y española” Actualidad Civil, N.º 11, Sección Protección de los consumidores, Noviembre 2022.
- DOMINGO, Rafael y RODRÍGUEZ ANTOLÍN, Beatriz “Reglas jurídicas y aforismos”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2000
- ESTEBAN DE LAROSA, Fernando “La sentencia Bondora o la prueba del algodón del proceso monitorio europeo: novedades en el control de oficio de las cláusulas abusivas y reformas en ciernes”, Diario la Ley Unión Europea, 2020 nº 81
- FERNÁNDEZ GETINO, Jorge “La necesidad de aplicar el principio de efectividad en litigios de consumidores. Hacia una reparación integral del consumidor” Revista Aranzadi Doctrinal, n.º 6, Junio de 2025, Editorial Aranzadi.
- FERNÁNDEZ SEIJO, José María “Hacia un Derecho Procesal de consumo (Comentario a las recientes Sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de consumidores) Actualidad Civil, N.º 7-8, Sección Protección de los consumidores / A fondo, Julio-Agosto 2022.

- FERREIRO BAAMONDE, Xulio “La protección procesal a los consumidores: proceso monitorio europeo y proceso europeo de escasa cuantía. ¿hacia un nuevo derecho procesal en las relaciones de consumo?” *Actualidad Civil*, N.º 9, Sección Protección de los consumidores / A fondo, Septiembre 2022.
- GARCÍA VALDECASAS DORREGO, María José “La sentencia de 28 de febrero de 2019 del Tribunal Constitucional: preclusión procesal, cosa juzgada y derecho de propiedad en la declaración de abusividad de una cláusula contractual” *Derecho privado y Constitución*, 37, 2020. GASCÓN INCHAUSTI, Fernando “La protección de los consumidores en el proceso civil español” *Institut André Tunc de la Université Paris I — Panthéon- Sorbonne* (2005), <http://panjuris.univ-paris1.fr/pdf/>
- GÓMEZ AMIGO, Luis “La doctrina del TJUE en el caso Bondora: ¿hacia el declive del proceso monitorio europeo?”, *Práctica de Tribunales*, 2020 n.º 144, mayo-junio.
- GÓMEZ BERNARDO, Natalia “Acciones de grupo y su desacumulación subjetiva: una visión española, europea y estadounidense” *Diario La Ley*, N.º 8651, Sección Doctrina, 23 de Noviembre de 2015, Ref. D-437
- JEREZ DELGADO, Carmen y VERDÚN PÉREZ, Francisco “A la vuelta de treinta años. La implementación de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas, tarea conjunta y progresiva” *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2023), Vol. 15, N.º 1
- LÓPEZ GIL, Milagros “El principio *tantum apellatum quantum devolutum* en la justicia de consumo: una nueva cuestión prejudicial ante el TJUE” *Actualidad Civil*, N.º 5, Sección Protección de los consumidores / A fondo, Mayo 2022
- MARTÍN FUSTER, J. M. “La apreciación de oficio de las consecuencias de la Nulidad. Comentario a la Cuestión prejudicial presentada por el TS en el Auto de 27 de noviembre de 2019”, en *Revista General de Derecho Procesal*, n.º. 53, 2021
- MARTÍNEZ DE SANTOS, Alberto “El concepto de consumidor en la oposición a la ejecución por cláusula abusiva” *Práctica de Tribunales*, N.º 126, Sección Ejecución Civil, Mayo-Junio 2017, Editorial Wolters
- MONTESINOS GARCÍA, Ana “La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI” *Tirant Lo Blanch*, 2020.

- ORDEÑANA GEZURAGA, Ixusko “La mediación de consumo: la alternativa de la alternativa” Diario La Ley, N.º 7420, Sección Doctrina, 9 de Junio de 2010, Año XXXI, Ref. D-193.
- PLANCHADELL GARGALLO, Andrea “La tutela de los derechos e intereses colectivos en la justicia del siglo XXI” Tirant Lo Blanch, 2020
- QUESADA LÓPEZ, Pedro Manuel “El principio de efectividad del derecho de la Unión Europea y su impacto en el derecho procesal nacional” Iustel, 2019, pag.165
- RIVAS VELASCO, María José “Cosa juzgada y control de oficio en consumo” Diario La Ley, N.º 9621, Sección Tribuna, 27 de Abril de 2020, Wolters Kluwer
- ROMERO GARCÍA-MORA, Guillermo “En torno al concepto de «consumidor» en el Derecho Comunitario. A propósito de la STJCE Gruber vs. Bay Wa” Actualidad Civil, N.º 22, Sección A Fondo, Quincena del 16 al 31 Dic. 2005, tomo 2.
- SENÉS MOTILLA, C., “Tratamiento de las cláusulas abusivas en el Juicio Cambiario”, en *Revista General de Derecho Procesal*, Iustel, núm. 42 (2017), p. 13
- TAPIA FERNÁNDEZ, “La apreciación de oficio de la nulidad de las cláusulas abusivas”, Boletín de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears, n.º. 17, 2016
- VALLESPÍN PÉREZ, David “Litigios sobre consumo: especialidades procesales y acciones colectivas” Editorial Bosch 2018





El sistema arbitral de consumo como medio de resolución alternativo de conflictos



Alicia Menéndez González

Presidenta de la Junta Arbitral Nacional de Consumo
Presidenta de la Comisión de Juntas Arbitrales de Consumo



Resumen

La Ley General 26/1984, de 19 de julio, para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, en su artículo 31, mandaba al Gobierno la creación de un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atendiera y resolviera con carácter vinculante y ejecutivo las quejas y reclamaciones derivadas de una relación entre consumidores y empresarios, sin perjuicio de la protección administrativa y judicial y de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución. La Constitución ya había consagrado la protección de los consumidores en su artículo 51, añadiendo que los consumidores y usuarios serían protegidos mediante procedimientos eficaces, pero nada hacía suponer que para su defensa se optaría por un sistema basado en el arbitraje.

El 6 de mayo de 1993 era aprobado el primer Reglamento que regulaba el Sistema Arbitral de Consumo. En los años anteriores, las administraciones públicas y las asociaciones de consumidores (bajo el impacto de la intoxicación alimentaria por la colza adulterada) ya habían empezado a “ensayar” su funcionamiento, en lo que se llamó la experiencia piloto.

Han pasado muchos años desde su primera regulación, que ha debido ir adaptándose a los numerosos cambios de la sociedad: la aparición de nuevas formas de contratación, la irrupción de las nuevas tecnologías, la necesidad de adaptación a la regulación comunitaria o el perfil del consumidor son algunos de ellos.

España fue pionera en optar por facilitar a los consumidores el acceso a la justicia, mediante un medio extrajudicial de carácter voluntario, rápido y gratuito que constituye un equivalente jurisdiccional. Por fin, en 2013, fue aprobada una Directiva europea sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo que obliga a los Estados miembros a poner a disposición de consumidores y empresarios medios extrajudiciales de calidad para la resolución de sus litigios.

No piense el lector que se encuentra ante un trabajo académico, tan solo se ha pretendido hacer un análisis del Sistema Arbitral de Consumo desde sus orígenes al momento actual.

1. Antecedentes legales y experiencia piloto

El origen legal del Sistema Arbitral de Consumo (en adelante, SAC) se encuentra en el artículo 51.1 de la Constitución Española (en adelante, CE), que señala: “Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”.

La previsión de un procedimiento garante de la protección de los derechos de los consumidores evidenciaba ya la preocupación por ir más allá de su mero reconocimiento legal de derechos, garantizando su reparación ante posibles vulneraciones porque de nada vale su reconocimiento si no se establece una garantía para su reparación. Casi seis años más tarde fue aprobada la Ley General 26/1984, de 19 de julio, *para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (en adelante, LGDCU), que, en su art. 31, crea un procedimiento basado en el arbitraje para resolver este tipo de conflictos:

“1. Previa audiencia de los sectores interesados y de las asociaciones de consumidores y usuarios, el gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concurra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución.

2. El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito.

3. Los órganos arbitrales estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias.”

La opción por un sistema extrajudicial de solución de conflictos de consumo, basado en el arbitraje, constituyó, sin duda alguna, una sorpresa, por la elección de una figura jurídica de escasa tradición en nuestro país y difícil de entender por la vigencia en ese momento de la Ley de 22 de diciembre de 1953, *por la que se regulaban los arbitrajes de Derecho Privado* (en adelante, LA1953), que en ningún momento se refería al arbitraje administrado o institucional, lo que para algunos autores era la causa principal del retraso español en materia de arbitraje. Así, Moreno Catena¹ señalaba que la LA1953 convertía al arbitraje en un instru-

¹ Moreno Catena, Víctor (1988). Análisis crítico del Proyecto de Ley de Arbitraje. En *Estudios de Derecho Vasco del Arbitraje. Examen crítico de la nueva Ley* (p. 192). I Congreso de Derecho Vasco del Arbitraje, San Sebastián.

mento inservible, en una figura jurídica decorativa y no en algo vivo y fructífero. En el mismo sentido se pronunciaba Cremades, que se refería a la Ley como “verdadero freno para el desarrollo del arbitraje en la vida jurídica española”. Lorca Navarrete llegó a calificarla² “Ley contra el arbitraje”. Lo cierto era que el arbitraje de consumo previsto en el art. 31 LGDCU solo podía ser llevado a cabo por una institución, lo que era incompatible con las prescripciones de la Ley que regulaba el arbitraje en ese momento.

Por fin, la Ley 36/1988, de 5 de diciembre, *de Arbitraje* (en adelante, LA1988), acerca de la cual la doctrina mayoritaria se mostró favorable desde el primer momento, hacía desaparecer el escollo que impedía el cumplimiento del mandato efectuado al Gobierno para el establecimiento del SAC, dando carta de naturaleza al arbitraje institucional y posicionándolo por delante del arbitraje *ad hoc* que, de alguna manera pasaba a ser excepcional. La Ley nacía con vocación de ser el derecho común de todos los arbitrajes y, en el apartado uno de su disposición adicional primera, además de establecer su aplicación supletoria a los arbitrajes previstos en la LGDCU, fijaba ya algunos principios específicos del arbitraje de consumo, entre otros, la no necesidad de protocolizar los laudos, facilitando su ejecución y evitando gastos. Al mismo tiempo, se establecía su carácter gratuito para las partes. En su disposición adicional segunda, la LA1988 establecía que los convenios arbitrales, que recogen el acuerdo de las partes y dan origen al procedimiento, deberían cumplir con los requisitos de validez exigidos por las normas, añadiendo expresamente la necesidad de que fueran claros y explícitos. Asimismo, se señalaba que la negativa del consumidor o usuario a someterse a un convenio arbitral no podría impedir por sí misma la celebración del contrato principal. Esta previsión se incluyó por el temor a que el empresario se negara a contratar si el consumidor no aceptaba el sometimiento al arbitraje de consumo.

Casi dos décadas más tarde, una empresa con numerosas franquicias llegó a un acuerdo con una institución arbitral privada, ajena al SAC, para incluir en las condiciones generales de los contratos celebrados con sus consumidores un convenio arbitral en el que encomendaba a aquella la solución de los conflictos derivados de dichas contrataciones. Ello, como es fácil de intuir, daba lugar a laudos dictados por árbitros carentes de la independencia e imparcialidad necesaria que, además de dar la razón al empresario, imponían a los consumidores desproporcionadas indemnizaciones por incumplimiento de alguna condición. Este hecho

2 Lorca Navarrete, Antonio María (1988). ¿Ejecución de Sentencias arbitrales extranjeras? y ¿Es posible un Derecho vasco del arbitraje? En *Estudios de Derecho Vasco del Arbitraje. Examen crítico de la nueva Ley* (pp. 19 y 25). I Congreso de Derecho Vasco del Arbitraje, San Sebastián.

llevó a incluir en la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, *de mejora de la protección de los consumidores y usuarios*, la prohibición de suscribir convenios arbitrales con los consumidores distintos del arbitraje de consumo antes del surgimiento del conflicto, declarando su nulidad en caso de ser suscritos.

Mientras tanto y, aún pendiente el desarrollo reglamentario del SAC, comenzó una experiencia denominada “piloto”³ con el fin de ir ensayando las previsiones del artículo 31 LGDCU. El Instituto Nacional de Consumo, organismo autónomo de la Administración General del Estado que ostentaba las competencias en esta materia, elaboró unas directrices para comenzar a desarrollar el original ensayo. Y en ese marco, el 20 de mayo de 1986, promovidas por el hoy extinto organismo autónomo, se constituyeron las tres primeras Juntas Arbitrales de Consumo. Las ciudades elegidas para la prueba eran de muy diferente tamaño y características: Madrid, Valladolid y Badalona. Pocos días después, el 27 de mayo, se unió a la experiencia una ciudad pequeña, Huelva, y en los meses posteriores llegó el momento de las comunidades autónomas, comenzando a constituirse juntas arbitrales correspondientes a ese ámbito territorial.

El motivo de elegir el ámbito municipal para la constitución de las primeras Juntas Arbitrales de Consumo era el importante papel que, en materia de defensa de las personas consumidoras, venían desempeñando las Oficinas Municipales de Información al Consumidor, a las que se refería el artículo 14 de la LGDCU, atribuyéndoles funciones de información, formación y asesoramiento, además de la recepción y registro de quejas y reclamaciones destinadas a los organismos o entidades competentes. Su proximidad a las personas consumidoras les hizo desarrollar un papel imprescindible en la consolidación de la protección y defensa de sus derechos, en un momento en que se acababa de aprobar la ley que recogía sus derechos y algunas comunidades autónomas se encontraban en el proceso de transferencia de las competencias constitucionales sobre la materia.

El total de JAC constituidas en ese periodo (1986-1992) ascendió a veintidós. De ellas, solo cuatro tenían ámbito autonómico; una, ámbito provincial; una, adscrita a una mancomunidad de municipios; y las dieciséis restantes, eran de ámbito municipal. Las diferentes administraciones públicas llevaron a cabo numerosas campañas de publicidad e información para la difusión del sistema entre los sectores interesados y empezaron a atender un creciente número anual de solicitudes, que llegó a sobrepasar las 5.000 en el último año y que eran presentadas, en su mayor

3 Balance de la experiencia 1986-1992. Instituto Nacional de Consumo (abril 1992)

parte, a través de asociaciones de consumidores, siendo el importe medio de las reclamaciones de 39.000 pesetas. En esa misma etapa se creó el distintivo de “establecimiento adherido”, similar al actual, que se entregaba a aquellos profesionales o empresas que ofrecían a sus clientes consumidores la posibilidad de resolver sus conflictos a través del arbitraje de consumo y que podía ser exhibido como sello de confianza.

La ilusión y el trabajo de las asociaciones de consumidores y de las organizaciones empresariales resultaron fundamentales para el éxito de la experiencia. No en vano, los órganos arbitrales debían estar integrados por representantes de todos los sectores interesados (consumidores, empresas y administraciones públicas), pero, además, existía una gran ilusión por consolidar el reconocimiento de este tipo de derechos, al tiempo que el movimiento “consumerista” avanzaba con paso firme.

Hay que reconocer la sensibilidad del legislador español al optar por procedimiento extrajudicial de resolución de conflictos de consumo antes de la entrada de España en la entonces Comunidad Económica Europea y antes del primer pronunciamiento formal a favor de este tipo de mecanismos, efectuado en la Resolución del Consejo Europeo de 25 de junio de 1987, sobre el acceso a los consumidores a la justicia y la conveniencia de proporcionar a estos medios adecuados de acceso a la justicia, destacando el importante papel que las asociaciones de consumidores y las instituciones públicas competentes estaban llamados a desempeñar en ese ámbito. En la misma resolución se invitaba a la Comisión a examinar la pertinencia de una iniciativa a nivel comunitario en esa materia, teniendo en cuenta la reciente ampliación de la Comunidad con la incorporación de España, Portugal y Grecia.

El mandato al Gobierno sobre la creación de un Sistema Arbitral de Consumo se cumple con la aprobación del Real Decreto 636/1993, de 3 de mayo, *por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo* (en adelante, R1993), primer reglamento de los tres aprobados hasta el momento que fue “ensayado” antes de su aprobación. Pocos meses después, el 16 de noviembre de 1993, la Comisión presentaba el *Libro Verde de acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único*⁴, que constituía un definitivo impulso sobre la materia y que ponía de manifiesto la dimensión comunitaria de los problemas específicos de las personas consumidoras en el ejercicio de sus derechos.

4 *Libro Verde sobre el acceso de los consumidores a la justicia y solución de conflictos en el mercado único* (1993). Oficina de Publicación de las Comunidades Europeas.

Tras una etapa de establecimiento del principio *pro consumatore*, materializado en un repertorio de disposiciones, se advertía de la insuficiencia del reconocimiento de sus derechos y la necesidad de establecer instrumentos adecuados para garantizar que las personas consumidoras puedan hacer valer sus derechos y reparar el daño producido en el caso de que fueran vulnerados, lo que ya ponía de manifiesto el art. 51 CE. Estas dos fases se dieron tanto a nivel nacional como comunitario, ámbito en el que los problemas de acceso a la justicia son más complicados en los conflictos transfronterizos.

El *Libro Verde sobre acceso de los consumidores a la justicia* se limitaba a hacer un análisis y planteamiento de la situación a nivel comunitario y en cada uno de los Estados miembros. En España, distinguía dos tipos de procedimientos: arbitral y judiciales. Estos últimos podían ser de cognición y de menor o mayor cuantía. En lo que se refiere a los procedimientos extrajudiciales, el *Libro Verde* recogía las prescripciones de la CE, de la LGDCU y del recién aprobado Reglamento del Sistema Arbitral de Consumo, destacando en el propio texto la gratuidad del procedimiento.

En las conclusiones, cabe destacar la petición de la Comisión Europea a los Estados de la necesidad de intensificar la actividad de los diferentes organismos de arbitraje de consumo, intercambiando experiencias y fomentando la creación de otros regímenes de arbitraje voluntarios, de carácter sectorial o regional, haciendo referencia expresa a Alemania, España y Portugal. Estos dos últimos son los únicos Estados que, en el ámbito de la Unión Europea, conservan actualmente el arbitraje como medio extrajudicial principal de conflictos de consumo de todos los sectores, aunque en diversos Estados de la Unión existen instituciones arbitrales para la resolución de conflictos de sectores determinados.

2. Primera regulación. Real Decreto 636/93, de 3 de mayo, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo

El primer Reglamento SAC constaba de diecisiete artículos, recogándose su objeto en su art. 1: la atención y resolución con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes de las quejas y reclamaciones de los consumidores y usuarios, en relación con sus derechos legalmente reconocidos, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y la judicial.

En cuanto a las materias excluidas de su objeto, se establecían las misma previstas en la LA1988: las cuestiones sobre las que hubiera recaído resolución judicial firme y definitiva, salvo los aspectos derivados de su ejecución; las materias inseparablemente unidas a otras sobre las que las partes no tuvieran poder de disposición; y aquellas en las que, con arreglo a las leyes, debiera intervenir el Ministerio Fiscal en representación y defensa de quienes, por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no pueden actuar por sí mismos. A estas causas, vetadas a la resolución de los conflictos de consumo mediante arbitraje, previstas en la LA1988, se añadían las previstas en el art. 31 LGDCU: “aquellas en las que concurran intoxicación, lesión, muerte o indicios racionales de delito”. De esta manera, se impedía a las Juntas Arbitrales de Consumo (en adelante, JAC) la resolución de conflictos que afectaban a la salud. La exclusión se explicaba por la reciente y masiva intoxicación alimentaria del aceite de colza adulterado y no apto para el consumo humano. La exclusión dio origen durante muchos años a la polémica sobre si las responsabilidades civiles nacidas de actos ilícitos, sean o no delitos o faltas, pueden ser objeto de arbitraje. En sentido afirmativo se pronunciaba Álvarez Alarcón, presidente entonces de la Junta Arbitral de Extremadura y Catedrático de Derecho Procesal, quien afirmaba que lo que puede ser objeto de transacción puede serlo también de arbitraje⁵.

El SAC se configura como un arbitraje institucional-administrativo, atribuyéndose su gestión y administración a las JAC. El art. 3 del texto legal se refería a las Juntas Arbitrales y su forma de constitución, sin definir su naturaleza jurídica y recogiendo los diversos ámbitos territoriales que podían tener. En su apartado 1 se recogía la constitución de la Junta Arbitral Nacional de Consumo, adscrita en ese momento al hoy extinto Instituto Nacional de Consumo, atribuyéndosele la competencia para conocer de las solicitudes de arbitraje presentadas, a través de asociaciones de consumidores cuyo ámbito territorial excediera del de una comunidad autónoma, por los consumidores afectados por controversias que superaran dicho ámbito. Este precepto, poco claro, parecía dar a entender que, si una misma controversia afectaba a consumidores residentes en más de una comunidad autónoma, la cuestión habría de ser resuelta por dicha Junta. La interpretación que se adoptó fue que, para que las reclamaciones fueran competencia de la Junta Arbitral Nacional, debían derivar de un idéntico conflicto que afectara a consumidores de más de una comunidad autónoma y ser presentadas a través de asociaciones de consumidores de ámbito supraautonómico (por ejemplo, por disconformidad

5 Álvarez Alarcón, Arturo (1999). *El Sistema Español de Arbitraje de Consumo* (p. 72). Instituto Nacional de Consumo.

con la facturación de un servicio por una empresa). En realidad, lo que se pretendía era atribuir a dicha Junta los conflictos masa, es decir, aquellos cuyo origen estaba en una misma mala praxis. Así, acabó dirimiendo las reclamaciones derivadas por la puesta en marcha de servicios de tarificación adicional, por entonces numeraciones que comenzaban por el prefijo 903 y 906 y que, debido a la falta de información a los consumidores sobre su elevadísimo coste, originó miles de reclamaciones de usuarios que se veían sorprendidos por facturas que llegaban a alcanzar en varios meses más de 500.000 pesetas, creyendo los afectados que tenían el mismo coste que una llamada urbana.

En cuanto a la constitución de las Juntas Arbitrales de inferior ámbito territorial, el apartado 2 del mismo art. 3 señalaba que se llevaría a cabo mediante acuerdos suscritos a través del Instituto Nacional de Consumo con las correspondientes administraciones públicas. Pocos años antes, el Tribunal Constitucional⁶ (TC), en el marco de dos sentencias dictadas en sendos recursos de inconstitucionalidad, había declarado la competencia exclusiva del Estado para la creación de un sistema arbitral de consumo, con base en los títulos competenciales de los arts. 149.1.5 y 6 CE, al ser el arbitraje un equivalente jurisdiccional mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil: la adopción de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada. Además, el TC señaló la evidencia de que la creación de órganos de naturaleza arbitral y el establecimiento de un procedimiento heterocompositivo es materia de la legislación procesal civil, relacionada, en cuanto a los efectos del laudo arbitral y al sistema de recursos, con la Administración de Justicia, tal y como confirma la supletoriedad de la Ley 36/1988 respecto del artículo 31 LGDCU.

El SAC se configura, desde el principio, como voluntario y unidireccional, de forma que la solicitud solo puede ser presentada por un consumidor final (recuérdese que el término incluye también al usuario). En el momento de aprobación del R1993, el art. 1 LGDCU definía a los consumidores como las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.

Se preveía en el Reglamento la mediación previa, que sería llevada a cabo por la Junta, con carácter previo al inicio del procedimiento arbitral, en un intento último de solución entre las partes. A lo largo del procedimiento, estas mantenían su pro-

6 STC 15/1989, de 26 de enero y STC 62/1991, de 22 de marzo.

tagonismo, al poder ser invitadas por el colegio arbitral a alcanzar un acuerdo conciliatorio antes de dictarse el laudo. Durante muchos años, como más adelante se expondrá, la mediación no era un procedimiento formal, denominándose como tal a la mera invitación a las partes a obtener un acercamiento de posturas con el fin de alcanzar una solución al conflicto surgido. Esa labor era desempeñada por las Juntas Arbitrales o por las Oficinas Municipales de Información al Consumidor (en adelante, OMIC) que tanto trabajaron para difundir el SAC y que fueron el soporte para ponerlo en marcha.

Respecto al convenio arbitral de consumo, que daba origen al procedimiento y en el cual las partes debían manifestar su voluntad de que el conflicto fuera resuelto mediante arbitraje, el Reglamento solo hacía mención de su perfeccionamiento por la concurrencia de la solicitud de arbitraje y de la oferta pública del empresario de sometimiento o adhesión al arbitraje, sin añadir prescripción alguna. La oferta de adhesión debía ser formulada por escrito o por cualquier otro medio de comunicación y se establecía, como contenido mínimo, la indicación de su ámbito y plazo de validez, entendiéndose realizada por tiempo indefinido en caso de no constar otro plazo. Esta sucinta referencia al ámbito de la oferta dio lugar al debate o reflexión colectiva acerca de si la referencia al ámbito de la oferta podía interpretarse como la posibilidad de que el empresario incluyera algún tipo de limitaciones, de modo que excluyera de su ámbito determinados conflictos, debido a su cuantía o al tipo de producto o servicio. Otra posible limitación era la exclusión de algunas JJAA, generalmente de ámbito municipal, de su intervención en el conocimiento y resolución de los conflictos de la empresa. Las grandes empresas de telecomunicaciones fueron las primeras en incluir limitaciones, ya fuera por razón de la cuantía de la reclamación, de la antigüedad de la factura o por referirse a su responsabilidad civil.

El resultado, no unánime del debate, fue la admisión de la inclusión de limitaciones en las ofertas de adhesión. Uno de los problemas que generó la admisión de limitaciones fue la confusión que podía inducirse en los consumidores al existir un único distintivo de adhesión, lo que les llevaba a desconocer, en el momento de la contratación o de surgimiento del conflicto, si su reclamación era susceptible de resolución por una Junta Arbitral. Ello cobraba relevancia por el aludido alto porcentaje de reclamaciones de las empresas de telecomunicaciones que incluían esas limitaciones, debido, de un lado, a la aludida irrupción de la telefonía móvil y de internet (y, por consiguiente, de la aparición de nuevos tipos de contratos) y, de otro, por el derecho que se establecía en sus normas reguladoras⁷ de acudir a las

⁷ Real Decreto 1486/1994, de 1 de julio, *por el que se aprueba el Reglamento técnico y de prestación del servicio de telecomunicación de valor añadido de telefonía móvil automática.*

Juntas Arbitrales de Consumo, lo que en la práctica hacía que las grandes empresas se adhirieran al sistema en el momento del inicio de su actividad.

Los órganos decisores de los conflictos debían estar siempre integrados por tres árbitros, que actuaban de forma colegiada, representando cada uno de ellos a los sectores interesados: Administración pública, asociaciones de consumidores y organizaciones empresariales. La presidencia del colegio arbitral había de recaer siempre en personal al servicio de la Administración y las decisiones eran adoptadas por unanimidad en la práctica totalidad de los casos.

El procedimiento arbitral propiamente dicho, en el que las partes podían actuar por sí mismas o representadas, comenzaba con la designación del colegio arbitral y debía ajustarse a los principios de audiencia, contradicción, igualdad entre las partes y gratuidad. Si los principios fueran vulnerados, se podría interponer una acción de nulidad del laudo arbitral para hacerlos valer.

No se incluía ninguna referencia a la posibilidad de admitir que el empresario reclamado formulara reconvencción. La forma de presentación de la solicitud habría de ser escrita, pero se preveía la utilización de medios electrónicos, informáticos o telemáticos, siempre que se garantizara su autenticidad. Como se ha apuntado antes, no se definía la naturaleza jurídica de las Juntas y la posibilidad de presentación electrónica de las solicitudes o de cualquier otra documentación no estaba prevista en ninguna norma administrativa hasta la aprobación de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas* (en adelante, LPACAP). La LA1988, vigente en ese momento, tampoco contenía referencia alguna a la utilización de medios electrónicos. Precisamente, el escaso contenido del Reglamento permitió, a quienes administraban el arbitraje de consumo, ir poco a poco explorando este novedoso mecanismo y consolidando su implantación, aunque surgían constantemente dudas, debates y diferentes interpretaciones sobre cualquier cuestión.

El conflicto podía ser resuelto en derecho o en equidad, según el saber y entender de los árbitros, siendo de aplicación supletoria lo dispuesto en el art. 4 de LA1988, que daba preferencia al arbitraje de equidad, salvo que las partes hubieran optado expresamente por la resolución en derecho.

Aún vigente el R1993, es aprobada Ley 60/2003, de 23 de diciembre, *de Arbitraje*, que es de aplicación supletoria al SAC y que abandona, con carácter general, la preferencia por el arbitraje de equidad, de aplicación siempre en el arbitraje de consumo.

El plazo para dictar el laudo se fijaba en un máximo de cuatro meses desde la designación del colegio arbitral, pudiendo ser prorrogado por acuerdo de las partes, comunicado antes de la expiración de dicho plazo.

3. La etapa de consolidación del SAC.

Segunda regulación: Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, *por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*

Los intensos debates originados entre los responsables técnicos de las diferentes Juntas Arbitrales de Consumo, motivados en gran parte por la sucinta regulación del primer Reglamento, hicieron que en la disposición final sexta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, *de mejora de la protección de los consumidores y usuarios* (Ley de mejora) que modificaba la LGDCU, se mandara al Gobierno, para que en el plazo de un año, desde su entrada en vigor, se dictara una nueva regulación del SAC, señalando, expresamente, que debería regularse el arbitraje virtual. Esta previsión tenía su origen en la referencia, en la Exposición de Motivos de la Ley de Arbitraje, a la posibilidad de utilización de las nuevas tecnologías en cualquier actuación del procedimiento y a la previsión del desarrollo de la totalidad del procedimiento arbitral en soporte informático, electrónico o digital, previo acuerdo de las partes.

En la misma disposición, se anticipaba la posibilidad de impugnación, ante la Junta Arbitral Nacional, de las resoluciones de admisión e inadmisión dictadas por Juntas de inferior ámbito territorial, sin concretar la naturaleza de la reclamación o recursos. Pero el cambio más importante era el previsto en el apartado tercero, que abandonaba el carácter tripartito de los colegios arbitrales de consumo, adoptado por la LGDCU, señalando que, reglamentariamente, se establecerían los supuestos en los que un árbitro único podría resolver los conflictos.

La nueva y extensa regulación fue aprobada por el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, *por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo* (en adelante, R2008), incorporándose el resultado de las diferentes interpretaciones y debates del anterior Reglamento. En su preámbulo se mencionaba de forma expresa la necesidad de evitar la disgregación del sistema ante los pronunciamientos dispares que se venían sucediendo. Igualmente, debía adecuarse a la Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, *de Arbitraje* (en adelante, LA).

Sin embargo, la principal preocupación del legislador parecía coincidir con las reivindicaciones de los técnicos de las JAC, estableciéndose un desarrollo minucioso de cuestiones identificadas como ausentes o insuficientemente reguladas en el R1993, introduciendo numerosas previsiones que, con el paso del tiempo, unas se han considerado acertadas y otras, solo han generado expectativas frustradas, como es el caso del arbitraje colectivo.

Con el fin al de garantizar el funcionamiento integrado del sistema se estableció una nueva organización del SAC, creándose dos nuevas instituciones: la Comisión de Juntas Arbitrales y el Consejo General del Sistema Arbitral. La Comisión se configuró como un órgano de carácter colegiado, adscrito al Instituto Nacional de Consumo a través de la Junta Arbitral Nacional, atribuyéndosele el establecimiento de criterios homogéneos para todas las JAC, a través de la emisión de informes, dictámenes y recomendaciones. Igualmente, debía elaborar el informe final para la admisión de ofertas limitadas de adhesión y la resolución de recursos frente a las resoluciones de admisión o inadmisión dictadas por las Juntas Arbitrales. La creación de esta Comisión es, quizás, uno de los mayores aciertos de la modificación por su labor consultiva y armonizadora de las decisiones arbitrales, salvaguardando siempre la independencia e imparcialidad de los árbitros en su función decisora.

No pudo considerarse exitosa la actividad del Consejo General, adscrito igualmente al extinto Instituto Nacional del Consumo y concebido como órgano de representación y participación, cuyo legado se limitó a la elaboración de unas directrices o criterios generales a los que habrían de sujetarse las Juntas o la Comisión de Juntas. En concreto, el Consejo adoptó tres documentos: el primero, referido al establecimiento de criterios de honorabilidad y cualificación para la acreditación de los árbitros; el segundo, sobre la creación de órganos arbitrales especializados; y el tercero, el más relevante, en el que establecían los supuestos de admisión de ofertas limitadas de adhesión, a los que habría de ajustarse la Comisión y en los que se fijaban una serie de criterios comunes y especializados para la admisión de limitaciones de las ofertas de adhesión que afectaban a la cuantía del conflicto, a las ramas de actividad de las empresas o a las Juntas que actuaban en un ámbito territorial determinado.

El motivo principal que frustró las ambiciosas expectativas que había despertado la creación del Consejo fue su pretenciosa y numerosa composición. Un presidente, un vicepresidente y hasta veinte consejeros (representantes de administraciones públicas, consumidores, empresarios, Consejo General de la Abogacía

y otras instituciones) hacían difícil, no ya su funcionamiento y el desarrollo de su actividad, sino la dificultad de asegurar su *quorum* en su convocatoria. Por esa razón y por otras diferentes, el Consejo solo se ha reunido en dos ocasiones, el día de su constitución, en el año 2009 y, posteriormente, en 2019, año en que se procedió a su renovación.

Se mantuvieron en este Reglamento las mismas exclusiones de las materias que pueden ser objeto de arbitraje de consumo, aunque en la nueva norma se remitía a lo previsto en la LA, que considera excluidos los conflictos que no versen sobre materia de libre disposición conforme a derecho, a las que hay que añadir los conflictos que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquellos en que existan indicios racionales de delito, excluyendo expresamente la responsabilidad por daños y perjuicios directamente que pudiera derivarse de ellos.

Se configuró, por fin, la actividad de las Juntas como administrativa, aplicándose de forma supletoria lo previsto en la entonces vigente Ley 30/1992, de 26 de noviembre, *de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, y posteriormente en la vigente LPACAP. La naturaleza administrativa de las Juntas conllevó importantes cambios, especialmente en la forma de efectuar las notificaciones y en la impugnación de las resoluciones dictadas por las personas titulares de las presidencias de dichas Juntas, cuyos actos ponen fin a la vía administrativa, excepto en algunas causas de las resoluciones de admisión o inadmisión a trámite de las solicitudes de arbitraje, que eran susceptibles de ser impugnadas ante la Comisión de Juntas Arbitrales de Consumo, órgano colegiado de naturaleza administrativa.

Se reguló de forma detallada el perfeccionamiento del convenio arbitral y se introdujo, expresamente, la posibilidad de que los empresarios limitaran sus ofertas de adhesión. Estas limitaciones solo podían ser admitidas según los criterios establecidos por el Consejo General, y solo en los supuestos de empresas que desarrollaran su actividad en sectores que presentaran un importante número de consultas y reclamaciones y no existiera una suficiente implantación del Sistema, exigiéndose informe favorable de la Comisión de Juntas. Con ello se perseguía la finalidad de captar adhesiones en sectores empresariales reticentes al arbitraje, posibilitando a los consumidores la resolución de sus controversias con este tipo de empresas. En estos casos, se establecía que en el distintivo de adhesión que se concediera a los empresarios debería constar, de forma clara y explícita, que se trataba de una oferta limitada, pudiendo incluso negarse el derecho a la concesión del distintivo si las limitaciones eran de gran calado. Esto permitía que los consumidores,

que ya percibían el distintivo como un sello público de confianza en el empresario pudieran conocer antes de la contratación las limitaciones incluidas, evitando así cualquier confusión.

Otra de las innovaciones introducidas, de gran utilidad para la crisis económica que ya se había iniciado en el Estado, fue la previsión en su art. 19, ya anunciada en LMAPC, de designar, en supuestos limitados, un árbitro único para resolver el conflicto. Dicho árbitro debía pertenecer a la Administración, salvo que las partes, de común acuerdo, solicitaran por razones de especialidad del conflicto que la designación recayera en otro árbitro acreditado, designado por una asociación empresarial o por una organización de consumidores. Así, se ponía fin al carácter tripartito de los órganos decisores del conflicto. Un árbitro único podía ser designado siempre que existiera acuerdo de las partes o cuando la persona titular de la presidencia de la Junta así lo decidiera, limitándose este supuesto a conflictos en los que la cuantía reclamada fuera inferior a 300 euros y concurriera en el asunto falta de complejidad. El legislador, para equilibrar el significativo cambio, contempló la oposición de las partes al nombramiento de un árbitro único, sin concretar si la oposición debía ser de ambas o era suficiente con una de ellas, determinando que, en ese caso, se procedería a designar un órgano colegiado. En la práctica y, ante la frecuente oposición de las empresas a la designación de un árbitro único, la interpretación mayoritaria de los técnicos de las Juntas concluyó con la exigencia de la oposición de las dos partes.

También se contemplaban en este Reglamento la abstención y recusación de los árbitros, que no se diferenciaban mucho de lo previsto en la LA, salvo la obligación del árbitro en el que concurriera la titularidad de la presidencia de la Junta de aceptar la recusación y la potestad del presidente de la Junta Arbitral de revisar la negativa de cualquier otro árbitro a ser recusado.

Los cambios introducidos en el procedimiento no fueron especialmente significativos, aunque sí lo fue la admisión de la reconvencción del empresario, tantas veces rebatida con el argumento del carácter unidireccional del arbitraje de consumo, pero admitida⁸ por la doctrina mayoritaria y por la jurisprudencia. En ese sentido se pronunció la SAP de Navarra de 24 de diciembre de 1996 con motivo de la impugnación de un laudo dictado en un procedimiento arbitral de consumo, considerando que la relación contractual era única y no podía ser objeto de arbitraje el derecho de una de las partes y no el de la contraria al que se encuentra

8 Álvarez Alarcón, Arturo. *El Sistema Español de Arbitraje de Consumo*. P.288.1999. Instituto Nacional de Consumo.

firmeramente ligado. En el mismo sentido se pronunció, años después, la SAP de Castellón, dictada el 14 de noviembre de 2001 en que se señala que, la reclamación inicial del consumidor y la posterior reconvencción de la empresa reclamada solicitando el pago de lo adeudado proceden como resulta incuestionable de una misma causa, por lo que no cabe albergar duda alguna acerca de la procedencia de la reconvencción planteada. La reconvencción podría plantearse en cualquier momento antes de la finalización del trámite de audiencia y los árbitros deberían decidir sobre ella, otorgándole al consumidor un plazo de alegaciones para garantizar el principio de igualdad y contradicción.

Por último, hay que hacer referencia a la regulación del arbitraje colectivo, hoy desaparecido en el vigente Reglamento del SAC, aprobado en 2024. Hay que reconocer la valiente e innovadora iniciativa de regular un procedimiento basado en el arbitraje para la cesación de conductas contrarias a la ley, así como para la reparación de los intereses colectivos lesionados de los consumidores y usuarios, que afectaban a un número determinado o determinable de estos. Desafortunadamente, la iniciativa fracasó. El legislador estableció la aceptación expresa del arbitraje colectivo por parte de las empresas reclamadas y responsables de los hechos, sin que pudiera tenerse en cuenta para ello la existencia de una oferta de adhesión al SAC para la solución de los conflictos individuales. El procedimiento podía ser iniciado de oficio o a instancia de una asociación de consumidores y, tras la aceptación de la empresa se procedía a hacer un llamamiento a los afectados mediante la publicación de un anuncio en el diario oficial correspondiente al ámbito territorial del conflicto. Ningún procedimiento de arbitraje colectivo fue llevado a cabo, aunque sí se recibió en la Junta Arbitral Nacional una solicitud dirigida a una empresa que, desde 1993, mantenía vigente su oferta de adhesión al SAC. La repercusión económica para la aludida empresa era perfectamente determinable y no muy significativa para el volumen de su actividad, pero el miedo a un procedimiento desconocido y, probablemente, a la apertura de una nueva vía, fácilmente accesible, de reparación de los intereses colectivos de los consumidores, hizo que la empresa reclamada rechazara la solicitud.

Cinco años después de la entrada en vigor del Reglamento, se aprobaba la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, (Directiva ADR), relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo, con el fin de garantizar a los consumidores que lo desearan, la presentación de reclamaciones ante entidades que ofrecieran procedimientos de resolución alternativa de litigios nacionales y transfronterizos de consumo, que cumplieran los requisitos de calidad establecidos.

Comenzaba así una nueva etapa para el SAC, en la que los Estados miembros de la Unión Europea venían obligados a poner a disposición de los consumidores medios extrajudiciales de resolución de litigios de consumo que acreditaran el cumplimiento de una serie de requisitos.

4. La Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, *relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo* y su incorporación al ordenamiento jurídico español en la Ley 7/2017, de 2 de noviembre

Los antecedentes más remotos de la Directiva 2013/11/UE⁹ del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, *relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo* (en adelante, DADR) se remontan, como se ha referido anteriormente, a la Resolución del Consejo de 25 de junio de 1987, dedicada exclusivamente al acceso de los consumidores a la justicia, en la que se invitaba a la Comisión a ampliar algunos análisis anteriores sobre el tema. La Comunicación sugería tres elementos para el análisis de la evaluación de las barreras que podrían obstaculizar el acceso de los consumidores a la justicia: el tiempo, el coste y la eficacia. El *Libro Verde de acceso a la Justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único*, adoptado en noviembre de 1993, concluía reconociendo las posibilidades ofrecidas por la resolución alternativa de litigios como medio de conseguir una solución extrajudicial sencilla, rápida y asequible para los litigios de consumo. Varios años después, la Comisión Europea adoptó dos recomendaciones en las que se recogían los principios a los que deberían sujetar su actividad los órganos responsables de resolver los conflictos. En primer lugar, se adoptó la Recomendación 98/257, de 30 de marzo de 1998¹⁰, *relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo* que propusieran o impusieran una solución y, tres

9 DIRECTIVA 2013/11/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 21 de mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento n.º 2006/2004 y Directiva 2009/22/CE (Directiva sobre resolución alternativa de litigios en materia de consumo), DOUE n.º 165, de 18 de junio de 2013, pp. 63 a 79.

10 98/257/CE. Recomendación de la Comisión de 30 de marzo de 1998 relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo. Diario Oficial n.º L 115 de 17/04/1998, p. 0031 0034

años más tarde, la Recomendación de la Comisión, de 4 de abril de 2001¹¹, *relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios*. Sin embargo, las recomendaciones no fueron suficientes para garantizar, en todas las áreas geográficas y sectoriales de la Unión Europea, el acceso de los consumidores a entidades que ofrecieran ese tipo de procedimientos.

El 13 de abril de 2011, la Comisión en una Comunicación¹² titulada *Acta del Mercado Único. Doce prioridades para estimular el crecimiento y reforzar la confianza*, identificó la legislación sobre resolución alternativa de litigios, incluida la dimensión del comercio electrónico, como una de las doce medidas prioritarias para estimular el crecimiento, reforzar la confianza y avanzar en la realización del mercado único. El objetivo señalado era la garantía de la puesta en marcha de vías de recurso extrajudiciales que, además de posibilitar una solución fácil, rápida y barata para los consumidores, permitiera preservar las relaciones de las empresas con su clientela.

Para alcanzar la finalidad recogida en las comunicaciones y recomendaciones señaladas, fue aprobada la DAR, que obliga a los Estados miembros a facilitar el acceso a los consumidores a procedimientos de resolución alternativa, garantizándoles que, siempre que en este tipo de litigios esté implicado un comerciante establecido en su territorio, puedan acceder a entidades que cumplan los requisitos establecidos. Los Estados miembros, señala su Considerando 24, pueden cumplir con la obligación impuesta, basándose en entidades de resolución alternativa existentes que funcionen correctamente, ajustando su ámbito de aplicación, si es necesario, o previendo la creación de nuevas entidades de resolución alternativa.

En el art. 2 la Directiva recoge su ámbito de aplicación: los procedimientos de resolución extrajudicial de litigios nacionales y transfronterizos, relativos a obligaciones contractuales derivadas de contratos de compraventa o de prestación de servicios entre un comerciante establecido en la Unión y un consumidor residente en la Unión, mediante la intervención de una entidad de resolución alternativa de litigios que propone o impone una solución o que reúne a las partes con el fin de facilitar una solución amistosa. Dichos procedimientos podrán ser, como se prevé en el art. 1, de carácter voluntario u obligatorio, permitiéndose que la legislación

11 2001/310/CE. Recomendación de la Comisión, de 4 de abril de 2001, relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo Diario Oficial n° L 109 de 19/04/2001, p. 0056 - 0061

12 Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Bruselas.

nacional obligue a las partes en conflicto a participar en este tipo de procedimientos, siempre que no se les impida ejercer su derecho de acceso a la vía judicial. En el mismo art. 2 se señalan algunos tipos de procedimientos excluidos de su ámbito de aplicación: los servicios de reclamaciones gestionados por el empresario reclamado, los litigios entre comerciantes, los servicios no económicos de interés general, los procedimientos iniciados por un comerciante contra un consumidor, la negociación directa entre el consumidor y el comerciante y los intentos realizados por un juez para resolver un litigio en el marco de un procedimiento judicial relativo a dicho litigio. Sin embargo, en el caso de procedimientos llevados a cabo por entidades en que las personas decisoras del conflicto estén empleadas o sean retribuidas exclusivamente por el empresario o comerciante, la Directiva deja a los Estados la posibilidad de incluirlos, siempre que cumplan los requisitos específicos y reforzados de independencia y transparencia previstos. Se trataba con ello de dar cabida a los tradicionales mediadores de empresa de Francia, país que expuso a lo largo de su tramitación ciertas reticencias a que fueran admitidos mecanismos que finalizaran con decisiones vinculantes y que impidieran el acceso a la vía judicial como era el caso del arbitraje de consumo en España y Portugal.

La DADR deja libertad a los Estados para decidir sobre la admisión de procedimientos que impongan una solución a las partes, pero en su art.7.1 establece obligaciones adicionales de información sobre dichos procedimientos. Esta información debe ser ofrecida de forma clara y comprensible para garantizar el principio de transparencia. Igualmente, se establece la obligación de informar a las partes sobre la posibilidad de retirarse del procedimiento, del efecto jurídico del resultado del procedimiento y, si procediera, de la fuerza ejecutiva de la decisión adoptada.

La definición de consumidor es recogida en su art.4, considerando como tal a toda persona física (se excluye de forma implícita a las personas jurídicas) que actúe con fines ajenos a sus actividades comerciales o empresariales, a su oficio o a su profesión.

Las entidades de resolución alternativa tendrán que ajustar su actividad a los principios de transparencia, eficacia, equidad, libertad de las partes y legalidad, señalando la obligatoriedad de aplicar el derecho imperativo vigente en el Estado donde tenga su residencia el consumidor cuando se trate de conflictos transfronterizos.

Los requisitos de calidad se exigen a las entidades, a sus procedimientos y a los órganos decisores de los conflictos. Comprobados estos requisitos, las autoridades

des competentes del Estado donde se encuentren establecidas las entidades, deberán resolver sobre su adecuación y acreditación. A continuación, las entidades acreditadas serán notificadas a la Comisión Europea para su difusión entre consumidores y comerciantes de la Unión. Cuando existan varias autoridades competentes en un mismo Estado, como es el caso de España (Dirección General de Consumo de la Administración General de Consumo, Ministerio de Economía, Ministerio de Fomento y Agencia Catalana de Consumo), actuará un único punto de contacto en cada Estado miembro, en concreto el Ministerio con competencias en materia de consumo, mantendrá un listado que incorpore todas las acreditaciones efectuada por todas las autoridades competentes y notificará todas las acreditaciones a la Comisión Europea con el fin de que sus datos sean incorporados a un listado único de ámbito comunitario. Por su parte, cada autoridad competente mantendrá actualizado su propio listado.

El art 8.2.e) se refiere al principio de eficacia y establece el plazo de los órganos decisores para resolver los conflictos en noventa días naturales, contados desde la fecha en que la entidad de resolución alternativa haya recibido el expediente completo de reclamación. En caso de litigios de índole particularmente compleja, la entidad de resolución alternativa responsable podrá, si lo considera oportuno, ampliar el citado plazo.

La DADR fue incorporada al ordenamiento jurídico español por la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, *relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo* (en adelante, LRAL). El legislador optó en su transposición por dar cabida a la acreditación de cualquier entidad que cumpliera con los requisitos exigidos, ya sea de naturaleza pública o privada, al contrario de otros Estados que se limitaron a cumplir el mandato europeo restringiendo la posibilidad de acreditación a las entidades que venían asumiendo tal actividad. En su ámbito de aplicación, haciendo uso del poder de decisión que le otorgaba la DADR, no se incluyeron los procedimientos llevados a cabo por entidades cuyos órganos de decisión fueran retribuidas o empleadas por la empresa reclamada, pero sí, obviamente las entidades cuyos procedimientos imponen a las partes una decisión.

España contaba ya con el SAC para poder dar respuesta a la obligación de facilitar el acceso de consumidores y comerciantes a entidades de resolución alternativa que la DADR le imponía, por lo que solo habría que proceder a pequeños ajustes en el R2008, vigente en ese momento. Y así se hizo en la disposición final sexta de la LRAL, con el fin de ajustar a la norma comunitaria tanto los plazos de admisión a trámite de las solicitudes de arbitraje como de emisión del laudo.

Nada más aprobarse la LRAL, las Juntas Arbitrales de Consumo empezaron a ser acreditadas por la autoridad competente designada para ello, prevista en su art. 27 y posteriormente notificadas a la Comisión Europea. Actualmente, han sido acreditadas por la Dirección General de Consumo, como autoridad competente, la totalidad de las sesenta JAC constituidas y tres entidades privadas. Por su parte, la Agencia Catalana de Consumo, como autoridad competente, ha reconocido la acreditación a su Área de Resolución Alternativa de Litigios, y, por parte del Ministerio de Fomento, ha sido acreditada la Agencia Estatal de Seguridad Aérea (AESA) para la resolución de algunos tipos de conflictos de los pasajeros aéreos.

Dado que el SAC puede conocer de reclamaciones de todos los sectores económicos, el Estado español cumple así con la obligación de poner a disposición de consumidores y empresarios un procedimiento de resolución alternativa de calidad, independiente, imparcial y gratuito, aunque, en realidad, la cobertura de los conflictos surgidos en algunos sectores, especialmente en el sector financiero, sigue siendo una mera posibilidad, que nunca llega a hacerse realidad por la falta de aceptación de los empresarios.

En el trámite de elaboración de la LRAL ya quedó clara la intención de que algunos sectores económicos contaran con sus propias entidades, ajenas al SAC. Y así, en las disposiciones adicionales primera y segunda de la Ley RAL se optó, respectivamente, por la creación de entidades específicas para la resolución alternativa de conflictos en el ámbito de la actividad financiera y en el de la protección de los usuarios del transporte aéreo, señalándose como autoridades competentes específicas para su acreditación, el Ministerio de Economía y el Ministerio de Fomento, respectivamente.

En el ámbito financiero se prevé, en la Disposición adicional primera de la LRAL, la creación por ley de una única entidad, aunque deja la posibilidad de que las partes, de común acuerdo y voluntariamente, puedan recurrir a cualquier entidad acreditada que dé cobertura a reclamaciones de consumo de todos los sectores económicos, como es el caso de las JAC. Hay que señalar que esta posibilidad no perturbaba nada la decisión de crear una entidad específica para el sector, porque solo en un insignificante número de casos y en los comienzos del SAC, las Juntas Arbitrales han conocido de conflictos de este sector. El plazo que se señalaba para que el Gobierno remitiera a las Cortes Generales un proyecto de ley que regulara el sistema institucional de protección del cliente financiero era de ocho meses desde la entrada en vigor de la LRAL. Sin embargo, doce años después, los consumidores afectados por conflictos del sector financiero siguen sin disponer de una entidad que cumpla los requisitos exigidos para el acceso a

la resolución de conflictos, y el Estado español sigue sin dar cumplimiento a dicha obligación o, para ser más exacto, los consumidores afectados por conflictos de ese sector cuentan con la posibilidad, que siempre se verá frustrada por la no aceptación del empresario, de acudir a las JAC.

Como excepción, hay que señalar algunos casos aislados en que ciertas compañías de seguros aceptaron el arbitraje solicitado por un usuario, y los procedimientos llevados a cabo en 2013 y 2014 para la resolución de conflictos derivados de la comercialización de participaciones y preferentes por algunas entidades financieras. La Junta Arbitral Nacional de Consumo conoció de más de 150.000 solicitudes de arbitraje dirigidas contra Bankia, en procedimientos en los que, tras la revisión de la contratación y de la información suministrada al contratante, la entidad aceptaba resolver la reclamación mediante arbitraje de consumo. El proceso duró poco más de un año, en el que intervinieron como árbitros únicos abogados del Estado y técnicos de consumo con formación jurídica. Los afectados, una vez obtenido el laudo favorable, pudieron canjear el importe de su inversión por acciones de la entidad y optar en ese mismo momento por la venta de las acciones entregadas en el canje, recuperando el dinero invertido con pequeñas quitas.

El 19 de marzo de 2024 fue aprobado en Consejo de Ministros el *Proyecto de Ley por el que se crea la Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero*, en el que se regula un sistema de resolución extrajudicial de conflictos sencillo, ágil, eficaz, imparcial y gratuito, solo para los clientes, siendo para estos de carácter voluntario y alternativo a la jurisdicción civil.

Según establece el art. 3 del Proyecto, remitido al Congreso, la ley será de aplicación a las reclamaciones dirigidas a entidades financieras para la restitución o reparación de los intereses de clientes, cuando estos pudieran haber sido vulnerados en la prestación de un servicio, o en la contratación de un producto financiero, como consecuencia de incumplimientos de las normas de conducta, de las buenas prácticas y usos financieros establecidos por las autoridades de supervisión o por la aplicación de cláusulas contractuales declaradas como abusivas por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, por una sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea o por una sentencia firme inscrita en el Registro de Condiciones Generales de Contratación. Las exclusiones aparecen recogidas detalladamente en el mismo art.3, citado al principio de este párrafo.

Las decisiones tendrán carácter vinculante para las partes exclusivamente cuando versen sobre incumplimientos sobre normativa de conducta o se refieran a cláusulas

las abusivas y el importe reclamado sea inferior a 20.000 euros. Si la cuantía fuera superior o la reclamación se refiriera a otras materias diferentes, la resolución no tendrá carácter vinculante. En ningún caso serán vinculantes las resoluciones dictadas sobre buenas prácticas y usos financieros o las dictadas en reclamaciones que no tengan carácter económico y se aprecie una vulneración de los derechos de los clientes reconocidos en la normativa de conducta o en los códigos de autorregulación de adhesión voluntaria por parte de las entidades reclamadas. Las resoluciones vinculantes tendrán naturaleza administrativa, no siendo susceptibles de recurso de reposición.

Mientras el proyecto de ley no sea aprobado, tras lo cual la autoridad administrativa independiente deberá ser acreditada y comunicada por la autoridad competente (en este caso, el Ministerio de Economía a la Comisión Europea), los consumidores tienen la posibilidad de acudir a los servicios de reclamaciones previstos en el art. 30 de la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, *de Medidas de Reforma del Sistema Financiero*, desarrolladas por Orden ECC/2502/2012, de 16 de noviembre, *por la que se regula el procedimiento de presentación de reclamaciones ante los servicios de reclamaciones del Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones*. Las reclamaciones atendidas se limitan a aquellas en que los usuarios pretendan obtener la restitución de su interés o derecho y que se concreten en hechos referidos a acciones u omisiones de las entidades financieras reclamadas que supongan para quien reclama un perjuicio para sus intereses o derechos y siempre que deriven de presuntos incumplimientos por las entidades, de la normativa de transparencia y protección de la clientela o de las buenas prácticas y usos financieros. El procedimiento finaliza con la emisión de un informe motivado de carácter no vinculante, no pudiendo ser objeto de impugnación.

Por su parte, mediante Orden TMA/201/2022, de 14 de marzo, se ha regulado el procedimiento de resolución alternativa de litigios de los usuarios de transporte aéreo sobre determinados derechos reconocidos en el ámbito de la Unión Europea. La entidad acreditada y notificada a la Comisión Europea para conocer de los asuntos es la Agencia Estatal de Seguridad Aérea, que limita su competencia a la resolución de conflictos derivados de la aplicación de los Reglamentos CE 261/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de febrero de 2004, por los que se establecen normas comunes sobre compensación y asistencia a los pasajeros aéreos en caso de denegación de embarque y de cancelación o gran retraso de los vuelos y se deroga el Reglamento CEE 295/1991; y CE 1107/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, sobre derechos de

las personas con discapacidad o movilidad reducida en el transporte aéreo. Las decisiones adoptadas tras el procedimiento extrajudicial seguido, acerca de cuya naturaleza no se pronuncia la Orden, son vinculantes para las compañías aéreas, pero no para los pasajeros, que podrán ejercer las acciones civiles que procedan contra la compañía reclamada. Para el resto de las reclamaciones, los consumidores deberán acudir a la vía judicial o bien al SAC, aunque las posibilidades de aceptación del arbitraje por las compañías aéreas son remotas.

5. Real Decreto 713/2024, de 23 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que regula el Sistema Arbitral de Consumo

Mediante el Real Decreto 713/2024, de 23 de julio, fue aprobado el Reglamento que regula en la actualidad el Sistema Arbitral de Consumo (en adelante, RSAC). Su adopción se justifica por la necesidad de adaptación de la regulación a lo dispuesto en las LPACAP, DADR y la LRAL.

En el preámbulo del Real Decreto se hace referencia a la obligación de las Juntas Arbitrales de solicitar su acreditación ante la autoridad competente, que comprobará el cumplimiento de los requisitos exigidos por la LRAL a las entidades de resolución alternativa, a sus procedimientos y a los órganos responsables de la solución de los litigios. Esta obligación ya había sido incluida en la renovación de sus convenios de constitución, firmados en 2020 y 2021, para su adaptación a lo previsto en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

En la disposición final segunda RSAC se recoge la aplicación supletoria al procedimiento arbitral de consumo a todas las actuaciones llevadas a cabo por los órganos arbitrales de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, *de Arbitraje*; Ley 39/2015, de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*; y Ley 40/2015, de 1 de octubre, *de Régimen Jurídico del Sector Público*. Las normas administrativas serán de aplicación a la actividad de las Juntas en todo lo no previsto en el RSAC, dada su naturaleza de órganos administrativos.

El eje central de la nueva norma es, sin duda alguna, la desaparición de las ofertas limitadas de adhesión al SAC y la obligación del empresario adherido de exhibir el distintivo concedido, exhibición que, hasta el momento de aprobación del vigente

Reglamento, se configuraba como un derecho. Desaparece también la regulación del arbitraje electrónico, por innecesaria, y del arbitraje colectivo, que nunca pudo ser llevado a cabo, como se ha referido anteriormente. Este último podía haberse recuperado en la transposición de la Directiva UE 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2020, *relativa a las acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores* y por la que se deroga la Directiva 2009/22/CE que obliga a los Estados miembros a garantizar, al menos, un mecanismo procesal que permita a las entidades habilitadas ejercitar acciones de representación para obtener tanto medidas de cesación como medidas resarcitorias que cumplan la presente Directiva. Finalmente, el proyecto de ley de transposición de la citada Directiva, cuyo texto tuvo entrada en el Congreso en marzo de 2025, tras su retirada del entonces Proyecto de Ley Orgánica de Eficiencia Procesal, opta exclusivamente por un nuevo procedimiento judicial para el ejercicio de acciones colectivas. De ser aprobada la ley tal y como se recoge en el Proyecto, se incorporará a la Ley de Enjuiciamiento Civil.

5.1 La organización del SAC

El capítulo II del Reglamento, arts. 3 a 20, está dedicado a la Organización del SAC, manteniéndose la estructura existente, es decir: las Juntas Arbitrales de Consumo, que son los órganos o entidades de naturaleza administrativa que gestionan y administran el arbitraje institucional de consumo; los órganos arbitrales, encargados de la decisión del conflicto; y la Comisión de Juntas Arbitrales, así como el Consejo del Sistema Arbitral de Consumo, atribuyéndose a estas últimas funciones revisoras, consultivas y de participación.

Las JAC mantienen su naturaleza de órganos administrativos sin personalidad jurídica y son constituidas, como venía sucediendo hasta ahora, por convenios entre las administraciones públicas territoriales y el Ministerio con competencias en materia de consumo, excepto la Junta Arbitral Nacional de Consumo, adscrita a dicho Ministerio. Están integradas por las personas titulares de su presidencia y secretaría y el personal de apoyo, siendo sus funciones las propias de fomento, gestión o administración del arbitraje y el intento de que las partes en conflicto logren una solución consensuada con el fin de evitar el inicio del procedimiento arbitral.

Corresponde a los órganos arbitrales la decisión o resolución de los litigios planteados, que pueden ser de carácter unipersonal o colegiado. En este último caso

estarán integrados por tres árbitros, propuestos por la administración pública a la que esté adscrita la JAC, las asociaciones de consumidores y las organizaciones empresariales que intervienen en los procedimientos. Se exige, además, la previa inscripción de asociaciones y organizaciones en los registros correspondientes al ámbito territorial de la Junta en la que vayan a actuar. Más adelante se abordarán los criterios para designar un colegio arbitral tripartito o un árbitro único en los procedimientos.

Los árbitros deberán ser acreditados de conformidad con lo dispuesto en los arts. 10 y ss. RSAC, conllevando su solicitud de acreditación la aceptación del desempeño de sus funciones y correspondiendo la concesión de dicha acreditación al titular de la presidencia de la Junta, que deberá atender para ello a los requisitos de honorabilidad y cualificación. El árbitro propuesto por la Administración pública, quien asumirá la presidencia del órgano colegiado y cuyo voto será dirimente en caso de empate, habrá de estar en posesión de la licenciatura o grado en Derecho. Excepcionalmente, se prevé para estos árbitros la acreditación de un conocimiento general suficiente del derecho, además de formación específica o experiencia provisional en derecho de consumo durante un periodo superior a dos años, para intervenir en los conflictos en los que no se aprecie complejidad. Esta decisión, cuya adopción fue muy meditada, responde a la falta de un suficiente número de funcionarios o personal al servicio de las administraciones con titulación jurídica y, como más adelante se examinará, va a tener que recurrirse a ella por la cada vez más frecuente opción de los empresarios por la resolución en derecho del arbitraje. Las grandes empresas de telecomunicaciones y energéticas, desaparecida la posibilidad de limitar sus ofertas de adhesión, han expresado su voluntad de que los conflictos sean decididos exclusivamente en derecho.

Para la acreditación de los árbitros propuestos por las asociaciones de consumidores y organizaciones empresariales, solo se exigirá estar en posesión del grado o licenciatura en Derecho cuando el conflicto se decida en derecho, no contemplándose ninguna excepción como se ha previsto en el caso de los árbitros propuestos por la Administración pública.

Los árbitros acreditados serán incorporados a un listado público, elaborado por cada JAC. El art. 11 RSAC prevé los supuestos en que procede la retirada de la acreditación y la correspondiente baja en el listado de empresas adheridas: renuncia expresa, dejación de funciones, solicitud de la entidad proponente, desempeño de cargo que comprometa su independencia o imparcialidad, y extinción o pérdida de requisitos de la entidad que efectuó la propuesta. En el procedimiento

de retirada de la acreditación se garantizarán los principios de audiencia y contradicción de los interesados, entendiéndose como tales tanto los árbitros como las entidades que los proponen.

La Comisión de JAC, adscrita al Ministerio con competencias en materia de consumo, se configura como un órgano colegiado de naturaleza administrativa, integrado por la persona titular de la presidencia de la Junta Arbitral Nacional y por dos vocales, presidentes de JAC de ámbito territorial, asumiendo la resolución de recursos interpuestos contras las resoluciones de admisión e inadmisión de las solicitudes de arbitraje, dictadas por las diferentes JAC y que se fundamenten en alguna de las materias excluidas del objeto del arbitraje en el art. 2. Este es el único supuesto en que las resoluciones de los titulares de la presidencia de las JAC no ponen fin a la vía administrativa.

La interposición de este recurso ya aparecía prevista en el art. 57.2 TRLGDCU, que señalaba entonces como competente a la Junta Arbitral Nacional, ya que hasta el Reglamento de 2008 no se procedió a la creación de la Comisión. Además, asume una función consultiva y armonizadora, consistente en la emisión de informes, dictámenes o recomendaciones que puedan servir de apoyo a los árbitros y que no tendrán carácter vinculante. Hay que destacar su competencia para la emisión de informes armonizadores, en el caso de existencia de laudos con decisiones dispares y hechos, pretensiones o fundamentos sustancialmente iguales. Ello sin perjuicio de la independencia e imparcialidad de los órganos arbitrales, pero debiendo motivar su decisión en caso de apartarse del contenido del informe.

El Consejo del SAC, previsto en los arts. 19 y ss. RSAC, es el órgano colegiado de representación y participación de los actores que intervienen en el Sistema. Está integrado por su presidente, vicepresidente y consejeros representantes de las diferentes JAC y de los diversos sectores que intervienen. Con el fin de facilitar su funcionamiento, su composición y funciones han sido notablemente reducidas por la experiencia acumulada en los últimos años. Corresponde al Consejo: el seguimiento y apoyo de la actividad del SAC, la elaboración de propuestas de mejora y de directrices generales sobre asuntos de especial interés, y cualquier otra función prevista en una norma o requerida por la Comisión Sectorial de Consumo, que es el órgano de trabajo y apoyo de carácter general de la Conferencia Sectorial de Consumo. Esta última tiene como finalidad la cooperación, la comunicación y la información entre la Administración General del Estado y las comunidades autónomas en aquellas materias que afecten a la defensa de los derechos de las personas consumidoras y usuarias.

5.2 Objeto y ámbito de aplicación del SAC

El art. 1 RSAC establece que, mediante el arbitraje de consumo, los órganos arbitrales resuelven de forma extrajudicial, con carácter vinculante y ejecutivo para las partes, los litigios individuales, nacionales o transfronterizos, dirigidos contra empresarios, y que son sometidos a su decisión por consumidores o usuarios residentes en la Unión Europea al considerar que existe una vulneración de sus derechos legal o contractualmente reconocidos. El sometimiento de la decisión del conflicto a este medio alternativo de solución de conflictos, señala el art. 1.2, tiene naturaleza voluntaria para ambas partes, característica esencial de cualquier arbitraje a pesar de recientes reivindicaciones de su aceptación obligatoria por parte del empresario en los conflictos derivados de la prestación de servicios, y que más adelante se abordarán.

Las definiciones de consumidor y empresario aparecen recogidas en los arts. 3 y 4 TRLGDCU. Son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. A efectos de esta norma, también se consideran consumidores las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial. En esta última consideración, el contenido del texto refundido se diferencia de las normas comunitarias, que limitan la condición de consumidor a las personas físicas, siendo considerado empresario toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente, a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Como se advertirá a lo largo de estas líneas, tanto el TRLGDCU como el RSAC se refieren indistintamente a consumidores o usuarios o a personas consumidoras y usuarias, como consecuencia de las continuas modificaciones del texto y de la introducción en los últimos años del lenguaje inclusivo. Siguiendo la estela de las normas comunitarias, en el término empresario están incluidos los profesionales y comerciantes.

Podrán ser objeto de arbitraje de consumo las controversias surgidas ente consumidores y usuarios y empresarios que versen sobre materias de libre disposición de las partes, a excepción de aquellas:

- a. Que versen sobre intoxicación, lesión, muerte o aquellos en que existan indicios racionales de delito, incluida la responsabilidad por daños y perjuicios

directamente derivada de ellos, conforme a lo previsto en el artículo 57.1 del TRLGDCU.

- b. Que se refieran a servicios públicos de interés general, no económicos o pres-tacionales, facilitados por las administraciones públicas.

5.3 Actuaciones administrativas previas al procedimiento seguido por los órganos arbitrales

El RSAC dedica su Capítulo IV a las actuaciones administrativas previas y al procedimiento arbitral. Se distinguen así las actuaciones previas llevadas a cabo por las Juntas, como órganos administrativos, del procedimiento arbitral posterior en el que los árbitros desarrollan sus funciones decisoras del conflicto.

El artículo 31 RSAC recoge los principios generales aplicables al procedimiento íntegro:

- a. Unidireccionalidad. Solo el consumidor puede instar el seguimiento de este procedimiento con la presentación de la solicitud.
- b. Garantía de los principios de audiencia, contradicción e igualdad entre las partes.
- c. Gratuidad para ambas partes, que solo deberán soportar el coste de las pruebas propuestos por ellas. Hay que recordar que la LRAL, en su art. 11, permite a las entidades acreditadas establecer algún coste moderado para los empresarios.
- d. Garantía de accesibilidad universal para los procedimiento, trámites y oficinas, así como a los soportes y medios utilizados, que deberán adecuarse al acceso por personas con discapacidad.
- e. Deber de confidencialidad, aplicable a árbitros, partes, peritos y cuantos inter-venzan.
- f. Resolución en equidad, salvo que las partes opten por la decisión en derecho.
- g. Necesidad de motivación del laudo, aunque la decisión se adopte en equidad, supuesto en el que las normas jurídicas aplicables y el contenido del contrato deben ser tenidos en cuenta.
- h. Las notificaciones correspondientes al procedimiento arbitral, propiamente dicho, se podrán realizar, a elección de la Junta, conforme a su práctica habi-tual o según lo establecido en la LPACAP. Las notificaciones de las actuacio-nes previas de naturaleza administrativa se ajustarán, en todo caso, a lo dis-puesto en dicha Ley.

Las actuaciones administrativas previas al procedimiento arbitral (arts. 31 a 36 RSAC), comienzan tras la presentación de la solicitud de arbitraje por la persona consumidora. La solicitud puede ser presentada en el registro de la Junta que resulte competente o de la Administración pública a la que aquella esté adscrita. Igualmente, se podrá presentar en cualquiera de los registros u oficinas previstos en el art. 16.4 LPACAP.

En el formulario de solicitud de arbitraje, que junto con el de contestación o aceptación del arbitraje debe ser puestos a disposición de los consumidores, deberán incluirse los datos identificativos del reclamante y reclamado, la descripción de los hechos que han motivado el conflicto, la cuantía de la pretensión económica, si existiera, y cuantas pruebas o documentos sean necesarios para su resolución. En el caso, poco frecuente, de que las partes hubieran suscrito convenio arbitral independiente, se acompañará copia de este. Además, el consumidor deberá acreditar la comunicación previa o intento de comunicación con el empresario reclamado poniéndole en su conocimiento la reclamación. La falta de acreditación de esta reclamación previa es causa de inadmisión de la solicitud de arbitraje.

Recibida la solicitud de arbitraje, la JAC decidirá sobre su competencia, de conformidad con los criterios establecidos en el art.7 RSAC, dando traslado de ella a la que pudiera resultar competente en un plazo de diez días hábiles desde su recepción.

En la misma línea seguida desde el inicio de la experiencia piloto, el Reglamento atribuye la competencia a la Junta Arbitral más próxima al domicilio del consumidor, salvo que se trate de un conflicto transfronterizo y el consumidor resida en otro Estado miembro de la Unión Europea, supuesto en que asumirá la competencia para conocer del conflicto la Junta correspondiente al ámbito territorial del domicilio del empresario. Si existieran varias Juntas de diferente ámbito territorial en el domicilio del consumidor (por ejemplo, una de ámbito autonómico y otra de ámbito municipal), se dará preferencia a la de inferior ámbito, aunque se otorga al consumidor libertad para elegir otra Junta, siempre que esta se encuentre en su misma comunidad autónoma de residencia. Esta libertad de elección de la Junta ha sido limitada en la nueva regulación ya que, anteriormente, las partes tenían libertad para elegir cualquier Junta de las integradas en el SAC.

La Junta competente verificará el contenido de la solicitud, procediendo a requerir al consumidor en caso de no reunir los requisitos exigidos y procediéndose a su archivo en caso de no ser atendido en plazo el requerimiento.

La persona titular de la presidencia de la Junta resolverá la admisión de la solicitud, a no ser que aprecie alguna de las causas de rechazo previstas en el art. 35.2 RSAC, que reproduce las causas de inadmisión previstas de forma tasada en la DADR, o si la solicitud versa sobre alguna de las cuestiones excluidas en el art. 2.2 RSAC.

Son causas de inadmisión a trámite de las solicitudes de arbitraje: la no afectación de los derechos y legítimos intereses de los consumidores; la previa resolución o planteamiento ante otra entidad acreditada y notificada a la Comisión Europea, sin que exista constancia del desistimiento; la falta de acreditación por el consumidor de la formulación de reclamación previa ante la empresa reclamada; o el transcurso de más de un año desde su interposición. Por último, se contempla la posibilidad de proceder a la inadmisión por el contenido vejatorio de la reclamación. Esta última causa, reproducción literal de la causa de inadmisión prevista en la DADR, puede resultar un tanto llamativa y, aunque no es frecuente la recepción de reclamaciones de esta índole, en ocasiones se presentan como reclamaciones meras afirmaciones o expresiones descalificadoras y denigrantes, sin pretensión alguna. La introducción de esta causa —que la LRAL deja a la libertad de las entidades para incorporarla o no en sus estatutos (en este caso, el RSAC)— ha llevado a algún autor¹³, con amplia experiencia en la administración del arbitraje de consumo, a recordar, con toda razón, la inexistencia del significado del concepto jurídico de “vejatorio”, concluyendo que es difícil apoyar la inadmisión de una solicitud de arbitraje justa y fundamentada por el hecho de estar formulada por personas toscas o zafias. Esto supondría impedir el acceso a la justicia al consumidor impertinente que incorpora en su reclamación un repertorio de exabruptos. No era esa la finalidad perseguida con la incorporación del término en el RSAC, y es seguro que ningún presidente o presidenta de una JAC procederá a la inadmisión de una solicitud por su contenido vejatorio, a no ser que traspase límites objetivamente inadmisibles por las humillaciones u ofensas que pueda incluir.

Admitida la solicitud de arbitraje, se procederá a la comprobación de la existencia de convenio arbitral válido, en el que las partes deberán expresar la voluntad de someter a arbitraje las controversias surgidas. El art. 23 RSAC se refiere a la formalización del convenio arbitral de consumo, término criticado, con razón, por Tomillo Urbina, quien afirma, aludiendo al art. 1258 CC, que el convenio no se formaliza, sino que se perfecciona, dada su naturaleza contractual y su carácter volunta-

13 Tomillo Urbina, Jorge. *Una aproximación al nuevo reglamento del sistema arbitral de consumo (RD 713/2024, de 23 de julio)*. Noticias Jurídicas. 08/08/2024

rio, advirtiendo “al jurista” acerca de la necesidad de extremar su atención por el riesgo de adentrarse en un terreno pantanoso, que no aclara el autor.

El convenio arbitral de consumo deberá expresar la voluntad de las partes de someterse al SAC y podrá constar por escrito, por medios electrónicos o de cualquier forma que permita tener constancia del acuerdo, pudiendo formalizarse o perfeccionarse:

- a. Como cláusula incorporada a un contrato o en acuerdo independiente. No serán vinculantes para los consumidores los convenios arbitrales suscritos con un empresario antes de surgir el conflicto, aunque para el empresario tales convenios supondrán la aceptación del arbitraje para la solución de las controversias derivadas de la relación jurídica a la que se refieran, siempre que el acuerdo reúna los requisitos exigidos por las normas aplicables (art. 57.2 TRLGDCU).
- b. Por la concurrencia de la presentación de una solicitud de arbitraje y la existencia de una oferta de adhesión al arbitraje de consumo para la solución de los conflictos con los consumidores formulada por el empresario reclamado, siempre que la pretensión esté incluida en el ámbito de la actividad del empresario.
La mera exhibición del distintivo de empresario adherido al arbitraje, sin existencia de oferta previa o habiendo perdido sus efectos, se considera suficiente para considerar perfeccionado un convenio como si se hubiera formalizado una oferta de adhesión válida.
- c. Por aceptación del empresario reclamado de una solicitud de arbitraje. Admitida esta y no constando convenio formalizado, la JAC la trasladará al empresario reclamado, otorgándole un plazo de diez días hábiles para su aceptación o rechazo, procediendo en este último caso a su archivo.

Quedarán sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de adhesión al arbitraje formalizados por los empresarios que sean declarados en concurso de acreedores, según dispone el art. 58.2 TRLGDCU. Del mismo modo, el art. 29.1.f) RSAC establece la declaración concursal como supuesto en el que la persona titular de la presidencia de la JAC debe proceder, de forma motivada, a resolver la baja de la oferta de adhesión de la empresa afectada y a su supresión del listado de empresas adheridas.

5.4 Las ofertas de adhesión de los empresarios: desaparición de las limitaciones

Como ya se ha anticipado en líneas anteriores, la novedad más significativa y de mayor calado introducida en la regulación de 2024 es la desaparición de la posibilidad de que los empresarios limiten sus ofertas de adhesión al SAC. Tras muchos debates, el acuerdo de la supresión de las limitaciones fue unánime entre quienes gestionan y administran este arbitraje institucional.

La posibilidad de incluir limitaciones en las adhesiones de los empresarios, admitida de forma expresa aunque cautelosa en el R2008, se justificaba por el recelo de los empresarios en someterse a un sistema que no conocían en profundidad o del que albergaban dudas acerca de la imparcialidad de sus decisiones. El SAC podía despertar a los empresarios ofertantes y la necesidad de consolidar su implantación, pero transcurridas más de tres décadas desde su implantación, su supresión era necesaria e inaplazable. La decisión de hacer desaparecer la posibilidad de limitar las ofertas no fue bien acogida por las grandes empresas, especialmente las operadoras de comunicaciones y comercializadoras de energía que iban a resultar afectadas por la modificación. Tampoco fue bien recibida por las organizaciones empresariales, que en el trámite de audiencia del procedimiento de elaboración de la norma mostraron su oposición con base en el carácter voluntario del arbitraje. Por el contrario, la medida fue acogida muy favorablemente por las asociaciones de consumidores, que venían reivindicando la supresión de las limitaciones.

El art. 24.3 RSAC establece que la oferta pública de adhesión será única, se entenderá realizada a todo el Sistema Arbitral de Consumo, sin limitaciones, y abarcará todas las actividades que desarrolle el empresario bajo el mismo número de identificación fiscal, nombre comercial o marca. Se prevé, sin embargo, una excepción referida a los empresarios que tengan la condición de personas físicas y desarrollen actividades diferentes de venta o prestación de servicios, ya sea en distintos establecimientos o mediante venta a distancia por canales diferentes, pudiendo limitar su oferta de adhesión a una determinada actividad o al medio de comercialización empleado. Se trata con ello de permitir que el empresario individual o el profesional que desarrolla actividades diferentes bajo un mismo NIF pueda restringir su oferta a una o más actividades, sin relación alguna con otras realizadas por el mismo. Sería el caso, por ejemplo, de quien ejerce una profesión liberal y, al mismo tiempo, tiene un establecimiento en el que comercializa productos que nada tienen que ver con el ejercicio de su actividad.

No se considerará limitada la oferta de adhesión que tenga un plazo superior a un año ni tampoco la que se efectúe a las JAC con competencia en el ámbito territorial donde tengan su domicilio los consumidores a los que el empresario dirija su oferta o desarrolle su actividad.

La resolución de admisión de la oferta, dictada por la persona titular de la presidencia de la Junta, conllevará la concesión del distintivo oficial de empresario adherido, que se incluye en el Anexo del Reglamento. Este distintivo debe ser exhibido en cualquier relación con sus consumidores y en cualquier soporte que permita a estos su conocimiento, facilitando así su acceso a la justicia a través de una entidad de resolución alternativa. La exhibición del distintivo concedido ha pasado de constituir un derecho a ser una obligación. Esta obligación de información está incluida también en el art. 40 LRAL que señala que el empresario que esté adherido a una entidad acreditada en España o en cualquier Estado miembro de la Unión Europea, o aquel que venga obligado por una norma o código de conducta a aceptar su intervención en la resolución de sus litigios, deberá informar a los consumidores de la posibilidad de recurrir a dicha entidad.

Cada Junta deberá disponer de una base de datos, de carácter público y en formato electrónico, en la que se incluirán las ofertas de adhesión admitidas, permanentemente actualizadas. El Ministerio con competencias en materia de consumo elaborará una base de datos de carácter nacional con las mismas características, incluyendo la totalidad de ofertas admitidas por las diversas Juntas. Las diferentes bases de datos deberán ser accesibles a través de los portales de internet de las administraciones públicas a las que estén adscritas y estar igualmente disponibles en sus sedes, garantizando la accesibilidad universal.

El Real Decreto 713/2024, *por el que se aprueba el RSAC*, otorgó a los empresarios, en el apartado 3 de su disposición transitoria única, un plazo de seis meses para la adecuación de sus ofertas de adhesión limitadas, efectuadas durante la vigencia del Reglamento anterior. Durante dicho plazo, los empresarios podían denunciar la oferta o renunciar expresamente a las limitaciones incluidas en ella; transcurrido dicho periodo transitorio, las limitaciones incluidas en las ofertas se tendrían por no puestas. Durante ese periodo, la Junta Arbitral Nacional, competente para resolver sobre las ofertas de empresas que operen en más de una comunidad autónoma, solo recibió la denuncia o retirada de ofertas limitadas de dos pequeñas empresas comercializadoras de energía, pero no se puede ocultar que había un justificado temor a la huida del sistema de grandes empresas, correspondientes al sector energético o de telecomunicaciones, lo que podría haber dejado a millones de consu-

midores sin otra alternativa que recurrir al sistema judicial para la resolución de sus conflictos de escasa cuantía, debilitando seriamente la implantación del SAC. Afortunadamente, no fue así y la respuesta de estas empresas fue optar exclusivamente por la resolución en derecho, sin dejar al consumidor la posibilidad de elegir la resolución del conflicto en equidad, como venía siendo habitual hasta ese momento.

El empresario podrá denunciar la oferta en cualquier momento, transcurrido el plazo de un año desde su formulación, plazo mínimo de vigencia. La baja tendrá efectos transcurrido un mes desde la fecha de su comunicación a la JAC competente, salvo que el empresario hubiera establecido en su oferta un plazo superior. Seguidamente, se procederá a su retirada de las bases de datos de empresas adheridas. Igualmente, se penaliza la comisión u omisión de diferentes actividades, siendo causa de baja de la oferta de adhesión y de la retirada del distintivo de confianza: el desarrollo de prácticas o actividades constatadas por las administraciones públicas que lesionen gravemente los derechos e intereses de los consumidores, hayan sido o no objeto de sanción firme, así como el incumplimiento reiterado de los laudos arbitrales de consumo o la utilización fraudulenta del distintivo. Las resoluciones de baja de las ofertas de adhesión, dictadas previa audiencia del empresario interesado, deberán ser siempre motivadas.

5.5 La solución consensuada de los conflictos

Desde el momento en que comenzó su andadura el SAC, el personal de las Juntas Arbitrales y de las OMIC ha venido desarrollando funciones denominadas como “mediación”, aunque en realidad, por la intervención activa del pseudomediador, la actividad se asemejaba más a una conciliación o a un procedimiento de resolución alternativa de carácter heterocompositivo. Se trataba con ello de evitar el inicio del procedimiento arbitral, con el convencimiento de que un acuerdo amistoso siempre es más satisfactorio para las partes que una decisión impuesta, permitiendo al consumidor conservar la confianza en el empresario reclamado. Esta mediación era llevada a cabo de forma informal y voluntarista, sin seguir un procedimiento estructurado, pudiendo iniciarse en el momento del traslado de la solicitud de arbitraje al reclamado o en cualquier otro posterior. A ella se refería, en varias ocasiones, el derogado R2008, que posibilitaba que, en su oferta de adhesión, los empresarios debían indicar la aceptación o rechazo de la mediación.

Aprobada la Ley 5/2012, de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles* (en adelante, LMACM), se excluye de su ámbito de aplicación la media-

ción en materia de consumo. (art.2.2.b). La exclusión había sido instada por el hoy extinto Instituto Nacional de Consumo, con el fin de que el personal al servicio de las administraciones de consumo que no reunía las condiciones de formación exigidas por la Ley para actuar como mediadores, pudiera seguir intentando el logro de un acuerdo que pusiera fin a la controversia de las partes, prestando así un servicio público a consumidores y usuarios. Sorprendentemente, y sin que ningún grupo parlamentario lo hubiera mencionado a lo largo de la tramitación, en la última votación de la LRAL en el Congreso se incorporó, en su disposición final séptima, una modificación del citado art.2.2.b LMACM que suprimía la exclusión de la mediación de consumo de su ámbito de aplicación. Ello conllevaba, no solo la ausencia de personal que reuniera los condiciones o requisitos legales para ejercer como mediador, sino también la necesidad de llevar a cabo, de forma consecutiva, dos procedimientos formales: uno de mediación y, si no se lograba un acuerdo, el procedimiento arbitral. En la práctica, esta doble tramitación hacía imposible dictar un laudo arbitral en el plazo máximo de resolución de 90 días establecido con carácter general en la propia LRAL. Este plazo máximo establecido en la LRAL ha de ser respetado por los órganos arbitrales para que las JAC puedan mantener su acreditación y notificación ante la Comisión Europea como entidades de resolución alternativa de calidad.

Esa fue la razón de que en el vigente RSAC se haya sustituido la referencia a la mediación previa por la facilitación de un acuerdo o solución consensuada entre las partes, término que el Consejo de Estado recomendó adoptar. El empresario será invitado, en el momento del traslado de la solicitud de arbitraje por la Junta, a efectuar una propuesta de solución de la controversia que, aceptada por el consumidor, ponga fin al litigio. No obstante, la posibilidad de que las partes solucionen entre ellas el conflicto alcanzando una solución consensuada seguirá vigente hasta el momento de ser dictado el laudo. Ya sea en presencia del órgano arbitral o al margen de este, las partes, y no solo el empresario, pueden hacer propuestas y aceptarlas o rechazarlas. Como garantía de imparcialidad de los árbitros, se prohíbe la designación para actuar como árbitro de quien haya intervenido en el intento de acuerdo consensuado, evitando así su contaminación por haber conocido ya el asunto.

Alcanzada una solución consensuada sobre todos los aspectos del litigio y existiendo convenio arbitral válido, un órgano arbitral único, si el acuerdo se alcanza antes de su designación, o colegiado, si ya hubiera sido designado (atendiendo a la cuantía de la pretensión), procederá a elevar el acuerdo a laudo conciliatorio, con el mismo carácter vinculante y ejecutivo que cualquier laudo dictado por los

árbitros. El acuerdo no será elevado a laudo conciliatorio si existiera constancia de su cumplimiento o si las partes, de común acuerdo, hubieran renunciado a dicha posibilidad.

5.6 La designación del órgano arbitral único o colegiado

Las actuaciones administrativas previas al procedimiento arbitral concluirán con la designación del órgano arbitral que vaya a resolver el conflicto. El RSAC mantiene y amplía la posibilidad de nombrar un árbitro único. Así, en su art. 12, establece que será designado un árbitro único, propuesto por la Administración pública a la que esté adscrita la Junta:

- a. Cuando las partes así lo acuerden.
- b. Si la pretensión fuera inferior a 600 euros, salvo que se apreciara complejidad en el asunto, o siendo superior a dicha cuantía. el asunto fuera sencillo.
- c. Cuando se trate de llevar a laudo un acuerdo consensuado, a no ser que ya existiera designación de un colegio arbitral.

Se otorga a las partes, la posibilidad de oponerse, de común acuerdo, a la designación de un árbitro único. Resolverá sobre esta oposición la persona titular de la presidencia de la Junta, no siendo impugnabile su decisión.

La designación de los órganos arbitrales se hará por turno, salvo que, transcurridos diez días hábiles, resulte imposible su designación. Se trata con ello de evitar dilaciones del procedimiento por la no disponibilidad del árbitro al que, por turno, corresponda su llamamiento.

Los árbitros actuarán en el ejercicio de sus funciones con la debida independencia e imparcialidad, y guardarán confidencialidad sobre cualquier asunto que conozcan. El RSAC regula la abstención y recusación de los órganos arbitrales. Como peculiaridades de lo establecido en la LA se contemplan, por un lado, la obligación de aceptar la recusación por parte del árbitro que desempeñe la titularidad de la presidencia de la Junta, y, por otro lado, la revisión por este de la negativa de cualquier arbitro a ser recusado. Al igual que establece la vigente LA, en caso de no prosperar la recusación planteada, la parte que la hubiera propuesto podrá hacerla valer en la impugnación judicial del laudo.

5.7 El procedimiento arbitral

Tras la resolución que determine el inicio del procedimiento y la designación del órgano arbitral, comenzará el procedimiento arbitral propiamente dicho. Las partes pueden actuar por sí mismas o representadas, así lo establece también la LRAL en su art. 10, señalando la obligación de las entidades de informar a las partes sobre la forma de comparecer. Algún autor¹⁴ ha considerado que esta previsión puede resultar injusta, especialmente si se trata de conflictos con grandes empresas que acuden representadas por asesores jurídicos, dando lugar a una clara desigualdad entre las partes, pero la práctica de los procedimientos ha demostrado que la repetición de la casuística de las reclamaciones y la experiencia de los árbitros minoran o hacen desaparecer tal desigualdad.

En el momento de la audiencia, las partes podrán formular sus alegaciones y proponer las pruebas no presentadas con anterioridad. La audiencia se llevará a cabo de forma oral o escrita, pudiendo realizarse a través de medios electrónicos siempre que estos permitan la identificación a las partes. De su celebración, que podrá ser grabada, se levantará la correspondiente acta, que será acompañada de la grabación para garantizar la transparencia de las actuaciones.

Como particularidad del procedimiento, se mantiene la falta de efectos de la no comparecencia o de la inactividad de las partes, aunque no hayan sido justificadas. En ningún momento, se considerará allanamiento o admisión de la pretensión, el silencio, la falta de actividad o la incomparecencia de las partes. Aunque exista inactividad, el órgano arbitral tiene el deber y obligación de dictar laudo, siempre que el conocimiento de los hechos y documentos aportados permitan al órgano arbitral decidir el litigio. El legislador ha querido, de esta manera, proteger al consumidor, garantizándole la decisión del conflicto a pesar del poco o nulo interés mostrado por cualquiera de las partes.

En cuanto a la práctica de las pruebas, que pueden ser presentadas en cualquier momento mientras la audiencia no haya finalizado, no hay particularidades relevantes. Cada parte asumirá el coste de las que proponga, sin olvidar que el art.42 RSAC prevé la propuesta de oficio por parte del órgano arbitral de su práctica, si lo considera necesario y siempre que las disponibilidades presupuestarias lo permitan, siendo asumidos por la Junta Arbitral en ese caso los gastos ocasionados. La limitación de la asunción del coste de las pruebas por parte de las Juntas ha

14 San Cristóbal Reales, Susana. El arbitraje de consumo. *Anuario Jurídico y Económico Escorialense*. XI (2007)

sido incluida ante la insuficiencia de los presupuestos de aquellas, condicionando su propuesta a la existencia de recursos.

Se hace necesario mencionar dos cuestiones ampliamente debatidas. A una ya nos hemos referido, y es la admisión de la reconvención del empresario, que deberá hacerse en el momento de la contestación de la solicitud de arbitraje y solo podrá ser admitida por el órgano arbitral si existe conexión con la pretensión del consumidor. La otra es la modificación de la pretensión por el consumidor o usuario, que podrá ser efectuada en cualquier momento mientras no haya sido dictado el laudo, pudiendo el empresario reconvenir al contenido de dicha ampliación. En la práctica, ampliación y reconvención pueden ser planteadas en cualquier momento, ya que el traslado de la solicitud para la contestación del empresario puede hacerse en varios momentos, según la decisión que adopte cada Junta, al poder ser acumulados varios trámites: inicio del procedimiento, designación del órgano arbitral y citación a audiencia. Lo esencial es garantizar el principio de audiencia y contradicción de las partes y el conocimiento por ambas de cualquier documentación aportada.

El procedimiento finalizará con la emisión del laudo arbitral, que deberá ser motivado y podrá ser dictado sin entrar en el fondo del asunto, dejando expedita la vía judicial en los siguientes supuestos recogido en el art. 44 RSAC:

- a. Cuando no se disponga de los elementos indispensables para la solución del litigio.
- b. Cuando las partes acuerden dar por terminadas las actuaciones.
- c. Cuando compruebe que la prosecución de las actuaciones resulta imposible o innecesaria.
- d. Cuando la persona reclamante desista de su solicitud, a menos que el reclamado se oponga a ello y el órgano arbitral le reconozca un interés legítimo en obtener una solución definitiva del litigio.

En cuanto al desistimiento, se ha optado por dejar abierta la posibilidad de que el consumidor que inició el procedimiento pueda desistir, pero su ejercicio está limitado por la decisión del órgano arbitral. El empresario reclamado, ante el desistimiento del reclamante, puede solicitar que continúe el procedimiento para la resolución del conflicto. El órgano arbitral resolverá sobre esta petición, ordenando la continuación del procedimiento si apreciara un interés legítimo en que el asunto sea resuelto definitivamente. El desistimiento del consumidor no suele ser habi-

tual; más habitual es su inactividad, limitándose a algún caso en que, planteada la reconvencción, el consumidor desiste ante la posibilidad de que puede considerarse perjudicado en el laudo que se adopte.

Nada se establece en el RSAC acerca del contenido del laudo, ni tampoco acerca de la solicitud de su corrección, aclaración, complemento y extralimitación o de la impugnación, anulación o ejecución del laudo, siendo en estos casos de aplicación supletoria lo previsto en la LA, tal y como se recoge en su Disposición adicional única.

6. Perspectivas de futuro del Sistema Arbitral de Consumo

6.1 ¿Hacia un arbitraje de consumo obligatorio?

Constatada la eficacia del arbitraje de consumo como medio de resolución alternativa, en los últimos años han surgido algunas voces que reivindican el abandono del actual modelo de arbitraje, basado en la voluntariedad para ambas partes, característica esencial de esta institución jurídica, y postulan la obligatoriedad de su aceptación por parte de los empresarios, especialmente para la solución de conflictos derivados de contratos de prestación de determinados servicios. El arbitraje seguiría siendo voluntario para el consumidor, manteniendo su carácter unidireccional.

Los argumentos a los que estas voces reivindicativas recurren para justificar la discutida iniciativa son variados: la existencia de múltiples de reclamaciones idénticas a las que se puede dar una rápida y sencilla decisión¹⁵, la eficiencia y excelencia de las decisiones de los árbitros de consumo, la débil posición del consumidor frente al empresario, la masividad del consumo, el incremento de la litigiosidad y la sobrecarga de la vía judicial. Todo ello lleva a los defensores de las propuestas a reflexionar sobre la negación del derecho del consumidor a acceder a un procedimiento gratuito y ágil por la no aceptación del empresario.

¹⁵ Nieva Fenoll, Jordi. La obligatoriedad vs. voluntariedad en el Sistema Arbitral de Consumo. *La Ley. Mediación y arbitraje*, N.º. 4 (octubre-diciembre), 2020.

Nadie puede negar que garantizar a todos los consumidores el acceso a un mecanismo alternativo de solución de conflictos, sencillo, rápido, gratuito y de aceptación obligatoria por los empresarios evitaría la falta de solución de muchos conflictos que, por el coste económico y emocional que supone acudir a los tribunales de justicia, nunca encontrarán solución. Es cierto, igualmente, que el carácter voluntario del SAC determina que el acceso de los consumidores queda supeditado siempre a la aceptación del empresario reclamado, ya sea con carácter general mediante la realización de una oferta de adhesión o aceptando cada reclamación concreta. Y eso malogra las expectativas de un fácil acceso a la justicia. No obstante, hay que ser conscientes de que España ha optado por ofrecer a los consumidores un mecanismo alternativo basado en el arbitraje, que conlleva la renuncia a la vía judicial. Por esa razón, resulta difícil acceder a tal reivindicación.

La primera cuestión relevante es el análisis de la viabilidad de un arbitraje de aceptación obligatoria por parte de los empresarios en el marco de la CE, cuestión sobre la que el Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado negativamente en varias ocasiones. La segunda es si se ajustaría a la Ley RAL, que transpone a nuestro ordenamiento jurídico la DADR, y la tercera, compleja pero soslayable (aunque seguramente a largo plazo), es si las JAC podrían asumir semejante carga.

La STC n.º 174/1995, de 23 de diciembre, que declaró inconstitucional el artículo 38.2 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, *de Ordenación de los Transportes Terrestres* (en adelante LOTT) y la STC n.º 352/2006, de 14 de diciembre, concluyeron que el establecimiento de un sistema de arbitraje imperativo para una sola parte en una relación jurídica bilateral vulneraba el art.24.1 CE, porque equivale a admitir que una de las partes *ope legis* pueda imponer a la otra el cauce arbitral, admitiendo *ex lege* la exclusión del derecho a la tutela judicial efectiva para una parte si así lo decide la otra. Igualmente, añadían las citadas SSTC, la exclusión de la vía judicial que implica el arbitraje permitiría que pueda atribuirse *ope legis* la potestad jurisdiccional a un árbitro, dejando al margen de su ejercicio a los jueces y tribunales determinados por las leyes, con infracción del art.117.3 CE.

Años después, la STC n.º 1/2018, de 11 de enero en una cuestión de inconstitucionalidad planteada al artículo 76.e de la Ley 50/1980, de Contrato de Seguro vuelve a pronunciarse sobre la obligatoriedad del arbitraje para una de las partes, señalando que la imposición de un arbitraje vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, garantizado en el art. 24 CE, pues impide el acceso a la jurisdicción de los juzgados y tribunales de justicia que, ante la falta de la voluntad concurrente de los litigantes, son los únicos que tiene encomendada la función de juzgar y hacer

ejecutar lo juzgado, prevista en el art. 117 CE. La citada STC añade que la posible vulneración del art. 24 CE no vendría dada tanto por el hecho de la obligación de sometimiento a un procedimiento arbitral sino, más precisamente por impedir su posterior acceso a la jurisdicción, ya que la impugnación del laudo arbitral solo resulta posible por motivos formales, según se establece en los arts. 40 y ss. LA, con la consiguiente falta de control sobre la cuestión de fondo.

Se incluyen en la misma STC tres votos particulares y una adhesión a uno de ellos. Los defensores de establecer la obligatoriedad de la aceptación del arbitraje por el empresario identifican en el contenido de estos votos, fisuras de la doctrina existente hasta ahora. Entre los argumentos para justificar su iniciativa, aunque dicha justificación haya sido considerada por un sector de la doctrina como débil o poco sólida, se encuentra el que sostiene¹⁶ que si el Estado no es capaz de generar una jurisdicción rápida y gratuita al no considerar al arbitraje como jurisdicción lo que se está provocando es una denegación de justicia al consumidor.

La necesidad de proteger a la parte débil del contrato, el hecho de encontrarnos frecuentemente ante contratos de adhesión o el desequilibrio de las posiciones contractuales son considerados como justificación de la inclusión de la aceptación obligatoria por los empresarios reclamados, afirmando que la protección del consumidor como parte débil del contrato, recogida en el art. 51 CE, y el restablecimiento del inicial desequilibrio de las partes en un contrato de seguro, podrían justificar la limitación al derecho a la tutela judicial efectiva de la aseguradora.

Por otro lado, el hecho de que en Portugal, la Ley 6/2011, de 10 de marzo, haya modificado la Ley 23/96, de 26 de julio, *de los servicios públicos esenciales*, introduciendo en su art. 15 la aceptación obligatoria del arbitraje por parte del prestador del servicio cuando se tratara de resolver litigios de cuantía inferior a 30.000 euros, ha sido puesto de manifiesto desde alguna Administración autonómica para justificar una posible modificación del TRLGDCU y del RSAC, aunque fijando una cuantía más baja que podría establecerse en un importe de las reclamaciones inferior a 3.000 euros. La diferencia fundamental es que el Tribunal Constitucional portugués no ha sido llamado nunca a pronunciarse sobre ello, razón por la cual el arbitraje obligatorio en los servicios públicos esenciales es comúnmente aceptado en ese país.

Tampoco la LRAL, a través de la cual se transpuso al ordenamiento jurídico nacional la DADR, posibilita la aceptación obligatoria del arbitraje, estableciendo en su

¹⁶ Nieva Fenoll, Jordi. La obligatoriedad vs. voluntariedad en el Sistema Arbitral de Consumo. *La Ley. Mediación y arbitraje*, N.º. 4 (octubre-diciembre), 2020.

artículo 9 (denominado “voluntariedad”) que ninguna de las partes tendrá la obligación de participar en el procedimiento ante una entidad de resolución alternativa de litigios de consumo, excepto cuando una norma especial así lo establezca. En ningún caso, añade el mismo artículo, la decisión vinculante que ponga fin a un procedimiento de participación obligatoria podrá impedir a las partes el acceso a la vía judicial. Y dado que el arbitraje conlleva la renuncia al acceso a los tribunales de justicia, no resultaría admisible la imposición de su aceptación a la luz de la DADR, a no ser que se estableciera un sistema de recursos sobre el fondo de los laudos dictados en equidad, lo que desnaturalizaría el arbitraje.

Otra cuestión que habría que considerar es si las JAC podrían asumir el incremento de tramitaciones arbitrales en el caso de establecer como obligatorio el arbitraje de consumo en reclamaciones de servicios esenciales inferiores a una cuantía de 3.000 euros, como se ha propuesto en algún caso. La respuesta seguramente sería negativa, pues hay que tener en cuenta que las JAC no tienen personalidad jurídica y carecen, en la mayoría de los casos, de presupuesto propio, nutriéndose de los recursos económicos que la Administración a la que están adscritas quiera destinar a su actividad y de pequeñas subvenciones concedidas por la Dirección General de Consumo del Ministerio con competencias en consumo que no superan los 2.500.000 de euros, a repartir entre las sesenta JAC constituidas. A tan exiguas dotaciones hay que sumar el escaso personal con el que cuenta la mayor parte de ellas.

En este marco, el único paso adelante que podría darse a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional es, emulando lo dispuesto en el art. 38.1 LOTT, el establecimiento de la presunción de sometimiento al SAC por parte del empresario reclamado, siempre que no hubiera manifestado expresamente al consumidor su voluntad de no aceptar la resolución del conflicto mediante arbitraje antes del momento de la contratación, y que la cuantía de la controversia no exceda de determinado límite. Esta modificación, no exenta de dificultades por la necesidad de probar en cada caso el rechazo expreso del empresario al arbitraje de consumo, respetaría la doctrina del TC y lo dispuesto en la LRAL, precisando, no obstante, la modificación del art. 58 TRLGDCU y de gran parte del articulado del RSAC.

6.2 Sobre el uso de la inteligencia artificial en el procedimiento arbitral de consumo

La escasez de medios de las JAC para asumir la gestión del gran número de solicitudes de arbitraje, en el supuesto de que el arbitraje se considerara de aceptación

obligatoria para los empresarios, aunque se limitara a los conflictos referidos a servicios esenciales inferiores a una determinada cuantía, podría solucionarse¹⁷, en opinión de algunos autores, incorporando la inteligencia artificial (en adelante, IA) en los procedimientos arbitrales, lo que permitiría una gestión más eficaz y eficiente. La adopción de decisiones de forma automatizada coheriría con un arbitraje imperativo u obligatorio para el empresario, y la existencia de numerosas reclamaciones sustancialmente iguales y de escasa complejidad constituiría el escenario propicio para incorporar la IA.

En estos momentos, la DADR está siendo objeto de modificación. En la propuesta se incluye el uso de medios automatizados en la toma de decisiones y, aunque no se define qué se entiende por tales, se establece la garantía del derecho de las partes a conocer los riesgos potenciales del uso de dichos medios en la toma de decisiones (derecho a la transparencia), así como el derecho de las partes a solicitar la revisión del procedimiento automatizado por una persona natural, a la que se exigirán los mismos requisitos de independencia e imparcialidad que se exigen a los órganos decisores con carácter general.

Un acuerdo sobre esta cuestión parece haber encontrado el apoyo necesario entre las diferentes instituciones que participan en el trámite de modificación de la Directiva. Sin embargo, el acuerdo excluye de forma expresa la utilización de los sistemas de IA incluidos en el Anexo III del Reglamento UE 2024/1689 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de junio de 2024, *por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial*. El Anexo III recoge los sistemas de IA catalogados como de alto riesgo, según las reglas de clasificación establecidas en el art.6 de dicha norma y, en su punto 8.a, referido a la Administración de Justicia y procesos democráticos, incluye los Sistemas de IA destinados a ser utilizados por una autoridad judicial (...) o de forma similar en una resolución alternativa de litigios.

Por este motivo, y siendo el arbitraje de consumo un medio de resolución alternativa de litigios considerado un equivalente jurisdiccional, cuya decisión es impuesta, de carácter vinculante y con fuerza ejecutiva, hay que descartar el uso de la IA en la emisión de laudos dictados por los órganos arbitrales de consumo, lo que no excluye que pueda ser utilizada en otras fases del procedimiento, especialmente en las actuaciones administrativas previas, lo que contribuiría a la agilización del procedimiento.

17 Marcos Francisco, Diana. Sistema Arbitral de Consumo: algunas propuestas inteligentes de lege ferenda. *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N.º. 1, 2024. <https://raco.cat/index.php/Indret/article/view/425656/520189>

7. Conclusiones

El SAC puede considerarse como un servicio público consolidado de resolución alternativa de litigios, que desde su creación ha venido atendiendo entre 50.000 y 100.000 reclamaciones anuales, siendo valorada su actividad positivamente, tanto por consumidores como por pequeños y grandes empresarios. Prueba de ello es el exiguo número de impugnaciones judiciales de los laudos y el hecho de que un porcentaje altísimo sea adoptado por unanimidad de los órganos colegiados.

En la actualidad, un alto porcentaje de las solicitudes recibidas, casi el 50 %, se refieren a conflictos derivados de la prestación de servicios de carácter básico y de interés general: telecomunicaciones, energía, transportes. Las grandes empresas del sector de telecomunicaciones se encuentran adheridas al Sistema desde hace décadas y, en los últimos años, también lo han hecho las empresas prestadoras de energía. En este último caso, la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico establece la obligación, para las empresas comercializadoras y las que presten servicios de agregación, de ofrecer a sus consumidores la posibilidad de solucionar sus conflictos a través de una entidad de resolución alternativa de litigios en materia de consumo a la que estén adheridas, que cumpla los requisitos establecidos por la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, y en las disposiciones nacionales de transposición. En este momento, las Juntas Arbitrales de Consumo son las únicas entidades acreditadas ante la Comisión Europea para la resolución de conflictos de este sector en todo el territorio del Estado.

Pero, a pesar de este éxito, el SAC necesita un impulso y debe aspirar a que su grado de penetración en las relaciones de consumo sea mayor. Es un hecho constatable que no todos los consumidores conocen su existencia y que el distintivo de empresario adherido no ha conseguido ser percibido como un sello de confianza que anime a los consumidores a discriminar positivamente a los empresarios adheridos en el momento de contratar. Hace falta que desde las administraciones públicas se continúen llevando a cabo actividades de fomento de las adhesiones, lo que permitirá el acceso a la justicia de mayor número de consumidores, siendo indispensable dotar a las Juntas Arbitrales de suficientes recursos.

Haber optado por un sistema basado en el arbitraje determina, hoy por hoy, la imposibilidad de poder dar respuesta a todas las reclamaciones, dado su carácter esencialmente voluntario. Sin embargo, garantiza obtener una decisión vinculante y ejecutiva que va a ser cumplida por el empresario, ya que en muy pocos casos el

consumidor tiene que recurrir a la ejecución forzosa del laudo. En pocos Estados miembros de la Unión Europea tienen un medio de resolución alternativo gratuito para las partes y que proporcione cobertura a todos los sectores, aunque en algunos de estos, como el financiero, en el que tantos conflictos han surgido en los últimos años, su intervención sea inexistente.

Y aun existiendo algunas carencias, las administraciones públicas y los actores que intervienen en la gestión del SAC se mantienen firmes en seguir trabajando en su crecimiento y en hacer desaparecer los escollos para su acceso. No en vano, pocas instituciones arbitrales en el mundo han dictado tantas resoluciones como las Juntas Arbitrales de Consumo, sin que su actividad, incluyendo la independencia e imparcialidad de los árbitros, haya sido cuestionada.

Anexo I - Abreviaturas más frecuentemente citadas

CE: Constitución Española de 1978

DADR: Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, *relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo* y la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, que incorpora al ordenamiento jurídico español.

IA: Inteligencia artificial

JAC: Junta Arbitral de Consumo o Juntas Arbitrales de Consumo

LA1953: Ley de 22 de diciembre de 1953, *por la que se regulaban los arbitrajes de Derecho Privado*. (disposición derogada)

LA1988: Ley 36/1988, de 5 de diciembre, *de Arbitraje*. (disposición derogada)

LA: Ley 60/2003, de 23 de diciembre de 2003, *de Arbitraje*.

LGDCU: Ley 26/1984, de 19 de julio, *General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*.

LMAPCU: Ley 44/2006, de 29 de diciembre, *de mejora de la protección de los consumidores y usuarios*. (disposición derogada)

LMACM: Ley 5/2012, de 6 de julio, *de mediación en asuntos civiles y mercantiles*

LRAL: Ley 7/2017, de 2 de noviembre, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013, *relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo*

LPACAP: Ley 39/2015 de 1 de octubre, *del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*.

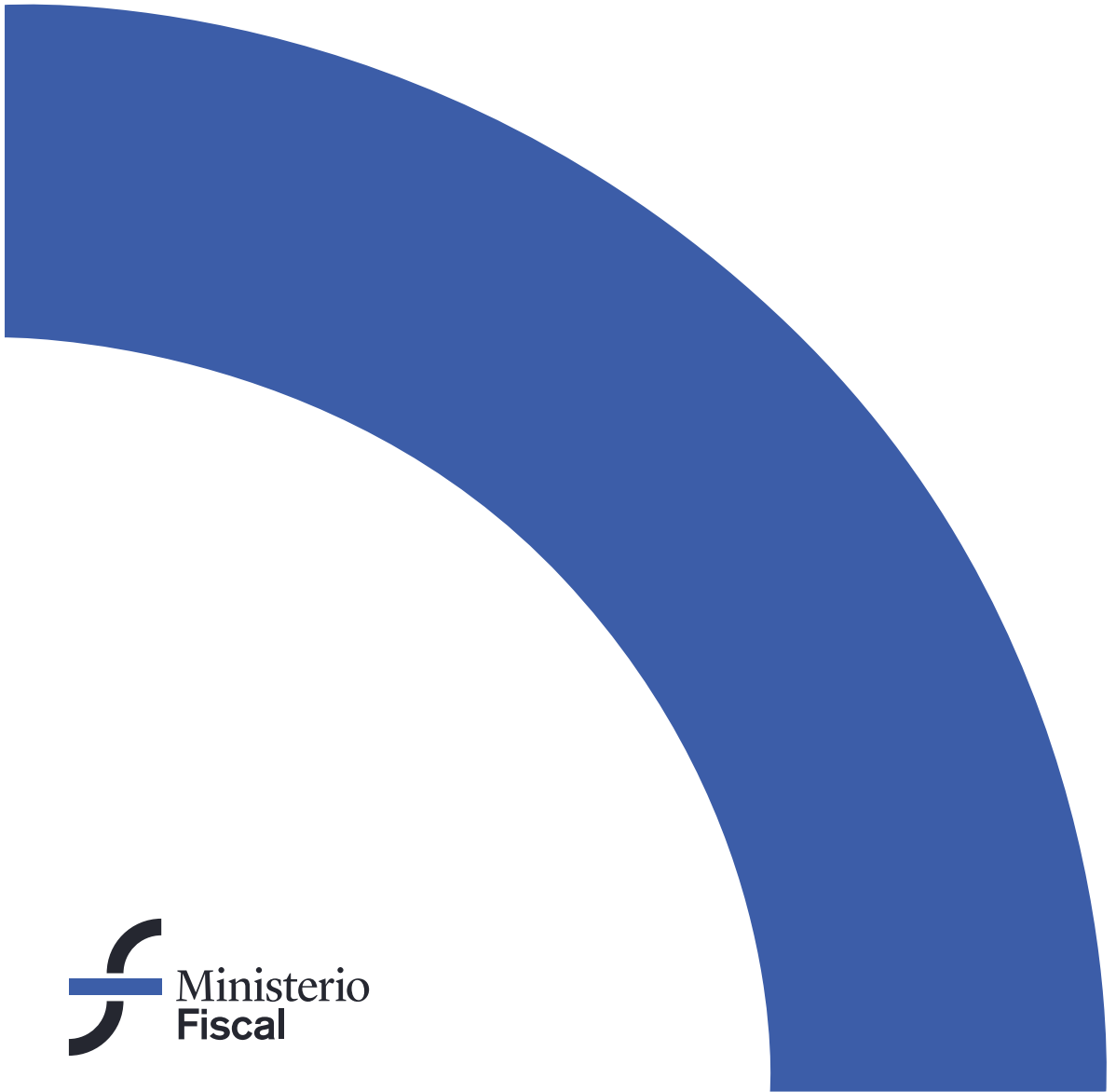
OMIC: Oficina Municipal del Consumidor u Oficinas Municipales del Consumidor

R1993: Real Decreto 636/93, de 3 de mayo, *por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo*. (de disposición derogada)

R2008: Real decreto 231/2008, de 15 de febrero, *por el que se regula el sistema arbitral de consumo*. (disposición derogada)

RSAC: Real Decreto 713/2024, de 23 de julio, *por el que se aprueba el Reglamento que regula el Sistema Arbitral de Consumo*.

TRLGDCU: Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre





La publicidad ilícita



Adrián Zarzosa Hernández

Fiscal del Tribunal Supremo



Resumen

Se analiza en este trabajo la regulación de la publicidad comercial ilícita en España, que persigue garantizar que el consumidor reciba una información veraz de los bienes y servicios que se le ofrecen en el marco de un mercado libre y leal, pero también que el contenido de los mensajes publicitarios que se difundan respete los valores constitucionales, en especial, la dignidad e igualdad de las personas. El auge de internet y las redes sociales ha transformado el mercado publicitario, tanto por las ventajas que presentan estos medios para conocer de modo fehaciente el número de destinatarios del mensaje como por las posibilidades de que la publicidad sea individualizada, lo que añade el problema de la recopilación y tratamiento de los datos personales. Por ello se dedicará un apartado a algunas de las nuevas formas de publicidad que han surgido como consecuencia de las nuevas tecnologías.

1. Introducción

Tanto el art. 169 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) como el art. 38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) obligan a que se garantice en toda la Unión Europea (UE) un alto nivel de protección de los consumidores. Y a ello se une, en lo que vendría a ser una protección indirecta, la necesidad de garantizar el mercado único a través de prácticas comerciales desleales que favorezcan la libre circulación de mercancías y servicios y la libertad de establecimiento.

Uno de los pilares básicos para lograr esa adecuada protección es la regulación de la publicidad de los bienes y servicios ofertados puesto que es evidente que una publicidad engañosa es susceptible de alterar los comportamientos de los consumidores y, por ende, de distorsionar el mercado con el consiguiente perjuicio no solo para los consumidores sino para los comerciantes que actuaron lealmente.

En España existía desde el año 1964 (Ley 61/1964, de 11 de junio, *por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad*) una regulación de la actividad publicitaria que perseguía tanto la garantía de la libre competencia como la defensa del consumidor y en la que ya se exigía la necesidad de que la publicidad fuera lícita, veraz, distinguible de lo que fuera información y que facilitara la facultad de elección del consumidor.

Esta regulación fue sustituida por la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad (LGP) que ya incorporaba las disposiciones de la Directiva 84/450/CEE del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, *relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de publicidad engañosa* y que ha sido objeto de sucesivas reformas.

Hay que precisar que la Directiva 84/450/CEE se decantó por armonizar, en una primera fase, las disposiciones nacionales en materia de protección contra la publicidad engañosa dejando para una segunda la publicidad desleal y la comparativa, así como que su finalidad era tanto la protección de los consumidores como de los comerciantes y el público en general frente la publicidad engañosa y sus consecuencias desleales (art. 1). Posteriormente se dictó la Directiva 97/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, *por la que se modifica la Directiva 84/450/CEE sobre publicidad engañosa, a fin de incluir en la misma la publicidad comparativa* y, más tarde, la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, *relativa a las prácticas*

comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, que modifica la Directiva 84/450/CEE del Consejo, las Directivas 97/7/CE, 98/27/CE y 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y el Reglamento (CE) nº 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo (Directiva sobre las prácticas comerciales desleales). Y, finalmente, la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa que derogó la Directiva 84/450/CEE.

Del conjunto final de toda esta normativa cabe destacar el que se establecen regulaciones distintas dirigidas a colectivos distintos, sin perjuicio de que en los dos casos se protegerá indirectamente al otro.

Por un lado se regula, con carácter de mínimos, la publicidad engañosa y comparativa como forma de protección de los comerciantes (Directiva 2006/114/CE) y, por otro, las prácticas comerciales desleales (incluida la publicidad) en protección exclusiva de los intereses de los consumidores a través de la Directiva 2005/29/CE, que contempla las prácticas comerciales que deben ser consideradas desleales y, por tanto, han de estar prohibidas, por perjudicar los intereses económicos de los consumidores o usuarios. En el conjunto de todas ellas, la publicidad no es más que otra práctica comercial de promoción, venta o suministro de un producto o servicio que utiliza el empresario para informar al consumidor de su existencia, características y precio. Como recogía la STS 515/2005 de 4 de julio “(...) las acciones por publicidad ilícita no pueden desplazar a las de competencia desleal, y el demandante puede optar por interponer aquéllas o éstas, acumularlas con respeto a los requisitos legales, o ejercitarlas alternativamente”.

Además, la Directiva 2005/29/CE contempla únicamente las prácticas comerciales que influyen directamente en las decisiones de los consumidores sobre transacciones relacionadas con el producto, excluyendo cuestiones relativas al buen gusto y el decoro (considerando 7).

La regulación europea se ha incorporado en España a través de dos textos fundamentales, sin perjuicio de la existencia de normativas sectoriales, que son la LGP y la Ley 3/1991, de 10 de enero, *de Competencia Desleal* (LCD), que incluyen supuestos entre los que existe un cierto solapamiento. Aunque la LCD considera la publicidad ilícita un acto de competencia desleal (art. 18), se remite en este aspecto a la LGP. Pero esta a su vez (art. 3.e) reenvía a los distintos supuestos contemplados en la LCD la consideración de cuando una publicidad es ilícita por engañosa, desleal o agresiva.

La LGP define en su artículo 2 la publicidad como “Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones”, en términos, por tanto, muy parecidos a los de Directiva 84/450/CEE y la posterior 2006/114/CE.

La LGP también contiene un catálogo de comportamientos variados que ha ido ampliando con el tiempo y que serían constitutivos de publicidad ilícita, remitiendo a la LCD en todo lo relativo al ejercicio de acciones frente a esa publicidad, incluso cuando la razón de la ilicitud sea ajena al producto.

Señalar que el objeto de la ley, en cuanto a la publicidad ilícita se refiere, es exclusivamente la regulación de la publicidad comercial (así se desprende del art. 7 de la ley al reconocer la existencia de actividades publicitarias no comprendidas en el art. 2) y destacar que define ésta en términos tan amplios (promover de forma directa o indirecta) que permite su aplicación a las nuevas formas de publicidad que van apareciendo como consecuencia de nuevos formatos y argumentos publicitarios (*greenwashing*, *influencers*, marketing predictivo o *deepfake*) a los que iremos haciendo breves referencias más adelante.

Y también que se considera especialmente relevante la Directiva (UE) 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 *por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión*, dirigida entre otras cuestiones a la regulación de los mercados digitales en aspectos tales como los resultados de las búsquedas en línea o la reseña de productos, servicios o empresarios. La Directiva se ha incorporado por medio del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, que modifica la LCD y el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (TRLGDCU).

Es de destacar también el que a partir del 27 de septiembre de 2026 habrá de aplicarse la Directiva (UE) 2024/825 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de febrero de 2024, *por la que se modifican las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y mediante*

una mejor información, que busca (considerando 1) “hacer frente a las prácticas comerciales desleales que inducen a error a los consumidores y les impiden tomar decisiones de consumo sostenibles, como las prácticas asociadas a la obsolescencia temprana de los bienes, las afirmaciones medioambientales engañosas («ecoimpostura»), la información engañosa sobre las características sociales de los productos o las empresas de los comerciantes, o los distintivos de sostenibilidad poco transparentes y poco creíbles”.

Por último, apuntar que a la publicidad ilícita se la puede hacer frente a través de medios diversos (acción judicial, sanciones administrativas, auto regulación,...), estando legitimado el Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción de cesación (art. 33.4 LCD) y, de forma más amplia (art. 6.2.d LGP) en materia de publicidad ilícita por utilizar de forma discriminatoria o vejatoria la imagen de la mujer o por promover las prácticas comerciales para la gestación por sustitución, todo ello sin perjuicio de la facultad de intervenir en el proceso ex artículo 15 Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC).

2. Tipos de publicidad ilícita.

Los arts. 3 a 5 LGP se refieren a esta cuestión que trataremos de exponer sistemáticamente.

2.1 Publicidad que atenta contra la dignidad de las personas.

El artículo 3.a) en su redacción original declaraba ilícita la publicidad que atentara contra la dignidad de la persona o vulnerara los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente en lo que se refiere a la infancia, la juventud y la mujer. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, *de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* (LVG) lo reformuló en el sentido de resaltar la vulneración de los derechos reconocidos en los arts. 18 y 20, apartado 4 de la Constitución Española (CE), en especial la publicidad vejatoria para las mujeres.

Más tarde, la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, *de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia* (LPIIA) declaró ilícita tanto a la publicidad que incitara a cualquier forma de violencia o discriminación sobre las personas menores de edad como aquella que fomenta estereotipos de carácter sexista, racista, estético, homofóbico o transfóbico o por razones de discapacidad. Poste-

riormente se ha añadido al catálogo de publicidades ilícitas aquellas que promuevan la prostitución por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, *de garantía integral de la libertad sexual* (LOGILS) y las prácticas comerciales para la gestación por sustitución por la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, *por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*.

2.1.2 Publicidad contraria a los valores y derechos constitucionales.

Como hemos visto, el art. 3 a) declara ilícita, a modo de cláusula general, “La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución Española, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4”. En realidad, en base a esa declaración se podrían considerar superfluos el resto de los supuestos comprendidos en la letra a) que luego se desglosarán, puesto que todos ellos no son más que supuestos particulares de la declaración general. No obstante, esa expresa mención no carece de importancia de cara a acotar el supuesto de hecho a los efectos de garantía del éxito de una eventual acción contra determinada publicidad.

Se ha planteado por la doctrina si los derechos constitucionales serían solo los contemplados en el art. 53.2 CE o alcanzarían a todos los recogidos en el Título I, pareciendo correcta en cualquier caso la segunda interpretación, aunque solo sea porque el art. 3 a) LGP también se refiere a los valores contenidos en la CE¹. De todos modos, habrá que acudir siempre al caso concreto toda vez que difícilmente el mensaje publicitario atacará directamente el derecho infringido y será también relevante tener siempre en cuenta los usos sociales imperantes a efectos de la admisibilidad o no del mensaje. La mención a los artículos 14, 18 y 20.4 CE marca una serie de límites al mensaje publicitario, pero tampoco deben de perderse de vista los derechos a la libertad de expresión y a la producción artística, lo que obligará a realizar el necesario juicio de ponderación supuesto por supuesto².

Un caso especial se da respecto al derecho a la propia imagen, puesto que el art. 7.6 de la Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho

1 TATO PLAZA, Anxo. Publicidad y Publicidad ilícita. Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch; 2014. (p.1948).

2 En este sentido, cabe citar la STS 860/2009, de 15 de enero, que reconoce que la publicidad comercial forma parte de la libertad de expresión sin perjuicio de que ese derecho esté sometido a límites, por lo que “para comprobar si la restricción resulta proporcionada, en el caso concreto, procederá determinar la relación de prioridad relativa entre los bienes, derechos e intereses en conflicto, lo que implica valorar los argumentos a favor y en contra de la efectividad de la tutela judicial pretendida”.

al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (LODH), consideró desde el inicio como intromisión “La utilización del nombre, de la voz o de la imagen de una persona para fines publicitarios, comerciales o de naturaleza análoga”.

Conviene precisar que la Sala Primera del Tribunal Supremo, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional al respecto, distingue entre el derecho fundamental a la propia imagen y su vertiente meramente patrimonial. Considera que cuando la explotación comercial se haya producido sin consentimiento de la persona, bien porque no se haya prestado, bien porque se haya revocado, puede apreciarse intromisión ilegítima, pues la decisión sobre la explotación de la imagen corresponde a su titular, sin que el consentimiento expreso para que se reproduzca la imagen con determinada finalidad y ámbito no implica una genérica e indiscriminada autorización para que su imagen pueda ser reproducida por un tercero en cualquier medio y contexto (STS 885/2025, de 3 de junio).

Pero en los casos en los que ha existido una cesión previa de la imagen con fines publicitarios y lo que se discute es la interpretación de ese contrato a fin de determinar si ha existido un exceso en la utilización o respetado los términos económicos la cuestión sería ajena a la vulneración del derecho fundamental (STS 219/2023, de 13 de febrero).

La vulneración del derecho a la propia imagen en su dimensión moral constituiría, por tanto, un supuesto de publicidad ilícita por vulneración de derechos fundamentales del afectado, pero también puede constituir un caso de publicidad engañosa o desleal con efectos tanto para el consumidor como para los competidores. Pensemos en el caso de un profesional de reconocido prestigio en determinado campo cuya imagen se usa sin la debida autorización para promocionar un producto relacionado con esa profesión. No cabe duda de que el uso de esa imagen tiene potencial suficiente para influir en la decisión de compra del consumidor y que también coloca en una situación de desventaja competitiva al resto de oferentes en el sector (art. 5.1 LCD), sin perjuicio de que habrá de partirse siempre, para este segundo supuesto, de que conste la oposición del afectado al uso de su imagen.

Un caso especial sería el de los mensajes publicitarios en los que aparece la imagen o voz de un personaje conocido creados mediante técnicas de inteligencia artificial (*deepfake*). Cuando no se cuenta con los permisos necesarios para la utilización de la voz o de la imagen la situación no es distinta de la analizada anteriormente, pero plantea nuevos interrogantes cuando sí se cuenta con esos per-

misos. Se trata de una técnica de gran impacto visual susceptible de atraer poderosamente la atención del público, lo que la convierte en un medio muy atractivo para trasladar el mensaje publicitario. Sirva de ejemplo para el caso español el anuncio de una marca de cerveza utilizando la imagen de una conocida cantante ya fallecida.

Se ha planteado si resulta necesario algún tipo de aviso para que el consumidor sea consciente del empleo de esa técnica. En mi opinión no cabe una respuesta única puesto que dependerá mucho del contenido publicitario. En esta materia debe de atenderse también al concepto jurisprudencial de consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz y a su capacidad de discernimiento valorando los factores sociales, culturales y lingüísticos (considerando 18 de la Directiva 2005/29/CE y art. 4 LCD)³. Cuando por la presentación del anuncio resulte evidente el empleo de la técnica (como ocurría en el caso del antes mencionado) no será necesario. Sin embargo, en otras ocasiones en las que no resulte tan fácil, si resultará imprescindible en aras al principio de veracidad de la publicidad⁴.

De todos modos, no parece que el uso de esas técnicas por marcas consolidadas vaya a plantear excesivos problemas, puesto que el anunciante es el principal interesado en el mantenimiento de una reputación de credibilidad ante el consumidor que perdería en el caso de una utilización incorrecta de ese tipo de publicidad que trasladara al consumidor la sensación de que se ha pretendido engañarle.

Por el contrario, el empleo de esa técnica sí que supone un alto riesgo para el consumidor cuando es empleada por empresas de dudosa legalidad, o se trata directamente de un fraude. Al respecto, cabe citar el aviso que difundió en diciembre de 2023 la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) alertando de la existencia en redes sociales de anuncios falsos de inversiones utilizando la imagen de personas famosas, actores o cantantes a los que se atribuía declaraciones sobre las bondades de esa inversión que nunca habían realizado.

3 La Directiva deja a los tribunales la apreciación de lo que ha de entenderse por consumidor medio, si bien también establece que cuando la práctica comercial está orientada a un grupo concreto de consumidores se tenga en cuenta exclusivamente a ese grupo para considerar al consumidor medio. Busca así también proteger a los consumidores especialmente vulnerables.

4 ALVAREZ RUBIO, J. (El ordenamiento jurídico ante los nuevos argumentos y formatos publicitarios. Revista de Derecho Patrimonial nº 60, enero 2023. Editorial Aranzadi, p. 11 del artículo), plantea si sería admisible la edición de videos en los que, con propósito comercial, un personaje de cierto prestigio en un ámbito determinado, ya fallecido, realice un alegato que matice o contradiga su discurso público conocido.

2.1.3 Publicidad sexista.

Menciona expresamente el art. 3.a) LGP, como publicidad atentatoria a la dignidad de la persona y valores y derechos constitucionales, la publicidad que presente a las mujeres de forma vejatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes de este como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, o asociando su imagen a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos del ordenamiento jurídico coadyuvando a generar violencia contra ella.

Podemos distinguir entre los anuncios que utilizan el cuerpo de la mujer como mero objeto y aquellos que presentan determinados estereotipos de comportamiento. Sobre estos últimos hay que mencionar que la Resolución 2008/2038 del Parlamento Europeo, de 3 de septiembre de 2008, *sobre el impacto del marketing y la publicidad en la igualdad entre mujeres y hombres* señaló que “la discriminación por razones de género sigue estando muy extendida en los medios de comunicación, y que la publicidad y los medios de comunicación que transmiten estereotipos de género pueden ser considerados parte de dicha discriminación” (Considerando H).

- (i) Sobre el primero, hay que señalar que solo será vejatoria la utilización de todo o parte del cuerpo femenino cuando este carezca de relación con el producto que se anuncia. Señala la doctrina⁵ que la parte captatoria de la publicidad es aquel fragmento del mensaje publicitario que, por su configuración, consigue en primer término la atención de los destinatarios, focalizando el interés de éstos, de forma que, si esa imagen es elemento protagonista del mensaje, esto es, el que atrae principalmente la atención de los destinatarios, existiría el ilícito publicitario.

Por tanto, la LGP no prohíbe en todo caso la utilización del cuerpo de la mujer en los anuncios, pues la publicidad será lícita cuando exista una conexión mínima entre el uso de la imagen y el producto, incluso cuando el cuerpo de la mujer se utilice como objeto de atención del consumidor, como sucede en muchas ocasiones con los anuncios de perfumes de mujer. Cuestión distinta sería si se tratara del anuncio de perfume masculino, pues en ese caso sí que existiría esa desvinculación⁶ e incluso podría incurrir en la prohibición del apartado segundo que

5 TATO PLAZA, Anxo. *Op. cit.* (p.1953).

6 Como ejemplo de este tipo de publicidad declarada ilícita y de los criterios de enjuiciamiento, es representativa la campaña publicitaria de un gimnasio en el que se utilizaba como reclamo el cuerpo de la mujer en distintas situaciones. El primer anuncio se desarrolla en una biblioteca donde una chica, vestida con un pantalón muy

luego veremos, si como ocurría antaño se establecía una relación entre el uso del perfume y la atracción de personas de otro sexo.

- (ii) En cuanto al segundo de los comportamientos, hay que señalar que el precepto no prohíbe que el anuncio presente a la mujer realizando una actividad o trabajo tradicionalmente asignada a la mujer, sino que será preciso que el anuncio transmita la impresión de que es una tarea exclusiva de la mujer y pueda ser generador indirecto de violencia contra ella, lo que nos lleva de nuevo al examen de cada caso.

Así, la mención a que el estereotipo coadyuve a generar violencia contra la mujer, cabría entenderla referida a aquellas situaciones en que la exclusividad de la tarea transmita una idea de sumisión y dependencia del varón susceptible de dar lugar a comportamientos agresivos. Ejemplo claro de ello podrían ser aquellos anuncios de antaño en los que la mujer aparecía dedicada a las tareas domésticas y servía una copa al hombre que llegaba de trabajar a casa y se sentaba a descansar.

Hay que tener en cuenta que este apartado no agota los estereotipos sexistas, como veremos en el apartado siguiente, sino que, a nuestro juicio, los circunscribe al ámbito de protección de la mujer frente a la violencia machista.

2.1.4 Publicidad que fomente la violencia o discriminación sobre menores de edad, estereotipos sexistas, racistas, estéticos, homofóbicos, transfóbicos o discriminatorios por discapacidad.

La LPIIA modificó el art. 3.a) declarando ilícita tanto a la publicidad que incitara a cualquier forma de violencia o discriminación sobre las personas menores de edad como aquella que fomente estereotipos de carácter sexista, racista, estético,

corto y ajustado, se agacha para escoger un libro, momento en el que un chico gira la cabeza y la mira y dice una voz en off “somos la razón por la que te giras al pasar”, para después, en una segunda escena, aparecer una mujer sobre un hombre iniciando relaciones sexuales ocupando el trasero de la primera la parte principal de la imagen. Sobre estas escenas, la SAP de Madrid (28ª) 274/2022, de 11 de abril, consideró que en la primera existía una desconexión absoluta entre la utilización del cuerpo femenino y el producto, pues se desarrollaba en un lugar (biblioteca) muy diferente del producto promocionado (gimnasio), el papel protagonista lo tenía unos glúteos femeninos remarcados por la ropa y la acción de agacharse, destacándolo la voz en off al señalarlo como la razón por la que el hombre giraba la cabeza; y respecto a la segunda escena valoró que poco tenía que ver con la actividad deportiva promocionada tanto por su ubicación (un dormitorio) como por la actividad exhibida (relaciones sexuales).

El segundo anuncio, el que podía ser más dudoso, consistía en una lona publicitaria en la que aparecía la parte trasera del cuerpo de una mujer con una prenda elástica que dejaba al descubierto la mayor parte del trasero de dicha modelo. La sentencia atendió para apreciar la desvinculación de la imagen con el producto a datos como el que la ropa empleada era más próxima a la lencería que a la ropa deportiva y que el material deportivo empleado tenía poco que ver con el desarrollo de los glúteos femeninos.

homofóbico o transfóbico o por razones de discapacidad. Nuevamente se trata de una precisión de las conductas contempladas en la primera parte del primer párrafo del artículo.

En lo que a los menores se refiere, esa declaración es consecuente con el objeto de la LPPIA (art. 1) de garantizar los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a su integridad física, psíquica, psicológica y moral frente a cualquier forma de violencia.

Y esa finalidad protectora se extiende a los diversos colectivos que menciona, prohibiendo la actividad publicitaria que fomente estereotipos sobre ellos.

Define la RAE los estereotipos como la “imagen o idea aceptada comúnmente por un grupo o sociedad con carácter inmutable”. Los estereotipos han sido utilizados frecuentemente en la publicidad toda vez que es consustancial a ella el tratar que su mensaje sobre un producto determinado se dirija también a un grupo concreto de potenciales consumidores. La publicidad no crea el estereotipo, sino que lo tiene en cuenta para lograr una mayor eficacia del mensaje que quiere transmitir y se adapta a él, aunque ello puede ocasionar un efecto de retroalimentación al poder ocasionar que el destinatario se amolde a los comportamientos que contiene el mensaje publicitario.

El precepto prohibiría estereotipos sexistas, sobre la raza, características físicas de las personas, colectivos homosexuales y trans y personas con discapacidad, siendo trasladable lo dicho en el apartado anterior sobre los estereotipos sobre la mujer con la salvedad de que ahora no sería preciso que coadyuvaran a la violencia sobre los colectivos mencionados. Entendemos que lo busca la ley no es solo evitar la generación de violencia sino el que la publicidad pueda reforzar determinadas ideas preconcebidas sobre esos colectivos de forma que la pertenencia a ellos no limite sus posibilidades de desarrollo personal y promoción social de sus miembros. Por ello, lo relevante es que el anuncio no transmita la sensación de que la acción o imagen que se presenta es exclusiva del colectivo en cuestión.

Ejemplos de estos comportamientos serían aquellos en los que aparecen personas de determinadas razas asociados a una forma de vestir, bailar o ganarse la vida. O cuando, respecto de las características físicas de las personas, se presenta a alguien con exceso de peso asociado al buen sabor de un producto⁷.

⁷ Se publicó un anuncio en Facebook en el que una mujer de raza negra se convertía en blanca tras lavarse con el jabón de una marca o hubo un anuncio de conservas en el que una mujer delgada se preocupa por cómo

En cuanto a los estereotipos sexistas, no incluidos en los supuestos del apartado anterior por no coadyuvar a la violencia, estos podrían consistir en remarcar ciertas características (estabilidad emocional, autocontrol, afectividad) o dedicación a profesiones que se han venido tradicionalmente atribuyendo a hombres y mujeres. A veces puede aparecer de modo sutil y enmascarado por una visión humorística, como puede ser el caso de la ejecución de tareas domésticas en el que se presenta al varón como torpe. Pero también se caería en el estereotipo si en un anuncio aparecieran solo hombres desarrollando determinados trabajos como los de piloto, bomberos, científicos, etc. En nuestra opinión, la finalidad del precepto es que en esos anuncios se refleje una diversidad razonable, sin perjuicio de que siempre habrá casos en el que la aparición de solo un género asociado a una profesión esté justificado debido a su conexión con el producto que se quiere vender⁸.

Y, por último, hay que aludir que, en el conflicto entre el derecho fundamental de los afectados por el anuncio y el derecho a la libertad de expresión los estereotipos negativos del grupo deben alcanzar un nivel de gravedad⁹.

2.1.5 Publicidad que promueva la prostitución.

Uno de los primeros esfuerzos por atajar este tipo de publicidad surgió como consecuencia de la preocupación por la proliferación de este tipo de anuncios en la prensa escrita motivada la importante fuente de ingresos que suponía para los periódicos. En ese contexto se emitió el informe del Consejo de Estado de 9 de marzo de 2011 *sobre las posibilidades de actuación contra anuncios de contenido sexual y prostitución publicados a diario en diversos medios de comunicación de prensa escrita*. En el informe se destaca como la prostitución constituye una actividad económica amparada jurídicamente por el derecho comunitario, cuando se ejerce por personas adultas y de forma independiente o autónoma¹⁰, si bien es solo tolerada, lo que implica que quede excluida de toda acción positiva de fomento por parte del derecho o de los poderes públicos. El Consejo de Estado

será en el futuro su pareja, en ese momento también delgada, cuando descubre que quien va a ser su suegro tiene sobrepeso. Se considera que en estos dos casos directamente se atacaría directamente la dignidad de la persona, no indirectamente mediante el estereotipo.

8 A modo de ejemplo, no caería en el estereotipo un anuncio de productos de higiene femenina en el que solo aparecieran enfermeras y destacaran su comodidad para el ejercicio de su actividad laboral, pero sí si lo que se anunciara fuera un producto antiséptico para las heridas.

9 La STS 960/2024 de 9 de julio, citando la STDH del caso Budinova c. Bulgaria, recoge como factores a tener en cuenta a la hora de realizar el juicio de ponderación: a) el tamaño del grupo, su grado de homogeneidad, su vulnerabilidad o historial de estigmatización o si se encuentran en situación social desfavorable; b) la capacidad de lo manifestado para transmitir un estereotipo negativo sobre el grupo en su conjunto y el contenido específico de dicho estereotipo; c) la forma y el contexto de la manifestación.

10 STJUE de 20 de noviembre de 2001 (asunto Jany y otras).

justificó la posibilidad de limitar la prostitución en la situación de menoscabo de la dignidad de la mujer, en el entramado de organizaciones (unas veces criminales y otras socialmente inaceptables) que surgen en torno a esta actividad y en el acceso fácil y masivo de los menores a la prensa escrita sin restricciones de ese tipo de anuncios. Hay que destacar que el informe abogaba por que la prohibición se plasmara en un texto distinto a la LGP y también que hacía consideraciones sobre la conveniencia de la extensión de la prohibición a otros medios como los teléfonos eróticos, videoclubs pornográficos, la televisión o internet.

La LGP se limita a declarar ilícita aquella publicidad que promueva la prostitución, sin que encontremos en la LOGILS una mayor concreción de estas conductas o una definición de estas actividades. Tal como se regula, al emplear el término *promueva*, es una prohibición de gran amplitud, aplicable también a la publicidad de contenidos directamente relacionados con la prostitución como pueden ser los servicios de acompañante, masajista o peticiones de visionado en directo de determinados actos sexuales a través de internet.

Hay que indicar que mientras que la erradicación de esta publicidad ha resultado fácil en determinados medios (prensa escrita y por internet o anuncios de televisión) no lo ha sido tanto respecto de las páginas web que facilitan la publicación de anuncios dedicadas a publicitar ese tipo de servicios a personas que supuestamente ejercen libremente la actividad. Ello ha llevado a que el Ministerio de Derechos Sociales, Consumo y Agenda 2030 haya incoado diversos expedientes sancionadores, fundados en el uso de prácticas desleales con los consumidores (art. 47.1.m TRLGDCU) a las páginas web que siguen manteniendo la publicidad y acordado su cierre cautelar.

En relación con estas sanciones hay que destacar dos resoluciones del TSJ de Madrid¹¹, limitadas al cierre cautelar acordado, que confirman la legalidad de la medida. Consideran estas resoluciones que al permitir la página web que terceras personas inserten contenidos que promuevan y facilitan el ejercicio de la prostitución y los contactos para ello, está favoreciendo, entre otros, la explotación femenina y fomentando la violencia sexual, no siendo posible justificar en el derecho fundamental a la libertad de expresión, que se publicite esa actividad mediante la oferta de servicios sexuales, entre otros, por mujeres, para facilitar la correlativa aceptación y encuentro por potenciales clientes, pues ello redundaría en perjuicio, no solo de quienes ejercen la prostitución, sino que también consuma la explotación femenina y atenta contra un adecuado desarrollo de la vida sexual de las generaciones más jóvenes.

11 Sentencias de la sala de lo contencioso (sec. 6ª) 435/2024, de 3 de julio, y 92/2025 de 27 de febrero.

A la vista de los fundamentos de estas resoluciones entiendo que queda fuera de duda el que la prohibición engloba tanto a la prostitución femenina como a cualquier forma de la masculina. Por un lado, porque el precepto menciona la prostitución sin distinción alguna y, por otro, porque si bien hay ciertos argumentos para su ilicitud que se refieren exclusivamente a la mujer, existen otros aplicables tanto a hombres como a mujeres (dignidad de la persona o adecuado desarrollo de la vida sexual de las generaciones más jóvenes).

2.1.6 Publicidad que promueva las prácticas comerciales para la gestación por sustitución.

La ilicitud de la publicidad de las prácticas comerciales para la gestación por sustitución fue introducida por la L.O. 1/2023, de 28 de febrero, que, atendiendo a su Preámbulo, pretendía la prohibición de la publicidad de las agencias de intermediación.

La gestación por sustitución es un tema especialmente sensible que está provocando un amplio debate social y político no solo en España sino también en Europa que intenta sin muchos resultados de momento, armonizar la legislación existente en los diversos estados miembros. También dentro del Convenio de la Haya existen intentos de regulación sin éxito. En España en concreto dicho contrato es nulo conforme al art. 10 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción asistida.

Es importante señalar que la STS (Pleno) 277/2022, de 31 de marzo, tras recordar que la gestación por sustitución comercial vulneraba gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos, tratando a la madre gestante como el niño a gestar como meros objetos y privándolos de los derechos fundamentales inherentes a su dignidad como personas, mencionaba como las agencias de intermediación hacían publicidad de su actividad “pese a que el art. 3.1 de la Ley General de Publicidad considera ilícita «la publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución Española»”, organizando ferias en las que promovían sus servicios. En consecuencia, puede concluirse que la publicidad de esos servicios ya era ilícita con anterioridad a la reforma, sin perjuicio de que la tipificación concreta siempre facilitará el ejercicio de las acciones frente a ella.

Por ello la Fiscalía ha incoado diligencias preprocesales para investigar las diversas páginas web que brindan y publicitan servicios de intermediación y gestión en

los procesos de gestación subrogada, alguno de los cuales han finalizado al haber sido atendido el requerimiento de cesación dirigido a los responsables.

En otros casos, con base en la legitimación del art. 6 LGP, el Ministerio Fiscal ha iniciado diversas acciones de cesación frente a determinadas páginas web que brindaban estos servicios, presentándose como agencias de gestación subrogada internacional, ofreciendo acompañamiento y asesoramiento sobre los países y costes, el equipo de profesionales, y las garantías del proceso. Hay que señalar que ha recaído ya sentencia estimatoria en la primera instancia¹² respecto de una de las demandas y que esta, en cuanto a la alegación de la parte demandada acerca de la inexistencia de un acto de publicidad con ánimo de lucro en la página, lo descarta por constatar que ha existido una información sobre los servicios de la demandada pues “la utilización de una web, un blog y unos perfiles en redes sociales, que, en cuanto difunden la prestación de unos concretos servicios en el mercado de potenciales clientes, son actos de publicidad, y por expresa acotación legislativa, la publicidad de estos servicios está proscrita”.

En definitiva, y es algo que resulta lógico conforme a la definición de publicidad contenida en el art. 2 LGP, será ilícita la publicidad de estas agencias tanto sea resultado de una campaña publicitaria como por la exposición de los servicios ofrecidos por el propio negocio.

2.2 Publicidad dirigida a menores.

Como señala JUSTO MEJÍAS¹³, hasta cierta edad los menores son incapaces de separar realidad y fantasía e incluso percibir el carácter publicitario del mensaje, a lo que se añadiría su falta de capacidad para calibrar los valores reflejados en el mensaje, de forma de poder llegar a percibir la agresividad como un medio válido para conseguir un objetivo.

Lo anterior explica la necesidad de proteger especialmente a los menores de la publicidad dirigida específicamente a ellos. El art. 3.b) LGP aborda la cuestión considerando ilícita:

La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persua-

¹² SJM12 de Madrid 147/2025 de 29 de mayo.

¹³ MEJÍAS QUIRÓS, J. J. (2024). Protección del menor frente a los abusos de la publicidad. Anuario De Filosofía Del Derecho, (40). <https://doi.org/10.53054/afd.vi40.10402>, (pags. 250-251)

diendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.

Vemos que contempla distintos supuestos de ilicitud con relación a la publicidad dirigida a los menores¹⁴:

- (i) Aquella que incite directamente a la compra explotando su inexperiencia o credulidad.

Aunque el objeto de toda publicidad es convencer al destinatario de las bondades del producto ofrecido despertando en él la conveniencia de su compra, el legislador ha considerado que, por las características del público al que se dirige el mensaje publicitario, no resulta adecuado que se exhorte de forma directa a un menor a la compra del bien o servicio¹⁵. Se trata de un supuesto distinto al de que la presentación del producto se haga de forma que se aproveche la credulidad natural del menor (sería un caso de inducir a error sobre las características de los productos que luego veremos).

El artículo prohibiría terminantemente llamadas directas a la compra con expresiones tales como “compra”, “tienes que conseguirlo”, “coleccionalo” o “no te puede faltar”. Otras expresiones como “diviértete” o “juega” serían más dudosas porque que se asocian con la compra (implican que ha de poseerse el producto) pero no de forma tan directa, por lo que habrían de analizarse caso por caso.

14 El precepto fue introducido por la Ley 29/2009 que modificó la LCD y que también estableció (art. 30 LCD) como práctica agresiva en relación con los menores incluir en la publicidad una exhortación directa a los niños para que adquieran bienes o usen servicios o convenzan a sus padres u otros adultos de que contraten los bienes o servicios anunciados. Ya el art. 16 de la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, *sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva*, prohibía estas conductas para la publicidad televisada. Esta Directiva se modificó (Directiva 2007/65/CE) ampliando la prohibición a cualquier servicio de comunicación a través de redes electrónicas y fue sustituida por la Directiva 2010/13/UE, a su vez modificada por la Directiva (UE) 2018/1808 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, *por la que se modifica la Directiva 2010/13/UE sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual)*, habida cuenta de la evolución de las realidades del mercado, transpuesta en nuestro país mediante la Ley 13/2022, de 7 de julio, *General de Comunicación Audiovisual (LGCA)*, que protege a los menores de las comunicaciones comerciales audiovisuales (art. 124) en términos parecidos a los de la LGP.

15 El artículo 9.1.g) de la Directiva 2010/13/UE es más claro al establecer que las comunicaciones audiovisuales comerciales no incitarán directamente a los menores a la compra o arrendamiento de productos o servicios aprovechando su inexperiencia o credulidad.

(ii) La que los muestre persuadiendo a padres o tutores para comprar.

Se trata de un supuesto objetivo de fácil comprobación. El precepto impide presentar al menor solicitando a los padres o tutores la compra del producto y cabría entender que también incluiría aquellos anuncios en que, sin mostrarse la situación, se recomendara a los menores que pidieran el producto a sus padres. No parece tampoco que pueda eludirse la finalidad de la prohibición con recomendaciones al menor del tipo “pídeselo a los Reyes Magos”.

(iii) La que los presente en situaciones peligrosas sin justificación.

Cabe entender que el legislador, consciente de que los menores pueden ser proclives a imitar los comportamientos que aparecen en los anuncios publicitarios, ha optado por la prohibición de que el menor aparezca en cualquier situación de peligro, como puede ser la realización de determinadas actividades deportivas de riesgo impropias para su edad vinculándolas al consumo de un determinado producto. Esta prohibición no es absoluta puesto que se añade que esa aparición no se encuentre justificada. La excepción parece estar pensada para aquellas campañas publicitarias de concienciación acerca de la peligrosidad de determinadas conductas (por ejemplo, publicidad de un sistema de retención infantil). Y es que, aunque por la sistemática del artículo podría surgir la duda de si el artículo prohíbe esa representación en peligro de los menores únicamente cuando la publicidad se dirige a ellos, también es verdad que si lo importante es evitar la imitación del comportamiento peligroso habrá de extenderse a cualquier anuncio por la posibilidad de que sea visionado por el menor¹⁶.

(iv) Aquella que induzca a error sobre la seguridad, características del producto o aptitudes de manejo.

En este apartado cabría la misma duda que en el apartado anterior acerca de si es preciso el requisito de que la publicidad del producto vaya dirigida expresamente a un público menor de edad, si bien es cierto que, en ocasiones, esa circunstancia no será fácil de discernir y dependerá de los mensajes, personas o lenguaje que aparezca en el anuncio, puesto que un mismo producto puede anunciarse para distintos tipos de consumidores mediante anuncios diferenciados en los que se destaque una u otra característica. Entiendo que, si el producto se publicita

16 MEGÍAS QUIRÓS, J. J. (*op. cit.* pag. 245) destaca la falta de una mención expresa en la LGCA a la participación de los menores en la publicidad y el que los códigos de conducta se limitan a meras recomendaciones sobre este aspecto.

indiscriminadamente y es susceptible de ser consumido por todos los públicos, no hay razón para no aplicar la solución del apartado anterior, en aras de una mejor protección del menor, si bien es verdad, por otro lado, que parece que el apartado está redactado pensando principalmente en los juguetes¹⁷ y, por tanto, la publicidad irá normalmente dirigida al niño y se cumplirá el requisito.

Con independencia de lo anterior, el artículo se refiere a tres comportamientos distintos. Por un lado, cuando se induzca a error sobre la seguridad del producto. Entendemos que este comportamiento se producirá, por ejemplo, cuando el juguete es imitación de un producto para adultos que ofrece una seguridad de la que carece el juguete, como ocurre en el caso de cascos o rodilleras protectoras.

Por otro, se penaliza el inducir a error sobre las características del producto. Este supuesto sería el más frecuente y, principalmente, se referiría a la presentación del producto adornándolo de unas propiedades y utilidades de las que carece, relativas a su tamaño, funcionamiento, color, sonido o duración u omitiendo circunstancias como que requieren de un montaje o de pilas. El ejemplo más clásico es aquel en que se da la impresión de que el juguete se mueve por sí solo cuando no es así y requiere que sea movido por el niño.

Y, por último, la LGP prevé el supuesto en que se da la impresión de que el juguete no presenta especiales dificultades de manejo cuando en realidad requiere cierta habilidad para poder ser usado satisfactoriamente y sin riesgo para el menor o terceros. En este aspecto resultará relevante el que se indique la edad recomendada para su uso seguro o satisfactorio, sin que sea adecuado presentar en el anuncio a niños pequeños utilizando juguetes aptos para niños de más edad.

2.3 Publicidad subliminal.

El art. 3.c) prohíbe la publicidad subliminal, definida en el art. 4 como aquella que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogas, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.

Ejemplos de este tipo de publicidad sería el la de inserción de una imagen publicitaria en un mensaje no publicitario de forma tan fugaz que resulta imperceptible

¹⁷ La Directiva 2009/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de junio de 2009, *sobre la seguridad de los juguetes*, considera como tales (art. 2.1) a los productos diseñados o previstos, exclusivamente o no, para ser utilizados con fines de juego por niños menores de catorce años.

para el destinatario. Se supone que, pese a que no se ha sido consciente del mensaje publicitario este despliega su eficacia en su inconsciente, si bien no existen estudios concluyentes sobre la eficacia de este método. De hecho, el experimento más famoso al respecto es el que realizó James Vicary en el año 1956 en Estados Unidos y parece que más tarde reconoció no haberlo realizado¹⁸. En todo caso, no se ha comprobado posteriormente la eficacia de esta técnica¹⁹, si bien resulta que generó tal estado de opinión que fue el origen de la prohibición expresa de este tipo de publicidad en muchas legislaciones.

La exigencia del artículo de que esos estímulos estén en la frontera de la percepción sensorial la diferencia de la publicidad encubierta, en la que se oculta al destinatario que lo transmitido es un mensaje publicitario, puesto que en esos casos el espectador sí que es consciente del producto presentado, pero ignora que aparece como consecuencia de una campaña publicitaria.

Ejemplo de lo anterior sería el de aquellos casos en que determinado producto aparece en una serie televisiva, entrevista o película, pero también cuando se difunde la publicidad aparentando dar una noticia.

El primer supuesto sería el llamado emplazamiento del producto, regulado en el art. 129 LGCA²⁰, que exige para que sea lícito el que no se dé una prominencia indebida al producto, no se incite directamente a la compra, se advierta de que se trata de un emplazamiento y no se realice en noticiarios, programas relacionados con la protección del consumidor, religiosos e infantiles.

El segundo supuesto sería el de la publicación de artículos o noticias sin indicar que obedece a un pago publicitario y presentada de forma que sea susceptible inducir al público a error en cuanto a su naturaleza informativa.

18 Consistió supuestamente en introducir durante la proyección de una película imágenes ocultas recomendando beber un refresco y comer palomitas, transmitidas con tal velocidad que no eran percibidas por el público con el resultado de que la compra de esos productos por los espectadores aumentó significativamente tras los mensajes subliminales.

19 Según señala ÁLVAREZ SIGÜENZA, J. F. (2024). La publicidad subliminal: análisis del riesgo de su presencia en los medios de comunicación (2024) *European Public & Social Innovation Review*, 9, pag. 5, la Asociación Psicológica Americana (APA) (1983) en su Declaración de Política sobre Publicidad Subliminal concluyó que “no existe evidencia de que la publicidad subliminal como se define en esta declaración sea eficaz”, sosteniendo que, en general, las personas no pueden percibir o procesar de manera efectiva información que se presenta de manera subliminal; es decir, que a priori el espectador no es consciente de su influencia. No obstante, el autor pone en el artículo diversos ejemplos de esta técnica detectados en algunos anuncios.

20 Lo define como toda forma de comunicación comercial audiovisual que incluya, muestre o se refiera a un producto, servicio o marca comercial de manera que figure en un programa o en un vídeo generado por usuarios, a cambio de una remuneración o contraprestación similar.

Sobre la publicidad encubierta resulta de gran interés lo recogido en la STS (3ª) 1573/2018, de 31 de octubre:

*“(...) Todo ello partiendo de la premisa de que la publicidad encubierta, por su propia mecánica, implica una promoción comercial no explícita o clara, pues se hace de forma subliminal, con ocultación de la finalidad publicitaria, lo que genera un indudable riesgo de provocar error en los consumidores, invitándoles o incli-
nándoles de forma subrepticia, no consciente, al consumo del producto presen-
tado. Y es que, en efecto, se trata de espacios televisivos que, bajo la apariencia de
entrevistas y sin ser formalmente publicitarios, albergan un claro ensalzamiento de
determinados productos; e incluso en los casos en que no se indica expresamente
la marca o nombre comercial del producto, se ofrecen datos suficientes para su
completa identificación y se facilita el cauce comercial para su adquisición”.*

Es indiferente, por tanto, que la información o características del producto o marca publicitada sea real, pues la verdadera conducta engañosa en este tipo de publi-
cidad consistiría en presentar como información lo que constituye una promoción y
el error en el consumidor se provoca por la apariencia del mensaje y no por su con-
tenido. Pensemos, a modo de ejemplo, en una entrevista en la que se presenta un
producto o técnica como un avance revolucionario ocultando que está patrocinada.

Y un tercer supuesto, al que nos referiremos más adelante de forma separada, sería
el de la publicidad encubierta a través de líderes de opinión en redes sociales
(*influencers*).

2.4 Publicidad sobre determinados productos, bienes, actividades o servicios que infrinjan una normativa.

El art. 3.d) considera también ilícita la publicidad que infrinja lo dispuesto en la nor-
mativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades
o servicios.

El art. 5 menciona determinados bienes o servicios remitiéndose en ocasiones sin
más a lo que se regule en normas especiales (materiales o productos sanitarios,
aquellos susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las perso-
nas o de su patrimonio, juegos de suerte, envite o azar) o estableciendo determi-
nadas prohibiciones expresas (bebidas alcohólicas²¹). Hay que destacar que el

²¹ Sobre la publicidad de este tipo de productos, resulta de gran interés, por equiparar, a los efectos de apre-
ciar la existencia de publicidad ilícita tanto del producto como de la marca, la STS 734/1997 de 26 de julio que

apartado 6 de este artículo señala que el incumplimiento de las normas especiales que regulen la publicidad de los productos, bienes, actividades y servicios tienen la consideración de infracción a los efectos previstos en el TRLGDCU, por lo que la protección frente a esta publicidad es posible tanto en el ámbito administrativo como en el civil.

En cuanto a esta legislación sectorial, y sin ánimo de exhaustividad, se señala que, en el ámbito financiero el art. 9 de la Ley 16/2011, de 24 de junio, *de contratos de crédito al consumo*, establece la información básica que deberá figurar en la publicidad. Y los arts. 12 y 19 de la Ley 2/2009, de 31 de marzo, *por la que se regula la contratación con los consumidores de préstamos o créditos hipotecarios y de servicios de intermediación para la celebración de contratos de préstamo o crédito*, regulan las comunicaciones comerciales y publicidad relativas a la contratación e intermediación de los préstamos. También se ha de tener en cuenta la Orden EHA/1718/2010, de 11 de junio, *de regulación y control de la publicidad de los servicios y productos bancarios* o la Circular 4/2020, de 26 de junio, del Banco de España, *sobre publicidad de los productos y servicios bancarios*.

En el ámbito de la salud, se puede mencionar Ley 28/2005, de 26 de diciembre, *de medidas sanitarias frente al tabaquismo y reguladora de la venta, el suministro, el consumo y la publicidad de los productos del tabaco*, la Ley 33/2011, de 4 de octubre, *General de Salud Pública*, el Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, *sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria* o el Real Decreto 1416/1994, de 25 de junio, *por el que se regula la publicidad de los medicamentos de uso humano*.

En materia alimentaria puede citarse el Real Decreto 1334/1999, de 31 de julio, *por el que se aprueba la Norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios* y en materia de enseñanza el Real Decreto 401/1979, de 13 de febrero, *por el que se regulan las denominaciones y la publicidad de los Centros docentes no estatales*.

consideró que cuando "la marca o el nombre comercial se identifica en forma socialmente manifiesta y palmaria y en el común sentir de los consumidores se asocia automáticamente al producto, la actividad publicitaria de este como prohibida, por vía televisiva, ha de calificarse como ilícita, por vulnerar una norma prohibitiva legal, aunque se adopten artificios o artilugios disimuladores del mensaje que se quiere en realidad transmitir al público que presencia el programa de televisión que se utiliza como medio de comunicación comercial-social, pues ante la confusión de productos el que se mantiene y predomina entre los consumidores es aquel que tiene más renombre y repercusión en el mercado y por el que se identifica la marca, produciéndose en este caso una inevitable y casi impuesta asociación entre la marca "N." y el licor Pacharán de su misma denominación".

Y no hay que olvidar que la LGCA, recogiendo las novedades introducidas en 2018 en la Directiva 2010/13/U, prohíbe o regula también algunos aspectos sobre la publicidad de determinados productos en los medios audiovisuales (productos del tabaco, sanitarios, bebidas alcohólicas, esoterismo o juegos de azar).

2.5 Publicidad engañosa, desleal o agresiva.

Finalmente, el art. 5.e) LGP declara ilícita la publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal. La LGP regulaba también inicialmente la publicidad engañosa y la desleal hasta la reforma operada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, momento en el que se decide remitir la definición de esas conductas a la LCD.

Ahora bien, resulta que la LCD lo que establece es un catálogo de prácticas de forma no siempre ordenada y que, por sus características, no todas se van a poder producir a través del mensaje publicitario. En lo que afecta directamente a los consumidores, el art. 19 LCD considera prácticas comerciales desleales las previstas en los arts. 4, 5, 7 y las previstas en los arts. 20 a 31, con la particularidad de que, salvo las conductas del art. 20, estas últimas serán desleales en todo caso y circunstancia. Se mencionan brevemente a continuación:

- (i) Publicidad engañosa. Como se recoge en la STS 435/2018, de 11 de julio, la LGP no contiene una tipificación expresa de la publicidad engañosa ni consiguientemente la define, sino que se remite a lo dispuesto en la LCD, esto es, a los actos de engaño del art. 5, las omisiones engañosas del art. 7 o las prácticas engañosas de los arts. 21 a 27 LCD.

Por ello, habrá que examinar si la conducta publicitaria infringe alguna de las conductas previstas en los arts. 21 a 27 LCD: información incorrecta sobre códigos de conducta u otros distintivos de calidad, prácticas señuelo, información falsa sobre propiedades del bien o servicio o del servicio postventa, promocionar ventas piramidales, hacer creer que el bien o servicio procede de un comerciante distinto, publicidad encubierta, presentar derechos del consumidor como ventaja de la oferta, información falsa sobre la disponibilidad (escasez) del producto, presentarse el empresario como consumidor, reventa de entradas obtenidas por métodos automatizados, reseñas de consumidores sobre el producto falsas.

Las conductas anteriores serán siempre publicidad ilícita, sin perjuicio de otras distintas menos detalladas (arts. 5 y 7), en las que caso por caso habrá que deter-

minar si se ha proporcionado u omitido en el mensaje publicitario la información necesaria para que el consumidor pueda decidir adquirir lo ofrecido con conocimiento de causa. La STS 368/2018, de 19 de junio, nos explica que el carácter ilícito de la publicidad se produce cuando el mensaje publicitario resulta apto para inducir al error e idóneo para afectar al comportamiento económico del consumidor, lo que se producirá “cuando con una clara inobservancia de este deber de precisión o concreción, la ambigüedad calculada del mensaje publicitario, con referencias genéricas e indeterminadas, silencia datos fundamentales de los productos y servicios ofertados que inducen a error a los destinatarios, con una clara falta de transparencia acerca de la comunicación de estos datos fundamentales necesarios para que los clientes puedan adoptar un comportamiento económico correcto”²².

- (ii) Publicidad desleal. Esta publicidad, en lo que afecta directamente al consumidor, se encontraría regulada en el art. 20 LCD, que considera desleales la publicidad, incluida la comparativa, susceptible por las circunstancias de crear confusión en el consumidor, incluido el riesgo de asociación, con el producto de otro competidor afectando a su comportamiento económico.
- (iii) Publicidad agresiva. Esta lo será siempre si el supuesto puede subsumirse en las conductas detalladas en los arts. 28 a 31, si bien es cierto que alguna de ellas parece difícil de que puedan darse en el ámbito de la publicidad, razón por las que se omitirán al enumerarlas: visitas domiciliarias o hacer propuestas no deseadas y reiteradas por teléfono, fax, correo electrónico u otros medios de comunicación a distancia, exhortaciones directa a los menores para adquirir lo ofrecido o para que convengan a sus padres (ya previsto en el ámbito exclusivamente publicitario en el art. 3 LGP), informar expresamente al consumidor de que el trabajo o el sustento del empresario corre peligro si no se contrata el bien o servicio, las visitas no solicitadas efectuadas por el empresario en el domicilio del consumidor o usuario o las excursiones organizadas por el mismo con el objetivo o el efecto de promocionar o vender bienes o servicios sin cumplir con las restricciones que establezca la ley.

22 También la STJUE de 4 de junio de 2015 (asunto C-195/2014), referida a un supuesto de etiquetado engañoso de una infusión con imágenes de frutas que no contenía, nos aporta una serie de precisiones orientativas para el órgano jurisdiccional nacional que son trasladables a cualquier supuesto de presentación engañosa. Así habrá que tener en cuenta la impresión que la información cause a un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz, atendiendo en concreto a los términos y las imágenes que se han utilizado, así como la situación, tamaño, color, tipo de letra, lengua, sintaxis y puntuación de los diversos elementos que figuran en el envase y como el etiquetado en su conjunto es de tal naturaleza que induce a error al comprador sobre las características del producto.

Y con carácter general (art. 8) será agresiva aquella publicidad susceptible de mermar de manera significativa, mediante influencia indebida, la libertad de elección o conducta del destinatario en relación con el bien o servicio.

2.6 Publicidad ilícita en las nuevas formas de publicidad.

Se va a hacer una breve referencia a estas nuevas formas de publicidad, no porque en muchos casos comporten publicidades ilícitas distintas a las ya vistas, sino por las peculiaridades que supone el empleo de argumentos y medios publicitarios que han ido surgiendo en los últimos tiempos como consecuencia de la evolución social y técnica y por el aumento de su uso que se viene produciendo. En este apartado destacamos:

- (i) El *greenwashing*, *lavado verde* o *ecopostureo*. De la misma forma que la publicidad ha tratado de recoger la preocupación del consumidor por los productos saludables y ecológicos, enfocando sus campañas a resaltar ese carácter (hasta el punto de destacarse de un caramelo que contenía un 0% de materia grasa), se intenta ahora, tanto respecto de un producto como de la imagen de marca de un productor, resaltar la sostenibilidad o responsabilidad medioambiental, con la finalidad de conseguir el favor del consumidor bien hacia el producto o hacia la empresa en sí. Cuando no exista fundamento alguno para la afirmación, o sea insuficiente, se incurriría en esta conducta por engañosa²³.

Sobre la regulación de estas prácticas, hay que mencionar la Directiva (UE) 2024/825, cuyas disposiciones serán aplicables a partir del 27 de septiembre de 2026. Modifica el art. 2 de la Directiva 2005/29/CE definiendo como afirmación medioambiental *“todo mensaje o representación que no sea obligatorio con arreglo al Derecho de la Unión o al Derecho nacional, en cualquier forma, incluida la representación textual, pictórica, gráfica o simbólica, tales como los distintivos, los nombres comerciales, los nombres de empresas o los nombres de productos,*

23 En el año 2023 la Organización de consumidores de España (OCU) difundió un estudio efectuado en unión de otras organizaciones de consumidores de distintos países, sobre el uso de esta técnica en los envases de agua embotellada de distintas marcas. En ellos aparecían mensajes como “100% reciclable” cuando era algo que no dependía de los envasadores sino de la infraestructura de reciclado que era ajena a ellos. También se afirmaba que el envase era “100% reciclado” a pesar de que, según la legislación de la Unión Europea, las tapas de las botellas no pueden fabricarse con materiales reciclados y de que las etiquetas no suelen fabricarse con material reciclado. También mencionaba que en muchas botellas se utilizaban “imágenes de bucles cerrados, logotipos “verdes” o imágenes de la naturaleza, con las que se busca transmitir la idea de neutralidad medioambiental, circularidad en el ciclo de vida del plástico e incluso dan la impresión de que las botellas tendrían un impacto positivo en el medio ambiente”.

en el contexto de una comunicación comercial, y que indique o implique que un producto, categoría de productos, marca o comerciante tiene un impacto positivo o nulo en el medio ambiente, es menos perjudicial para el medio ambiente que otros productos, categorías de productos, marcas o comerciantes, o ha mejorado su impacto a lo largo del tiempo”.

Y también el art. 6, considerando una acción engañosa “hacer una afirmación medioambiental relacionada con el comportamiento medioambiental futuro sin compromisos claros, objetivos, disponibles públicamente y verificables establecidos en un plan de ejecución detallado y realista que incluya metas mensurables y acotadas en el tiempo y otros elementos pertinentes necesarios para apoyar su aplicación, como la asignación de recursos, y que sea verificado periódicamente por un tercero experto independiente, cuyas conclusiones se pongan a disposición de los consumidores”²⁴.

En estos comportamientos se englobarían no solo las afirmaciones medioambientales favorables del producto en sí, sino también aquellas en los que el anuncio se limita a anunciar las colaboraciones altruistas de las empresas en campañas en defensa del medio ambiente sin destacar las características del producto que se quiere comercializar directa o indirectamente.

Sobre este segundo aspecto, se ha planteado si verdaderamente existe un mensaje publicitario y le es aplicable la Directiva 2005/29/CE (el art. 2.d habla de acto directamente relacionado con la promoción, la venta o el suministro de un producto a los consumidores y no se ha modificado). Entiendo que sí, al menos en España, puesto que el artículo 2 LGP contempla la publicidad en términos muy amplios como cualquier forma de comunicación cuya finalidad sea tanto la promoción de la contratación directa como indirecta²⁵.

24 El considerando cuarto de la Directiva (UE) 2024/825 explica su finalidad: garantizar la veracidad y la credibilidad de esas afirmaciones medioambientales para poder prohibirlas, caso por caso, cuando no estén respaldadas por compromisos y metas claros, objetivos, disponibles públicamente y verificables asumidos por el comerciante y recogidos en un plan de ejecución detallado y realista que muestre cómo se van a lograr dichos compromisos y metas y que destine recursos a tal fin.

25 En la demanda de Iberdrola contra Repsol por promoverse en la web de la demandada y en tres campañas publicitarias una imagen de sostenibilidad, respeto al medio ambiente y liderazgo en la transición energética vulneradoras de los art. 5 y 7 LCD, en relación con los arts. 18 LCD y 3.e LGP. Aunque el fallo fue absolutorio, la sentencia 12/2025 de 21 de febrero del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Santander, no veta que estas conductas puedan estar vedadas con arreglo a la regulación todavía vigente. Un apartado destacado de la sentencia es el que se dedica a analizar si puede entenderse que la web corporativa de la demandada tenga contenido publicitario, algo que descarta por la finalidad de esta.

El Anteproyecto de ley de Consumo sostenible, que incorporaría las modificaciones introducidas en la Directiva, nada nuevo añade al respecto, aunque sí en cuanto a la publicidad de combustibles fósiles, introduciendo el apartado f) en el art. 3 LGP para declararla ilícita cuando sea emitida por empresas del sector del carbón o del petróleo y el producto no contenga componentes renovables (no concreta más esto último). También se prohibiría la publicidad de productos o servicios de transporte propulsados exclusivamente mediante carburantes fósiles, siempre que existan alternativas total o parcialmente impulsadas por fuentes de energía no fósil, disponibles para el mismo trayecto dentro de un margen determinado de exceso de duración.

- (ii) La publicidad predictiva. También llamada conductual o comportamental, sería la basada en la observación continuada del comportamiento de los individuos en internet a fin de estudiar las características de dicho comportamiento a través de sus acciones (visitas repetidas a un sitio concreto, interacciones, palabras clave, producción de contenidos en línea, etc.) para desarrollar un perfil específico y proporcionar así a los usuarios anuncios a medida de los intereses inferidos de su comportamiento²⁶. Tradicionalmente se ha usado para ello la técnica de guardar un pequeño archivo de texto en el navegador del usuario (*cookie*) de forma que cuando este visite el mismo sitio u otro resulte identificado.

Estos seguimientos pueden afectar de diversas maneras al consumidor. Puede pensarse que recibir una publicidad ajustada a sus preferencias o necesidades representa una ventaja, pero entraña riesgos tales como el que en base a ese conocimiento el precio u otras condiciones varíen en función de la situación de necesidad que se advierta en el consumidor o incluso determine el orden de aparición de los resultados de un buscador.

Esta publicidad afectaría, por un lado, a la recopilación de lo que constituyen datos personales y la necesidad de otorgar el consentimiento para ello, no debiendo olvidarse que el derecho a la protección de datos constituye un derecho fundamental (art. 8 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y 18.4 CE) y que el art. 3.a) LGP permitiría interpretar que ese tipo de publicidad, por el solo hecho de ser elaborada violentando ese derecho, puede ser ilícita con independencia de su contenido.

²⁶ Dictamen 2/2010 sobre publicidad comportamental en línea del GRUPO DE TRABAJO DE PROTECCIÓN DE DATOS DEL ARTÍCULO 29 adoptado el 22 de junio de 2010 (pág. 5).

El 16 de enero de 2024 entró en vigor la actualización de la *Guía sobre el uso de las cookies* de la AEPD para adaptarla a las Directrices 03/2022 sobre *patrones engañosos* del Comité Europeo de Protección de Datos (CEPD). En ella se expone que la inversión en publicidad digital supera desde el año 2019 a la televisiva y, sin perjuicio de que un consentimiento libre e informado siempre será necesario, presenta como novedad el permitir que la no aceptación de la utilización de cookies impida el acceso al sitio web o la utilización total o parcial del servicio, siempre que se informe adecuadamente al respecto al usuario y se ofrezca una alternativa, no necesariamente gratuita, de acceso al servicio sin necesidad de aceptar el uso de cookies. En lo que se refiere al consentimiento del usuario para el tratamiento de sus datos con fines de publicidad comportamental, la AEPD, haciéndose eco del Dictamen 8/2024 del CEPD, considera que el responsable del tratamiento ha de ofrecer una alternativa gratuita a las de pagar o de consentir ese tipo de publicidad y que el ofrecimiento de esa alternativa (consistente en consentir una publicidad general o contextual o sobre una selección de materias elegidas por el usuario) sería un factor particularmente importante a la hora de valorar si el consentimiento otorgado para la publicidad comportamental debe de ser considerado como válido y no producido en detrimento del interesado.

Y, por otro lado, habría que advertir al destinatario de esa publicidad personalizada que tiene tal carácter si se quiere evitar su calificación como ilícita. El consentimiento del tratamiento de datos para publicidad personalizada no libera al anunciante concreto de informar al destinatario de esa publicidad concreta ha sido elaborada en base a los datos cedidos. La falta de esa advertencia podría subsumirse en diversos preceptos de la LCD y en el art. 97.1.f) TRLGDCU ²⁷. En el art. 7.1 LCD como omisión engañosa por ser una información necesaria para adoptar una decisión sobre la adquisición del producto con el debido conocimiento de causa; en el art. 16.1 LCD, que considera desleal el tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta; y, por último, como prácticas agresivas, en los arts. 8.1, por influencia indebida en la libertad de elección del consumidor y 8.2.c LCD, en aquellos supuestos en que base al seguimiento personalizado el empresario haya tenido conocimiento y la oferta aproveche cualquier infortunio o circunstancia específicos lo suficientemente graves como para mermar la capacidad de discernimiento del destinatario e influir en su decisión con respecto a la adquisición del bien o servicio.

27 Así lo detalla ALVAREZ RUBIO, J. *op. cit.* (p. 10 del artículo).

También podría resultar de aplicación el art. 20.1.c TRLGDCU cuando establece que se proporcione al consumidor, por ser información relevante para contratar, el precio final completo, incluidos los impuestos, desglosando, en su caso, el importe de los incrementos o descuentos que sean de aplicación a la oferta y los gastos adicionales; o el art. 97.1.f) TRLGDCU, que entendemos también aplicable a cualquier oferta publicitaria que contenga el precio del producto, y que establece la necesidad en los contratos celebrados a distancia que se informe al comprador sobre la circunstancia de que el precio ha sido personalizado sobre la base de una toma de decisiones automatizada.

- (iii) La publicidad de los *influencers*. El término hace referencia a personas que han adquirido notoriedad en las redes sociales, contando en ellas con gran número de seguidores²⁸. Esto lo diferencia de la tradicional utilización por la publicidad de la imagen o testimonios de personas famosas para la creación de sus mensajes. De hecho, un *influencer*, en cuanto persona famosa, pueda prestar su imagen para ese tipo de publicidad, pero la que vamos a examinar aquí es la que estos realizan a través de sus propios canales y redes sociales. Se los ha llegado a calificar de “caramelo para los anunciantes”, como vehículo natural para el desarrollo de la publicidad nativa, al sortear la actitud reticente del consumidor hacia la publicidad, por el gran reconocimiento del que gozan antes sus seguidores y aprovechar las posibilidades que ofrecen las redes sociales al mensaje publicitario²⁹.

El principal problema que se plantea es el riesgo de publicidad encubierta³⁰. Esta publicidad puede ser en ocasiones difícil de adivinar. Mientras que en algunos casos puede ser aplicable los criterios que se siguen para el emplazamiento publicitario hay otros supuestos más complejos. Pensemos en el llamado *unboxing*, que es una práctica muy popular consistente en desempaquetar un producto de una determinada marca sin que necesariamente se haga una valoración de la utilidad o funcionalidad de este, pretendiéndose únicamente trasladar la experiencia de la apertura.

28 La versión en español de la *Guía sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior* utiliza la palabra “influentes”, mientras que la RAE aconseja el empleo de *influyente* o *influidor*.

29 FERNÁNDEZ CARBALLO CALERO, P. Publicidad encubierta e «influencers». (A propósito de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual). *Revista de Derecho Mercantil* 327, enero-marzo 2023 (pag. 3).

30 Como apunta RAMOS HERRANZ, I. (La publicidad de bebidas alcohólicas. Publicidad encubierta e influencers en redes sociales el emplazamiento publicitario no permitido en redes sociales, pags. 58-59. Aranzadi 2022), Es frecuente que en redes sociales se realice publicidad por parte de influencers que en muchos casos es publicidad encubierta y ello pese a que es palmario que la publicidad ha de quedar claramente identificada, pero no siempre es fácil detectar que el influencer esté insertando una marca producto o servicio ya que no siempre se advierte del propósito publicitario o se identifica al anunciante.

En bastantes ocasiones ni siquiera el producto ha sido facilitado por la marca para que sea promocionado, sino que ha sido adquirido por el propio *influencer*, conector del interés de sus seguidores en ese producto, como forma de aumentar las visitas a su plataforma (YouTube, Instagram o similares) y monetizar el video. Dependerá por tanto de la honestidad de aquellos el informar a sus seguidores de cómo ha obtenido el producto, lo cual puede resultar de difícil fiscalización.

Y pensemos en aquellos supuestos en los que el *influencer* analiza determinado producto y da su opinión sobre su experiencia de uso (aparato electrónico, ropa, servicio, etc.), surgiendo la duda de si nos encontramos ante un caso de mera opinión personal o de publicidad testimonial que puede, además, encontrarse prohibida para ciertos productos, como sucede en el caso de los productos de pretendida finalidad sanitaria (art. 4 del Real Decreto 1907/1996, de 2 de agosto, *sobre publicidad y promoción comercial de productos, actividades o servicios con pretendida finalidad sanitaria*).

Estas actividades pueden tener encaje en los actos u omisiones engañosas o en las prácticas comerciales encubiertas previstas en la LCD (arts. 5, 7 y 26.1), si bien, como se ha apuntado, no siempre será fácil de acreditar. En primer lugar, habrá de determinarse si nos encontramos ante un mensaje promocional para lo cual será relevante comprobar si ha existido una contraprestación económica, que puede consistir perfectamente en la mera entrega gratuita del producto o incluso en su cesión. Solo en el caso de que se determine la existencia del contrato publicitario será exigible que se informe a los seguidores del carácter publicitario de la comunicación.

A estos efectos, resulta de interés mencionar que en el año 2025 Autocontrol ha actualizado el *Código de Conducta de publicidad a través de influencers* en el que excluye de este, por no tener la consideración de publicitarios, los contenidos que tengan naturaleza puramente editorial o personal, sin relación con la empresa anunciante o sus agentes. Y considera que existe contraprestación del anunciante en supuestos como el pago directo (o indirecto a través de agencias), la entrega gratuita de un producto, la entrada gratuita a eventos, la prestación gratuita de un servicio -incluidos aquellos que sean complementarios como, por ejemplo, maquillaje, peluquería, vehículo de cortesía, alojamiento o restauración-, los enlaces de afiliación, los cheques regalo, las bolsas regalo y los viajes. En estos supuestos el Código de conducta obliga a que cuando el contenido publicitario no sea identificable por los seguidores de forma clara y manifiesta deberá incluir una indicación explícita, inmediata y adecuada al medio y mensaje sobre la naturaleza publicitaria de tales menciones o contenidos claramente visible.

3. Acciones contra la publicidad ilícita.

El art. 6 LGP remite en este aspecto a la LCD, que las contempla y regula en los arts. 32 a 36. Por cuestión de espacio me referiré brevemente a ellas.

3.1 Clases de acciones.

(i) Acción declarativa de deslealtad (art. 32.1. 1ª LCD).

El art. 18. 1ª LCD, en su redacción original, establecía como requisito para el ejercicio de esta acción el que la perturbación subsistiera al tiempo de interposición de la demanda, requisito que desaparece con la reforma operada por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre que trasladó al art. 32 la regulación de las acciones frente a los actos desleales.

Hay que decir que esta acción, cuyo objeto será que el tribunal declare la ilicitud de un mensaje publicitario por contravenir las normas contenidas en la LGP o en la LCD, será siempre presupuesto para el éxito del resto de las acciones previstas, pues todas ellas partirán de la ilicitud de la publicidad origen de la reclamación judicial, no siendo necesario siquiera que se ejercite expresamente por estar implícita en el ejercicio de las demás.

Con la actual regulación, es una acción que puede ejercitarse con plena autonomía sin necesidad de que la conducta ilícita persista, aproximándose mucho a la acción de cesación de prohibición de reiteración futura. Entiendo que la única diferencia respecto de aquella estribaría en que no sería necesario acreditar para su ejercicio la existencia de riesgo de reiteración en el futuro, si bien considero que sí habría de justificarse la existencia de interés en obtener esa declaración.

En cuanto acción meramente declarativa, entiendo que resultará de aplicación la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo (SSTS 772/2022, de 10 de noviembre, y 331/2022, de 27 de abril, y las que en ella se citan) sobre preclusión y cosa juzgada, en que atiende, para justificar reclamaciones posteriores tras el ejercicio en solitario de esta clase de acciones, a la existencia de una situación de incertidumbre jurídica o de hecho que justifique el que no pueda considerarse que haya una multiplicación injustificada de litigios.

(ii) Acción de cesación o prohibición (art. 32.1. 2ª LCD).

La LCD contempla en este apartado la acción de cesación de la conducta ilícita propiamente dicha y también las de prohibición de su reiteración en el futuro y la de prohibición de llevarla a cabo cuando esta no se ha producido.

Mediante la acción de cesación se solicitará del tribunal que se detenga la difusión de un mensaje o campaña publicitaria por incumplir la normativa en materia de publicidad ilícita. Lleva implícita, por lo que no sería necesario solicitarla, la declaración previa de ilicitud de la conducta y es el mecanismo más empleado por cuanto, si es estimada logrará que la difusión publicitaria se detenga y, en su caso, que no se reitere en el futuro.

En lo que se refiere a la acción de cesación propiamente dicha, es preciso que la conducta ilícita se esté produciendo en ese momento e incluso, si cesa durante el procedimiento, podría apreciarse la existencia de carencia sobrevenida del objeto del pleito. Solo en los casos en que se justifique, por las circunstancias concurrentes, que existe el riesgo de que la conducta se repita o se vaya a realizar en el futuro, en el supuesto este último de que todavía esa conducta no se ha producido, podrá prescindirse de ese requisito.

Puede darse el caso de que, iniciada una acción de cesación acompañada de peticiones resarcitorias, la conducta cese y no haya riesgo de reiteración, pero en ese caso no queda el procedimiento sin objeto, pues también las acciones resarcitorias llevan implícita el ejercicio de la acción declarativa de deslealtad y subsiste un interés legítimo en obtener una resolución.

(iii) Acción de remoción de efectos (art. 32.1. 3ª LCD).

Tendría por finalidad la eliminación de cualquier clase de efecto negativo, bien sea económico o de prestigio, que el ilícito publicitario ha producido al afectado. Así, podrá procederse a la eliminación o destrucción de anuncios, publicaciones, ofrecimientos de venta y materiales publicitarios en cualquier soporte (tanto físicos como inmaterial), como pueden ser folletos, catálogos, envases, vallas publicitarias, notas de prensa, páginas web o redes sociales, o también podrá ordenarse no su destrucción, pero sí la corrección de esas informaciones ilícitas.

La doctrina la distingue claramente de la acción indemnizatoria o de la acción de enriquecimiento, por cuanto estas últimas acciones tutelan intereses individuales excluidas de la legitimación activa de las asociaciones y corporaciones del art. 33.2 LCD y de la acción de defensa de los intereses generales de los consumidores del art. 33.3 LCD, pues a diferencia de la acción de resarcimiento de daños

y perjuicios, la acción de remoción estaría orientada por criterios estrictamente concurrenciales, por lo que su objetivo consiste en la eliminación de una distorsión actual de la competencia, y no en la satisfacción del interés perjudicado y, particularmente, en la reparación de los efectos dañosos producidos en el pasado por el acto combatido³¹.

Esto supondría para parte de la doctrina, el que una asociación de consumidores no podría solicitar, en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, medidas de reparación económica para los consumidores a través de una acción de remoción puesto que la acción indemnizatoria estaría reservada a aquellos actores en el mercado que hayan sufrido una lesión en su acervo patrimonial a título individual y no existiría un concepto de patrimonio general cuya indemnidad deba proteger el ordenamiento³².

Esto no cambiaría tras la reforma operada por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, *por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, añadiendo un segundo párrafo al art. 3.1 LGP permitiendo la acumulación a la acción de cesación de las de nulidad y anulabilidad, la de incumplimiento de obligaciones, la de resolución o rescisión contractual y la de restitución de cantidades, pues deben entenderse excluidas de esta posibilidad las acciones colectivas. Prueba de ello es que paralelamente se reformó el último párrafo del art. 53 TRLGDCU (posteriormente suprimido por Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril) otorgando expresamente esa misma posibilidad a las asociaciones de consumidores y usuarios.

Sin embargo, entiendo que, desde un punto de vista concurrencial, podría admitirse que la devolución a los consumidores de los beneficios indebidamente obtenidos como consecuencia de la publicidad ilícita podría tener cabida entre los remedios para eliminar las consecuencias negativas del acto ilícito, tanto por el efecto desmotivador de conductas similares futuras como de restauración del equilibrio alterado. Siendo la cuestión dudosa, lo cierto es que en el pleito entre FACUA y TELEFÓNICA DE ESPAÑA por el empleo del término “para siempre” en la campaña publicitaria de MOVISTAR FUSION, FACUA ejerció la acción de remoción de efectos, por medio de actos restitutivos de cobros, y que el AAP de Madrid (28ª) de 21 de septiembre parece considerarlo posible cuando hace mención a las “acciones

31 MASSAGUER, J. *Comentarios a la Ley de Competencia Desleal*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011, (p. 535).

32 A. TATO PLAZA / P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO / C. HERRERA PETRUS, *La reforma de la Ley de Competencia Desleal*, La Ley, 2010, p. 383.

portadoras de pretensiones que pasan a afectar las situaciones jurídico-individuales creadas con cada concreto consumidor o usuario, como ocurre con el caso de la acción de remoción de efectos, art. 33.3 en relac. art. 32.1. 2ª LCD o las pretensiones de indemnización de daños, art. 53, pf. 3º, TRLGDCyU, acumulables accesoriamente a la acción de cesación, ésta sí genuinamente colectiva”.

(iv) Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas (art. 32.1. 4ª LCD).

Puede considerarse como un supuesto especial de acción de remoción, pues lo que se pretendería con ella sería que el propio actor de la infracción reparara los efectos negativos producidos por su publicidad ilícita.

De ahí que la medida más frecuente sea su publicación por parte de la empresa o profesional en los medios de comunicación o revistas especializadas del sector con la finalidad de que la rectificación tenga una repercusión lo más parecida posible a la de la difusión publicitaria, aunque también pudiera consistir, según las circunstancias, en una comunicación personal a los afectados. Por sus consecuencias reputacionales y económicas para el infractor será imprescindible la necesidad y proporcionalidad de la medida de cara a conseguir el objeto pretendido, de forma que quede como una especie de último remedio en defectos de otros, debiendo valorarse también el grado de gravedad y relevancia de la inexactitud.

Hay que tener en cuenta, además, que el art.32.2 LCD contempla un remedio menos gravoso³³ permitiendo, solo para los tipos de acciones vistas hasta ahora y si el tribunal lo entiende conveniente (no tiene carácter imperativo y no puede imponerse como sanción), la publicación total o parcial de la sentencia o, cuando los efectos de la infracción puedan mantenerse a lo largo del tiempo, una declaración rectificadora. En determinados casos de publicidad ilícita (la que fomente la violencia contra la mujer o coadyuve a generar violencia o discriminación en cualquiera de sus manifestaciones sobre las personas menores de edad, o fomente estereotipos de carácter sexista, racista, estético o de carácter homofóbico o transfóbico

33 La STS 368/2018, de 19 de junio, dijo: “El fundamento de esta estimación parcial radica en lo excesivo de la solicitud en el petitum de la demanda con relación a que se condene a los demandados a la publicación del fallo de la sentencia en el periódico de difusión local «Qué» y en el periódico «Mercado de dinero», edición de Sevilla, de forma que dicha publicación ocupe, al menos una página. Extremos que se consideran innecesarios para el conocimiento y difusión de la sentencia de esta sala. Siendo suficiente con la publicación de un resumen del fallo de la sentencia que expresamente señale el carácter ilícito o engañoso del anuncio y su publicación, sin necesidad de que ocupe una página, en el diario de difusión local «Qué», edición de Sevilla, así como en los tableros de anuncios de Credit Services, S.A. y en su correspondiente página web, de fácil acceso para los consultantes”.

o por razones de discapacidad) el artículo prevé que se de publicidad a la sentencia a través de la Autoridad para la Igualdad de Trato y la No Discriminación y los observatorios o de los órganos competentes del departamento u organismo con competencias en materia de igualdad entre mujeres y hombres de ámbito nacional o su equivalente en el ámbito autonómico.

Por tanto, el ejercicio de la acción de rectificación solo tendrá sentido en los casos en que la publicación de la sentencia no sea suficiente para remover todos los efectos de la publicidad ilícita, pues en el resto de los casos sería suficiente ejercitar la acción declarativa o de cesación de la publicidad engañosa, según el caso, solicitando al tiempo la publicación de la resolución.

(v) Acción de resarcimiento de daños y perjuicios (art. 32.1. 5ª LCD) y de enriquecimiento injusto (art. 32.1. 6ª LCD).

No le vamos a dedicar especial atención a estas acciones por cuanto solo pueden ser ejercitadas por los propios afectados, como veremos luego al hablar de la legitimación para ejercitar las acciones.

3.2 Algunos aspectos procesales.

3.2.1 Clase de juicio y competencia.

Dada la remisión que hace el art. 6.1 LGP a la LCD, resultan de aplicación en esta materia las normas relativas a la competencia desleal. Serán competentes para conocer de estas acciones las Secciones de lo mercantil del Tribunal de instancia de la provincia (art. 87.6.a LOPJ).

La competencia territorial vendrá determinada por lo dispuesto en el art. 52.1.12 LEC y el procedimiento será el ordinario (art. 249.1. 4º LEC). La excepción será cuando se ejercite exclusivamente la acción de cesación (a estos efectos será irrelevante que se acompañe de modo expreso la declarativa de deslealtad) en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios, caso en que corresponderá el trámite del juicio verbal (art. 250.1. 12º LEC) y la competencia territorial se determinará conforme al art. 52.1.16 LEC, si bien esto último, dado su contenido, no supone un cambio significativo. Sobre la competencia territorial, debe mencionarse que la SAP de Madrid (28ª) 463/2023, de 22 de junio, ha considerado respecto de las prácticas comerciales engañosas que el fuero más próximo a la regulación de las acciones de derecho privado de la competencia es el de competencia desleal.

3.2.2 Legitimación activa y pasiva (arts. 33 y 34 LCD).

- (i) En cuanto a la legitimación activa, hay que indicar que todas las acciones que hemos visto pueden ser ejercitadas por las personas afectadas o que ostenten un interés legítimo. La excepción es la acción de enriquecimiento injusto, que solo correspondería a aquel a cuya costa se haya producido el enriquecimiento del infractor.

Por otro lado, las acciones declarativas, de cesación, remoción y rectificación pueden ser ejercitadas por las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos, cuando resulten afectados los intereses de sus miembros.

Y cuando la ilicitud afecte a los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios, se encuentran legitimados los órganos estatales y autonómicos competentes en materia de defensa de los consumidores y usuarios, las asociaciones de consumidores y entidades europeas habilitadas.

Finalmente, el Ministerio Fiscal estaría únicamente legitimado para el ejercicio de la acción de cesación, sin perjuicio de la posibilidad de intervenir en los procedimientos colectivos *ex artículo* 15 LEC en materia de consumo o en, su caso, en los previstos en los arts. 15 ter y 15 quater LEC.

No obstante, hay que precisar que, en el ámbito del consumo, no debe de prescindirse de lo dispuesto en el art. 11 LEC sobre legitimación para la defensa de derechos e intereses de consumidores y usuarios. Por ello, nada impedirá a una asociación de consumidores o al Ministerio Fiscal (en este caso al amparo del art. 11.5 LEC) ejercitar acciones resarcitorias en materia de publicidad ilícita en defensa de los intereses individuales de una persona o de un grupo de ellas perfectamente determinadas.

Por último, hay que señalar que el art. 6.2 LGP adiciona una legitimación especial para la publicidad que resulte ilícita por utilizar de forma discriminatoria o vejatoria la imagen de la mujer o por promover las prácticas comerciales para la gestación por sustitución. Así legitima a determinadas entidades públicas estatales y autonómicas, asociaciones en defensa de la mujer y al Ministerio Fiscal para el ejercicio de las acciones declarativas, de cesación, remoción y rectificación.

Y entiendo que las distintas legitimaciones previstas en los arts. 11 bis a 11 ter LEC permitiría el ejercicio de acciones a los comprendidos en ellos en los casos

de publicidad ilícita comprendidos en el art. 3.a) LGP, tomando en consideración también la amplitud la legitimación que contempla el segundo párrafo del art. 33 LCD³⁴.

- (ii) En cuanto a la legitimación pasiva, esta resulta muy amplia puesto que permite dirigirse la acción frente a cualquier persona que haya realizado u ordenado la conducta desleal o haya cooperado a su realización, por lo que puede demandarse no solo al anunciante sino también a la agencia de publicidad o al medio que la ejecuta (la excepción será de nuevo la acción de enriquecimiento injusto, encontrándose solo legitimado pasivamente el beneficiario del enriquecimiento), sin que puede cualquiera de ellos hacer valer frente al perjudicado cualquier cláusula de exoneración, imputación o limitación de la responsabilidad frente a terceros (art. 11 LGP).

3.2.3 Prescripción.

Señala el art. 35 LCD que las acciones prescriben al año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la finalización de la conducta.

En realidad, la mención al conocimiento del responsable resulta ociosa conforme a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que lo considera un requisito general para el inicio del *dies a quo* (SSTS 725/2014, de 18 de diciembre; 29/2015 de 2 de febrero; 350/2020, de 24 de junio, o 94/2019, de 14 de febrero). Es cierto que en

34 La SAP de Asturias (s. 1^a) 177/2020 de 28 de enero consideró legitimada a la ASOCIACIÓN DE ABOGADOS CRISTIANOS para demandar por publicidad ilícita a una clínica autorizada para realizar la interrupción voluntaria del embarazo. La SAP examina de esta forma la legitimación del art. 33 LCD: "El párrafo segundo de la norma contiene una regla especial que otorga un nivel de legitimación activa para el ejercicio de las acciones en materia de publicidad ilícita muy superior al previsto con carácter general en el párrafo primero para el caso de cualquier otro ilícito concurrencial. La primera diferencia viene dada por la exigencia del párrafo primero referida a que el demandante habrá de ser una persona -física o jurídica- que participe en el mercado, restricción que sin embargo está ausente en materia de publicidad ilícita. Además, el párrafo primero contiene la exigencia añadida de que el demandante sea titular de intereses económicos que resulten "directamente perjudicados o amenazados" por la conducta desleal, mientras que en el párrafo segundo basta simplemente con que se trate de cualquier persona que "resulte afectada" por la publicidad ilícita, lo que puede interpretarse en su sentido más laxo simplemente como todo aquel a quien le atañe o le incumbe el acto publicitario que desea atacar. Pero es definitivamente el último inciso del precepto el que permite claramente rebajar el umbral exigido al ampliar la legitimación activa a "quienes tengan un derecho subjetivo o un interés legítimo". En este punto resulta pertinente atender a los Estatutos de la asociación demandante para comprobar en qué medida la estimación de la acción ejercitada le podría reportar algún beneficio o ventaja, ya sea de orden material o ya sea de orden moral, pues el grado de afectación que el acto publicitario ahora atacado puede tener con relación a los intereses de la asociación demandante debe ser medido en función de lo que resulte de los propios objetivos perseguidos por ella, lo que así podremos enjuiciar a la vista del contenido de sus estatutos".

materia de publicidad será difícil encontrar un supuesto en el que los autores de la publicidad no sean conocidos desde el principio. Más dificultades podrá entrañar la determinación por el afectado del hecho dañoso; al respecto hay que decir que regirá el criterio habitual del conocimiento potencial: cuando el titular, que ignora los hechos, debería haberlos conocido de haber actuado con la diligencia debida.

Como recoge la STS 344/2019, de 14 de junio, los dos plazos son recíprocamente excluyentes, de forma que cuando ha transcurrido un año desde el momento en que se pudo ejercitar la acción esta prescribe, aunque no hayan transcurrido todavía tres años desde el momento de realización del acto de competencia desleal; y una vez agotado este plazo de tres años prescribe la acción aun cuando no haya pasado todavía un año desde el momento en que se pudo ejercitar.

El plazo de tres años, por tanto, entiendo que se configura como plazo de caducidad y viene a también cerrar las dudas que existían en los supuestos de actos continuados de competencia desleal³⁵.

Cuando se trata de acciones en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos, de los consumidores y usuarios, la prescripción se rige por lo dispuesto en el artículo 56 TRLGDCU, lo que supone que la acción de cesación es imprescriptible, sin perjuicio de lo dicho anteriormente sobre los requisitos que se exigen para su ejercicio.

3.2.4 Carga de la prueba.

El art. 217.4 LEC establece que en los procesos sobre competencia desleal y sobre publicidad ilícita corresponderá al demandado la carga de la prueba de la exactitud y veracidad de las indicaciones y manifestaciones realizadas y de los datos materiales que la publicidad exprese, respectivamente.

No obstante, hay que tener en cuenta la corrección que establece el art. 217.7 LEC cuando dispone que el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio. La STS 869/2009 de 15 de enero declaró que estas reglas no entran en juego cuando han quedado demostrados los hechos afirmados en la demanda y a los que la norma aplicable vincula la consecuencia jurídica pretendida.

35 Al respecto, hay que señalar que la STS 344/2019 citada concluyó que "El plazo de prescripción empieza a contarse: (i) si se trata de un acto instantáneo, desde que se produce y se conoce al autor; (ii) si se trata de un acto duradero, cuando ha acabado el acto; y (iii) en el caso de la acción de indemnización de daños y perjuicios, desde que se produce el perjuicio".

3.2.5 Medios Adecuados de Solución de Controversias (MASC). Acciones frente a códigos de conducta.

- (i) Hay que indicar que la L.O. 1/2025, de 2 de enero, *de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia* poco aporta al consumidor individual en cuanto a los medios alternativos de resolución que propone, pero que en nada le va a perjudicar puesto que con la simple reclamación extrajudicial quedará cumplido en esta materia el requisito de procedibilidad (disposición adicional séptima), algo que, por otro lado, se ha generalizado como paso previo en los MASC de consumo anteriormente existentes.

Para los consumidores ya existían con anterioridad una serie de medios que siguen siendo válidos y producen los mismos efectos que los regulados en la L.O. 1/2025. La resolución alternativa en materia de consumo, como consecuencia de la regulación comunitaria pero también de la CE³⁶, debe de cumplir con una serie de requisitos que no siempre serán exigibles en otras materias, en especial la posibilidad de defender sus derechos acudiendo voluntariamente a un servicio público y gratuito evitando la carga de acudir a los tribunales.

La L.O. 1/2025 establece, como requisito de procedibilidad, la obligatoriedad el acudir previamente a algún medio adecuado de solución de controversias. Lo hace con carácter general en el art. 5.1.I y los asuntos de consumo quedan incluidos con las mismas salvedades que establece el art. 3, sin perjuicio de que en esta materia existan MASC distintos a los que la propia L.O. enumera. De hecho, en el art. 2 al definir los MASC se hace referencia a cualquier tipo de actividad negociadora, reconocida en esta u otras leyes, estatales o autonómicas y el art. 5.II lo reitera.

Con relación a este requisito, la L.O. 1/2025 en su disposición adicional séptima (Litigios en materia de consumo) establece que en los litigios en que se ejerciten acciones individuales promovidas por consumidores o usuarios, se entenderá cumplido el requisito de procedibilidad por la reclamación extrajudicial previa a la empresa o profesional con el que hubieran contratado, sin haber obtenido una respuesta en el plazo establecido por la legislación especial aplicable, o cuando la misma no sea satisfactoria, y sin perjuicio de que puedan acudir a cualquiera de los medios adecuados de solución de controversias, tanto los previstos en legislación especial en materia de consumo, como los generales previstos en la presente ley.

³⁶ El art. 51 establece: Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.

Respecto a las acciones colectivas, cabe señalar que el Proyecto de acciones de representación solo preveía para las acciones de cesación, como requisito de admisibilidad de la demanda, la solicitud previa al empresario del cese de la conducta con una antelación de al menos quince días. Habrá que estar a la espera de la regulación final para valorar la incidencia de los MASC en esta materia.

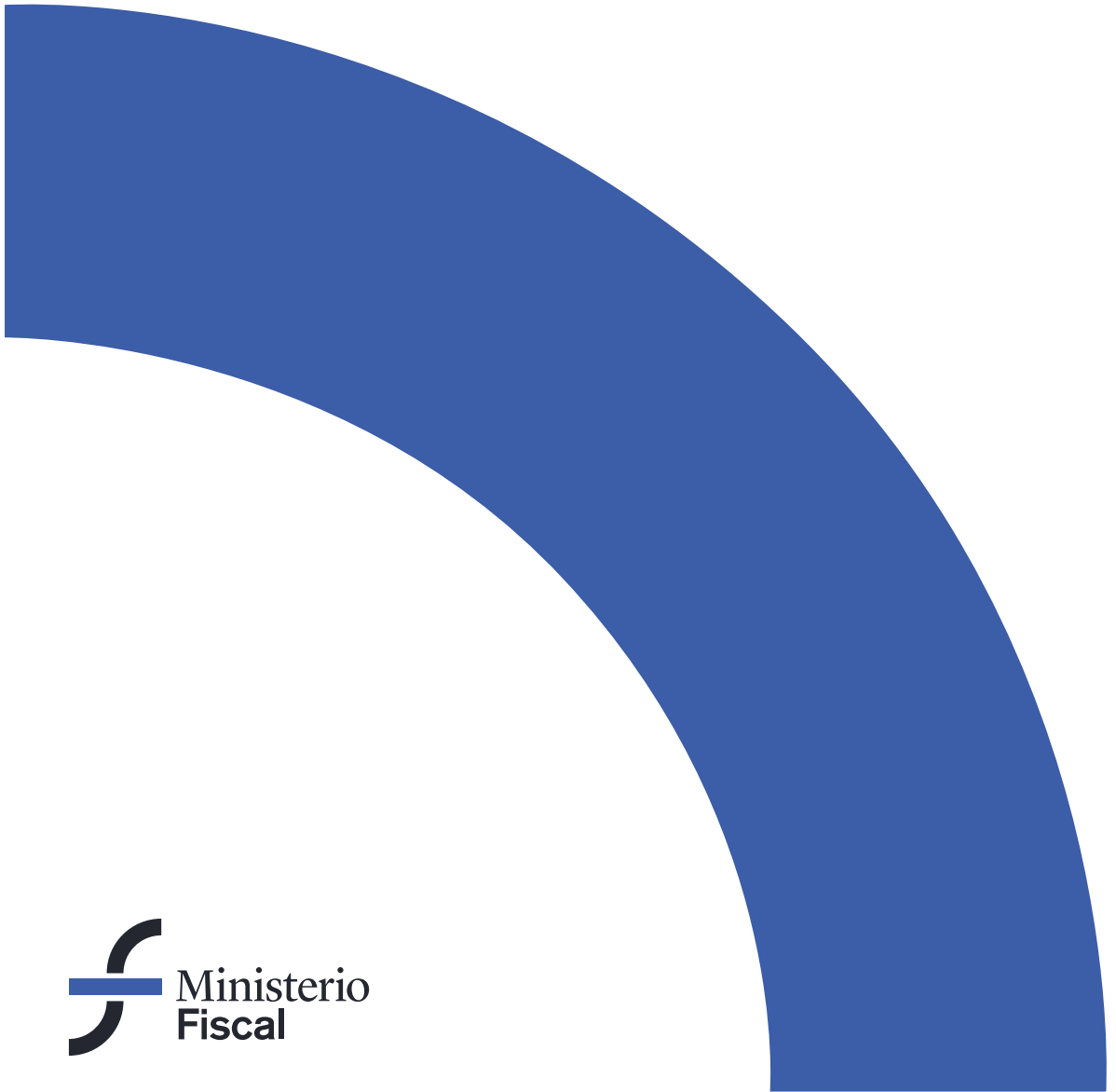
- (ii) Acciones frente a códigos de conducta. La LCD contempla supuestos especiales con relación a los responsables de los códigos de conducta y los empresarios adheridos a esos códigos. El art. 38 señala que frente a los códigos de conducta que recomienden, fomenten o impulsen conductas desleales o ilícitas podrán ejercitarse las acciones de cesación y rectificación previstas en el artículo 32.1, 2.ª y 4.ª. En los casos en que estos responsables cuenten con medidas colectivas de autocontrol previo de los contenidos publicitarios y sistemas eficaces de resolución extrajudicial de reclamaciones, será necesario reclamación previa a la vía judicial.

Respecto a los empresarios adheridos a códigos de conducta, cuando estos indiquen que están vinculados a un código de conducta y la controversia se refiera al incumplimiento de los compromisos asumidos en dicho código, el art. 39 LCD exige también obligatoriamente con carácter previo al ejercicio de las acciones la reclamación ante el órgano de control. La reclamación será potestativa para el resto de los supuestos de acciones dirigidas a obtener la cesación o la rectificación de una conducta desleal de quienes públicamente estén adheridos a códigos de conducta.

Bibliografía.

- ALVAREZ RUBIO, J. El ordenamiento jurídico ante los nuevos argumentos y formatos publicitarios. *Revista de Derecho Patrimonial* nº 60, enero 2023. Editorial Aranzadi.
- ÁLVAREZ SIGÜENZA, J. F. (2024). La publicidad subliminal: análisis del riesgo de su presencia en los medios de comunicación (2024) *European Public & Social Innovation Review*, 9.
- FERNÁNDEZ CARBALLO CALERO, P. Publicidad encubierta e «influencers». (A propósito de la Ley 13/2022, de 7 de julio, General de Comunicación Audiovisual). *Revista de Derecho Mercantil* 327, enero 2023, Civitas.

- MASSAGUER. J, Comentarios a la Ley de Competencia Desleal, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2011.
- MEGÍAS QUIRÓS, J. J. (2024). Protección del menor frente a los abusos de la publicidad. *Anuario De Filosofía Del Derecho*, (40). <https://doi.org/10.53054/afd.vi40.10402>
- RAMOS HERRANZ, I. La publicidad de bebidas alcohólicas. Aranzadi 2022.
- TATO PLAZA, Anxo. Publicidad y Publicidad ilícita. Tratado de derecho de la competencia y de la publicidad. Volumen II. Valencia: Tirant lo Blanch; 2014.
- A. TATO PLAZA / P. FERNÁNDEZ CARBALLO-CALERO / C. HERRERA PETRUS, La reforma de la Ley de Competencia Desleal, La Ley, 2010.





Comercio electrónico

NORMATIVA APLICABLE Y SUJETOS IMPLICADOS EN LA CONTRATACIÓN ELECTRÓNICA DE CONSUMO¹



María del Carmen González Carrasco

Catedrática de Derecho Civil

Investigadora del Centro de Estudios de Consumo de la

¹ Este trabajo es parte del Proyecto de I+D+i "Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances" (f. PID2021 -128913NB-I00), financiado por MICIU/AEI y "FEDER Una manera de hacer Europa", dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato. orcid.org/0000-0002-6452-2911.

Resumen

El comercio electrónico ha supuesto una revolución mundial en lo que respecta a las transacciones comerciales. En España, aproximadamente una cuarta parte de los contratos de compraventa de bienes de consumo se realizan ya a través de Internet. De hecho, en el segundo trimestre de 2024, la facturación con origen en el comercio online alcanzó un máximo histórico al superar los 23 millones de euros dentro del territorio nacional². Las ventajas de esta contratación telemática o electrónica son evidentes: comodidad y rapidez en la atención al cliente, envío y gestión de incidencias, globalización de la oferta de bienes y servicios, abaratamiento de precios propiciado por la competencia entre distintos proveedores de bienes y servicios, y ampliación de mercados en favor las Pymes. Los inconvenientes para la gran mayoría de los contratantes residentes en España, que han realizado los aproximadamente 1.600 millones de transacciones de comercio electrónico en los últimos diez años, pivotan en torno a la inseguridad jurídica provocada por el puzle normativo regulador de los mercados digitales, el peligro de la pérdida de privacidad y la expulsión del mercado de las personas con discapacidad.

La revisión de los planteamientos tradicionales del derecho de contratos que exige esta nueva realidad se vertebra sobre tres ejes interconectados. El primero es la necesidad de dar cabida a nuevos objetos contractuales, es decir, nuevos objetos de compraventa y suministro, como son los bienes con elementos digitales (soportes necesarios para el disfrute de las aplicaciones electrónicas, como libros electrónicos, relojes inteligentes o navegadores) y los propios contenidos y servicios digitales (suscripciones a plataformas de cine, música, literatura, videojuegos en línea). El segundo se refiere a las nuevas formas de contraprestación por los servicios digitales, en los que la contraprestación al proveedor de mercado en línea consiste en la obtención de datos personales de los contratantes para su tratamiento posterior (cesión a terceros, elaboración de estudios de mercado o cualquier otra finalidad relacionada con una actividad empresarial y distinta de la ejecución de un contrato subyacente), que a menudo se presenta como requisitos del acceso gratuito a los servicios de la sociedad de la información sin serlo realmente

² <https://es.statista.com/temas/3167/el-comercio-electronico-dentro-de-espana/#statisticChapter>. Fecha de consulta: 20-7-2025.

(v. art. 59.4 LGDCU).³ El tercer eje ha exigido dar respuesta al surgimiento y desarrollo de la llamada “economía de las plataformas y mercados en línea”, que constituye probablemente “el hito más relevante en la reciente evolución de los sistemas de comercialización de productos y servicios y en el Derecho de la contratación”⁴.

Por ello, sin perjuicio de la especial atención a los deberes de información contractual y a las garantías de conformidad de las ventas y suministros electrónicos de bienes tanto materiales como inmateriales (contenidos y servicios digitales), en este trabajo también se hace referencia a otras relaciones contractuales triangulares (las que se establecen entre las plataformas de mercados en línea, los consumidores y los agentes que intervienen en ellas), así como a contraprestaciones específicas del comercio electrónico (cesión de datos, publicidad), que van aparejadas al nuevo paradigma de la contratación electrónica y a las plataformas en línea.

3 CARRASCO PERERA, A. “Resolución de contrato con datos personales como precio”. Boletín CESCO. 19 de octubre de 2022. Disponible en: <https://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/5838-resoluci%C3%B3n-de-contrato-pagado-con-datos-personales-como-precio>. Consultado el 28 de julio de 2025.

4 DÍEZ SOTO, Carlos. “Responsabilidad de los proveedores de mercados en línea por incumplimiento del contrato subyacente”, en GONZÁLEZ PACANOWSCA, Isabel y PLANA ARNALDOS, Carmen (dirs.) Contratación en el entorno digital, en Aranzadi, Pamplona, 2023. p. 160.

1. Régimen normativo del comercio electrónico

1.1 Delimitación conceptual: comercio electrónico y contratación electrónica

La Comisión Europea define el comercio electrónico como “cualquier actividad que involucre a empresas que interactúan y hacen negocios por medios electrónicos, bien con clientes, bien entre ellas, o bien con la Administración. Se incluye el pedido y pago electrónico y online de bienes que se envían por correo u otro servicio de mensajería, así como el envío online de servicios como publicaciones, software e información. Asimismo, se incluyen actividades como diseño e ingeniería cooperativa, Marketing, comercio compartido (Trade Sharing), subastas y servicios post-venta”.

La contratación electrónica se refiere a aquella que se realiza cuando el elemento electrónico tiene una incidencia real o directa sobre la formación de la voluntad, ejecución o interpretación futura del acuerdo⁵. Constituye, por lo tanto, una parte del todo que sería el comercio electrónico como servicio de la sociedad de la información, término no unívoco⁶ que abarcaría cualquier forma de transacción económica o de intercambio, tanto de datos, como de bienes y servicios, organización de identidades, motores de búsqueda, comparadores de precios, actividades (p.ej. aprendizaje de idiomas a cambio de cesión de datos) y relaciones contractuales (p.ej. apuestas o juegos de azar) susceptibles de diverso tratamiento jurídico.

La contratación electrónica incluye tanto la directa como la indirecta. La contratación electrónica es directa cuando la operación es realizada íntegramente a través de Internet. En ella, tanto la solicitud de servicio o de entrega de bienes como el pago y la remisión de los bienes o la prestación de los servicios es realizada *online*. Generalmente, la contratación electrónica en modalidad directa tiene por objeto bienes inmateriales y servicios, como software, música, vídeos e información, esto es, el suministro de “contenidos y servicios digitales”. El contrato electrónico es indirecto cuando solo la oferta y aceptación negocial del servicio o del bien es efectuada a través de la red, pero la prestación del servicio o la entrega del bien adquirido es ejecutada fuera de Internet, como sería el caso de las ventas de bienes materiales a distancia realizadas mediante medios electrónicos a través de la

5 DAVARA RODRÍGUEZ, Miguel Angel, Manual de Derecho Informático, Ed. Aranzadi, Cizur Menor, 5ª ed., Madrid, 2005, pág. 190.

6 ILLESCAS ORTIZ, Ramón, en Derecho de la contratación electrónica, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pág. 18.

contratación perfeccionada en la web del vendedor (p. ej. El Corte Inglés o Zara) o mediante plataformas de mercado en línea (Amazon, Temu, E-bay, Aliexpress...).

1.2. Normativa aplicable

La Ley 34/2002, de 11 de julio, *de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico* (LSSI) se dictó para trasponer a nuestro ordenamiento jurídico interno la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 8 de junio de 2000, *relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior* (Directiva sobre el comercio electrónico, DCE). Según el art. 23 de la Ley, los contratos electrónicos se rigen por lo dispuesto en su Título IV, por el Códigos Civil (CC) y el Código de Comercio (CCom) y por las restantes normas civiles o mercantiles sobre contratos, en especial, las normas de protección de los consumidores y usuarios (Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias aprobado por RD Ley 1/2007, de 16 de noviembre, en adelante, TRLCU) y de ordenación de la actividad comercial, regulada por la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, (LOCM).

El precepto es inexacto en dos sentidos. En primer lugar, porque la contratación electrónica puede llevarse a cabo tanto entre particulares (directamente, por Facebook o Instagram, o a través de plataformas de intermediación en línea, *Consumer to Consumer* o “C2C”, como Milanuncios o Vinted), puede ceñirse al estricto ámbito de las relaciones de consumo establecidas entre empresarios y consumidores, directamente (en la web del vendedor) o a través de plataformas de intermediación en línea *Bussines to Consumer* “B2C” (como E-Bay y Amazon); y también se celebran contratos electrónicos entre empresarios, igualmente de forma directa o indirecta, a través de plataformas *Bussiness to Bussines* o “B2B”. De este modo, la determinación de la normativa aplicable está en función de los sujetos que intervienen en ella. En segundo lugar, el art. 23 LSI es incompleto porque, junto con las citadas, existe un abanico de normas sobre protección de datos personales, sobre medios de pago, sobre servicios financieros a distancia, sobre crédito al consumo y sobre accesibilidad cognitiva de personas con discapacidad, en su mayoría dictadas en trasposición de otras tantas normas comunitarias, que inciden en aspectos indisolublemente unidos a la contratación electrónica.

2. La aplicación general de la normativa de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico

En las comunicaciones comerciales por correo electrónico u otros medios de comunicación electrónica y la contratación a distancia de bienes o servicios por medios electrónicos, rige siempre, con independencia de la condición de consumidor de la parte contratante, la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico (Ley 34/2002, de 11 de julio, o LSSI), que regula las obligaciones de los prestadores de servicios —incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones —, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia, el momento y el lugar en que ha de considerarse celebrado el contrato, y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Si el contratante tiene la condición de consumidor, la LSSI sigue siendo aplicable a la contratación realizada por medios electrónicos, “además” de lo dispuesto en el Título III TRLCU⁷. A pesar de que el propio art. 94 TRLCU proclama el carácter preferente de la LSSI sobre las disposiciones de su Título III en caso de conflicto entre sus normas, la importante excepción del art. 97.7 2º (prevalencia del TRLCU en caso de conflicto sobre la forma o el contenido de la información a suministrar al consumidor) hace que queden sometidos al mismo todos los deberes de información precontractual, tanto generales —art. 60 TRLCU en cuanto a la necesidad de consentimiento expreso del consumidor a todo pago adicional a la remuneración acordada para la prestación principal y a la prohibición de cargos por utilización de medios de pago — como específicos de la contratación a distancia —art. 97 TRLCU — y adicionales relativos a los mercados en línea (art. 97 *bis*).

Es igualmente de aplicación al comercio electrónico, en general, el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de octubre de 2022 *relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE* (Reglamento de Servicios Digitales). Tiene por objeto crear un entorno en línea más seguro para los consumidores y las empresas, con normas

⁷ “Cuando lo dispuesto en este título entre en contradicción con el contenido de la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y comercio electrónico, ésta será de aplicación preferente, salvo lo previsto en el artículo 97.7, párrafo segundo”.

diseñadas para proteger a los consumidores y sus derechos fundamentales de manera más eficaz; definir responsabilidades claras para las plataformas en línea y las redes sociales; hacer frente a los contenidos y productos ilícitos, los discursos de odio y la desinformación; aumentar la transparencia con una mejor información y vigilancia; y fomentar la innovación, el crecimiento y la competitividad en el mercado interior de la UE.

Se aplica a los prestadores de servicios intermediarios de servicios —incluso servicios que podrían prestarse por vía no electrónica, como los de transporte, de hospedaje o de reparto⁸—, en particular tales como proveedores de acceso a internet, servicios de alojamiento como los servicios de computación en nube o de alojamiento web, registradores de nombres de dominio, mercados en línea; tiendas de aplicaciones, plataformas de economía colaborativa, redes sociales, plataformas de intercambio de contenidos, plataformas en línea de viajes y hospedaje. Los destinatarios de estos servicios pueden ser tanto los usuarios profesionales como los consumidores y otros usuarios (particulares fuera de una relación de consumo)⁹.

3. La aplicación de la normativa de consumo

3.1 Condiciones de aplicación a la contratación electrónica

El comercio electrónico estará sometido a la normativa de protección de los consumidores en los contratos a celebrados a distancia (Título III TRLCU) cuando estos actúan en los términos del art. 3 de dicho texto legal. Según la definición contenida en dicha norma, consumidor o usuario es el sujeto que contrata con un empresario

8 Puntos clave y resumen disponible en <https://eur-lex.europa.eu/ES/legal-content/summary/digital-services-act.html>. Consultado el 31 de agosto 2025.

9 Se le aplica el Reglamento con independencia de su lugar de establecimiento o ubicación fuera de la UE, en la medida en que ofrezcan servicios en la Unión, lo que se pone de manifiesto por medio de una conexión sustancial con la Unión, que se entiende concurrente cuando: el prestador de servicios tenga un establecimiento en la Unión; a falta de dicho establecimiento, el número de destinatarios del servicio en uno o varios Estados miembros sea significativo en relación con su población; oriente sus actividades hacia uno o más Estados miembros, lo que es identificable por la moneda, lengua o disponibilidad del servicio en dicho Estado Miembro, por la presencia de la aplicación en la tienda de aplicaciones nacional correspondiente o por la existencia de publicidad local o publicidad en una lengua utilizada en dicho Estado miembro distinta. En cambio, la mera accesibilidad técnica de un sitio web desde la Unión no es suficiente para considerar que existe tal conexión sustancial.

con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, con independencia del conocimiento o experiencia que tenga en ese ámbito¹⁰.

Si el bien o servicio contratado se usa para fines empresariales no directamente relacionados con la actividad empresarial principal, no será considerado consumidor, aunque dicha actividad no sea “su” actividad principal, pues es doctrina del TJUE que “solo a los contratos celebrados fuera e independientemente de cualquier actividad o finalidad profesional, con el único objetivo de satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo, les es de aplicación el régimen específico” de protección del consumidor. En consonancia con ello, según el TS, “lo determinante, conforme al art. 3 LGDCU, es la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente” (STS -1ª- 26 de octubre de 2022).

En los contratos de propósito mixto —aquellos en los que el adquirente de un bien o servicio lo destina a satisfacer necesidades personales y profesionales—, para juzgar si ha de considerarse consumidor ha de atenderse al fin predominante. Como ejemplo, según la doctrina del TS, la contratación de una línea de datos móviles para uso mixto estaría protegida por la normativa especial de consumo si el uso profesional no superara el 50 %; por el contrario, quedaría fuera de dicha protección si resultara de aplicación la doctrina del TJUE por exceder de un uso profesional meramente residual.

Puesto que el art. 4 TRLCU no exige ánimo de lucro en el empresario oferente de bienes, contenidos o servicios, existirá relación de consumo (sujeta a las normas de protección propias de ese ámbito) cuando un empresario venda a una persona física, jurídica o ente sin personalidad saldos, stock o mobiliario de su negocio en plataformas de segunda mano como *Wallapop* o *Milanuncios*, aunque el propósito no sea el lucro, sino la liquidación empresarial y la recuperación (a pérdida) de parte de lo invertido, y aunque se oferte a través de una plataforma de compraventa entre particulares. Lo importante, a efectos de considerar la relación sujeta a la normativa de consumo, es la ausencia de un propósito ajeno a la actividad empresarial, no el espacio virtual en el que se oferte o perfeccione el contrato¹¹.

10 MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. “El consumidor”, en Derecho del Consumo, CARRASCO PERERA (coord.), Aranzadi 2023, Pp. 59-80, de quien adopto las tres reglas que he adaptado a la contratación electrónica.

11 BERMUDEZ BALLESTEROS, M. Sagrario, 2017. Aplicación de la normativa de protección a los consumidores a la compraventa celebrada a partir del anuncio del vendedor en un portal web de anuncios y concluida vía WhatsApp. Revista CESCO de Derecho de Consumo. 20 (feb. 2017), 157–166.

A la inversa, según el TS (SSTS de 16 de enero de 2017 y de 26 de octubre de 2022), siguiendo la doctrina de TJUE (de 25 de octubre de 2005 y de 10 de abril de 2008), si el adquirente o usuario es persona física, no perderá la condición de consumidor aunque exista ánimo de lucrarse en la transacción (p. ej. comprando en la plataforma *online* un bien de segunda mano para posteriormente venderlo a un precio más caro del que pagó, o viviendo del juego *online*¹²), siempre y cuando no se realice de forma tan habitual y en tan corto período de tiempo que pueda considerarse una actividad comercial.

Por otra parte, como después se analizará, el contrato electrónico sigue siendo un contrato (oneroso), sujeto a las garantías de los contratos a distancia del TRLCU aunque la remuneración del empresario consista en la cesión de datos personales del consumidor, siempre que no sean los estrictamente necesarios para la celebración y ejecución del contrato o para el acceso a servicios o contenidos digitales. Según lo dispuesto en el art. 59.4 TRLCU¹³ “El ámbito de aplicación de este Libro también abarcará los contratos en virtud de los cuales el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor o usuario y este facilita o se compromete a facilitar datos personales, salvo¹⁴ cuando los datos personales facilitados por el consumidor o usuario sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales objeto de un contrato de compraventa o de servicios o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin”.

3.2 La contratación electrónica con consumidores es una modalidad de contratación a distancia

La contratación electrónica es una modalidad de contrato a distancia, que se define en el TRLCU como “*aquél celebrado en el marco de un sistema organizado —bien por el prestador o por un tercero, como una plataforma en línea— de venta*

12 STJUE de 10 de diciembre de 2020. No obstante, el TS es más restrictivo: quien realiza esas actividades con regularidad (habitualidad) en un período corto de tiempo, puede considerarse que lleva a cabo una actividad comercial o profesional (SSTS de 16 de enero de 2017 y de 26 de octubre de 2022).

13 El apartado 4 fue añadido por el art. 16.2 del RD-Ley 7/2021, de 27 de abril.

14 Como afirma MARTÍNEZ GÓMEZ, Sheila, “(...) en estos casos, el negocio jurídico devendrá gratuito y escapará de toda normativa de consumo, salvo cuando sean tratados, además, con fines comerciales, como la mercadotecnia directa, la elaboración de perfiles, la publicidad personalizada basada en el comportamiento o la cesión de los datos a terceros a cambio de un precio, en cuyo caso el contrato volverá a estar bajo el paraguas de las normas de consumo” (“Productos y Servicios digitales” en Derecho de consumo: materiales, fundamentos, aplicaciones / coord. por Ángel Carrasco Perera, 2023, págs. 233-254).

o prestación de servicios a distancia, sin la presencia física simultánea del empresario y del consumidor y usuario, y en el que se hayan utilizado exclusivamente una o más técnicas de comunicación a distancia hasta el momento de la celebración del contrato y en la propia celebración del mismo” (art. 92.1 TRLCU). La referencia expresa a internet que realiza el segundo apartado del art. 92 entre los medios de contratación a distancia introduce de lleno la contratación electrónica en la regulación de los arts. 92 a 113 LGDCU (Título III “Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil”, del Libro II “Contratos y garantías”)¹⁵, como tutela del consumidor del mercado único digital.

El contrato sigue siendo contrato a distancia a pesar de que el empresario tenga, además, un establecimiento abierto al público donde pueda tener lugar la ejecución del contrato (p. ej. la entrega del bien en modalidad *click&collect* de El Corte Inglés), ello siempre y cuando no haya existido presencia física de las partes ni en el momento previo a la perfección, ni en el momento de la celebración del contrato¹⁶. Pero quedan fuera de la contratación a distancia aquellos casos en los que el medio de comunicación a distancia se utilice exclusivamente para solicitar del profesional la prestación de un servicio (v. gr. realización de reservas o citas por internet). También se excluyen los contratos en los que, durante las fases de negociación y celebración, se combinan técnicas de comunicación presenciales y a distancia. En este sentido, no entran en el régimen los que se negocien utilizando un medio de comunicación a distancia pero que se celebren finalmente en el establecimiento mercantil del empresario. Tampoco lo son los que se negocien en el

15 El actual régimen de los contratos a distancia en general procede de la incorporación al derecho español de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (DDC) llevada a cabo por la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante, Ley 3/2014). Con esta ley, que incorporó una de las más importantes reformas del TRLCU, se introdujeron en el texto refundido las disposiciones destinadas a regular las relaciones jurídicas con los consumidores en los contratos a distancia de bienes y servicios contenidas en la LOCM, que, como consecuencia de esta refundición, queda únicamente vigente para la regulación de las relaciones entre empresarios. Algunos artículos de este Título III han sido posteriormente modificados por el RDL 24/2021, de 2 de noviembre, que transpone, entre otras ocho, la Directiva 2019/2161 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de noviembre de 2019 por la que se modifica la Directiva 93/13/CEE del Consejo y las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE, en lo que atañe a la mejora de la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión (Directiva Ómnibus, D). Esta Directiva es de armonización plena, por lo que su trasposición en el Título III prevalece sobre las normas generales de la contratación con consumidores recogidas en el Título I del Libro II la TRLCU (art. 59.2.II TRLCU), que integrarán de forma supletoria lo no previsto por aquel.

16 BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. Sagrario. “Venta ilegal de medicamentos a través de una app con entrega directa del producto al mensajero del servicio en la farmacia designada virtualmente”. Disponible en: https://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Venta_ilegal_de_medicamentos_a_traves_de_una_App.pdf. Publicado el 23 de noviembre de 2022.

establecimiento mercantil del empresario, aunque se celebren posteriormente mediante un medio de comunicación a distancia. Pero sí se considera contrato a distancia el negociado y concluido mediante una o varias de estas técnicas, aunque la negociación y celebración se realicen dentro del establecimiento del empresario (por ejemplo, utilizando el móvil en el interior de la tienda).

Es indiferente que se utilicen diversos medios electrónicos concatenados, por lo que es a distancia la compraventa celebrada a partir del anuncio del vendedor en el portal web “milanuncios.com” y concluida vía WhatsApp ¹⁷.

4. Contratación electrónica entre particulares.

Cuando no existe una relación de consumo entre las partes del contrato subyacente —p.ej. en las compras realizadas en plataformas de intermediación “C2C” o *consumer to consumer*, como los contratos de compraventa de bienes de segunda mano entre particulares tipo Wallapop—, a dicha relación contractual no le son aplicables las normas del TRLCU sobre derechos y garantías del consumidor en la contratación a distancia (Título III “Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil”, del Libro II “Contratos y garantías”) ni la normativa consumerista sectorial en función del contrato de compraventa o suministro de que se trate. No obstante, sí resultan aplicables el CC y las normas del TRLCU que imponen obligaciones a los proveedores de mercados en línea con independencia de que los contratos subyacentes sean o no relaciones de consumo (art. 97 *bis*), así como las normas de la LSSI que regulan de forma general las obligaciones de los prestadores de servicios —incluidos los que actúan como intermediarios en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones—, las comunicaciones comerciales por vía electrónica, la información previa y posterior a la celebración de contratos electrónicos, las condiciones relativas a su validez y eficacia, y el régimen sancionador aplicable a los prestadores de servicios de la sociedad de la información.

Así, las normas de protección de los consumidores de productos en fase de ejecución contractual (desistimiento, remedios frente a la falta de conformidad) contenidas en el TRLCU no se aplicarán a las compraventas o permutas de bienes de

17 BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. Sagrario. (2017). Aplicación de la normativa de protección a los consumidores a la compraventa celebrada a partir del anuncio del vendedor en un portal web de anuncios y concluida vía WhatsApp. Revista CESCO De Derecho De Consumo, (20), 157–166. Recuperado a partir de <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1252>. Consultado el 3 de junio de 2025.

segunda mano entre particulares. Pero la puesta a disposición de las partes de una plataforma o red de venta o permuta de bienes de segunda mano es siempre una actividad económica por parte de la plataforma proveedora del mercado en línea. Normalmente, dicha actividad es remunerada con el valor de los datos personales recabados de las partes, a pesar de que no lo sea para las partes contratantes del contrato intermediado (art. 59.4 y 119 ter 2 TRLCU). Por lo tanto, se considera una relación de prestación de servicios de la sociedad de la información tal y como la define el art. 1.1.b) de la Directiva 2015/1135 de 9 de septiembre, que define servicio de la sociedad de la información como todo servicio prestado *normalmente* a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios. En el Anexo de la LSSI se reitera esta definición, añadiendo que el concepto de servicio de la sociedad de la información “comprende también los servicios no remunerados por sus destinatarios en la medida en que constituyan una actividad económica para el prestador de servicios”.

Una compraventa electrónica de bienes de segunda mano en la que ninguna de las partes del contrato tenga la condición de empresario estará sujeta, además de al Código Civil, a las normas de protección derivadas de la LSSI (vgr. art. 17), así como a las normas que imponen requisitos adicionales de información a los proveedores de mercados en línea (art. 97 bis TRLCU).

5. Normativa aplicable a las plataformas de mercado en línea a disposición de los consumidores

El art. 59 bis 3) TRLCU considera “mercado en línea” a aquel servicio que emplea programas (software), lo que incluye un sitio web, parte de un sitio web o una aplicación, operados por el empresario o por cuenta de este, lo que permite a los consumidores o usuarios celebrar contratos a distancia con otros empresarios o consumidores. Es considerado “proveedor de un mercado en línea” considerado todo aquel empresario que pone a disposición de los consumidores o usuarios un mercado en línea (aunque no se trate de un mercado entre empresarios y consumidores sino, como indica, la posibilidad de los consumidores de celebrar contratos con otros consumidores, una plataforma de economía colaborativa de intercambio o venta de bienes de segunda mano, o de intercambio de segundas viviendas).

Si el mercado en línea no obedece a la oferta de bienes y servicios de uno o varios empresarios que contratan directamente con el consumidor, sino que está inter-

mediado por una plataforma que aglutina a un conjunto de oferentes (profesionales o no) que ofrecen sus productos o servicios a través de dicho canal de venta, nos encontramos ante una plataforma en línea. El régimen jurídico de las llamadas plataformas en línea “B2C” (Business to Consumer) está regulada a nivel interno por los arts. 59, 95, 97 *bis* y 128 a 149 LGDCU, así como por los arts. 13 a 17 LSSI. A nivel comunitario, regulan su posición la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, *sobre los derechos de los consumidores*; la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, *del comercio electrónico*; el Reglamento (UE) 2022/1925 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de septiembre de 2022, *sobre mercados disputables y equitativos en el sector digital* (Reglamento de Mercados Digitales); y el Reglamento 2022/2065, de 19 de octubre de 2022, *relativo a un mercado único de servicios digitales* (Reglamento de Servicios digitales).

En este proceso electrónico de contratación intervienen, por un lado, las partes contratantes (comprador y vendedor) y, por otro, la plataforma virtual que presta los servicios de intermediación para que la relación contractual entre los primeros sea posible. Según la definición del Reglamento de Servicios Digitales, se trata de prestadores de *“servicios de alojamiento de datos que no solo almacenan información proporcionada por las empresas destinatarias del servicio, sino que además difunden dicha información al público por cuenta de estas”*. No se consideran plataformas en línea los prestadores de servicios de alojamiento de datos cuando la difusión al público sea tan solo una característica menor o meramente accesorio que esté inextricablemente unida a otro servicio o una funcionalidad menor del servicio principal, y dicha característica o funcionalidad no pueda utilizarse, por razones técnicas objetivas, sin ese otro servicio o servicio principal, y la integración de dicha característica o funcionalidad no sea un medio para eludir la aplicabilidad de las disposiciones del presente Reglamento aplicables a las plataformas en línea¹⁸. Los servicios de computación en nube o de alojamiento web no deben ser considerados plataformas en línea cuando la difusión al público de información específica constituya una característica menor y auxiliar o una funcionalidad menor de dichos servicios.

18 El ejemplo lo proporciona el Cdo. 13 del Reglamento: “Por ejemplo, la sección de comentarios de un periódico en línea podría ser una característica de esta índole, cuando no quepa duda de que es auxiliar al servicio principal constituido por la publicación de noticias bajo la responsabilidad editorial del editor. En cambio, el almacenamiento de comentarios en una red social debe ser considerado un servicio de plataforma en línea cuando quede claro que no es una característica menor del servicio ofrecido, aunque sea accesorio a la publicación de las entradas de los destinatarios del servicio”.

Además, los servicios de computación en nube y de alojamiento web que sirven como infraestructura, como los servicios infraestructurales de almacenamiento y computación para una aplicación basada en internet, un sitio web o una plataforma en línea, no deben ser considerados en sí mismos servicios de difusión al público de la información almacenada o tratada a petición de un destinatario de la aplicación, el sitio web o la plataforma que alojen.

La cuestión fundamental en relación con las plataformas en línea es su responsabilidad en relación con el régimen de garantías propio del comercio electrónico, que se intenta resolver como colofón de este trabajo, en el último apartado del mismo.

6. Normativa aplicable a la contratación entre empresarios y proveedores de mercados en línea.

En el caso del comercio electrónico establecido exclusivamente entre partes que sean empresarias o se presenten como tales, será en todo caso aplicable el Reglamento UE 2019/1150 del Parlamento Europeo y del Consejo, *sobre el fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de intermediación en línea*, (“*Reglamento Platform to Business*”, en adelante, Reglamento P2B). Aunque el Reglamento P2B es europeo, tiene importantes implicaciones a nivel internacional, ya que su ámbito de aplicación cubre la posición de las empresas con domicilio legal fuera del territorio de la Unión Europea. Se aplica fundamentalmente a los motores de búsqueda, como Google y a las plataformas de servicios de intermediación o “PSIL” (*e-marketplaces*, tiendas de aplicaciones y redes sociales), siempre que estas tengan su lugar de establecimiento o domicilio en la UE u ofrezcan bienes o servicios a los consumidores ubicados en el territorio de la UE, con independencia de dónde estén establecidos o residan estos proveedores y cualquiera que fuese la ley aplicable¹⁹. El propio reglamento regula el deber de transparencia formal y material de las condiciones generales de la contratación entre empresarios de mercados en línea y plataformas de intermediación, mientras que en el orden interno es aplicable la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre Condiciones Generales de la Contratación* (LCGC). También será de aplicación el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de octubre de 2022, *relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica*

19 RICO CARRILLO, Marilina. “Estatuto jurídico de los proveedores de servicios de intermediación en línea en el reglamento europeo sobre plataformas digitales”. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*. ISSN 2530-4496 – N.º 15 vol. 1, 2024, pp. 47-56. p. 49.

la *Directiva 2000/31/CE* (Reglamento de Servicios Digitales), con sus importantes reglas de “puerto seguro” o condiciones de exoneración de responsabilidad por los contenidos introducidos por los destinatarios de sus servicios²⁰. Además, la LOCM se aplica a los contratos a distancia celebrados entre empresarios tras la importante reforma operada por la Ley 3/2014 en el TRLCU, quedando la LOCM únicamente vigente para la regulación de las relaciones entre empresarios.

7. Normativa sobre protección de datos y prohibición de comunicaciones comerciales

Los proveedores de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico y los empresarios del comercio electrónico están sometidos a las normas de protección de las personas físicas contenidas en el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, *relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE* (RGPD). El art. 3.2 RGPD “se aplica al tratamiento de datos personales de interesados que residan en la Unión por parte de un responsable o encargado no establecido en la Unión, cuando las actividades de tratamiento estén relacionadas con: a) la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión (...)”, así como, en el ámbito interno, a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de *Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales* (LOPD).

El sometimiento a esta normativa introduce especialidades en el régimen de garantía de los bienes objeto de comercio electrónico. Cuando el empresario incumpla su obligación de suministro o de saneamiento de los contenidos o servicios digitales, el consumidor ni necesita el derecho de desistimiento para dejar sin efecto el contrato celebrado, ni necesita el remedio de la resolución, ni para que se le restituyan los datos personales cedidos como principal prestación a su cargo, dado que únicamente le basta con revocar el consentimiento al tratamiento de datos en cualquier momento y sin causa alguna, conforme al art. 7.3 RGPD.

Especialmente importante se presenta a efectos de privacidad la prohibición de comunicaciones comerciales electrónicas no solicitadas, cuestión que se regula en el art. 21 de la LSSI²¹.

20 Cuyo régimen se sintetiza infra, último epígrafe de este trabajo.

21 Esta cuestión se aborda también en el art. 96 TRLCU, pero de forma muy parcial, por estar principalmente dirigido a las llamadas telefónicas de carácter comercial.

Según la primera de las normas citadas, queda prohibido el envío de comunicaciones publicitarias o promocionales por correo electrónico u otro medio de comunicación electrónica equivalente que previamente no hubieran sido solicitadas o expresamente autorizadas por los destinatarios de las mismas. Esta prohibición tiene una excepción que exige tres requisitos cumulativos para su aplicación: que exista una relación contractual previa, que el prestador hubiera obtenido de forma lícita los datos de contacto del destinatario (p.ej. a través de la aceptación de *cookies*) y que los emplee para el envío de comunicaciones comerciales referentes a productos o servicios de su propia empresa que sean *similares* a los que inicialmente fueron objeto de contratación con el cliente.

En todo caso, el prestador debe ofrecer al destinatario la posibilidad de oponerse al tratamiento de sus datos con fines promocionales mediante un procedimiento sencillo y gratuito, tanto en el momento de recogida de los datos como en cada una de las comunicaciones comerciales que le dirija. Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección.

Además, el destinatario podrá revocar en cualquier momento el consentimiento prestado a la recepción de comunicaciones comerciales con la simple notificación de su voluntad al remitente (art. 22). A tal efecto, los prestadores de servicios deberán habilitar procedimientos sencillos y gratuitos para que los destinatarios de servicios puedan revocar el consentimiento que hubieran prestado. Cuando las comunicaciones hubieran sido remitidas por correo electrónico, dicho medio deberá consistir necesariamente en la inclusión de una dirección de correo electrónico u otra dirección electrónica válida donde pueda ejercitarse este derecho, quedando prohibido el envío de comunicaciones que no incluyan dicha dirección. Asimismo, deberán facilitar información accesible por medios electrónicos sobre dichos procedimientos.

8. La contratación electrónica como modalidad contractual ligada a medios de pago electrónicos

La contratación electrónica es una modalidad normalmente sujeta a medios de pago electrónico mediante tarjeta de crédito o débito, mediante el acceso del proveedor o de la plataforma a datos bancarios memorizados en la propia web, o incluso a través de terceros intermediarios (tipo Paypal).

La segunda Directiva (UE) 2015/2366 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, *sobre servicios de pago en el mercado interior* y por la que se modifican las Directivas 2002/65/CE, 2009/110/CE y 2013/36/UE y el Reglamento (UE) n.º 1093/2010, a la vez que se deroga la Directiva 2007/64/CE, en sustitución de la del 2007, junto con el Reglamento (UE) 2015/751 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2015, *sobre las tasas de intercambio aplicadas a las operaciones de pago con tarjeta*, constituyó un nuevo marco regulador de los servicios de pago. La Directiva fue traspuesta a nuestro ordenamiento por RD Ley 19/2018, de 23 de noviembre, *de servicios de pago y otras medidas urgentes en materia financiera que ha sido objeto de modificaciones posteriores*.

9. EL objeto del comercio electrónico

9.1. Bienes muebles corporales

A los efectos de la regulación de los contratos a distancia, se consideran “bienes” a las cosas muebles corporales. El agua, el gas y la electricidad se considerarán “bienes” cuando estén envasados para su comercialización en un volumen delimitado o en cantidades determinadas (art. 59.bis.2 TRLCU).

Sin embargo, no todos los bienes pueden ser objeto de contratación electrónica. La Ley de Garantías y Uso Racional de Medicamentos y del Real Decreto 870/2013 prohíbe la venta telemática de medicamentos sujetos a prescripción médica y, en el caso de los medicamentos sin receta, solo se autoriza su comercialización online a través de páginas web creadas y registradas directamente por la propia oficina de farmacia, bajo la supervisión del farmacéutico y sin intermediarios externos²². Por su parte, el art. 93 TRLCU excluye de esta regulación (pero no de sus propias normas sectoriales) algunos tipos de contratos²³. Estos contratos están,

22 La reciente STS (3ª), de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, n.º 961/2025, de 14 Jul. 2025, ha ratificado la sanción de 90.001 euros impuesta por la STSJ Madrid (Sala de lo Contencioso Administrativo), Sección 8ª, 16 septiembre 2022 (n.º 804/2022) a una oficina de farmacia por utilizar la aplicación Telefarmacia para la dispensación y entrega de medicamentos a domicilio. La resolución considera probado que la profesional empleó esta plataforma para comercializar tanto con fármacos sujetos a receta como con los de venta libre, sin ajustarse a lo establecido en la legislación vigente. El TJUE (en su Sentencia de 19 de febrero del 2024, C-606/21, ECLI:EU:C:2024:179) ya había sentado doctrina sobre las plataformas que ponen en contacto a farmacias y a clientes para la comercialización de medicamentos.

23 Algunos contratos electrónicos quedan expresamente excluidos de esta regulación. Siguiendo la lista del artículo 93 LGDCU, es el caso de las ventas celebradas mediante distribuidores automáticos o locales comerciales automatizados, de los contratos celebrados para la construcción de bienes inmuebles, y de los contratos financieros a distancia, que se rigen por su regulación específica (Directiva (UE) 2023/2673 del Parlamento Euro-

no obstante, sometidos a la regulación de la LSSI si el prestador del servicio es un proveedor de servicios de la sociedad de la información.

9.2. Contenidos y servicios digitales

El contrato de suministro de contenidos y servicios digitales responde a una amplia variedad de contratos con causa distinta (compraventa, licencia, arrendamiento de servicios, e incluso permuta), cuando el suministro se ofrezca a cambio de la cesión de datos personales. El TRLCU define a los servicios digitales como aquellos servicios que permiten “*crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, así como compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios del servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos*” [art. 59 bis 1 letra o) LGDCU].

Por su parte, el concepto²⁴ legal de “contenido digital” se refiere a “*los datos producidos y suministrados en formato digital*” [art. 59 bis 1 letra d) LGDCU] o en código binario, como aplicaciones, archivos de vídeo, audio y/o música, juegos digitales, libros electrónicos u otras publicaciones electrónicas, e incluso imágenes digitales, publicaciones, chats, tuits, pódcast, ratings y cualquier otro contenido creado por el consumidor en dispositivos móviles o en el contexto de entornos virtuales en línea durante el uso de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario [arts. 107.5 y 119 ter 5 letra c) LGDCU].

peo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023, por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE en lo relativo a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia y se deroga la Directiva 2002/65/CE).

Además, lo dispuesto en los artículos 96.1 y 2, sobre comunicaciones comerciales; 97, sobre información precontractual; 98, sobre confirmación escrita de la información; 101, sobre derecho de desistimiento, y 103, sobre ejecución y pago, no es de aplicación a:

a) Los contratos de suministro de productos alimenticios, de bebidas o de otros productos del hogar de consumo corriente suministrados en el domicilio del consumidor y usuario, en su residencia o en su lugar de trabajo por empresarios que realicen visitas frecuentes y regulares (esto es, a la contratación electrónica de pedidos de supermercados y grandes superficies).

b) Los contratos de suministro de servicios de alojamiento, de transporte, de comidas o de esparcimiento, cuando el empresario se comprometa en el momento de celebrar el contrato a suministrar tales prestaciones en una fecha determinada o en un período concreto.

24 Como ejemplifica MARTÍNEZ GÓMEZ, S. “se trata de servicios de almacenamiento en nube (OneDrive, iCloud, Dropbox), tratamiento de textos (Microsoft Word, Notepad++, etc.), así como servicios prestados por plataformas de intermediación (Amazon Marketplace, eBay, Booking, Blablacar), de redes sociales (Facebook, Twitter, Instagram, LinkedIn), de intercambio de vídeos y audios (Dailymotion, Vimeo, YouTube, Deezer, Spotify, TikTok, Twitch), de comunicación o mensajería interpersonales independientes de la numeración (Gmail, Outlook, WhatsApp, Telegram Messenger), de plataformas de vídeo (Netflix, Amazon Prime Video, HBO), o de juegos en la nube (Xbox Cloud Gaming, PlayStation Now)”. “Productos y Servicios Digitales”. Derecho de consumo. Cit. p.233.

La diferencia entre servicios digitales y contenidos digitales es fundamental, ya que las normas sobre el derecho de desistimiento de los contratos de servicios permiten al consumidor probar el servicio y decidir, en el plazo de los 14 días siguientes a la celebración del contrato, si lo mantiene o no²⁵. En cambio, como veremos, no existe derecho de desistimiento en el caso del suministro de contenidos digitales en línea, siempre que se cumplan tres condiciones: que la ejecución haya comenzado con el previo consentimiento expreso del consumidor y con el conocimiento por su parte de que, solicitando esta ejecución antes de finalizar el período de desistimiento, pierde este; ello siempre y cuando el comerciante haya facilitado la confirmación del contrato celebrado ex art. 98 TRLCU. En la doctrina del TJUE²⁶, el concepto de contenido digital *on line* ha de delimitarse de forma estricta, de forma que, ante la duda, estaremos ante un servicio digital.

En este ámbito de los contenidos y servicios digitales es en el que han proliferado las nuevas modalidades de contraprestación, consistentes en la cesión de datos, la llamada “monetización” de los datos personales. Como señala el apartado 4 del art. 59 TRLCU tras su añadido por el RD al art. 16.2 del Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril, *“el ámbito de aplicación de este Libro también abarcará los contratos en virtud de los cuales el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor o usuario y este facilita o se compromete a facilitar datos personales, salvo cuando los datos personales facilitados por el consumidor o usuario sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de suministrar los contenidos o servicios digitales objeto de un contrato de compraventa o de servicios o para permitir que el empresario cumpla los requisitos legales a los que está sujeto, y el empresario no trate esos datos para ningún otro fin”*.

Esta previsión tiene la importante consecuencia de sujetar estos contratos electrónicos al régimen de todo el abanico de derechos y garantías de los contenidos y servicios digitales (desistimiento, garantías de conformidad de los bienes y servicios digitales, acciones de cumplimiento o resolución), pero introduce la cuestión de la restitución de las prestaciones en caso de desistimiento o resolución por incumplimiento del empresario, incluso de la imposibilidad de considerar aplicable la acción de puesta en conformidad subsidiaria consistente en la reducción del

25 BERMUDEZ BALLESTEROS, M.S. “El derecho de desistimiento” Derecho de consumo: materiales, fundamentos, aplicaciones / coord. por Ángel Carrasco Perera, 2023, ISBN 978-84-1162-193-9, págs. 255-280.

26 STJUE 8.10.2020, PE Digital: el contrato de suscripción premium a un sitio de Internet dedicado a la búsqueda de pareja, incluyendo la elaboración un informe de evaluación de la personalidad no constituye el suministro de “contenidos digitales a efectos de aplicación de la excepción prevista en el art. 16. m) DDC”.

precio. Por ello²⁷, “cuando los contenidos o servicios digitales sean suministrados a cambio de la cesión de datos personales, no existe (a favor del consumidor) una suerte de restitución de los datos personales como consecuencia de la resolución contractual porque el consumidor no transmitió la propiedad de sus datos personales, sino que únicamente autorizó el tratamiento de los mismos, de tal manera que su único interés estriba, no en la restitución, sino en que el empresario cese en su tratamiento de conformidad con el art. 17.1 Reglamento 2016/679 General de Protección de Datos (en adelante, RGPD)”. Además, en especial atención a la importancia de los datos personales en la esfera de los derechos de la personalidad del consumidor, la resolución contractual procederá ante cualquier “falta de conformidad de los bienes, aunque sea de escasa importancia, como excepción a la regla general del art. 119 ter.2 TRLCU²⁸.”

9.3. Bienes con elementos digitales

La LGDCU entiende por bienes con elementos digitales “todo objeto mueble tangible que incorpore contenidos o servicios digitales o esté interconectado con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones” [art. 59 bis 1 letra a) LGDCU]. Pueden ser, bien productos inteligentes que no pueden cumplir su función sin el acceso a los contenidos o servicios digitales (*smartwatches*, teléfonos y reproductores de inteligentes) o bienes muebles de soporte de contenidos o servicios digitales que pueden funcionar sin dichos contenidos o haber sido adquiridos de forma autónoma o independiente de suministro de contenidos o servicios digitales. En este último caso, este suministro no formará parte del contrato principal relativo al bien, aunque el vendedor actúe como intermediario de ese segundo contrato con el tercero suministrador (v.gr. descarga en el *smartphone* de una aplicación de juego desde la App Store).

Si los contenidos o servicios digitales están incorporados a los bienes o interconectados con ellos, formarán parte del contrato principal relativo a esos bienes:

- (iii) cuando su suministro se requiera expresamente en el contrato principal o así se desprenda de sus términos, teniendo en cuenta toda declaración pública

27 MARTÍNEZ GÓMEZ, S. Derecho de consumo: materiales, fundamentos, aplicaciones / coord. por Ángel Carrasco Perera, ed. Aranzadi, 2023, págs. 233-254.

28 “La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, salvo en los supuestos en que el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación, correspondiendo la carga de la prueba al empresario”

realizada por el vendedor, por su cuenta o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor; y

- (iv) con independencia de que los contenidos o servicios digitales sean suministrados por el propio vendedor del bien o por un tercero; estén preinstalados en el propio bien (v.gr. aplicación de cámara o el propio sistema operativo de un *smartphone*) o tengan que descargarse posteriormente en otro dispositivo (v.gr. compra de un *smartwatch* y posterior descarga de la correspondiente App en el dispositivo móvil para su configuración); y con independencia de que el consumidor deba dar su aprobación a un acuerdo de licencia con un tercero para poder acceder al contenido o servicio digital.

Formar parte del contrato de entrega de bienes significa cambios relevantes de esos servicios o contenidos digitales en el régimen del derecho de desistimiento y en el régimen de garantías y servicios postventa (Título IV, Cap. I, art. 114 TRLCU).

9.4. Servicios financieros

Los servicios financieros están actualmente excluidos de la regulación de los contratos a distancia en el TRLCU. Pero en el Diario Oficial de la Unión Europea (DOUE) de 28 de noviembre de 2023 se publicó la Directiva (UE) 2023/2673 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de noviembre de 2023, *por la que se modifica la Directiva 2011/83/UE introduciendo en ella la regulación de los contratos de servicios financieros celebrados a distancia*.

Con esta norma, se deroga la Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros de 2002 y se incluye un capítulo específico en la Directiva 2011/83 UE sobre las normas relativas a los contratos de servicios financieros celebrados a distancia. En la nueva Directiva se facilita el ejercicio del derecho de desistimiento de los contratos celebrados a distancia mediante la inclusión de una función de desistimiento que sea de fácil acceso para el consumidor. Se prevé que el consumidor tenga derecho a solicitar intervención humana cuando interactúe a través de interfaces online totalmente automatizadas, tales como robots conversacionales (*chatbots*), asesoramiento robotizado, herramientas interactivas o medios similares, y se exige a los Estados miembros que incorporen normas que obliguen a los empresarios de servicios financieros a distancia a diseñar, organizar y gestionar sus interfaces en línea de manera que no induzcan a error a los consumidores destinatarios de sus servicios. La nueva Directiva, de armonización plena, impone un plazo de trasposición de 24 meses desde su entrada en vigor, por lo que tendrá que estar traspuesta a nuestro ordenamiento el 19 de diciembre de 2025.

La trasposición se realizará mediante la derogación de la vigente Ley 22/2007, de 11 de julio, *sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores* y la modificación del TRLCU, que se erigirá en la norma de trasposición, incluyendo la regulación de este objeto de contratación electrónica en su articulado, pasando a constituir los servicios financieros a distancia contratados por medios electrónicos una modalidad de contratación a distancia sujeta al TRLCU.

10. Técnicas de protección del consumidor en la contratación electrónica de bienes y servicios

La protección al consumidor que impone la LSSI y las normas sobre contratación a distancia del TRLCU (sin perjuicio de su posible mejora por disposición contractual (art. 92.3 LGDCU)) pueden diferenciarse en tres grupos:

- a. reglas relativas a la formación del contrato y los deberes de información precontractual y contractual del empresario en los contratos a distancia mediante medios electrónicos;
- b. reglas que regulan el derecho de desistimiento del consumidor en los contratos a distancia mediante medios electrónicos;
- c. normas sobre la ejecución del contrato, remedios frente al incumplimiento y garantías ante la falta de conformidad en el contrato celebrado mediante medios electrónicos.

10.1. Deberes de información precontractual en la contratación electrónica de bienes y servicios

El art. 97.1 LGDCU recoge los deberes de información precontractual que el empresario debe cumplir frente al consumidor antes de quedar vinculado por un contrato a distancia.

El deber de informar se centra en:

- a. Las *características principales de los bienes o servicios*, en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios de que se trate, incluyendo la funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad relevantes [art. 97. a), s), t)].

- b. Los *datos de identificación del empresario* (nombre comercial, dirección geográfica) y, en caso de ser intermediario, los de la empresa por cuya cuenta actúa, así como los *medios de comunicación con el empresario* (teléfono, correo electrónico u otras vías) a través de los cuales el consumidor pueda presentar eventuales reclamaciones [art. 97. b), c) d)].
- c. El *precio total* (incluyendo impuestos y tasas), gastos adicionales (de transporte, de entrega, postales, etc., abarcando las comisiones o costes adicionales por utilización de determinados medios de pago) o aviso de que podrían cobrarse, y si el precio ha sido personalizado sobre la base de una toma de decisiones automatizada [art. 97. e), f)]²⁹.
- d. El *coste de utilización de la técnica de comunicación a distancia* para la celebración del contrato y la *lengua* de formalización [art. 97. g), i)].
- e. Los *procedimientos de pago, entrega y ejecución* (art. 97. h). Debe expresarse la modalidad de pago, así como el plazo para realizarlo.
- f. *Plazo de entrega* (de no señalarse, ha de ser de un máximo de 30 días, según el art. 66 bis LGDCU).
- g. En este caso, al tratarse de *contratos celebrados a distancia o fuera de establecimiento*, se intensifica la información sobre el desistimiento en la fase precontractual. El empresario debe facilitar al consumidor, antes de que quede vinculado contractualmente, de forma *clara y comprensible*, información sobre “(i) *la existencia del derecho de desistimiento, las condiciones, el plazo y los procedimientos para ejercitarlo, así como el modelo de formulario de desistimiento*; (ii) *el deber de asumir, en su caso, el coste de la devolución de los bienes*; (iii) *el deber de abonar al empresario unos gastos razonables*”, en el caso de contratos de prestación de servicios y suministros que impliquen un pago por parte del consumidor, si éste ha solicitado expresamente el comienzo de la ejecución y, además, ha declarado que es consciente de que perderá el derecho a desistir si la prestación se ejecuta íntegramente; y (iv) “*la indicación de que al consumidor no le asiste el derecho a desistir*” cuando con arreglo al artículo 103 no proceda este derecho o las circunstancias en las que lo perderá cuando sí le corresponda.

29 Para no ser considerados abusivos, los pagos adicionales han de responder a servicios efectivamente prestados y solicitados por el consumidor, aceptados expresamente sin posibilidad de considerarse tales los aceptados mediante opciones por defecto (art. 87.5 TRLCU). El consumidor podrá solicitar el reembolso cuando se hayan cargado sin comunicación previa de su existencia o no respondan a servicios efectivamente prestados o solicitados por él (art. 66 quáter TRLCU).

- h. Las *garantías y servicios posventa* [art. 97. n), ñ)].
- i. La *duración y resolución del contrato y de las obligaciones del consumidor* [art. 97. p), q)].
- j. La *existencia y condiciones de depósitos u otras garantías financieras* [art. 97. r)].
- k. La *posibilidad de recurrir a un mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos* [art. 97. u)].

Los anteriores requisitos de información son adicionales a los exigidos en la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio y en la Ley 34/2002, de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico.

Son varias las cuestiones que plantean estas exigencias. En primer lugar, cabe plantearse el alcance práctico de la necesidad de que esta información sea clara y accesible en el concreto ámbito de la contratación electrónica. Esta exigencia requiere las siguientes matizaciones:

- a. En la medida que la Ley no exige soporte duradero³⁰ para la información en fase previa a la perfección del contrato, en caso de cumplirse los requisitos anteriores, podría remitirse para su conocimiento a la página web del empresario, siempre que ello resulte acorde con la técnica de comunicación a distancia utilizada. Pero es dudoso que pueda ser suficiente incluirla a modo de condiciones generales de la contratación. La STJUE de 24 febrero de 2020, *Tiketa*, (Asunto C- 536/20), estimó que facilitar la información precontractual exigida a través de las condiciones generales que figuran en el sitio de Internet del empresario, aprobadas por el consumidor marcando la casilla prevista a tal efecto, antes del pago de la entrada adquirida en línea, es suficiente para garantizar el cumplimiento de la obligación de información prevista en el art. 6.1 DDC. Pero el documento *Comunicación de la Comisión Directrices sobre la interpretación y la aplicación de la Directiva 2011/83/UE* (publicado el 29 de diciembre de 2021) señala que “no basta con facilitar la información precontractual obligatoria únicamente como parte de las condiciones generales” que el consumidor puede tener que aceptar para avanzar en el proceso de transacción. La “claridad y comprensibilidad” exigen la puesta en conocimiento

30 “Soporte duradero” es, según el art. 59.1.bis TRLCU, “todo instrumento que permita al consumidor o usuario y al empresario almacenar información que se le haya dirigido personalmente de forma que en el futuro pueda consultarla durante un período de tiempo acorde con los fines de dicha información y que permita su fiel reproducción. Entre otros, tiene la consideración de soporte duradero, el papel, las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria o los discos duros de ordenador, los correos electrónicos, así como los mensajes SMS”.

del consumidor de los elementos individuales de la información obligatoria. En este sentido, se indica que los distintos elementos de la información precontractual se faciliten “*en el momento en que sean más pertinentes durante el proceso de celebración del contrato*”, a medida que el consumidor vaya pasando de una página a otra de la interfaz en línea³¹. Es decir, la información sobre temas concretos debe *estratificarse* (por ejemplo, mediante encabezados ampliables o enlaces que dirijan a los consumidores a una presentación más detallada de la información pertinente), evitándose el empleo de páginas excesivamente largas.

- b. En ningún caso permite considerar cumplida esta exigencia el empleo de un lenguaje excesivamente técnico, la utilización de un tamaño de letra demasiado pequeño, ilegible, o que se acceda a la información (en la contratación a distancia por vía electrónica) a través de un enlace oculto o recóndito al final de la página principal que no facilite su percepción por parte del consumidor.
- c. En todo caso, ese tipo de información en web no puede reemplazar a la confirmación que debe proporcionarse al consumidor en un soporte duradero tras la celebración del contrato, de conformidad con el art. 8.7 DDC (y art 98 TRLCU).
- d. Tanto el art. 97 como el art. 97 bis insisten en que la información precontractual en línea se facilitará de forma clara y comprensible, con especial atención en el caso de que se trate de personas consumidoras vulnerables, a las que se les facilitará en formatos adecuados, accesibles y comprensibles, la información que ambas normas consideran obligatoria antes de que el consumidor quede obligado por un contrato a distancia. Las personas con discapacidad tienen a su disposición un conjunto de normas sobre la conformidad de los bienes y servicios contratados electrónicamente con los requisitos de accesibilidad universal. Los deberes de información precontractual en la contratación a distancia deben ser integrados con las previsiones del paquete de normas sobre accesibilidad cognitiva, compuesto por la Ley 6/2022, de 31 de marzo, *de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, *para establecer y regular la accesibilidad cognitiva y sus condiciones de exigencia y aplicación*, por Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, *por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del*

31 Según el art. 2.4,m) del Reglamento Europeo de Servicios Digitales, «interfaz en línea» es todo programa informático, incluidos los sitios web o partes de sitios web, y las aplicaciones, incluidas las aplicaciones móviles.

público³², y la Ley 11/2023, de 8 de mayo, de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios. Esta última norma establece un nuevo concepto de conformidad (la que deben establecer los servicios con las requisitos de accesibilidad universal regulados en sus anexos) y la impone a todos los servicios de comercio electrónico, en particular a los servicios digitales y a los libros electrónicos que se preste a los consumidores (vulnerables).

10.2. Requisitos de información adicionales para contratos celebrados a través de mercados en línea

El proveedor del mercado en línea también tiene la obligación de facilitar a las personas consumidoras una información clara, comprensible y adecuada a las técnicas de comunicación a distancia, pero, en este caso, únicamente sobre los aspectos recogidos en el art. 97 bis TRLCU³³ (*“requisitos de información adicional para mercados en línea”*).

Además de los requisitos de información precontractual de carácter general previstos en el art. 20 TRLCU para todos los contratos a distancia (algunos de ellos única y específicamente aplicables a los empresarios en el ámbito del comercio electrónico, como ya se ha visto), existen en el art. 97 bis TRLCU algunas exigencias específicas dirigidas a los mercados en línea. Antes de que un consumidor o usuario quede obligado por un contrato a distancia, o por cualquier oferta corres-

32 En la actualidad se encuentra en trámite el proyecto (N-24-012-DCA) de Real Decreto por el que se aprueba el reglamento sobre las condiciones básicas de accesibilidad cognitiva en desarrollo de la disposición adicional segunda de la Ley 6/2022, de 31 de marzo. Su art. 7 exige a los proveedores privados de servicios de la sociedad de la información el cumplimiento de los criterios de accesibilidad cognitiva a:

- a) Los contenidos textuales y no textuales.
- b) Los documentos y formularios.
- c) Los contenidos multimedia.
- d) Los sistemas y mecanismos de interacción y, especialmente, las formas de prestación del consentimiento, procesos de identificación, autenticación, firma y pago y todo tipo de formulario o herramientas digitales vinculadas a la contratación.

Y cuando los servicios referidos se realicen a través de un sitio web o de una aplicación móvil deberá garantizarse en todas las comunicaciones la aplicación de los criterios A y AA de la norma UNE 139803 (2012) sobre Aplicaciones informáticas para personas con discapacidad. Esta norma establece los requisitos de accesibilidad para contenidos en la Web, que garantizan la creación de páginas web con contenidos accesibles. Hasta ahora, ha sido exigible a las empresas con más de 100 trabajadores o que facturen más de 6 millones de euros, especialmente las entidades bancarias, las aseguradoras, las agencias de viaje, las empresas de transporte, las suministradoras de gas, agua y electricidad, las empresas de telecomunicaciones y las grandes superficies.

33 Añadido por el art. 82.9 del Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre.

pondiente, en un mercado en línea, el proveedor del mercado en línea debe facilitarle la siguiente información:

- a. Información general, facilitada en una sección específica de la interfaz en línea que sea fácil y directamente accesible desde la página en la que se presenten las ofertas, relativa a los principales parámetros que determinan la clasificación de las ofertas presentadas al consumidor o usuario como resultado de la búsqueda y la importancia relativa de dichos parámetros frente a otros.
- b. Si el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital tiene la condición de empresario o no, con arreglo a su propia declaración, con la advertencia expresa en este último caso, de que la normativa en materia de protección de los consumidores y usuarios no es de aplicación al contrato.
- c. Cuando proceda, cómo se reparten las obligaciones relacionadas con el contrato entre el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital y el proveedor del mercado en línea, esto sin perjuicio de lo que proceda conforme a la normativa aplicable.
- d. En su caso, las garantías y seguros ofrecidos por el proveedor del mercado en línea.
- e. Los métodos de resolución de conflictos y, en su caso, el papel a desempeñar por el proveedor del mercado en línea en la solución de posibles controversias.

El incumplimiento de estos deberes específicos de información, así como de los comprendidos en el art. 20 TRLCU, es considerado en todo caso práctica desleal por engañosa, en iguales términos a lo dispuesto en el artículo 19.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, *de Competencia Desleal*, en relación con las prácticas engañosas reguladas en los artículos 20 a 27 de dicha ley (art. 19.4.2 TRLCU).

Pero, además, en el caso de que no se proporcione la información sobre el derecho de desistimiento exigida en el art. 97 TRLCU, ello tendrá consecuencias en las operaciones liquidatorias posteriores, pues el art. 108³⁴ sanciona dicha omisión con:

- a. la exención de pago de los costes de devolución del bien en caso de desistimiento,
- b. la exención de responsabilidad por disminución del valor de los bienes por manipulación inadecuada de los mismos,

34 BERMUDEZ BALLESTEROS, M.S. "El derecho de desistimiento...cit. p. 255.

- c. la exención de costes por prestación de servicios y suministros ejecutados (de forma total o parcial) durante el plazo de desistimiento a petición expresa del consumidor
- d. y, en el caso del suministro de contenido digital en línea, la “recuperación” del derecho a desistir, inicialmente excluido en el art. 103 m) TRLCU cuando ya se ha comenzado a hacer uso del servicio contratado.

La carga de la prueba en relación con el cumplimiento de todos los requisitos de información expuestos incumbe al empresario (97 bis *in fine*).

11. Documentación de los contratos electrónicos

Son de aplicación en este ámbito de protección el art. 98 TRLCU (específicamente dirigido a la confirmación documental de los contratos electrónicos), los artículos de la LTRCU sobre los deberes de documentación contractual en la medida en que sean aplicables supletoriamente a esta forma de contratación (art. 63 “Confirmación documental de la contratación realizada”), y los arts. 23 a 29 (Título IV) de la LSSI, así como, cuando proceda, la Ley 6/2020, de 11 de noviembre, *reguladora de determinados aspectos de los servicios electrónicos de confianza*³⁵.

Bajo la rúbrica de “*requisitos formales de los contratos a distancia*”, el art. 98 TRLCU reproduce casi literalmente el art. 8 de la Directiva 2011/83/UE, y regula de forma conjunta cuestiones que no atañen propiamente al formalismo contractual, sino a los requisitos de incorporación al contrato de la información precontractual recibida- junto con otras que sí afectan a la formalización del contrato. La norma se hace eco del principio de equivalencia funcional entre el documento escrito en papel y el soporte electrónico, consagrado por el art. 23.3 LSSI: “*siempre que la Ley exija que el contrato o cualquier información relacionada con el mismo conste por escrito, este requisito se entenderá satisfecho si el contrato o la información se contiene en soporte electrónico*”, según el cual, la equiparación de soporte escrito y soporte electrónico es suficiente para satisfacer el requisito de la forma escrita

³⁵ La norma se justifica por el desajuste entre la ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica, en relación con el Reglamento (UE) n.º 910/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de julio de 2014, relativo a la identificación electrónica y los servicios de confianza para las transacciones electrónicas en el mercado interior y por el que se deroga la Directiva 1999/93/CE.

y tantos ejemplares en papel como partes intervinientes en el contrato que venía exigiendo tradicionalmente la normativa de consumo³⁶.

Los requisitos formales que afectan a la contratación a distancia solo aparecen en los números 6 y 7 del art. 98 TRLCU, concordantes con los números 6 y 7 del art. 8 de la Directiva 2011/83/UE. El formalismo relativo a la contratación electrónica con consumidores se centra en la obligación del empresario de confirmar por escrito el contrato celebrado por cualquier medio de comunicación a distancia, de forma paralela a la regla general de exigencia de confirmación exigida de forma general por el art. 63 TRLCU a todos los contratos celebrados con consumidores. El art. 98.7 TRLCU declara que *“el empresario deberá facilitar al consumidor y usuario la confirmación del contrato celebrado en un soporte duradero y en un plazo razonable después de la celebración del contrato a distancia, a más tardar en el momento de entrega de los bienes o antes del inicio de la ejecución del servicio”*.

Como se recordará, en contratos celebrados a distancia, la ley no exige soporte duradero para suministrar la información previa, lo que sí se exige en la confirmación documental posterior. Pero si en fase precontractual se hubiera usado tal soporte, no habrá de reiterarse la información en fase post contractual y viceversa (art. 98.7 LGDCU). En el concepto de soporte duradero ha de entenderse cualquier soporte que permita guardar de forma inalterada y reproducir posteriormente su contenido, por lo que se entiende que la página web del empresario o de la plataforma de mercado en línea es un soporte duradero cuando tiene la función de imprimir y guardar la información o comunicación recibida. La STJUE de 21 de mayo de 2015, El Majdoub, (Asunto C-322/14), ya se pronunció en el sentido de que la aceptación mediante un *click* de las condiciones generales proporciona un registro duradero siempre que esa técnica permita imprimir y guardar el texto de las citadas condiciones antes de la celebración del contrato.

La confirmación del contrato debe incluir: a) Toda la información que figura en el artículo 97.1 (información precontractual), salvo si el empresario ya ha facilitado la

36 Así, el art. 3 del derogado RD 1906/1999, que pretendió regular la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales de la contratación, estableció, bajo la rúbrica de “confirmación documental de la contratación efectuada”, la obligación del predisponente de enviar inmediatamente al adherente o, a más tardar, con la entrega de la cosa o comienzo de la ejecución del contrato, “justificación” del contrato realizado “por escrito” o, a elección del adherente, “en cualquier otro soporte duradero adecuado al medio de comunicación empleado”; “justificación” de la contratación efectuada respecto de la que además se especificaba que en ella debían constar “todos los términos de la misma”, exceptuándose únicamente de esta regla la contratación electrónica directa. Sobre ello, PEREZ ESCOLAR, M. “El art. 98 TRLCU, ¿requisitos formales de los contratos a distancia?” en Revista para el Análisis del Derecho, N°3, 2025.

información al consumidor y usuario en un soporte duradero antes de la celebración del contrato a distancia (caso en el que ya forma parte del contrato aunque no se reitere posteriormente, ex art. 97.5 TRLCU); y b) Cuando proceda, la confirmación del previo consentimiento expreso del consumidor y usuario y del conocimiento por su parte de la pérdida del derecho de desistimiento de conformidad con el artículo 103.m³⁷⁾”.

Esta “confirmación” o justificación del contrato no podría constituir realmente un requisito formal del contrato electrónico (en el sentido de condicionar su validez) si se repara en lo dispuesto en el art. 1262 párrafo tercero CC, según el cual, “*En los contratos celebrados mediante dispositivos automáticos hay consentimiento desde que se manifiesta la aceptación*” a través de la activación del correspondiente comando. Pero el art. 100 TRLCU anuda su incumplimiento a la anulabilidad instada por el consumidor por vía de acción o excepción, salvo culpa exclusiva de este en la falta de confirmación, en cuyo caso también concede dicha acción al empresario. Habría sido mucho más eficiente establecer una prórroga del *dies a quo* del período del derecho de desistimiento del consumidor hasta que el empresario cumpliera con el deber de confirmar el contrato, ya que la solución de la anulabilidad avoca a este a la vía judicial.

Salvo lo previsto legalmente en relación con los contratos que, por prescripción legal, deban formalizarse en escritura pública³⁸, la formalización del contrato será

37 Entre otros contratos, el art. 100.m) TRLCU excluye del derecho de desistimiento a los contratos de “m) El suministro de contenido digital que no se preste en un soporte material cuando la ejecución haya comenzado y, si el contrato impone al consumidor o usuario una obligación de pago”, pero únicamente cuando se den las siguientes condiciones:

1.º Que el consumidor o usuario haya otorgado su consentimiento previo para iniciar la ejecución durante el plazo del derecho de desistimiento.

2.º Que el consumidor o usuario haya expresado su conocimiento de que, en consecuencia, pierde su derecho de desistimiento; y

3.º Que el empresario haya proporcionado una confirmación del contrato con arreglo al artículo 98.7 o al artículo 99.2.

38 Si el contrato es de los que pueden o deben otorgarse en escritura pública, es de aplicación el nuevo apartado 2 del art. 23 de la Ley del Notariado redactado según la Ley 11/2023, de 8 de mayo, que regula la digitalización de actuaciones notariales. Según el mismo, la persona interesada podrá comparecer electrónicamente en la sede electrónica notarial operativa en la dirección electrónica correspondiente, mediante la utilización de los sistemas de identificación electrónica previstos en el artículo 9 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, debiendo proporcionar su teléfono, correo electrónico y, en su caso, los datos expresivos de su representación. La persona interesada podrá mediante la comparecencia electrónica:

a) Aportar los antecedentes precisos para la ulterior autorización de un documento público notarial.

b) Otorgar electrónicamente los actos o negocios jurídicos que se determine.

c) Solicitar que se le expida copia simple o autorizada previa apreciación de su interés.

d) Solicitar previa acreditación de su interés legítimo que se le identifiquen los documentos públicos notariales en que aquél hubiera podido intervenir, a los efectos de solicitar al notario que custodia el protocolo, su sustituto o sucesor, la expedición de copia autorizada electrónica.

gratuita para el consumidor, cuando legal o reglamentariamente deba documentarse este por escrito o en cualquier otro soporte de naturaleza duradera.

La expedición de la factura electrónica estará condicionada a que el empresario haya obtenido previamente el consentimiento expreso del consumidor (art. 63 TRLCU). La solicitud del consentimiento deberá precisar la forma en la que se procederá a recibir la factura electrónica, así como la posibilidad de que el destinatario que haya dado su consentimiento pueda revocarlo y la forma en la que podrá realizarse dicha revocación (art. 63). Como resume magistralmente ZABALLOS ZURILLA, la STS (Sala 3ª), de 29 de abril de 2024 (JUR 2021, 133017) ha considerado que la renuncia al derecho a recibir la factura en papel, y la aceptación de la factura electrónica por parte del consumidor tiene que ser solicitada de manera expresa por la empresa y que, además, esta ha de recabar la información pertinente sobre la recepción de la factura electrónica. Establece asimismo de modo indubitado que la posibilidad, legalmente consagrada, de revocación del consentimiento previamente prestado por el consumidor, que ha de realizarse del modo previsto, ex art. 63.3 TRLGDCU, excluye absolutamente que la factura electrónica pueda ser incluida en las condiciones generales del contrato, de necesaria e incondicionada aceptación, previa a cualquier cambio u opción posterior³⁹.

El derecho del consumidor y usuario a recibir la factura en papel no podrá quedar condicionado al pago de cantidad económica alguna.

12. El derecho de desistimiento en la contratación electrónica

12.1. Concepto y ejercicio en los contratos electrónicos

Resumiendo la acertada definición de BERMUDEZ BALLESTEROS⁴⁰, el derecho de desistimiento, en general, es una *“facultad unilateral del consumidor de carácter extintivo de la relación obligatoria perfeccionada, ejercitable en un plazo*

La sede electrónica notarial deberá permitir al otorgante ejercer su derecho a la elección de notario con arreglo a la legislación aplicable, así como la apreciación de su capacidad jurídica, asegurando la intermediación electrónica.

39 Disponible en <https://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/6390-%C2%BFpuede-considerarse-v%C3%A1lido-el-consentimiento-del-consumidor-en-lo-que-respecta-a-la-emisi%C3%B3n-de-la-factura-v%C3%ADa-electr%C3%B3nica-cuando-se-establezca-su-previsi%C3%B3n-a-trav%C3%A9s-de-una-condici%C3%B3n-general-de-la-contrataci%C3%B3n,-o-es-necesario-un-consentimiento-separado-y-espec%C3%ADfico-sts-sala-3%C2%AA-,de-29-de-abril-de-2024-jur-2024,-133017>

40 “El derecho de desistimiento...cit. p. 255.

temporal determinado, mediante una simple notificación remitida al empresario (recepticia); de carácter *discrecional (o ad nutum)*, ejercitable *gratuitamente y sin posibilidad de penalización alguna* y de carácter *irrenunciable*” ex art. 10 TRLCU, que genera recíproca obligación liquidatoria de las contraprestaciones realizadas entre empresario y consumidor. Toda cláusula no negociada o toda práctica no consentida que prive al consumidor de este derecho o limite su ejercicio será considerada nula por abusiva (arts. 82 y 86 LGDCU). Pero sí posible aumentar convencionalmente el plazo de ejercicio del derecho desistimiento.

El TRLCU regula un régimen específico para los contratos celebrados a distancia y fuera de establecimiento mercantil en los arts. 102 a 108. Este régimen fue afectado por la gran reforma de la Ley 3/2014 y posteriormente, por Real Decreto-ley 24/2021, de 2 de noviembre, por el que se incorpora al derecho interno la Directiva (UE) 2019/2161. El régimen general de los arts. 68 a 79 TRLCU – solo aplicables a aquellos contratos de consumo en los que el derecho al desistimiento esté expresamente reconocido-, se aplica de forma supletoria.

Conforme al principio de libertad de forma, en el marco de la contratación electrónica, el oferente puede ofrecer al consumidor y usuario, la opción de cumplimentar y enviar el modelo de formulario de desistimiento que figura en el anexo B del TRLCU o bien realizar otro tipo de declaración inequívoca en la que señale su decisión de desistir del contrato, o bien la de cumplimentar las anteriores posibilidades a través del sitio web del empresario. En tales casos, el art. 106 impone al empresario comunicar sin demora al consumidor y usuario en un soporte duradero el acuse de recibo del desistimiento.

La información y documentación del derecho de desistimiento es uno de los deberes precontractuales específicos de los contratos electrónicos (97.1 y 106 TRLCU). El incumplimiento de esta obligación constituye una infracción de consumo tipificada en el art. 49.1.t) TRLCU. Pero, además, influye en otros aspectos de su ejercicio:

- a. En primer lugar, influye en la duración del *plazo para su ejercicio* por parte del consumidor, que varía según que el empresario la cumpla o no.

El plazo previsto por el art. 102 TRLCU para los contratos a distancia es de 14 días naturales. El cómputo del plazo comienza a contarse el día que se adquiere la posesión material de los bienes (entrega) en el caso de los contratos de venta de bienes (incluido el de bienes con contenidos digitales), o el día de la celebración

del contrato en el caso de los contratos de servicios, los contratos de suministro y los contratos de contenido digital en línea. Si el empresario ha incumplido sus deberes de información sobre el derecho de desistimiento previstos en los arts. 97.1. j), el plazo se amplía ex art. 105 TRLCU, hasta un máximo de 12 meses, cuyo cómputo comienza el día que expire el período de 14 días naturales de desistimiento inicial, a contar desde la entrega del bien o celebración del contrato de prestación de servicios. Si el deber de información y documentación se cumple durante esos 12 meses, el plazo de 14 días legalmente previsto para el ejercicio del derecho de desistimiento empieza a contarse de nuevo desde el momento del cumplimiento.

En todos los momentos señalados, la declaración de desistimiento del consumidor será eficaz cuando se envíe dentro del plazo, aunque la recepción por el empresario sea posterior (art. 106.2 TRLCU).

Además de la ampliación del plazo para desistir, el incumplimiento de la obligación de información sobre el derecho de desistimiento y los gastos aparejados a su ejercicio origina las siguientes consecuencias en favor del consumidor (art. 108):

- b. Le exime del pago de los costes de devolución del bien.
- c. Le exime de responsabilidad por disminución del valor de los bienes por manipulación inadecuada de los mismos.
- d. Le exime de los costes por prestación de servicios y suministros ejecutados (de forma total o parcial) durante el plazo de desistimiento, aunque estos hubieran comenzado a ejecutarse a petición expresa del consumidor.
- e. En el caso de suministro de contenido digital en línea⁴¹, el desistimiento queda excluido para los casos en que los contenidos y servicios digitales ya hubieran

41 Una magistral síntesis de la regulación de las condiciones y los supuestos de pérdida del derecho de desistimiento en contratos de suministro de servicios y contenidos digitales puede encontrarse en la obra de BERMUDEZ BALLESTEROS, M.S. "Desistimiento... cit. p 142 y ss.

"(1) Si el contenido digital se presta en un soporte material (off line), el consumidor puede desistir en un plazo de 14 días naturales desde la entrega. Si desprezinta el soporte del contenido digital, el consumidor pierde el derecho de desistimiento (art. 103 i. LGDCU).

(2) Si el contenido digital no se presta en un soporte material (on line), el derecho de desistimiento (ejercitable en 14 días naturales desde la celebración del contrato) se pierde si, tratándose de un contrato en el que el consumidor ha de pagar, se inicia la ejecución durante el plazo de desistimiento y se dan las siguientes circunstancias: (i) consentimiento expreso del consumidor para el inicio de la ejecución, (ii) conocimiento de pérdida del derecho en caso de ejecución íntegra y (iii) confirmación del contrato por parte del empresario incluyendo el previo consentimiento expreso y el referido conocimiento de la pérdida del derecho por parte del consumidor (art. 103.m. LGDCU). Si alguno de los anteriores requisitos no concurre, el consumidor puede desistir ya iniciada o concluida

iniciado su suministro a petición del consumidor antes de finalizar el período de 14 días de desistimiento según el art. 103 m) TRLCU. Pero el consumidor sigue disfrutando del derecho a desistir mientras no haya existido información precontractual adecuada sobre la pérdida de su derecho debido a la solicitud de inicio (art. 103.m) o si no ha habido confirmación del desistimiento (art. 108, apdo. 5.b).

12.2. Efectos del desistimiento en los contratos electrónicos

En primer lugar, en virtud de la eficacia liquidatoria recíproca del desistimiento, el consumidor debe restituir el bien al empresario, quien, a su vez, debe reembolsar al consumidor las cantidades abonadas por este. El tiempo, el modo y la repercusión de costes de esta recíproca restitución de prestaciones en los contratos a distancia (y por lo tanto, en la contratación electrónica con consumidores) están regulados en los arts. 107 y 108 TRLCU. El empresario reembolsará todo pago recibido del consumidor y usuario, incluidos, en su caso, los costes de entrega, sin demoras indebidas y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días naturales desde la fecha en que haya sido informado de la decisión de desistimiento del contrato del consumidor y usuario de conformidad con el artículo 106.

El empresario deberá efectuar el reembolso a que se refiere el primer párrafo utilizando el mismo medio de pago empleado por el consumidor para la transacción inicial, a no ser que el consumidor haya dispuesto expresamente lo contrario y

la ejecución de la prestación, y no asumirá ningún coste por ello (no pagará por el contenido recibido o recibirá el reembolso de las cantidades abonadas).

En los contratos de suministro de servicios digitales se aplican las siguientes reglas:

(1) Si el suministro del servicio no ha sido completamente ejecutado, el consumidor puede desistir en el plazo de 14 días naturales desde la celebración del contrato, pero deberá abonar al empresario el importe proporcional a la parte ya prestada del servicio en el momento en que haya informado al empresario del desistimiento, en relación con el precio total.

El consumidor no asume ningún coste por el servicio prestado durante el período de desistimiento en dos casos:

(1) si el empresario no ha facilitado la información exigida en relación con el derecho de desistimiento o (2) si el consumidor no ha solicitado expresamente que el servicio dé comienzo durante el plazo de desistimiento (lo que supondría el incumplimiento por parte del empresario de la obligación de obtener la solicitud expresa de ejecución inmediata del consumidor). Cuando los anteriores requisitos no se cumplan, sostener en todo caso la exclusión del derecho de desistimiento al amparo del art. 103 a) supondría una práctica abusiva por limitar los derechos del consumidor y usuario (arts. 82 y 86.1 TRLCU).

(2) Si el suministro del servicio ha sido completamente ejecutado, el consumidor pierde el derecho a desistir si el contrato implica una obligación de pago y, además, (i) solicitó expresamente el inicio de la ejecución del contrato y (ii) era consciente (conocía) de la pérdida del derecho a desistir en caso de ejecución íntegra del servicio (art. 103 a. TRLCU). Si alguno de los anteriores requisitos no concurre, el consumidor podrá desistir del contrato sin asumir ningún coste por ello".

siempre y cuando el consumidor no incurra en ningún gasto como consecuencia del reembolso. La exigencia de identidad del reembolso impide la validez, por abusividad, de las cláusulas o prácticas que imponen al consumidor la aceptación de un “vale” o le exigen gastar el dinero del reembolso en productos de la misma marca compañía (SAP Albacete, Sección 1ª, Sentencia n.º 525/2022, de 7 de diciembre de 2022).

En segundo lugar, el ejercicio del derecho de desistimiento provoca la *extinción del contrato complementario de manera automática y sin coste alguno* para el consumidor. El contrato complementario es aquel por el cual el consumidor y usuario adquiere bienes o servicios sobre la base de otro contrato celebrado con el empresario (contrato principal), y dichos bienes o servicios son proporcionados por el empresario o un tercero sobre la base de un acuerdo entre dicho tercero y el empresario (art. 59 bis.1).

En tercer lugar, *la ineficacia del contrato principal sobre el contrato de crédito vinculado a la adquisición de los bienes o servicios objeto del contrato se produce en dos supuestos*:

- a. Siempre, si el concedente del crédito es el propio empresario contratante.
- b. Si el financiador es un tercero ligado con el empresario mediante un acuerdo previo, en virtud del cual ese tercero haya concedido un crédito al comprador.

La ineficacia del contrato principal no se propaga a los contratos de préstamo que el consumidor haya podido celebrar con terceros no vinculados previamente con el empresario.

El derecho de desistimiento que se ha expuesto es independiente de la posibilidad de finalización de contratos de tracto sucesivo contemplado en el art. 62.3 TRLCU, y su falta de ejercicio no es obstáculo para ejercitar posteriormente las acciones de nulidad, resolución por falta de entrega (art. 66 TRLCU) o las derivadas del régimen de garantías del contrato cuando procedan (art. 78 TRLCU). En especial, es distinto e independiente del régimen de falta de conformidad de los bienes adquiridos y de los servicios digitales objeto de contratación electrónica que se expone a continuación.

13. Particularidades del sistema de remedios ante la falta de conformidad de los bienes adquiridos por contratación electrónica

13.1. La inclusión de los contenidos y servicios digitales en el régimen de conformidad de los bienes

El texto de los arts. 114 a 127 bis TRLCU procede de la modificación completa operada en el régimen de falta de conformidad de los bienes y servicios por RD-Ley 7/2021, de 27 de abril, con el fin de incorporar a nuestro Ordenamiento interno la Directiva 2019/770, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, y la Directiva 2019/771, de compraventa de bienes.

Están incluidos en el ámbito de aplicación del régimen de garantías por falta de conformidad de los bienes del Título IV TRLCU (arts. 114 a 127), los contratos de compraventa de bienes existentes o de bienes que hayan de producirse o fabricarse, y los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, incluyéndose como tales todos aquellos que tengan por objeto la entrega soportes materiales que sirvan exclusivamente como portadores de contenidos digitales. Por lo tanto, a los efectos de contratación electrónica que aquí interesa, están sujetos a este régimen de garantía de conformidad los bienes muebles corporales no expresamente excluidos en el art. 114 TRLCU⁴², los bienes con elementos digitales, los contenidos y los servicios digitales definidos en el art. 59 bis.1 TRLCU. Están excluidos de la misma los contratos de servicios que no se consideren digitales [art. 114.2.c)], independientemente de que el empresario haya utilizado formas o medios digitales para obtener el resultado del servicio o para entregarlo o transmitirlo al consumidor o usuario⁴³.

42 Los animales vivos y los bienes de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores y usuarios puedan asistir personalmente [art. 114.2.a) y b)].

43 El art. 114 TRLCU contiene una lista de contenidos y servicios "digitalizados" pero que no constituyen servicios digitales según la definición del art. 59 bis.1. TRLCU. Así, quedan excluidos del régimen de garantías del T. IV TRLCU los contratos relacionados con:

a) la prestación de servicios distintos de los servicios digitales, independientemente de que el empresario haya utilizado formas o medios digitales para obtener el resultado del servicio o para entregarlo o transmitirlo al consumidor o usuario (v.gr. prestación de servicios profesionales).

b) los servicios de comunicaciones electrónicas, tal y como se definen en el apdo. 35 del Anexo II de la Ley 9/2014 General de Telecomunicaciones, con la excepción de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o ejerzan control editorial sobre ellos (v.gr. Movistar +, Netflix, etc.) y de los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración;

La exposición del régimen general aplicable a la falta de conformidad de los bienes excede la especificidad de un trabajo sobre comercio electrónico. Pero es de resaltar el ensanchamiento de los criterios de conformidad en atención a la inclusión de los contenidos y servicios digitales en el régimen de garantías operado por el Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril, *de trasposición de la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales* (en adelante, Directiva de servicios digitales o DCSD), y la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, *relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes*, por la que se modifican el Reglamento (CE) 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE (DCB).

En virtud de la importante modificación operada por el RD Ley 7/2021, artículo 115 TRLCU, se divide en varios órdenes para diferenciar requisitos subjetivos de conformidad de los requisitos puramente objetivos, y para ensanchar el régimen de conformidad para dar cabida a las faltas que afectan a contenidos y servicios digitales como, la instalación incorrecta de los bienes e integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales.

En síntesis, cabe resaltar las siguientes incorporaciones al TRLCU:

- a. El art. 115 bis.a) TRLCU añade a los criterios clásicos “*la descripción, tipo de bien, cantidad y calidad*” como criterios de conformidad del bien los de funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y durabilidad pactadas, conforme han ido definidos en otros apartados según las definiciones del *art. 59 bis*.

c) la asistencia sanitaria, entendiéndose por tal los contenidos o servicios digitales relacionados con la salud prescritos o suministrados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios (telemedicina, receta electrónica).

d) los servicios de juego que impliquen apuestas de valor pecuniario en juegos de azar, incluidos aquellos con un elemento de destreza, como las loterías, los juegos de casino, los juegos de póquer y las apuestas, por medios electrónicos o cualquier otra tecnología destinada a facilitar la comunicación y a petición individual del receptor de dichos servicios;

e) los contenidos o servicios digitales que constituyan servicios financieros, como las plataformas de créditos rápidos o los servicios de PayPal.

f) el programa (software) ofrecido por el empresario bajo una licencia libre y de código abierto, cuando el consumidor o usuario no pague ningún precio y los datos personales facilitados por el consumidor o usuario sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de mejorar la seguridad, compatibilidad o interoperabilidad de ese software concreto (v.gr. sistema operativo GNU/Linux).

g) el suministro de los contenidos digitales cuando estos se pongan a disposición del público en general como parte de una actuación o acontecimiento, como las proyecciones cinematográficas digitales;

h) el contenido digital proporcionado de conformidad con la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector por organismos del sector público de cualquier Estado miembro de la Unión Europea.

- b. El bien debe servir para el fin específico requerido por el consumidor, siempre que el vendedor haya aceptado que sirve para ese fin [art. 115.bis.b)].
- c. Si se ha pactado la entrega de accesorios, instrucciones o actualizaciones, el vendedor deberá entregarlos [letras b), c) y d) del art. 115 bis].
- d. El art. 115 ter.2 y 3) introduce las actualizaciones como criterio de conformidad de los bienes con elementos digitales. El vendedor deberá comunicar y suministrar al consumidor las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad necesarias para mantener dichos bienes en conformidad durante el período que el consumidor pueda razonablemente esperar (cuando el contrato prevé un único acto de suministro de contenido digital o servicio digital) o durante el plazo de tres años o el (superior) fijado en el contrato (cuando el contrato establezca el suministro continuo de contenidos o servicios digitales durante un período inferior o superior a tres años). La falta de actualización dejará de ser una falta de conformidad cuando el consumidor no las instale en un plazo razonable.
- e. La instalación incorrecta del bien o integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales en el entorno digital del consumidor o usuario se equipará a la falta de conformidad, cuando se de alguna de las siguientes condiciones (art. 115 *quater*):
 - (i) La instalación o integración incorrecta haya sido realizada por el empresario o bajo su responsabilidad y, en el supuesto de tratarse de una compra-venta de bienes, su instalación esté incluida en el contrato.
 - (ii) O que en el contrato esté previsto que la instalación o la integración la realice el consumidor o usuario, haya sido realizada por este y la instalación o la integración incorrecta se deba a deficiencias en las instrucciones de instalación o integración proporcionadas por el empresario o, en el caso de bienes con elementos digitales, proporcionadas por el empresario.
- f. El art. 117 TRLCU introduce un nuevo criterio de conformidad consistente en que al consumidor se le impida o se le limite la utilización de los bienes o de los contenidos o servicios digitales debido a consecuencia de una vulneración de derechos de terceros, en particular de los derechos de propiedad intelectual⁴⁴.

44 V. gr. Cuando un prestador de servicios de intermediación reciba una orden de actuación contra uno o varios elementos concretos de contenido ilícito, dictada por las autoridades judiciales o administrativas nacionales pertinentes, en virtud del art. 9 del Reglamento UE de Servicios Digitales.

13.2. Particularidades en relación con la puesta en conformidad de los contenidos y servicios digitales

13.2.1. Plazo para exigir los remedios por falta de conformidad

En la venta de bienes con elementos digitales el plazo de garantía de conformidad es el general de tres años⁴⁵. Sin embargo, en el caso de suministro de contenidos o servicios digitales suministrados en un acto único o en una serie de actos individuales, el empresario será responsable de las faltas de conformidad que existan en el momento de la entrega o del suministro y se manifiesten en un plazo de dos años en el caso de contenidos o servicios digitales, sin perjuicio de lo dispuesto para las actualizaciones en el artículo 115 ter, apartado 2, letras a) y b).

Tanto en el caso de contenidos o servicios digitales o de bienes con elementos digitales, cuando el contrato prevea el suministro continuo de contenidos o servicios digitales durante un período de tiempo determinado, el empresario será responsable de cualquier falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales que se produzca o se manifieste dentro del plazo durante el cual deben suministrarse los contenidos o servicios digitales de acuerdo con el contrato. No obstante, si el contrato de compraventa de bienes con elementos digitales establece el suministro continuo de los contenidos o servicios digitales durante un período inferior a tres años, el plazo de responsabilidad será de tres años a partir del momento de la entrega.

13.2.2. La innecesaria “restitución” de los datos personales como contraprestación contractual

Los arts. 59.4 y 119 ter 2 LGDCU reconocen el carácter oneroso del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales remunerado con datos. El efecto provechoso más notable para el consumidor de que los datos cursen como precio es que el proveedor está “obligado” frente al consumidor por los términos del contrato. El deudor puede reclamarle el cumplimiento correcto y el saneamiento por falta de conformidad. En caso de falta de conformidad de los bienes, el consu-

45 Como afirma GONZÁLEZ PACANOWSCA, I., “El legislador español ha utilizado el margen que le concedía la DCCB para ampliar tres años, frente al mínimo de dos, el plazo de manifestación de la falta de conformidad en la compraventa de bienes con elementos digitales, mientras que se mantiene el plazo de dos años, el mínimo establecido en la DCSD, para la manifestación de la falta de conformidad en los contratos de suministro de contenidos o de servicios digitales en un acto único o en una serie de actos individuales (120 1 TRLCU). Dada la asimilación de los contratos que tienen por objeto la entrega de soportes digitales con los que suministran contenidos o servicios digitales en línea, el plazo de garantía legal del vendedor es inferior al aplicable a la venta de bienes tangibles con elementos digitales, diferencia probablemente poco comprensible para el consumidor comprador” (“El contrato de compraventa de bienes con elementos digitales”. *Contratación en el entorno digital*. Aranzadi 2023, P. 292)..

midor que satisfizo su contraprestación en forma de datos personales podrá exigir la eventual puesta en conformidad de los bienes, contenidos y servicios digitales, como cualquier otro. En el supuesto de contratos con contraprestación dineraria, de resultar imposible la puesta en conformidad o de no verificarse, procederá solicitar una reducción proporcional y si la falta de conformidad es grave, la resolución contractual. Pero si no media precio, sino cesión de datos personales, el consumidor no dispone del remedio de la reducción del precio, lo que se entiende como una justificación para que el art. 119 *ter* 2) le conceda la facultad de resolver el contrato, aunque la falta de conformidad sea leve, conforme al art. 14 y Cdo. 67 DCSD. Pero como afirma CARRASCO PERERA⁴⁶, “no hay propiamente (sería absurdo que lo hubiera) una suerte de derecho de restitución de los datos personales (sí de otros contenidos distintos) como consecuencia de una resolución contractual. Porque el consumidor ya tiene sus propios datos, y su único interés está ahora en que dejen de utilizarse por tercero, en su *supresión* (art. 17.1 RGPD). Por tanto, el consumidor que aportó sus datos como “contraprestación” no necesita el remedio de la resolución, cuando el proveedor deja de prestar en conformidad su prestación característica. No es un remedio resolutorio, no es un remedio frente al incumplimiento, leve o grave, y no debería estar ni siquiera mencionado en el art. 119 *ter* de la Ley de Consumidores”. En efecto, el RGPD ya había solucionado este tema antes de que la DCSD considerase necesario introducir ⁴⁷tendrá los derechos de acceso, supresión y portabilidad, no solo cuando se produzca la resolución del contrato y ni siquiera solo cuando se extinga este, sino también durante la vigencia del contrato (e incluso aunque no exista tal contrato o haya finalizado, ex LOPDGGD, art. 95 (“*Derecho de portabilidad en servicios de redes sociales y servicios equivalentes*”, sobre el derecho de los usuarios a “*recibir y transmitir los contenidos que hubieran facilitado a los prestadores de dichos servicios*”) y art. 17 (datos personales).

13.3. ¿Existe un supuesto de falta de conformidad por incumplimiento de la normativa de protección de datos?

La doctrina⁴⁸ ha criticado que no se haya previsto un criterio de conformidad de los bienes relacionado con el tratamiento de los datos personales, tanto cuando

46 “Resolución de contrato con datos personales como precio”. Boletín CESCO. 19 de octubre de 2022. Disponible en: <https://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/5838-resoluci%C3%B3n-de-contrato-pagado-con-datos-personales-como-precio>.

47 CÁMARALAPUENTE, S. “Resolución contractual y destino de los datos y contenidos digitales”. El Derecho Privado en el nuevo paradigma contractual. Marcial Pons y Colegio de Notarios de Catalunya (eds.), Barcelona 2020. p. 142.

48 GARCÍA PÉREZ, R.M. Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales. En: Esther

dichos datos son cedidos como precio o contraprestación, como en los requeridos para la ejecución del contrato. *Ningún criterio de conformidad, ni objetivo ni subjetivo, alude expresamente a la normativa de protección de datos. No obstante, cabe plantearse si esta puede desempeñar o no algún papel en la evaluación de la conformidad y en su caso, cuál sea su alcance.* Para el Legislador europeo, la falta de cumplimiento de los requisitos del RGPD (licitud, lealtad, transparencia, limitación de la finalidad, minimización...) pueden considerarse una falta de conformidad establecidos en la Directiva “*atendiendo a las circunstancias del caso*” (Cdo. 48), de forma que la infracción en materia de protección de datos será una falta de conformidad cuando pueda reconducirse a otros criterios de falta de conformidad⁴⁹ subjetivos u objetivos.

Arroyo Amayuelas - Sergio Cámara Lapuente (Dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2020, pp. 175-208. p. 201.

49 El Considerando 48 de la Directiva ejemplifica esta cuestión: “Los hechos que den lugar a una falta de cumplimiento de los requisitos previstos en el Reglamento (UE) 2016/679, incluidos principios básicos como los relativos a la minimización de datos, la protección de datos desde el diseño y la protección de datos por defecto, pueden considerarse asimismo, dependiendo de las circunstancias del caso, una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con los requisitos subjetivos u objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva. Un ejemplo podría ser el caso de un empresario que asuma expresamente una obligación en el contrato, o el contrato pueda interpretarse de esa manera, lo que también está relacionado con las obligaciones del empresario en virtud del Reglamento (UE) 2016/679. En tal caso, un compromiso contractual de este tipo puede formar parte de los requisitos subjetivos de conformidad. Un segundo ejemplo podría ser el caso en que el incumplimiento de las obligaciones en virtud del Reglamento (UE) 2016/679 pudiera al mismo tiempo tener como consecuencia que los contenidos o servicios digitales no sean aptos para los fines previstos y, por tanto, constituyan una falta de conformidad con el requisito objetivo de conformidad que exige que los contenidos o servicios digitales sean aptos para los fines para los que se utilizarían habitualmente contenidos o servicios digitales del mismo tipo.

Este sería el caso, por ejemplo, de un empresario de un programa (software) de cifrado de datos que no aplicara las medidas apropiadas exigidas por el Reglamento (UE) 2016/679 para garantizar que, tal como se haya diseñado, los datos personales no se revelen a destinatarios no autorizados, con lo que el programa (software) de cifrado no sería apto para la finalidad prevista, que es la transmisión segura de datos por parte del consumidor a su destinatario previsto. Por último, podría haber casos en los que el incumplimiento, por parte del empresario, de sus obligaciones en virtud del Reglamento (UE) 2016/679 también pueda constituir una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con el requisito objetivo de conformidad que exige que los contenidos o servicios digitales posean las características que son las normales para los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor puede razonablemente esperar. Por ejemplo, si el empresario de una aplicación de compra en línea no adopta las medidas previstas en el Reglamento (UE) 2016/679 para la seguridad del tratamiento de los datos personales del consumidor y, como consecuencia de ello, los datos de la tarjeta de crédito del consumidor quedan expuestos a programas maliciosos o programas espía, esa omisión también podría constituir una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales en el sentido de la presente Directiva, ya que el consumidor puede razonablemente esperar que una aplicación de este tipo tenga habitualmente características que impidan que se revelen los datos de los pagos. Cuando los hechos que den lugar a un incumplimiento de los requisitos del Reglamento (UE) 2016/679 constituyan también una falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales con los requisitos subjetivos u objetivos de conformidad establecidos en la presente Directiva, el consumidor debe tener derecho a las medidas correctoras por falta de conformidad previstas en la presente Directiva, a menos que el contrato ya sea nulo o anulable en virtud del Derecho nacional”.

13.4. ¿Qué ocurre tras la resolución con los datos y los contenidos digitales creados por el consumidor?

En los tres supuestos en los que cabe el remedio resolutorio por incumplimiento del proveedor de bienes o servicios digitales (la falta de entrega o suministro, la falta de conformidad no remediada o la modificación de los contenidos o servicios que afecten negativamente al consumidor) el empresario suministrador ha podido tratar los datos personales o utilizar de diversas formas los datos no personales o contenidos cargados por el consumidor hasta que se produce la resolución, cuyo efecto normal en el Derecho privado es la restitución de las contraprestaciones intercambiadas por las partes contractuales⁵⁰. Los arts. 16.3 y 4 DCSD y el art. 119 ter, 5, c), d) y e) TRLCU resuelven la cuestión planteada cuando ⁵¹existen datos o contenidos no personales que han sido proporcionados o creados por el consumidor. El empresario debe abstenerse de utilizar (o seguir poniendo a disposición de la comunidad de usuarios) esos datos (arts. 16.3 DCSD, art.19 ter, 5, c, TRLCU). Además, si el consumidor lo solicita, el empresario tiene que poner a su disposición estos contenidos, (art. 16 4.1 DCSD y 119 ter, 5, d, TRLCU).

El empresario depende para hacerlo de la solicitud de puesta a disposición por parte del consumidor, por lo que el mandato de la razonabilidad del plazo se dirige a la petición del consumidor⁵². Una vez realizada esta (también en un plazo razonable), el empresario podrá los datos a disposición del consumidor sin cargo alguno (art. 16.4 DCSD y art. 119 TRLCU) y en un formato utilizado habitualmente ilegible electrónicamente, conforme al principio de portabilidad de los datos del art. 20 RGPD. Este derecho del consumidor se exceptúa en algunos supuestos. Según el art. 119 ter, 5, c y d) TRLCU, en relación con el artículo 107.5, el empresario no tendrá que poner los contenidos a disposición del consumidor:

- a. cuando el contenido generado no tenga ninguna utilidad fuera del contexto de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario;

50 CÁMARA LAPUENTE, Sergio. "Resolución...cit. (antes de la trasposición de la DCSD). En *El Derecho Privado en el nuevo paradigma contractual*. Marcial Pons y Colegio de Notarios de Catalunya (eds.), Barcelona 2020. p.142 y ss.

51 Como afirma GARCÍA RIPOLL, M., El TRLCU solo se dirige a estos datos cuando existe resolución contractual, pero el RGPD concede otros derechos al titular de estos datos también durante la vigencia de su relación con el empresario. El artículo 75 de la LOPDCP permite solicitar la portabilidad de los datos no personales y también puede reconocerse al consumidor el derecho de recuperación de los artículos 16. 4, 2, DCSD y el art. 19 ter 5 e) TRLCU. "La resolución por el consumidor del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales". En. *Contratación en el entorno digital* (GONZALEZ PACANOWSKA, I./ PLANA ARNALDOS, Carmen. dirs.). Aranzadi, 2023, p. 262.

52 Ibidem. P. 263.

- b. cuando esté exclusivamente relacionado con la actividad del consumidor durante el uso de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario;
- c. cuando haya sido agregado con otros datos por el empresario no pueda desagregarse o solo puede hacerlo relativizando un esfuerzo desproporcionado,
- d. y cuando haya sido creado juntamente con el consumidor y otras personas y otros consumidores puedan seguir haciendo uso del contenido digital.

14. Responsabilidad de las plataforma de intermediación de mercados en línea B2C

14.1. La posición de las plataformas de intermediación en mercados en línea en la contratación electrónica

Siguiendo a ÁLVAREZ MORENO⁵³, son dos las ideas principales que caracterizan a las plataformas de mercado en línea:

- a. Su carácter intermediador. Como afirma el Cdo. 1 del Reglamento de Servicios Digitales, *“cabe definir a las plataformas en línea, como las redes sociales o las plataformas en línea (sic) que permiten a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes, como prestadores de servicios de alojamiento de datos que no solo almacenan información proporcionada por los destinatarios del servicio a petición de estos, sino que además difunden dicha información al público a petición de los destinatarios del servicio”*.
- b. Su carácter polivalente. Dentro de las plataformas en línea se encuentran, por un lado, los proveedores de servicios de intermediación *stricto sensu*, es decir, los proveedores de servicios de acceso, memoria tampón o *caching* y almacenamiento o *hosting*⁵⁴ y que se conocen como prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información o *internet service providers*

53 ÁLVAREZ MORENO, MT. La contratación electrónica mediante plataformas en línea...cit. p. 22.

54 La actividad de acceso facilita al usuario el enlace a la red mediante la conexión inalámbrica o el cable y el otorgamiento de una IP y tiene una función meramente técnica de transmisión de información (art. 12 DCE). El almacenamiento automático, intermediario y temporal de la información transmitida (memoria tampón o caching) persigue reducir el tiempo de transmisión y evitar que internet se sature como consecuencia de una elevada demanda del mismo material (art. 13 DCE). El hosting de los datos facilitados por el destinatario del servicio permite su almacenamiento permanente en los servidores del proveedor conectados a internet (art. 14 DCE)

(ISP); y, por otro lado, las plataformas proveedoras de mercados en línea, algunas de las cuales son auténticos proveedores de productos, contenidos y servicios (Amazon Marketplace, Uber), y otras, en cambio, actúan como meros prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información o ISP (Airbnb), calificación que, en todo caso, tendrá consecuencias sobre el régimen de responsabilidad aplicable. A menudo es imposible aislar una única actividad, pues una misma plataforma puede cumplir una diversidad de funciones, esto es, actuar como mera intermediaria en determinados productos o servicios (Amazon), y como proveedora en nombre propio de otros bienes y servicios contratados en el mercado en línea (productos Amazon de Amazon-marketplace).

Cuando la plataforma es de intermediación en mercados en línea (de forma que no puede considerarse legalmente proveedor de bienes y servicios más allá del propio de intermediación), entre las tres partes intervinientes se establece una relación triangular⁵⁵: las partes contratantes en el mercado online (consumidor y oferente) quedarían vinculadas por un contrato de compraventa, de hospedaje, de viaje combinado o de servicios celebrado por vía electrónica (“contrato subyacente”); la plataforma *on line* estaría ligada a la empresa proveedora de productos online y al consumidor como prestadora de servicios de la sociedad de la información (PSSI), que presta un servicio de intermediación cuya referencia clásica sería el contrato de mandato cruzado, asunción de obligaciones contractuales frente a la contraparte (p. ej. *Booking o Airbnb*⁵⁶). Las partes no podrían contratar sin la intermediación de la plataforma, pero contratan únicamente entre ellas⁵⁷.

Son tres las normas que se aproximan a la cuestión de la responsabilidad de las plataformas, desde puntos de vista distintos.

55 LÓPEZ SÁNCHEZ, C. “Las plataformas digitales vinculadas a la economía colaborativa. De la simple intermediación a la prestación del servicio subyacente”. RDP nov. 2019, pp. 91-92.

56 La frontera entre ambos supuestos ha de ser analizada caso por caso. Según el TJUE, la actividad de Uber excede la mera intermediación digital y ha de considerarse prestadora del servicio de transporte porque ejerce una influencia determinante sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas, establece precios máximos, recibe directamente el precio, controla la calidad de los vehículos y la diligencia de los conductores (STJUE 20.12.2017, Caso Uber). Por el contrario, Airbnb es un prestador de servicios de la sociedad de la información y no un promotor de viviendas en alquiler (y, por tanto, está sujeto a la Ley 34/2002). Véase GONZÁLEZ CARRASCO, C. “Airbnb es un prestador de servicios de la sociedad de la información. Consecuencias de la STJUE 19.12.2019 (C-390/18) para el alquiler vacacional español”. Disponible en <https://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/2-principal/4354-%E2%80%99Cairbnb-es-un-prestador-de-servicios-de-la-sociedad-de-la-informaci%C3%B3n%E2%80%9D-consecuencias-de-la-stjue-19-12-2019-c-390-18-para-el-alquiler-vacacional-espa%C3%B1ol>.

57 MINERO ALEJANDRE, G. “¿Responsabilidad de Amazon por las ventas concertadas por terceros en su marketplace? Estudio de la cuestión a fecha de 2021 y perspectivas de futuro”, Revista CESCO, N.º 37/2021.

El art. 95 TRLCU, que regula los servicios de intermediación en los contratos a distancia, establece la obligación de los operadores de las técnicas de comunicación a distancia, entendiendo por tales a las personas físicas o jurídicas, públicas o privadas, que sean titulares de las técnicas de comunicación a distancia utilizadas por los empresarios, a procurar, en la medida de sus posibilidades y con la diligencia debida, que estos respeten los derechos que el título III TRLCU reconoce a los consumidores y usuarios y cumplan las obligaciones que en él se les imponen. Sin embargo, también dispone que lo dispuesto en el párrafo anterior no será exigible a *“los prestadores de servicios de intermediación de la sociedad de la información”*, que se registrarán por lo previsto en la normativa específica sobre servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico (LSSI).

La LSSI establece en su art. 16 (*“Responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos”*, normalmente argüido por las plataformas en su contestación a la reclamación del consumidor en los supuestos en los que este exige el desistimiento), la devolución de costes, responsabilidad o puesta en conformidad de los bienes, reproduce el contenido del artículo 14 de la DCE:

“1. Los prestadores de un servicio de intermediación consistente en albergar datos proporcionados por el destinatario de este servicio no serán responsables por la información almacenada a petición del destinatario, siempre que:

a) No tengan conocimiento efectivo de que la actividad o la información almacenada es ilícita o de que lesiona bienes o derechos de un tercero susceptibles de indemnización, o

b) Si lo tienen, actúen con diligencia para retirar los datos o hacer imposible el acceso a ellos (...).”

En tercer lugar, en cuanto a la responsabilidad de todo tipo (tanto civil contractual como extracontractual, penal, administrativa) por contenidos ilícitos en cualquiera de sus formas (también incumplimiento de normas de protección de los consumidores), ha de estarse a las exenciones de responsabilidad o *“puertos seguros”* mantenidas y reinterpretadas por el Reglamento Europeo de Servicios Digitales⁵⁸.

58 La Unión Europea emitió en 2015 la Comunicación *“Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa”*, la necesidad de articular un nuevo marco normativo que regule el funcionamiento de los intermediarios y plataformas actuales. Posteriormente, se emitió la Resolución del Parlamento Europeo de 20 de octubre de 2020 sobre la Ley de servicios digitales: mejora del funcionamiento del mercado único. Aun manteniendo el régimen de responsabilidad de *“puerto seguro”* de los artículos 12 a 14 de la Directiva 2000/31 de (DSSI), la Resolución se centró en reforzar los requisitos de información al consumidor, en la mejora de la transparencia, la información y la responsabilidad de las plataformas, la eliminación de contenidos ilícitos y las actividades ilegales, incluida la comercialización de productos falsos o inseguros.

El nuevo Reglamento ha partido de la conservación de los supuestos de exoneración⁵⁹ de responsabilidad de las plataformas por neutralidad en relación con los contenidos alojados en las mismas, por ausencia de control sobre el empresario destinatario de los servicios, por desconocimiento de la ilicitud o pronta reacción ante su eliminación (principio “safe harbour”). También advierte que las reglas sobre exención de responsabilidad contenidas en su texto no pueden interpretarse a sensu contrario como criterios de imputación positivos, lo cual corresponde a los Estados nacionales. Como se ha afirmado en el contexto anterior al Reglamento, *“una vez perdido el puerto seguro, el intermediario solo será responsable de la infracción si se cumplen las condiciones previstas en el respectivo Estado miembro para ello. Por consiguiente, la falta de exoneración no equivale a una correlativa y automática imputación de responsabilidad”*⁶⁰. Pero los Considerandos del Reglamento contienen criterios de armonización sobre los casos en los que una plataforma de intermediación no debería poder alegar en su favor que en un tercero neutral en relación con la actividad de los destinatarios de sus servicios de intermediación. En esta armonización se han consagrado los principios que han guiado la jurisprudencia del TJUE en relación con esta cuestión, que bien pueden resumirse en tres: el principio de protección de la apariencia jurídica aplicado en el caso Wathelet, el control de facto sobre el contrato subyacente (caso Uber), y la conculcación del principio de pronta reacción ante la ilicitud (caso L’Oréal).

14.2. La apariencia jurídica de representante o proveedor de bienes y servicios

En cuanto a la apariencia generadora de confianza jurídica como criterio de imputación de responsabilidad contractual en la contratación en línea, se ha de recordar

La Resolución desembocó en la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo para el Mercado Único de Servicios Digitales, por la que se modifica la Directiva 2000/31/EC. El 19 de octubre de 2022 se aprobó el Reglamento (UE) 2022/2065 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a un mercado único de servicios digitales y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE (Reglamento de Servicios Digitales).

59 Según el Cdo. 16, “la seguridad jurídica que proporciona el marco horizontal de exenciones condicionales de la responsabilidad de los prestadores de servicios intermediarios, establecido en la Directiva 2000/31/CE, ha hecho posible que en el mercado interior surjan y se desarrollen muchos servicios novedosos. Por consiguiente, dicho marco debe conservarse. Sin embargo, en vista de las divergencias en la transposición y aplicación de las normas pertinentes en el ámbito nacional, y por motivos de claridad y coherencia, dicho marco debe incorporarse al presente Reglamento. También es necesario precisar determinados elementos de ese marco teniendo en cuenta de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”.

60 ARROYO i MAYUELAS, Esther, quien se hace eco de la disparidad de criterios de neutralidad que han venido manejando los tribunales nacionales en “La responsabilidad de los intermediarios en internet: ¿puertos seguros a prueba de futuro?” En ARROYO i AMAYUELAS Y CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.) en *El Derecho Privado en el nuevo paradigma contractual*. Marcial Pons y Colegio de Notarios de Catalunya (eds.), Barcelona 2020. p. 343 y ss.

que el art. 97 *bis* TRLCU establece como una de las obligaciones a cargo de los mercados en línea la de informar acerca de la identidad del vendedor, de su condición de empresario, así como de la forma en la que *“se reparten las obligaciones relacionadas con el contrato entre el tercero que ofrece los bienes, servicios o contenido digital y el proveedor del mercado en línea, esto sin perjuicio de lo que proceda conforme a la normativa aplicable”*. La doctrina del TJUE ya afirmaba con anterioridad a la incorporación del art. 97 *bis* TRLCU, que *“un intermediario será considerado como la contraparte contractual, si el consumidor a la luz de las circunstancias tiene derecho a suponer que ha contratado con él”*. STJUE de 9 de noviembre de 2016, caso *Wathelet*, sobre responsabilidad por omisión de información sobre los costes asociados al desistimiento (Asunto C-149/15), [ECLI:EU:C2016:840]. Y así ha pasado este acertado criterio al considerando 24 y el artículo 5.3 del Reglamento, con el objetivo de procurar una efectiva tutela del consumidor que celebra contratos a distancia con empresarios a través de plataformas digitales, dichas plataformas no podrán beneficiarse de las reglas sobre exoneración de responsabilidad contenidas en el futuro Reglamento cuando la forma en la que se presente la información o la forma en la que se permita la transacción hagan pensar al consumidor medio y bien informado que esa información, ese producto o ese servicio se presta o gestiona por la plataforma o por un tercero bajo el control de dicha plataforma.

14.3. El control sobre la actividad intermediada en el Reglamento de Servicios Digitales.

El control sobre la actividad intermediada ha sido el factor que prima en el Cdo. 23 del Reglamento de Servicios Digitales. Según el mismo, *“(...) la exención de responsabilidad no debe aplicarse cuando el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o el control del prestador de un servicio de alojamiento de datos. Por ejemplo, cuando el prestador de una plataforma en línea que permite a los consumidores celebrar contratos a distancia con comerciantes determine el precio de los productos o servicios ofertados por el comerciante, se podría considerar que el comerciante actúa bajo la autoridad o el control de dicha plataforma en línea”*.

Este es el factor que el TJUE resaltó en el asunto Uber: según el TJUE, la plataforma va más allá de la mera intermediación digital porque ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas, fija precios máximos, recibe directamente el precio, ejerce control sobre calidad de los vehículos y controla los comportamiento de los conductores. Por lo tanto, actúa y debe responder como prestadora de servicio de transporte (STJUE 20 de diciembre de 2017, Caso Uber).

14.4. El conocimiento o la pasividad en relación con la ilicitud de los contenidos.

El tercer criterio aplicado por el TJUE, en concreto, en el caso L'Oréal contra E-Bay (STJUE de 12 de julio de 2011, C324/09), es el que se deriva del art. 16 LSSI citado (y también del 95.1 TRLCU) y del Cdo. 22 Reglamento de Servicios Digitales. Según el Tribunal, la plataforma E-Bay juega un papel activo, no neutral, cuando asiste a los vendedores y promociona la venta de productos falsificados o comercializados sin el consentimiento del titular de la marca, obteniendo con ello un conocimiento o control de las ofertas ilícitas de venta que almacena.

En la actualidad, el Cdo. 22 del Reglamento de Servicios Digitales establece que *“para poder acogerse a la exención de responsabilidad de los servicios de alojamiento de datos, el prestador debe, en el momento en que tenga conocimiento efectivo o consciencia de actividades o contenidos ilícitos, actuar de manera diligente para retirar dichos contenidos o bloquear el acceso a ellos.(...) El prestador puede obtener dicho conocimiento efectivo o consciencia del carácter ilícito de los contenidos, entre otras vías, a través de investigaciones realizadas por iniciativa propia o de notificaciones recibidas de personas físicas o entidades de conformidad con el presente Reglamento en la medida en que dichas notificaciones sean suficientemente precisas y estén adecuadamente fundamentadas para que un operador económico diligente, de manera razonable, pueda detectar y evaluar el contenido presuntamente ilícito y, en su caso, actuar contra él”*.

En definitiva, la relatividad de los contratos y el carácter intermediador de la plataforma no siempre es un “puerto seguro” frente a su posible responsabilidad. Pero es un refugio razonable en comparación con la piscina incierta en la que se zambulle el consumidor medio toda vez que realiza un pedido por internet.

Bibliografía

- ALVAREZ MORENO, María Teresa. *La contratación electrónica mediante plataformas en línea. Modelo negocial (B2C), régimen jurídico y protección de los contratantes (Proveedores y consumidores)*. Ed. Reus, Colección Derecho del Consumo, 2022.
- ARROYO i MAYUELAS, Esther. La responsabilidad de los intermediarios en internet: ¿puertos seguros a prueba de futuro? En ARROYO i AMAYUELAS Y CÁMARA

- LAPUENTE, S. (dirs.) *El Derecho Privado en el nuevo paradigma contractual*. Marcial Pons y Colegio de Notarios de Catalunya (eds.), Barcelona 2020. Pp. 343-374.
- BERMÚDEZ BALLESTEROS, M. Sagrario. *Venta ilegal de medicamentos a través de una app con entrega directa del producto al mensajero del servicio en la farmacia designada virtualmente*. Disponible en: https://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Venta_ilegal_de_medicamentos_a_traves_de_una_App.pdf. Publicado el 23 de noviembre de 2022.
 - BERMUDEZ BALLESTEROS, M. S. (2017). Aplicación de la normativa de protección a los consumidores a la compraventa celebrada a partir del anuncio del vendedor en un portal web de anuncios y concluida vía WhatsApp. *Revista CESCO De Derecho De Consumo*, (20), 157-166. Recuperado a partir de <https://revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/1252>.
 - BERMUDEZ BALLESTEROS, M. Sagrario. “El derecho de desistimiento” *Derecho de consumo: materiales, fundamentos, aplicaciones* / coord. por Ángel Carrasco Perera, 2023, ISBN 978-84-1162-193-9, págs. 255-280.
 - BERMUDEZ BALLESTEROS, M. Sagrario. “Contratos celebrados a distancia”. *Derecho de consumo: materiales, fundamentos, aplicaciones* / coord. por Ángel Carrasco Perera, 2023, Pp. 329-354.
 - CÁMARA LAPUENTE, Sergio. Resolución contractual y destino de los datos y contenidos generados por los usuarios de servicios digitales. En ARROYO i AMAYUELAS Y CÁMARA LAPUENTE, S. (Dirs.) *El Derecho Privado en el nuevo paradigma contractual*. Marcial Pons y Colegio de Notarios de Catalunya (eds.), Barcelona 2020. Pp.141-174.
 - CARRASCO PERERA, Ángel F. “Resolución de contrato con datos personales como precio”. *Boletín CESCO*. 19 de octubre de 2022. Disponible en: <https://centrodeestudiosdeconsumo.com/index.php/5838-resoluci%C3%B3n-de-contrato-pagado-con-datos-personales-como-precio>. Consultado el 28 de julio de 2025.
 - GARCÍA PÉREZ, Rosa María. “Interacción entre protección del consumidor y protección de datos personales en la Directiva (UE) 2019/770: licitud del tratamiento y conformidad de contenidos y servicios digitales”. En: Esther Arroyo Amayuelas - Sergio Cámara Lapuente (Dirs.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid – Barcelona, 2020, pp. 175-208.
 - GARCÍA RIPOLL, Martín, La resolución por el consumidor del contrato de suministro de contenidos y servicios digitales. En *Contratación en el entorno digital* (GONZALEZ PACANOWSKA, I./ PLANA ARNALDOS, C. dirs.). Aranzadi, 2023, p. 262

- GONZÁLEZ CARRASCO, M. Carmen. “Airbnb es un prestador de servicios de la sociedad de la información. Consecuencias de la STJUE 19.12.2019 (C-390/18) para el alquiler vacacional español”. Disponible en https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Airbnb_es_un_prestador_de_servicios_de_la_sociedad_de_la_informacion_-_consecuencias.pdf
- GONZÁLEZ PACANOWSCA, Isabel, *Contratación en el entorno digital*. Aranzadi 2023, P. 292.
- LÓPEZ SÁNCHEZ, Cristina. “Las plataformas digitales vinculadas a la economía colaborativa. De la simple intermediación a la prestación del servicio subyacente”. RDP nov. 2019, p. 79 y ss.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. “El consumidor”, Derecho del Consumo”, CARRCASO PERERA (coord.), Aranzadi 2023, Pp. 59-80.
- MARTÍNEZ GÓMEZ, Sheila. “Productos y servicios digitales”. *Derecho de consumo: materiales, fundamentos, aplicaciones* / coord. por Ángel Carrasco Perera, 2023, págs. 233-254”.
- MINERO ALEJANDRE, Gema. ¿Responsabilidad de Amazon por las ventas concertadas por terceros en su marketplace? Estudio de la cuestión a fecha de 2021 y perspectivas de futuro. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, ISSN-e 2254-2582, N.º. 37, 2021, págs. 33-50.
- RICO CARRILLO, Marilina. “Estatuto jurídico de los proveedores de servicios de intermediación en línea en el reglamento europeo sobre plataformas digitales”. *Revista Iberoamericana de Derecho Informático*. ISSN 2530-4496 – N.º 15 vol. 1, 2024, PP. 47-56. P. 49.
- ZABALLOS ZURILLA, María. “¿Puede considerarse válido el consentimiento del consumidor en lo que respecta a la emisión de la factura vía electrónica cuando se establezca su previsión a través de una condición general de la contratación, o es necesario un consentimiento separado y específico?: STS (sala 3ª), de 29 de abril de 2024 (jur 2024, 133017)”. Disponible en: https://www.centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Puede_considerarse_valido_el_consentimiento_del_consumidor.pdf



El Ministerio Fiscal y la acción individual en defensa de los derechos del consumidor vulnerable mayor o con discapacidad



David Mayor Fernández

Fiscal de la Unidad de Discapacidad y Mayores de la FGE

*El derecho no debe ser un arma para el más fuerte
sino un escudo para el más débil*

René Cassin

Resumen

La defensa de los derechos de los consumidores y usuarios forma parte de la amplia misión que nuestra Norma Fundamental encomendó en 1978 al Ministerio Fiscal al configurarlo en su art. 124 como un órgano de relevancia constitucional con atribuciones en todos los órdenes jurisdiccionales, más allá de la investigación y la persecución del delito propia del proceso penal.

La defensa del interés público y la procura del interés social, constitucionalmente asignada al Ministerio Público, fundamenta sólidamente su legitimación para el ejercicio de acciones colectivas en defensa de los consumidores y usuarios. En cambio, para el ejercicio de acciones individuales en salvaguarda de los derechos de consumidores determinados se precisa un anclaje adicional en las restantes bases jurídicas sobre las que la Constitución articula las atribuciones del Ministerio Fiscal.

La defensa de los derechos de los ciudadanos, también encomendada al Ministerio Fiscal, cobra especial relevancia respecto de quienes se encuentran en situaciones de subordinación, inferioridad o indefensión, es decir, en condiciones de desigualdad en el ejercicio de sus derechos en relación con los demás. El principio de igualdad y no discriminación, consagrado en el art. 14 CE, se quiebra cuando a las personas mayores y a las personas con discapacidad se les niegan sus derechos a la accesibilidad universal, a los ajustes o a los apoyos a su capacidad jurídica, derechos consolidados tanto en el ordenamiento internacional como en el interno a partir de la Convención de Nueva York. En tales circunstancias, las personas mayores y las personas con discapacidad deben ser reconocidas como consumidores vulnerables a los que resultan aplicables las garantías y salvaguardas que, como tales, les otorga ahora nuestra legislación.

El Ministerio Público surge como institución de referencia legitimada para cuantas acciones exija la defensa de estos derechos. Su intervención deberá priorizarse hacia aquellos casos en los que resulte imprescindible para dar satisfacción eficaz al derecho de acceso a la justicia, incluida la tutela judicial civil individual de los derechos de los consumidores vulnerables, en cuanto vinculada a la salvaguarda del referido principio de igualdad y no discriminación.

1. El Ministerio Público en España y la defensa de las personas vulnerables, más allá del proceso penal

El Ministerio Fiscal español se caracteriza —a diferencia de gran parte de las instituciones análogas en derecho comparado¹— por tener constitucional y legalmente reconocidas diversas funciones y atribuciones más allá de la investigación y persecución del delito en el ámbito del proceso penal. A quien se acerque por primera vez a la literalidad de nuestra Norma Fundamental, quizás le sorprenda que no se refiera explícitamente a las atribuciones penales del Ministerio Público en el precepto dedicado a su configuración constitucional. El art. 124 CE dibuja un ámbito competencial mucho más amplio al establecer que *“sin perjuicio de las funciones encomendadas a otros órganos, tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante estos la satisfacción del interés social”*.

Esta articulación constitucional del Ministerio Fiscal español da fundamento a la extensión de sus atribuciones hacia todos los órdenes jurisdiccionales a la hora de cumplir su misión. Y no solo en relación con los derechos fundamentales y libertades públicas —respecto de los cuales la propia Constitución le confiere, además, legitimación para interponer el recurso de amparo—, sino incluso también en relación con los principios y valores propios del Estado Social de Derecho que recoge el Capítulo III del Título I CE. Entre dichos principios y valores se encuentra la salvaguarda de los derechos de las personas con discapacidad, de las personas mayores y de los consumidores y usuarios (arts. 49, 50 y 51 CE).

En ese marco constitucional, la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, *por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal* (EOMF), establece en su artículo tercero, entre otras atribuciones del Ministerio Público, las relativas a *“tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley, así como intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces (con discapacidad) o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación”*

¹ No obstante, la atribución de funciones más allá del proceso penal al Ministerio Público no es una característica exclusiva del Ministerio Fiscal español, tal y como refleja la Recomendación Rec (2012) 11 del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre el rol de los Ministerios Públicos más allá del proceso penal.

(o apoyo). Además —con la relevancia en materia de discriminación por discapacidad que más adelante se analizará—, el mismo precepto atribuye al Ministerio Fiscal la función de “*velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas acciones exija su defensa*”. El EOMF constituye, en consecuencia, una base legal muy amplia para fundamentar la intervención del Ministerio Público en todos los órdenes jurisdiccionales en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos, del interés público y del interés social.

No obstante, no se puede soslayar que en los numerales sexto y séptimo del art. tercero EOMF se precisa que dicha intervención se dará en los procesos que *establezca o determine* la ley. Es decir, más allá de la intervención en los procedimientos jurisdiccionales de tutela de derechos fundamentales —que cuentan con bases jurídicas específicas en las leyes adjetivas de los distintos órdenes jurisdiccionales²—, en los demás supuestos ajenos al proceso penal, el Ministerio Público debe contar con una base legal adicional que le legitime o bien para el ejercicio de una acción o bien para una intervención procesal en un proceso instado por otros legitimados. Estas bases jurídicas están dispersas en la legislación procesal y sustantiva, general y específica³. En el ámbito de los derechos de los consumidores y usuarios —además de la legitimación para el ejercicio de determinadas acciones de cesación reguladas en la legislación sectorial⁴—, nuestro ordenamiento cuenta con una base legal muy amplia, en el art. 11.5, actualmente vigente⁵, de la Ley

2 Art. 249.2º de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil*, art. 119 de la Ley 29/1988, de 13 de julio, *Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa* y art. 177.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, *Reguladora de la Jurisdicción Social*.

3 Pudiendo citar como ejemplos en la jurisdicción civil, en relación con procedimientos de familia, menores y personas con discapacidad, los arts. 749.1, 757, 762, 763, 765, 771, 775, 777.5 LEC, arts. 4.4, 5.5 y 10.2.e) de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de *Protección Jurídica del Menor* o el art. 158 del CC, entre otros muchos.

4 Así, el art. 54.1. c) TRLGDCU legitima al Ministerio Fiscal para ejercitar la acción de cesación frente a las conductas contrarias a lo dispuesto en la norma en materia de cláusulas abusivas, contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil, venta a distancia, garantías en la venta de productos y viajes combinados y el mismo precepto, en su apartado tercero, para ejercitar la acción de cesación frente al resto de conductas que lesionen los intereses colectivos o difusos de consumidores y usuarios; el art. 16.6 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, *sobre condiciones generales de la contratación*, para el ejercicio de las acciones de cesación, retractación y declarativa reguladas en su art. 12 o, finalmente, el art. 33.4 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de *Competencia Desleal* respecto de la acción de cesación en defensa de los intereses generales, colectivos o difusos de los consumidores y usuarios.

5 La redacción actualmente vigente de este precepto se debe a la reforma del mismo operada por Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. En la actualidad, se encuentra en tramitación el Proyecto de Ley de acciones colectivas para la protección y defensa de los derechos e intereses de los consumidores y usuarios que, de aprobarse en sus términos iniciales, supondría la supresión de esta disposición legal, lo que implicaría un significativo retroceso en la legitimación del Ministerio Fiscal en la materia.

1/2000, de 7 de enero, de *Enjuiciamiento Civil* (LEC), que dispone que “el Ministerio Fiscal estará legitimado para ejercitar cualquier acción en defensa de los intereses de los consumidores y usuarios”.

Tal y como interpretaba la Circular 2/2018 de la FGE, de 1 de junio, *sobre nuevas directrices en materia de protección jurídica de los derechos de los consumidores y usuarios*, el art. 11.5 LEC atribuye al Ministerio Fiscal “un amplio margen de actuación en este campo, sin distinción entre acción individual y colectiva”. A diferencia de la intervención en el proceso penal o de la intervención necesaria que se da en los procedimientos civiles de familia o apoyos indicados en la ley, en este ámbito de consumo el Ministerio Público goza de un margen autónomo de apreciación, sujeto a la propia valoración que realice de la concurrencia de los presupuestos legales que justifican su intervención en razón de la naturaleza de los derechos e intereses jurídicos en juego y de las circunstancias concurrentes en el caso.

Se pautaba entonces que la decisión de actuar o intervenir por parte del Ministerio Fiscal debe de ir precedida de una adecuada consideración del ámbito propio de actuación que también tienen reconocido las restantes instituciones y entidades con competencia o legitimación en materia de consumo, muy en particular, las administraciones públicas con competencias en materia de protección del consumidor, así como las asociaciones de consumidores y usuarios, debiendo procurarse la debida coordinación y cooperación con unas y otras.

Dado el alcance cuantitativo que podría tener una generalización de la intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos en materia de consumo, la Circular 2/2018 de la FGE —siguiendo la línea de la antecedente Circular 2/2010 FGE, de 19 de noviembre, *acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de consumidores y usuarios*— abordó la necesidad de fijar criterios de actuación mediante la indicación de áreas de intervención prioritaria. Para ello, se partía de la ponderación de la intensidad que presentasen en el caso determinadas situaciones de inferioridad, subordinación o indefensión. De una parte —en vanguardia de las reformas legislativas que se sucederían años más tarde—, desde un enfoque subjetivo, respecto del consumidor vulnerable. De otra parte, desde un punto de vista objetivo, en relación con concretos ámbitos materiales relativos a específicos bienes de consumo ordinario o generalizado —créditos hipotecarios o determinadas inversiones financieras— en los que, en aquel momento, se habían extendido prácticas comerciales lesivas de los derechos de los consumidores en ámbitos que objetivamente presentaban esa situación de inferioridad o indefensión.

Veamos a continuación una aproximación tanto a los orígenes como a la evolución de la legislación en la materia —y su entronque con la nueva legislación sobre los derechos de las personas con discapacidad— para tratar de dar respuesta, en primer lugar, a la cuestión de cuándo está el Ministerio Público legitimado para intervenir y, en segundo lugar, a la relativa a cuáles son los criterios que debe considerar el Ministerio Fiscal para tomar la decisión de intervenir en aquellos supuestos en los que resulte efectivamente legitimado.

2. Del consumidor medio al consumidor vulnerable en el marco del Derecho Europeo

En la actualidad el derecho de la UE en materia de consumidores y usuarios se encuentra presidido por la proclamación, en el art. 38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE⁶, del principio relativo a que *las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores*. A este momento histórico del desarrollo del derecho europeo se llega tras una larga evolución normativa que parte de los mismos inicios de la integración comunitaria. Así, ya en torno a la creación y desarrollo del mercado común y la libertad de circulación de bienes y servicios y, posteriormente, en el marco del establecimiento de la unión económica y monetaria, las sucesivas reformas de los tratados constitutivos fueron incluyendo, ampliando e intensificando las referencias a la protección de los derechos de los consumidores y usuarios.

Sin perjuicio de alguna iniciativa previa⁷, será con ocasión de la reforma del Tratado de la CEE operada por el Acta Única Europea (1987) cuando se incluirá por primera vez de forma explícita esa referencia a *un nivel alto* de protección del consumidor como pauta para las iniciativas relativas a la armonización legislativa precisa para el funcionamiento del mercado interior. Esta base jurídica introducida en el art. 100 A (después 95) del Tratado de la Comunidad Europea, sirvió de

6 La Carta de Derechos Fundamentales de la UE, proclamada el 12 de diciembre de 2007, con valor jurídico vinculante desde la aprobación del Tratado de Lisboa, entró en vigor el 1 de diciembre de 2009.

7 Además de hitos anteriores como la creación en 1968 de un servicio especial para cuestiones relacionadas con los consumidores dentro de la Dirección General de Competencia de la CEE, así como de ciertas bases jurídicas en los tratados constitutivos originarios que, sin hacer referencia explícita a la protección del consumidor, podían interpretarse con dicho alcance, cabe destacar el Programa Preliminar de la Comunidad Europea relativo a la política de protección e información de los consumidores aprobado por resolución del Consejo de la CEE en 1975. ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L. La base jurídico-constitucional de la protección de los consumidores en la Unión Europea. *Revista de Derecho Político*, n.º 70. Madrid, 2007, págs. 225-254.,

fundamento a las primeras directivas comunitarias en materia de seguridad de los productos, viajes combinados o cláusulas abusivas en la contratación⁸.

Posteriormente, el Tratado de Maastricht (1992) supondría un importante avance al incluir en el art. 3.s del TCE, como ámbito de acción de la comunidad vinculado al cumplimiento de sus fines, “*una contribución al fortalecimiento de la protección de los consumidores*”, así como al añadir un Título XI dedicado a la materia, integrado por el art. 129 A. Este precepto ampliaba las medidas propias de la armonización del mercado interior anteriormente incluidas en el art. 100A mediante la incorporación de *otras acciones concretas que apoyen y complementen la política llevada a cabo por los Estados miembros a fin de proteger la salud, la seguridad y los intereses económicos de los consumidores y de garantizarles una información adecuada*, en el marco del principio de subsidiariedad.

Este salto hacia adelante se consolidaría en el Tratado de Amsterdam (1997), que extendió aún más la base jurídica de la competencia comunitaria al incluir referencias a la *monitorización y supervisión* de las políticas de los Estados miembros, así como a los derechos de los consumidores a la información, a la educación y a organizarse para salvaguardar sus intereses, en términos que se han mantenido en las posteriores reformas hasta llegar al art. 169 del Tratado de Funcionamiento de la UE actualmente en vigor.

Sin embargo, no puede dejar de apreciarse que esta protección del consumidor en el ámbito comunitario pudo tener en su origen una intencionalidad o finalidad *interesada*⁹, en cuanto no se contemplaba como un fin en sí mismo, sino como una condición de necesidad para un adecuado funcionamiento del mercado interior. También, en cierta medida, la protección del consumidor más vulnerable surge de forma indirecta o secundaria en diversas iniciativas de la Comisión y del Parlamento como reacción a ciertas consecuencias, no del todo deseadas, de la jurisprudencia desarrollada por el TJUE en torno al concepto de *consumidor medio*.

8 Así, las directivas 90/314/CEE, *relativa a los viajes combinados*; 92/59/CEE, *relativa a la seguridad general de los productos*; 90/13/CEE, *sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores*. Después vendrían muchas otras en materia de multipropiedad, contratación a distancia, acciones de cesación, venta y garantía de bienes y consumo, comercialización a distancia de servicios financieros o las primeras regulaciones del comercio electrónico.

9 Así lo ilustra ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L. *op. cit.*, cuando muestra que en el primer plan trienal sobre política de consumidores (1990-1992), se señalaba que “para obtener el máximo beneficio del mercado interior, es necesario que los consumidores estén dispuestos a utilizar ese mercado”.

Este concepto de *consumidor medio* surgió y se consolidó posteriormente en resoluciones del TJUE que buscaban, principalmente, fijar un estándar de consumidor de referencia como parámetro de contraste de la adecuación al derecho comunitario de la información suministrada por productores y proveedores de bienes y servicios a particulares. Ese estándar se definía como “*la expectativa que se presumía en un consumidor medio, normalmente informado y razonablemente atento y perspicaz*”¹⁰.

En el origen de esta jurisprudencia sobre el consumidor medio posiblemente pesaba más la salvaguarda de la libertad de circulación de bienes y servicios y el buen funcionamiento del mercado interior que la protección del consumidor. Quizás por eso las resoluciones del TJUE no dieron en apreciar, entonces, las consecuencias indirectas de tal perspectiva: la consagración de un estándar de *consumidor medio* dejaba poco margen para exigir una mayor sensibilidad en la información comercial hacia los consumidores que se encontrasen en una posición de mayor debilidad, es decir, por debajo de ese estándar de referencia media.

Esto dejaba fuera de la protección europea a los consumidores que, por razón de circunstancias no contempladas en ese promedio, pudieran resultar perjudicados por resultar ineficaz, en su caso, la información suministrada¹¹. Tal y como señala HERNANDEZ DÍAZ-AMBRONA, el concepto de consumidor medio no era lo suficientemente flexible para adaptarlo a casos específicos, ya que en ocasiones no se corresponde con las situaciones de la vida real¹².

A pesar de las dificultades reseñadas, las bases jurídicas anteriormente referidas supondrían el embrión de lo que finalmente resultaría ser un avanzado sistema europeo de protección de los consumidores vulnerables. Este sistema se iría desarrollando a partir de un considerable número de iniciativas de las distintas instituciones europeas. Destaca muy especialmente el decisivo impulso de la Comisión y de la institución más próxima a la directa participación democrática, es decir, el Parlamento Europeo. La Directiva 2005/29/CE *relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior* fue una de las primeras normas europeas que comenzaron a matizar esa

10 De la referida línea jurisprudencial se puede destacar, por ser identificada como la resolución que supuso su definitiva consolidación, la STJUE, de 16 de julio de 1998, asunto C-210/96, *Gut Springenheide*.

11 Las conclusiones del Abogado General en el asunto C-221/00 afirmaban que “el TJCE es crítico respecto a las interpretaciones muy paternalistas” y que “la existencia de un grupo de consumidores a los que una indicación pueda inducir a error no basta por sí para justificar un obstáculo a la libre circulación de mercancías”.

12 HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.D., El hipotecante no deudor y el consumidor en materia de energía eléctrica como consumidores vulnerables. *Revista del Ministerio Fiscal* nº 4, Madrid, 2017, págs. 76-93.

idea del *consumidor medio* para atender a las particularidades de la protección del *consumidor vulnerable*¹³.

Esta sensibilización de las instituciones de la UE hacia el consumidor vulnerable se intensificó en las dos últimas décadas, especialmente a partir de las iniciativas y medidas impulsadas en respuesta a las dos grandes crisis económico-financieras del siglo XXI. Así, en el contexto de los programas desarrollados por la UE para afrontar la Gran Recesión iniciada en 2008, primero, y, posteriormente, la crisis derivada de la pandemia causada por el virus SARS-Cov-2 en 2020, se desarrollarían la primera y segunda Agenda del Consumidor Europeo, con específicas menciones a la vulnerabilidad de determinados grupos de consumidores¹⁴. Así, se vino a dar respuesta a una demanda de reorientación de la política legislativa europea reivindicada tanto por las organizaciones de consumidores y usuarios como por la doctrina académica¹⁵.

13 Este giro queda claro de la lectura de su considerando 18 que se pronunciaba en los siguientes términos: “es importante que todos los consumidores estén protegidos de las prácticas comerciales desleales; sin embargo, el Tribunal de Justicia ha considerado necesario, al fallar sobre casos relacionados con la publicidad desde la entrada en vigor de la Directiva 84/450/CEE, estudiar los efectos de dichas prácticas en la figura teórica del consumidor típico. Atendiendo al principio de proporcionalidad, la presente Directiva, con objeto de permitir la aplicación efectiva de las disposiciones de protección que contiene, toma como referencia al consumidor medio, que, según la interpretación que ha hecho de este concepto el Tribunal de Justicia, está normalmente informado y es razonablemente atento y perspicaz, teniendo en cuenta los factores sociales, culturales y lingüísticos, pero incluye además disposiciones encaminadas a impedir la explotación de consumidores cuyas características los hacen especialmente vulnerables a las prácticas comerciales desleales” que llevará a establecer, en su art. 5.3, que “las prácticas comerciales que puedan distorsionar de manera sustancial, en un sentido que el comerciante pueda prever razonablemente, el comportamiento económico únicamente de un grupo claramente identificable de consumidores especialmente vulnerables a dichas prácticas o al producto al que se refieran, por padecer estos últimos una dolencia física o un trastorno mental o por su edad o su credulidad, deberán evaluarse desde la perspectiva del miembro medio de ese grupo”.

14 Así, en 2012 se aprueba la “Agenda del Consumidor Europeo para impulsar la confianza y el crecimiento” junto con la Resolución de 22 de mayo de 2012 del Parlamento Europeo sobre una estrategia de refuerzo de los derechos de los consumidores vulnerables. De esta primera Agenda del Consumidor resultaría, posteriormente, el Reglamento 254/2014, del Parlamento y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre el Programa plurianual de Consumidores para el período 2014-2020, el cual, en su exposición de motivos, “apuesta claramente por la protección de las personas consumidoras vulnerables a través de la inclusión de previsiones legislativas especiales”. Años más tarde, en el contexto de la segunda de las crisis referidas, la Comisión Europea impulsó una Nueva Agenda del Consumidor para el periodo 2020-2025. Aquí encontramos la culminación de la evolución que venimos refiriendo, en cuanto se subraya que “algunos grupos de consumidores en determinadas situaciones pueden ser particularmente vulnerables y necesitar salvaguardias específicas” y que “una falta de accesibilidad puede poner a las personas mayores o con discapacidad en situaciones de exclusión o limitar sus interacciones”.

15 Tal y como señala FERREIRÓS MARCOS, “si las leyes se estructuran alrededor de un concepto de consumidor alejado de la situación real de los ciudadanos, pueden dar lugar a situaciones de desprotección”. FERREIRÓS MARCOS, C., El papel del Ministerio Fiscal en la protección jurídica de los consumidores y usuarios”. *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 4, Madrid, 2017, págs. 13-30. Citada por el mismo autor, HUALDE MANSO señalaba que “la comprobación de que hay una falta de capacitación en los consumidores y un incorrecto funcionamiento de los mecanismos de reequilibrio contractual y de fortalecimiento –más intensa en determinados sectores de actividad– hace que en los análisis más recientes encomendados por la Comisión Europea tengan una influencia

La priorización de esta cuestión en las políticas de la UE parece consolidarse definitivamente en la actualidad en los trabajos preparatorios de la Agenda del Consumidor Europeo para el periodo 2025-2030 en cuyos objetivos específicos se incluyen los grupos de consumidores vulnerables, comprensivos de las personas mayores y personas con discapacidad y movilidad reducida, en cuanto se valora que encaran desafíos específicos para acceder a productos y servicios esenciales, así como para adaptarse a las nuevas tecnologías y a las tendencias del mercado¹⁶.

3. La regulación del consumidor vulnerable en el derecho interno

Nuestra Constitución avanzó, ya en 1978, la relevancia que posteriormente alcanzaría, tanto en el ordenamiento interno como en el europeo, la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, al integrarla explícitamente dentro del Capítulo III —principios rectores de la política social y económica—, del Título I, en el que se regulan los derechos y deberes fundamentales. Y lo hizo con inclusión explícita de los derechos del consumidor a la seguridad, a la salud, a la información, a la educación y a la organización asociativa en defensa de sus intereses, derechos de reciente reconocimiento en las referencias internacionales de la época¹⁷.

Este moderno mandato constitucional respondía a una acertada previsión sobre la creciente relevancia de un problema que ya entonces comenzaba a constatare: la posición del consumidor en el mercado se encuentra, de partida, en situación de inferioridad frente a las prácticas de contratación estandarizada, que generan riesgos ciertos de lesión de sus derechos por vía de abuso de dicha superioridad. Así, se percibía ya la necesidad de intervención y protección por parte del poder

decisiva los métodos y la filosofía de las ciencias del comportamiento al entender que, ciertamente, el origen de la ineficacia puede encontrarse en la imagen o modelo de consumidor sobre la que se ha construido el Derecho de Consumo europeo. No hay duda de que existe una falta de sintonía con la idea central inspiradora de toda la legislación en materia de consumo hasta el momento: la del consumidor informado y razonable. Poco a poco se va diluyendo esa imagen y comienza a fraguarse la idea de que se ha legislado a espaldas del ciudadano real". HUALDE MANSO, T. en *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de Consumo Europeo*. Ed. Dykunsón, Madrid, 2016

16 Así se especifica en el documento "Call for evidence for the Consumer Agenda 2025-2030 and action plan on consumers in the Single Market", lanzado por la Comisión en el marco de la consulta pública previa a la elaboración de su propuesta para la nueva agenda.

17 Resolución de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa 543/1973, sobre la Carta de Protección del Consumidor.

público frente a una vulnerabilidad que se constataba, al menos de forma potencial, en todo consumidor en el mercado contemporáneo por el mero hecho de serlo¹⁸.

Bajo este principio constitucional y a la luz de la integración del derecho europeo en nuestro derecho interno, la protección de los derechos de los consumidores y usuarios se extendió y desarrolló en diversos sectores de nuestro ordenamiento sobre materias —civiles y administrativas— en las que inciden tanto competencias del Estado como de las Comunidades Autónomas.

Respecto del concepto de *consumidor vulnerable*, la primera mención destacable en nuestro derecho interno fue la introducida por la Ley 29/2009¹⁹, de 30 de diciembre, *por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios* en trasposición de la Directiva 2005/29/CE, más arriba referida, al derecho español.

Esta norma, a pesar de no incluir una definición del término como tal, sí que insertaba —en el art. 4.3 LCD— la mención a grupos de consumidores vulnerables como especificación del parámetro de consumidor medio, cuya reacción habría de considerarse en la valoración de un comportamiento como desleal. Cabe destacar que este precepto sí concretó la discapacidad y la avanzada edad como causas de especial vulnerabilidad, como también harían algunas legislaciones autonómicas²⁰, menciones específicas que no se incluirían, en cambio, en las regulaciones posteriores de ámbito estatal que pasamos a analizar.

Habrá que esperar hasta la aprobación del Real Decreto Ley 1/2021, de 19 de enero (después Ley 4/2022, de 25 de febrero), *de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica* para ver incorporada al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, *por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios* (TRLGDCU), una definición legal de consumidor vulnerable con carácter de legislación estatal básica. Así, su art. 3, que regula la definición de

18 Ello lleva a algunos autores a considerar a todo consumidor como vulnerable y a valorar una situación de "hiper-vulnerabilidad" cuando concurren determinadas circunstancias que acentúan esa posición, tal y como sostiene PELEGRINO TORAÑO, L. A en Los daños por productos defectuosos ante consumidores vulnerables por falta de accesibilidad en el derecho español. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 18, 2023, págs.172-199.

19 Con anterioridad el art. 42.c) del TRLGDCYU hacía referencia a los colectivos de consumidores especialmente vulnerables únicamente en relación con las acciones relativas a la cooperación en materia de control de calidad entre las administraciones competentes y las asociaciones de consumidores y usuarios.

20 Así, entre otras, el art. 111-2 c) de la Ley 22/2010, de 20 de julio, del Código de consumo de Cataluña; el art. 36 de la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios en Andalucía o el art. 7 de la Ley 2/2012, de 28 de marzo, gallega de protección general de las personas consumidoras y usuarias.

consumidor en general, se complementó con un apartado segundo en el que se estableció que *“tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad”*.

De la definición cabe destacar un cambio sustancial, tanto respecto del referido antecedente de 2009 como de los desarrollos legislativos de las CCAA: aquí ya no se trata de una vulnerabilidad promediada o potencial de un grupo o colectivo de consumidores, sino que se refiere a una valoración de la situación de la persona, del consumidor individual, respecto de relaciones concretas de consumo.

Se trata de un cambio de paradigma de crucial importancia, pues consolida la evolución originada en el inicial concepto de *consumidor medio*, pasando por el concepto de *consumidor medio vulnerable* considerado en abstracto en razón de sus características como tipo medio de un determinado colectivo, para llegar, finalmente, en esta última etapa, al concepto de *consumidor individualmente vulnerable* identificable en su concreto contexto circunstancial.

4. La discapacidad y la avanzada edad como factores de vulnerabilidad del consumidor

Pudiera sorprender que la definición de consumidor vulnerable introducida en el art. 3 TRLGDCU por la Ley 4/2022 no haya mencionado ni la edad ni la discapacidad como circunstancias determinantes de la vulnerabilidad del consumidor. En apariencia, esta opción normativa se aparta del contexto de la dinámica y tendencia legislativa coetánea, ya que, en la mayor parte de las reformas normativas del momento, la perspectiva de la discapacidad y de la avanzada edad viene siendo introducida de forma transversal y explícita en multitud de preceptos legales.

Sin embargo, si profundizamos en su interpretación, lo cierto es que la opción del legislador podría ser coherente con el modelo jurídico contemporáneo de la discapacidad en virtud del cual ni la edad ni la discapacidad son, por sí mismas, causas de vulnerabilidad. Tal vulnerabilidad se dará o no en razón de la interacción de la

discapacidad con el contexto personal y ambiental de cada persona, más allá de un diagnóstico o valoración previa o posterior que pudiera realizarse. Así, la definición legal de consumidor vulnerable del art. 3 TRLGDCU exige, en coherencia con dicho modelo, valorar la discapacidad en su contexto y dirigir el foco a las *relaciones concretas de consumo* para sopesar si *las características, necesidades o circunstancias personales* —no en sí mismas consideradas sino en un entorno determinado—, junto con *las circunstancias económicas, educativas o sociales*, dan lugar a una *especial situación de subordinación, indefensión o desprotección*.

No solo una interpretación lógica y sistemática nos lleva a concluir que la avanzada edad y la discapacidad sí están comprendidas entre estas circunstancias personales eventualmente determinantes de la vulnerabilidad del consumidor. También la interpretación teleológica lo confirma, si atendemos a las exposiciones de motivos incluidas por el legislador en el preámbulo de la norma. Así, en primer lugar, respecto de las personas mayores se argumenta que “en muchas ocasiones, factores que pueden estar asociados a la edad, como el estado de salud, el desfase generacional o el nivel sociocultural, influyen en la posibilidad de (...) desenvolverse como personas consumidoras en igualdad de condiciones, principalmente en la sociedad de la información actual. Además, las personas mayores enfrentan en ocasiones barreras relacionadas con la forma en que se genera o proporciona la información en las relaciones de consumo, incrementándose el riesgo de que puedan ser inducidas a error, así como barreras relacionadas con prejuicios y estereotipos asociados a la edad”. Y, en segundo lugar, respecto de las personas con discapacidad, se afirma por el legislador que “están más expuestas a la quiebra y vulneración de sus derechos como personas consumidoras, por cuanto en muchas ocasiones el mercado de bienes, productos y servicios carece de condiciones de accesibilidad universal, dificultando su desempeño como consumidores protegidos”.

Es decir, resulta meridiano que —aun no habiéndolo explicitado en el tenor literal del artículo—, tanto las personas mayores como las personas con discapacidad constituyen dos de los colectivos de atención prioritaria a la hora de apreciar una eventual vulnerabilidad en el consumidor y salvaguardarla. Así queda también de manifiesto en los trabajos prelegislativos desarrollados hasta la fecha en el ámbito específico de la protección del usuario de servicios bancarios y financieros²¹.

21 La edad y la discapacidad fueron consideradas también circunstancias determinantes de una eventual vulnerabilidad respecto del cliente financiero en el Proyecto de Ley 121/000134, presentado en la XIV Legislatura, por la que se crea la *Autoridad Administrativa Independiente de Defensa del Cliente Financiero para la resolución extrajudicial de conflictos entre las entidades financieras y sus clientes* que finalmente no llegó a aprobarse, así

5. Criterios legales para apreciar la vulnerabilidad en el consumidor con discapacidad o de avanzada edad

Entonces, tal y como venimos exponiendo, no todas las personas con discapacidad y personas mayores son, necesariamente, en las relaciones concretas de consumo, consumidores vulnerables. Lo serán efectivamente si en su contexto particular y respecto de una concreta relación de consumo se da una situación de subordinación, indefensión o desprotección efectiva. Ahora bien, esas situaciones de *subordinación*, *indefensión* o *desprotección* siguen siendo conceptos jurídicos indeterminados precisados de interpretación. En tanto no se consolide jurisprudencia en su aplicación, ¿contamos con referencias legales que nos permitan identificar esas situaciones en orden a poder concluir que, en una concreta relación de consumo, se da esa situación de vulnerabilidad en una persona de edad avanzada o con discapacidad?

La dinamicidad de las relaciones de consumo determina una casuística imposible de abarcar con exhaustividad desde un punto de vista teórico. Sin embargo, la legislación aprobada en el último lustro en materia de derechos de las personas mayores y personas con discapacidad aporta algunos referentes normativos que nos permiten aventurarnos, con suficiente base legal, en esa concreción de situaciones de vulnerabilidad efectiva.

Estas reformas legislativas recientes sobre discapacidad traen causa de la profunda transformación de los estándares internacionales en la materia que se han producido en las últimas décadas sobre la base de diversos modelos teóricos²² hasta llegar al alumbramiento de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)²³ como consolidación de un

como en el ulterior Proyecto de Ley 121 /000018, con el mismo objeto, presentado en la XV Legislatura y que se encuentra actualmente en tramitación parlamentaria.

22 Sobre los modelos teóricos de la discapacidad, DALMEDA PEREZ, M. E. y GAGAN C. Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas, *Revista española de discapacidad*, n.º 7, 2019, págs. 7-27.

23 La Convención de NNUU sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad fue aprobada por la Asamblea General el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España el 23 de noviembre de 2007 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008. No solo forma parte de nuestro ordenamiento interno, en virtud de lo dispuesto en el art. 96.1 CE, sino que, además, es parte integrante del canon de referencia interpretativa de los derechos constitucionalmente reconocidos, en razón de la cláusula de apertura al ordenamiento internacional en la materia introducida en el art. 10.2 CE. Sobre la relevancia jurídica-constitucional de esta apertura constitucional, GÓMEZ CUENCA, P., La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del art. 10.2 de la Constitución Española, *Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén* (segunda época), n.º 12, 2012, págs. 1-24 y SÁIZ ARNAIZ, A. La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los

nuevo paradigma, desde la perspectiva de los Derechos Humanos²⁴. La CDPD debe comprenderse e interpretarse en el marco de la línea histórica de propulsión del principio de igualdad y no discriminación²⁵ desarrollada en el ámbito de Naciones Unidas a partir del art. 7 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, posteriormente implementada de forma jurídicamente vinculante en diversos acuerdos internacionales²⁶. De ahí la naturaleza transversal de la CDPD, en cuanto sus principios son aplicables al ejercicio de todo tipo de derechos anteriormente reconocidos²⁷, incluidos, en lo que aquí interesa, los derechos de los consumidores y usuarios. Ello sin perjuicio de que la CDPD se caracterice, también, por haber creado nuevos derechos o, conforme a algunos autores, nuevas especificaciones de derechos preexistentes²⁸.

derechos humanos el art. 10.2 de la Constitución española, CGPJ, Madrid, 1999. Debe considerarse, a su vez, que el art. 93 CE abrió el camino de la integración de nuestro ordenamiento jurídico en el proceso de integración de las Comunidades Europeas que finalmente dio lugar a la Unión Europea y al derecho comunitario, con especial relevancia en materia de derechos de los consumidores y usuarios reconocido en su propia Carta de Derechos Fundamentales. Por esta razón, muchos autores consideran que actualmente la evolución del Derecho se encuentra en pleno desarrollo de un auténtico ordenamiento jurídico multinivel —internacional, europeo, constitucional y local— que interactúa entre sí, especialmente en relación con la dinámica de desarrollo de los derechos humanos y derechos fundamentales. Sobre este modelo de interpretación del ordenamiento jurídico véanse PERNICE, I., Multilevel constitutionalism, and the treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited, *Common Market Law Review*, n.º 36(4), 1999, págs. 703-750 y Multilevel constitutionalism in the European Union, *European Law Review*, 27 (1/6), págs. 511-529. También, entre otros autores que han desarrollado este planteamiento destaca PIZZOLO, C., Derecho constitucional en la Unión Europea: El “constitucionalismo multinivel” como alternativa al problema de la jerarquía normativa, *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n.º 9, 2012, págs. 121-130 o GÓMEZ SÁNCHEZ, Y, en *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, Madrid, Sanz y Torres, 2011.

24 Se ha considerado que, si bien el modelo social está en el impulso de la iniciativa y trabajos de desarrollo de la CDPD, finalmente fue superado por el modelo de derechos humanos. Su caracterización, por diferencia con el modelo social, podría concretarse en los siguientes aspectos: la aportación de principios o valores fundamentales a las políticas de discapacidad; la suma, a la interdicción de la discriminación en el ejercicio de derechos civiles y políticos, del pleno reconocimiento en igualdad de los derechos económicos y sociales; la integración de la realidad de las deficiencias como elemento propio de la diversidad humana; la promoción de la identidad positiva de la persona con discapacidad y su emancipación; la conciliación de las políticas de prevención con las de promoción de los derechos humanos y, finalmente, el abordaje de la relación entre discapacidad y exclusión económica y social. DEGENER, T., *Disability in a human rights context*. *Laws*, n.º 5, 2016, págs. 1-24.

25 La CDPD invoca, hasta en veinticinco ocasiones, el principio de no discriminación y aporta en su artículo segundo una definición específica para su ámbito de aplicación.

26 Así, en el art. 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y en el art. 2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

27 Esa naturaleza transversal implica que la perspectiva de la discapacidad sea incorporada de forma creciente a otros sectores del ordenamiento, especialmente a aquellos que regulan realidades en las que las barreras sociales a la discapacidad generan situaciones de vulnerabilidad.

28 A diferencia de otros instrumentos internacionales contra la discriminación surgidos en Naciones Unidas, la CDPD aborda de forma integral los Derechos Humanos de las Personas con Discapacidad. No solo hay reafirmación de derechos humanos ya existentes en relación con su aplicación desde una perspectiva del principio de no discriminación, sino también reformulación y enriquecimiento de derechos anteriormente reconocidos, extensión del contenido y alcance de estos y, por último, verdadera innovación con nuevos derechos inherentes y específicos de las personas con discapacidad, tal y como mantiene MEGRET, F. en *The disabilities convention*:

En una suerte de efecto de irradiación de los derechos humanos a todo el ordenamiento jurídico, su contenido, ahora especificado en los derechos de las personas con discapacidad, tiene también el alcance propio de los mandatos de optimización dirigidos a los poderes públicos²⁹ y, en consecuencia, constituyen obligaciones positivas en orden a promover las condiciones favorables para su óptima eficacia. Pero, además, en lo relativo a la materia de consumo, esta vinculación positiva implica también, de forma horizontal, a los sujetos de derecho privado, a las relaciones entre particulares, con auténticas obligaciones de hacer para los proveedores de bienes y servicios respecto de los consumidores vulnerables por razón de edad y discapacidad.

Aun cuando se mantenga cierto debate sobre si esta eficacia horizontal de los derechos humanos y fundamentales es directa o, por el contrario, requiere desarrollos legislativos que explícitamente la establezcan, resulta pacífico concluir cierto efecto directo entre sujetos de derecho privado respecto del principio de igualdad y no discriminación, especialmente en relación con personas o colectivos que se encuentran en una situación de particular vulnerabilidad³⁰. En todo caso, esta eficacia horizontal se dará con plenitud mediante los desarrollos legislativos específicos, en gran parte ya alcanzados en nuestro país, en cumplimiento de los referidos mandatos de optimización.

Con este marco interpretativo debemos integrar en nuestro ordenamiento el art. 4.e) CDPD en cuanto obliga a los Estados a tomar todas las medidas pertinentes para

Human rights of persons with disabilities or disability rights? Equality and non-discrimination under international law, FARRIOR, S. (dir), Routledge, London, 2017, págs. 269-292. Sobre el proceso evolutivo de especificación de los derechos humanos, BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*. Sistema, Madrid, 1991.

29 ALEX Y, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, pág. 86.

30 En derecho comparado se atribuye a la doctrina y jurisprudencia alemana la primera construcción teórico-técnica de la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, conocida como *Drittwirkung der Grundrechte*. DE VEGA GARCÍA, P.: «La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la *Drittwirkung der Grundrechte*», *Derecho PUCP*, n.º 46, 1992, p. 372. Cfr. sobre la eficacia horizontal inmediata o directa de los derechos fundamentales, ALEX Y, R., obra citada, pág. 506-523; VLLAVERDE MENÉNDEZ, I., «La eficacia de los derechos fundamentales» en BASTIDA FREIJEDO, F.J (Coord.), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución de 1978*, Tecnos, Madrid, 2005. págs. 189-195; TOMÁS MALLEN, B., «Derechos Fundamentales y *Drittwirkung* en perspectiva multinivel: desarrollos recientes en el derecho europeo». *Revista de Derecho Político*, n.º 115, 2022, págs. 207-235; y GARCÍA RUBIO, M.P., (2002): «La eficacia inter privados (*Drittwirkung*) de los derechos fundamentales», *Libro Homenaje a Ildelfonso Sánchez Mera*, Vol. I, Colegio Notarial de La Coruña, págs. 297-314 y VIVAS TESÓN, I., La horizontalidad de los derechos fundamentales. *Bienes de la Personalidad*. Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2008, págs. 205-213. Nuestro Tribunal Constitucional ha incorporado esta doctrina y técnica en diversas resoluciones, dictadas en asuntos empapados de la consideración de nuestro ordenamiento constitucional como un Estado Social de Derecho. Así, la temprana STC n.º 38/1981, de 23 de noviembre o, entre otras, la STC n.º 88/1985, de 19 de julio, la STC n.º 177/1988, de 10 de octubre y la STC n.º 108/1989, de 8 de junio, todas ellas en materia de relaciones laborales.

que ninguna persona, organización o empresa privada discrimine por motivos de discapacidad. El desarrollo de este mandato de la CDPD —que enlaza con el general de optimización de la libertad e igualdad establecido en el art. 9.2 CE y con el amparo especial para el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad recogido como principio en el art. 49 CE— fue inicialmente abordado en nuestro ordenamiento interno mediante el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social* (en adelante, TRLDPDIS).

Sin embargo, el impulso definitivo en nuestro ordenamiento al desarrollo integral de los mandatos de la CDPD se ha producido principalmente en el último lustro. Así, mediante las reformas legales acaecidas a partir de 2021, se ha completado la incorporación de los derechos de las personas mayores y personas con discapacidad con la dimensión que han alcanzado en los nuevos estándares internacionales. Esa nueva dimensión de su abordaje jurídico la podemos articular sobre tres ejes: i) la plena capacidad jurídica y el derecho a los apoyos necesarios; ii) el derecho a la accesibilidad universal y a los ajustes razonables; iii) la intensificación del contenido del derecho a la igualdad y no discriminación, con la inclusión de la consideración como discriminación directa de la denegación de los ajustes y de los apoyos, con las consecuencias que más adelante se detallarán.

En primer lugar, la Ley 8/2021, de 2 de junio, *por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica* ha establecido un acabado sistema de medidas de apoyo a la capacidad jurídica que transforma profundamente la realidad jurídica y social anterior. El nuevo modelo configura los apoyos a la toma de decisiones como un verdadero derecho de la persona con discapacidad en torno al principio clave del respeto a su voluntad, deseos y preferencias. Así, tras la Ley 8/2021, la persona con discapacidad deja de ser considerada únicamente como objeto de protección y pasa a ser reconocida como verdadero sujeto titular de todos los derechos humanos, en condiciones de igualdad. Las dificultades y restricciones prácticas en el ejercicio de sus derechos dejan de tener como efecto jurídico la limitación formal de la capacidad y pasan a dar lugar al derecho a ser asistido o apoyado en los procesos de toma de decisiones y en el otorgamiento de los consentimientos propios de la contratación.

En el ámbito del derecho de consumo esta reforma legal determina que la persona mayor o con discapacidad se sitúa como sujeto titular, en plenitud, de sus derechos como consumidor o usuario, ejercitables por sí misma o con los apoyos

que necesite. Así, en caso de precisarlo, el derecho a ser asistido con los apoyos se adhiere a los concretos derechos sustantivos que como consumidor o usuario tiene la persona mayor o con discapacidad.

Y este derecho a un apoyo eficaz no solo exige actuar por parte de los poderes públicos en orden a proveerlo adecuadamente cuando falte. También impone una actitud proactiva a proveedores de bienes y servicios privados en orden a detectar la eventual necesidad de apoyos y facilitar su concurrencia. Además, debe considerarse que el nuevo sistema de apoyos ya no pivota principalmente sobre una institución judicial anotada en un registro público, como era la derogada tutela de adultos. Si bien la curatela y los apoyos voluntarios notariales sí acceden al Registro Civil, la guarda de hecho —la medida de apoyo más común en la realidad social de nuestro país— no lo hará generalmente. Ello determina que los oferentes de bienes y servicios deban considerar, respecto de consumidores vulnerables por razón de discapacidad o de avanzada edad, más allá de la eventual concurrencia de un curador o de un apoyo notarial, la posible existencia de un guardador de hecho que asista al consumidor en la toma de sus decisiones o su necesidad.

Adicionalmente, ante dicha eventual necesidad de apoyos no cubierta, una buena práctica pautaría dirigir la oportuna comunicación al Ministerio Fiscal por parte del oferente del bien o servicio de que se trate, de conformidad con lo dispuesto en el art. 42 bis a) 3 LJV. Estas comunicaciones al Ministerio Público podrían ser canalizadas específicamente en aquellos sectores de la contratación de consumo más sensibles, a través de eventuales protocolos de colaboración, tal y como ya se han instrumentado respecto de las entidades bancarias a través de los protocolos firmados en 2023³¹.

En definitiva, la no concurrencia o ineficacia del apoyo que hubiera sido necesario adquirirá relevancia en una eventual lesión de los derechos sustantivos del consumidor, especialmente si esa limitación o ineficacia de los apoyos es causada por el propio oferente, proveedor o prestador de bienes o servicios, pero también cuando, aún sin serle atribuible a su actuación, fuera conocedora de la misma y, aun así, consumase la contratación con resultado de una ventaja que pueda calificarse, como más adelante se expondrá, como injusta. Cabe subrayar que el

31 El 19 de julio de 2023 el Ministerio Fiscal, la Asociación Española de la Banca, la Confederación Española de Cajas de Ahorros y la Unión Nacional de Cooperativas de Crédito firmaron, de una parte, el *Protocolo marco de colaboración para la efectividad de las medidas de apoyo a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en el ámbito bancario* y, de otra parte, el *Protocolo general de colaboración para la protección patrimonial de personas titulares de productos bancarios con discapacidad o en otras situaciones de vulnerabilidad*.

propio TRLGDCU se refiere en diversos preceptos a la información del consumidor como vinculada al derecho a un proceso de toma de decisiones óptimas (con carácter general en el art. 8.2.d) y específicamente en los arts. 20.2 y 60.1 en relación con el consumidor vulnerable).

En segundo lugar, en materia de accesibilidad, la Ley 6/2022, de 31 de marzo, *de modificación del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (...)* ha ampliado la definición de *accesibilidad universal* ya introducida en la redacción original del art. 2. k) TRLDPCDIS para hacerla aún más consistente con los términos exigidos por la CDPD. Así, mediante esta reforma legal se incluye el concepto de *accesibilidad cognitiva* como parte de la “*condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios*”. Y, con trascendental relevancia en relación con los derechos como consumidores y usuarios de las personas mayores y personas con discapacidad, se extiende explícitamente su aplicación a los “*bienes y servicios a disposición del público*” (art. 5. d) TRLDPCDIS).

Así se constata en sus primeros desarrollos reglamentarios, en particular en el Real Decreto 193/2023, de 21 de marzo, *por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los bienes y servicios a disposición del público*, que, en su capítulo III, incluye normas específicas aplicables a la oferta de bienes y servicios en el ámbito del consumo en general (art. 16), en relación con el comercio minorista (art. 17) y en relación con los bienes y servicios de carácter financiero, bancario y de seguros (art. 18). Adicionalmente, estas reformas se han visto complementadas con la Ley 11/2023, de 8 de mayo, *de trasposición de Directivas de la Unión Europea en materia de accesibilidad de determinados productos y servicios (...)*, que lleva a cabo la trasposición de la Directiva (UE) 2019/882 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, *sobre los requisitos de accesibilidad de los productos y servicios* y que concreta los requisitos de accesibilidad universal aplicables a los productos y servicios incluidos en su ámbito de aplicación³².

32 De conformidad con su art. 2, este ámbito de aplicación se extiende a equipos informáticos y sistemas operativos, terminales de autoservicio, como terminales de pago o cajeros automáticos, equipos terminales de consumo con capacidad informática interactiva utilizados para comunicaciones electrónicas o audiovisuales, servicios de comunicaciones electrónicas y de comunicación audiovisual, determinados elementos de los servicios de transporte de viajeros; servicios bancarios para consumidores, libros electrónicos y programas especializados, servicios de comercio electrónico; determinados elementos de los servicios de suministro eléctrico, de agua y gas y determinados elementos de los servicios de agencia de viajes y touroperadores y las redes sociales, así como, finalmente, a las respuestas a las comunicaciones al número único europeo de emergencias.

El principio de accesibilidad universal, así definido, se complementa con el derecho a los ajustes razonables —también introducido en nuestra legislación en desarrollo de la CDPD—, en el art. 2.m) TRLGDPCDIS que los conceptúa como aquellas *“modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal a las necesidades específicas de las personas con discapacidad que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular de manera eficaz y práctica, para facilitar la accesibilidad y la participación y para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos”*.

Dentro de dichos ajustes razonables, cuya heterogeneidad no resultaría aquí abaricable, deben entenderse incluidos los que sean precisos para desplegar la eficacia de los apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica y facilitar su concurrencia tanto durante la fase precontractual como durante el proceso de contratación. En ocasiones, esos ajustes razonables serán muy sencillos y fáciles de implementar, de modo que su omisión admitiría escasa justificación. Sirva de ejemplo —tal y como ya están realizando muchas compañías en su actividad comercial—, la buena práctica de requerir la concurrencia del familiar o allegado que pudiera estar actuando como guardador de hecho de una persona de avanzada edad durante la oferta y tramitación de la contratación, incluso por vía telefónica.

En tercer lugar, en relación con el derecho a la igualdad y no discriminación, la Ley 15/2022, de 12 de julio, *integral para la igualdad de trato y la no discriminación*, de conformidad con lo dispuesto en su art. 3.k), incluye en su ámbito de aplicación *“el acceso, oferta y suministro de bienes y servicios a disposición del público, incluida la vivienda, que se ofrezcan fuera del ámbito de la vida privada y familiar”*, es decir, en el ámbito del mercado de bienes de consumo. A su vez, en su art. 17 concreta su aplicación a la oferta al público de bienes y servicios y contiene específicas menciones, entre otros, al ámbito comercial, profesional, servicios financieros, seguros, transporte y ocio. Como ya se apuntaba más arriba, esta ley completa eficazmente todo el sistema legal de nuevas garantías de los derechos de las personas con discapacidad en cuanto integra todas las relativas a la accesibilidad y a los apoyos en la definición legal de discriminación directa por denegación de ajustes razonables establecida en su art. 6.1.a), unido a la nulidad de pleno derecho de las cláusulas de los negocios jurídicos que constituyan o causen discriminación, de conformidad con su art. 26.

En consecuencia, la interpretación conjunta de las disposiciones y principios de estas tres normas —Ley 8/2021, Ley 6/2022 y Ley 15/2022— nos ayuda a concluir

que el incumplimiento de las obligaciones en materia de accesibilidad universal y la denegación de los ajustes razonables —incluida la no facilitación del despliegue de los apoyos a la capacidad jurídica³³— constituirían causa de discriminación directa, también en el ámbito de las relaciones de consumo³⁴. Y la acreditación de dicha discriminación tendrá, a su vez, consecuencias en relación con la eventual ineficacia de los respectivos actos o negocios jurídicos en que se haya producido.

Sirva lo expuesto hasta ahora para asentar la propuesta de que las personas con discapacidad y las personas mayores son consumidores vulnerables en situación de subordinación, indefensión o desprotección efectiva cuando en una concreta relación de consumo se da alguna de las circunstancias siguientes: i) no se haya cumplido con las obligaciones relativas a los requisitos de accesibilidad universal; ii) no se hayan realizado los ajustes razonables que el caso hubiera requerido; iii) no hubieran concurrido de modo eficaz los apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica que la persona precise.

6. Consecuencias jurídicas de la infracción de las salvaguardas legales del consumidor vulnerable: sanciones administrativas, acciones colectivas, acciones individuales y acción de nulidad por ventaja injusta.

Además de esta conceptualización general del consumidor vulnerable, la Ley 4/2022, de 25 de febrero, *de protección de los consumidores y usuarios frente a situaciones de vulnerabilidad social y económica* introdujo en el TRLGDCU diversas disposiciones con vocación de asegurar sus derechos respecto de concretas prácticas comerciales en específicos contextos de contratación.

33 El apartado segundo del art. 6.1.a) de la Ley 15/2022 incluye en el concepto legal de ajustes razonables “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del ambiente físico, social y actitudinal (...) para facilitar la accesibilidad y la participación y garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos”.

34 Tal y como señala FERREIROS MARCOS, C. en El papel del Ministerio Fiscal en la protección jurídica de los consumidores y usuarios”. *Revista del Ministerio Fiscal*, n.º 4, Madrid, 2017, pág. 20, “la defensa del derecho a la tutela judicial efectiva y, en general, de los derechos humanos, especialmente de aquellos colectivos más vulnerables, nos obliga también a atender a las disposiciones recogidas en la legislación contra la discriminación”.

Así, en la legislación resultante, al tiempo que se establecen determinados mandatos para poderes y administraciones públicas³⁵, se imponen también obligaciones positivas para proveedores de bienes y prestadores de servicios, como son las relativas a la accesibilidad en el etiquetado y presentación de bienes y servicios (art. 18.2); a las prácticas comerciales respecto de las comunicaciones al consumidor, atención post contractual y acceso a bienes o servicios básicos (art. 19.6); a la información en la oferta comercial de bienes y servicios (art. 20.2); a la información precontractual (art. 60.1, segundo párrafo); a las cláusulas no negociadas individualmente (art. 80.1.a) y, por último, a la información precontractual en los contratos a distancia, fuera del establecimiento mercantil y en mercados en línea (arts. 97.1 y 97 bis 1).

El incumplimiento de estas obligaciones legales sería constitutivo, en su caso, de infracción administrativa³⁶. Pero, más allá de las consecuencias en el plano administrativo, así como del eventual ejercicio de acciones colectivas³⁷ —para las que, de conformidad con lo expuesto más arriba, estaría legitimado el Ministerio Público en los casos legalmente previstos—, cabe analizar si estas situaciones podrán dar lugar al ejercicio de acciones individuales en defensa de los derechos del consumidor que hubieran resultado lesionados. Igualmente, debemos preguntarnos en qué casos estas acciones individuales podrían ser ejercidas por el Ministerio Fiscal o con su intervención procesal en los procedimientos instados por particulares que tuvieran tal objeto.

A la hora de analizar los remedios legalmente establecidos en torno a la lesión de los nuevos derechos reconocidos al consumidor vulnerable, sorprende que las

35 El art. 8.2 TRLGDCU establece el principio general de que "los derechos de las personas consumidoras vulnerables gozarán de una especial atención" y que los poderes públicos "promocionarán políticas y actuaciones tendentes a garantizar sus derechos en condiciones de igualdad, con arreglo a la concreta situación de vulnerabilidad en la que se encuentren, tratando de evitar, en cualquier caso, trámites que puedan dificultar el ejercicio de los mismos" junto con la consideración de la vulnerabilidad del consumidor en relación con la formación y educación de los consumidores (art. 17.3).

36 Tales infracciones administrativas podrían alcanzar la calificación de "actuación discriminatoria" prevista en el art. 47.1.I TRLGDCU, puesto en relación con el art. 6.1.a, segundo párrafo, de la Ley 15/2022, en cuanto establece, como ya se ha referido, que será considerada discriminación directa la denegación de ajustes razonables. A ello hay que añadir que tendrá la consideración de infracción grave si los hechos se hubieran realizado "explotando la especial inferioridad, subordinación o indefensión de determinados consumidores o de grupos de ellos" (art. 48.3.b TRLGDCU).

37 Debe considerarse que el incumplimiento de las obligaciones de ajustar la oferta comercial a las circunstancias del consumidor vulnerable tiene la consideración legal de práctica desleal por engañosa, en razón de lo dispuesto en el art. 20.6, TRLGDCU y en el art. 7 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, *de competencia desleal*, norma que a su vez contempla en su art. 32 la posibilidad de ejercitar tanto acciones colectivas —declarativa, cesación, remoción, rectificación— como individuales de resarcimiento de daños y perjuicios. En ambos textos legales se contempla la legitimación del Ministerio Fiscal para el ejercicio de la acción de cesación.

obligaciones legalmente establecidas en la reforma de 2022 en el TRLGDCU no se acompañen de bases jurídicas específicas, suficientemente claras, en el mismo texto legal, como fundamento de la ineficacia parcial o total de los contratos así celebrados en perjuicio de consumidores vulnerables.

No obstante, sin forzar en absoluto la interpretación de la norma, podemos concluir, de una parte, que el incumplimiento de las nuevas exigencias de accesibilidad en la información previa a la contratación podrá considerarse como equivalente a la omisión de la información precontractual relevante. Sobre esta base el consumidor vulnerable quedaría legitimado para demandar la ineficacia de las cláusulas del contrato que se pudieran considerar afectadas por dicho defecto, así como la integración del mismo en su beneficio, conforme al principio de buena fe objetiva, de conformidad con lo dispuesto en el art. 65 TRLGDCU.

También encontramos que, en relación con la contratación a distancia, fuera del establecimiento mercantil y en línea, el incumplimiento de los derechos del consumidor vulnerable respecto del contenido y forma del contrato podría entenderse equivalente a su no entrega en forma alguna. En este caso, de conformidad con lo establecido en el art. 100 TRLGDCU, el consumidor vulnerable quedaría legitimado para demandar la nulidad del contrato tanto por vía de acción, como por vía de excepción, tal y como recoge el referido precepto.

Igualmente, podríamos considerar —siguiendo entre otros autores a PELEGRINO TORAÑO— que la regulación de la responsabilidad del empresario por productos defectuosos (arts. 135 y ss. TRLGDCU) podría fundamentar una acción individual de resarcimiento de los daños causados por un uso inadecuado de un producto si dicho uso impropio se hubiera debido a la falta de accesibilidad de la información suministrada respecto de un consumidor vulnerable por edad o discapacidad, por parte del empresario productor del mismo.

Sin embargo, más allá de estas posibles consecuencias de concretos incumplimientos en materia de accesibilidad de la información previa y contractual, no encontramos en el TRLGDCU una regulación específica de la ineficacia de la contratación realizada en situación de vulnerabilidad por las restantes causas anteriormente expuestas, es decir, en caso de no realización de ajustes razonables o de falta de concurrencia de los apoyos a la capacidad jurídica que se pudieran precisar.

Por tanto, el nuevo marco legal de los derechos del consumidor vulnerable contenido en el TRLGDCU sigue sin contar con una acción específica que legitime para

pretender la nulidad o ineficacia total de una contratación que se haya realizado tomando ventaja de dicha vulnerabilidad y, en consecuencia, reportando al empresario una ventaja injusta. Y ello a pesar de que un remedio de tal naturaleza ya venía siendo echado en falta por la doctrina incluso para el consumidor en general.³⁸

Así, entre las soluciones que se barajaban por parte de diversos estudios, se proponía introducir una acción rescisoria por ventaja injusta para “vehicular la responsabilidad precontractual de la parte fuerte por no considerar los intereses de la otra parte y captar, en un grado menor al del dolo, la violencia o la intimidación, la voluntad de la otra parte”³⁹. Esta acción por ventaja injusta tendría referentes en previas propuestas formuladas en diversos foros de homologación internacional del derecho privado como son las figuras de la *gross disparity*⁴⁰ y del *excessive benefit or unfair advantage*⁴¹.

Se hace preciso, entonces, dirigir la mirada hacia el Código Civil para encontrar que la Ley 8/2021, en el marco de las reformas en materia de discapacidad, incorporó esta noción de ventaja injusta, entre otros preceptos⁴², en la regulación de la acción de anulabilidad, en el art. 1.302.3 CC, como remedio para interesar la

38 Así, la doctrina venía considerado que “el sistema jurídico debería prever soluciones para la parte que ha sufrido el déficit de información que le permitieran desvincularse o no del contrato; (...) y debería permitir que fuera la parte perjudicada por el contrato la que instara o bien la resolución o rescisión del contrato, o la adaptación del mismo, en función de la relevancia de la información omitida o falseada y su repercusión sobre la economía del contrato” tal y como señala BARCELÓ COMPTE, R., en *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*. Barcelona: Colegio Notarial de Cataluña/Marcial Pons., pág. 300-301. Siguiendo a JEREZ DELGADO C. en *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*. Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, 2015, se trataría de una posición coherente con lo recomendado en el Marco Común de Referencia del Derecho Civil Europeo, en el que se indica que el incumplimiento de las obligaciones de información previa a la contratación podría dar lugar a la resolución del contrato, cuando menos de forma subsidiaria, si se incumplen las obligaciones resultantes de su ulterior integración conforme a las expectativas razonables de la otra parte (art. 3.109 DCFR).

39 BARCELÓ COMPTE, R., obra citada, pág. 302 y, también, citada en la misma, GARCÍA RUBIO, M. P., “La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos”, *Anuario de Derecho Civil*, 63, IV, 2010, págs. 1621-1642.

40 Art. 3.2.7 de los principios UNIDROIT: “Una parte puede anular el contrato o cualquiera de sus cláusulas si en el momento de su celebración el contrato o alguna de sus cláusulas otorgan a la otra parte una ventaja excesiva. A tal efecto, se deben tener en cuenta, entre otros, los siguientes factores: (a) que la otra parte se haya aprovechado injustificadamente de la dependencia, aflicción económica o necesidades apremiantes de la otra parte, o de su falta de previsión, ignorancia, inexperiencia o falta de habilidad en la negociación; y (b) la naturaleza y finalidad del contrato”

41 Art. 4.109 PECL: “(1) A party may avoid a contract if, at the time of the conclusion of the contract: (a) it was dependent on or had a relationship of trust with the other party, was in economic distress or had urgent needs, was improvident, ignorant, inexperienced or lacking in bargaining skill, and (b) the other party knew or ought to have known of this and, given the circumstances and purpose of the contract, took advantage of the first party's situation in a way which was grossly unfair or took an excessive benefit.”

42 Además de fundamento de esta acción de anulabilidad, la idea de ventaja injusta es introducida por la Ley 8/2021 en otros preceptos —1163, 1302, 1304, 1314 y 1765 CC—, pudiendo concluirse que en todos ellos cons-

ineficacia de la contratación realizada por las personas con discapacidad que, precisadas de apoyos, no hubieran contado con la concurrencia eficaz de estos⁴³.

A diferencia del derecho civil de Cataluña⁴⁴ —que había introducido en su regulación esta figura de la ventaja injusta con anterioridad—, el Código Civil nada dice sobre su aplicación a los contratos de consumo. Esto lleva a plantearse si su ámbito se extiende o no a los contratos celebrados por los consumidores. La respuesta positiva sería más congruente con una interpretación sistemática del nuevo marco legal de la discapacidad. No parece razonable entender que las salvaguardas legales de los derechos de las personas con discapacidad frente a la ventaja injusta en la contratación queden limitadas a los contratos entre particulares no profesionales. En la realidad jurídica actual los contratos privados entre particulares no profesionales representan una mínima parte del tráfico jurídico-económico que sustenta la adquisición de bienes y servicios ordinarios de la generalidad de los ciudadanos. Es decir, la práctica totalidad de las contrataciones que se realizan por los ciudadanos en el día a día de su vida ordinaria son contratos de consumo. Por ello, todas las vías de interpretación —sistemática, lógica y teleológica— llevan a concluir que la reforma del legislador abarcaría la realidad de la contratación privada contemporánea en toda su fenomenología con inclusión, precisamente, de la contratación de consumo, por ser la más frecuente en la realidad social.⁴⁵

tituye un mecanismo de salvaguarda legal de los derechos de las personas con discapacidad frente a quien se prevale o aprovecha de la necesidad de apoyo o de ajustes que no está eficazmente cubierta o atendida.

43 Art. 1302.3 CC: “Los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar prescindiendo de dichas medidas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por ellas, con el apoyo que precisen. También podrán ser anulados por sus herederos durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción.

Los contratos mencionados en el párrafo anterior también podrán ser anulados por la persona a la que hubiera correspondido prestar el apoyo. En este caso, la anulación solo procederá cuando el otro contratante fuera conocedor de la existencia de medidas de apoyo en el momento de la contratación o se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad obteniendo de ello una ventaja injusta”.

44 Esta idea de ventaja injusta fue introducida por primera vez en 2017, en el art. 621-45 CC de Cataluña, como facultad de rescisión de los contratos de compraventa, con explícita extensión de su aplicación a los contratos de compraventa de consumo. Su ejercicio se posibilita en caso de acreditarse que “(...) en el momento de la conclusión del contrato, una de las partes dependía de la otra o mantenía con ella una relación especial de confianza, estaba en una situación de vulnerabilidad económica o de necesidad imperiosa, era incapaz de prever las consecuencias de sus actos, manifiestamente ignorante o manifiestamente carente de experiencia, y la otra parte conocía o debía conocer esta situación, se aprovechó de ello y obtuvo un beneficio excesivo o una ventaja manifiestamente injusta”. La regulación en derecho común difiere de la regulación catalana en la naturaleza de la acción —nulidad frente a rescisión— y en una menor concreción de lo que deba de entenderse por ventaja injusta.

45 Esta interpretación no obsta a la conveniencia de una aclaración de la cuestión mediante una ulterior reforma legal, en la línea de la última propuesta de reforma del CC presentada por la Comisión General de Codificación, ulterior a la Ley 8/2021, que contempla la necesidad de “incluir de modo expreso la regla que consagra la aplicación

Frente a quienes mantienen una interpretación contraria⁴⁶, podemos esgrimir adicionalmente otros argumentos: en primer lugar, por ser el CC supletorio respecto de lo no previsto en otras leyes⁴⁷; en segundo lugar, y quizás con mayor relevancia, en la especificidad de sus normas reguladoras de la eficacia de los contratos celebrados por personas con discapacidad⁴⁸.

Pero ¿qué es la ventaja injusta? El CC no ha desarrollado completamente su definición legal, de modo que resulta, al menos parcialmente, en un concepto jurídico indeterminado. A falta de interpretación jurisprudencial, podemos integrarlo por vía académica y derecho comparado. Siguiendo a BARCELO COMPTE⁴⁹ nos parece útil distinguir dos elementos o componentes de la ventaja injusta que deben concurrir para concluir la aplicable a un caso: de una parte, la injusticia procedimental y, de otra, la injusticia sustantiva.

La *injusticia procedimental* vendría referida a la especial vulnerabilidad que presenta una de las partes al abordar la contratación, incluyendo el proceso previo

supletoria de las normas del Código Civil a los contratos celebrados entre empresarios y consumidores, subrayando así el carácter general y supletorio de las reglas del Código" Véanse los términos y exposición de motivos de la "propuesta de modernización del Código Civil en materia de obligaciones y contratos" elaborada por la Comisión General de Codificación en 2023. La propuesta, además de reforzar el carácter supletorio del CC, afronta un perfeccionamiento de la regulación de la ventaja injusta para redondear el sentido de esta en la dirección que venía apuntando la doctrina académica, con una definición más precisa de este concepto jurídico (art. 1297 proyectado). Y, por otra parte, se da carácter autónomo a una nueva acción de anulación del contrato (art. 1243 proyectado), junto con la indemnización de los eventuales daños, por incumplimiento del deber precontractual de informar. <https://www.mjusticia.gob.es/es/ElMinisterio/GabineteComunicacion/Documents/Propuesta%20de%20modernizaci%C3%B3n%20del%20C%C3%B3digo%20Civil%20en%20materia%20de%20obligaciones%20y%20contratos.pdf>

46 Así puede desprenderse de lo mantenido, respectivamente, por EGUSQUIZA BALMADEA y, citada por ella, ÁLVAREZ LATA, si bien la consistencia de su postura, sólidamente argumentada, parece circunscribirse al primer inciso del presupuesto de hecho contemplado en el segundo párrafo del art. 1.302.3 CC, relativo a quién, necesitándolas, contrata sin medidas de apoyo por considerar que, en el ámbito de la contratación de consumo, especialmente a distancia y en línea, no se darán las circunstancias que permitan conocer a la otra parte ni la necesidad de apoyo ni la incomparecencia de este. Sin embargo, mantenemos que la eventualidad de que el proveedor llegue a conocer dicha circunstancia sí que es posible y no se puede descartar *a priori*. Y, en cualquier caso, respecto del segundo supuesto, aprovechamiento de otro modo de la discapacidad, el proveedor a distancia o en línea sí que puede tener, de forma bastante habitual, evidencia de la situación de discapacidad y de la necesidad de apoyo, y aprovecharse de ella. EGUSQUIZA BALMADEA, M.A. Capítulo 42, "La reforma del régimen de la anulabilidad" en LLEDÓ YAGÜE, F. (Dir., *inter alia*) *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad, Estudio Sistemático de la Ley 8/2021*, Madrid, Dykinson, 2022, págs. 1171-1172 y ÁLVAREZ LATA, M., Capítulo 48, "El art. 1263", en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil procesal en materia de discapacidad*. Cizur Menor, Aranzadi, 2021, pág. 1019.

47 Las disposiciones del Código Civil se han de entender aplicables como supletorias en las materias regidas por otras leyes, de conformidad con lo dispuesto en su art. 4.3

48 EGUSQUIZA BALMADEA, en la obra citada, pág. 1171, parece inclinarse por la posición contraria, es decir, considerar la legislación de consumo de preferente aplicación. En relación con este punto mantenemos que las dos regulaciones tienen que ser aplicadas, de forma integral y complementaria.

49 Barceló Compte, R., obra citada, págs. 265-278.

precontractual y lo relativo a la información precisa para la toma óptima de decisiones. Esta vulnerabilidad, conocida por la otra parte, es aprovechada por esta con quiebra del principio de buena fe. Este componente de injusticia procedimental se reflejaría en la regulación del CC en la fórmula alternativa que contempla, bien la contratación en una situación de necesidad de apoyos no cubierta, bien la contratación en la que, de otro modo —de cualquier otro modo, podríamos enfatizar—, se produzca dicho aprovechamiento de la vulnerabilidad por razón de la discapacidad. Así, esta ventaja injusta procedimental cubriría supuestos a los que no alcanzaba la regulación de los tradicionales vicios del consentimiento, cuando la posición vulnerable de una de las partes no llegaba a determinar un error esencial o un consentimiento viciado por un dolo grave de la otra parte.

El segundo componente necesario de la ventaja injusta es la *injusticia sustantiva*. Consistiría en un juicio de inequidad sobre las consecuencias del contrato, entendido en un sentido amplio. Es decir, la inequidad no se limita al supuesto de falta de reciprocidad de las prestaciones. El precepto abarca un enfoque superior, por encima del estricto desenvolvimiento de las respectivas prestaciones. Para una mejor comprensión podemos pensar en supuestos prácticos en los que, aun cuando no se dé ese desequilibrio interno del contrato, la ventaja injusta se manifiesta en relación con las consecuencias que la celebración del contrato ha tenido o tendrá para cada una de las partes. A modo de ejemplo, piénsese en el supuesto en el que un proveedor obtiene un beneficio ajustado sobre un precio de mercado pero que, para la persona con discapacidad, supone el compromiso de su solvencia para satisfacer sus necesidades básicas. Ahí la ventaja que obtiene el proveedor de bienes y servicios es manifiestamente injusta, debido a la enorme desproporción entre su beneficio y las graves consecuencias que para obtenerlo genera en el consumidor vulnerable. Situados en estos términos podemos concluir con la doctrina que “un contrato puede ser injusto para una parte que difícilmente puede permitírselo, aunque el precio no sea irrazonable” y que “la existencia de un perjuicio patrimonial para la parte débil del contrato” puede darse, en las consecuencias externas del mismo, “aunque no proceda de un desequilibrio de las prestaciones”⁵⁰. Así, la nueva figura da cobertura a supuestos a los que no alcan-

50 Así se concluye en BARCELÓ COMPTE, R., obra citada, página 211, donde se apunta el siguiente ejemplo tomado de los comentarios oficiales del DCFR y de los PECL: “X, que es viuda, vive en una casa que le resulta bastante grande y que su vecino Y quería comprar hace mucho tiempo. X quiere mudarse a una vivienda más pequeña, pero que se encuentre en el mismo barrio donde ha vivido toda su vida. Suele pedirle consejo a Y en cuestiones de negocios, confiando en sus consejos. Y es perfectamente consciente de la situación que está atravesando X, y se aprovecha de ello; convence a X para que le venda la casa. Le ofrece el precio de mercado, pero no le advierte de que le será imposible encontrar otro sitio donde vivir por ese precio en esa zona. X podrá anular el contrato”.

zaban otras acciones de naturaleza próxima, como las de rescisión por lesión o las acciones frente a cláusulas abusivas.

Sentado lo anterior, ¿cuáles serían las concretas situaciones de vulnerabilidad de la persona mayor o de la persona con discapacidad que encajarían como supuesto de hecho para el ejercicio de esta acción de anulabilidad por ventaja injusta?

Ya hemos visto que la regulación del art. 1.302.3 CC no establece una enumeración exhaustiva o cerrada de circunstancias o situaciones del contratante con discapacidad que pudieran dar lugar al ejercicio de esta acción. Tras referir el supuesto más evidente de vulnerabilidad —el conocimiento por la otra parte contratante de la falta de concurrencia de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica en quien los precisa—, añade una fórmula abierta para referirse a la circunstancia de que la otra parte contratante “*se hubiera aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad*”.

Respecto del primer supuesto —la falta de concurrencia de los apoyos—, la doctrina ha estado pronta a aclarar —desde una posición ciertamente crítica con la técnica legislativa del precepto y a pesar de su literalidad— que el supuesto de hecho abarcaría todas las posibilidades de falta de apoyos en quien los necesita cuando esta circunstancia sea conocida por la otra parte contratante. Es decir, quedaría incluido tanto el caso de la persona con discapacidad que nunca los ha tenido⁵¹ como el de aquella persona que anteriormente viniera actuando con apoyos —sea un apoyo voluntario, un curador o con un guardador⁵²—, pero que, circunstancialmente, para la realización de dicho contrato, no ha contado con tal asistencia.

En relación con los restantes supuestos, integrados en la fórmula abierta de “*haberse aprovechado de otro modo de la situación de discapacidad*”, debe pre-

51 Así se refleja en la heterogeneidad de los términos utilizados por el legislador al referirse en estos artículos a las medidas de apoyo —“establecidas” en los arts. 1.163, 1.304 y 1.314 CC; “provisas”, en el art. 1.302; “previstas” en el art. 1.765—, “sin dichos apoyos” (art. 1.163 CC), “precisas” (art. 1.302 CC) —, se sugiere que las diferencias en la literalidad de estos preceptos se deberían interpretar a la luz de los principios de la Ley 8/2021. Conforme a dichos principios, puede concluirse que el supuesto de hecho requiere que la persona necesite dichos apoyos, pero no que efectivamente viniera contando con ellos con anterioridad. Igualmente, sería incongruente interpretar que el supuesto de hecho se restringe solo al caso de preexistir un apoyo previamente “provisto” por la autoridad judicial.

52 En apoyo de esta postura, ALVAREZ LATA, N., obra citada, pág. 1018, limitándolo al supuesto de que la actuación del guardador de hecho se viniera exteriorizando previamente y, de forma más amplia, GARCIA RUBIO, M. P. en Comentario al art. 1.302 CC en GARCIA RUBIO, M.P y MORO ALMARAZ M.J. (Dirs.) y VARELA CASTRO I. (Coord.), Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad, 2022. Cizur Menor, Aranzadi, págs. 659.

cisarse que también exigiría el conocimiento o conciencia suficiente de la situación de vulnerabilidad por la otra parte contratante. No obstante, podría considerarse equivalente una ignorancia inexcusable cuando, ante la evidencia de la discapacidad o de la avanzada edad, no se hubieran aplicado los ajustes mínimos que hubieran evitado la vulnerabilidad finalmente resultante. No resulta arriesgado aventurar que, en las relaciones de consumo, el incumplimiento de las obligaciones legales sobre accesibilidad y ajustes razonables serán valorados como una de las formas de “*aprovecharse de otro modo*” de la situación de discapacidad prevista en el texto legal.

Finalmente, debe destacarse que —por diferencia con la falta de concurrencia de los apoyos, respecto de los cuales parte de la doctrina admite la posibilidad de dar validez a una renuncia voluntaria a los mismos⁵³—, en relación con las garantías de accesibilidad y otros ajustes establecidos como obligación legal en la legislación de consumo, una renuncia previa no tendría efecto y sería nula de conformidad con lo dispuesto en los arts. 10 y 92.3 TRLGDCU.

7. El ejercicio de acciones individuales por el Ministerio Fiscal y su intervención en procedimientos iniciados por el consumidor vulnerable

Lo anteriormente expuesto permitiría aproximarse a una respuesta a la primera cuestión que se proponía como objeto de este trabajo: ¿cuándo está el Ministerio Público legitimado para accionar o intervenir en procedimientos relativos al ejercicio de acciones individuales en defensa de los derechos de un consumidor vulnerable?

Tal y como indicaba la Circular 2/2018, podríamos seguir considerando que la base jurídica contenida en el art. 11.5 LEC —mientras subsista—, legitimaría al Ministerio Público para actuar en defensa de los derechos del consumidor vulnerable. A la luz de la nueva legislación, esta legitimación surgiría con más claridad cuando se hayan incumplido las obligaciones legales en materia de accesibilidad y ajustes razonables, o se hubiera generado ventaja injusta ante la falta de concurrencia de los apoyos precisos o por haberse aprovechado de otro modo de la vulnerabilidad derivada de la discapacidad o de la avanzada edad del consumidor.

53 GARCIA RUBIO, M. P., obra citada, Comentario al art. 1.302 CC (...), págs. 656 y ss.

Pero no podemos obviar que, de una parte, esta interpretación del art. 11.5 LEC no ha sido aún confirmada por la jurisprudencia y, de otra parte, que el propio precepto se encuentra amenazado de derogación. Ello nos llevaría a buscar un fundamento jurídico más allá de este artículo. Podríamos plantearnos si resulta base jurídica bastante el numeral séptimo del artículo tercero EOMF respecto de la intervención del Ministerio Público en procedimientos civiles en los que se encuentren interesadas personas con discapacidad. Sin embargo, esta legitimación no sería suficiente —al menos en su tenor literal e interpretación habitual—, ya que el precepto se refiere a los procedimientos civiles en los que estén interesadas personas con discapacidad “*en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación*”. Es decir, se trataría de una suerte de legitimación transitoria, muy limitada al espacio temporal preciso en tanto se nombra una defensa judicial *ad hoc*. Y ello incluso haciendo una interpretación lo más flexible posible del concepto de representación para aproximarla al concepto de apoyos, más amplio, establecido en la Ley 8/2021, y su posible insuficiencia.⁵⁴

Conformarse con una posición tan restrictiva de la intervención del Ministerio Fiscal en estos procedimientos chocaría con la relevancia legal e institucional que el Ministerio Público ha alcanzado como órgano constitucional de referencia en la salvaguarda de los derechos de las personas con discapacidad y las personas mayores. Ciertamente, mantener al Ministerio Fiscal al margen de estos procedimientos resultaría incongruente con su estatuto constitucional en relación con la grave trascendencia que la lesión de los derechos de estos consumidores vulnerables puede tener en su trayectoria vital subsiguiente. Manténgase en mente que, en muchos supuestos, habrá un riesgo cierto de afectación del derecho a la vida independiente y a la autonomía personal —también consagrados en la CDPD—, especialmente cuando las consecuencias de los contratos celebrados compro-

54 Este numeral séptimo del artículo tercero del EOMF, precisa una interpretación conforme a la Ley 8/2021 en tanto no se produzca una reforma que lo actualice debidamente. De conformidad con el nuevo sistema de apoyos al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, la intervención del Ministerio Fiscal en procedimientos que puedan afectar a personas con discapacidad o personas mayores en situación de vulnerabilidad no debe entenderse limitada a los supuestos en los que, precisándose un apoyo representativo, este no haya sido provisto. El nuevo modelo de apoyos determina que la representación es una fórmula excepcional. En consecuencia, la intervención del Ministerio Público no puede referirse solamente a una necesidad de representación por instrumentar, sino que deberá entenderse referida a cualquier situación de necesidad de apoyos no provistos o no concurrentes, o incluso, existiendo tales apoyos, cuando estos no se valorasen como suficientes. Así se recoge ya de forma consistente con la Ley 8/2021 en la redacción actualmente vigente de los arts. 7.2 y 8 LEC. No obstante, la intervención del Ministerio Fiscal parece seguir limitada a la referida situación transitoria desde la detección de la necesidad de apoyos o su insuficiencia hasta la articulación de una defensa judicial específica para el procedimiento de qué se trate.

metan la solvencia económica del consumidor vulnerable y la satisfacción de sus necesidades básicas de subsistencia.

Adicionalmente, negar la legitimación del Ministerio Público para intervenir en relación con acciones individuales del consumidor vulnerable contrastaría con la amplia intervención que se viene dando al Ministerio Fiscal en los procedimientos relativos a los numerosos casos litigiosos que genera la inclusión en ficheros de insolvencia de ciudadanos, no siempre vulnerables, por razón de su conexión con la eventual vulneración de los derechos fundamentales contenidos en el art. 18 CE⁵⁵.

Precisamente, es en esa vinculación con la tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales donde proponemos encontrar un fundamento sólido de la intervención del Ministerio Fiscal en defensa de los intereses de los consumidores vulnerables, más allá de la legitimación que pueda fundamentar el art. 11.5 LEC en tanto siga vigente. Efectivamente, el numeral tercero del artículo tercero EOMF, de conformidad con lo dispuesto en el propio art. 124 CE, atribuye al Ministerio Fiscal la función de “*velar (...) por los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa*”. Y el art. 249.2º LEC establece que en los procedimientos relativos a la tutela judicial civil de cualquier otro derecho fundamental “*será siempre parte el Ministerio Fiscal*”.

Hilemos ahora los pasos que hemos seguido a lo largo de toda la exposición precedente: en primer lugar, hemos convenido que son consumidores vulnerables las personas mayores y las personas con discapacidad cuando se encuentran en efectiva subordinación, indefensión o desprotección por incumplimiento de las garantías de accesibilidad, por la denegación de ajustes razonables o por la falta de apoyos que precisen en la toma de decisiones.

En segundo lugar, hemos concluido que la denegación de los ajustes para las personas con discapacidad, la quiebra del derecho a la accesibilidad universal o la falta de los apoyos que precisen para el ejercicio de su capacidad jurídica han sido elevados a la categorización de causa de discriminación directa, tanto por la CDPD como por nuestra reciente legislación de desarrollo del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación, consagrado en el art. 14 CE.

55 Así lo vienen reflejando las memorias de la FGE, véase la Memoria del año 2024, pág. 174, en <https://www.fiscal.es/documents/20142/7672984/MEMFIS24.pdf/4da03486-28ef-1a1b-f515-9d09f38cb3a6?t=1751540062196>

Si ponemos en relación ambas conclusiones, obtenemos que el ejercicio de una acción en defensa de los derechos de un consumidor vulnerable, fundamentada en la vulneración de su derecho a la accesibilidad, a los ajustes o a los apoyos — bien por incumplimiento de la legislación específica de consumo, bien por haber resultado en la ventaja injusta contemplada en el CC— supone también la pretensión de la tutela judicial civil de su derecho a la igualdad y no discriminación consagrada en el art. 14 CE.

En consecuencia, los procedimientos relativos al ejercicio de dichas acciones con tal fundamento relativo a la vulneración del principio de igualdad y no discriminación requerirían de la intervención del Ministerio Fiscal y suponen, además, la legitimación para accionar por sí mismo.

Sin perjuicio de ello, este ejercicio directo de la acción por parte del Ministerio Público sería una facultad discrecional, ejercitable cuando las circunstancias del caso así lo justifiquen conforme a la propia valoración que el propio Ministerio Público hiciese. Entonces, finalmente, podríamos intentar hacer frente también a otra aproximación a la segunda cuestión que se proponía como objetivo de conclusiones: ¿sobre qué criterios debe ponderar el Ministerio Fiscal la decisión de accionar en defensa de los derechos del consumidor vulnerable?

Tal y como ya se apuntó más arriba, también la Circular 2/2018 avanzó criterios y pautas de actuación que anticipaban los posteriores desarrollos legislativos en la materia, de modo que sus conclusiones mantienen en gran medida su vigencia. En particular, en su conclusión octava, la Circular 2/2018 señalaba que la fiscalía, además de atender de forma prioritaria las situaciones de especial vulnerabilidad del consumidor, debe tener especialmente en cuenta que no exista otro mecanismo que permita asegurar la satisfacción del derecho de acceso a la tutela judicial efectiva, junto con el potencial perjuicio en la trayectoria vital de la persona afectada en atención a las características del bien o servicio objeto del contrato.

La misma Circular 2/2018 nos señalaba también que el ejercicio de la acción individual por parte del Ministerio Público supondría una intervención excepcional, para la cual debe considerarse la opinión del propio consumidor⁵⁶. Esta pauta —ya orientada anteriormente en materia de honor, intimidad e imagen (Circular 2/2008) o en la protección de derechos fundamentales en la jurisdicción contencioso-administrativa (Circular 3/1998)— resulta ahora legalmente obligada respecto de per-

56 FERREIRÓS MARCOS, C., op. citada, página 20.

sonas con discapacidad precisadas de apoyo, en virtud del mandato legal de respeto a su voluntad, deseos y preferencias establecido en el art. 249 CC, y exigiría además una adecuada coordinación con los mecanismos de apoyo que pudieran concurrir en el caso.

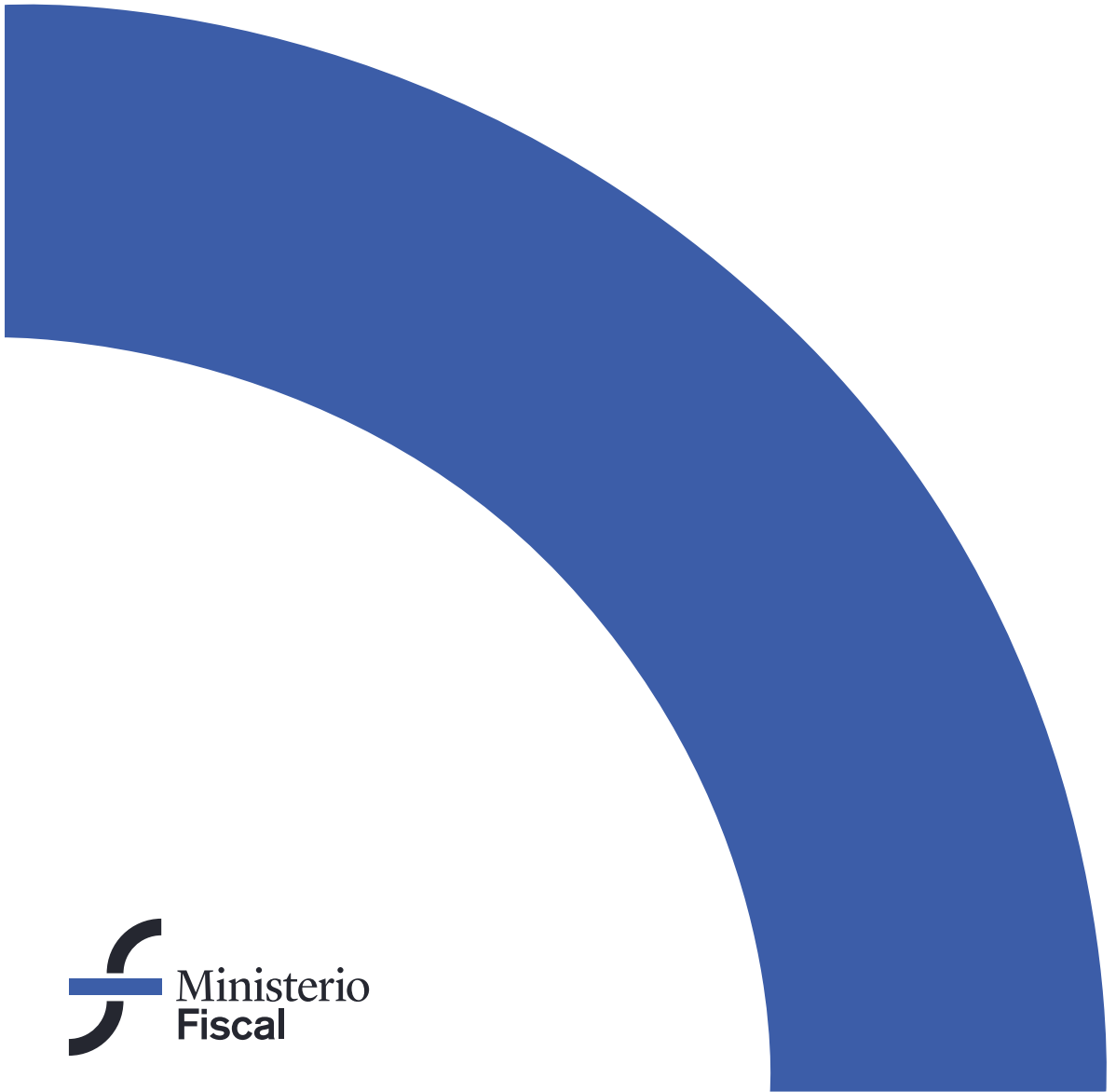
En definitiva, la decisión de actuar por parte del Ministerio Público en cada caso concreto será un ejercicio de difícil equilibrio que habrá de analizar y valorar la concurrencia en el caso de los distintos elementos configuradores de la vulnerabilidad y sus consecuencias, expuestos a lo largo de este estudio, junto con la voluntad y trayectoria vital de la persona afectada. Dicha complejidad no habría de frenar al Ministerio Fiscal a dar pasos audaces que, al menos en los casos más graves, puedan ser punta de lanza que contribuya a alzar barreras y abrir sendas más transitables en las que los consumidores vulnerables encuentren el debido acceso a la justicia para la tutela judicial de sus derechos, en condiciones de igualdad con los demás.

Bibliografía

- ALEX Y, R., *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.
- ÁLVAREZ LATA, N., cap. 48, “El art. 1263”, en GUILARTE MARTIN-CALERO, C. (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil procesal en materia de discapacidad*. Cizur Menor, Aranzadi, 2021.
- BARCELÓ COMPTE, R. *Ventaja injusta y protección de la parte débil del contrato*. Barcelona, Colegio Notarial de Cataluña/Marcial Pons, 2019.
- BOBBIO, N. *El tiempo de los derechos*. Sistema, Madrid, 1991
- CARRASCO PERERA, A., Sociedad de la información y protección del consumidor como títulos competenciales. *Parlamento y Constitución*. Anuario, n.º 6, 2002.
- DALMEDA PEREZ, M. E. y Gagan C. Modelos teóricos de discapacidad: un seguimiento del desarrollo histórico del concepto de discapacidad en las últimas cinco décadas, *Revista española de discapacidad*, n.º 7, 2019.
- DE VEGA GARCÍA, P.: La eficacia horizontal del recurso de amparo: el problema de la Drittwirkung de Grundrechte, *Derecho PUCP*, n.º 46, 1992
- DEGENER, T., Disability in a human rights context. *Laws*, n.º 5, 2016.

- ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L. La base jurídico-constitucional de la protección de los consumidores en la Unión Europea. *Revista de Derecho Político*, nº 70. Madrid, 2007.
- EGUSQUIZABALMASEDA, M. A., cap. 42, “La reforma del régimen de la anulabilidad” en LLEDÓ YAGÜE, F, (Dir., *inter alia*) *Reformas legislativas para el apoyo a las personas con discapacidad, Estudio Sistemático de la Ley 8/2021*, Madrid, Dykinson, 2022, págs. 1171-1172.
- ESCRIBANO COLLADO, P., “La distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. La posición de las Corporaciones Locales”. *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, 1998.
- FERREIRÓS MARCOS, C., El papel del Ministerio Fiscal en la protección jurídica de los consumidores y usuarios, *Revista del Ministerio Fiscal*, nº 4, Madrid, 2017.
- GARCÍA RUBIO, M.P., “La eficacia inter privados (Drittwirkung) de los derechos fundamentales”, *Libro Homenaje a Ildefonso Sánchez Mera*, Vol. I, 2002, A Coruña, Colegio Notarial de La Coruña.
- GARCÍA RUBIO, M. P., La responsabilidad precontractual en la propuesta de modificación del derecho de obligaciones y contratos, *Anuario de Derecho Civil*, 63, IV, 2010.
- GARCIRUBIO, M. P. Comentario al artículo 1.302 CC en GARCIRUBIO. M.P y MORO ALMARAZ M.J. (Dirs.) y VARELA CASTRO I. (Coord.), *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, 2022. Cizur Menor, Aranzadi.
- GÓMEZ CUENCA, P., La incidencia del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno: la interpretación del artículo 10.2 de la Constitución Española, *Revista de Estudios Jurídicos de la Universidad de Jaén* (segunda época), nº 12, 2012.
- GÓMEZ SÁNCHEZ, Y. *Constitucionalismo multinivel. Derechos fundamentales*, Madrid, Sanz y Torres, 2011
- HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA, M.D., El hipotecante no deudor y el consumidor en materia de energía eléctrica como consumidores vulnerables. *Revista del Ministerio Fiscal* nº 4, Madrid, 2017.
- HUALDE MANSO, T. *Del consumidor informado al consumidor real. El futuro del Derecho de Consumo europeo*. Ed. Dykinson. Madrid, 2016.

- JEREZ DELGADO, C. *Principios, definiciones y reglas de un Derecho Civil europeo: el Marco Común de Referencia (DCFR)*. Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado, 2015.
- MEGRET, F., The disabilities convention: Human rights of persons with disabilities or disability rights? *Equality and non-discrimination under international law*, FARRIOR, S. (dir), Routledge, London, 2017.
- PELEGRINO TORAÑO, L.A., Los daños por productos defectuosos ante consumidores vulnerables por falta de accesibilidad en el derecho español. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, n.º 18, 2023.
- PELEGRINO TORAÑO, L.A., *El consumidor hipervulnerable por falta de accesibilidad*, tesis doctoral, USAL, Salamanca, 2024.
- PERNICE, I. Multilevel constitutionalism, and the treaty of Amsterdam: European constitution-making revisited, *Common Market Law Review*, n.º 36(4), 1999.
- PIZZOLO, C. El constitucionalismo multinivel como alternativa al problema de la jerarquía normativa. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, n.º 9, 2012.
- TOMÁS MALLÉN, B., Derechos Fundamentales y Drittwirkung en perspectiva multinivel: desarrollos recientes en el derecho europeo. *Revista de Derecho Político*, n.º 115, 2022.
- SAIZ ARNAIZ, A. *La apertura constitucional al derecho internacional y europeo de los derechos humanos el art. 10.2 de la Constitución española*, CGPJ, Madrid, 1999.
- VIVAS TESÓN, I., *La horizontalidad de los derechos fundamentales. Bienes de la Personalidad*. Asociación de Profesores de Derecho Civil, 2008
- VILLAYERDE MENÉNDEZ, I., “La eficacia de los derechos fundamentales” en BASTIDA FREIJEDO, F.J (Coord.), *Teoría general de los derechos fundamentales en la Constitución de 1978*, Tecnos, Madrid, 2005.





Derecho de Consumo y mercado asegurador: una perspectiva transversal desde el principio de transparencia



Francisco Javier Orduña Moreno

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Valencia y
Exmagistrado del Tribunal Supremo. Sala Primera

Resumen

El artículo aborda el tema central de la protección jurídica del consumidor y del cliente en el mercado asegurador, particularmente desde la perspectiva transversal del principio de transparencia.

Para ello, el autor emplea una moderna metodología mediante la cual, de forma ordenada y sistemática, expone el desenvolvimiento doctrinal y jurisprudencial que configuran, en la actualidad, el tratamiento de esta materia.

En definitiva, el artículo ofrece una visión completa y pedagógica de la función armonizadora de la normativa europea sobre el contrato de seguro, como exponente de la contratación bajo condiciones generales.

1. Contratación, mercado y derecho de la Unión Europea

1.1. El principio de primacía del derecho comunitario como clave o llave de acceso de la función configuradora de la norma europea

En la actualidad, la función configuradora del derecho sobre la realidad económica de la noción de mercado se ha proyectado desde la compatibilidad que presenta el reconocimiento constitucional de nuestra economía de mercado con los principios de los tratados de la Unión Europea.

En esta línea, el principio de primacía del derecho de la Unión Europea fue consagrado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) desde su primera sentencia de 15 de julio de 1964 (asunto C-6/64). Primacía que, sin lugar a dudas, también ha sido reconocida en nuestro ordenamiento jurídico, tanto por resoluciones de nuestro Tribunal Constitucional —entre otras, las SSTC n.º 145/2012, de 2 de julio; n.º 26/2014, de 15 de febrero; n.º 320/2015, de 5 de noviembre; n.º 17/2017, de 19 de junio; y n.º 37/2019, de 26 de marzo— como por sentencias de la Sala Primera de nuestro Tribunal Supremo —entre otras muchas, las SSTS n.º 241/2013, de 9 de mayo; n.º 469/2015, de 8 de septiembre; y la reciente n.º 40/2021, de 2 de febrero.

En este contexto, hay que precisar que dicho principio fue elevado a rango normativo mediante la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, *de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, que introduce un nuevo art. 4 bis. Este artículo dispone en su apartado primero que los jueces y tribunales aplicarán el derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Asimismo, hay que señalar, conforme a la puntualización del propio TJUE (entre otras, sentencia de 1 de octubre de 2015, asunto C-32/14), que la jurisprudencia que dicta respecto del alcance y contenido de las directivas de la Unión Europea (como la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril, *sobre contratación con consumidores*) se inscribe en el marco específico de la función judicial. Por tanto, hay que considerar que la totalidad de estas directivas europeas, especialmente respecto de sus normas imperativas o armonizadas, constituyen disposiciones imprescindibles para el cumplimiento de las funciones confiadas a la Unión Europea.

En consecuencia, su aplicación prevalente comporta un asunto de interés público y de interés general para la propia Unión Europea y, por extensión, para los países miembros, como expresamente se recoge en los arts. 114 y 119 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Entre otras, pueden citarse las SSTJUE de 30 de abril de 2014 (asunto C-13) y de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/3, apartado 50). Se trata, por tanto, de la aplicación preferente de la normativa europea armonizada que, a su vez, debe ser custodiada de oficio por los órganos jurisdiccionales nacionales.

Además, siguiendo a Sánchez García (El principio de efectividad en la jurisprudencia del TJUE en materia de consumidores, *Revista Jurídica de Catalunya*, número 1, 2017), hay que resaltar que junto con el principio de primacía del derecho comunitario, en materia procesal es necesario tener presente el llamado “control de convencionalidad”, conforme al mandato de los arts. 10.2 y 96 de la Constitución, estableciendo este último artículo que los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno, y que, respecto al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y, más concretamente su art. 6.1, deberá ser interpretado conforme a la doctrina jurisprudencial emanada, en este caso, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Por lo que este principio de primacía del derecho comunitario, aparte de su conexión directa con la tutela judicial efectiva en el espacio europeo —art. 47.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los art. 6 y 13 del CEDH (STJUE de 18 de marzo de 2010, asunto C-317/08)— constituye la clave o llave de acceso al plano configurador de la normativa europea sobre nuestra organización económica.

Este plano configurador del principio de primacía se realiza en toda su extensión y de forma garantista. En toda su extensión, porque —como recuerda la STJUE de 20 de septiembre de 2011, asunto F-8/05— la aplicación del art. 47.1 de la citada Carta de Derechos no queda limitada a la protección de los derechos fundamentales, sino que abarca también la protección de todos los derechos y libertades garantizados por el derecho de la Unión. Con lo que su protección también alcanza lo dispuesto en el art. 38 de la meritada Carta, en relación con la garantía de un elevado nivel de protección a los consumidores europeos.

Esta protección, como veremos más adelante, presupone tanto un específico modelo de protección social europeo de los consumidores, desarrollado principalmente por las directrices de protección de consumidores, como el rango de nor-

mas de orden público de sus preceptos nucleares, como es el caso, entre otros, del art. 6.1 de la Directiva 93/13/CEE.

De forma garantista, porque la expansión conceptual del principio de primacía permite la articulación de otros principios auxiliares que tienen la función de reforzar su aplicación material, caso del denominado “principio de equivalencia” y del llamado “principio de efectividad”.

En efecto, el TJUE ha venido reiterando de forma constante que, a falta de una normativa de la Unión en materia procesal, corresponde al ordenamiento jurídico de cada Estado miembro su regulación, en virtud del principio de autonomía procesal. Sin embargo, esta autonomía está sujeta a dos condiciones: que las normas que los regulen no sean menos favorables que las que rigen en situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia), y que no hagan imposible la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad). Pueden citarse, entre otras muchas, las SSTJUE de 8 de marzo de 2017 (asunto C-14/1), de 26 de enero de 2017 (asuntos C-42/14), de 26 de octubre del 2016 (asuntos acumulados C-568/14 a 570/14), y de 9 y 14 de junio de 2012 (asuntos C-618/10).

1.2. El marco de armonización comunitario: norma imperativa y directrices de orden público económico

El principio de primacía del derecho comunitario, como clave o llave de acceso de cara al impulso configurador de la norma europea, tiene como finalidad articular un espacio jurídico armonizado para el cumplimiento de las funciones confiadas a la Unión Europea.

Esta armonización, desde el ámbito de competencia y conectividad del derecho comunitario, se instrumentaliza primordialmente desde el rango que presentan las normas de orden público comunitario.

Desde esta necesaria perspectiva de análisis, se deben distinguir dos niveles de incidencia en el sentido y alcance armonizador que proyecta el orden público comunitario.

En un primer nivel, más concreto, el orden público comunitario atiende al principio de jerarquía normativa desde la caracterización que presenta la norma imperativa. Así, el TJUE, en su sentencia de 21 de diciembre de 2016, reitera que el art. 6.1 Directiva 93/13/CEE es una disposición que debe considerarse como norma equi-

valente a las disposiciones nacionales que en el ordenamiento nacional tienen la naturaleza de normas de orden público, así como una norma imperativa (apartados 54 y 55 de dicha sentencia).

En este primer nivel, la norma armonizada sienta la preferente aplicación del mandato de la norma europea sobre la normativa nacional, especialmente mediante el indicado principio de efectividad. Este es el caso del citado art. 6.1 de la Directiva, pero también de su art. 4.2 (prohibición del control judicial de precios) en aquellos ordenamientos nacionales en que haya resultado traspuesta y, por tanto, resulte de aplicación plena, caso de España (entre otras, STS n.º 660/2020, de 10 de diciembre).

No obstante, desde un segundo nivel más amplio conceptualmente, el orden público comunitario participa de las denominadas “directrices de orden público económico” que reflejan la configuración jurídica de la estructura y del sistema económico del espacio europeo. Así, el TJUE ha venido estableciendo de forma constante (entre otras muchas, sentencia de 26 de octubre de 2006, asunto C-168/05), que el art. 6.1 Directiva 93/13/CEE es una disposición de carácter imperativo, equivalente a las disposiciones nacionales que, en el ámbito interno, tienen rango de normas de orden público, y que dicha Directiva, en su totalidad, constituye una medida indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Unión, especialmente para la elevación del nivel y de la calidad de vida en su territorio.

En este mismo sentido, el relevante Comunicado de la Comisión Europea relativo a las Directrices sobre interpretación y aplicación de la Directiva 93/13/CEE de 27 de septiembre de 2019, enfatiza literalmente en su apartado introductorio que “la Directiva 93/13/CEE es una Directiva basada en principios. Protege a los consumidores contra las cláusulas abusivas en todos los tipos de contratos celebrados entre empresas y consumidores. Por ello es un instrumento central para lograr la equidad en el mercado interior.”

De forma que, al margen de la valoración de las circunstancias concretas que presente el caso en cuestión, el órgano jurisdiccional nacional viene obligado a interpretar el derecho nacional desde su conformidad o adecuación con el derecho de la Unión; es decir, con arreglo a la letra y a la finalidad de las directivas (SSTJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/3, y de 21 de enero de 2015, asunto C-482/13).

No es casual, conforme a lo que venimos exponiendo, que este concepto más amplio de orden público económico aparezca, por primera vez en nuestro derecho nacional, en la Exposición de Motivos de la Ley de 27 de julio de 1963, desti-

nada, precisamente, a la represión de las prácticas restrictivas de la competencia, esto es, a la ordenación del mercado.

El principio de primacía del derecho comunitario representa, por tanto, la clave de acceso de la función configuradora de la normativa europea sobre el espacio del mercado europeo. Función configuradora que se articula mediante un marco de armonización (normas armonizadas), que posibilita una interpretación autónoma y uniforme de las directivas y reglamentos en todo el territorio de la Unión Europea (STJUE de 30 de abril de 2014, asunto C-26/13). A su vez, esta función responde a la prevalencia del orden público comunitario, especialmente cuando, más allá de su faceta como norma imperativa, dicho orden público se proyecta en la consecución de los objetivos y valores comunitarios, es decir, comporta la aplicación de las directrices de orden público económico comunitario como cauce de adecuación del propio derecho nacional hacia la convergencia con el espacio europeo.

En este sentido, de forma paradigmática, la STJUE de 21 de abril de 2016, asunto C-377/14, en materia de protección de consumidores relativa a la Directiva de crédito al consumo, en su apartado 61 declara lo siguiente:

“Debe ponerse de relieve previamente que la obligación de información formulada en el artículo 10, apartado 2, de la Directiva 2008/48, al igual que las impuestas en sus artículos 5 y 8, contribuye a alcanzar el objetivo perseguido por esta última, que consiste, como se desprende de sus considerandos 7 y 9, en establecer, en materia de crédito al consumo, una armonización completa e imperativa en un cierto número de materias clave, considerada necesaria para garantizar a todos los consumidores de la Unión un nivel elevado y equivalente de protección de sus intereses y para facilitar el desarrollo de un mercado interior eficaz del crédito al consumo (véase, por analogía, la sentencia de 18 de diciembre de 2014, CA Consumer Finance, C449/13, EU:C:2014:2464, apartado 21 y jurisprudencia que allí se cita)”..

2. Mercado asegurador y directrices del orden público económico

2.1. El mercado asegurador como espacio armonizado del mercado interior europeo

El mercado europeo, como estatuto normativo, responde a un espacio jurídico armonizado de cara al cumplimiento de las funciones y valores confiados al ámbito de competencia y conectividad del derecho de la Unión Europea.

La configuración jurídica de este espacio armonizado, como se ha subrayado, se proyecta primordialmente a través de las citadas directrices de orden público económico comunitario como expresión del conjunto de principios jurídicos que estructuran y organizan la actividad económica en el seno de la Unión Europea.

Desde esta perspectiva, el mercado nacional del seguro, como sector integrante del mercado interior europeo, queda sujeto a este espacio armonizado de cara al cumplimiento de sus fines y objetivos, especialmente en lo relativo a la consecución de la equidad y buen funcionamiento del mercado interior europeo, tal y como establece el art. 169 TFUE.

Antes de entrar en la exposición concisa de estos principios, interesa precisar las notas o características del proceso o dinámica que conduce a la formulación de estas directrices de orden público económico.

Desde este punto de análisis, debemos tener en cuenta las siguientes consideraciones. En primer lugar, hay que puntualizar que estos principios, como directrices o reglas básicas, no se articulan de un modo autónomo, sino que responden a una dinámica integradora implícita ya en el propio espacio jurídico armonizado del mercado europeo.

En efecto, en la línea de esta consideración, hemos destacado el criterio de compatibilidad con el que se diseña la correlación de los principios constitucionales de nuestro sistema económico (entre otros, economía de mercado, defensa de los consumidores y usuarios, interés general o principios rectores de la política social y económica), con los principios e institutos de la organización económica de la Unión Europea, particularmente a tenor del citado TFUE.

En segundo lugar, hay que realzar que estos principios o directrices básicos también se articulan de un modo sistémico, esto es, conforme a la unidad que presenta el espacio armonizado de cara a la consecución de las funciones y objetivos encomendados a la Unión Europea.

Esta puntualización es importante, ya que ilustra no solo la función armonizadora como un espacio ordenado, sino, sobre todo, que la concurrencia de principios o reglas básicas en dicha ordenación no se realiza en un contexto dialéctico de conflicto entre dichos principios. Por tanto, su armonización no se lleva a cabo mediante la técnica de ponderación de los valores en liza (caso, por ejemplo, de la colisión o confrontación constitucional de los derechos al honor o a la propia

imagen con los derechos de libertad de expresión o de información), sino que, conforme a la nota de integración señalada, la interrelación de dichos principios está implícita en la propia unidad que presenta el espacio armonizado de acuerdo con la consecución de las funciones y fines encomendados a la Unión Europea.

De ahí que, por ejemplo, el previo reconocimiento y contenido de la contratación bajo condiciones generales que realiza la Directiva 93/13 —es decir, su consideración legal como un cauce adecuado para el intercambio en masa de bienes y servicios en el espacio europeo— ya conlleva implícitamente que dicha función deba ajustarse a la equidad y correcto funcionamiento del mercado, mediante el control de las cláusulas abusivas.

De esta forma, puede observarse cómo la articulación sistémica de estos principios o reglas básicas ya está presente en los aspectos claves de la reglamentación de la Directiva 93/13. En este sentido, por ejemplo, la citada Directiva, conforme al principio de libertad económica, inicialmente excluye el control judicial de la abusividad en el ámbito del objeto principal del contrato y de la adecuación entre precio y retribución, tal y como dispone su art. 4.2. No obstante, dicha exclusión no resulta absoluta o imperativa, pues los Estados miembros, de acuerdo con la armonización de mínimos de la Directiva, pueden suprimirla con el fin de garantizar un mayor nivel de protección a los consumidores (art. 8).

Sin embargo, el control de transparencia, por su operatividad en la contratación bajo condiciones generales y, por extensión, en la propia competencia del mercado, sí que resulta aplicable al contrato predispuesto en toda su integridad, es decir, sin distinción de elementos principales o accesorios (arts. 4.2 y 5 de la Directiva).

En términos similares, se contempla el principio de no vinculación de la cláusula abusiva (principio de efectividad del art. 6.1) o el examen de oficio de la posible abusividad de las cláusulas predispuestas por los órganos jurisdiccionales nacionales.

En tercer lugar, hay que indicar que estos principios, por su mismo proceso dinámico, no son inmutables, ni absolutamente permanentes. Por el contrario, su propia integración exterioriza que se trata de un sistema flexible y abierto, que permite tanto la interrelación de sus principios en diferentes niveles de armonización como la formulación de nuevos valores o principios que desarrollen y actualicen el propio sistema. Un caso paradigmático es el principio de transparencia que se

ha decantado, progresivamente, por la jurisprudencia del TJUE partiendo de la interpretación y aplicación de la Directiva 93/13.

En cuarto lugar, como veremos más adelante en detalle, conviene resaltar el carácter transversal de estos principios o reglas básicas y, por extensión, del espacio europeo armonizado. Su carácter informador, e incluso de norma imperativa, alcanza al conjunto del mercado interior europeo. Así, el mercado del seguro, bajo esta perspectiva de análisis, y con independencia del esquema seguido por el supervisor nacional, no resulta estrictamente sectorizado o fragmentado (banca, bolsa y seguros), sino integrado en las normas armonizadas y principios de los reglamentos y directivas europeas. Tal es el caso, una vez más, del principio de transparencia y su aplicación transversal a todo tipo de contratos celebrados entre empresas y consumidores, incluida la contratación de los seguros bajo condiciones generales.

Por último, conviene destacar que el papel de estas directrices de orden público económico, también ha sido reconocido por la doctrina jurisprudencial de nuestro Tribunal Supremo.

En efecto, en un primer momento, el Alto Tribunal (STS 406/2012, de 18 de junio), con ocasión de la debida diferenciación conceptual entre la aplicación de la Ley de Usura de 1908 respecto del fenómeno de la contratación bajo condiciones generales, ya advirtió, con carácter general, de la distinta naturaleza y alcance que para el tráfico patrimonial presentaba la contratación bajo condiciones generales, desde su consideración como un auténtico modo autónomo y específico de contratar, claramente diferenciado del contrato por negociación y su régimen en el Código Civil (en adelante, CC).

En un segundo momento, de forma más concreta o directa, el Tribunal Supremo precisó el distinto fundamento y función que, desde la primacía del derecho comunitario, cabe aplicar en el ámbito de la contratación seriada al amparo de las citadas directrices de orden público económico. Es el caso de la sentencia n.º 464/2014, de 8 de septiembre, que declara lo siguiente:

“Control de transparencia: caracterización y alcance. Doctrina jurisprudencial aplicable. 4. Contexto interpretativo. El desenvolvimiento de las Directrices de orden público económico. En la actualidad, conforme al desenvolvimiento social, económico y cultural y, particularmente, desde un claro impulso de actuaciones judiciales, tanto nacionales como europeas, se está asistiendo a un proceso de reforzamiento de los derechos de los consumidores y usuarios. La impronta del control de

transparencia, como una plasmación del principio de transparencia real, implícito en el marco general del control de abusividad, constituye una buena prueba de lo afirmado, así como de la conveniencia de seguir afinando el fundamento técnico que sustenta su correcta aplicación. En esta línea, la doctrina jurisprudencial de esta Sala (SSTS de 18 de junio de 2012, núm. 406/2012), de 15 de enero de 2013, núm. 827/2012, de 17 y 18 de enero de 2013, núms. 820/2012 y 822/2012, respectivamente, de 18 de noviembre de 2013, núm. 638/2013 y de 30 de junio de 2014, núm. 333/2014, entre otras), conforme al acervo y el peso de la formación del Derecho contractual europeo, a tenor de sus principales textos de armonización, ya ha advertido de la profundidad de este proceso a raíz de su conexión con el desenvolvimiento mismo de las Directrices de orden público económico, como principios jurídicos generales que deben informar el desarrollo de nuestro Derecho contractual.”

Además, en esta línea hay que señalar que el Tribunal Supremo también ha reconocido esta función armonizadora, si se quiere informadora, de las directrices de orden público económico, plenamente concordante con los Principios del Derecho Europeo de los Contratos, a la hora de actualizar y modernizar otros significativos institutos. Tal es el caso, por ejemplo, de la cláusula *rebus sic stantibus* (STS n.º 333/2014, de 30 de junio).

2.2. Principios fundacionales y funcionales de la ordenación del mercado europeo. Principio de transparencia: protección del consumidor y tutela del mercado

De cara a la exposición sintética de estas directrices de orden público económico, y conforme a la arquitectura axiológica dispuesta en los tratados de la Unión Europea, interesa comenzar su análisis desde una distinción conceptual que refleja muy bien tanto la interrelación de estas directrices, como el carácter unitario, flexible y abierto que presenta su formulación. Nos estamos refiriendo a la distinción entre lo que podemos denominar, inicialmente, como “principios fundacionales” de la organización de mercado y los principios que podemos denominar como “principios funcionales” de dicha organización.

En este sentido, los principios fundacionales responden, *prima facie*, a aquellas directrices o reglas básicas que, por su posición central o sistémica, constituyen el fundamento mismo de la organización del Espacio Económico Europeo; esto es, comportan la referencia constitutiva o fundacional del propio sistema, de su sentido originario y de su razón de ser.

En un primer plano, desde esta perspectiva de análisis, y de acuerdo con el criterio de compatibilidad señalado, estos principios fundacionales atienden a aquellas directrices o reglas básicas que inspiran el fundamento primario de la organización de la economía de mercado.

El principio de libertad económica constituye, por excelencia, la primera manifestación de estos principios fundacionales, pues su consecuencia inmediata son las reglas básicas de libertad de mercado, de libertad de empresa, de libre competencia económica y de libertad de contratación. Estas son las reglas básicas que sustentan directamente el orden público económico europeo y su mercado interior, tal y como disponen los artículos del TFUE, en particular, el art. 26 (mercado interior), art. 28 (libre circulación de mercancías), art. 49 (libertad de establecimiento) y art. 120 (economía de mercado abierta y libre contratación), así como la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, art. 16, con relación al reconocimiento de la libertad de empresa. En la misma línea, los arts. 4, 5 y 6 de la Directiva UE 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre distribución de seguros, reiteran los principios de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios consagrados en el TFUE.

La igualdad de trato en la libre competencia económica es otro de los principios fundacionales que, como desarrollo del principio de libertad económica en la ordenación de la economía de mercado, también participa en la inspiración de ese fundamento primario que implícitamente caracteriza el orden público económico europeo y su proyección en el mercado interior. Como expresamente recoge la Directiva 2006/123/CE, sobre servicios en el mercado interior, de 12 de diciembre de 2006 (considerando 65), la libertad de establecimiento implica, en concreto, el principio de igualdad de trato.

En el campo del seguro, la citada Directiva UE 2016/97 (considerandos 5 y 16, entre otros) destaca su finalidad tanto en garantizar una igualdad de trato entre los operadores de la distribución de seguros como en promover la igualdad de condiciones de competencia entre dichos operadores o intermediarios en la contratación de seguros.

A su vez, hay que precisar que ambos principios (libertad económica e igualdad de trato en la libre competencia) están estrechamente conectados con el correcto funcionamiento del mercado interior, mediante los principios de defensa de la competencia y la correspondiente sanción de aquellas prácticas que la vulneren o la restrinjan de un modo injustificado (arts. 3.2, 101 y 102 TFUE).

En un segundo plano, hay que resaltar, al margen de los numerosos principios rectores de política social que reconoce el TFUE, y conforme a su ámbito de competencia compartida (art. 4.2 TFUE), que el marco de armonización de la ordenación del mercado europeo ha incorporado otros nuevos principios que si bien, *prima facie*, no inspiran directamente el carácter de fundamento primario o constitutivo del mercado europeo, sí resultan igualmente fundacionales o estructurales. Esto es así en la medida en que participan o reflejan aquellas directrices o principios que, como desarrollos necesarios del anterior fundamento primario, deben concurrir tanto para el correcto funcionamiento del mercado interior como para conseguir la equidad en el espacio europeo.

Sin duda, de acuerdo con el objeto del presente estudio, nos estamos refiriendo al principio de protección de los consumidores. Este principio, reconocido competencialmente en el citado artículo 4.2.f TFUE, resulta enfatizado tanto en la aplicación general o coordinada de las diferentes políticas y acciones de la Unión Europea (art. 12) como por ser un específico ámbito de su política social y económica (art. 169). En concordancia con el art. 38 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, se precisa y resalta que la tutela del consumidor en el marco armonizado de la Unión Europea debe responder a un modelo que garantice un alto nivel de protección.

En consecuencia, se debe afirmar que, para el marco de armonización diseñado por el orden público económico europeo, la directriz de protección de los consumidores constituye un objetivo de interés general y un asunto de interés público que, como tal, comporta una aplicación prevalente para la propia Unión Europea y, por extensión, para los países miembros de dicha Unión (SSTJUE de 30 de abril 2014, asunto C-26/13, y de 26 de febrero de 2015, asunto C-143/3). Se trata, por tanto, de una aplicación prevalente que, a su vez, debe ser custodiada de oficio por los órganos jurisdiccionales nacionales.

En la línea de lo expuesto, la meritada Directiva UE 2016/17, sobre la distribución de seguros (considerando 10) destaca que las recientes turbulencias financieras y las actuales han puesto de manifiesto la importancia de garantizar la protección del consumidor de manera efectiva en todos los sectores financieros. Por ello, resulta oportuno fortalecer la confianza del cliente y hacer más uniforme el régimen regulador aplicable a la distribución de los productos de seguros, a fin de garantizar un nivel de protección adecuado en toda la Unión Europea.

Este principio de protección del consumidor, como se ha indicado, comporta también un interés general de tutela del mercado y de su correcto funcionamiento. En

la medida en que el principio de transparencia incide directamente en la calidad de la contratación bajo condiciones generales —como práctica implícita en el funcionamiento del mercado—, la tutela del mercado se inicia con la transparencia como principio jurídico de la contratación bajo condiciones generales. El correcto funcionamiento del mercado, por tanto, desde las citadas directrices de orden público económico, se consigue de un modo secuencial y correlativo, esto es, empezando por la calidad que ofrezcan los canales de contratación de bienes y servicios. Esto no es solo una consecuencia de la definición de mercado como unidad jurídica de relaciones de intercambio, sino también de la realidad actual de un mercado, cada vez más integrado y conexo en sus sectores, merced, precisamente, a su desenvolvimiento a través de las condiciones generales de la contratación.

Por otra parte, en la distinción conceptual que seguimos para explicar el alcance armonizador de las directrices de orden público económico del espacio europeo, hay que matizar —tal y como recoge el citado Comunicado de la Comisión Europea, de 27 de septiembre de 2019— que, junto con el reconocimiento formal de los anteriores principios fundacionales, la jurisprudencia del TJUE también ha desarrollado o decantado numerosos principios generales implícitos en el marco armonizador de los reglamentos y directrices europeas.

Estos principios generales, con carácter implementador, son los que podemos calificar como principios funcionales, en la medida en que son representativos de aquellas directrices o reglas básicas que tienen como fundamento inspirador la instrumentalización de la aplicación efectiva o material de los anteriores principios fundacionales, conforme a los objetivos y funciones encomendadas a la Unión Europea en la ordenación de su espacio armonizado.

Es el caso, ciertamente paradigmático, del principio de transparencia como principio clave para lograr la aplicación efectiva de la protección de los derechos de los consumidores en el mercado europeo de la contratación bajo condiciones generales. Todo ello al amparo, como se ha señalado, de la Directiva 93/13 como instrumento central para lograr la equidad en el mercado interior.

3. La calidad de la contratación bajo condiciones generales como presupuesto de la calidad de la prestación del servicio en el mercado europeo: hacia un sistema competitivo, justo y transparente

3.1. Calidad de contratación seriada y de la prestación del servicio como presupuestos del correcto funcionamiento del mercado interior europeo

Aunque la protección del consumidor, conforme a la naturaleza de la contratación bajo condiciones generales, parte de la inicial situación de inferioridad del consumidor y del cliente —reflejada en la asimetría de información, de experiencia y de posición negociadora—, no por ello el objetivo de lograr un efectivo equilibrio entre las partes, responde exclusivamente a una estricta función tuitiva de carácter particularizado, orientada al restablecimiento de los intereses económicos de los consumidores y clientes afectados

Sin perjuicio de esta faceta reparadora, como se ha señalado en las directrices de orden público económico, su objetivo es más amplio, pues se centra en la protección del consumidor como criterio de armonización y equidad del mercado interior europeo. De forma que su función más relevante es normativizar su aplicación como objetivo de interés general para el correcto funcionamiento del mercado interior, esto es, para la mejora de su competitividad.

Desde esta perspectiva, el sistema se articula conceptualmente de un modo armónico y coherente, dado que establece una clara concordancia y conexión de sus principios e instituciones. En efecto, la calidad de contratación bajo condiciones generales constituye un presupuesto indisociable para la calidad de la prestación del servicio, y ambas resultan necesarias para alcanzar el objetivo de protección de los consumidores y, a la vez, lograr el correcto funcionamiento del mercado interior, es decir, su equidad y competitividad.

No es de extrañar, por tanto, que el nuevo acervo comunitario sintetice este desenvolvimiento del correcto funcionamiento del mercado y del interés general de la protección del consumidor bajo la fórmula magistral de la equidad y transparencia. Es el caso del reciente Reglamento 2019/1150/UE, de 20 de junio, con la significativa rúbrica del *fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios*

profesionales de servicios de interrelación en línea, que (expresamente, en sus considerandos 3, 8 y 18, entre otros) reconoce que garantizar la transparencia en las condiciones generales de la relación contractual resulta crucial para un sistema de plataformas en línea que sea justo, competitivo y transparente.

En parecidos términos, la importante Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior (también de forma expresa, en sus considerandos 2 y 97 y art. 22), relaciona un mercado competitivo de servicios con la alta calidad de los mismos, en la medida en que se garanticen los requisitos de información y transparencia, y se proporcione a los consumidores más posibilidades de elección, así como unos precios y unos servicios más asequibles.

Por todo ello, cada vez es más constatable que la necesaria regulación que presenta la estandarización de los nuevos modelos o nichos de negocios en el espacio europeo (internet, *big data*, inteligencia artificial, criptomonedas, etc.) va a profundizar en la síntesis de la equidad-transparencia como expresión de un mercado (o de un sector) competitivo, justo y de calidad. Sin olvidar, claro está, su incidencia para el interés general en la correcta protección, no solo de los consumidores, sino del conjunto de la ciudadanía europea. De hecho, la promoción del valor de la transparencia no solo constituye, como se ha señalado, una seña de identidad del modelo de protección social europeo de los consumidores, sino también un auténtico referente para el desarrollo de la denominada Agenda Europea, especialmente de cara a la consecución de la llamada “Europa de los ciudadanos”.

En este contexto, claramente evolutivo, ya incidió el Informe de la Comisión Europea relativo a la aplicación de la Directiva 93/13, de 27 de abril de 2000, al destacar los tremendos efectos perjudiciales para el ordenamiento jurídico y económico de la Unión Europea, del uso o empleo de las cláusulas contractuales abusivas. Por ello subrayó, tal y como hacemos nosotros, la importancia de dicha Directiva más allá de la protección de los consumidores individuales directamente afectados.

En esta línea, la jurisprudencia del TJUE ha insistido en la importancia de dicha Directiva para garantizar el equilibrio efectivo entre las partes en la contratación seriada (entre otras, SSTJUE, de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14; de 17 de mayo de 2018, asunto C-147/16; de 26 de enero de 2017, asunto 421/14; y, de 7 de agosto de 2018, asuntos C- 96/16 y C-94/17).

3.2. La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, como instrumento central para lograr la equidad y transparencia del Mercado interior: su aplicación horizontal

Como ya anticipara la citada STS n.º 406/2012, de 18 de junio, la perspectiva conceptual del fenómeno de la contratación bajo condiciones generales como modo específico y autónomo de contratar constituye uno de los principales ámbitos de la función normativa del derecho europeo de protección de consumidores y, por extensión, de su modelo o sistema de protección social.

Dicho ámbito, además, queda integrado de forma inescindible en el propio mercado interior del espacio europeo, conforme a la señalada función armonizadora que proyectan las directrices del orden público económico europeo. Por lo tanto, la contratación bajo condiciones generales constituye, en suma, una práctica del mercado consustancial a su tráfico patrimonial, y como tal, sujeta a los principios jurídicos de los reglamentos y directivas de la Unión Europea.

En este contexto debe valorarse la relevancia de la Directiva 93/13, esto es, su nota o caracterización de instrumento central dentro del sistema diseñado de protección social del consumidor europeo y de tutela de su mercado.

En un primer término, esta nota de centralidad se desprende de su propia aplicación horizontal, destacada en numerosas ocasiones por la doctrina jurisprudencial del TJUE (entre otras, STJUE de 6 de julio de 2017, asunto C-290/16). Por ello, la Directiva 93/13 resulta de aplicación tanto de oficio como de un modo general en materia de derecho de consumidores. Es decir, por una parte, los principios desarrollados por el TJUE en relación con las garantías procesales (caso del principio del control de oficio) se aplican *mutatis mutandis* también al resto de la normativa de la Unión Europea sobre consumidores (STJUE de 21 de abril del 2015, asunto C-377/14). Por otra parte, la Directiva 93/13 se aplica a los contratos celebrados entre profesionales y consumidores en todos los sectores de la actividad económica, así como también de forma concurrente y sin perjuicio de otras posibles disposiciones de la legislación de la Unión Europea en materia de protección de consumidores (STJUE de 16 de noviembre de 2010, asunto C-76/10).

En un segundo término, estrechamente enlazado con lo anteriormente señalado, la nota de centralidad se infiere, precisamente, del carácter básico que presentan sus principios y reglas para la correcta armonización que quepa desarrollar a partir de la aplicación de otras directivas o reglamentos que puedan incidir en

materia de protección de consumidores. Un caso paradigmático es el principio de transparencia y su aplicación determinante en el juicio de abusividad por falta o insuficiencia de la información contractual que debe dispensarse en la contratación bajo condiciones generales.

Esta interrelación del principio de transparencia de la Directiva 93/13, como eje central de referencia en la aplicación de otros actos regulatorios de la Unión Europea, es cada vez más extensa, conforme se van desarrollando los distintos sectores económicos y la correlativa exigencia de protección de los consumidores en dichos sectores. Sirva de ejemplo su interrelación con las directivas, en cierta forma ya tradicionales, que implementan los deberes de información para con los consumidores: la citada Directiva 2005/29/CE, sobre prácticas comerciales abusivas; la Directiva 2011/83/CE, sobre derechos de consumidores; la Directiva 2008/48/CE, sobre crédito al consumo; la Directiva 2014/17/UE, sobre créditos hipotecarios; la Directiva 2015/2302/UE, sobre viajes combinados; el Código Europeo de Comunicaciones Electrónicas (Directiva 2018/1972 /UE); y las Directivas 2009/72/CE y 2009/73/CE, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y el gas natural, entre otras.

Pero también cabe mencionar el citado Reglamento 2019/1150/UE, de 20 de junio, bajo la rúbrica del *fomento de la equidad y la transparencia para los usuarios profesionales de servicios de interrelación en línea*; así como la reciente Directiva 2019/2161/UE, de 27 de noviembre, que modifica la Directiva 93/13 con el fin de mejorar la aplicación y modernización de las normas de protección de los consumidores de la Unión Europea, especialmente en lo relativo a sus aplicaciones técnicas. A ello se suma el papel ya señalado que va a tener el principio de transparencia en el futuro reglamento sobre el acceso equitativo a los datos (*Data Act*) y sobre internet o las criptomonedas.

Pues bien, en este contexto sistemático y dinámico de armonización del espacio europeo, basado en la transversalidad de los principios de la Directiva 93/13 y en su incidencia como instrumento central para la equidad del mercado interior (lo que es lo mismo que decir para su correcto funcionamiento), es donde el valor de la transparencia se configura, a su vez, tanto como un instrumento esencial para la aplicación material de la citada Directiva y la consecución de sus fines y objetivos, como también como un principio o directriz para la ordenación justa y equitativa de la contratación europea bajo condiciones generales considerada, en sí misma, como una auténtica práctica del mercado europeo.

Por último, en esta línea, hay que resaltar que el TJUE ha destacado en reiteradas ocasiones que su función es brindar las directrices y principios sobre interpretación de la transparencia y el carácter abusivo de las cláusulas, consideración que viene realizando desde la STJUE de 14 de diciembre de 2006, asunto C-237/08.

3.3. La transparencia como principio jurídico de la contratación bajo condiciones generales: aplicación transversal e interpretación extensiva. Su evaluación como elemento determinante de la abusividad de la cláusula

De acuerdo con el señalado carácter de centralidad de la Directiva 93/13 en la ordenación del mercado europeo de la contratación bajo condiciones generales, y con la indicada función de la jurisprudencia del TJUE de brindar los principios dimanantes de dicha Directiva, el valor de la transparencia se erige como un principio consustancial de cara a la aplicación material (o función armonizadora) de la citada Directiva, todo ello en orden a la equidad y buen funcionamiento del mercado interior europeo.

En el acervo comunitario, especialmente a tenor de la jurisprudencia del TJUE, esta nota de consustancialidad que acompaña al principio de transparencia de la Directiva 93/13 es tratada con referencia a la exigencia de transparencia sustancial que debe contener la predisposición del profesional desde la fase preliminar de la contratación. Así lo han destacado, entre otras, las SSTJUE de 21 de diciembre de 2016 (asuntos C-154/15 y C-307/15), de 26 de febrero de 2015 (asunto C-143/13), de 30 de abril de 2014 (asunto C-26/13) y de 20 de septiembre de 2017 (asunto C-186/16).

Esta exigencia, conforme a la finalidad de la Directiva 93/13, se instrumentaliza a través de tres notas caracterizadoras de su aplicación material: la transversalidad del principio de transparencia, su necesaria interpretación extensiva y su alcance determinante para apreciar directamente la abusividad de la cláusula.

Desde la primera nota, el principio de transparencia se proyecta como un principio transversal que alcanza no solo a todos los tipos de cláusulas contractuales predispuestas, sino que también, a diferencia del control de contenido (principio de justo equilibrio), abarca en toda su integridad al juicio de abusividad. Es decir, se proyecta sin excepciones sobre el contenido íntegro de la reglamentación predispuesta, sin distinguir si el examen de abusividad recae sobre un elemento principal, natural o accesorio de la reglamentación contractual (arts. 4.2 y 5 de la Directiva).

Desde la segunda nota, el principio de transparencia se instrumentaliza como un auténtico principio general de la contratación y, por tanto, de aplicación extensiva en relación con todos los elementos conceptuales que intervienen o definen su aplicación como un deber especial de información a cargo del profesional o pre-disponente (comprensibilidad jurídica y económica de la posición que asume el consumidor o el cliente con relación al producto o servicio ofertado). Así lo declaran las SSTJUE de 3 de marzo de 2020 (asunto C-125/18, apartado 50) y de 9 de julio de 2020 (asunto C-452/18, apartado 44), que resaltan que la transparencia a la que obliga la Directiva debe interpretarse de manera extensiva, por lo que queda vedado el recurso de interpretaciones restrictivas, limitativas o fragmentadas que vacíen o disminuyan el nivel de protección que establece la directiva, dado el señalado interés público y la razón de interés general que presiden su aplicación.

Desde la tercera nota, hay que precisar que tras la reforma operada tanto en el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios (Real Decreto Ley 1/2007, art. 83), como en la Ley de Condiciones Generales de la Contratación (Ley 7/1998, art. 5), operada por la Ley 5/2019, de 15 de marzo, reguladora de los contratos de crédito inmobiliario, la falta de transparencia en la incorporación de una cláusula o condición general comporta directamente su nulidad de pleno derecho.

Conviene señalar que la aplicación extensiva del principio de transparencia, conforme a lo anteriormente expuesto, tiende también a ampliar cada vez más su ámbito de aplicación fuera del estricto concepto económico del consumidor y usuario. Este es el caso, entre otros, de la protección del profesional que contrata productos o servicios fuera de su actividad profesional (STJUE de 3 de septiembre de 2015, asunto C-110/14); del fiador que actúa con una finalidad ajena a su actividad profesional (ATJUE de 14 de septiembre de 2016, asunto C-534/15); y de la significativa extensión del principio de transparencia al inversor o cliente minorista (STJUE de 2 de abril de 2020, asunto C-500/18).

4. Principio de transparencia y contrato de seguro

4.1. El plano de la protección meramente formal del asegurado: Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro

En los antecedentes legislativos sobre el fenómeno de la contratación bajo condiciones generales, la Ley 50/1980, *de Contrato de Seguro*, fue la norma que contempló la primera mención legal relativa a este modo de contratar, en su conocido artículo tercero.

Sin duda, dicha Ley, próxima en el tiempo a la publicación de la Ley alemana *sobre Condiciones Generales de los Contratos*, de fecha 9 de diciembre de 1976, representó en su momento un indudable avance en la protección del consumidor respecto de la interpretación que tradicionalmente se venía aplicando conforme al esquema del contrato por negociación propio del CC (arts. 1281 a 1289).

No obstante, este avance debe inscribirse en el plano de una función tuitiva formal y derivada. Formal, porque, conforme al contexto doctrinal de su época, su regulación no contempla un control social distinto al que se aplicaba al contrato por negociación, esto es, el actual control judicial por la abusividad de la cláusula que establece la Directiva 93/13. Por ello, sus medidas de protección son deberes meramente formales, ajenas a un propio juicio de abusividad. Tal es el caso del requisito de la accesibilidad del condicionado general para con el asegurado, con la inclusión de dicho condicionado en la póliza o en documento aparte (práctica mayoritariamente seguida por las empresas del sector), junto con la suscripción por el asegurado y la entrega de copia. Del mismo modo, se regulaba el deber de resalte de las cláusulas limitativas de derechos, que debían ser aceptadas específicamente por escrito.

Y derivada, porque, en la línea de lo anteriormente expuesto, el requisito de la asequibilidad de la redacción de la cláusula (es decir, la claridad y precisión del clausulado del contrato), que reproduce la actual Ley de Condiciones Generales de 1998, tampoco responde a un propio juicio de abusividad, sino a la aplicación derivada de la lógica jurídica de los citados criterios normativos de interpretación de los contratos por negociación y, en su caso, a una mera profundización del principio de buena fe contractual. Este es el caso de la interpretación *contra proferentem* (art. 1288 CC), de las denominadas cláusulas sorpresivas o insólitas (como conductas contrarias a la buena fe contractual) y de la regla de la prevalencia, que establece la preferencia de una cláusula particular sobre una condición general en la medida en que refleja, de forma más fidedigna, la voluntad negocial de las partes.

En fin, en este plano conceptual y metodológico, también se ubica la distinción escolástica entre las cláusulas limitativas y las cláusulas delimitadoras. Dicha distinción, como ha tenido que reconocer el propio Tribunal Supremo (SSTS n.º 715/2013, de 25 de noviembre, y n.º 498/2016, de 19 de julio, entre otras), no resulta clara en su diferenciación conceptual última, llegando incluso al caso de que cláusulas que limitan sorprendentemente el riesgo se asimilan a las limitativas de derechos de los asegurados.

4.2. La protección material del asegurado. La Directiva 93/13 y la exigencia de transparencia sustancial en el contrato de seguro

Conforme a todo lo anteriormente expuesto, que aquí damos por reproducido, la protección del consumidor o del cliente en el contrato de seguro ha cambiado radicalmente con la Directiva 93/13 y con el reconocimiento, por la jurisprudencia del TJUE, de la transparencia como principio jurídico del control de la validez y adecuación de la reglamentación predispuesta.

Esta protección material (juicio de abusividad), que se proyecta desde el principio de transparencia, es la que contempla la primacía del derecho europeo en su función de armonizar la equidad y el correcto funcionamiento del mercado del seguro, a través de su contratación bajo condiciones generales. Por tanto, los consumidores y clientes españoles pueden y deben solicitar de los órganos jurisdiccionales nacionales la aplicación del control de abusividad por la falta de transparencia de cualquier cláusula de la reglamentación predispuesta que consideren abusiva, sin distinción conceptual por su naturaleza limitativa o delimitadora. Del mismo modo, los órganos jurisdiccionales nacionales vienen obligados a aplicar de oficio la Directiva 93/13 en aquellos casos de contratación de seguros en los que dicho principio resulte vulnerado o menoscabado.

En este sentido, hay que destacar la STJUE de 23 de abril de 2015 (asunto C-96/14), que en sus claras conclusiones declara:

“El artículo 4, apartado 2, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que la excepción que figura en dicha disposición sólo resultará aplicable a una cláusula incluida en un contrato de seguro y que tenga por objeto garantizar la obligación de la entidad aseguradora de hacerse cargo del pago de las mensualidades debidas al prestamista en caso de incapacidad total para trabajar del prestatario en la medida en que el órgano jurisdiccional remitente constate:

- por una parte, que, atendiendo a la naturaleza, a la configuración general y a las estipulaciones del conjunto de contratos en el que se inserte, así como al contexto jurídico y, de hecho, dicha cláusula constituye un elemento esencial de ese conjunto de contratos que, como tal, caracteriza al entramado contractual, y,*
- por otra parte, que la cláusula esté redactada de manera clara y comprensible, es decir, que no sólo resulte inteligible para el consumidor en el plano*

gramatical, sino también que el contrato exponga de manera transparente tanto el funcionamiento concreto del mecanismo al que se refiere la cláusula como la relación entre dicho mecanismo y el que establezcan otras cláusulas, de manera que el consumidor de que se trate esté en condiciones de valorar, basándose en criterios precisos e inteligibles, las consecuencias económicas que se deriven para él”.

El progresivo reconocimiento de la aplicación del principio de transparencia en el ámbito de los contratos de seguro también tiene incidencia en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo. Este es el caso de la importante STS n.º 402/2015, de 14 de julio, que enuncia lo siguiente:

“6. En todo caso, y con carácter general, conviene recordar que el control de transparencia, tal y como ha quedado configurado por esta Sala (SSTS de 9 de mayo de 2013 y 8 de septiembre de 2014), resulta aplicable a la contratación seriada que acompaña al seguro, particularmente de la accesibilidad y comprensibilidad real por el asegurado de las causas limitativas del seguro que respondan a su propia conducta o actividad, que deben ser especialmente reflejadas y diferenciadas en la póliza”.

Así lo recogen también las SSTS n.º 101/2021, de 24 de febrero, y n.º 263/2021, de 6 de mayo, que destacan el especial deber de información a cargo del predisponente en los contratos de seguro; y la STS n.º 661/2019, de 12 de diciembre, que advierte de la necesaria protección jurídica de los asegurados adherentes para que adquieran constancia real de los riesgos efectivamente cubiertos, todo ello por una elemental exigencia de transparencia contractual.

De lo anteriormente expuesto, con carácter práctico, se pueden extraer las siguientes conclusiones:

3. El control de transparencia, como principio jurídico para determinar la validez de la cláusula predispuesta, resulta de aplicación directa al sector de la contratación del seguro bajo condiciones generales. Por ello, da soporte tanto a la formulación de la pretensión como a su respectivo fundamento normativo.
4. Dicha aplicación, aparte de poder ser solicitada por el asegurado o cliente, debe realizarse de oficio por los órganos jurisdiccionales nacionales, en virtud del principio de primacía del derecho europeo.
5. La aplicación material del principio de transparencia comprende el control tanto de las cláusulas limitativas como de las delimitadoras, así como la com-

prensibilidad y claridad de su interrelación en la interpretación sistemática y completa del contrato.

6. Las cláusulas sorprendentes o inusuales que, sin el debido cumplimiento del deber de transparencia, restrinjan o limiten los derechos o intereses legítimos de los asegurados, deben calificarse, de modo directo, como cláusulas abusivas por falta de transparencia, con su correspondiente sanción de nulidad de pleno derecho.
7. Por último, la mera firma o suscripción de las denominadas cláusulas limitativas no excluye el control de transparencia, ni su examen con relación al resto de la reglamentación predispuesta; esto es, no comporta, *ipso iure*, el carácter de cláusula negociada, que debe ser objeto de una valoración probatoria específica.

5. El principio de transparencia y la tutela del mercado asegurador: el derecho de elección y de comparación del consumidor

5.1. Principio de transparencia, mercados integrados y contratación compleja, coaligada o conexa al contrato de seguro

En primer lugar, hay que resaltar que la perspectiva transversal del principio de transparencia, que venimos desarrollando desde la configuración normativa del derecho europeo y sus directrices de orden público económico, concuerda con la realidad actual de un mercado cada vez más integrado y conectado, a todos los niveles.

El señalado carácter de la Directiva 93/13 como instrumento central para lograr la equidad del mercado interior es la clara constatación de esta progresiva integración y conectividad del espacio de mercado europeo, que se proyecta sobre nuestro mercado interior y sus sectores.

La protección del consumidor, como se ha señalado, se aplica en la contratación bajo condiciones generales también con el objetivo y tutela del correcto funcionamiento del mercado, es decir, de la calidad y competitividad de sus servicios y productos. Con lo que el moderno derecho de la competencia principia, a su vez,

en la contratación seriada como realidad inescindible e interrelacionada, más allá de los elementos conceptuales típicos que los puedan caracterizar como disciplinas o figuras jurídicas.

Con razón, como se ha señalado, la jurisprudencia del TJUE, con relación a la aplicación horizontal de la Directiva 93/13, ha resaltado que la comprobación de carácter desleal de una práctica comercial constituye un elemento en el que el juez competente puede basar el carácter abusivo de una cláusula. Del mismo modo, la falta de transparencia de una cláusula predispuesta puede constituir también un elemento de juicio para declarar una práctica de contratación como restrictiva o vulneradora del derecho de la competencia (STJUE de 15 de marzo de 2012, asunto C-453/10).

En consecuencia, la calidad del servicio también principia, a su vez, en la calidad de la contratación bajo condiciones generales, que incide en el derecho de elección y de comparación que asiste al asegurado como consumidor.

En segundo lugar, también hay que resaltar que esta nota de transversalidad que caracteriza la aplicación material del principio de transparencia en la contratación bajo condiciones generales (y, en consecuencia, la calidad y corrección de la contratación realizada, esto es, la salvaguarda de los derechos de elección y de comparación del consumidor), también se proyecta, de igual modo, en la complejidad negocial que presente la relación contractual con el asegurado.

En numerosas ocasiones, esta complejidad viene determinada porque, bien en el objeto del contrato de seguro, o bien en la determinación o ejecución de sus prestaciones, concurren elementos negociales que pertenecen a distintos tipos contractuales, dando lugar a una contratación conjunta, coaligada o conexas al contrato de seguro, propiamente dicho.

En estos casos, como señala el profesor Díez-Picazo (*Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Vol. I, p. 362 y ss.), suele ocurrir que, desde la perspectiva del consumidor, esta contratación compleja constituya una auténtica unidad económica que, a su vez, responde a una unidad de interés y de función que preside la reglamentación predispuesta, que se oferta al asegurado como un todo orgánico, en sí mismo considerado.

Esto es lo que ocurre en los productos de inversión basados en la estructura formal de un contrato de seguro y de los seguros vinculados a contratos de financiación, en los que hay que enfatizar la importancia de la aplicación material del principio

de transparencia al conjunto de la relación negocial, de forma plena y sistemática y, además, el fiel cumplimiento de los restantes deberes de información y asesoramiento previstos, específicamente, en los reglamentos y directivas que concurren en la valoración de dichos supuestos. Cabe destacar las citadas directivas sobre distribución de seguros (UE 2016/97 y Real Decreto Ley 3/2020, de 4 de febrero, que la incorpora), sobre crédito al consumo (Ley 16/2011, de 24 de junio) y sobre crédito inmobiliario (Ley 5/2019, de 15 de marzo), así como, en su caso, la aplicación de las Directivas MiFiD 1 y MiFiD 2 sobre mercados de instrumentos financieros.

Pero también, y de igual modo, como veremos a continuación, esta unidad también se proyecta en los seguros de asistencia sanitaria, en los que el contrato de arrendamiento de servicios con el facultativo constituye, precisamente, el núcleo central de la prestación asistencial del contrato de seguro y, por tanto, el objeto del mismo.

Por ende, también cabe afirmar, con todas sus consecuencias, la aplicación directa y sustancial del principio de transparencia al conjunto de la relación negocial, tomada desde la unidad de todos sus elementos definitorios o básicos que le otorgan sentido y función contractual.

5.2. El principio de transparencia en la prestación del asegurador de asistencia sanitaria y su pertinente proyección en el derecho de elección y de comparación del asegurado: el contenido básico del contrato con el facultativo como elemento integrante del deber de información

Con carácter general, el contenido de la prestación del seguro de asistencia sanitaria resulta relevante tanto para delimitar la responsabilidad de las entidades aseguradoras respecto de los actos realizados por los facultativos de sus cuadros médicos, como para conocer con exactitud en qué consiste la prestación que cabe exigir al facultativo. Máxime, cuando este tipo de prestación asistencial es calificada como una obligación de medios, y no de resultado, en la que la prestación del asegurador no garantiza un resultado de curación de la enfermedad o lesión que sufra el asegurado, sino una obligación de medios o de diligencia profesional en la prestación de asistencia médica cubierta por el seguro.

No obstante, de acuerdo con todo lo ya expuesto y justificado, desde la perspectiva de la protección del consumidor y de su proyección nuclear con el principio

de transparencia, la información de la prestación del asegurador (conexa al contrato de arrendamiento de servicios del facultativo del cuadro médico) constituye un presupuesto inescindible no solo para que el asegurado pueda conocer qué tipo de conducta puede exigir del facultativo, sino, sobre todo, para que pueda ejercitar plenamente su derecho de elección y de comparación entre las distintas ofertas del mercado de seguros de asistencia sanitaria.

En efecto, si realmente estamos ante una obligación de medios y no de resultado, en donde la prestación del asegurador viene previamente delimitada asistencialmente por el contrato de arrendamiento suscrito con el facultativo, no cabe duda alguna de que, a tenor de la señalada exigencia de transparencia sustancial, al asegurado le interesa y le concierne conocer todos los aspectos básicos de dicha contratación con el facultativo que, a su vez, resulten determinantes para poder valorar realmente la calidad de la prestación asistencial que se le está ofertando.

Sin duda, aspectos tan relevantes como, entre otros, la retribución u honorarios médicos que perciba el facultativo por la prestación asistencial al paciente, o la aplicación de las nuevas técnicas que se deban incorporar en el nomenclátor de los distintos procedimientos y tratamientos, constituyen aspectos de sumo interés para que el asegurado pueda valorar, con la información relevante, la oportunidad y conveniencia de suscribir una u otra póliza. En otras palabras, son datos indispensables para que pueda ejercitar su derecho de elección y comparación con plena transparencia .

La entidad aseguradora, como predisponente que organiza integralmente los servicios médicos que cubre el seguro —esto es, que decide qué profesionales se incorporan, qué actos médicos se cubren y qué medios técnicos se dispensan—, tiene el deber proactivo de ofrecer esta información, que resulta esencial para que el asegurado pueda evaluar correctamente la calidad asistencial que se le está ofertando.

Del mismo modo, como se ha expuesto y reiterado, esta exigencia de transparencia sustancial constituye también un presupuesto indisociable del correcto funcionamiento del mercado, particularmente, de un mercado competitivo de servicios de alta calidad, tal y como requiere el espacio europeo.

En este contexto, no se puede olvidar que la libre elección de médico constituye un derecho de la ciudadanía reconocido constitucionalmente (art. 43 CE), que tiene su lógica proyección en la Ley 44/2003, de 21 de noviembre, *de ordenación de las profesiones sanitarias*. Asimismo, el servicio o la prestación sanitaria, como dere-

cho constitucional reconocido en el citado art. 43, debe prestarse con la debida garantía de viabilidad económica del servicio, con precios públicos (honorarios/baremos) transparentes y fijados en las pólizas del seguro de salud. En definitiva, la libre competencia entre médicos también queda imbricada en el correcto funcionamiento del mercado, en especial en lo que respecta a la fijación de los honorarios y en el principio de libre elección, todo lo cual redundará en beneficio de los derechos de los asegurados.



La IA aplicada a la resolución de procesos de consumo



Víctor Moreno Catena

Catedrático Emérito de Derecho Procesal en la Universidad
Carlos III de Madrid

Resumen

El incremento exponencial de actos de consumo, en estos tiempos de globalización, cuando los mercados no conocen fronteras y el comercio se extiende y los servicios se prestan en todo el mundo, genera una inmensidad de conflictos por reclamaciones de ciudadanos que demandaron bienes o utilizaron servicios. La avalancha de litigios ha sometido a un estrés extraordinario a los sistemas tradicionales de resolución, tanto en el ámbito nacional como a través mecanismos transfronterizos, que no pueden asumir esta titánica tarea respetando al propio tiempo los derechos de los ciudadanos. Se han buscado fórmulas que tienden al automatismo para decidir estas controversias, como las ODR, pero no terminan por imponerse con carácter general. Se debe partir del principio irrenunciable del debido respeto de los derechos fundamentales de los consumidores, especialmente el derecho al debido proceso en todas sus manifestaciones, y el reto se centra en encontrar las mejores vías para llegar a una solución adecuada, rápida y eficaz, a los conflictos que generan los actos de consumo. La IA ha irrumpido también en el ámbito de la justicia y de la resolución de litigios, ofreciendo soluciones novedosas e inmediatas de litigios, como los jueces robots o la justicia automática, que han de ser analizadas con sumo cuidado, en la medida en que pueden poner en riesgo los derechos de los litigantes. La regulación europea sobre IA supone un avance importante porque lejos de aceptar decisiones de las máquinas, sin intervención humana, debe optarse por que las decisiones se tomen utilizando la máquina, con el concurso siempre de una persona, por muy afinado que pueda estar el sistema. Las reclamaciones de consumo, por su carácter masivo y repetitivo, pueden ser un terreno abonado para establecer procedimientos judiciales más expeditivos, o habilitar vías fuera de la jurisdicción, que atiendan a todas las exigencias de la justicia, pues el simple incremento de los recursos de la actual justicia formal, por muy importante que sea, no supondrá una mejora sustancial de la respuesta pronta y eficaz en la protección de los consumidores. En todo caso, hay que enfocarse a dos grandes objetivos: fomentar la expansión del comercio y el desarrollo tecnológico, sin desatender los derechos de los consumidores. En este doble afán cabe preguntarse si podremos llegar a una transformación de los sistemas jurídicos y, sobre todo, plantear una evolución de las garantías de la justicia para los consumidores.

1. La protección de los derechos de los consumidores

Es un hecho que los consumidores han irrumpido desde hace décadas en el mundo de las relaciones económicas y sociales, y las normas jurídicas han tenido que prestarles atención; se trata de todos los ciudadanos, que demandan bienes o servicios, y representan un conjunto de personas especialmente vulnerables, porque su acto individual y aislado de consumo, que suele ser un negocio jurídico importante para el consumidor, resulta una minucia en el conjunto gigantesco de las transacciones e intercambios económicos, especialmente por los grandes prestadores de servicios o proveedores de bienes.

El conocido discurso del presidente Kennedy al Congreso de los Estados Unidos en abril de 1962, cuando dijo que “consumidores, por definición, somos todos”, y que los consumidores son “el único grupo importante de la economía que no están organizados eficazmente”, supuso un aldabonazo no solo para que los consumidores se organizaran, sino también para que se adoptaran medidas de protección a favor de este amplísimo sector altamente vulnerable.

La desigualdad económica de los actores del mercado, los profesionales y los consumidores deriva también en una desigualdad real en el tratamiento por el ordenamiento jurídico, porque las normas, en el contexto liberal decimonónico sustentado en los postulados de la Revolución francesa, parten de la idea básica de la igualdad de todas las personas, y eso se convierte en un dogma inconmovible, por más que se llegue a asumir que existen ciertas desigualdades, referidas siempre a unas minorías, que recibirían por ese motivo un tratamiento singular (y no siempre para favorecerlas).

La gran cuestión surge cuando, con la avalancha del consumo debida a la globalización, se plantea proteger a todos los ciudadanos, en cuanto consumidores, con independencia de su capacidad económica o de sus conocimientos o preparación jurídicas. Porque, de pronto, aparecieron operaciones masivas con grandes compañías (abrir una cuenta bancaria, pedir un crédito, comprar una vivienda o contratar un seguro), que pocas décadas atrás estaban reservadas a una minoría. Esto requiere un tratamiento jurídico propio, ya que, desde la óptica de un Estado social de derecho, la desigualdad inicial entre estos sujetos se debe equilibrar con medidas normativas, incluso a costa de cuestionar conceptos y estructuras que se consideraban inmutables. Por eso, el art. 51.1 de nuestra Constitución encomienda a los poderes públicos el deber de garantizar “la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la

salud y los legítimos intereses económicos de los mismos”, así como promover la información y educación, y fomentar sus organizaciones (art. 51.2).

En España, tras el caso de la colza, detectado en la primavera de 1981, se aprobó la primera Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, la Ley 26/1984, en la que se establecieron procedimientos con el fin de dar cumplimiento al mandato constitucional y el marco legal para el desarrollo del movimiento asociativo. Esta Ley fue prontamente superada por las normas de la UE, a la que España se incorporó en 1986, y especialmente por la Directiva 93/13/CEE¹, que exigía una modificación de nuestro marco jurídico, que se produjo con el RD legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que aprobó el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, de acuerdo con las normas europeas sobre esta materia², y que ha sido modificado en numerosas ocasiones.

Así pues, con carácter general, los poderes públicos deben defender la seguridad y salud y los legítimos intereses económicos de los consumidores y usuarios, que integran un grupo de ciudadanos ciertamente no minoritario. Esta protección tiene un campo natural tanto en el momento previo a los actos de consumo (con información y reglas transparentes) como con posterioridad, ante los conflictos o reclamaciones que puedan surgir, porque la desigualdad exigirá respuestas cuando el conflicto se formaliza.

La incorporación de los mercados asiáticos, latinoamericanos y, más tarde, los africanos, a la red mundial llevó a la globalización de la economía, que extiende la clientela potencial de bienes y servicios a un grado que las empresas no habían podido imaginar: todos los habitantes del planeta se convertían en clientes, en consumidores o usuarios de sus bienes y productos, incrementando, de ese modo, exponencialmente sus ventas y, en consecuencia, sus ganancias. La globalización va de la mano del avance de las comunicaciones y la implantación de internet como instrumento de relación social, lo que permite la presencia de las empresas en todo el mundo. Las herramientas de comunicación, sobre todo las redes socia-

1 La Directiva 93/13/CEE del Consejo ha dado lugar a un número tan elevado de resoluciones del TJUE que, en 2019, la Comisión Europea consideró oportuno publicar una “Comunicación de directrices” sobre la interpretación y aplicación de la norma comunitaria para presentar ordenadamente aquella jurisprudencia, que ocupa 89 páginas. Después de 1993 se aprobaron, entre otras muchas, las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del PE y del Consejo, todas ellas con alguna modificación por la Directiva (UE) 2019/2161 del PE y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, para mejorar la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores.

2 Veintidós años después, en 2015, y debido a la sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/10), según se reconocía en el preámbulo de la Ley 42/2015, la Directiva 93/13/CEE ha logrado la modificación de nuestra LEC para cumplir las exigencias comunitarias sobre protección de los consumidores.

les, irrumpen en todas las sociedades, cualquiera que sea su grado de desarrollo, y modifican las relaciones humanas, propiciando intercambios inmediatos entre todas las personas. con independencia del lugar en donde se encuentren.

Los avances en la tecnología de las comunicaciones han generado una actividad desconocida no solo en las relaciones humanas a través de las máquinas, lo que ha dado un giro radical a la configuración de la vida, sino también en las transacciones económicas, porque las empresas utilizan las nuevas herramientas para poner en el mercado mundial sus productos, con el fin de realizar e incrementar sus intercambios en cualquier lugar del planeta.

2. Las nuevas tecnologías y la desigualdad de los consumidores

Muchas aplicaciones relacionadas con datos se usaron inicialmente para llegar a un número de consumidores cada vez mayor, afinando y personalizando la oferta de bienes y servicios en razón de las necesidades y preferencias de los distintos segmentos de población, porque el destino de estas herramientas era inicialmente la persona usuaria, persiguiendo el incremento de la demanda como viene sucediendo: ahora compramos muchos más productos que hace unas pocas décadas. Esto se hace con el uso de algoritmos, dirigidos a una categoría de usuarios o de destinatarios, de modo que tanto la definición del problema que resuelve, como la solución que pueda proponer, toman como elemento esencial al público objetivo, intentando incrementar las ventas y abrir nuevos mercados basados en los usuarios de internet, cada vez más numerosos y con suficiente capacidad económica³. Pronto se vio que las potencialidades de estos instrumentos trascendían el puro mercado y las ventas de productos, y permitían explotaciones más sustanciosas, pues este modo de relacionar informaciones dispares y de proponer predicciones, recomendaciones o decisiones puede influir en el comportamiento de las personas o determinar su conducta.

Desde ese momento, el ordenamiento jurídico debe salir al paso para preservar los derechos y libertades de la ciudadanía y proporcionarles una mejor protección de la seguridad y la salud. Los mensajes subliminales y los instrumentos que pueden influir en el comportamiento humano, cuando son desconocidos o no están

3 Sobre la imparcialidad, exactitud y equidad, cfr. KEARNS y ROTH, *El algoritmo ético. La ciencia del diseño de algoritmos socialmente responsables*, Madrid, 2020.

suficientemente explicados, afectan al desarrollo de la persona y a su libertad de decisión, y deben ser prohibidos o estar adecuadamente regulados para proteger a la población de manipulaciones ocultas o difícilmente detectables.

Así, los consumidores han terminado ocupando un lugar preeminente en las preocupaciones de los dirigentes políticos y de los poderes públicos en el ámbito local, autonómico o nacional, y también supranacional. El enfoque de protección de los consumidores está presente en las decisiones fundamentales de orden político, con el fin de fortalecer su posición y responder a las situaciones de debilidad de un grupo a todas luces vulnerable, frente a un mercado que se organiza por quienes ofrecen bienes o servicios, con resortes potentes que inclinan a su favor la balanza.

La situación de desigualdad económica de empresarios y consumidores es reveladora también de una desigualdad en el tratamiento jurídico, que se debe equilibrar con medidas normativas. Tales medidas van penetrando en el mundo del derecho con grandes trabas y dificultades, ante argumentos y razones de equilibrio formal tradicionalmente vigentes. Se sostiene el respeto al principio de igualdad cuando estamos ante situaciones materialmente disímiles, con el pretexto de que la igualdad es algo ajeno al funcionamiento de las estructuras jurídicas —en especial, de las estructuras judiciales— y que se ha de resolver con medidas previas para no contaminar la pretendida limpieza del debate jurídico, al que se debe llegar “igualado”. En esta tesitura se presenta con naturalidad que se obedece el principio de igualdad por el hecho de que ambas partes estén asistidas de un profesional del derecho, omitiendo que en la realidad media un abismo entre los recursos con los que uno y otro pueden contar.

La política comunitaria y las normas que la UE viene aprobando y aplicando son un buen termómetro para medir la temperatura de esas preocupaciones por los derechos de los consumidores. En el ámbito europeo, la protección jurídica de los consumidores está muy presente. Como muestra, valga atender a la aplicación de la ya antigua Directiva 93/13/CEE, *de protección del consumidor frente a las cláusulas abusivas* y que, veintidós años después, debido a una sentencia del TJUE de 14 de junio de 2012 (C-618/10), según se reconoce en el preámbulo de la Ley 42/2015, ha exigido la modificación de nuestra LEC para cumplir las exigencias comunitarias sobre protección de los consumidores.

La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, ha dado lugar a un número

tan elevado de resoluciones del TJUE que, en 2019, la Comisión Europea consideró oportuno publicar una “Comunicación de directrices” sobre la interpretación y aplicación de la norma comunitaria para presentar ordenadamente aquella jurisprudencia, que ocupa 89 páginas. Después de 1993 se aprobaron, entre otras muchas, las Directivas 98/6/CE, 2005/29/CE y 2011/83/UE del PE y del Consejo, todas ellas con alguna modificación por la Directiva (UE) 2019/2161 del PE y del Consejo, de 27 de noviembre de 2019, para mejorar la aplicación y la modernización de las normas de protección de los consumidores.

La Directiva 93/13, la Directiva de Consumidores, establece un sistema de protección al consumidor basado en la idea de que este “se halla en situación de inferioridad respecto al profesional, tanto en lo relativo a la capacidad de negociación como al nivel de información” (STJUE de 17 de mayo de 2022 —Gran Sala —, Ibercaja⁴). El principio de no vinculación trata de reemplazar el equilibrio formal del contrato entre los derechos y las obligaciones de las partes, por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas⁵.

En cualquier caso, el incremento de la oferta de bienes y servicios, con el uso de las herramientas de IA de la que trataremos luego, permite que la oferta se realice de una manera individualizada para cada consumidor, de forma más agresiva y más invasiva, llegando a cada rincón del planeta. Estas circunstancias generan múltiples problemas, que la UE ha intentado afrontar porque (i) se toman decisiones de consumo sin la suficiente destreza digital; (ii) hay falta de información, y (iii) existen enormes dificultades para la resolución de conflictos.

Como se aprecia, las situaciones en las que se debe intervenir para garantizar los derechos de los consumidores son básicamente dos: el hecho mismo de consumo, cuando se toma la decisión y efectivamente se adquiere un bien, y el momento del conflicto, es decir, las reclamaciones frente al profesional.

La primera cuestión invoca en primer término la llamada “brecha digital”, es decir, la falta de conocimiento y habilidades tanto para el manejo de las máquinas como para la comprensión de los programas y los contenidos de la web, unido a la pasmosa facilidad para realizar un acto de consumo y las enormes dificultades que se ofrecen en caso de reclamación o insatisfacción.

4 C-600/19, EU:C:2022:394, §35, que cita la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, §40

5 §63 de la STJUE 14 junio 2012, C-618/10, asunto Banesto, EU:C:2012:349; STJUE 26 octubre 2006, C-168/05, asunto Mostaza Claro, EU:C:2006:675.

La segunda cuestión atiende a la falta de información de los usuarios y consumidores. Los derechos de los consumidores, de manera tanto sectorial cuanto general, han sido objeto de regulación detallada en el ámbito de la UE, comprendiendo el derecho a la información, lo que incluye la información y el ejercicio del derecho al desistimiento, como en la Directiva 2011/83/UE del PE y del Consejo, de 25 de octubre⁶ (arts. 5 y ss.), sobre los derechos de los consumidores y, antes, la Directiva sobre el comercio electrónico, 2000/31/CE del PE y del Consejo, de 8 de junio.

La tercera cuestión, fuera del derecho al desistimiento, se sitúa en el momento del conflicto y los problemas derivados de la posición del consumidor frente al profesional, en especial, cuando el prestador de servicios o el vendedor de un bien sea una gran corporación. La UE ha transitado por la senda de la “resolución alternativa de litigios en materia de consumo”, con la aprobación de la Directiva 2013/11/UE del PE y del Consejo, de 21 de mayo⁷, que transpone a nuestro ordenamiento la Ley 7/2017, de 2 de noviembre, lo que significa alejar la solución de los conflictos en materia de consumo de los sistemas judiciales, y este es uno de los aspectos más relevantes que habremos de tratar.

3. La Inteligencia Artificial (IA) se hace presente

Y en esto llegó la inteligencia artificial (IA) que, como una especie de tsunami, ha irrumpido en nuestras vidas y en todo el conjunto de relaciones sociales y, con una clara vocación de permanencia, se está haciendo omnipresente, ampliando día tras día sus enormes potencialidades, que pretenden abarcar cualquier tipo de relación humana.

Tal vez la revolución que se profetizaba hace casi tres años, cuando se lanzó al mercado ChatGPT, dando paso a los modelos de IA de uso general, no ha llegado a producirse de forma abrupta, ni tampoco ha tenido lugar una suerte de apocalipsis derivada de la IA. Sin embargo, los sistemas de software con inteligencia similar a la humana y con la capacidad de autoaprendizaje, con el fin de que llegue a realizar tareas para las que no están necesariamente entrenados o desarrollados,

6 Esta Directiva deroga la Directiva 85/577/CEE, sobre protección de los consumidores en contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales, y la Directiva 97/7/CE, sobre protección de los consumidores en materia de contratos a distancia.

7 Que modifica el Reglamento (CE) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE, así como el Reglamento (UE) 524/2013 del PE y del Consejo, de 21 de mayo, *sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo* y que modifica el Reglamento (CE) 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE.

han recorrido un camino extraordinario y de forma exponencial, sin que podamos definir con certeza los límites o el horizonte final que las máquinas nos ofrecen, y mucho menos los riesgos reales que se deben conjurar.

A diferencia de otro tipo de tecnologías que se desarrollaron e implantaron en el siglo XX, como la telefonía inalámbrica, la televisión, los videojuegos, etc., e incluso internet, y que fueron enteramente fiables, la IA está ofreciendo carencias y fallos enormes, de modo que puede decirse que estamos viviendo en una fase permanente de pruebas, en modo *beta*, y la humanidad se adentra en bloque en una experiencia piloto por culpa del “despliegue de unas herramientas a medio cocinar”, porque se opta para la IA por la llamada “cultura dinámica”, que significa probar primero con el producto ya en el mercado, aunque la población esté sumida en graves incertidumbres respecto de estos modelos⁸.

Al principio, los simples datos, manejados y combinados hábilmente, lograron arrojar resultados que parecían sorprendentes: se consiguió su procesamiento y tratamiento, ofreciendo una información propia. Con el desarrollo de la tecnología y la incursión en el mundo de la IA, se comenzaron a elaborar bases de datos con unas cuantas variables, codificadas en tarjetas perforadas procesadas por una computadora, que proporcionaban informaciones relativamente simples y planas. Dentro de las bases de datos se pusieron en marcha los motores de búsqueda, que facilitaban un rápido acceso al resultado concreto.

El acopio masivo de datos y su tratamiento encontró un gran aliado con la digitalización, el primero de los escalones para que operen las aplicaciones de IA y condición necesaria para la incursión en estas herramientas. Lo que se digitaliza se convierte en un dato fácilmente tratable. Porque lo primero son los datos, una valiosa información que, muchas veces, se cede voluntariamente a cambio de minucias o de ilusiones; a veces se regala alegremente, como lo que se expone en las redes sociales; otras veces se obtienen con engaños y, en otros casos, directamente se roban. Con este bien tan preciado, el petróleo del siglo XXI, se ha creado un gran mercado en creciente auge a partir de las casi infinitas posibilidades que ofrecen la IA y sus instrumentos.

8 Cfr. Javier SALAS, “Modo ‘beta’ global: el experimento masivo de la IA”, en *El País*, 18 agosto 2025, en <https://elpais.com/tecnologia/2025-08-17/modo-beta-global-el-experimento-masivo-de-la-ia.html>. Allí expone que, según una encuesta a 10.000 personas en EE UU, Reino Unido, Francia, Alemania y Polonia, el 70 % exige que la IA nunca decida sin supervisión humana y que solo un tercio ve la tecnología con esperanza, lo que contrasta con el impulso de los gobiernos; en España, según el CIS, la “incertidumbre” es el sentimiento más repetido (por el 76 %) entre quienes conocen la IA.

El segundo escalón para aplicar un sistema de IA es la capacidad técnica; los avances tecnológicos de las últimas décadas, y los que se vislumbran en un futuro próximo, permiten augurar valiosos incrementos de las capacidades de hardware y software. Pronto llegará la computación cuántica y sus cubits, que abre nuevas puertas lógicas que, a su vez, harán posibles nuevos algoritmos.

Instalados en la sociedad digital, el tercer elemento hacia la IA es el empleo de algoritmos, el instrumento de la IA, que consiste en una secuencia finita de reglas (operaciones e instrucciones) que permiten alcanzar un resultado u objetivo determinado previamente⁹, que puede consistir en predicciones, recomendaciones o decisiones para influir en el contexto, tanto físico como digital, en que la IA actúa. En todo caso, los sistemas de IA están diseñados para tener vida propia y cierto grado de independencia, sin estar permanentemente sometidos al control y a la intervención de la persona humana que lo haya creado.

Esto ha permitido la creación de sistemas expertos, que son capaces de resolver problemas complejos, tomar decisiones y mostrar los pasos lógicos para llegar a las decisiones que toman (*Glass Box* o *White Box*), lo que les diferencia de otros sistemas, como las redes neuronales o aprendizaje profundo, que utilizan la llamada *Black Box*.

Para diferenciar la IA de otros mecanismos o herramientas informáticas, el Reglamento UE 2024/1689, de 13 de junio, de Inteligencia Artificial (RIA), incorpora en su art. 3 (1) una definición de “sistema de IA”¹⁰, como “un sistema basado en una máquina diseñado para funcionar con distintos niveles de autonomía y que puede mostrar capacidad de adaptación tras el despliegue, y que, para objetivos explícitos o implícitos, infiere de la información de entrada que recibe la manera de generar resultados de salida, como predicciones, contenidos, recomendaciones o decisiones, que pueden influir en entornos físicos o virtuales”¹¹.

9 Así lo considera la CEPEJ en la “Carta europea sobre uso de la IA en los sistemas judiciales y su entorno”, aprobada el 4 de diciembre de 2018. Alguien con acierto ha comparado el algoritmo con una receta de cocina, porque se trata de conseguir un plato elaborado, que termina siendo diferente de los elementos que inicialmente lo componen.

10 Sobre las definiciones de la IA, vid. COTINO HUESO, “¿Qué es “inteligencia artificial para el Reglamento? Análisis, delimitación y aplicaciones prácticas”, en *Tratado sobre el Reglamento de inteligencia artificial de la Unión Europea* (Cotino y Simón, dirs.), 2024, pp. 114 y ss.

11 Esta definición es fruto de una evolución en el seno de la UE, que se relaciona estrechamente con la enunciada por la OCDE (*Explanatory memorandum on the updated OECD definition of an AI system*), en “OECD Artificial Intelligence Papers”, March 2024, No. 8, <https://doi.org/10.1787/623da898-en>

La IA crece exponencialmente, tratando de imitar el funcionamiento y el razonamiento de la mente humana, y se avanza cada día en el diseño y la implantación de la llamada IA general, que utiliza modelos generativos en lugar de discriminativos. El Reglamento europeo define a estos como *modelo de IA de uso general*¹², que suelen entrenarse usando grandes volúmenes de datos y a través de diversos métodos, como el aprendizaje autosupervisado, no supervisado o por refuerzo (Cdo. 97 RIA), y pueden crear contenido original, ofreciendo resultados nuevos. Cuando este modelo interactúa puede construir un “sistema de uso general”; en términos del art. 3 (66) RIA, “un sistema de IA basado en un modelo de IA de uso general y que puede servir para diversos fines, tanto para su uso directo como para su integración en otros sistemas de IA”¹³.

Precisamente por eso resulta llamativo y paradójico que, cuando el RIA clasifica el riesgo de los sistemas de IA partiendo en buena medida de sus fines, considerando prohibidas determinadas prácticas (art. 5), o estableciendo reglas para clasificar los sistemas como de alto riesgo por razón del destino y del ámbito donde se implanta (art. 6 y Anexo III), admita como uno más a los sistemas de uso general que, por definición, pueden servir para numerosas finalidades, entre las que se comprende su integración en otros sistemas sin atender a un objetivo específico, e incluye también usos no contemplados por sus creadores.

Puede decirse que el RIA gira en torno a dos ejes, o a dos preocupaciones, ante las que pretende salir al paso sin impedir el desarrollo tecnológico y el crecimiento de la IA en la UE, garantizando la protección de las personas: por un lado, incorporar la ética en el desarrollo de los modelos y sistemas de IA que proclama centrada en el ser humano y, por esta razón, se exige la presencia de una persona a lo largo del procedimiento de creación y resultados de la IA¹⁴; por otro lado, que sea fiable, de manera que se minimicen los *riesgos* de la IA, y por eso se decide la classifica-

12 El art. 3 (63) del RIA lo define como “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”.

13 Si bien los modelos de IA son componentes esenciales de los sistemas de IA, no constituyen por sí mismos sistemas de IA, porque los modelos de IA requieren que se les añadan otros componentes, como, por ejemplo, una interfaz de usuario, para convertirse en sistemas de IA; en cualquier caso, los modelos de IA suelen estar integrados en los sistemas de IA y formar parte de dichos sistemas (Cdo. 97 RIA).

14 Cfr. LAZCOZ MORATINOS, “La vigilancia o supervisión humana en el artículo 14 del Reglamento de inteligencia artificial: ¿un mero requisito obligatorio para los sistemas de alto riesgo?”, en *Tratado sobre el Reglamento de inteligencia artificial...*, cit., pp. 697 y ss.

ción de los sistemas, con las prácticas prohibidas y los sistemas de alto riesgo, que imponen limitaciones relevantes a su implantación¹⁵.

Para los sistemas de uso general, clasificados todos ellos como de alto riesgo, se ha debido incorporar el concepto de “riesgo sistémico”, que se define como “un riesgo específico de las capacidades de gran impacto de los modelos de IA de uso general, que tienen unas repercusiones considerables en el mercado de la Unión debido a su alcance o a los efectos negativos reales o razonablemente previsibles en la salud pública, la seguridad, la seguridad pública, los derechos fundamentales o la sociedad en su conjunto, que puede propagarse a gran escala a lo largo de toda la cadena de valor” (art. 3 [65] RIA). Por su parte, se considera que un modelo de IA de uso general presenta riesgo sistémico cuando la Comisión Europea lo decida, o cuando tiene capacidades de gran impacto¹⁶, que se presume cuando la cantidad acumulada de cálculo utilizada para su entrenamiento sea mayor que 10^{25} FLOPS¹⁷ (art. 51 RIA).

Entre los datos esenciales para entrenar los sistemas de IA de uso general, que es una IA creativa y hasta cierto punto empática, con capacidad de adaptación y humanizada, destacan los datos personales, cuya protección está garantizada constitucionalmente, de modo que su recopilación se haga de manera transpa-

15 Cfr. COTINO HUESO, “Alcance y delimitación de los sistemas de alto riesgo en el Reglamento de inteligencia artificial”, en *Tratado sobre el Reglamento de inteligencia artificial...*, cit., pp. 300 y ss.

16 En el Anexo XIII del RIA se contienen los criterios de clasificación para determinar si un modelo de IA de uso general tiene unas capacidades o unos efectos equivalentes a los contemplados en el art. 51.1 a), y se dice que la Comisión tendrá en cuenta los siguientes criterios:

- a) el número de parámetros del modelo;
- b) la calidad o el tamaño del conjunto de datos, por ejemplo medidos a través de criptofichas;
- c) la cantidad de cálculo utilizada para entrenar el modelo, medida en operaciones de coma flotante o indicada con una combinación de otras variables, como el coste estimado del entrenamiento, el tiempo estimado necesario o el consumo de energía estimado para el mismo;
- d) las modalidades de entrada y salida del modelo, como la conversión de texto a texto (grandes modelos de lenguaje), la conversión de texto a imagen, la multimodalidad y los umbrales punteros para determinar las capacidades de gran impacto de cada modalidad, y el tipo concreto de entradas y salidas (por ejemplo, secuencias biológicas);
- e) los parámetros de referencia y las evaluaciones de las capacidades del modelo, también teniendo en cuenta el número de tareas sin entrenamiento adicional, la adaptabilidad para aprender tareas nuevas distintas, su nivel de autonomía y capacidad de ampliación y las herramientas a las que tiene acceso;
- f) si sus repercusiones para el mercado interior son importantes debido a su alcance, lo que se dará por supuesto cuando se haya puesto a disposición de al menos 10 000 usuarios profesionales registrados establecidos en la Unión;
- g) el número de usuarios finales registrados.

17 Los “FLOPS” hacen referencia a la cantidad de operaciones que un ordenador puede realizar en un segundo; más en concreto, operaciones aritméticas con números de punto flotante, *Floating Point Operations Per Second*; en España y Latinoamérica lo llamamos “coma flotante”, ya que utilizamos los separadores de decimales de modo diferente. Por otra parte, debemos tener en cuenta que en Estados Unidos la administración BIDEN fijó en octubre de 2023 el umbral de riesgo sistémico en 10^{26} . Ver <https://www.kds.cloud/10-25-flops/>

rente y con el consentimiento informado de sus titulares. En esta constante evolución, cuando hace unos años nadie podía sospechar el impacto de la IA en la vida social y en el desarrollo, se ha abierto el campo a nuevas actividades hasta entonces inimaginables, como la generación de imágenes, la resolución de problemas matemáticos, la escritura de poemas o novelas, la creación musical o la respuesta a preguntas complejas. Los resultados obtenidos contienen en ocasiones errores o “alucinaciones”, que seguramente tienen que ver con un volumen de datos aún insuficiente o con que la calidad e integridad de los datos con los que opera no haya alcanzado el nivel adecuado. Esta es una enfermedad que el tiempo cura.

La IA de uso general se basa en el Aprendizaje Automático y en los datos que nutren el sistema, tanto en su cantidad como en su calidad, de modo que identifique patrones, aprenda de experiencias y pueda hacer predicciones o tomar decisiones; asimismo, que los datos sean fiables, precisos y completos, que permitan eludir las alucinaciones y detectar falsedades. Es más que evidente que la IA se desarrolla esencialmente por el sector privado con fines estrictamente económicos. Estamos asistiendo impasibles a estrategias diseñadas e implantadas por las compañías más poderosas que nunca han existido (Apple, Microsoft, Alphabet —Google—, Amazon, Meta...), que se dirigen a abrir mercados y a ampliar el campo de sus potenciales “clientes” con la conocida estrategia de monopolizar el mercado y obtener resultados económicos cada vez mayores e incrementar su valor en bolsa, a costa del dinero y las libertades de la ciudadanía. La confrontación política y económica de las empresas y de la actual administración norteamericana con las líneas seguidas por la UE y, sobre todo, con China, que concentra el 30 % de las publicaciones académicas de alto impacto en IA según McKinsey, se ha plasmado el 4 de septiembre de 2025 en una cena en la Casa Blanca del Presidente TRUMP con todos los responsables de las empresas de IA estadounidenses (OpenAI, Google, Apple, Microsoft, Alphabet, AMD y Meta), que parece fundamentar el desarrollo de la IA en la innovación, pero eximiéndola de controles¹⁸.

El *modus operandi* es simple: se lanzan unos productos atractivos para los clientes, que se ofrecen gratis o a precios muy reducidos, con lo que consiguen eliminar a sus anteriores competidores; una vez despejado el campo, se rentabilizan con creces esas aplicaciones (que pueden ser navegadores de internet, motores de búsqueda, mapas y herramientas de tráfico de vehículos, redes sociales, pla-

18 Vid. SÁEZ HURTADO, “La oficialización del momentum «Oppenheimer» de la IA: Trump convoca la alianza definitiva de Silicon Valley contra China”, en *Economist&Jurist*, 12 de septiembre de 2025, en <https://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/la-oficializacion-del-momentum-oppenheimer-de-la-ia-trump-convoca-la-alianza-definitiva-de-silicon-valley-contra-china/>

taformas, etc.) de los modos y por las vías más diversas: a través de anuncios individualizados, sometiendo a vigilancia a los usuarios, obteniendo contratos con los responsables de seguridad (administraciones, policía y ejército), o simplemente incrementando el precio de las suscripciones¹⁹.

Además, se pretenden entrenar los modelos de IA utilizando todo el conocimiento que la humanidad ha venido atesorando en todos los tiempos, porque no se trata de instrumentos meramente pasivos, una suerte de repositorio de los saberes, sino que estamos ante sistemas diseñados para generar contenido que puede competir directamente con las obras originales, es decir, no son meros proveedores de herramientas neutrales, sino actores activos en la cadena que provoca ilícitas injerencias en los derechos de los autores²⁰. Sobre los derechos de propiedad intelectual se pronuncia la sentencia del juez Sidney H. Stein²¹, en el caso *The New York Times Company v. Microsoft Corporation et al.* (Case 1:23-cv-11195-SHS-OTW, Document 514, April 4, 2025)²². A todo esto, las grandes empresas tecnológicas, propietarias de esos productos, y no los usuarios, son las que ganan y, además, terminan despidiendo a miles y miles de trabajadores.

Es encomiable que, al aprobar el RIA en 2024, el viejo continente asuma la iniciativa legislativa (porque la de inversión parece inalcanzable), y ofrezca soluciones normativas respetuosas con los derechos humanos que permitan compatibilizar la protección de los derechos de las personas con los intereses económicos de los desarrolladores y de las empresas tecnológicas, sin necesidad de sucumbir a la constante amenaza de las iniciativas desenfrenadas e incontroladas de la industria china y de la ausencia de mecanismos regulatorios en EEUU. Con todo, hemos de

19 Cfr. Naomi KLEIN, "El gran robo de la inteligencia artificial: ¿alguien pidió permiso para vampirizar todo conocimiento generado por los humanos?", en el diario El País, 11 de junio de 2023; <https://elpais.com/ideas/2023-06-10/el-gran-robo-de-la-inteligencia-artificial-alguien-pidio-permiso-para-vampirizar-todo-conocimiento-generado-por-los-humanos.html>

20 Sobre este tema del aprovechamiento de los derechos de propiedad intelectual es oportuno referir un acuerdo que se hizo público el 5 de septiembre de 2025, por medio del cual la compañía Anthropic llegó a un acuerdo extrajudicial de abonar al menos 1.500 millones de dólares a un grupo de autores y editores por utilizar sus textos para entrenar al chatbot Claude con libros de estos escritores sin haber abonado derechos de autor, y para evitar ir a juicio. Hay que tener en cuenta que están en curso demandas contra Google, Meta, Microsoft y ChatGPT. La noticia se puede consultar en <https://elpais.com/tecnologia/2025-09-08/el-acuerdo-extrajudicial-que-le-da-un-vuelco-a-la-batalla-legal-de-los-autores-contra-la-ia.html> en la edición del 8 de septiembre, así como en <https://www.lavanguardia.com/cultura/20250906/11034748/anthropic-pagara-1-500-millones-escriitores-vulnerar-copyright-entrenar-ia.html>

21 Cfr. a este propósito, FIERRO RODRÍGUEZ, "La opinión del juez Sidney Stein a favor de la propiedad intelectual ante OpenAI y otras cuestiones", en *Diario La Ley* n° 97, Sección Ciberderecho, 2 septiembre 2025, La Ley 12463/2025.

22 La resolución se puede consultar en <https://www.nysd.uscourts.gov/sites/default/files/2025-04/yf%2023cv11195%20OpenAI%20MTD%20opinion%20april%204%202025.pdf>

ser de conscientes de las magnitudes económicas en que nos estamos moviendo, porque entre los 10 países con la inversión privada en IA más elevada en 2022²³, solo figuran de la UE Alemania (en el puesto 7º con 2.350 M\$) y Francia (en el puesto 9º con 1.770 M\$), frente a los 47.360 M\$ de los EEUU; la inversión de 13.410 M\$ de China o los 4.370 M\$ del Reino Unido²⁴. Cifras muy parecidas resultan cuando se compara la inversión privada en IA de 2013 a 2022, donde destaca EEUU con casi 250.000 M\$, seguido de China con 95.000 M\$ y Reino Unido con 18.200M\$, con Alemania y Francia en los puestos 6º y 7º con 7.000M\$ y 6.600 M\$²⁵.

La situación europea, que ha liderado la producción normativa, se ha rezagado de manera ostensible en la inversión económica, aunque la inversión pública en la UE está creciendo: se han comprometido fondos públicos por un total de 2.100 millones de euros para el periodo 2021-2027 y la presidenta de la Comisión anunció una inversión público/privada de 200.000 millones de euros (de los que la UE aportaría 50.000 millones de dinero público y las empresas han comprometido 150.000 millones); sin embargo, esas cifras quedan muy lejos de las que se manejan en EE.UU o en China.

Bueno sería entonces que, sin renunciar a los postulados de defensa de los derechos ni desmerecer en absoluto el enorme esfuerzo de las instituciones europeas para regular esta vasta y novedosa materia, seamos conscientes de la posición que la UE ocupa en el concierto mundial, y seguramente la mejor de las estrategias se enmarcaría en lograr la aprobación conjunta con las autoridades estadounidenses, como se ha hecho con el “código de conducta” común sobre IA, que pretende su aplicación voluntaria por las empresas del sector²⁶, de unas normas que se puedan adelantar a la regulación de la IA por China. Sin embargo, la convulsión que ha supuesto la nueva administración de TRUMP no permite predecir los caminos por los que transite la relación transatlántica en el futuro inmediato, con lo que alguno ha denominado “momentum Oppenheimer” ante la alianza de la Casa Blanca y Silicon Valley²⁷.

23 Datos publicados por Human-Centered Artificial Intelligence de la Stanford University, “Artificial Intelligence Index Report”, 2023.

24 China ha hecho pública su intención de liderar la IA mundial en 2030.

25 Fuente: NetBase Quid vía Stanford University, en Statista. No se tienen datos de la inversión pública total. La Fundación Nacional de las Ciencias, que anuncia en EEUU una inversión pública de 500 M\$ para 2023 (cifra irrelevante si se compara con los más de 10.000 M\$ que ha invertido Microsoft en la OpenAI); cabe suponer que la inversión pública en China será sin duda superior.

26 Firmado en mayo de 2023 por el secretario de Estado USA BLINKEN y la Comisaria europea de Competencia VESTAGER, en presencia de Sam ALTMAN, fundador del ChatGPT. Habrá que ver los designios norteamericanos en la presidencia de Donald TRUMP.

27 SÁEZ HURTADO, cit.

El texto normativo abre una catalogación de sistemas de IA en función del riesgo que pueden generar para la salud (incluyendo los riesgos para el medio ambiente), para la seguridad y para los derechos fundamentales de las personas: hay prácticas de IA de riesgo inaceptable y, por tanto, prohibidas; las aplicaciones de alto riesgo; las que generan un riesgo limitado o moderado, y las de riesgo mínimo²⁸. En cada grupo se determina un conjunto de intervenciones públicas diferentes o establece una serie de requisitos que las herramientas han de cumplir para minimizar o hacer asumibles los riesgos advertidos²⁹.

En conclusión, la UE ha tomado “cartas en el asunto” de la protección de los derechos de los consumidores, aprobando un amplio marco de las relaciones de estos con los profesionales, que pretenden equilibrar las desigualdades existentes en una relación de consumo, especialmente cuando la posición del profesional la ocupa una gran compañía y las transacciones se hacen por internet y se utilizan sistemas de IA. Con posterioridad, aparecen los posibles conflictos.

En la reciente 9ª Conferencia de Naciones Unidas sobre Competencia y Protección del Consumidor, organizada por ONU Comercio y Desarrollo (UNCTAD), que ha concluido en julio de 2025³⁰, se advierte del vertiginoso avance de la IA, que es muy prometedora para el bienestar de los consumidores porque permite personalizar productos y servicios, optimizar la atención del cliente y resolver litigios *on line*. Pero, al tiempo, crece la preocupación por el uso justo, responsable y ético de la IA y por la concentración de los flujos de datos en unos cuantos gigantes tecnológicos, lo que supone una amenaza para la competencia leal, y agrava las divisiones tecnológicas ya existentes basadas en la geografía, el género, los ingresos y la raza. Asimismo, se denunciaron los riesgos de abuso, porque los *deepfakes* podrían engañar masivamente a los consumidores, difundir información errónea y desestabilizar las sociedades, y aboga por la necesidad de transparencia, responsabilidad e inclusión en la IA, planteando la preocupación por la seguridad de los productos³¹.

28 Las definiciones y los contenidos distan de ser suficientemente claros por la complejidad de la materia, de donde el texto normativo se acompaña de Anexos; vid., ORTEGA KLEIN, “Hacia un régimen europeo de control de la Inteligencia Artificial”, en *Análisis del Real Instituto Elcano*, mayo 2021, http://www.realinstitutoelcano.org/wps/portal/rielcano_es/contenido?WCM_GLOBAL_CONTEXT=/elcano/elcano_es/zonas_es/ari52-2021-ortega-hacia-regimen-europeo-de-control-de-inteligencia-artificial

29 Vid. HUERGO LORA, “El Proyecto de Reglamento sobre la Inteligencia Artificial”, en *Almacén de Derecho*, abril 2021, <https://almacendederecho.org/el-proyecto-de-reglamento-sobre-la-inteligencia-artificial>

30 <https://unctad.org/es/news/competencia-y-proteccion-del-consumidor-medidas-clave-para-los-proximos-cinco-anos>

31 Por ello se aprobó en esta 9ª Conferencia de la UNCTAD, de julio de 2025, los primeros “Principios de la ONU para la Seguridad de los Productos de Consumo”, que pasará a la Asamblea General para su adopción formal.

4. La litigiosidad civil. Los procesos de consumo

4.1. La gestión de la litigiosidad civil

En la situación actual de la litigiosidad civil, la primera y, seguramente, más relevante pregunta es si cualquier Estado podría responder, con los medios y los mecanismos tradicionales, a la exigencia de justicia de una ciudadanía cada vez más motivada, que no se resigna a unos servicios públicos que no cumplan unos mínimos parámetros de calidad y eficiencia.

Pues bien, con las estructuras de poder vigentes, con la actual organización y con los cuerpos legales vigentes (salvo renuncias a principios del proceso que se consideran esenciales) la respuesta ha de ser negativa. Por mucho que se incrementen los medios materiales y los recursos humanos, el diseño del sistema de justicia en su conjunto y los procedimientos en uso, que proceden de siglos atrás, no soportan una litigiosidad masiva, ni permiten dar respuesta individualizada al sinnúmero de reclamaciones que se plantean en un mundo global. Se está utilizando una maquinaria del siglo XVIII sin una verdadera modernización integral, como ha sucedido con otras instituciones del Estado. Han desaparecido de los Juzgados las esteras, los manguitos de los escribientes o el cosido de los autos; ha cambiado el modelo de mobiliario y ha desaparecido incluso el dinero de los tribunales, pero la estructura y los procedimientos son antiguos, porque el interior ha cambiado muy poco y resulta altamente insatisfactorio. No se puede tolerar que se señalen juicios a cuatro años vista, y escuchar la queja permanente de falta de medios personales y materiales, como si ese incremento pudiera solventar los problemas de la justicia.

No nos podemos engañar por más tiempo, porque es verdad que en las últimas décadas se han incrementado de manera notable los recursos a disposición del sistema de justicia, tanto en términos absolutos como relativos, de modo que el esfuerzo público no puede recibir un serio reproche. Si reflexionamos honestamente, es probable que concluyamos que ni más medios materiales ni más jueces y personal auxiliar arreglan el problema; el mal es más profundo y es preciso pensar en otra justicia, sin miedo a reformular algunos principios y normas. Ha de quedar a salvo el respeto de los derechos procesales fundamentales; todo lo demás tiene que someterse a una profunda revisión.

Por eso una de las soluciones que se propugna es la de “descomprimir” el sistema, sacando de él los asuntos que se consideran de menor complejidad o de menor interés. Se produciría de este modo una verdadera fuga de la jurisdicción y de la

actual institucionalidad, con la consecuencia de que el tan invocado y anhelado derecho de “acceso a la justicia” se convertiría en el “acceso a otras soluciones”, que serían administradas con frecuencia por grandes corporaciones privadas, y que en su mayor parte consisten en decisiones automatizadas, dispensadas a través de herramientas informáticas de IA, es verdad que con mayor rapidez, sin vacaciones y de forma mucho más económica. Es decir, con el señuelo de la celeridad en la solución, y con el menor coste, estaríamos remitiendo a los consumidores y a otros reclamantes o litigantes “menores” a una justicia de segunda clase, una “justicia de pobres”, pues la institucional se reservaría para las “grandes ocasiones”.

En todo caso, el uso de algoritmos para la decisión de litigios exige un panorama jurídico que está lejos de hacerse realidad: la premisa esencial sería la claridad normativa, pues la aplicación de IA requiere de reglas terminantes, alejadas de veleidades interpretativas y de desafíos teóricos complejos. Sin embargo, los legisladores producen normas plagadas de cláusulas abiertas, con un verdadero abandonar frenesí legiferante que nos inunda³², porque todo eso genera una notable inseguridad jurídica que solo se puede resolver con la interpretación de los juristas, de la mano de la doctrina y de la jurisprudencia, y partiendo de una concepción general y completa del ordenamiento³³.

Nos encontramos ante una encrucijada, en donde se nos pide celeridad en la respuesta y, además, que esta sea exactamente la que a cada uno le satisfaga, porque vivimos en la sociedad del *click* (aquí y ahora) y del gratis total (todo a coste cero), que se rebela airadamente contra todo lo que le incomode o que simplemente no entienda. Como es obvio, cumplir estos objetivos de automatismo y de gratuidad tiene un precio enorme —aunque parezca paradójico— y será necesario saber qué estamos dispuestos a pagar —a qué somos capaces de renunciar en términos de garantías—, porque la pretendida simplificación supondrá el sacrificio de ciertas construcciones jurídicas esenciales, que toman en cuenta los diferentes matices en el ámbito de las relaciones regidas por el derecho.

Si se trata una relación jurídica con la simpleza propia de las aplicaciones informáticas, la solución a los conflictos se podrá aplicar, al menos parcialmente, por

32 Bueno sería recordar la reflexión de MONTESQUIEU, *El espíritu de las leyes*, libro XXIX, capítulo XVI, de que “Así como las leyes inútiles debilitan las necesarias, las que se pueden eludir debilitan la legislación”.

33 Cfr. DEL REAL ALCALÁ, “¿Inflación o deflación normativa? Una reflexión desde la teoría del derecho”, en *Inflación y deflación normativa*, Madrid, 2022, pp. 93 y ss. y FARIÑAS DULCE, “Inflación o deflación normativa: entre la regulación y la anomia”, en *Inflación y deflación normativa*, cit., pp. 117 y ss.

máquinas de una manera mucho más rápida, sin descanso y sin dudas en la decisión, pero la respuesta resultará más precaria y más empobrecida, despojada de matices, lo que irá en detrimento de una atención individualizada, que tal vez viniera exigida por la naturaleza o el carácter del asunto de que se trate.

Entramos en un panorama desconocido; a partir de aquí pasamos a una “pantalla” en donde la IA jurídica se podría enseñorear de la situación, utilizando algoritmos con unas reglas de decisión basadas en redes neuronales de aprendizaje profundo (*deep learning*) a base de criterios propios, nacidos de unas “cajas negras” a las que nadie tiene acceso (ni siquiera quien diseñó y creó el algoritmo, pues con ese aprendizaje se pierde el control de la herramienta), de modo que los algoritmos podrán terminar de condicionar o de regir nuestro comportamiento y gobernar las relaciones sociales, lo que nos lleva a otra realidad, cayendo en lo que alguien ha llamado criterios “algocráticos”³⁴, y terminar resolviendo complejos problemas, o conflictos de naturaleza jurídica.

En correspondencia con lo expuesto, es imprescindible plantearse el problema de la responsabilidad por el uso de herramientas de IA, singularmente de la responsabilidad civil. Esta inquietud se había concretado en la Resolución del Parlamento Europeo P9-TA(2020)0276, de 20 de octubre de 2020³⁵, que aprobó una propuesta de Reglamento relativo a la responsabilidad civil por el funcionamiento de los sistemas de IA, y en una propuesta de Directiva presentada por la Comisión en septiembre de 2022 [2022/0303 (COD)], que pretendía armonizar las normas de responsabilidad extracontractual, facilitar el acceso a la justicia para las víctimas y reducir la carga de la prueba en casos de daños causados por IA. Sin embargo, en julio de 2025, la propia Comisión ha retirado formalmente esa propuesta de Directiva, pretextando la simplificación normativa e invocando el incremento de competitividad en el sector tecnológico, con lo cual para reclamar la responsabilidad civil por el funcionamiento de sistemas de IA debe acudir al RIA (Reglamento 2024/1689, de 13 de junio), norma general sobre IA³⁶, o a la Directiva (UE) 2024/2853 del PE y del CE, de 23 de octubre, sobre responsabilidad por productos defectuosos que, siendo relevante para productos con IA, se enfoca esencialmente a la responsabilidad por defectos en el producto.

34 Cfr. al respecto SOLAR CAYÓN, “Retos de la deontología de la abogacía en la era de la inteligencia artificial jurídica”, en *Derechos y Libertades*, 45, junio 2021, p. 131.

35 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2020-0276_ES.pdf

36 Cfr. AZNAR DOMINGO y DOMINGUES VILLARROEL, “La responsabilidad civil derivada del uso de inteligencia artificial”, en *Revista de jurisprudencia*, junio 2022.

4.2. Los procesos de consumidores

Los procesos de consumidores ofrecen como elemento común definitorio la desigualdad entre un consumidor, que quiere presentar una reclamación derivada del negocio jurídico que celebró con el profesional, y la persona o corporación contra la que se reclama.

Precisamente este desequilibrio, apreciado desde la misma raíz por el TJUE en numerosas resoluciones, no desaparece a las puertas del tribunal y la verdadera desigualdad en la relación jurídica, no se convierte como por ensalmo en una igualdad de las partes cuando se inicia el proceso. Muy al contrario, es evidente que la desigualdad perdura y se le debe dar la oportuna respuesta jurídica, lo que puede exigir, como hace el TJUE, modificaciones relevantes que afectan a principios y reglas esenciales del proceso civil³⁷.

Efectivamente, la doctrina del TJUE deja de lado, sin vacilación, criterios y principios asentados desde antiguo por la doctrina procesal, que sirvieron para estructurar las líneas básicas de nuestro proceso civil de un modo coherente y pretendidamente justo. El TJUE coloca por encima la protección de los intereses de los consumidores, partiendo de su inferioridad —y, correlativamente, de la superioridad de los profesionales que ponen en el mercado bienes o servicios—, así como de la necesidad de eliminar cláusulas abusivas impuestas en la contratación en perjuicio del consumidor. Con este fin, llega a cuestionar tanto el principio dispositivo —incluyendo la prohibición de la *reformatio in peius*—, como el principio de aportación de parte, la preclusión de alegaciones e incluso la cosa juzgada.

Porque, según afirma con rotundidad la STJUE, de 17 de mayo de 2022, *Impuls Leasing România*³⁸, “las características específicas de los procedimientos no pueden constituir un factor que afecte a la protección jurídica de la que deben disfrutar los consumidores en virtud de las disposiciones de la Directiva 93/13 (Sentencia de 21 de abril de 2016, *Radlinger y Radlingerová*, C-377/14, EU:C:2016:283, §50 y jurisprudencia citada)”.

Eso quiere decir que el TJUE va marcando algunas líneas protectoras de los derechos de los consumidores en aplicación de la Directiva 93/13, “dejando en la

37 Cfr. FERNÁNDEZ SEIJO, “Hacia un Derecho Procesal de consumo (Comentario a las recientes sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en materia de consumidores)”, en *Actualidad Civil*, nº 7-8, julio-agosto 2022, donde recoge doctrina del TJUE sobre la repercusión de las costas en estos procesos, pp. 9 y ss.

38 C-725/19, EU:C:2022:396, §45.

cuneta” ciertos principios esenciales de la justicia civil de los Estados, que deben ceder ante sus resoluciones. Sin embargo, el TJUE afirma reiteradamente que no pretende sustituir al legislador nacional ni abordar una regulación procesal comunitaria que se imponga a todos los países de la UE ni, por tanto, derogar el régimen jurídico de los distintos Estados, que debe respetarse siempre que, a su vez, respeten los principios de equivalencia y de efectividad.

El TJUE reafirma en la sentencia de 17 de mayo de 2022, *Ibercaja* (§40)³⁹ la doctrina de que, como el derecho europeo no armoniza los procedimientos aplicables al examen del carácter supuestamente abusivo de las cláusulas contractuales, “corresponde a cada Estado miembro, en virtud del principio de autonomía procesal, establecer en su ordenamiento jurídico interno los procedimientos destinados a garantizar la salvaguardia” de los derechos de los justiciables, si bien “no deben ser menos favorables que los aplicables a situaciones similares de carácter interno (principio de equivalencia) ni estar concebidos de modo que hagan en la práctica imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere el ordenamiento jurídico de la Unión (principio de efectividad) (sentencia de 26 de junio de 2019, *Addiko Bank*, C-407/18, EU:C:2019:537, §46 y jurisprudencia citada)”.

Es cierto que la doctrina del TJUE ha supuesto un revulsivo para la ciencia procesal, que se ha encontrado con que se han desvanecido de un soplo varios pilares capitales de la disciplina. Algunos se han alzado contra esta jurisprudencia por considerar que es profundamente errónea, y defienden la vigencia de los principios procesales tradicionales⁴⁰, mientras otros los consideran definitivamente periclitados.

Entendiendo las razones de unos y otros, creo que el punto de partida debe ser la lectura precisa de la doctrina que ha venido sentando el TJUE en materia de protección de los consumidores. Esta perspectiva permite inicialmente acotar los efectos de las resoluciones jurisprudenciales europeas que se reducen al ámbito del derecho de consumo que, aun siendo muy extenso, no llegaría a afectar sin embargo al resto de las relaciones jurídicas de derecho privado.

Destaca sobre todo que el juez nacional debe respetar siempre el principio de contradicción y, en correspondencia, el derecho fundamental a la defensa para

39 C-600/19, cit.

40 Con un sentido catastrofista, de desmantelamiento de las garantías y quiebra del proceso civil, cfr. PÉREZ-CRUZ, “La cosa juzgada ha muerto (y los principios procesales vilipendiados)”, en *Actualidad Civil*, nº 7-8, julio-agosto 2022.

las dos partes, tanto para el consumidor si el juez rechaza el carácter abusivo de una cláusula, como para el profesional si el juez califica de abusiva alguna de las cláusulas.

Así lo expresaba la Abogada General en las conclusiones del asunto Duarte Hue-ros el 28 de febrero de 2013 (C-32/12, ECLI:EU:C:2013:128), afirmando que la parte contraria “debe tener, al menos, la ocasión de volverse a pronunciar sobre la cuestión de que se trate, o, en su caso, de formular por su parte otra preten-sión” (§53), aun cuando esa invocación al derecho de defensa por parte de la Abogada General (§58) no se traslada luego a la sentencia de 3 de octubre de 2013 (ECLI:EU:C:2013:637). Por consiguiente, es deber inexcusable de los tribu-nales garantizar la defensión, como derecho fundamental, permitiendo en algún momento del procedimiento la audiencia contradictoria a la parte a quien perjudi-que el pronunciamiento judicial sobre el carácter abusivo de una cláusula, inclu-yendo el derecho a plantear medios de prueba sobre esos extremos⁴¹.

Además de respetar estas garantías, el juez debe realizar de oficio el control de las cláusulas en los contratos celebrados con consumidores y, además, ha de expre-sar en su resolución que ha procedido a ese control e informar al consumidor de haberlo efectivamente realizado⁴², se trate de un litigio iniciado por un consumidor contra un profesional o por este contra el consumidor, y aun cuando el demandado se encuentre en rebeldía. Como sostiene la STJUE de 4 de junio de 2020, Kancela-ria Medius, §46⁴³, “la tutela judicial efectiva no puede garantizarse si el juez nacio-nal ante el que un profesional plantea un litigio que le enfrenta a un consumidor y que está comprendido en el ámbito de aplicación de la Directiva 93/13 no tiene la posibilidad, pese a la incomparecencia de este último, de verificar las cláusulas contractuales en las que el profesional ha basado su demanda, en caso de que albergue dudas sobre el carácter abusivo de tales cláusulas.”

En los procesos de consumidores pueden verse afectados o cuestionados dife-rentes principios relevantes del proceso civil: el principio dispositivo; el principio de aportación; la preclusión, y la cosa juzgada. Veamos:

41 Cfr. en este sentido FERNÁNDEZ SEIJO, cit., p. 5, que sugiere se planteen como diligencias finales.

42 En la STJUE C-600/19, cit., §34, se pone énfasis en que, aunque el juez haya examinado el eventual carácter abusivo de las cláusulas, “la resolución judicial en que se despacha ejecución hipotecaria no contiene ningún motivo, siquiera sucinto, que acredite la existencia de tal examen ni indica que la apreciación efectuada por dicho juez al término de ese examen no podrá ya cuestionarse si no se formula oposición dentro del referido plazo”. Ver FERNÁNDEZ SEIJO, cit., p. 7.

43 C-495/19, ECLI:EU:C:2020:431

A) Ha sido inmutable la vigencia irrestricta del *principio dispositivo* en el proceso civil, de modo que el juez ha de pronunciarse sobre el objeto que las partes someten a su enjuiciamiento: sobre todo él y solamente sobre él. En consecuencia, se prohíbe tanto la determinación de oficio del objeto del proceso como la ampliación judicial de la materia sobre la que debe resolverse. Pues bien, este principio decae cuando la relación jurídica que se hace valer se rige o resulta afectada por un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, que por definición se convierte en “sospechoso”, ya que podría contener una cláusula abusiva por falta de transparencia —al no haberse podido negociar— o de información. La Ley 1/2013, de 14 de mayo, *de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, asumiendo la decisión de la STJUE de 14 de marzo de 2013, caso Aziz⁴⁴, modificó la regulación de la ejecución de modo que el juez, de oficio, deberá apreciar la existencia en el título ejecutivo de cláusulas abusivas y, si así fuera, habrá de decretar la improcedencia de la ejecución o, en su caso, su continuación sin aplicación de las que se consideren abusivas, modificando varios preceptos de la ley procesal (arts. 552, 557.1.7^a, 561.1.3^a —ahora, 561.2— y 695.1, 3 y 4 LEC). Tras alguna reforma posterior, la actual redacción de los arts. 552, 561 y 695 viene del RDley 6/2023, de 19 de diciembre.

Con el mismo fundamento, y acogiendo la doctrina de la STJUE de 14 de junio de 2012, Banesto⁴⁵, la Ley 42/2015, de 5 de octubre, modificó el art. 815.4 de la LEC (ahora, art. 815.3, redactado por el RDley 6/2023, de 19 de diciembre), y exige que en el procedimiento monitorio fundado en un contrato entre un empresario o profesional y un consumidor o usuario, el juez examine de oficio si alguna de las cláusulas, que hubiera fundado la petición monitoria o hubiera determinado la cantidad exigible, se podría calificar como abusiva⁴⁶. Intentando contemporizar la vigencia del principio dispositivo con la protección de los consumidores, la STJUE de 11 de marzo de 2020, UniCredit Bank Hungary (§34)⁴⁷ afirma que “están sujetas a la obligación de examen de oficio que incumbe al juez nacional que conoce del asunto únicamente aquellas cláusulas contractuales que, aunque no hayan sido impugnadas por el consumidor en su demanda, estén vinculadas al objeto del liti-

44 Aziz vs. CatalunyaCaixa, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164

45 Banesto vs. Joaquín Calderón, C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349.

46 La regulación española no se consideró acorde con el derecho de la Unión Europea en la medida en “que no permite que el juez que conoce de una demanda en un proceso monitorio, aun cuando disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios al efecto, examine de oficio —*in limine litis* ni en ninguna fase del procedimiento— el carácter abusivo de una cláusula sobre intereses de demora contenida en un contrato celebrado entre un profesional y un consumidor, cuando este último no haya formulado oposición”.

47 C-511/17, ECLI:EU:C:2020:188.

gio tal como las partes lo hayan definido, a la vista de las pretensiones que hayan formulado y de sus motivos”.

Así pues, en los procesos de consumidores el juez debería entrar a examinar de oficio la totalidad de las cláusulas contractuales para determinar si alguna de ellas pudiera considerarse abusiva, cuando ese contrato con un consumidor fundara alguna de las pretensiones o de las oposiciones deducidas en el proceso.

Las previsiones legales de control de oficio se establecen también durante la ejecución forzosa, aunque, por idéntica razón, deberían extenderse a cualquier procedimiento declarativo en donde litigue un consumidor y un profesional. El juez nacional, aplicando el derecho de la Unión Europea, debe comprobar —en todo procedimiento— si son abusivas las cláusulas en contratos suscritos con consumidores (ATJUE de 17 marzo 2016, Ibercaja⁴⁸), y ese control debe hacerlo incluso de oficio (STJUE de 30 mayo 2013, Asbeek Brusse⁴⁹).

Además, el control no está sujeto a un plazo preclusivo y exige incluso que el tribunal de apelación, pasando por encima del contenido de la impugnación (*tantum appellatum*), realice en segunda instancia el control de las cláusulas presuntamente abusivas. En la STJUE de 17 de mayo de 2022, Unicaja⁵⁰, desatendiendo la advertencia de nuestro Tribunal Supremo de que esa revisión podría suponer la quiebra del prohibición de la *reformatio in peius* en la apelación, concluye el TJUE (§40) que el art. 6.1 de la Directiva 93/13 “se opone a la aplicación de principios procesales nacionales en cuya virtud un tribunal nacional que conoce de un recurso de apelación contra una sentencia que limita en el tiempo la restitución de las cantidades indebidamente pagadas por el consumidor a consecuencia de una cláusula declarada abusiva no puede examinar de oficio un motivo basado en la infracción de dicha disposición y decretar la restitución íntegra de esas cantidades, cuando la falta de impugnación de tal limitación en el tiempo por el consumidor afectado no puede imputarse a una pasividad total de este”. Por tanto, al no acreditarse que el consumidor hubiera realizado expresa renuncia a recurrir, y puesto que el TJUE dictó la sentencia del caso Gutiérrez Naranjo cuando ya había transcurrido el plazo para la apelación en este asunto de Unicaja, debe el tribunal de apelación controlar de oficio las cláusulas del contrato en beneficio del consumidor, aunque este no hubiera recurrido y el único apelante hubiera sido la entidad bancaria.

48 C-613/2015, ECLI:EU:C:2016:195.

49 C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341.

50 C-869/19, ECLI:EU:C:2022:397.

Con esta finalidad, dado que las cláusulas abusivas no vinculan al consumidor (art. 6.1 Directiva), se ha de pasar incluso por encima de unas reglas que se consideran inmutables. Así resuelve el TJUE que se opone a la Directiva 93/13/CEE la normativa que no permite al juez reconocer de oficio la reducción del precio de la compraventa, aunque el consumidor solo reclamó la resolución del contrato, pretensión actora que fue desestimada porque la falta de conformidad del bien era de escasa importancia (STJUE de 3 octubre 2013, Duarte Hueros⁵¹), con lo que, en aras de la efectiva protección de los consumidores, el TJUE no tiene problema alguno en pasar por encima del régimen procesal nacional y permitir un cambio de demanda, además, realizado de oficio. Como dice la STJUE de 17 de mayo de 2022, IberCaja (§36), “Habida cuenta de esta situación de inferioridad, el artículo 6, apartado 1, de la citada Directiva prevé que las cláusulas abusivas no vincularán al consumidor. Se trata de una disposición imperativa que pretende reemplazar el equilibrio formal que el contrato establece entre los derechos y las obligaciones de las partes por un equilibrio real que pueda restablecer la igualdad entre estas (véase, en particular, la sentencia de 26 de enero de 2017, Banco Primus⁵², y jurisprudencia citada).”

B) Una vez que salta por los aires el principio dispositivo, con más razón resulta cuestionado (o excepcionado) el *principio de aportación de parte*, según el cual son los litigantes, con carácter exclusivo, los que deben traer al proceso todos los elementos probatorios que sustenten sus respectivas posiciones y fundamenten la resolución del litigio, de modo que, por su lado, al juez le estaría vetada la intervención y, mucho más, la iniciativa en la actividad probatoria.

En los procesos con consumidores, además del ejercicio de las escasas facultades probatorias que actualmente reconoce nuestra LEC al juez, para que este proceda al examen del carácter abusivo de una cláusula podrá recurrir a la prueba de oficio, cuando el juez disponga de los elementos de hecho y de derecho necesarios⁵³. Esto, una vez más, solamente significa que se veda el conocimiento privado del juez, de modo que el juzgador podrá utilizar solamente lo que está en los autos, pero no podrá traer a ellos lo que se deba a su particular o personal criterio y no derive directamente de ellos.

51 C-32/12, ECLI:EU:C:2013:637. Se trataba de un problema de estanqueidad en un vehículo, que podría sustentar una reducción del precio, pero no la resolución del contrato de compraventa dada la escasa importancia del defecto. El TJUE declara que es preciso permitir al juez que, de oficio, reconozca la reducción del precio y aunque el derecho nacional no conceda al consumidor la posibilidad de modificar su pretensión ni de presentar una nueva demanda.

52 C-421/14, EU:C:2017:60, §41

53 Sentencias de 14 de marzo de 2013, Aziz, C-415/11, EU:C:2013:164, §46 y jurisprudencia citada; de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C-154/15, C-307/15 y C-308/15, EU:C:2016:980, §58, y de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C-421/14, EU:C:2017:60, §43.

Partiendo de esa premisa, en los procesos con consumidores resulta adecuado reconocer al juez una participación en la actividad probatoria de modo que, a partir de lo que resulte del procedimiento, el juez podrá no solo intervenir en la práctica de la prueba formulando las preguntas que fueren pertinentes para el esclarecimiento de los hechos, sino que podrá también someter a las partes cuestiones que resulten de la fundamentación jurídica aplicable y decidir sobre ellas, aunque hubieran sido alegadas de un modo incompleto o incorrecto, e incluso aquellas cuestiones que deriven de las pretensiones de las partes, en los mismos términos del art. 87.3 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, de la jurisdicción social.

C) La Directiva 93/13/CEE, de consumidores, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE, impone el control de oficio de las cláusulas abusivas de los contratos celebrados entre un profesional y un consumidor en cualquier momento del proceso. Se le exige al juez examinar las cláusulas contractuales, pero se debe determinar si tendrá que realizar un análisis exhaustivo de la totalidad del clausulado o limitarse a las cláusulas que sean directa o indirectamente aplicables al caso. Sin perjuicio de que el examen judicial del contrato no tiene establecidos límites, de modo que el control podría alcanzar a todas las cláusulas, parece más razonable que el esfuerzo del juez, salvo que se esté cuestionando la validez del contrato mismo, se centre en las que se refieran específicamente al caso, lo que, sin embargo, no le impediría un pronunciamiento sobre todas y cada una de ellas.

El art. 400 de la LEC regula la *preclusión* e impide que el demandante se reserve los hechos o fundamentos o títulos jurídicos conocidos o que puedan invocarse al tiempo de interponer la demanda, partiendo, por un lado, de “la necesidad de seguridad jurídica y, por otro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos (...), cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente puede zanjarse en uno solo”, evitando que el demandado se vea expuesto a “un ‘goteo’ de pretensiones⁵⁴. La STJUE de 26 de enero de 2017, Banco Primus (§52)⁵⁵, es clara al afirmar que cuando “el juez nacional se haya limitado a examinar de oficio, a la luz de la Directiva 93/13, una sola o varias de las cláusulas de ese contrato, dicha Directiva impone a un juez nacional, (...) la obligación de apreciar, a instancia de las partes o de oficio, cuando disponga de los elementos de hecho y de Derecho necesarios para ello, el eventual carácter abusivo de las demás cláusulas de dicho contrato”.

54 Así, ORTELLS RAMOS, M., “Preclusión de alegaciones...”, cit., p. 36.

55 C421/14, EU:C:2017:60.

Por lo tanto, al examen de las posibles cláusulas abusivas de un contrato celebrado con consumidores no se aplica el principio de preclusión del art. 400 de la LEC, que nos llevaría a excluir un segundo proceso en el que se permitiera o se exigiera al juez la revisión de otras cláusulas diferentes del mismo contrato, que no llegaron a ser revisadas en el proceso, bien porque no fueron denunciadas por el consumidor, bien porque no fueron advertidas por el juez, o porque este carecía entonces de los necesarios elementos de hecho o de derecho. Con la doctrina del TJUE, parece que sobre la abusividad de cláusulas en contratos con consumidores, se faculta tanto a las partes para cuestionar como al juez de oficio para decidir en procesos iniciados con posterioridad a una resolución anterior.

D) Según la jurisprudencia del TJUE, en un procedimiento relativo a un contrato con un consumidor, la sentencia no pasa en autoridad de *cosa juzgada* en la medida en que haya dejado sin resolver sobre la abusividad de alguna cláusula de aquel contrato; es decir, *a sensu contrario*, cuando se haya realizado el control judicial de todas y cada una de las cláusulas, y el consumidor haya tenido oportunidad y medios para contradecir la decisión judicial, el contenido y el alcance del contrato ya no podrá en el futuro discutirse. Porque, según la STJUE de 17 de mayo de 2022, Ibercaja (§41)⁵⁶, “con el fin de garantizar tanto la estabilidad del Derecho y de las relaciones jurídicas como la recta administración de la justicia, es necesario que no puedan impugnarse las resoluciones judiciales que hayan adquirido firmeza tras haberse agotado las vías de recurso disponibles o haber expirado los plazos previstos para el ejercicio de tales recursos (véanse, en particular, las sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, EU:C:2009:615, §§ 35 y 36, y de 26 de enero de 2017, Banco Primus, C421/14, EU:C:2017:60, §46).”

Por consiguiente, el TJUE no pretende eliminar la seguridad jurídica que proporciona el principio de la cosa juzgada, y permitir una revisión judicial infinita y perpetua de las cláusulas de un contrato celebrado con consumidores. Muy al contrario, el tribunal nacional debe aplicar sus normas procesales internas, también las que confieren autoridad de cosa juzgada a una resolución judicial, incluso si así se pudiera subsanar una infracción de la Directiva 93/13, respetando los principios de equivalencia y efectividad⁵⁷. Esta doctrina se reitera en la STJUE de 17 de mayo de 2022, SPV Project 1503⁵⁸ (§58), según la cual “el Derecho de la Unión no obliga a

⁵⁶ C-600/19, cit.

⁵⁷ STJUE de 17 de mayo de 2022, Ibercaja (§42), con cita de las SSTJUE 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, EU:C:2009:615, §37, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C154/15, C307/15 y C308/15, EU:C:2016:980, §68.

⁵⁸ Asuntos acumulados C-693/19 y C-831/19, EU:C:2022:395.

un tribunal nacional a dejar de aplicar las normas procesales internas que confieren fuerza de cosa juzgada a una resolución, aunque ello permitiera subsanar una infracción de una disposición, cualquiera que sea su naturaleza, contenida en la Directiva 93/13⁵⁹, siempre que, no obstante, se respeten los principios de equivalencia y efectividad⁶⁰. El respeto de estos principios define, pues, la aplicabilidad de la cosa juzgada en un futuro proceso, impidiendo al segundo juez pronunciarse sobre la abusividad de la cláusula.

Y el TJUE en esta sentencia afirma que el juez respeta la eficacia interna de las disposiciones nacionales sobre la cosa juzgada, pero en aplicación del principio de efectividad si una disposición procesal nacional hace imposible o excesivamente difícil la aplicación del Derecho de la Unión, debe analizarse el caso concreto (§60), y si no ha habido (§62) un “control eficaz del carácter potencialmente abusivo de las cláusulas del contrato”, no puede garantizarse el respeto de los derechos conferidos por la Directiva 93/13 (STJUE de 4 de junio de 2020, Kancelaria Medius⁶¹).

Precisamente lo que sostiene el TJUE es que no rige ni se aplica la cosa juzgada cuando no se ha juzgado acerca de una determinada cláusula. Hasta aquí, la doctrina del Alto Tribunal no afectaría a los principios tradicionales que sustentan nuestro modelo procesal. El problema reside en que la omisión de pronunciamiento judicial sobre una cláusula, que no fue objeto de decisión en la sentencia, aunque el juez la haya tenido delante, como tuvo todo el clausulado.

En tales casos, según el TJUE, se podrían sustanciar tantos procesos sucesivos como cláusulas contenga el contrato, hasta lograr un pronunciamiento judicial sobre todas y cada una de ellas, salvo que ya exista “un pronunciamiento sobre la legalidad del conjunto de las cláusulas de ese contrato a la luz de la citada Directiva mediante una resolución con fuerza de cosa juzgada” (STJUE 26 enero 2017, Banco Primus, C421/14, EU:C:2017:60, declaración 2ª).

Porque lo que exige el TJUE, para impedir exámenes o controles ulteriores, no es que se analice el carácter abusivo, sino más precisamente que se acredite que el examen ha existido, de modo que la apreciación del juez no podrá cuestionarse si

59 Véanse, en particular, las sentencias de 6 de octubre de 2009, Asturcom Telecomunicaciones, C40/08, EU:C:2009:615, §37, y de 21 de diciembre de 2016, Gutiérrez Naranjo y otros, C154/15, C307/15 y C308/15, EU:C:2016:980, §68.

60 Cfr. FERNÁNDEZ SEIJO, cit., p. 6.

61 C495/19, EU:C:2020:431, §35.

no se formula oposición (§52 de la STJUE de 17 de mayo de 2022, IberCaja, cit.), oportunidad que se ha debido brindar a las partes; es decir, “no se trata ya de una ausencia de examen de oficio del carácter abusivo de las cláusulas del título que dieron lugar al procedimiento, sino una ausencia de la referencia y motivación” de que el juez ha realizado el control aunque las partes no lo hubieran solicitado⁶².

4.3. ¿Hacia un proceso de consumidores?

Por lo dicho, puede fácilmente colegirse que todo apunta a un escenario donde se establezca un proceso, o incluso un orden jurisdiccional, para dilucidar los derechos de los consumidores en los litigios contra los profesionales por actos de consumo. No puede sorprendernos que el ordenamiento sea sensible a equilibrar la desigualdad del consumidor respecto del profesional, que no desaparece por el hecho de plantear una demanda, pues la situación de inferioridad se mantiene durante el procedimiento en todas sus fases. Y esa realidad provoca modulaciones o quiebras a principios procesales que, lejos de ser recibidos como traiciones a los principios tradicionales, deben tomarse como elementos que apuntalan la garantía básica del debido proceso.

Para una protección más completa del derecho a la tutela judicial efectiva, y para lograr un respeto más depurado del ejercicio efectivo del derecho de defensa y de contradicción, se debe partir de que existe una desigualdad real de las partes, porque están desequilibradas en detrimento del consumidor frente al empresario, lo que exige ampliar los poderes de dirección del juez y conferirle facultades de oficio, al menos para que llegue a controlar a lo largo de todo el proceso la posible abusividad de las cláusulas contractuales.

5. Masivas reclamaciones de consumo y sistemas de resolución

Como es lógico, la UE ha mostrado una seria preocupación por la eclosión de litigios masivos, especialmente aquellos en que están concernidos consumidores, porque los tradicionales sistemas de justicia difícilmente pueden dar respuesta satisfactoria a esta litigiosidad.

62 Así, PÉREZ-CRUZ, “La cosa juzgada ha muerto (y los principios procesales vilipendiados)”, cit., p. 7.

Ante esta situación, la UE ha puesto en marcha una plataforma de resolución automatizada de litigios en línea: las autoridades europeas están auspiciando soluciones extrajudiciales, llamadas a sustituir a los tribunales de justicia. Al propio tiempo, se están poniendo en funcionamiento otras vías, como los llamados “contratos inteligentes” (*smart contracts*), o los robots, que toman decisiones finales en asuntos de poca entidad.

Este movimiento es, sin duda, un reflejo de la impotencia de las actuales instituciones del Estado de derecho, del marcado fracaso de los cauces tradicionales para resolver controversias jurídicas, pues el poder judicial se ve incapaz de administrar y digerir centenares de miles de procedimientos en materia de consumo, con unas características singulares de desigualdad entre las partes. Así pues, parece que también la jurisdicción abandona a los consumidores, aunque sea por el hecho cierto de que le resulta imposible responder a estas demandas con las garantías propias de su función constitucional.

Es verdad que los litigios de consumo representan un desafío colosal para los poderes públicos, que se ven en la necesidad de hacer compatibles dos grandes objetivos políticos: de un lado, garantizar y promover el crecimiento económico, la libre circulación de bienes y la prestación de servicios, dentro y fuera de las fronteras, y el ensanchamiento del bienestar, de la mano del incremento del PIB; de otro lado, la protección de los consumidores, en el entendido de que (i) un acto de consumo es una gota en el océano de la actividad económica y empresarial, pero que ese acto de consumo, repetido en numerosas ocasiones, es lo que sustenta el crecimiento y el desarrollo, pero que (ii) precisamente por la minúscula condición del daño se frenan las reclamaciones y, al propio tiempo, se puede incrementar el malestar social.

Por eso, desde 1962, con la advertencia del discurso de Kennedy, se empiezan a implantar incentivos a la organización de los consumidores y a mejorar el acceso a la justicia, que es un derecho fundamental, porque los poderes públicos tienen la responsabilidad de “promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas”, como dispone el art. 9.2 CE. El acceso a la justicia es una prestación esencial en el Estado democrático de derecho, y fue objeto de un extenso análisis multidisciplinar y comparado por parte de CAPPELLETTI y GARTH⁶³, fruto del llamado Proyecto de Florencia. Se distinguen tres oleadas o etapas para el mejor acceso a la justicia: (i) renovación de los sistemas de asistencia jurídica a personas de escasos recursos

63 *Acces to justice: A World Survey*, 4 vols., Giuffrè-Sijthoff, 1978-1979.

económicos; (ii) protección en juicio de los intereses difusos y colectivos de los consumidores, y (iii) enfoque de acceso a la justicia, donde encaja la creación de mecanismos e instituciones para la solución de controversias, con propuestas alternativas a las tradicionales; sin embargo, los llamados ADR se consideran desde una perspectiva de acompañamiento y de mejora de los sistemas de asistencia jurídica a personas de escasos recursos y de protección de los derechos colectivos y difusos dentro de los sistemas tradicionales de justicia; por tanto, lejos de considerarlos como medios sustitutivos —e incluso preferentes— a la jurisdicción, se conciben como instrumentos que ayudan a un mejor acceso a la justicia.

Es evidente que después del análisis del Proyecto de Florencia, que se presentó a finales de los años setenta del siglo pasado, han sucedido muchas cosas. Y en concreto, en lo que se refiere tanto al acceso a la justicia como a métodos de resolución de conflictos, cabe aludir al menos a dos posteriores oleadas o etapas: (i) los mecanismos de resolución *on line* y (ii) la resolución automática de conflictos⁶⁴.

Específicamente, el acceso de los consumidores a la justicia no se contempla ya como el derecho de acudir a los tribunales, colocándoles en disposición de abrir la puerta del órgano judicial, sino como la apertura a instancias de otra naturaleza. En la UE se aprobó la Directiva 2013/11/UE del PE y del CE, de 21 de mayo de 2013, *relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo*, que obliga a garantizar que los consumidores resuelvan sus litigios con la intervención de entidades de resolución alternativa, que sean independientes, imparciales y transparentes, con procedimientos efectivos⁶⁵. Ha sido muy prolija la legislación en materia de consumo, habiéndose aprobado multitud de normas tanto de ámbito nacional como autonómico.

5.1. Los métodos alternativos de resolución de conflictos

Regulado en 1993, el Sistema Arbitral de Consumo en España es un instrumento público a disposición de los consumidores para resolver los conflictos y reclama-

64 Sobre el cuarto estadio y analizando los tres propuestos por CAPPELLETTI y GARTH, cfr. CATALÁN CHAMORRO, "El derecho fundamental de acceso a la justicia de los consumidores", en *Estudios de Deusto*, vol. 66/2 (2018), pp. 323 y ss., y para las ODR pp. 345 y ss.

65 Asimismo, se aprobó el Reglamento (UE) 524/2013 del PE y del CE, de 21 de mayo de 2013, *sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo*, por el que se creó una plataforma que funcionaba como una suerte de ventanilla única para consumidores y profesionales que quieran resolver extrajudicialmente los litigios, esencialmente de compraventa o de servicios. Ante la falta de uso de esta herramienta, la UE ha cancelado la RLL y este Reglamento de 2013 ha sido derogado por el Reglamento (UE) 2024/3228 del PE y del CE, de 19 de diciembre.

ciones de consumo, que ha permitido derivar a este mecanismo algunos litigios. Regulado ahora por el RD 231/2008, de 15 de febrero, se instituye como un servicio público para solventar extrajudicialmente los conflictos sin formalidades especiales y con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes, siempre que no verse sobre intoxicación, lesión o muerte o existan indicios racionales de delito. Así pues, cuando voluntariamente se opta por esta vía, que excluye la intervención de los órganos judiciales, se resuelve el asunto en el seno de la Junta Arbitral con la misma eficacia que una sentencia, de forma sencilla, gratuita, rápida (en 90 días naturales); la opción arbitral debe ser aceptada por ambas partes e implica una mediación previa al arbitraje propiamente dicho. Las estadísticas sobre solicitudes presentadas ante las Juntas Arbitrales de Consumo no permiten considerar que estén funcionando como mecanismos que ofrezcan una solución eficaz a los consumidores, pues la cifra de alrededor de casi 60.000 solicitudes en 2022 (frente a los poco más de 26.000 en 2021) ante las Juntas Arbitrales⁶⁶ parece extremadamente insignificante para responder a las reclamaciones de los consumidores y presentar una alternativa realmente útil que pueda sustituir a los tribunales de justicia.

En todo caso, los responsables públicos cada vez con mayor exigencia y apremio van buscando soluciones a un incremento desmedido de la litigiosidad de consumo. El intento de incorporar los llamados inicialmente métodos alternativos de resolución de conflictos (MASC), denominados luego con más acierto “métodos adecuados”, a los ordenamientos jurídicos europeos no han tenido el éxito y los resultados esperados por los responsables políticos. Las expectativas y las esperanzas depositadas en la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, se han frustrado por el momento, como reconoció varios años después el Informe de la Comisión de 26 de agosto de 2016 sobre la aplicación de aquella Directiva, denunciando precisamente la falta de una «cultura» de la mediación en los Estados miembros. Tanto la Comisión, como luego el Parlamento Europeo en la Resolución de 12 de septiembre de 2017, recomiendan a los Estados que intensifiquen los esfuerzos para fomentar el recurso a la mediación, en una apuesta clara por instalar esta vía de solución de conflictos en toda la UE.

En caso de una implantación generalizada los sistemas autocompositivos, entre los que se encuentra la mediación, junto con la negociación y la conciliación, no solo sería posible aligerar la presión sobre el sistema judicial, liberándola de un

66 Se puede consultar en la p. web de la Dirección General de Consumo https://www.dsca.gob.es/sites/default/files/consumo_masinfo/230405_oie_54097_actividadsac_2022.pdf

número muy importante de eventuales procesos, sino que estos mecanismos llegarían a funcionar también como una vía idónea para incorporar en nuestras sociedades una cultura del consenso, que superase la actual de la confrontación y del litigio; de ese modo, con el acuerdo de las partes y no con la imposición, se podría conseguir una solución más asumible por los contendientes y que, además, resultara más duradera.

La Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, *de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia*, regula en los arts. 2 y ss. los medios adecuados de solución de controversias, en los que comprende cualquier tipo de actividad negociadora. Sin embargo, aunque en la Exposición de Motivos de este farragoso y larguísimo texto legal se dice que la Ley regula un procedimiento especial en LEC que permita contribuir a la mejor protección de los intereses colectivos de los consumidores y usuarios, en las modificaciones de la norma procesal no se contiene el anunciado procedimiento especial. Es cierto que esta LO reintroduce en nuestro país en el orden jurisdiccional civil para la admisión de la demanda el requisito de procedibilidad de haber acudido previamente a algún medio adecuado de solución de controversias (que se había suprimido en 1984 por considerarlo una traba retardataria del acceso a la justicia). Entre estos medios la LO, sin la consideración de *numerus clausus*, regula la negociación directa o con intervención de terceros, y reconoce la mediación (de la Ley 5/2012) y la conciliación ante el Juez de Paz o ante el Letrado de la Administración de Justicia, así como la conciliación notarial o ante el Registrador.

Así pues, parece que se están abordando los problemas de la litigiosidad civil de consumo con respuestas solamente parciales, que no tienen en cuenta factores presentes en la vida cotidiana. Incorporar realmente elementos tecnológicos al sistema de justicia, más allá de algunos recursos informáticos, puede modernizar el sistema judicial y ayudarle a salir del colapso o, lo que sería peor, que la actividad de los tribunales no termine cayendo en un completo descrédito y se propicie la huida hacia soluciones que ignoren la justicia formal y la institucionalidad de este poder del Estado.

5.2. Los sistemas ODR

Las plataformas ODR (*on line dispute resolution*) son sistemas tecnológicos que utilizan herramientas digitales para automatizar procesos de resolución de litigios a través de la negociación, la mediación o el arbitraje, sin necesidad de acudir a tribunales tradicionales, reduciendo costes y tiempos de resolución de las cues-

tiones jurídicas más diversas, porque la tecnología puede optimizar la gestión y resolución de conflictos sin comprometer ni la seguridad jurídica ni la justicia de la decisión.

Los sistemas *online* pueden ser de naturaleza pública o privada y, a diferencia de los métodos alternativos contemplados por CAPPELLETTI y GARTH, no intentan coadyuvar o facilitar el ejercicio de la jurisdicción, sino sustituir o limitar el acceso a los tribunales⁶⁷.

Entre los sistemas públicos debemos hacer referencia a la fracasada *Plataforma RLL*⁶⁸, que puso en marcha la Unión Europea en el Reglamento (UE) 524/2013 del PE y del CE, de 21 de mayo de 2013, *sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo*. Por este Reglamento, con muchas esperanzas depositadas en él, se creó una plataforma *on line* que funcionaba como una suerte de ventanilla única para consumidores y profesionales que quisieran resolver extrajudicialmente los litigios, esencialmente de compraventa o de servicios, negociando directamente la solución con la empresa o acordando el encargo a un organismo de resolución de litigios. Debido a la falta de uso de esta herramienta, como se reconoce, la UE ha cancelado la RLL y el Reglamento de 2013 ha sido derogado por el Reglamento (UE) 2024/3228 del PE y del CE, de 19 de diciembre.

A pesar del fracaso de la plataforma europea, la organización de Naciones Unidas ONU Comercio y Desarrollo (UNCTAD) ha aprobado en la 9ª Conferencia sobre Competencia y Protección del Consumidor, en julio de 2025, un proyecto para desarrollar un sistema mundial ODR de código abierto para proteger a los consumidores, promover mercados digitales inclusivos y reducir los costes gubernamentales, garantizando un impacto a largo plazo al permitir que las instituciones públicas mantengan y financien el sistema más allá del proyecto⁶⁹.

Por su parte, la universalización de internet en la década de los '90 había permitido a algunas empresas privadas aplicar las nuevas tecnologías para crear siste-

67 Cfr. BONACHERA VILLEGAS, R., "Pasado, presente y futuro de los modelos de ODR: un enfoque internacional y europeo", en *Práctica de Tribunales*, n.º 165, noviembre-diciembre 2023, https://proyectohumanodr.com/wp-content/uploads/2024/03/Pasado-presente-y-futuro-de-los-modelos-de-ODR_.pdf

68 <https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/?event=main.home.howitworks>

69 Cfr. la propuesta de UNCTAD de cooperación técnica https://unctad.org/system/files/information-document/tdrbpconf10_unrc_odr_project_proposal_en.pdf Se toma en cuenta que las ventas del comercio electrónico alcanzarán los 27 billones de dólares en 2022, pero las transacciones transfronterizas entre empresas y consumidores solo representan el 23 % del comercio electrónico total, mientras que el consumo suele representar el 60 % del PIB; para salir al paso de esta brecha se plantea la creación de la plataforma de ODR, porque los consumidores no tienen a quién recurrir si las cosas salen mal y la falta de confianza en los sistemas de reparación.

mas más eficientes de resolución de sus propios conflictos con apoyo de medios informáticos, surgiendo así los ODR (*on line dispute resolutions*). Estos medios *on line* de resolución de controversias experimentaron un crecimiento de la mano de dos de las grandes plataformas de ventas: eBay y PayPal (uno de ellos fue la Plataforma RLL de la UE), que probaron métodos de resolución internos para los millones de reclamaciones que recibían, ensayando en 2004 con una especie de tribunal comunitario, con participación de jurados particulares.

La Comisión Europea aprobó la Recomendación (UE) 2023/2211, relativa a los requisitos de calidad de los procedimientos de resolución de litigios ofrecidos por los mercados en línea y las asociaciones empresariales de la UE, pretende fomentar criterios de alta calidad en los procedimientos de resolución de litigios en línea ofrecidos por particulares, garantizando la eficacia y la equidad en esos procedimientos, así como los conocimientos especializados y la independencia y la imparcialidad de las personas físicas encargadas de dichos procedimientos, en los términos exigidos para las entidades de resolución alternativa de litigios (RAL) en la Directiva 2013/11/UE del PE y del CE, de 21 de mayo, *relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo* (art. 6 de la Directiva), así como garantizar los principios de eficacia y equidad (arts. 8 y 9 de la Directiva). Recomienda adicionalmente que se hagan públicas las resoluciones de litigios automatizadas, al tiempo que se otorgue a las partes en disputa el derecho a solicitar que el resultado del proceso sea revisado por una persona física (punto 8 de la Recomendación).

El director del área de resolución de conflictos de eBay y PayPal, Colin Rule, desarrolló *Modria*⁷⁰, una de las plataformas ODR más reconocidas. Diseñada originalmente para gestionar disputas en plataformas de comercio electrónico, por el éxito que obtuvo se adoptó en otros ámbitos. Modria permite a las partes intercambiar documentos y mensajes a través de una interfaz digital, automatizando el proceso de mediación y sirve para resolver reclamaciones por medios informáticos en cuatro fases: diagnóstico, negociación, mediación y arbitraje. Así, comienza con la comunicación directa entre las partes, seguida de una mediación asistida y, si es necesario, un arbitraje final. A partir de esta experiencia, el programa se ha utilizado en diversas jurisdicciones para agilizar la resolución de casos; se ha adaptado para ayudar en la resolución de divorcios y sus efectos personales y patrimoniales (división de los bienes, pensiones o custodia de los hijos). De alcanzarse

70 Vid. <https://www.modria.com> que redirige a <https://www.tylertech.com> compañía que ha adquirido este desarrollador de la plataforma de resolución online de disputas relacionadas con el comercio electrónico.

un acuerdo, los términos los revisa un abogado antes de presentar la demanda al juez. Hace unos años esta compañía adquirió una empresa holandesa, *Juripax*, especializada en mediación virtual, para expandirse al mercado europeo.

Con anterioridad, en 1996, se había fundado la plataforma *Cybersettle*, que desarrolló un método de negociación a ciegas para facilitar acuerdos extrajudiciales en casos de seguros e indemnizaciones, en el que, en un modelo de oferta y demanda, ambas partes presentan propuestas de acuerdo de forma confidencial, y si las cifras coinciden o están dentro de un margen preestablecido, el caso se resuelve automáticamente, cerrando acuerdos en cuestión de horas o días, sin confrontación directa y evitando tensiones entre las partes.

6. Y llegó la inteligencia artificial a la resolución de litigios

6.1. Una primera aproximación

Las plataformas ODR pueden incorporar inteligencia artificial, análisis de datos y algoritmos predictivos para facilitar acuerdos entre las partes. En fechas más recientes se han comenzado a ensayar sistemas de solución automática utilizando un software de Inteligencia Artificial, por lo general un *chatbot*, que se ofrecen no solo por grandes compañías, sino que también se han puesto en marcha por poderes públicos. La IA ha llamado a las puertas del sistema judicial y de la resolución de conflictos jurídicos, y esta llamada no puede ser desconocida.

Pues bien, uno de los problemas esenciales de la aplicabilidad de los sistemas de IA en la resolución de conflictos es la permanente asimetría y el enfrentamiento estructural que todo conflicto genera. Porque, precisamente, el sistema de justicia opera en el ámbito de un conflicto jurídico, donde existen dos partes enfrentadas que pretenden obtener una solución que sea conforme a su propio interés, y esto se contrapone siempre, sea en su totalidad o en algún aspecto concreto, con el interés de la otra parte.

Cuando se pone en funcionamiento el sistema judicial no estamos ante un inicial concierto de voluntades de quienes actúan en una dirección convergente, ni la finalidad básica es alcanzar un acuerdo, como sucede en otro tipo de relaciones jurídicas (entre vendedor y comprador, entre profesional y consumidor, entre pro-

fesor y alumno, entre transportista y viajero...); salvo en el uso de los MASC, en los procesos judiciales se trata esencialmente de resolver un conflicto preexistente, de modo que la relación entre las partes ante el juez se concibe como una lucha de dos contendientes en la que ambos quieren ganar.

Además, por lo general, cada uno de ellos considera que tiene razón, aunque se sepa de antemano que la victoria está reservada solo a uno; en consecuencia, el resultado final que ofrece el proceso es que una de las partes vence y la otra es derrotada, lo que genera un alto grado de insatisfacción.

Este acercamiento nos sitúa en la imperiosa necesidad de salvaguardar las garantías de los justiciables. Ni siquiera en las investigaciones policiales aflora con tanta crudeza esta dualidad, porque si la policía no apreciase indicios de la comisión de un delito, o atisbos de responsabilidad de la persona a la que somete a sus pesquisas, debería desistir de su investigación y archivar las actuaciones. Tampoco se produce este enfrentamiento en las actuaciones administrativas, ni siquiera en materia de asilo (a la que se refiere específicamente el RIA), porque el solicitante sabe (y exigirá) que, si cumple los requisitos legales, va a obtener el reconocimiento de su situación con mayor o menor celeridad, o quien reúne los requisitos para obtener una licencia se le va a conceder, aunque tenga que pasar trámites burocráticos más o menos gravosos.

6.2. La aplicación de herramientas de IA al sistema de justicia

Las herramientas de IA pueden aplicarse al sistema de justicia en varios órdenes, y parece adecuado diferenciar los sistemas específicamente creados para su uso por los órganos públicos de la justicia, propios de la Administración de Justicia, y los que, tomando como base datos y aplicaciones jurídicas, permiten su utilización por todos los operadores jurídicos, comprendiendo también los que puedan ser creados y utilizados por particulares⁷¹.

Pues bien, de acuerdo con las previsiones del RIA, debemos diferenciar cuatro grandes sistemas o instrumentos⁷²: en primer lugar, los que pretenden mejorar la administración y gestión del aparato de la justicia, herramientas que inciden en el

71 Cfr. SUÁREZ XAMIER, *Justicia Predictiva: construyendo la justicia del siglo XXI*, Aranzadi, 2023, pp. 106 y ss.

72 Advierte con razón COTINO HUESO, "Alcance y delimitación de los sistemas de alto riesgo...", cit., p. 308, que "la delimitación del uso sustantivo jurisdiccional respecto del uso administrativo y no jurisdiccional es una cuestión que no siempre está preclara y puede generar problemas interpretativos futuros".

funcionamiento administrativo de los tribunales; en segundo lugar, los que permiten el manejo de casos y la preparación automática de documentos, o el análisis de textos jurídicos y otras herramientas, entre las que se deben mencionar las que permiten predecir o prever el comportamiento del juez y el sentido de su resolución; en tercer lugar, los que se pueden utilizar como instrumentos o herramientas para la investigación y la prueba; en cuarto lugar, finalmente, los sistemas de automatización de resoluciones.

A) Los resultados que llegan a ofrecer las herramientas de IA, diseñadas e implantadas para un funcionamiento más eficaz del sistema de justicia, han marcado un hito, al lograr una optimización de la respuesta judicial, con avances notables en la productividad, porque permiten explotar los escasos recursos de la justicia con una mejor y más eficiente distribución y aplicación de los medios humanos y materiales con que cuenta nuestra mermada Administración de Justicia, a la que no ha llegado la hora de la modernización.

Pues bien, estos sistemas de IA para la mejora de la administración y gestión del aparato público de la justicia no merecen ningún reproche ni mayores comentarios desde el punto de vista de los riesgos en el uso de la IA. Estos sistemas de IA quedan fuera de la clasificación de alto riesgo (AR), que se asigna con carácter general a los relacionados con la Administración de Justicia, y por eso se dice en el Cdo. 61 que esa clasificación de AR “no debe hacerse extensiva a los sistemas de IA destinados a actividades administrativas meramente accesorias que no afectan a la administración de justicia propiamente dicha en casos concretos, como la anonimización o seudonimización de resoluciones judiciales, documentos o datos, la comunicación entre los miembros del personal o las tareas administrativas”.

B) Además de esos sistemas de puro “consumo interno”, para que el sistema judicial pueda manejar sus propios procesos de administración y gestión, existen otros sistemas de IA que permiten navegar y *manejar con facilidad los documentos* de cada asunto concreto y también los *datos generales del sistema de justicia*, con un acceso focalizado y preciso a toda la jurisprudencia y a la doctrina aplicable.

Nos encontraríamos entonces con un instrumento al servicio del juez y de las partes, que proporcionan al operador jurídico informaciones ya elaboradas que le pueden permitir, si se trata del juez, analizar y profundizar con mayor acierto y menor esfuerzo en los dos aspectos esenciales de la actividad jurisdiccional: sobre los hechos, porque podrá utilizar mecanismos para apreciar la producción probatoria de las partes, e incluso la autenticidad o credibilidad de las pruebas; y

sobre el derecho, porque dispondrá de toda la información disponible (que pudiera llegar a ser el universo de la información) sobre el derecho aplicable: la doctrina y, sobre todo, la jurisprudencia, los antecedentes de resoluciones que ya se han pronunciado sobre un caso similar. Igualmente útil será esta información para las partes con el fin de abordar tareas preparatorias, crear documentos o borradores de documentos, o resúmenes o redacciones de escritos extensos.

Como es evidente, una recopilación de toda la información de este tipo resultaría, por extensa, totalmente inabarcable e inútil. Estaríamos ofreciendo —al juez, y también a las partes— unos resultados que se perderían en las magnitudes capaces de proporcionar información. Por eso, para obtener un conocimiento que sea útil al operador jurídico, habrá que echar mano de herramientas de IA que afinen los resultados.

Así pues, los jueces, los abogados y otros operadores jurídicos, podrán “navegar” entre los distintos datos e informaciones y encontrar lo que necesiten para sustentar su caso. En esta tarea básica de la IA, junto con el acierto o desacierto del usuario en los términos de búsqueda, aparecen ya los fantasmas: en especial, los posibles sesgos del sistema, al desconocerse cómo se llega a la solución que el sistema ofrece.

Tendríamos que saber qué elementos maneja y cuáles rechaza; cómo prioriza la información existente; qué información conjuga para determinar si el caso propuesto como precedente realmente lo es; cómo pondera la doctrina: si prioriza a ciertos autores o penaliza a otros; cómo selecciona la jurisprudencia, es decir, si la búsqueda se hace solamente en las resoluciones del TC y del TS, si se extiende a las dictadas por los tribunales inferiores, si se tienen en cuenta además las sentencias del TJUE y las de TEDH, o las resoluciones de otros órganos, como la Comisión de derechos humanos de la ONU; si se toma en consideración jurisprudencia extranjera, de países de la UE (Alemania, Italia o Francia, v.gr.) o de fuera de ella (de la Corte Suprema de los EEUU, o de la Corte Interamericana de derechos humanos); si se valora doctrina científica producida fuera de nuestro país, etc.

Precisamente en el manejo de sistemas de IA para la producción de documentos y de resoluciones hemos conocido casos de “alucinaciones” que han sido tratados con una enorme severidad, tanto en el caso de abogados como en el caso de jueces. Porque es verdad que las herramientas de IA, más concretamente, plataformas como ChatGPT, Copilot o Gemini pueden redactar documentos y escritos jurídicos en segundos, analizar jurisprudencia y ofrecer argumentos legales, pero si los resultados no se supervisan nos podemos encontrar con una información

inventada y esos errores pasan al procedimiento, privando de sentido la labor judicial y desacreditando todo el sistema de justicia, de modo que resulta imprescindible revisar cada cita jurídica y cada extremo la información o los datos que se presentan al procedimiento.

Son numerosos los casos que se han conocido de citas erróneas de sentencias o de alusiones a circunstancias no reales, provocadas por el uso de herramientas de IA, especialmente de la IA generativa. En 2023 dos abogados de EE.UU. fueron sancionados con una multa de 5.000 US\$ por actuar con mala fe en una demanda contra una compañía aérea, al presentar un escrito utilizando ChatGPT en el que citaban sentencias inexistentes; a este le han seguido otras muestras de casos en que la cita errónea también ha sido sancionada (v.gr., al menos uno en el Estado de Missouri y otro en el Massachusetts). Lo propio ha sucedido en otros países, como en Italia, donde en marzo de 2025 la Corte de Florencia detectó en un recurso de apelación redactado por medio de ChatGPT la cita de sentencias inventadas por la IA, si bien no impuso sanción al abogado al no quedar acreditada su mala fe. En España, el TC impuso en 2024 a un abogado una sanción de apercibimiento por citar literalmente pasajes de 19 supuestas sentencias del propio TC que en realidad eran inexistentes (el abogado alegó que la base de datos se había desconfigurado, pero el tribunal entendió que se había producido un “desprecio jurisdiccional” por no haber comprobado la veracidad de las referencias jurisprudenciales), y considera que “el letrado es siempre responsable de revisar exhaustivamente todo el contenido” de sus escritos.

Las “alucinaciones” en los procesos no son patrimonio exclusivo de los abogados. Recientemente (en julio de 2025) se ha conocido que, en asuntos totalmente distintos, dos jueces federales de EE.UU., de Mississippi y de New Jersey, se han visto obligados a “retirar” sus sentencias después de que las partes denunciaran graves errores en las resoluciones tanto fácticos como de procedimiento⁷³. En el primer caso, la resolución contenía afirmaciones basadas en testimonios inexistentes que no figuraban en los autos; en el segundo, se citaban precedentes jurisprudenciales inexistentes, y declaraciones erróneas de las partes. En ambos casos, las resoluciones fueron anuladas tras la advertencia de los litigantes.

En definitiva, tanto abogados como jueces están sujetos a especiales deberes de diligencia en el manejo de informaciones y de datos en los procedimientos judicia-

73 ROSELLI, T., “Sentenza piena di errori, il giudice la ritira. E si sospetta l'uso di ChatGpt...”, en *Il Dubbio*, 28/07/2025, <https://www.ildubbio.news/giustizia/sentenza-piena-di-errori-il-giudice-la-ritira-e-si-sospetta-luso-di-chatgpt-n99arai3>

les, si no se quiere echar por tierra la credibilidad de todo el sistema de justicia, porque la IA es una herramienta extraordinaria, pero no es infalible.

Con todo, estas labores auxiliares en el quehacer de abogados y jueces, situados ante una misma actuación, pueden arrojar resultados muy diferentes según el modelo o sistema de IA que se utilice y, sobre todo, según sean las preguntas exactas que se formulen; porque, dependiendo de la precisión del “prompting”⁷⁴ de quien se relaciona con la máquina, se pueden mostrar contradicciones gruesas a la hora de resolver un mismo asunto. Con alta probabilidad, según se utilice uno u otro de los grandes sistemas actuales de IA generativa, por ejemplo, ChatGPT, Copilot o Gemini, o incluso al mismo sistema se le formule la cuestión con mayor o menor precisión, se obtendrán resultados muy dispares para afrontar el mismo problema, lo que además incorpora grandes dosis de inseguridad para los usuarios y de desconfianza general en encomendar al sistema de IA decisiones finales sobre los conflictos jurídicos.

En otro orden de cosas, dentro de este capítulo se encajan las herramientas de IA que permiten conocer con una sobresaliente aproximación las decisiones esperables de los distintos sujetos que intervienen en el procedimiento y las actuaciones, estrategias y las expectativas de éxito del litigante.

Aplicar estas herramientas al juez, y saber con un razonable grado de certidumbre el sentido de la sentencia que vaya a dictar partiendo del análisis de todas sus resoluciones precedentes y sus intervenciones orales y escritas, es una información muy valiosa⁷⁵. Las herramientas de IA pueden ofrecer resultados aparentemente sorprendentes, como el sentido y los posibles sesgos de las decisiones de un concreto juez, de modo que desde el momento en que se conozca la persona llamada a resolver, el litigante podrá valorar la estrategia a seguir: si es procedente continuar el litigio en ese tribunal; si considera más oportuno desistir, o prefiere administrar la información para aflorarla, en su caso, en el curso del procedimiento o en la impugnación de la resolución que se dicte⁷⁶.

74 *Prompting* sería el arte de “hablar” el idioma de la IA para obtener el máximo provecho de sus capacidades, transformando un colaborador inteligente en un asistente eficaz y multifacético. Ver en <https://www.google.com/search?client=safari&rls=en&q=tecnologia+del+prompting&ie=UTF-8&oe=UTF-8>

75 En España se pueden hacer análisis de todas las sentencias, cuyo texto completo proporciona el CENDOJ, pero hemos de tener en cuenta que las resoluciones judiciales se han anonimizado para garantizar la debida protección de los datos personales de los litigantes o acusados, por lo que esto impide muchas otras variables posibles de explotación de las sentencias.

76 Hasta tal punto llega la preocupación por la explotación de estos datos de jueces, que en Francia el legislador ha prohibido el uso de esas herramientas predictivas y ha llegado a modificar, mediante la Ley 222-2019, de 23 de marzo, el Código de la organización judicial, cuyo art. L111-13, párrafo tercero, dispone ahora que “los

Lo cierto es que, en el momento actual, y procedente de países anglosajones, ha irrumpido en nuestras sociedades la industria del *LegalTech*, que en un principio tenía como finalidad esencial proporcionar herramientas jurídicas a profesionales del derecho. No obstante, debido que esos materiales se encuentran en la nube, están al alcance de cualquiera, y todos pueden tener acceso directo a ellos. Estas herramientas dan respuesta a cuestiones jurídicas, suministran análisis jurídicos y elaboran documentos jurídicos⁷⁷. La verdad es que la prestación de servicios jurídicos se ha liberalizado —y, de algún modo, proletarizado—, y se pueden encontrar en plataformas *online*, pero también en supermercados (la primera licencia de servicios legales que se concedió en Reino Unido —Inglaterra y Gales— fue a la cadena de supermercados *Tesco*; también se ha concedido a *Wal-Mart*) o en oficinas de empresas de comunicación (como *British Telecom*), u otras compañías⁷⁸.

También podrán explotarse los perfiles profesionales de los abogados, ofreciendo resultados sobre la idoneidad o el desempeño de cada profesional según el lugar y el tipo de litigio de que se trate. Hay numerosísimas fuentes abiertas (sentencias, actuaciones judiciales de diferentes instancias y grados, actas de Colegios de abogados, noticias en internet, anuncios profesionales, etc.) que permiten ofrecer un ranking de abogados. Así lo ha hecho la compañía *Avvo*, que ha logrado procesar los perfiles del 97 % de todos los abogados de los Estados Unidos, comparando el rendimiento de cada uno de ellos a partir de un algoritmo creado por la propia compañía⁷⁹.

Como es evidente, toda la información y las respuestas obtenidas con herramientas de IA resultan muy valiosas; sus resultados facilitan el trabajo del juez especialmente en procesos complejos y proporcionan a los abogados inestimables ventajas para la estrategia procesal que se siga ante la justicia, por lo que su explotación económica es evidente y sin duda se terminará poniendo a disposición de los operadores jurídicos para su uso en el proceso. Las cautelas en su utilización deben extremarse para evitar errores que puedan desfigurar el debate procesal y llamar a engaño a quienes intervienen en el proceso, actuando incluso sin conciencia de introducir datos inveraces, de modo que la supervisión y el control deben tenerse siempre muy presentes.

datos de identidad de los magistrados y de los miembros de un tribunal no pueden ser objeto de una reutilización que tenga como finalidad o produzca el efecto de evaluar, analizar, comparar o predecir sus prácticas profesionales reales o supuestas", y castiga la violación de esta prohibición nada menos que con la pena de cinco años de prisión y 300.000 euros de multa, además de otras penas accesorias (arts. 226-18 y 226-31 del Código penal).

77 Cfr. SUÁREZ XAMER, "Justicia predictiva: ADR, datos y acceso a justicia", en *PAIDEIA: Perspectivas jurídico-procesales en un mundo digital cambiante* (Calaza, Fontestad y Suárez, dirs.), 2024, pp. 240 y ss.

78 SOLAR CAYÓN, "Retos de la deontología de la abogacía...", cit., pp. 138 y ss.

79 Cfr. SOLAR CAYÓN, "Retos de la deontología de la abogacía...", cit., pp. 157-159.

C) En tercer lugar, fuera de los datos del sistema de justicia, los sistemas de IA también pueden emplearse en los procesos en apoyo de las partes, como *instrumentos o herramientas* de IA para la *investigación y la prueba*. Se trata de una actividad que, con carácter general, es ajena a la función del juez y viene encomendada esencialmente a los litigantes, que están gravados con la carga de aportar los elementos probatorios.

Aunque resulta evidente la preocupación de la legislación por las aplicaciones de IA en la investigación de los delitos, los sistemas de IA pueden estar presentes en procedimientos de otros órdenes, tanto cuando una parte aporte un análisis pericial de bases de datos propias, o de bases abiertas o cedidas, utilizando herramientas de IA, como cuando se quiera emplear estas herramientas para analizar datos y documentación aportada al proceso por la parte contraria.

La naturaleza de prueba científica, o de prueba pericial de segundo nivel, nos lleva a posibles situaciones de desigualdad procesal de difícil justificación, como consecuencia de las asimetrías o desequilibrios cognitivos entre las partes del proceso⁸⁰. Los litigios contra grandes corporaciones, con sobrada capacidad económica y tecnológica, colocan a la parte contraria, de inicio, en una posición de inferioridad manifiesta, que se potencia si el litigante fuerte le añade el ingrediente de un resultado de IA que el débil no podrá discutir. Pero también, y sobre todo, los desequilibrios entre una parte pública —que cuenta con el respaldo de recursos públicos potencialmente nutridos—, como sucede en los procesos penales, y el particular sometido al proceso, que ni tiene acceso a la herramienta, ni medios para impugnar los resultados que arroje la “prueba algorítmica”⁸¹.

Es evidente que el campo de intervención de la IA en las actuaciones de este apartado se refieren especialmente al proceso penal y la investigación de delito, desde la actuación anticipatoria de los delitos, la “policía predictiva”, que opera en el terreno de la prevención, a las labores de investigación y persecución, donde se advierte es el problema de la desigualdad de quienes intervienen, pues comúnmente el acceso y el uso de cierta IA pública está a disposición de una de ellas, en tanto el imputado no puede cuestionar el procedimiento de obtención de los resultados, ni reaccionar frente a ellos, y habrá de soportar el resultado que arroje la IA.

Con carácter general, frente a una prueba de cargo se pueden oponer tanto elementos probatorios en contra (la prueba de lo contrario), afirmar hechos distintos a

80 Cfr. QUATTROCOLO, “Equità del processo penale...”, cit., p. 16.

81 Cfr. DE HOYOS SANCHO, “El uso jurisdiccional de los sistemas...”, cit., p. 8

los afirmados por la parte contraria, o introducir elementos para cuestionar tanto la validez como la integridad de la IA y, sobre todo, su fiabilidad.

Se puede decir, y es cierto, que cuando las operaciones algorítmicas puedan afectar derechos fundamentales se deberá obtener una previa autorización judicial, pero, salvada esta objeción, es lo cierto que se niegan o se pueden poner en cuestión tanto el derecho de defensa como el derecho al debido proceso cuando se sustenta la acusación en medios de prueba obtenidos con IA.

En todo caso, el problema que nos ocupa, la resolución de procesos de consumo, queda fuera de este ámbito penal, por lo que no abundaremos en las cuestiones, sin duda relevantes, que se plantean en este campo.

7. Las resoluciones de la justicia. El juez-robot

Y con esto llegamos a la aplicabilidad de los sistemas de IA a las resoluciones, a las decisiones que se dictan a lo largo de un procedimiento, con lo que nos adentramos en la problemática del juez-robot. Es decir, la aplicación de la IA para automatizar las decisiones judiciales, que no derivan entonces de la interpretación subjetiva y de la voluntad del juzgador formada por su conocimiento de los hechos y la valoración de la prueba, sino de un sistema autónomo de resolución regido por los algoritmos.

Un sistema de IA, cuando se enfrenta a un problema, solo puede dar un resultado, sin otra explicación que las desconocidas operaciones que realice la máquina, máxime si se trata de sistemas LLM (modelos de lenguaje de gran tamaño), que están diseñados para comprender, procesar y generar lenguaje humano de forma natural y coherente.

Pero los conflictos que se llevan ante el juez deben ser discutidos por las partes y encierran normalmente problemas susceptibles de debate, porque cada uno de los litigantes ofrece una solución contraria a la que plantea la otra parte. Por tanto, la decisión judicial deberá tomarse con razonamiento, con ponderación de ambas posiciones y normalmente con rechazo de una de ellas, porque quien dicta la sentencia esté más convencido de que la parte que obtiene la decisión a su favor ha conseguido un mejor resultado probatorio, o le asisten mejores razones que a la parte contraria.

Claro es que, cuando exigimos la expresión de un razonamiento y este viniera proporcionado por un sistema de IA generativa, no solo nos podremos encontrar

con las “alucinaciones” o los errores del sistema que podría denunciar el litigante que resultara desfavorecido con la decisión, sino que se podrá atacar también con razones contrarias o diferentes el propio razonamiento contenido en la sentencia.

La labor judicial de decisión parte de una doble apreciación: la determinación de los hechos controvertidos a base de la valoración de los elementos probatorios, y la identificación y aplicación del derecho, seleccionando la norma jurídica adecuada a la situación de hecho establecida, con lo que se llega finalmente a una decisión. Mediante ella se resuelve el litigio cuando se trata de una sentencia definitiva que pone fin al proceso⁸².

El esquema básico de un proceso, que comienza con el planteamiento contradictorio de la cuestión litigiosa ante el juez, continúa con la acreditación de los hechos controvertidos y finaliza con la sentencia, puede ser de una enorme complejidad o tratarse de un asunto muy simple, como sucedería en un procedimiento monitorio civil o en los casos de allanamiento del demandado.

En procesos como los aludidos, o cuando tengan por objeto cuestiones repetitivas, se plantea la posibilidad de decidir el asunto por medio de soluciones automatizadas, que llegarían a sustituir al juez humano en la decisión, sin perjuicio de que la parte a quien perjudique la resolución la pueda impugnar y, entonces sí, un tribunal de magistrados revise lo decidido por la máquina.

En Estonia, dentro de la Estrategia Nacional de IA, el Ministro de Justicia encargó en 2019 que se trabajase en un prototipo de robot-juez para poner en marcha una experiencia piloto con el fin de automatizar tanto la tramitación como la decisión judicial de pequeñas reclamaciones económicas (*automate small claims court judgements*), no superiores a 7.000 , relacionadas con disputas contractuales (según otras fuentes no superiores a 6.400). En China se han establecido los llamados “tribunales de internet” (tribunales virtuales o tribunales cibernéticos) en Hengezhou en agosto de 2017, y posteriormente en Pekín y Guangzhou en 2018, donde ya funcionan más de 100 robots asistentes judiciales, que son competentes para determinados asuntos relativos a las operaciones en red, comercio electrónico y propiedad intelectual, entre otros⁸³.

82 Cfr. ARMENTA DEU, *Derivas de la Justicia. Tutela de los derechos y solución de controversias en tiempos de cambios*, 2021. Aunque señala con acierto GUZMÁN FLUJA, “Automated justice: La preocupante tendencia hacia la justicia penal automatizada”, en *Derecho procesal: retos y transformaciones*, Bujosa Vadell (dir.), 2021, p. 342, que “se están difuminando las fronteras entre lo procesal penal, ámbito indiscutiblemente regido por los derechos y las garantías, y tanto lo que es previo como lo que es posterior al mismo”.

83 Como nos cuenta GUZMÁN FLUJA, “Automated justice: La preocupante tendencia...”, cit., pp. 339-341, en donde alude también a la regulación de los “juicios on-line” y los “tribunales de internet” que efectuó la Corte

A pesar de estos ejemplos, parece que la intervención humana es imprescindible siempre y debe ser, además, la que efectivamente determine el sentido y el contenido de la decisión, sin que se trate de un simple paso formal, sino que esa intervención debe ser material y de fondo⁸⁴, porque el juez ha de tener “capacidad de poder tomar libre y razonadamente la decisión más adecuada o con capacidad de poder rectificar, enmendar, controlar efectivamente, la decisión automatizada”⁸⁵.

Precisamente el Anexo III.8.a) del Reglamento UE sobre la IA se refiere a los sistemas “destinados a ser utilizados por una autoridad judicial, o en su nombre, para ayudar a una autoridad judicial en la investigación e interpretación de hechos y de la ley, así como en la garantía del cumplimiento del Derecho a un conjunto concreto de hechos, o a ser utilizados de forma similar en una resolución alternativa de litigios”. El Reglamento se limita a englobar estos sistemas entre los que califica como de alto riesgo, sin prever ninguna garantía o restricción.

Por lo tanto, se alude claramente a unas herramientas de ayuda, de apoyo a una decisión humana, pero, en ningún caso, el sistema de IA puede suplantar o sustituir a la persona del juez. Con toda rotundidad el Cdo. 61 del Reglamento clasifica como de alto riesgo los sistemas de IA destinados a “ayudar a las autoridades judiciales a investigar e interpretar los hechos y el Derecho y a aplicar la ley a unos hechos concretos” o “ser utilizados por los organismos de resolución alternativa de litigios con esos fines, cuando los resultados de los procedimientos de resolución alternativa de litigios surtan efectos jurídicos para las partes”, precisamente por los “efectos potencialmente importantes para la democracia, el Estado de Derecho, las libertades individuales y el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial” (Cdo. 61 RIA).

El RIA muestra su preocupación por la necesaria intervención humana en los dos momentos claves: el diseño y desarrollo, y la aplicación de la IA. Como afirma LAZCOZ⁸⁶, la supervisión humana se menciona como salvaguarda frente a los efectos

Suprema de China en 2018, que define la función u competencias de los “Internet Courts”. De todos modos, numerosas experiencias como plataformas del tipo de la francesa Prédicite o los proyectos de Países Bajos, en casos de mediación o en la tramitación de solicitudes de asilo, quedan lejos de una actividad judicial de enjuiciamiento.

84 Decididamente contrario a la idea de implantar un juez-robot cfr. MARCHENA GÓMEZ, *Inteligencia Artificial y jurisdicción penal*, discurso de ingreso en la Real Academia de Doctores, 2022, en https://www.radoctores.es/imageslib/doc/MARCHENA%20GOMEZ,%20M_Discursoringreso.pdf

85 GUZMÁN FLUJA, “Proceso penal y justicia automatizada”, en *Revista General de Derecho Procesal*, nº 53 (2021), pp.24-26.

86 LAZCOZ MORATINOS, “La vigilancia o supervisión humana en el artículo 14 del Reglamento de inteligencia artificial...”, cit, p. 684.

perjudiciales de los sistemas de IA tanto en las Directrices éticas para una IA fiable como en el Libro Blanco sobre la IA, y si bien hay quienes afirman que “los humanos son cruciales para evitar correlaciones indebidas y garantizar la equidad en el análisis de datos, y no solo para excluir la discriminación, sino también para reducir los falsos positivos”. Esta hipótesis ha sido fuertemente rebatida por quienes argumentan que la calidad defectuosa de la decisión de una máquina no implica que un humano lo haría mejor y que la supervisión no es la panacea para prevenir y minimizar los riesgos de la IA.

La supervisión humana de los sistemas de IA ha tenido un camino complicado en el procedimiento legislativo del RIA, centrándose el debate en dos cuestiones clave: el derecho a la intervención humana y el papel de los humanos encargados de supervisar los sistemas de alto riesgo⁸⁷, que se ofreció como una última línea de defensa contra la IA. Según LAZCOZ, necesitamos mecanismos de gobernanza de supervisión humana basados en la evidencia para la fase de uso del sistema de IA, sin limitarnos a afirmar en abstracto que los humanos reducen los riesgos de la IA, y denuncia cómo los seres humanos que intervengan en la supervisión se pueden encontrar en una situación vulnerable porque verán reducidas sus capacidades y habilidades al ejercer la supervisión, y hay efectos secundarios de tipo jurídico que les afectarán; por tanto, la decisión y la selección de los individuos supervisores será una de las cuestiones más difíciles y delicadas de los sistemas de IA⁸⁸.

Así pues, el uso de “herramientas de IA puede apoyar el poder de decisión de los jueces o la independencia judicial, pero no debe sustituirlas: la toma de decisiones finales debe seguir siendo una actividad humana” (Cdo. 61 RIA), por muy sofisticada o avanzada que esa herramienta pueda ser, o por muy completos que sean los parámetros que maneje para decidir⁸⁹.

En consecuencia, en el RIA no hay ninguna previsión, ni se atisba siquiera la posibilidad de sustituir al juez, ser humano, por un juez robot, lo que más allá del uso de herramientas de apoyo, impide la automatización de las decisiones judiciales y de las valoraciones e interpretaciones del ordenamiento jurídico que se contienen en las sentencias.

87 Cfr. LAZCOZ, id., cit., pp. 688 y ss.

88 LAZCOZ, id., p. 697.

89 Ya destacó con acierto este riesgo GASCÓN INCHAUSTI, “Desafíos para el proceso penal en la era digital: externalización, sumisión pericial e inteligencia artificial”, en *La justicia digital en España y en la Unión Europea*, Conde y Serrano (dirs.), Barcelona, 2019, pp. 191 y ss.

En este sentido, la perspectiva europea es sólida y tranquilizadora, pues elimina las decisiones “de la máquina” y opta por que se puedan tomar decisiones “con la máquina”⁹⁰.

Es evidente que la sentencia que decide definitivamente un litigio jurídico tiene que ser motivada, lo que significa que debe expresar las razones que sustentan la posición de una parte y exige el rechazo de la posición de la contraria, de modo que el razonamiento es lo que justifica la decisión, la explica, la hace comprensible. En definitiva, expresa un pensamiento sofisticado: debe razonar, interpretar cada medio de prueba, su incidencia concreta en los hechos que se tienen por probados y la autenticidad y credibilidad de cada uno de ellos. Y debe interpretar el derecho, los estándares jurídicos utilizados, y hacer uso de la moderación judicial.

Otra cosa sería que la decisión de los litigios no precisara de razones; que asumiéramos la justicia ante los heliastas griegos o la justicia del cadí⁹¹ y, sin levantar mano, la máquina decidiera cuál de las dos partes sería la favorecida con la sentencia. Esto llevaría a la negación de las impugnaciones, de los “molestos” recursos, y a la aceptación y sometimiento al imperio de los algoritmos. Como es obvio, este escenario de la novela de Orwell, o de la película de Kubrick, queda muy lejos de las finalidades de la regulación europea, que hace prevalecer la salvaguarda de los derechos fundamentales de las personas en el diseño y en la aplicación de los sistemas de IA.

En esta tesitura, es cierto que las máquinas podrían ser más objetivas que los humanos en la toma de decisiones, porque están despojadas por definición de todo sentimiento, y cabe que el operador jurídico —también el juez, que ha de cargar con la responsabilidad de dictar la sentencia— prefiera descansar sobre ellas su decisión, sea por confianza, por comodidad o por entender que así se eliminan sus propios sesgos subjetivos.

Pero no cabe duda de que así se desatienden dos de los elementos capitales del juicio jurisdiccional: por un lado, el respeto de las garantías procesales, del debido proceso o del proceso justo y, por otro lado, que la sentencia debe ser expresión de la voluntad del juzgador. Eso exige considerar el tratamiento de los sistemas de

90 Cfr. SANTOSUOSSO, A., “Intelligenza artificiale: un’opportunità per i Giudici?”, 27/11/2024, en el debate en Altalex, <https://www.altalex.com/documents/2024/11/27/intelligenza-artificiale-opportunita-giudici>

91 Cfr. la conocida obra de WEBER, *Economía y sociedad*, publicada en 1922, trad. española de la 2ª ed., FCEE, Madrid, 2002 (2ª reimp.), en numerosos pasajes, pero también p. 1048.

IA desde la ética, para eliminar las posibles discriminaciones, y todo ello hacerlo “a través de procesos transparentes, supervisados desde el poder público e incorporados a la legislación”⁹².

En cuanto a los hechos y su determinación, la contienda judicial debe resolverse con la prueba que se practica sobre los hechos planteados por las partes, que debe ser valorada, es decir, interpretada según cada uno de los medios probatorios traídos al proceso, realizando un ejercicio intelectual que supone analizar su licitud, autenticidad, veracidad, así como la relevancia para considerar acreditados los hechos.

Pues bien, aunque parece que todo se reduce a operaciones de lógica, de sumas y restas, el ejercicio intelectual de interpretación de la prueba no puede reducirse a un mero resultado matemático o numérico, pues si consideramos necesario que la sentencia contenga las explicaciones de la decisión, y sea susceptible de control y revisión, habrá de expresar las razones que sustentan esta decisión en el plano fáctico, que es una operación ajena a las máquinas, ni siquiera en la IA generativa⁹³. La IA no duda; tiene certezas, expresadas normalmente en un mayor o menor porcentaje o probabilidad de acierto⁹⁴.

Las sentencias se deben razonar porque las decisiones judiciales son el resultado de asumir las tesis de una de las partes y de rechazar las de la contraria, de modo que el juez con sus argumentos tiene que despejar las dudas que las partes han

92 GUZMÁN FLUJA, “*Automated justice...*”, cit., p. 373. A este propósito, en relación con la llamada prueba de inteligencia policial, pero que pudiera ser perfectamente aplicables a los sistemas de IA, señalaba acertadamente GUDÍN, “La presunta prueba pericial de inteligencia: análisis de la STS de 22 de mayo de 2009”, en *La Ley Penal*, nº 64, 2009, que “Un peligro solapado en este tipo de presentaciones de pruebas es que el Juez, impresionado por los conocimientos del analista, decline su deber de examinar exhaustivamente las pruebas presentadas según su libre convicción y se limite a dar por válido un análisis realizado por una persona presuntamente más ilustrada en esta materia. Existe la tentación de que, en aquellas ocasiones en que el Juez, sobrecargado de trabajo, debe examinar una copiosa, ardua y complicada documentación, decline de esta labor, limitándose a examinar las conclusiones dadas por el Perito y, abdicando de su misión de juzgar, se limite a validar o no las consecuencias dadas en la causa por otro ajeno a la labor jurisdiccional. Sobre inteligencia policial cfr. ALCOCEBA GIL, “La inteligencia policial y su triple dimensión jurídica: actividad preventiva, medio de investigación y prueba pericial de cargo”, en *Revista Logos Guardia Civil*, nº 4, enero 2025, pp. 40 y ss.

93 Si así fuera tendríamos que establecer un porcentaje de razón para estimar la posición de la parte actora (¿más del 60 %?, o ¿es necesario incrementar el porcentaje?).

94 Desde luego, en los procesos penales sería impensable, por incompatible con la presunción de inocencia y a aplicación del estándar jurídico del “más allá de la duda razonable”, aplicar un porcentaje de certeza o de duda que autorice a condenar, porque ¿con qué parámetros y con qué escala se mide la duda razonable? ¿es suficiente un 20 % de culpabilidad para condenar? ¿se debería dictar una sentencia absolutoria con un 98 % de probable culpabilidad?, o ¿la duda deja entonces de ser razonable? Los ejemplos permiten recorrer cualquier escenario y en todos los casos el sistema procesal sería por completo distinto y, sin duda, muy alejado de la salvaguarda efectiva de los derechos fundamentales que ahora se protegen.

planteado. Sin embargo, un sistema de IA no duda, sino que ofrece un resultado despojado de toda explicación. Así las cosas, resulta indudable que las decisiones surgidas de los sistemas de IA no serían atacables porque, si no hay explicación, el resultado no se puede rebatir, ni la parte puede exponer razones en contra de la sentencia, ni un tribunal distinto tendría elementos para resolver en sentido diferente.

Al igual que la duda razonable, funcionan el resto de los estándares o conceptos jurídicos indeterminados utilizados por el ordenamiento. Resulta extremadamente difícil que los sistemas de IA procesen los conceptos jurídicos indeterminados porque la indeterminación invoca la posibilidad de usar una pluralidad de interpretaciones todas ellas válidas para definir y entender la misma cosa. Aunque se recurra al conocimiento de los precedentes y de la doctrina sobre una determinada cuestión, nunca se le podrá pedir a la IA que determine la mejor de las varias soluciones para ese caso y, mucho menos, que llegue a crear derecho: es impensable que la creación jurisprudencial española del daño moral pudiera venir de la mano de un sistema de IA.

La sentencia debe contener una interpretación de las normas jurídicas para aplicar el derecho, lo que inmediatamente invoca que las normas pueden y deben interpretarse, y que hay más de una interpretación posible, lo que impide considerar como correcta solamente una de esas interpretaciones y despreciar todas las demás. En todo caso, la interpretación es un acto de conocimiento del derecho y un acto de voluntad, eligiendo uno de los resultados interpretativos y con referencia al empleo de la IA en la actividad de enjuiciamiento, podemos convenir en que el sistema puede nutrirse de todo el conocimiento y manejarlo, porque haya sido entrenada con todas las fuentes conocidas —lo que es mucho admitir—, pero desde luego carece de voluntad porque el elemento volitivo es exclusivo de la naturaleza humana. Podrá resolver a favor del demandante o del demandado, pero porque el sistema arroja ese resultado no por un ejercicio de voluntad del que juzga.

El principio de seguridad jurídica, que es un elemento relevante de todo el sistema jurídico, rechaza la existencia de un tratamiento diferente a las mismas cuestiones según sea el juez que decida o el lugar donde se siga el juicio. Para eso se establecieron mecanismos de uniformización de la interpretación y aplicación de las leyes, atendiendo además al principio constitucional de igualdad. Este problema desaparecería con los sistemas de IA aplicados a las decisiones de los procesos, desde el momento en que se implantara un sistema único que arroje unos resultados únicos, sin posibilidad ni medios para discutirlos. Claro está que también se puede pensar en sistemas de IA que ofrecieran resultados distintos; que unas

entidades, institutos de investigación o grandes compañías lleguen a crear algoritmos cuyos resultados fueran contrarios a los de la IA estatal, en cuyo caso todo el mecanismo se pondría en cuestión.

Es verdad que la creación de jueces robots que puedan sustituir a los humanos no parece viable ni posible en la actualidad, pero si nos situamos en un horizonte de procesos judiciales de derecho privado con pocas dificultades jurídicas y que se pueden decidir con la única intervención de dos sujetos (o solo con el demandante, en los casos de rebeldía o incomparecencia del demandado), e incluso sin que medie oposición (como en procedimientos de divorcio consensuales, o de procedimientos monitorios sin oposición), se podrían señalar procesos candidatos al empleo de herramientas de IA para su decisión definitiva.

8. La resolución automática de litigios

Debemos plantearnos una incursión en la justicia digital, en la resolución automática de litigios, en donde no interviene un tercero, esto es, no hay ni un profesional que postule o defienda nuestra posición, ni un juez o un árbitro que decida, ni un mediador que permita que los contendientes lleguen a una solución. Se trata de decisiones impuestas y ejecutadas por máquinas y, en el actual estado de cosas, con la participación de un “oráculo”.

El supuesto más conocido es el de los llamados contratos inteligentes (*Smart Contracts*)⁹⁵, que serían contratos basados en una estructura simple de si X entonces Y (*if-then*), que usan la tecnología de *blockchain* (una red de ordenadores que mantiene un registro compartido)⁹⁶, lo que no quita para que sea exigible una regulación sobre esta tecnología, como lo ha propuesto el *EU Blockchain Observatory and Forum*, de la Unión Europea⁹⁷. Esta idea la expuso por primera vez Nick

95 Cfr. Cristina ARGELICH, “*Smart contracts* o *Code is Law*: soluciones legales para la robotización contractual”, en *InDret* 2/2020, pp. 11 y ss. expone las críticas al concepto de *Smart contract* aunque considera que desde el punto de vista material no se puede dudar de su naturaleza y eficacia contractual. Esta autora define el *Smart contract* como “el código informático que contiene el conjunto de pactos o cláusulas contractuales, programado mediante un módulo, que está formado por un código virtual... y que, una vez incorporado a la tecnología blockchain cadena de bloques, forma una unidad autónoma que procesa la información, es decir, autoejecuta las prestaciones del contrato” (p. 13).

96 Cfr. Benito ARRUÑADA, “Blockchain’s Struggle to Deliver Impersonal Exchange”, en *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* vol. 19 (2018)

97 Que emitió un Informe en 2019 con el título “Legal and Regulatory Framework of blockchains and smart contracts”.

SZABO en 1996, poniendo el ejemplo de las máquinas expendedoras y la introducción de una moneda (en cuyo caso automáticamente la máquina tiene que dar el producto), si bien los contratos inteligentes van más allá “al proponer la incorporación de contratos en todo tipo de bienes valiosos y controlados por medios digitales”⁹⁸. Se trata de códigos informáticos (*scripts*) escritos con lenguajes de programación, siendo los términos del contrato puras sentencias y comandos en el código que lo forma. Definía SZABO el contrato inteligente como un conjunto de promesas, especificadas en forma digital, que incluye protocolos dentro de los cuales las partes cumplen estas promesas.

Así pues, estos contratos no requieren interpretación alguna, sino ejecución de órdenes cuando se produce uno de los supuestos contemplados en él, porque deben contener unas cláusulas muy sencillas y claras, y los contratos son autoejecutables (en un ejemplo que se usa con frecuencia, el impago del plazo del coche que se ha comprado tiene como respuesta que el vehículo se bloquea y el deudor no puede acceder a él), evitando lo que algunos llaman “el lastre de la interpretación”. La base de estos contratos es que se conciben y se redactan en lenguaje digital y, aunque se encuentran en una fase embrionaria, hay perspectivas de un importante desarrollo a medio y largo plazo.

Es cierto que los contratos inteligentes pueden reducir en gran medida el fraude y los costos de ejecución de muchas transacciones comerciales, pero hemos de advertir que esencialmente para el consumidor se presenta como un contrato de adhesión cuidadosamente preparado por el empresario que no atiende en absoluto a las necesidades de aquél. Una vez que el profesional ha cumplido su obligación contractual (la entrega de la cosa en la compraventa) se desentiende por completo de las vicisitudes por las que pueda pasar el consumidor (a salvo la responsabilidad por los defectos de la cosa), porque entran en juego los mecanismos automáticos de cumplimiento, salvando las barreras que pueden imponer las normas jurídicas.

Como afirmara SALVADOR CODERCH⁹⁹, “los contratos funcionan bien en el mercado y mal en el juzgado” y el tráfico contractual no puede soportar más que un reducido porcentaje de incumplimientos, una de las claves es la confianza de los contratantes que cuando se incumple aboca a una reclamación, lo que supone por lo general un gran esfuerzo; por eso se reclama el ideal del contrato autoejecutable, “cuyo cumplimiento fuera inexorable, que funcionara solo, automática

98 “Smart Contracts: Building Blocks for Digital Markets”, en *Extropy: Journal of Transhumanist Thought Online*, 1996.

99 Pablo SALVADOR CODERCH, “Contratos inteligentes y derecho del contrato”, en *InDret* 3/2018, editorial.

e irreversiblemente, de modo que no hubiéramos de ir a pedir auxilio a nadie en busca de un remedio”, sin tener en cuenta la confianza que la contraparte nos merezca, porque en el entorno de los contratos inteligentes los actores humanos se desvanecen.

Es cierto que con este tipo de contratos se simplifican los procesos y se ahorran costes, porque son más rápidos, más baratos y más transparentes y se evitan los inevitables sesgos de la intervención humana. Pero el esquema de los contratos inteligentes solo funciona con objetos muy simples (una compraventa puntual de un bien determinado, al modo de las máquinas expendedoras), en donde las condiciones y las circunstancias personales de los contratantes pueden tener poca importancia. En el momento en que se hace más compleja la relación jurídica, cuando se deben considerar las circunstancias personales de los sujetos que intervienen en el contrato y la realidad que rodea o justifica el incumplimiento, cuando se trata de relaciones jurídicas duraderas, cuando deben entrar en juego cláusulas condicionales, o los efectos del contrato se pueden oponer a terceros, el automatismo del *Smart contract* se verá mediatizado por la intervención de los llamados “oráculos” o los “curadores”¹⁰⁰. En cualquier caso, las cuestiones jurídicas cardinales de la contratación no habrían desaparecido ni se pueden sustituir por cadenas de bloques ni por códigos de ordenador; la capacidad, la legitimación, los vicios del consentimiento, la licitud y validez del contrato, la interpretación o la afectación a terceros, son cuestiones que permanecen, como apunta SALVADOR¹⁰¹.

9. ¿Y nuevos horizontes?

No podemos cerrar los ojos a la realidad, ni desconocer que el mercado es global y cada día más digitalizado, de modo que la tecnología analógica y las soluciones locales o nacionales deben superarse. Aunque pueda parecer simplista, el derecho del consumo, las transacciones en que se concreta el comercio mundial, que afectan a cientos de millones de personas, suele responder a reglas jurídicas bastante simples y que se siguen en modo digital. Además, en la mayoría de los casos el bien que se compra o el servicio que se solicita es manifestación de un acto aislado para el consumidor y un acto masivo para el profesional.

¹⁰⁰ En algún caso ha intervenido una “autoridad centralizada”, como refiere ARRUÑADA, cit., pp. 67 y ss., en el incidente DAO de “Ethereum” en 2016, con un *hard fork* de emergencia, alterando la cadena de bloques generando una nueva línea desde el bloque anterior a la transferencia fraudulenta; a este respecto vid., también, ARGELICH, cit., pp. 23 y ss. que, además de analizar ampliamente este ataque, refiere el que se produjo a “Parity”.

¹⁰¹ Cit., p. 3.

Por todas estas circunstancias pueden plantearse respuestas simples, incluso automatizadas¹⁰², cuando así lo permita el acto jurídico o el negocio, por sus particulares condiciones, en el bien entendido de que “el Derecho no puede ser ajeno a las transacciones comerciales, con independencia del instrumento utilizado, porque eso llevaría a una desregulación que no se debe potenciar sino aislar”¹⁰³.

El campo del consumo es terreno abonado para implantar innovaciones jurídicas, que dejen de lado alguna construcción tradicional siempre y cuando no se desconozcan las garantías fundamentales que representan la protección esencial de los derechos de los consumidores. En especial, en las reclamaciones ante los tribunales de justicia es posible diseñar un amparo suficiente de los derechos del consumidor, bien sea por el camino de establecer procedimientos judiciales más expeditivos, o de habilitar vías fuera de la jurisdicción, porque el contenido repetitivo de los actos de consumo y el mantenimiento de garantías pueden suplir la alternativa a la intervención de un juez. Las numerosas disposiciones, tanto generales como sectoriales, aprobadas en el seno de la UE pretenden responder a estas necesidades y tienen en cuenta estas realidades. Los resultados que ofrece son las numerosas que se especifican por el Parlamento Europeo¹⁰⁴.

Debemos reconocer que los sistemas de resolución de conflictos que existen en la actualidad, tanto judiciales como extrajudiciales, son todavía demasiado lentos, costosos y generan poca fiabilidad en un mundo interconectado en tiempo real. Incluso las soluciones online (ODR), que se anunciaron como la gran panacea y la revolución en este campo, solo han traído moderadas reformas y muy escasa utilización, al punto que la UE se vio obligada a clausurar su propia ODR.

Este tipo de soluciones se encuentra en un estado incipiente, aunque sin duda sus potencialidades son enormes. Con toda seguridad no nos quedaremos aquí. Los poderes públicos han de atender a dos grandes objetivos: fomentar la expansión del comercio y el desarrollo tecnológico, pero sin desatender los derechos de los consumidores. Y en este doble afán cabe preguntarse si podremos llegar a una

102 Así se contempla en la “normativa sobre comercio internacional de mercancías, que ampara legalmente el uso de los *smart contracts*: en concreto, el art. 12 de la *United Nations Convention on the Use of Electronic Communications in International Contracts* 2005 dispone el uso de sistemas de mensajes automatizados para la formación de contratos; por otra parte, el art. 6 de la UNCITRAL *Model Law on Electronic Transferable Records* reconoce la posibilidad de insertar en un registro electrónico transferible la información contractual, incluyendo los metadatos, según expresa ARGELICH, cit, p. 5.

103 Así, ARGELICH, cit, p. 12.

104 https://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_2.2.2.pdf fechado en abril de 2025.

transformación de los sistemas jurídicos y, sobre todo, plantear una evolución de las garantías de la justicia para los consumidores.

A este respecto, tal vez hayamos de admitir que, con un simple incremento de los recursos de la actual justicia formal, por muy importante que el incremento llegue a ser, no se alcanzará el objetivo de mejorar sustancialmente la respuesta pronta y eficaz en la protección de los consumidores; ni aunque se incorporen en el sistema de justicia herramientas digitales (los análisis de la doctrina se centran en el estudio de la prueba electrónica, la videoconferencia, la informatización, o las notificaciones electrónicas). Se han introducido reformas novedosas en las leyes procesales, como las acciones colectivas o la extensión de la ejecución, y además las nuevas tecnologías van calando en la práctica de nuestros tribunales, pero no parecen medidas suficientes.

Las ODR, que están en la base de la justicia digital¹⁰⁵, han nacido imitando los procesos tradicionales, de modo que su elemento diferencial es, simplemente, la actuación a distancia en lugar de hacerlo presencialmente (con un juez, un árbitro o un mediador), sea en una sede pública, institucional o privada, con la evidente limitación y coste que ello supone. Es decir, que se limitaban a cambiar de herramienta, pero no de método.

Sin embargo, las herramientas digitales han permitido utilizar las tecnologías de la información de un modo bien diferente y ajeno a lo que es propio de los métodos tradicionales, sean de ADR, sean judiciales, y se han podido usar para anticipar y prevenir conflictos¹⁰⁶. Con este objetivo de combinar la resolución y la prevención se podrá además mejorar la confianza en esta justicia digital, porque, como apuntan RABINOVICH y KATSH, “la tecnología, al ayudar en la detección automática de problemas, evita la necesidad de esperar pasivamente a que lleguen las quejas y permite remediar proactivamente un problema, incluso antes de que un posible reclamante se haya dado cuenta de su existencia”¹⁰⁷

Para solventar los conflictos seguramente debamos reflexionar sobre la conveniencia de mejorar los mecanismos actuales o de diseñar otros diferentes, en cuyo funcionamiento se respeten ciertas garantías básicas, que puedan equilibrar las

105 Cfr. KATSH y RABINOVICH-EINY, *Digital Justice: Technology and the Internet of Disputes*, Oxford University Press, 2017.

106 Cfr. RABINOVICH-EINY y KATSH, “Digital Justice. Reshaping Boundaries in an Online Dispute Resolution Environment”, en *International Journal of Online Dispute Resolution*, 2014 (1), p. 27, porque la tecnología permite identificar tanto los grupos sistémicos al conflicto como las oportunidades sistémicas de reducir el conflicto.

107 Id., p. 33.

posiciones de los profesionales y consumidores y satisfagan a las partes que participan en el acto de consumo; tal vez la presencia de una autoridad reguladora consiga allanar algunas serias objeciones que este tipo de soluciones plantea.

El sacrificio de las explicaciones y las justificaciones, ausentes cuando decide la máquina, desde luego favorece a las grandes compañías, que se mueven en los grandes números y tienen descontadas o provisionadas (o, de algún modo, aseguradas) las reclamaciones y las incidencias, mientras que perjudican a los consumidores individuales, que se ven compelidos a cumplir cualesquiera que fueran las circunstancias en que el contrato se suscribiera y las que han impedido cumplir.

La inteligencia artificial, que es tal vez la más avanzada de las herramientas digitales, trae esperanzas y promesas a la solución de litigios, pero genera también grandes preocupaciones; no solo por los problemas en la programación y los sesgos cuando el código informático se llegue a aplicar automáticamente, sino también por la protección de los datos personales y por la salvaguarda de la transparencia y del derecho a un juicio justo (valoración que en el campo de las máquinas se vuelve enormemente difícil, aunque eso no quita para que se deba permitir a las partes, en especial, al más desfavorecido, renunciar a derechos o “ventajas” si se trata de derechos disponibles siempre que no se aprecie ningún vicio en la formación de la voluntad).

En este ámbito, conviene tener en cuenta los cinco principios que la Comisión Europea Para la Eficacia de la Justicia (CEPEJ) aprobó sobre el uso de la inteligencia artificial en los sistemas judiciales y su entorno¹⁰⁸:

1. Respeto de los derechos fundamentales.
2. No discriminación.
3. Calidad y seguridad
4. Transparencia, neutralidad e integridad intelectual, y
5. Control por el usuario.

Así las cosas, el dilema está servido: el incremento de las reclamaciones, especialmente en materia de consumo, la insatisfacción de los ciudadanos con las respuestas del sistema formal de justicia, junto con la certeza de que el incremento

¹⁰⁸ Charte éthique européenne d'utilisation de l'intelligence artificielle dans les systèmes judiciaires et leur environnement, septembre de 2018.

de los recursos públicos no vendrá acompañado de una palpable mejora de la eficacia, lleva a plantear la potenciación de los medios informales y automáticos de resolución de litigios, a través de mecanismos digitales que permiten responder a los contendientes en un tiempo muy rápido, donde quiera que estos se encuentren y sea cual fuere el lugar en el que se ha realizado el negocio jurídico, respuesta que llega incluso con inmediata eficacia (especialmente, si se trata de contratos autoejecutables).

El gran desafío es compatibilizar el crecimiento económico y el desarrollo del comercio con la atención a los consumidores, pues estos son un elemento nuclear del mercado y no se pueden ver desasistidos. Someter a cierto grado de regulación este sistema de resolución de conflictos, dados los derechos e intereses en juego, podría ser una solución razonable.

